



УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У  
КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Срђан Радуловић

**ЧИЊЕНИЦЕ ОДЛУЧУЈУЋЕ ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ  
ПРОТИВПРАВНОСТИ ПРИ  
МЕДИЦИНСКОЈ ИНТЕРВЕНЦИЈИ И ЊИХОВ МЕЂУСОБНИ  
ОДНОС**

- докторска дисертација -

Косовска Митровица, 2015



UNIVERSITY OF PRIŠTINA TEMPORARILY SETTLED IN KOSOVSKA  
MITROVICA  
FACULTY OF LAW

Srđan Radulović

**FACTS THAT EXCLUDE UNLAWFULNESS IN A MEDICAL  
TREATMENT AND THEIR MUTUAL RELATIONS**

- PhD thesis -

In Kosovska Mitrovica, 2015

<b><i>I Аутор</i></b>
Име и презиме: Срђан Радуловић
Датум и место рођења: 27.05.1987. године, Косовска Митровица
Садашње запослење: Службеник обезбеђења, G4S
<b><i>II Докторска дисертација</i></b>
Наслов: Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос
Број страница: 296
Број слика: 0
Број библиографских података: 240
Установа и место где је рад израђен: Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет
Научна област (УДК):
Ментори: проф. др Љубица Мандић, проф. др Ђорђе Николић
<b><i>III Оцена и одбрана</i></b>
Датум пријаве теме: 26.09.2013. године
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: 253 од 23.06.2014. године у вези са 14-2/49 од 27.03.2014. године
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: проф. др Мирослав Лазић, проф. др Љубица Мандић, проф. др Ђорђе Николић
Комисија за оцену докторске дисертације: проф. др Мирослав Лазић, проф. др Љубица Мандић, проф. др Ђорђе Николић
Комисија за одбрану докторске дисертације: проф. др Мирослав Лазић, проф. др Љубица Мандић, проф. др Ђорђе Николић
Датум одбране:

## САЖЕТАК

Средином двадесетог века, махом кроз рад Трибунала у Нирмбергу, информисани пристанак пацијента дефинисан је као главни руководни принцип, како етички, тако и правни, у свим облицима медицинске делатности. Од тог тренутка медицинска интервенција сматра се дозвољеном само и искључиво уколико је добро информисани пацијент пристао на њу. Са становишта правне науке, али и праксе, то значи да пристанак пацијента није ништа друго до једна од чињеница која искључује противправност при медицинској интервенцији. Штавише, чини се да се пристанак информисаног пацијента поима као једина чињеница од које зависи допуштеност интервенције.

Ми пристанку пацијента не одричемо сваки значај, али му засигурно не придајемо значај једине чињенице од које допуштеност интервенције зависи. Искрено верујемо да је информисани пристанак тек једна у читавом низу чињеница од којих допуштеност интервенције зависи. Заправо, ми пристанак пацијента на медицинску интервенцију видимо као најмање значајну чињеницу у том низу.

За проверу ове смеле тврдње користили смо се мање-више стандардним методама које се у правним истраживањима користе. На првом месту, користили смо се нормативним методом за проучавање правних аката који ову материју регулишу, али и за проучавање научних радова рађених на ову тему. С ослоном на историјски метод бавили смо се моментима који су допринели настанку и развоју овог правног института. Такође, користили смо се предностима апстракције и генерализације као метода. Ипак, анализа, системска и компаративна, и синтеза основне су методе које се у раду користе.

**Кључне речи:** одговорност за штету, противправност, злоупотреба права, кривица, пристанак оштећеног, пацијент, медицинска интервенција, информисани пристанак.

## ABSTRACT

By the middle of twentieth century, mainly through the work of Nuremberg Tribunal, informed consent was established as a main principle, both ethical and legal, in all medical activities. Ever since medical treatment is allowed only when well informed patient consent to it. From a legal standpoint this means that informed consent is a fact that excludes unlawfulness in medical treatment. As a matter of fact, it seems that the informed consent is the only fact which determines whether medical treatment is permitted or not.

We don't think about this legal institute as totally insignificant, but we don't think about it as only fact that excludes unlawfulness either. We truly believe that informed consent is only one in a series of facts that determines whether medical treatment is permitted. We actually think that the informed consent is the least significant fact in this series.

For verifying these bold claims we used standard legal research methods. In the first place we used normative method to review, not only legal acts that regulate this matter, but also to review significant number of scientific papers. Relying on historical method, we reviewed facts from the past which contributed to the creation of informed consent and its development as an legal institute. We also used advantages of abstraction and generalization as a method. However, the analysis, both comparative and systemic, and synthesis were main methods used in main theses verification process.

**Key words:** liability for damage, unlawfulness, abuse of rights, fault, consent of the injured, patient, medical treatment, informed consent.

## САДРЖАЈ:

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ .....	1
I. ШТЕТА И УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ .....	14
1. ПРОУЗРОКОВАЊЕ ШТЕТЕ КАО ИЗВОР ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА.....	17
2. УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ .....	25
II. ПРОТИВПРАВНОСТ КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ <i>DE LEGE LATA</i> ..	34
1. ПОЈАМ ПРОТИВПРАВНОСТИ.....	35
2. ОДНОС ПРОТИВПРАВНОСТИ СА ДРУГИМ СЛИЧНИМ ПОЈАВАМА.....	41
2.1. Противправност и неправо.....	42
2.2. Противправност и абузивно вршење права.....	48
2.3. Противправност и кривица.....	61
3. ИСТОРИЈАТ ПРОТИВПРАВНОСТИ.....	71
4. НОРМЕ ЗОО РС И ПРОТИВПРАВНОСТ.....	81
4.1. Аргументи у корист идеје о противправности као услову одговорности за штету према ЗОО РС.....	81
4.1.1. Разлози искључења противправности.....	83
4.1.2. Општа забрана проузроковања штете.....	84
4.1.3. Начело забране злоупотребе права као доказ да је противправност услов одговорности за штету.....	85
4.2. Предмет противправности.....	86
4.3. Противправност као услов одговорности у зависности од основа одговорности.....	91
4.3.1. Објективна одговорност као „права“ деликтна одговорност...92	
4.3.2. Противправност и одговорност по основу правичности.....	93
III. ПРИСТАНАК ОШТЕЋЕНОГ КАО РАЗЛОГ ИСКЉУЧЕЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ.97	
1. ПОЈАМ И ПРЕДМЕТ ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ.....	101
2. САДРЖИНА ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ .....	109

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ.....	115
4. ОДНОС ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ СА СЛИЧНИМ ПРАВНИМ ИНСТИТУТИМА.....	127
4.1. Пристанак оштећеног и опроштај дуга.....	127
4.2. Пристанак оштећеног и однос овог правног института са поступањем на сопствени ризик и кривицом оштећеног.....	131
4.3. Пристанак оштећеног и споразумно искључење одговорности.....	139
IV. ОСОБЕНОСТИ ОДНОСА МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА И ПАЦИЈЕНАТА И ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА.....	142
1. ОСОБЕНОСТИ ОДНОСА МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА И ПАЦИЈЕНАТА.....	142
2. ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА.....	153
V. ПРАВНИ ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПРИСТАНКА ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ.....	168
1. ЗАМЕНА ПАТЕРНАЛИСТИЧКОГ АУТОНОМНИМ КОНЦЕПТОМ И УСЛОВИ ДОПУШТЕНОСТИ МЕДИЦИНСКЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ.....	168
2. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ – ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ.....	181
3. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ У КОНТЕКСТУ ОСТАЛИХ УСЛОВА ДОПУШТЕНОСТИ МЕДИЦИНСКЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ.....	194
3.1. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе позитивно одређених услова за њену допуштеност.....	195
3.1.1. Индикативност медицинског захвата.....	198
3.1.2. Стручна наобразба и оспособљеност медицинског посленика.....	214
3.1.3. Квалитативне и квантитативне особине обавештења о интервенцији чије се предузимање планира.....	221
3.1.4. Научна заснованост метода које се у сврху лечења користе...233	

3.2. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе негативно одређених услова за њену допуштеност.....	234
3.3. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе захвата у којима као чињеница не фигурира пристанак пацијента.....	237
3.3.1. (Не)предузимање медицинске интервенције у случају када није могуће испитати вољу пацијента.....	237
3.3.2. Медицинске интервенције које се предузимају по сили закона.....	240
3.3.2.1. Обавезна имунизација.....	241
3.3.2.2. Медицинске интервенције које се предузимају у поступку лишења пословне способности.....	244
3.3.2.3. Медицинске интервенције у току кривичног поступка.....	245
3.3.2.4. Обавезно упућивање на лечење.....	247
3.3.2.5. Посебни случајеви у којима се медицинска интервенција спроводи независно од пристанка пацијента.....	248
3.3.2.6. Измена у захвату или промена захвата у току медицинске интервенције.....	249
<b>ЗАКЉУЧЦИ.....</b>	<b>251</b>
<b>СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....</b>	<b>263</b>
<b>ПРИЛОГ 1: Изјава о ауторству.....</b>	<b>286</b>
<b>ПРИЛОГ 2: Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада...287</b>	<b>287</b>
<b>ПРИЛОГ 3: Изјава о коришћењу.....</b>	<b>288</b>



## УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Средином 20. века информисани пристанак пацијента постао је фундаментални концепт медицинске етике, начело свих модерних правних аката и руководни принцип за решавање различитих случајева који се у судској пракси јављају. За разлику од до тада важећег патерналистичког концепта који је извођење медицинског третмана подређивао, готово у потпуности, стручности медицинских посленика, овај концепт је у први план ставио пацијента. Тачније, у први план стављена је личност пацијента и његова воља да се третману подвргне. Евентуални недостатак воље пацијента или мане при њеном формирању, сматрају се непоправљивим. Сама болест, телесна повреда, околности под којима су оне настале, па ни стручност медицинског посленика, дакле, нису више биле довољне саме по себи да оправдају извођење медицинске интервенције.

Овај дериват принципа аутономије воље, међутим, и пре него што је у потпуности формиран и прихваћен од стране стручне правне и медицинске, па и шире лаичке јавности, постао је предмет интересовања и врло честих расправа. Ипак, без обзира на несугласице које су се повремено јављале, уплив овог концепта у правне поретке данашњице, а нарочито у област одштетног права био је готово незадржив.

У том смислу, издвојићемо два момента која су посебно допринела стварању адекватне климе за правно нормирање овог концепта. Најпре, опште је познато да је принцип аутономије воље начело савременог облигационог права. Будући да је, заправо, читаво грађанско право прожето принципом аутономије воље, јасно је да пристанак пацијента као продукт овог принципа има педигре да постане његов саставни део. Међутим, погодно тле за преузимање вредносног садржаја овог концепта од стране одштетног права највећим делом створено је претходним прихватањем начела забране злоупотребе права у облику поступања *contra factum proprium* и, у складу с њим, института пристанка оштећеног.

Наиме, савремено грађанско право претендује, између осталог, да обезбеди правну сигурност у односима међу правним субјектима. У том смислу, оштро се забрањује и санкционише било какво стварање неизвесности, привида и/или погрешне представе за страну са којом смо у однос ступили. Зато правни поредак оштро иступа против понашања које противречи пређашњем држању, свакако под условом да је оно штетно по некога.

Један од видова конкретизације забране поступања *contra factum proprium* јесте институт пристанка оштећеног. Овај правни институт онемогућава оштећеног који је на штету пристао пре њеног настанка да успешно истакне одштетни захтев. Јасно је, то се не може допустити, јер би у супротном друга страна, у нашем случају штетник, и сама трпела штету због противуречног понашања оштећеног које правни поредак не толерише.

Пристанак оштећеног, дакле, један је од најзначајнијих видова конкретизације забране поступања *contra factum proprium*, а пристанак пацијента на медицинску интервенцију је најзначајнији појавни облик пристанка оштећеног. Из тога произлази да је пристанак пацијента на медицинску интервенцију најзначајнија манифестација једног од основних начела облигационог, па и грађанског права уопште. Отуда, опчињеност правне теорије, а нарочито судске праксе под чијим је окриљем и настао, институтом пристанка пацијента на медицинску интервенцију не треба да изненађује.

Међутим, када опчињеност правне теорије једним правним институтом прерасте, како се то каже, у његову фетишизацију, стално преиспитивање логике на којој он почива од огромне је важности. Свесни те потребе, у истраживању које је идејној скици докторске дисертације претходило посебну смо пажњу посветили управо овом проблему. У том истраживању нашли смо, заправо, да та логика ни у ком случају није неспорна. Штавише, нашли смо да владајуће одређење пристанка пацијента на медицинску интервенцију као манифестације пристанка оштећеног болује од читавог низа недоследности и противуречности.

Наиме, институт пристанка оштећеног, иако се законодавац не изјашњава на тај начин, у правној теорији већ традиционално сматра се разлогом искључења противправности, а самим тим и одговорности за штету. У случају када је оштећени на штету пристао, радња којом је штета нанета, али и сама штета, престају да буду недозвољене са становишта правног поретка. Пристанак оштећеног, наравно када је дозвољено да се оштећеним добром у том смислу располаже, оправдава понашање штетника и негативне последице тог понашања.

Пристанак пацијента на медицинску интервенцију, уколико га већ посматрамо као вид пристанка оштећеног, требао би да производи идентично правно дејство. Другим речима, у присуству пристанка пацијента, медицинска интервенција чије извођење није дозвољено и штетне последице те интервенције, требале би да постану дозвољене. Чини

се да нити у правној теорији нити у судској пракси није спорно да пристанак пацијента на медицинску интервенцију има управо такво дејство. Он се, уз значајну аргументацију, сматра разлогом искључења противправности.

Ако је пристанак пацијента разлог искључења противправности, то значи, строго теоретски, да је он једина чињеница од које допуштеност интервенције зависи. То даље значи да је само присуство ове чињенице у стању да конвалидира недостатак било којег другог момента значајног за извођење медицинске интервенције. Такво одређење сматрамо за потпуно погрешно.

Истини за вољу, правна теорија је у контексту пристанка пацијента на медицинску интервенцију разматрала читав низ различитих чињеница од којих посредно или непосредно зависи допуштеност интервенције. Но, пристанак пацијента сматран је за одлучујућу чињеницу. Све остале чињенице подвођене су под пристанак пацијента и подређиване њему. Оваква маргинализација осталих чињеница значајних за допуштеност медицинске интервенције је нешто чему смо решили да се у раду супротставимо, јер по нама пристанак пацијента није разлог искључења противправности. Он је тек једна од читавог низа чињеница од којих допуштеност зависи и то, можемо то рећи на основу више критеријума, тек последња по значају.

Наравно, да бисмо пристанак пацијента и његов значај „ставили на пробу“, било је потребно створити читав низ предуслова. Тачније, било је неопходно одговорити на читав низ тзв. претходних питања. Потрага за одговорима на ова питања омогућила би нам да пре анализе значаја пристанка пацијента елиминишемо све „непознате“ које се при анализи могу евентуално јавити.

Дакле, да бисмо се успешно бавили пристанком пацијента на медицинску интервенцију, уколико га већ посматрамо као његову појавну манифестацију, неопходно је било упознати се, најпре, са самим институтом пристанка оштећеног, његовом правном природом, садржином, али и указати на његов однос са другим сличним правним институтима. Пристанком оштећеног и свим овим питањима, будући да је по својој правној природи пристанак оштећеног разлог искључења противправности, можемо се бавити тек пошто установимо недвосмислено да ли је противправност уопште услов одговорности за штету према нашем позитивном праву. Тек уколико утврдимо да је противправност услов одговорности за штету, има смисла испитати допринос пристанка

пацијента елиминацији овог услова. У супротном, уколико противправност није услов одговорности, ни престанак пацијента не можемо разматрати као моменат који је елиминише.

Будући да ми сматрамо да је противправност и експлицитно и имплицитно постављена као услов одговорности за штету, од посебног је значаја претрести постојеће, али и понудити евентуално нове аргументе у прилог тој тези како бисмо осигурали нашу истраживачку позицију. Међутим, анализа места противправности међу условима одговорности за штету захтева од нас, не само да аргументујемо претходни став, већ и да одредимо предмет противправности, али и да укажемо на међузависност противправности као услова и различитих основа одговорности за штету.

Наравно, овом проблематиком не можемо се успешно бавити уколико нисмо у потпуности сигурни шта је противправност. Зато ваља најпре дефинисати противправност са становишта грађанског права. Међутим, особито сложено питање противправности у грађанском праву захтева да се, пре покушаја дефинисања, одреди општи појам противправности као родни појам, па да се онда укаже на спецификум противправности у грађанском праву и својеврсни парадокс који у том одређењу постоји. Притом, питање историјата овог института врло је значајно, јер само кроз историјскоправни приступ можемо уочити засебне елементе који синтетисани чине оно што називамо противправношћу у грађанском смислу. Такође, ради правилног дефинисања противправности у грађанскоправном смислу, неопходно је размотрити и њен однос са кривицом, забраном злоупотребе права, али и са неправом чији је она појавни облик. Само тако можемо спознати границе овог института и његов спецификум. На тај начин, уз претходно одређен родни појам, добијамо други кључни елемент дефиниције посматраног појма.

Међутим, како се противправност у теорији права сматра условом одговорности за штету – тим пре зато што није до краја разрешена дилема да ли је и, ако јесте, када она услов – неопходно је упознати се и са појмом услова одговорности за штету. У том смислу, неопходно је указати на то шта су услови одговорности. Затим, неопходно је размотрити могућност изналажења родног појма за овај правни институт. Даље, неопходно је размотрити однос услова одговорности са основима одговорности. Најзад,

ваља размотрити и преиспитати ставове у правној теорији у погледу броја и класификације услова одговорности.

Ипак, иако смо испитивањем родног појма услова одговорности досегли значајан ниво апстракције, сматрамо да треба учинити додатни теоријски искорак ка апстрактном. Наиме, условима одговорности за штету, дубоко смо у то уверени, није могуће бавити се без претходног одређења појма штете. Уколико у раду не буде понуђена радна дефиниција овог појма, неће бити могуће сагледати читав низ значајних питања везаних за услове одговорности. Друго, а то је чак и битније, од става који се у погледу одређења штете заузме на почетку рада, у многоме ће зависити исправност аргумента који ће бити коришћени као доказ у пријави рада наведене главне, али и низа помоћних хипотеза.

Модерна логика и на њој заснована научна методологија, нарочито код научних радова великог обима, дефинишу читав низ правила која се при изради морају поштовати. Иако та правила у нас нису нормирана, оно што је извесно јесте да структура докторске дисертације мора бити у потпуности развијена. То значи да централни део рада мора бити подељен на одговарајући број делова, при чему сваки од њих обухвата у себи низ мањих целина. Главе и поглавља као хијерархијски нижи елементи делова дисертације морају бити тако организовани да представљају самосталне целине, али и да заједно логички повезују комплетан научно-истраживачки пројекат и презентују добијене резултате у потпуности.

Дакле, након обављеног истраживања, наш задатак је био да претходно изнету логику којом смо елиминисали „непознате“ укомпонујемо у устаљену структуру докторске дисертације. Сматрамо да је пирамидални приказ резултата у којем се крећемо од апстрактнијих ка конкретнијим питањима једини начин да се обезбеди потпуност и доследност изложених ставова. Стога централни део рада поделили смо у пет макро целина, то јест делова.

Први део дисертације носи наслов „ШТЕТА И УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ“. Из самог наслова да се лако уочити да овај део обрађује, заправо, два врло сложена апстрактна питања – појам штете и појам услова одговорности за штету. У складу с тим у овај део дисертације инкорпорираћемо две засебне главе. Прва глава назива се „ПРОУЗРОКОВАЊЕ ШТЕТЕ КАО ИЗВОР ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА“. Како је појам

штете вишеслојан, па самим тим и вишезначан, у оквиру ње ћемо штету разматрати са више могућих аспеката.

Штету ћемо, најпре, размотрити са становишта извора правних односа, то јест из перспективе чињеница које на основу одредби објективног права производе одговарајуће правно дејство. Затим, проучаваћемо је, уз одговорност за штету, као један од елемената облигационоправног односа који се на факту проузроковања штете формира. Појам штете нужно ћемо посматрати и као један од услова одговорности. Указаћемо, такође, на могућа различита схватања овог појма у другим наукама и свакодневном животу, а успутно на елементе који су синтетисани у правни појам штете, али и на елементе од којих је овај појам прочишћен. Најзад, у овом делу рада биће представљена два могућа начина дефинисања појма штете и наша дефиниција која је настала као продукт комбинације тих метода.

Читав наш систем одштетног права постављен је тако да се настанак штете предупреди и спречи. Превенција је примарни циљ нашег одштетног права. Ипак, без обзира на све напоре, како законодавца, тако и судске праксе да се штета спречи, штета је неизбежна последица у свакодневном животу, стога је питање шта се дешава уколико штета ипак настане увек интересантно. У начелу, уколико механизми превенције затаје, терет штете која је настала сноси онај ко је њоме погођен. Могућност да се надокнада настале штете успешно захтева од неког другог лица стиче се само изузетно, то јест само уколико су испуњене све претпоставке за преваљивање штете на штетника. Те претпоставке називају се условима одговорности за штету и читава друга глава првог дела дисертације посвећена је њима.

Дакле, у другој глави првог дела дисертације коју смо назвали „УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ“ трагаћемо за одговором на питање који су то услови одговорности за штету. Прецизније, ми се у овом раду не можемо бавити анализом сваког од потенцијалних услова одговорности за штету. Не можемо стављати на пробу ни постојеће ставове у теорији права који се односе на услове одговорности и њихову класификацију. То нам обим, али пре свега усмереност рада не дозвољавају. Наш допринос изналажењу одговора на постављено питање може се састојати само у одређењу да ли је и, под условом да јесте, када противправност један од услова одговорности за штету.

Међутим, за давање овог одговора потребно је створити одговарајуће предуслове. Управо у овој глави првог дела дисертације стварамо један од предуслова тако што дефинишемо појам услова одговорности за штету. Постојећа сазнања о појму услова одговорности за штету у правној теорији пружају сасвим солидну полазну основу за даље истраживање те проблематике. Ипак, постојећа сазнања нису потпуна. У радовима на ову тему редовно изостаје оно што бисмо могли назвати родним појмом у дефиницији услова одговорности. Ми ћемо, у складу с тим, уз пуно уважавање постојећих сазнања која опредељују спецификум појаве, иста допунити тако што ћемо истраживачку енергију у поменутој глави усмерити на изналажење родног појма. То ће нам, даље, омогућити да најзад спознамо на прави начин нимало једноставну правну природу услова одговорности за штету, али и правну природу чињеница које њихово постојање елиминишу.

Тек након тога у раду ће бити створени сви предуслови за давање одговора на питање да ли је и када противправност услов одговорности за штету према правилима нашег права. Зато је други део дисертације назван „ПРОТИВПРАВНОСТ КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ *DE LEGE LATA*“.

У првој од укупно четири главе колико ова макроцелина има, иначе названој „ПОЈАМ ПРОТИВПРАВНОСТИ“, приступићемо одређењу сложеног појма противправности у грађанском праву, јер уколико појам овог правног института не одредимо на прави начин, нећемо бити у стању да спознамо да ли је он један од услова одговорности. У ту сврху, испитаћемо, најпре појам правности, а онда указати на опште значење његове негације – противправности.

Међутим, у овој глави морамо размотрити својеврсни парадокс који код одређења појма противправности у грађанском праву постоји. Наиме, овај појам, природно, нешто је ужи у односу на општи појам противправности. Са друге стране, у томе се парадокс и огледа, овај појам је и у неколико шири од општег појма противправности. Управо то је моменат који отежава одређење појма противправности у грађанском смислу, јер са становишта логике тешко је прихватити да једна појава буде истовремено и шири и ужа од појаве која чини њен родни појам. Ипак, једном када се разреши овај парадокс који, заправо, уопште није нелогичан, добићемо сасвим задовољавајуће објашњење читавог низа појава у грађанском праву.

У другој глави, глави под називом „ОДНОС ПРОТИВПРАВНОСТИ СА ДРУГИМ СЛИЧНИМ ПОЈАВАМА“, делом ћемо одступити од неких основних логичких и методолошких правила. Она се, наиме, супротстављају тзв. негативним дефиницијама, то јест одређењима у којима се описује шта једна појава није. Међутим, у друштвеним наукама, нарочито праву, није увек могуће избећи и таква одређења због испреплетаности друштвених појава и односа која не дозвољава да дефиниција буде довољно прецизно постављена. Ове дефиниције тим пре није могуће избећи када се у поступку одређења појма сусретнемо са проблемом који се може подвести под израз парадокс.

У складу с тим, ми смо у овој глави решили да испитамо однос противправности са низом других, унеколико сличних правних института. У првом реду испитаћемо однос неправу у различитим појавним облицима са противправношћу која, такође, представља један од облика негирања права.

Однос противправности и других сличних правних института обавезно мора да укључи и анализу односа противправности и абузивног вршења права. Злоупотреба права је облик испољавања неправу. Она се налази на граници, то јест на прелазу, између противправног и дозвољеног понашања. Како је реч о разграничавајућем институту, јасно је да он конституенсима поставља, не само границе до које је дозвољено вршити неко право како то правна теорија види, већ и границу после које једно понашање престаје да буде противправно. Наравно, да бисмо ове границе правилно сагледали, у овом поглављу мораћемо да учинимо бројна прецизирања, али најпре ћемо морати да аргументујемо своје одређење између, са једне стране унутрашње и спољашње, а са друге стране и субјективне и објективне теорије злоупотребе права. На тако створеном темељу моћи ћемо да преиспитамо и оправданост поимања одређених момената као конституенаса злоупотребе права.

Најзад, негативно одређење појма противправности не би било потпуно без анализе односа овог института са кривицом. Како је кривица неспоран услов одговорности у оним случајевима када је она и њен основ, није могуће оставити по страни однос два услова одговорности, па чак ни када други уопште није неспоран. То тим пре није препоручљиво зато што ми противправношћу желимо да се бавимо, иако је могуће поимати је као облик неправу, првенствено као условом одговорности. Управо зато, посебно поглавље посвећено ће бити овом односу, његовим различитим схватањима, а нарочито феноменима



попут објективизације кривице који између противправности и кривице, на први поглед, стављају знак једнакости.

Након што у трећој глави размотримо историјске околности које су иницирале настанак и даљи развој института противправности, у четвртој глави под називом „НОРМЕ ЗОО РС И ПРОТИВПРАВНОСТ“ коначно ћемо понудити наш став о томе да ли и када противправност сматрамо за услов одговорности за штету. Ову главу поделићемо у три поглавља.

У првом поглављу, најпре, осврнућемо се на постојећу аргументацију у корист става да противправност јесте услов одговорности. Заправо, презентоваћемо два, по нама, најсолиднија постојећа аргумента у прилог том ставу, а онда ћемо њих појачати једним, до сада у правној теорији непознатим, аргументом. Наиме, искористићемо предности претходно обављене анализе односа противправности и абузивног вршења права, те корективну улогу потоњег института употребити као доказ и нама блиског става да противправност не може бити поимана никако другачије него као услов одговорности за штету.

Пре него што у трећем поглављу понудимо аргументацију става да је противправност услов одговорности за штету без обзира на основ одговорности, у другом поглављу отворићемо питање предмета противправности. Том приликом ћемо указати на постојеће ставове, али нећемо улазити у постојећу, добро познату аргументацију тих ставова. То нећемо учинити из разлога што на основу темељног тумачења долазимо до закључка да наш законодавац није у правни поредак увео ниједан од постојећих ставова о предмету противправности, већ да је постојеће различите ставове помирио и уклопио у један. Управо зато сматрамо да је од традиционалне анализе аргументације постојећих ставова далеко упутније проверити исправност решења за које се законодавац одлучио кроз анализу мањкавости коју сваки од постојећих ставова има понаособ.

Трећи део дисертације носи назив „ПРИСТАНАК ОШТЕЋЕНОГ КАО РАЗЛОГ ИСКЉУЧЕЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ“. Овај део рада резервисали смо за анализу разлога искључења противправности као једном од најзначајнијих примера „аутокорекције“ вишеструке законодавчеве несавршености. Прецизније, у овом делу рада бавићемо се, једним делом питањима која се тичу суштине разлога искључења противправности, али

много већим делом бавићемо се конкретним разлогом искључења противправности – пристанком оштећеног.

У складу с тим, након уводног излагања у којем ћемо представити наше виђење сложеног механизма по којем разлози искључења противправности функционишу, у првој глави овог дела упознаћемо се са појмом и предметом пристанка оштећеног. У првом реду, упознаћемо се са позитивним и негативним чиниоцима овог института. Даље, анализираћемо норме нашег одштетног права у контексту теорије о противправности узрока и теорије о противправности последице, али и неке хипотетичке ситуације које у пракси могу настати у зависности од опредељења између ове две поставке. Најзад, указаћемо на вишеслојну правну природу овог института и проширити листу предмета на које се он односи.

Поред одређења шта је и на шта се пристанак оштећеног односи, подједнако је битно указати и на садржину овог правног института. Наиме, кроз анализу интелектуалне и вољне компоненте овог правног института, можемо спознати разлоге због којих се оштећени унапред одлучује да одустане од заштите својих повређених добара иако му држава ставља на располагање читав свој апарат физичке принуде. Када овај правни институт не бисмо сматрали, поред осталог, и правним послом добродиног карактера, анализа његове садржине била би сувишна. Међутим, будући да ми њега поимамо управо на овај начин, због немалих разлика у погледу значаја мотива код добродиних и теретних правних послова, ми смо читаву другу главу посветили садржини пристанка оштећеног.

У првој глави трећег дела указаћемо на вишеслојну правну природу пристанка оштећеног, међутим подробнија анализа овог проблема свесно је остављена за трећу главу. Наиме, пристанак оштећеног се у правној теорији поима као разлог искључења противправности. То је став који, због начина на који постављен једини негативни чинилац овог института у нашем позитивном праву, није неспоран. Будући да смо се у првој и другој глави упознали са појмом, предметом и садржином пристанка оштећеног, створени су сви предуслови да се на пробу стави одређење пристанка оштећеног као разлога искључења противправности.

Пристанак оштећеног, отуда и идеја о његовој вишеслојној правној природи, може се и на другачији начин схватити. Због чињенице да је изјава воље, иако вољу изјављује само једна страна, кључни елемент овог правног института, он се може појмити и као

својеврстан правни посао. Уколико је наше резоновање тачно, а у овој глави ћемо понудити образложење због којег сматрамо да јесте, посебна пажња мора бити посвећена критеријумима класификације правних послова. Другим речима, биће неопходно испитати какав је правни посао пристанак оштећеног, нарочито у контексту евентуалних одступања од правила која за поједине врсте правних послова важе.

Најзад, у последњој, четвртој глави овог дела рада, поново ћемо одступити од логичких правила која забрањују негативне дефиниције. У овом делу рада, из истих разлога због којих смо то чинили при анализи односа противправности са другим сличним институтима, анализираћемо однос пристанка оштећеног са институтима који имају идентично или барем слично правно дејство. Најпре, анализираћемо однос пристанка оштећеног са опроштајем дуга, затим однос са поступањем на сопствени ризик и кривицом оштећеног, и на крају његов однос са споразумом о искључењу одговорности. Приликом анализе сваког од ових односа, нагласак ће бити стављан, не толико на сличности међу њима, иако ће и оне бити презентоване, већ пре свега на разлике које постоје.

Оваквом структуром рада, сматрамо, у потпуности је уважена логика којом смо се водили ради елиминисања бројних непознатих које се могу јавити приликом испитивања стварног значаја пристанка пацијента на медицинску интервенцију. Међутим, како однос који се поводом медицинске интервенције формира на релацији између медицинских посленика и пацијента одступа у много чему од устаљених релација међу субјектима облигационих односа, верујемо да је специфичности тог односа потребно посебно нагласити. Ово је неопходно јер прави значај пристанка пацијента нећемо бити у стању да проценимо објективно, нарочито уколико нисмо у потпуности свесни позиције са које у овај однос улази медицински посленик.

Такође, значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију нећемо моћи сагледати нити у потпуности нити на прави начин уколико пропустимо да укажемо на специфичности система одговорности медицинских посленика. Само на тај начин можемо спречити ширење постојећег јаза на релацији стручне медицинске и правне јавности. Како овим радом ни на који начин не желимо да допринесемо стварању додатних несугласица међу њима, али и додатног неповерења код пацијената, у рад ћемо инкорпорирати и четврти део под називом „ОСОБЕНОСТИ ОДНОСА МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА И

ПАЦИЈЕНАТА И ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА“. У складу са његовим насловом, овај део имаће две главе, при чему ће у првој бити указано на особености односа медицинских посленика и пацијената, а у другој на сложен систем правне одговорности медицинских посленика.

Последњи, пети део носи назив „ПРАВНИ ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПРИСТАНКА ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ“. Материја петог дела изложена је у три главе. Прва од њих посвећена је промени, по нама револуционарног карактера, која се десила у односу на релацији између медицинских посленика и пацијената. Реч је, наравно, о преласку са патерналистичког на аутономни концепт бављења медицинском делатношћу.

У овој глави, паралелно са приказом околности које су утицале на промену владајућег става у бављењу медицинском делатношћу, размотрићемо оправданост прихватања аутономне концепције. Наиме, однос између медицинских посленика и пацијената, уколико претендује на функционалност, мора се заснивати на слободно формираној вољи за учешћем код оба учесника. То, по нама барем, није спорно. Међутим, аутономна концепција има своје нус-појаве. У првом реду мислимо на дефанзивну медицину, али и на медицину засновану на доказима и на хиперспецијализацију у овој делатности. Оне, уз присутне остатке патерналистичког концепта у облику генералног патернализма, захтевају стално преиспитивање могућности преласка на неки други, напреднији концепт.

У другој глави последњег дела дисертације бавићемо се појмом и значајем пристанка пацијента на медицинску интервенцију. Проблемом значаја пристанка пацијента бавићемо се и у трећој глави, међутим у овој глави ћемо се значајем бавити са нешто вишег степена апстракције. Прецизније, и у правној теорији и у судској пракси прави се озбиљан превид када је у питању суштина пристанка пацијента на медицинску интервенцију. Из вида се редовно губи да овај институт мора бити размотрен у контексту логичких валенција, то јест сазнајних вредности. Последица таквог приступа је потпуно неосновано ширење поља примене пристанка оштећеног у зону поступања на сопствени ризик. Будући да је реч о проблему са значајним практичним импликацијама, у овом делу предложимо и решење тог проблема кроз изградњу необичне правне фикције.

И у трећој глави, како рекосмо, бавићемо се значајем пристанка пацијента на медицинску интервенцију, али са далеко конкретнијег аспекта него у претходној глави. Тако ће у овој глави изостати апстрактна одређења и формуле, а нагласак ће бити стављен на посматрање пристанка пацијента кроз друге моменте, то јест чињенице значајне за извођење медицинске интервенције.

Ради лакшег разумевања, све поменуте чињенице разврстали смо у три групе. Прву групу чине чињенице које су позитивно одређене. Другу групу чине чињенице које су одређене негативно. Најзад, трећу групу чине чињенице које искључују потребу за пристанком пацијента на медицинску интервенцију.

У оквиру прве групе, бавићемо се питањима индикативности медицинског захвата, стручне наобразбе и оспособљености медицинског посленика, опсега и квалитета обавештења пацијента, научне заснованости методе чије се коришћење планира. У оквиру друге групе чињеница размотрићемо могућност, заправо немогућност пристајања на одређене врсте интервенција због постојања апсолутне или релативне, персоналне или опште забране пристанка на њих. Најзад, у оквиру треће групе чињеница разматраћемо сложена питања интервенција у којима није могуће испитати вољу пацијента, те бројних примера интервенција које се по сили закона предузимају.

## I. ШТЕТА И УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Ужа група друштвених односа која се из перспективе правног поретка издваја као значајнија и која је због тога регулисана правом, то јест правним нормама<sup>1</sup>, назива се правним односима. Правна теорија учи нас да су правни односи, практично, најзначајнија спона између правног и фактичког<sup>2</sup>. Уколико је то заиста тако, последице које они узрокују када једном настану, а нарочито механизам њиховог настанка, посебно су интересантни за проучавање. Њихово проучавање је, заправо, нужно. Првенствено због тога што ћемо последице које законодавац везује за правне норме боље разумети, па самим тим и реалније претендовати на успостављање жељеног склада између правног и фактичког.

Уз пуно уважавање неких, са практичног аспекта ипак превише идеализованих ситуација и ставова у правној теорији заснованих на њима<sup>3</sup>, сматрамо да правни односи ипак не настају непосредно на основу објективног права. Иако је теоретски могуће, верујемо да је мало вероватно да се такве правнополитички неоправдане ситуације и решења тих ситуација у пракси заиста и појаве. Можда је у давној историји и било могуће да правни однос због различитих околности настане искључиво на основу објективног права. Међутим, у модерном добу, а у контексту сталне тежње да се обезбеди правна сигурност и уједно уваже вредносни и функционални моменат права, постојање објективног права није, нити то може само по себи бити, довољно за настанак једног правног односа.

---

<sup>1</sup> Поистовећујући право са скупом правних норми, будући да ће то од нарочитог значаја бити за одређење појма противправности, желимо да се у спору који у теорији права постоји између представника нормативистичке и социолошке теорије права ставимо на страну нормативиста. Напомињемо, ипак, да подржавамо идеју о стављању знака једнакости између права и правне норме само онда када правна норма задовољава, уважава и штити неке општеприхваћене друштвене вредности.

<sup>2</sup> „Правни односи су, дакле, нужна степеница у процесу остваривања правних норми [...]. Преко њих се нормативни део правног поретка – правне норме – повезује са његовим фактичким делом – људским понашањем, телесним радњама.“ (тако: Лукић, Д. Р., Кошутић, П. Б., Митровић, Д. М.: *Увод у право*, Београд, Службени лист СРЈ, 2002, стр. 417).

<sup>3</sup> Видети: Лукић, Д. Р., Кошутић, П. Б., Митровић, Д. М.: *Увод у право*, стр. 425-427.

Правни односи у модерним правним поретцима, дакле, не настају непосредно на основу објективног права. Они настају тек када се стекну одређене чињенице<sup>4</sup> које објективно право препознаје и предвиђа као услов за њихов настанак. Другим речима, они настају непосредно на основу чињеница за које правни поредак везује правно дејство<sup>5</sup>. То даље значи да правни односи настају и на основу објективног права, али тек посредно, јер између насталог правног односа и објективног права „посредују“ чињенице за које правни поредак везује правно дејство. Такође, уопште не би погрешно било рећи ни да су правне норме „само“ хипотетички извор права из разлога што њихова изворност у обзир долази тек уколико се, поновимо још једном, у стварности стекну чињенице описане у диспозитиву норме. Чини се, ипак, да је најисправније у маниру професора Слободана Перовића избећи давање предности чињеницама или објективном праву и констатовати да је за заснивање правног односа неопходна својеврсна симбиоза правног и фактичког, зато што доиста постојање правне норме или постојање чињеница, дакле само једно или само друго, није довољно<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> „Чињеница је мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа“ (тако: Шеших, Б.: *Логика*, Научна књига, Београд, 1962, стр. 620 и даље).

Дата дефиниција није са становишта логике и методологије неспорна, јер део стручне јавности под утицајем Џона Стјуарта Мила (Stewart, Mill, J.: *System der deduktiven und induktiven Logik*, Braunschweig, 1877, стр. 89) и даље сматра да је постојање чињеница независно од тога да ли је оно препознато од човека. Ипак, за дату дефиницију која укључује и чулно или барем мисаоно препознавање чињенице од стране човека, одлучили смо из практичних разлога. Нас, наиме, занимају правне чињенице, то јест чињенице за које правни поредак везује одређено дејство, а за њих је могуће везати дејство само уколико су претходно препознате од стране творца правног поретка, то јест човека. Утолико је Шешихева дефиниција за правна истраживања погоднија, иако не можемо негирати да неке чињенице постоје независно од људске свести о њима.

<sup>5</sup> Чињенице које производе правно дејство називамо правним чињеницама, односно фактима, а њих треба разликовати од нормативних факата као чињеница одлучујућих за стварање објективног права.

Инструкцију у том смислу и детаљно објашњење, по угледу на Петражицког, видети код: Тарановски, Василевич, Ф.: *Енциклопедија права*, Правни факултет у Београду – центар за публикације, Београд, 2003, стр. 189 и даље.

<sup>6</sup> У том смислу: Перовић, С.: *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1976, стр. 74.

Облигационоправни односи<sup>7</sup>, као врста правних односа, нису изузетак у том смислу, јер и они настају по идентичном „образцу“. И они настају као реакција на „додир“ правног и фактичког, дакле, када се стекну неке објективним правом предвиђене чињенице. У непрегледном мору чињеница на основу којих настају дужничко-поверилачки односи, пратећи систематику нашег Закона о облигационим односима<sup>8</sup>, решења у законодавствима већине земаља данашњице, али и сазнања до којих је дошла правна историја<sup>9</sup>, уочићемо да се значајем ипак издваја један извор, а то је проузроковање штете<sup>10</sup> другоме<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Како бисмо избегли замке у које се може упасти употребом другачије и унеколико непрецизније терминологије, под облигационим односом подразумевамо укупан однос између повериоца и дужника, док је облигација тек збирни појам за тражбину и дуг. (У том смислу: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, Номос, Београд, 2004, стр. 36-44).

<sup>8</sup> Проблематику проузроковања штете и њене надокнаде законодавац је обрадио након уговора. Како су тек у наставку обрађени остали извори облигационих односа, јасно нам је какав значај проузроковање штете има према становишту нашег законодавца.

Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО РС), „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

<sup>9</sup> Теоретичари права склони су да констатују да је читаво облигационо право, заправо, настало управо ради „ликвидирања“ стања створеног извршењем каквог деликта, а да су облигације *ex contractu* настале тек битно касније. Ово је потпуно логично тврђење ако имамо у виду да је за њихов настанак био потребан већи степен развијености друштва који, са друге стране, није био неопходан за схватање опасности од грађанскоправних деликата.

У том смислу: Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права: *Римско право, према белешкама са предавања Борислава Т. Благојевића*, Београд, 1946, стр. 99-100.

<sup>10</sup> У контексту претходне напомене, згодно је поменути да има и данас аутора који сматрају да је проузроковање штете другоме најзначајнији извор облигационих односа, далеко значајнији чак и од уговора, којима модерна теорија права неоправдано и на уштрб проузроковања штете даје предност и прво место.

Видети ставове: Антић, О.: *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 453; Салма, Ј.: *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2005, стр. 448-450.

<sup>11</sup> У домаћој литератури правилно је примећено да је одомаћени израз проузроковање штете другоме својеврсни правни плеоназам, због тога што облигациони однос не може настати из факта штете уколико се у истом лицу стекну и штетник и оштећени.

Видети: Антић, О.: *Облигационо право*, стр. 453.



## 1. ПРОУЗРОКОВАЊЕ ШТЕТЕ КАО ИЗВОР ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА

Проузроковање штете као извор облигационих односа, како то теоретичари облигационог права са дозом упроштавања кажу<sup>12</sup>, има два своја елемента – саму штету као узрок и одговорност за штету<sup>13</sup> праћену санкцијом као њену последицу<sup>14</sup>. Имајући у виду однос ова два елемента, логика нам налаже да их обрадимо управо тим редом, обзиром да се ни питање одговорности за проузроковану штету не може поставити уколико штета није ни настала. Штета је, произлази из тога, *condicio sine qua non* одговорности за штету. Она је зато, уз узрочнопоследичну везу између радње и штете, једини у правној теорији неспорни, па чак и природни услов одговорности.

Наиме, опште, прохибитивно правило о ненаношењу штете другима (*neminem ledere*)<sup>15</sup> кроз које као да „провејава“ и правило *suum quique tribuere*, „подигнуто“ је на ранг основних начела облигационог права, али не само облигационог права. Према мишљењу неких теоретичара права оно је, иако је конкретизовано кроз низ одредби нашег

---

<sup>12</sup> У том смислу: Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, Научна књига, Београд, 1986, стр. 325.

<sup>13</sup> Нисмо се одлучили да у раду користимо одомаћени израз „грађанска одговорност“, јер нам је ипак ближе схватање оних аутора према којима је појам одговорности за штету шири од појма грађанска одговорност.

Аргументацију овог става видети код: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 182.

Аргументацију у корист супротног става видети код: Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 399.

Додатну анализу у том смислу видети код: Караникић-Мирић, М.: *Кривица као основ вануговорне грађанскоправне одговорности*, Докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 2008, стр. 34-35.

<sup>14</sup> „Грађанскоправна санкција је вид правноорганизоване принуде која се врши над одговорним лицем да би се лична неимовинска добра и имовина другог лица довели у стање у ком би се највероватније налазили да нису угрожени и/или повређени“. Тако: Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, Докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 1994, стр. 196.

<sup>15</sup> „Док основна начела која се односе на уговор, на челу са слободом уговарања, афирмишу сам извор облигација у питању, дотле правило о проузроковању штете и само основно начело о проузроковању штете, управо супротно, забрањују основно чињенично стање ове врсте обавезе“. (Тако: Салма, Ј.: *Облигационо право*, стр. 170)

ЗОО РС, суштински ипак подигнуто на много виши ранг – на ранг општег начела читавог правног поретка<sup>16</sup>.

Поред сасвим јасно постављених правила која имају за циљ, не само да омогуће реакцију на причињену штету, већ и да превентивно делују на потенцијалне учиниоце штете, дешава се неретко да једно лице другом причини штету. Разлог је једноставан. Штета је неизбежна појава чак и у савременом друштву које толико напора улаже кроз законодавне, али и друге активности, да се њен настанак предупреди. Штавише, ризици наступања штете значајно су порасли, а обим штета које настају у немалом броју случајева превазилази могућност појединца, па чак и осигуравајућих друштава, да исту надокнаде<sup>17</sup>. Дакле, динамика савременог живота, испреплетаност интересних сфера и упућеност људи једних на друге, нису погодовали заштити субјективних права и интереса. Они чине наша правна добра и интересе, чак и рањивијим него раније.

Да бисмо проникли у сам појам штете, верујемо, најбоље је кренути са ширег становишта. Наиме, услед међусобне повезаности друштвених појава и процеса, дешавају се бројне промене у свакодневном животу. Ове промене могу некад бити повољне, некад индиферентне, а некад и неповољне. Повољне и индиферентне појаве, са становишта облигационог права барем, нису од неког нарочитог значаја. Занимљиве су тек неке од промена које смо означили као неповољне. Ако су промене заиста неповољне, онда се оне упроштено називају штетом<sup>18</sup>. У обичном се животу, дакле, под појмом штете подразумева свако неповољно стање, свака непријатност, као и свако пропуштање пријатности. Ово је, уједно, и најшире одређење појма штете.

Пракса у економским дисциплинама је, међутим, као прва недвосмислено показала да се појам штете мора унеколико сузити да би уопште био практично примењив. И заиста, ако појам штете посматрамо у економском смислу, уочићемо да се под њега

---

<sup>16</sup> Тако изричито: Николић, Д.: *Увод у систем грађанског права*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2005, стр. 121.

Слично резонување може се, истина посредно, наћи и у ставу да је питање надокнаде штете једно од оних које „[...] прожима готово цео правни поредак, не базирајући се на границе појединих правних дисциплина које су тако ревностно у прошлости биле изграђиване“ код: Перовић, С.: *Коментар Закона о облигационим односима*, Перовић, С. (ред), Прва књига, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. XLII.

<sup>17</sup> Тако: Антић, О.: *Облигационо право*, стр. 453-454.

<sup>18</sup> У том смислу: Вуковић, М.: *Обвезно право*, Књига прва, Школска књига, Загреб, 1956, стр. 73.

подводи само имовински губитак, то јест онај уштрб који се манифестује у нечијој имовини, наравно без обзира како је настао и без обзира на то ко ће у крајњој линији сносити ту штету.

Водећи се тим, али и другим корисним сазнањима до којих су самостално дошле, правна теорија и пракса су за своје потребе изградиле значајно ужи појам штете чак и у односу на његово одређење у економском смислу<sup>19</sup>. Према заузетом становишту, није свака штета у општем, па чак ни у економском смислу правно релевантна. Другим речима, правни поредак није заинтересован да обезбеди поправљање сваког облика штете, тим пре зато што сваки облик штете са становишта права није ни погодан да буде поправљен<sup>20</sup>. Став законодавца је, међутим, по том питању посебно интересантан.

Иако изузеци, сходно схватањима у теорији права постоје, чини нам се, ипак, да је исправније рећи да се нити у нас<sup>21</sup>, нити упоредноправно посматрано<sup>22</sup>, законодавци не

---

<sup>19</sup> Кад кажемо да је правна теорија изградила ужи појам штете од оног који је у општој употреби, па и оног који у виду имају они којима је економски начин резоновања ближи, не желимо да кажемо да је тај појам изграђен искључиво кроз сужавање ових, у односу на њега ширих појмова. Напротив, за изградњу правног појма штете било је неопходно синтетисати низ елемената сродних појава и појмова.

О томе детаљније видети код: Аличкић, С.: *Границе појма аквизијанске штете (damnum) у класичном римском праву – Правно-терминолошка анализа*, Зборник Матице српске за класичне студије, бр. 12, Нови Сад, 2010, стр. 185 и даље.

<sup>20</sup> Видети: Станковић, О.: *Појам и врсте штете*, Анали ПФ, Београд, 1961, стр. 283; Станковић, О.: *Штета*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том трећи, Службени лист СФРЈ, Београд, Београд, 1978, стр. 254 и даље.

<sup>21</sup> У члану 155. ЗОО РС дефиниције штете нема. Ње нема ни у строгом логичком, ни у уопштеном значењу те речи, јер законодавац не иде даље од набрајања врста штете. Такође, ни Комисија за израду Грађанског законика при Влади Републике Србије није учинила заокрет у циљу дефинисања појма штете иако је у 168. члану унела измену у претходну дефиницију додајући да је штета, поред претходно реченог, и „повреда зајамчених права личности“, па и повреда сваког законитог интереса (у алтернативном члану).

Комисија предлажући то решење није отишла корак даље. Штавише, она се вратила корак уназад на решење које је својевремено предлагао професор Михаило Константиновић (Видети: Константиновић, М.: *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СЦГ, Београд, 2006, стр. 77, чл. 124.). Ипак, ово је један од ретких случајева када такав „корак уназад“ поздрављамо, јер слажемо се да је поменуто дело професора Константиновћа увек актуелно, не само као ретроспектива, већ и као мета поређења (Тако: Перовић, С.: *Развој облигационог права*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, Београд, 1986, стр. 156).

упуштају у дефинисање појма штете. Ти случајеви који се сматрају изузетима у изнетом смислу, заправо уопште нису изузеци јер законодавац ни у једном од поменутих случајева не иде ни корак даље од дефинисања врста штете. То се јасно види из њиховог набрајања без навођења ичега што би се могло сматрати родним појмом као нужним елементом дефиниције<sup>23</sup>.

С друге стране, у одбрану законодавца, треба рећи да његов посао уопште није давање дефиниција. То је посао правне теорије. Законодавац има далеко конкретнији задатак. Његов задатак је да обезбеди практичну применљивост правне норме, а са те стране, објективно, од постављања општег правног појма штете много је битније одређење врста штете<sup>24</sup>. Међутим, иако дефиниција у законским текстовима готово редовно изостаје, то не значи да нам законски текстови у потрази за дефиницијом општег појма штете не могу бити од користи. Законодавци редовно дају елементе тог појма кроз правила о надокнади појединих врста штете<sup>25</sup>.

У потрази за том дефиницијом, на нашу срећу, нисмо усамљени. Многи су аутори за њом трагали, а ми смо мишљења да је међу њима, нарочито са методолошког и логичког становишта, некако најдаље отишао Јаков Радишић. Он, наиме, служећи се исправно предностима аналитичких метода, долази до закључка да под појмом штете у правном смислу те речи треба подразумевати сваки уштрб неког правно заштићеног добра

---

<sup>22</sup> Помиње се у том контексту, готово као школски пример, Аустријски грађански законик из 1811. године који каже (§ 1293) да је штета сваки уштрб причињен некоме у његовој имовини, правима или његовој личности, као и измакла добит коју је неко по обичном току ствари могао да очекује или предвиди. Помиње се редовно и Немачки грађански законик из 1896 према којем је (§ 823) сваки онај који намерно или из непажње повреди туђи живот, тело, здравље, слободу, својину или које друго право, дужан да надокнади из тога проистеклу штету.

<sup>23</sup> Изостанак родног појма донекле се може оправдати чињеницом да су добра која могу у грађанскоправном смислу бити повређена толико разнолика, да је готово немогуће подвести их под било какав заједнички именилац.

Размишљање у том смислу налазимо код: Пауковић, Х.: *Неимовинска штета и нека питања доспијећа и застаре*, Измене Закона о парничном поступку, накнада штете и осигурање: XI научни скуп, Удружење за одштетно право, Златибор, 2008, стр. 102.

<sup>24</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 198.

<sup>25</sup> Тако: Станковић, О.: *Штета*, стр. 253.

који настаје мимо воље погођеног лица, а који је неко дужан да надокнади<sup>26</sup>. Ипак, сматрамо да је у ову дефиницију неопходно унети најмање две, а можда и три измене.

Прво, израз „уштрб правно заштићеног добра“ који је предложен, без обзира на то што као прилично свеобухватан одлично игра улогу родног појма, не чини нам се довољно прецизним за конкретну примену. Из тог разлога, али и због нескривене сентименталности према његовом делу, сматрамо да уместо тог израза или, још боље, уз њега треба (ис)користити претходно помињани предлог професора Константиновића. Другим речима, сматрамо да је могућа, па чак и најисправнија, комбинација ова два одређења – употребити израз „правно заштићеног добра“ са прецизирањем која то добра потенцијално могу бити.

Друго решење чини нам се и квалитетнијим. Наиме, између методе таксативног набрајања и методе генералне калузуле, увек бирамо комбинацију ове две методе. Само њиховом комбинацијом могу се превазићи очигледне слабости и једне и друге методе. На тај начин спојили бисмо, са једне стране, Радишићеву свеобухватност и Константиновићеву прецизност са друге. Уколико би овакво решење било имплементирано у неку од наредних верзија новог грађанског законика, био би то велики корак напред, јер на тај бисмо начин помогли судији указујући шта се све сматра правно заштићеним добром, а притом његову кративност не бисмо гушили „затвореном“ листом добара чија повреда може бити правно релевантна.

Друга се измена односи на део у којем се каже да тај уштрб настаје мимо воље погођеног лица. Верујемо да је исправније рећи да такав уштрб *по правилу* [нагласио аутор С. Р.] настаје мимо воље погођеног лица, будући да нису занемарљиви изузеци у којима штета настаје, условно речено, вољом лица које трпи ту штету, али коју је дужан да надокнади неко други. Штавише, и сам професор Радишић уз дефиницију наводи могуће изузетке у том смислу<sup>27</sup>. У сваком случају, ми верујемо да је ово врло значајна измена коју итекако ваља размотрити у контексту неких будућих законодавних решења.

У погледу евентуалне треће измене рецимо, као прво, да се у правној литератури која се овом проблематиком бави често напомиње да је главна разлика између штете као правног појма и неких других неповољних стања подобност штете да буде поправљена

<sup>26</sup> О аргументацији детаљније код: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 196-198.

<sup>27</sup> Поменути изузетке видети код: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 197.

потуно или барем једним својим делом. Ако једно стање, ма колико неповољно било, није подобно за поправку, не можемо га сматрати штетом у правном смислу те речи. Без уласка у набрајање неповољних стања која нису подобна да буду поправљена нити у природи нити у новцу, можемо констатовати исправност оваквог резоновања. Чак и лаички гледано нема никаквог нарочитог смисла ангажовати државни апарат за поправку стања које се свакако не да поправити. Но, управо је чињеница да је то нешто што се практично подразумева, разлог зашто се двоумимо да ли у дефиницију појма штете треба увести још један елемент – потпуну или делимичну поправљивост штете. У сваком случају, не би погрешно било ни једно ни друго.

На тај смо начин дошли до дефиниције према којој је штета уштрб правно заштићеног добра који, по правилу, настаје мимо воље оштећеног лица, који је неко дужан да надокнади и који је уопште подобан да буде надокнађен и поправљен, а који се манифестује најчешће, мада не и искључиво, као умањење нечије имовине (обична штета), спречавање њеног повећања (измакла корист), nanoшење другом физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета), повреда зајамчених права личности, али и сваког на закону заснованог интереса. Истраживачка скромност, али и објективност, налажу нам да напоменемо да је ово радна дефиниција, дакле, дефиниција настала са циљем да задовољи неке практичне потребе овог рада. То значи да добијену дефиницију никако не доживљавамо као апсолутно тачну, коначну и непроменљиву. Ипак, нешто мање скромно, верујемо да она може бити солидна полазна основа, не само за овај рад, већ и за будуће истраживачке подухвате везане за ову проблематику.

Када једно правно добро или на праву заснован интерес буде повређено, чињењем (*commissio*) или нечињењем (*ommissio*), настала је штета. Чином проузроковања штете, нарушава се равнотежа која је до тада у правном поретку постојала и то „на рачун“ лица које трпи штетне последице. Када се уз штету стекну и неке друге законом одређене чињенице, она постаје правно релевантна. Тада за поновно успостављање равнотеже, али и постизање других циљева одштетног права, постаје заинтересован читав правни поредак једне земље јер га такво стање поткопава и компромитује<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Читава правна историја људског друштва прожета је, како се то у теорији прва истиче, опседнутошћу идејом реституције и трагањем за начинима да се нарушена равнотежа поправила.

Како би се нарушена равнотежа поново успоставила, у моменту проузроковања штете по сили закона настаје специфичан правни, односно облигационоправни однос<sup>29</sup>. У њему учешће узимају одговорно лице<sup>30</sup> и оштећени, дакле, тачно одређена лица, као што је то облигационим односима, обзиром на њихов реалтивни карактер, иначе својствено. У том новозаснованом односу улоге су јасно подељене – одговорно лице је дужник (*debitor, reus debendi*), а оштећени поверилац (*creditor, reus credendi*), при чему на страни штетника постоји од стране правног поретка наметнута обавеза да оштећеном надокнади проузроковану штету<sup>31</sup>.

Обзиром да је облигациони однос правни однос, како би се спречило да обавеза надокнаде штете остане тек „голо слово на папиру“, о заштити права која из тог односа проистичу стара се држава. Она стаје уз повериоца, у нашем случају оштећеног, и притиче му у помоћ уколико се деси да лице које је дужно да штету надокнади не жели да своју обавезу добровољно изврши. Будући да је тај сценарио, не само могућ, него и веома чест, поставља се питање шта се онда дешава.

Све што је у том случају потребно је да оштећени тужбом позове државу „у помоћ“. Она је та која има „монопол“ над средствима принуде и уколико се у судском

---

О томе, али и о кретању од освете и талиона, преко композиције, до реституције, детаљније код: Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, стр. 37-188; Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права: *Римско право, према белешкама са предавања Борислава Т. Благојевића*, стр. 99-102; Салма, Ј.: *Облигационо право*, стр. 471-481.

<sup>29</sup> Згодно је поменути да чином проузроковања штете не настају само облигациони односи, већ да из штете могу исходити и неки други правни односи (о томе детаљније код: Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 326-327). Њима се ми, ипак, нећемо бавити јер је са становишта нашег рада штета интересантна само као извор облигационих односа.

<sup>30</sup> Намерно смо указали да је облигациони однос који извире из чина проузроковања штете однос између одговорног лица и оштећеног, а не између штетника и оштећеног како би се то могло очекивати јер, иако не бројни, правнополитички веома су значајни случајеви одговорности за штетне радње другог.

Слично и: Југ, Ј., Везмар-Барлек, И.: *Накнада штете у управном спору*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2, Сплит, 2013, стр. 443 и 446.

<sup>31</sup> „Штета се може поправљати разним правима: кривичним, административним, дисциплинским, обвезним и другим“ (тако: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 73), но наша пажња усресређена је само на мере за поправљање штете предвиђене облигационим правом.

поступку испостави да је тужбени захтев основан, држава ће та средства активирати и кроз механизме принуде постарати се да се изврши репарација<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Када смо се донекле упознали са механизмом настанка грађанске одговорности, али и проблемом изворности у праву, са дозом умереног оптимизма да је такво путовање заиста могуће, волели бисмо да се каквим времепловом вратимо у време када је великан правне мисли Жан Карбоније живео и радио и да му поставимо питање да ли је проузроковање штете, сходно његовој класификацији, примарна или секундарна појава, јер аутор овог рада никако не успева да изађе из зачараног круга у који је у вези са тим одређењем упао. Дилема је следећа – да ли се уопште може рећи да је законска норма која забрањује наношење штете као примарна појава генератор одговорности за штету као секундарне, како би то по Карбонијеу било, или је факт проузроковања штете примарна појава и генератор грађанске одговорности? Да ли би, можда, ту класификацију требало проширити и терцијарним појавама?



## 2. УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

У савременој теорији облигационог права у ред најчешће обрађиваних питања спадају разни аспекти питања надокнаде проузроковане штете. Посебну пажњу, ипак, одувек је привлачило питање услова одговорности за насталу штету. Ово питање је код нас посебно постало актуелно данас у контексту тежњи ка придруживању Европској Унији из које изнова стижу захтеви да се обезбеде сви неопходни услови за ефикасно и адекватно обештећење, уз инсистирање на врло оштром санкционисању свих облика понашања који могу допринети њеном настанку, те уз стално апеловање на јачање свести и одговорности према правима, интересима и добрима свих субјеката.

Нама делује као да овим вредностима свакако треба тежити, без обзира на коначан резултат активности усмерених на улазак у Европску Унију. У складу с тим верујемо да је у најбољем интересу, пре свега учесника облигационог односа заснованог на факту проузроковања штете, да се тачно зна када и под којим условима се питање одговорности за насталу штету може поставити. Кажемо пре свега јер су управо та лица нарочито заинтересована за одговор на постављено питање.

Међутим, ово питање није од значаја једино за њих. У најбољем је интересу и читаве друштвене заједнице као организоване творевине да се тачно зна када и под којим условима се питање нечије одговорности може поставити, то јест када се јавља потреба да држава интервенише. Другим речима, уколико желимо да будемо прецизнији, неопходно је из перспективе државе да се тачно дефинише када и под којим условима она може да притекне у помоћ оштећеном који је против штетника позвао у помоћ тужбом.

Како и пре рекосмо, штета је редован пратилац свих људских активности. Она се као таква не може увек избећи и поред највеће показане пажње. Она, заправо, као Дандалов мач виси изнад сваког од нас и опасност да се танка нит о којој виси откачи, то јест да се опасност реализује, је огромна, па се у улози штетника или оштећеног може наћи свако од нас у било ком тренутку. Управо због тога је држава заинтересована да се тачно и недвосмислено одреди када се стање настало проузроковањем штете може поправити и када је она та која ускаче у помоћ приликом поправљања тог стања, уколико су већ методи којима располаже затајили у превенцији настанка штете. Притом, ако уз поменуто имамо у виду све већи број случајева проузроковања штете, вредност

повређених добара, степен њихове угрожености, али и врло специфичне околности под којима штете настају, напори шире правне јавности да се дефинишу услови одговорности за штету нама се чине, како из перспективе појединаца, тако и из перспективе државе, више него оправданим, па и неопходним.

Питање одговорности за штету, како се у правној теорији каже, није ни изблиза тако једноставно како се може учинити, будући да оно представља читав један свет који је стално у покрету и који се константно шири<sup>33</sup>. Тај својеврсни „вртлог“ апстрактних правила и још апстрактнијих теоријских поставки на којима почивају континентална пракса и теорија, чини да нам одговори на нека питања стално измичу. То, међутим, није и не сме бити оправдање за то што готово редовно изостају одговори на нека фундаментална питања.

Англосаксонски правни систем који почива на конкретним случајевима тај луксуз може још себи и да дозволи. Међутим, земље које припадају европскоконтиненталном правном систему то не могу себи допустити никако, управо зато што претендују на изградњу апстрактних, то јест општеважећих норми и принципа<sup>34</sup>. Како се на правну одговорност надовезује, по правилу, читав систем санкција, а које су, у зависности од перцепције односа државе и појединца, истовремено симбол и правде и неправде<sup>35</sup>, верујемо да није спорно да у ред тих фундаменталних питања спада и број услова одговорности, те да је „чиста ситуација“ с тим у вези од великог значаја.

Пре тога је, ипак, потребно дефинисати саме услове одговорности, а значајна достигнућа правне теорије иду нам на руку у том подухвату. Наиме, анализирајући решења усвојена, како у нашем, тако и у правним поретцима других земаља, приметимо да могућност оштећеног да захтева надокнаду штете, сматрамо сасвим природно, није неограничена. По правилу, заправо, штету која је настала сноси сам оштећени. Она пада на његов терет (*casum sentit is quem tangit*), док могућност да захтева надокнаду штете од

<sup>33</sup> Тако: Жосеран, Л.: *Еволуција одговорности*, Бранич, бр. 7-8, Београд, 1935, стр. 323.

<sup>34</sup> Често се парафразира духовита опаска Томаса Вира на рачун несклоности енглеских правника апстракцији и изградњи општих правила, који каже да је са становишта англосаксонског права одштетно право као конструкција само оно што се налази у књигама које се одштетом баве и да су корице књиге једино што ову, иначе хетерогену материју, обједињује и држи на окупу.

<sup>35</sup> Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, стр. 1-2.

неког другог лица онај који штету трпи стиче само изузетно. Оштећени ту могућност стиче само уколико се стекну неке законом предвиђене чињенице и управо те чињенице од којих зависи могућност преваљивања штете на другога називамо условима, односно претпоставкама<sup>36</sup> одговорности за штету<sup>37</sup>. Ово из разлога што оне својим наступањем омогућавају примену санкције која произлази из повреде законске или уговорне диспозиције. Они, да поједноставимо, описују чињенични ток проузроковања штете који је од стране законодавца препознат као правно релевантан<sup>38</sup>.

Ипак, уколико желимо да заиста осетимо каква је улога услова одговорности за штету, а верујемо да је то у најбољем интересу тематике којом се у дисертацији бавимо, неопходно је да се на један значајно виши ниво апстракције издигнемо ношени крилима теорије државе и права. Теорија права учи нас да се свака норма у праву, без обзира да ли је она општа или појединачна, условна или безусловна, састоји од два своја основна елемента, а то су, у начелу барем, диспозиција и санкција.

Но, уколико се упустимо у даље проучавање структуре правне норме, закључићемо да и диспозиција и санкција као њени основни делови, такође, имају своје делове који се јасно могу идентификовати и, мање или више успешно, као засебни проучавати. Ти делови, заправо, чине да граница између диспозиције и санкције не буде тако оштра, односно да се санкција наставља нешто природније на диспозицију норме. Ти елементи препознати су од стране правне теорије као претпоставке диспозиције, односно санкције. Ова два елемента, пре свега део норме означен као претпоставка санкције, за нас, а и уопште са становишта грађанског права, од посебног је значаја.

Наиме, правило којим се прописује нека санкција, то се односи и на грађанскоправну санкцију у виду обавезе надокнаде штете, ипак је правило од супсидијерног значаја. Супсидијерног у смислу да се правило којим се прописује одређена санкција примењује само и искључиво када није примењено правило садржано у

---

<sup>36</sup> Појам претпоставке у смислу услова одговорности не треба мешати са правним претпоставкама, то јест презумпцијама.

Упозорење у том смислу видети код: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 77.

<sup>37</sup> Слично: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 77; Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 345-347; Караникић, М.: *Кривица као основ грађанскоправне одговорности*, Правни живот, бр. 10, Београд, 2004, стр. 446; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 196.

<sup>38</sup> У том смислу: Салма, Ј.: *Облигационо право*, стр. 487.

диспозицији правне норме. Диспозиција је, дакле, примарно правило, а правило о санкцији секундарно у односу на њега, при чему је то посебно изражено код општих правних норми које се односе на стања која ће тек настати (условне правне норме).

Услов од којег зависи примена санкције изражен је као прекршај, односно оглушење о правило садржано у диспозицији и назива се претпоставком санкције. Тај услов је претпоставка од чије (не)испуњености зависи примена санкције. Притом, ваља имати у виду да се ови делови норме, иако се по неком правилу лако дају препознати по томе што се завршавају речима типа „у супротном биће кажњен“, уопште не морају завршавати на овај или неки сличан начин и да се уопште не морају нужно налазити одмах уз диспозицију или санкцију, већ да могу бити и издвојени. Штавише, стојимо на становишту, а верујемо да ће се и добар део правне теорије сложити у вези с тим, да уопште није неопходно чак ни то да претпоставка буде изричито написана, већ да се она може назрети из стилизације саме правне норме и њеног циља.

Дакле, правила понашања, било да су садржана у диспозицији правне норме, а нарочито ако су садржана у њеној санкцији, могу да се примене само уколико су за то испуњени неки услови, при чему те услове поставља сама норма. Она сама дефинише да ли ће се и када ће се примењивати које правило, па уколико погледамо елементе од којих је састављена, увидећемо да то исто чини и норма садржана у ЗОО РС која забрањује проузроковање штете.

И заиста, без обзира на то што они нису дати у оквиру истог члана или сегмента закона, већ су по њему разбацани, под условом да ову норму применом аналитичких метода рашчланимо, јасно ћемо увидети помињане елементе. Започнимо анализу тако што ћемо, наравно уз неопходно поједностављење из практичних разлога, препознати жељену норму, у овом случају норму која се односи на забрану проузроковања штете. Циљна норма би гласила да је свако дужан да се уздржи од понашања којим се другоме може проузроковати штета<sup>39</sup>, те да је онај ко штету ипак проузрокује, дужан да насталу штету надокнади<sup>40</sup>.

Већ на први поглед се из овако формулисане норме могу издвојити диспозиција и санкција. Диспозиција је у нашем случају садржана у члану 16. ЗОО РС, дакле у начелима

---

<sup>39</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 16.

<sup>40</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 154, ст. 1.

овог закона што само даје на тежини овом правилу. Према њој издата је заповест од стране државе да је свако дужан да се уздржи понашања које за последицу може имати настанак штете за другог, с тим што је правило тако постављено да има двоструко значење. Прецизније, у овој диспозицији имамо два правила са различитим улогама.

Прво значење препознаје се и манифестује у превентивној страни овог правила. Законодавац каже да је свако дужан да се уздржи од понашања којим се *може* проузроковати штета, што значи да законодавац на овај начин жели да спречи уопште могућност да штета настане. Дакле, прва диспозиција, прво правило је да се свако мора уздржати понашања које је потенцијално штетно. Друго је правило, ипак, далеко битније. Тако у оквиру исте диспозиције препознајемо, како из стилизације правила, тако и из назива члана, и правило да је забрањено чињење штете другоме. Дакле, законодавац у истој диспозицији каже императивно да се штета не сме наносити, јасно кроз санкцију изражавајући свој став о штети као непожељној.

Рекли смо да је друго правило садржано у диспозицији далеко битније. Битније је из разлога што законодавац санкцијом прети само у случају кршења другог правила, то јест само уколико је штета настала. Тако ће, без обзира на сав значај превенције настанка штете, онога ко се понашао тако да може проузроковати штету суштински заобићи грађанскоправна санкција уколико штета није наступила, јер нема законског утемељења за њу<sup>41</sup>. Та ће санкција погодити само оног из чијег је понашања заиста проистекла штета по другог.

Даље, иако многи у обавези надокнаде штете не виде санкцију у најужем смислу те речи, ми смо мишљења да је обавеза надокнаде штете увек – чак данас када се као тековина модерног доба одређује обавеза надокнаде тек једноструког износа штете – имала и својеврсан казни карактер. Како се не усуђујемо да обавези надокнаде штете одрекнемо и пунитивну функцију, превасходно због тога што је ово правило својеврсно средство притиска на субјекте да се понашају у складу са правилом које смо препознали

---

<sup>41</sup> Рекавши да ће онога ко се није држао заповести да се уздржи од понашања којим се може проузроковати штета у суштини заобићи грађанскоправна санкција желимо да укажемо, као прво, да смо свесни постојања норми са изразито превентивним дејством попут оне која се односи на уклањање опасности штете (видети: ЗОО РС чл. 156), али исто тако желимо да кажемо да се правило из другог става овог члана никако, по нашем мишљењу, не може схватити као санкција, па чак ни у најширем смислу те речи.

као диспозицију, у правилу које обавезује проузроковаоца штете да насталу штету надокнади видимо санкцију за проузроковаоца штете.

На тај начин дошли смо до дела ове норме који повезује диспозицију и санкцију, то јест правила садржана у њима. Рекли смо, наиме, да правило садржано у санкцији има смисла тек уколико је поступано супротно у односу на диспозицију и то и законодавац уочава, те санкцију са диспозицијом повезује кроз претпоставку санкције.

Закључак који можемо извести из претходног излагања је да су услови одговорности за штету по својој природи, заправо, претпоставке санкције. У овом делу рада нећемо се бавити оним чињеницама које су као услови одговорности за штету спорни, али погледајмо оне који нису – штета и узрочно-последична веза између радње и штете, иако се исти закључак односи и на спорне услове попут противправности и кривице. Видећемо да правила која се на појам штете и узрочност односе нису сама по себи правна правила јер не садрже никакву заповест, већ да су они делови норме који за задатак имају да повежу диспозицију са санкцијом. Они су ти елементи од чије испуњености зависи примена санкције, односно заснивање одговорности. Уколико они нису испуњени, не постоји могућност за заснивање грађанскоправне одговорности.

На овај смо начин, сматрамо, успешно доказали да је у теорији облигационог права уобичајено схватање услова одговорности као чињеница од чијег испуњења или неиспуњења зависи заснивање одговорности, односно примена санкције, заправо сасвим исправно. Проучавању услова одговорности за штету смо, надамо се, допринели и тако што смо боље појаснили теоријску природу услова одговорности код које је најбитније уочити да услови одговорности нису правне норме, то јест правила у најужем смислу те речи јер не изричу никакву заповест карактеристичну за диспозицију или санкцију. Такође, сматрамо да је кроз одређење услова одговорности као претпоставки санкције, учињен значајан, ако не и одлучујући корак ка изналажењу *genus proximita* за будуће покушаје дефинисања услова одговорности. Као последње, мада не и мање битно, створили смо овим путем добар основ да се упустимо у разматрање за наш рад најважнијег момента, а то је испитивање места противправности међу условима одговорности, јер ће за доказивање смеле тврдње да она јесте услов одговорности бити врло занимљиво размотрити противправност из угла претпоставки санкције.

Међутим, да бисмо услове одговорности у потпуности разумели и правилно сагледали њихову улогу у правном поретку, њихово дефинисање, односно њихово позитивно одређење, па чак ни са далеко вишег нивоа апстракције у односу на онај који је у теорији грађанског права уобичајен, није довољно. У том смислу, а и у складу са тенденцијом израженом у раду да сваки од значајнијих института за овај рад размотримо и у контексту неких других сличних правних института, спустићемо се још један или два корака дубље у проблематику.

Наиме, иако се модерна логика и на њој заснована методологија одлучно противе негативним одређењима, то јест дефиницијама у којима се објашњава шта једна појава није, осећамо потребу да, прецизности излагања ради, укажемо и на разлику између услова и основа одговорности. Потреба је тим пре већа уколико имамо у виду да се поједине чињенице јављају у обе улоге – као услов и као основ одговорности<sup>42</sup>.

Услови су, рекли смо, претпоставке одговорности и они дефинишу одлучујуће моменте који требају да се десе да би неко одговарао. Основ, то јест основи одговорности, јер није спорно у теорији права данас да их има више<sup>43</sup>, имају, међутим, сасвим другачију улогу. Они требају да објасне зашто, а не под којим условима неко одговара. Они, заправо, показују где се налази оправдање за заснивање одговорности и изрицање санкције<sup>44</sup>. Са

---

<sup>42</sup> Иако објективна одговорност све више окупира пажњу стручне правне јавности будући да су случајеви објективне одговорности све бројнији, субјективна одговорност никада није изгубила свој значај. Код субјективне одговорности кривица је и услов и основ одговорности. У том случају „она је, дакле, *један од елемената* [нагласила М. К. М.] који се морају стећи како би се одговорност засновала. Истовремено, она је и разлог из којег се у датом правном систему сматра да управо одређено лице треба да трпи коначне имовинске последице чињенице да је штета проузрокована“.

Тако: Караникић-Мирић, М.: *О разграничењу кривице од узрочности и противправности*, Правни живот, Београд, бр. 10, 2006, стр. 1034.

<sup>43</sup> Правилно препознајући разлике између разлога који доводе до настанка штете, професор Константиновић упозоравао је да би свако прихватање јединственог основа одговорности за штету било недовољно. (О аргументацији тог става видети: Константиновић, М.: *Основ одговорности за проузроковану штету*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1952, стр. 296). Тако се данас, поред романске концепције о кривици као искључивом основу одговорности, теоретски уобличне у Јеринговим делима препознају и објективна одговорност и одговорност по основу правичности у ужем и ширем смислу.

<sup>44</sup> У том смислу: Караникић, М.: *Кривица као основ грађанскоправне одговорности*, стр. 446; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 196; Стојановић, Д.: *Основ одговорности у грађанском праву*,

нешто вишег нивоа апстракције рећи ћемо да су основи одговорности разлог грађанскоправне одговорности. Као такви – за разлику од услова одговорности који дефинишу одлучујуће моменте који се требају дести да би санкција била примењена – представљају оправдање законодавца, па и државе у целини за примену санкције под тим тачно одређеним условима.

Када смо појам услова одговорности за штету појаснили, природно је запитати се који су то услови одговорности, то јест која су то очекивања правног поретка исказана кроз правне норме у вези са понашањем правних субјеката. Будући да је реч о питању од прворазредног значаја, за очекивати је да се макар у вези са тим питањем дошло до одговора који је јединствено прихваћен јер, није на одмет да то још једном нагласимо, у општем је интересу, како носилаца власти, тако и њених поданика, да се јасно дефинише када и под којим условима се за штету одговара. Врло је интересантно, међутим, да је ситуација, супротно реалним очекивањима, битно другачија и да консензуса у правној теорији по овом питању нема. Дакле, док у погледу дефиниције услова одговорности, као што смо у претходном делу то и видели, нема лутања, постоји у теорији права право шаренило схватања у вези с тим који су све услови одговорности.

Објашњење за настанак поменутог шаренила ваља нам потражити на нешто вишем нивоу апстракције. Логика нас, наиме, учи да се процес комуникације сматра ефективним уколико постоји барем минимум сагласности између интерпретатора и онога који у сврху остваривања комуникације одређене знаке употребљава око значења тих знака<sup>45</sup>. Пошто се правни живот заснива на својеврсној комуникацији између законодавца и онога на кога се норме односе, није тешко закључити да у тој комуникацији постоји проблем чим различити интерпретатори норми ЗОО РС на различите начине доживљавају поруку послату од законодавца.

Без намере да кривицу свалимо искључиво на законодавца, јер није спорно да је комуникација увек двострани процес, сметњу у комуникацији најпре, ипак, налазимо у самој стилизацији одредби ЗОО РС које се на штету и услове одговорности односе. Оне су тако постављене да заиста омогућавају врло различита тумачења која, ради стицања праве

---

Грађанска одговорност – реферати и дискусија, Институт за друштвене науке, Београд, 1966, стр. 13 и даље.

<sup>45</sup> Тако: Марковић, М.: *Дијалектичка теорија значења*, Београд, 1961, стр. 489 и даље.



слике о сложености проблема, кратко можемо и илустровати. Тако поједини аутори, нарочито они нешто склонији апстракцији, разликују свега три услова одговорности<sup>46</sup>. Друга група аутора, пак, разликује четири услова одговорности, притом најчешће уз вођење рачуна о разликовању сталних од повремених услова одговорности<sup>47</sup>. Такође, има и аутора који препознају и до пет услова одговорности за штету<sup>48</sup>. Но, различитим виђењима овде није крај. Наиме, илустрација коју смо желели да пружимо никако не би била комплетна уколико пропустимо да поменемо то да има и оних аутора који, будући да су далеко мање склони апстракцији, радо улазе у далеко дубљу анализу услова одговорности за штету, па у својим радовима говоре и о знатно више од пет услова<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Караникић, М.: *Кривица као основ грађанскоправне одговорности*, стр. 446

<sup>47</sup> Милошевић, Љ.: *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1977, стр. 161-162; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 196; Салма, Ј. *Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад, 2011, стр. 87.

<sup>48</sup> Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 78

<sup>49</sup> Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 345 и даље.

## II. ПРОТИВПРАВНОСТ КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ *DE LEGE LATA*

Обим, али првенствено усмереност овог рада, не дозвољавају нам да се дубље упустимо у проучавање сваке од понуђених „комбинација“ услова одговорности. Такође, потребе овог рада не омогућавају ни да се, без обзира на сво наше инсистирање о значају проблематике, овом приликом упустимо у потрагу за правим одговором на питање који су то заиста услови одговорности за штету. У овом смо раду, у складу с потребама рада, задали себи нешто скромнији истраживачки задатак.

Наиме, штета, узрочно-последична веза између радње и настале штете, али и кривица у одређеним случајевима су, по нама барем, а чини се и према мишљењу доброг дела правне теорије<sup>50</sup>, неспорни услови одговорности. За разлику од њих, преостали услови су, у зависности од перспективе гледања на проблем, а нарочито у зависности од јачине утицаја различитих правних школа, остали некако под знаком питања. Но, како је анализа постојећих текстова који се на услове одговорности односе показала да далеко највише недоумица изазва питање места противправности међу њима<sup>51</sup>, није било недоумица око тога како даље усмерити рад. У складу с тим размишљањем, истражићемо да ли је и, ако јесте, када противправност услов одговорности за штету по нашем праву.

---

<sup>50</sup> Југ, Ј., Везмар-Барлек, И.: *Накнада штете у управном спору*, стр. 443 и даље.

<sup>51</sup> Међу ауторима земаља у окружењу, најпре међу хрватским, који су се овом проблематиком бавили, чини се преовлађује становиште да је противправност, такође, неспоран услов одговорности за штету.

Видети, примера ради: Југ, Ј., Везмар-Барлек, И.: *Накнада штете у управном спору*, стр. 443, 448 и даље; Никшић, С.: *Основна обиљежја одговорности за штете у медицини*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008, стр.282 и даље; Пауковић, Х.: *Правни аспекти медицинског вјештачења и неимовинске штете у оквиру грађанскоправне одговорности лијечника за штету*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008, стр. 290.

## 1. ПОЈАМ ПРОТИВПРАВНОСТИ

Место противправности међу условима одговорности за штету, дакле, централно је питање у овом делу рада. Ипак, пре него што представимо наше виђење о месту противправности међу условима одговорности за штету и уопште о њеној улози у правном поретку, неопходно је појаснити сам појам противправности. То је неопходно како бисмо створили „здраве темеље“ за проверу хипотеза постављених у пријави овог рада.

Сложеном проблему одређења појма противправности, чини се, најбоље је прићи са семантичког становишта. Уколико се за овај приступ одлучимо, наћи ћемо да је противправност као израз сложеница која представља антипод појму правност. Из те перспективе не сме више бити никаквих недоумица око тога како приступити одређењу појма противправности. Логика нам налаже да, уколико желимо да дођемо до дефиниције противправности, морамо дефинисати прво појам правност.

Овакво размишљање наметало се као једино логички исправно. Оно је тим пре исправно ако имамо у виду да је правност основна одлика правне норме. Због тога би, заправо, свако истраживање ове проблематике тим пре требало да започне на исти начин. Ипак, интересантно је да теоретичари који су се у оквиру грађанског права бавили противправношћу махом нису ишли овим путем. Они су се готово редовно држали уобичајених кратких дефиниција заснованих претежно на законским решењима<sup>52</sup>. Дакако, изузеци и у том смислу постоје<sup>53</sup>.

Каже се тако да се питање правности стварно поставља почев од момента када се схвата да поштовање или непоштовање неке правне норме није више, као за морал или за религију, а до одређене мере чак и за обичај, ствар строго затворена у *психу* [нагласио Ж.

<sup>52</sup> Такав приступ срећемо, примера ради, код: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 148-149; Ђорђевић, С. Ж.-Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 347-348; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 220 и даље; Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, Докторска дисертација, Загреб, 1988; Цигој, С.: *Одшкодинско право*, Љубљана, 1960, стр. 34.

<sup>53</sup> Olšar, E.: *Studie o protivpravnosti(se zvlastnim zretelem k pravu trestnimu)*, Praze, 1940, стр. 8 и даље; Сибиновић, Ђ.: *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправа*, Правни факултет „Унион“ и штампарија „Загорац“, Београд, 2006, стр. 11 и даље. Таквим изузетком сматрамо и дефиницију понуђену код: Радишић, Ј.: *Противправност као услов грађанске одговорности*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1998, стр. 547.

К.] индивидуе и чија је једина санкција глас савести, већ ствар друштва које за собом вуче читав апарат спољних принуда којима рукује заједница<sup>54</sup>.

Право је основни регулатор друштвеног понашања. Постојећи комплементарни нормативни системи, без обзира на комплексност норми од којих су саздани и на степен њихове прихваћености од стране заједнице, нису уједно и право. Произлази одатле закључак да је право тек један од регулатора друштвеног понашања. У таквом нормативном плурализму, разликовање права од осталих регулатора друштвеног понашања посебно је значајно. Уз евентуалне друге, вероватно онима који нису тако вични праву не тако упадљиве разлике, управо је правност као нарочити квалитет најзначајнија разлика. Она је *differentia specifica* права у нормативном систему и она то остаје упркос томе што се, свакако не без разлога, може учинити да је временом помало изгубила своју оштрину<sup>55</sup>.

Правност представља својеврсни захтев државе да се заједнички живот људи одвија или у складу са правним нормама или барем не супротно њима. Израз захтев који смо овде употребили може се учинити помало престрогим, будући да он указује на одуство могућности избора оних којима је захтев упућен да ли ће се у складу са захтевом и понашати. Та могућност избора суштински постоји. Међутим, иако се субјекти права могу одлучити и за образац понашања који противречи правној норми, иако и таква могућност избора постоји, у том случају извесно је да ће ти субјекти од стране правног поретка бити санкционисани. И баш због тога што ће се већина субјеката уздржати од кршења правних норми, између осталог и зато што су свесни могућности да ће бити санкционисани, сматрамо да је могућност избора тиме, наравно у најширем значењу, искључена.

Дакле, израз захтев који смо малочас употребили, уколико га, у складу са препорукама теорије права посматрамо у нешто ширем смислу, никако није случајно одабран. Он је, заправо, потпуно адекватан јер оно што правност чини критеријумом за

<sup>54</sup> У том контексту: Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, Титоград, 1992, стр. 141 и даље.

<sup>55</sup> „[...]питаћемо се због које особине правна правила могу бити издвојена из скупа правила друштвеног понашања. Ова хипотетичка особина је названа *правност* (нагласио Ж. К.)“ (тако: Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, стр. 141).

разликовање права од других нормативних система јесте својеврсно „јемство“ у виду монопола физичке принуде којим држава обезбеђује да одговор правном поретку подређених субјеката на поменути захтев буде позитиван.

Закључак који на основу тога произлази је да је противправност негативан одговор на поменути захтев, односно да је то стање супротно жељеном и кроз правну норму пројектованом стању. Противправност, нешто прецизније, подразумева, како радњу коју према слову правне норме није требало предузети или пропустити, тако и последицу која није требала да настане. Она је, произлази даље, суд вредности који одређује који су то модели понашања прихватљиви и које су последице одређеног понашања прихватљиве, односно неприхватљиве<sup>56</sup>.

Овим смо дошли до општег појма противправности који је, иако незаобилазна, ипак само успутна станица на путу ка одређењу противправности са становишта грађанског права. Противправност у грађанском праву врло је сложен појам, а његово разумевање, поред низа других момената, нарочито отежава једна чињеница. Појам противправности у смислу грађанског права, сматрамо сасвим природно јер је реч о подврсти противправности уопште, битно је ужи у односу на њу. У другу руку, иако се то може учинити као нелогично, појам противправности у грађанском праву шири је од појма противправности уопште. Јасно је, пред собом имамо једну врло необичну појаву, а коју, без бојазни да је такав суд престрог, можемо означити као парадокс.

Противправност, наимае, увек представља стање супротно оном које је пројектовано правном нормом и као такво, условно речено, представља негацију права<sup>57</sup>. Противправност у описаном облику срећемо без изузетка у свим гранама права, али овај институт у свакој од њих има својих специфичности. Најзначајнија одлика

<sup>56</sup> У том смислу: Радишић, Ј.: *Противправност као услов грађанске одговорности*, стр. 547.

<sup>57</sup> Кажемо условно речено јер желимо да у Келзеновом маниру упозоримо да треба бити обазрив са употребом израза „негација права“. Наимае, противправност не негира норму и не доводи у питање „егзистенцију права“, јер је понашање супротно правној норми једнако предвиђено нормом као и понашања у складу са њом (видети: Келзен, Х.: *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951, стр. 64 и даље). Штавише, обзиром да искрено верујемо да је и „реду“ потребно мало „хаоса“, будући да без „хаоса“ „ред“ не би имао смисла, противправност не само да није негација права, већ је и његова највећа потврда. И заиста, шта би значило право и чему ослонац на монопол физичке принуде ако се нико не би понашао противправно.

противправности из угла грађанског права је та да противправност није поступање супротно нормама грађанског права, како би се можда дало закључити на основу претходног излагања, већ поступање супротно оним нормама које за циљ имају спречавање наступања штете. Притом није битно да ли се у конкретном случају ради о норми грађанског, кривичног, радног, управног или ког другог права. Битан је циљ који та норма претендује да оствари, а не место које би јој теорија права дала у систему права<sup>58</sup>.

Дакле, да бисмо говорили о противправности из угла грађанског права, није довољно кршење било које, већ кршење тачно одређених норми – норми за које телеолошким тумачењем можемо утврдити да имају за циљ спречавање настанка штете. Из тога, сигурни смо, јасно произлази да је противправност у смислу услова одговорности за штету, ужи од појма противправности уопште, будући да није довољно кршење било које, већ једне далеко уже групе правних норми. Остаје, међутим, да разјаснимо како је могуће да је противправност у грађанскоправном смислу уједно и шири појам од противправности уопште.

Ова нејасна ситуација постаје далеко јаснија уколико имамо у виду ширу слику проблема. Наиме, у теорији права се, кроз историјски приступ проблему, дошло до једне од најзначајнијих карактеристика права – његова постепена диференцијација. Историјскоправна истраживања уче нас да старија друштва нису била у стању да довољно јасно одвоје право од других регулатора друштвеног понашања. То даље значи да та старија друштва, такође, нису била у стању ни да у потпуности сагледају разлике међу њима. Потребни су били векови да се научна, па и људска свест уопште, подигне на тако висок ниво да ове појаве разлучи и касније објасни<sup>59</sup>.

Ипак, ни данас, упркос завидном нивоу достигнутог друштвеног развика, разликовање и одвајање права од других регулатора понашања није учињено у потпуности. Схватање противправности у оквиру грађанскоправне теорије, чини се, одличан је доказ те тврдње. Дакле, док се појам противправности уопште односи на поступање супротно правној норми – то нам, уосталом, и сам назив сугерише – појам

<sup>58</sup> Тако: Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 348; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 221.

<sup>59</sup> О томе детаљније: Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, Зборник радова из историје посвећен Алберту Вајсу, Форум, Нови Сад, стр. 19-22.

противправности у грађанском праву подразумева поступање супротно, *не само правним нормама, него и поступање супротно неким нормама неправног карактера* [нагласио аутор С. Р.].

Реч је о свим оним нормама које за циљ имају спречавање настанка штете, без обзира да ли су то у конкретном случају дисциплинска правила, правила струке, правила спортске игре или нека друга правила. Штавише, према схватањима у теорији грађанског права, противна праву биће и понашања супротна моралу, обичајима, па чак и смислу одређених закона уколико они, поновимо још једном, имају за циљ спречавање штете<sup>60</sup>. Из тог угла посматрано, будући да противправност у смислу грађанског права штити и неке норме које нису правног карактера, произлази да је противправност у смислу грађанског права унеколико шири појам од појма противправности уопште.

Однос између противправности уопште и противправности у грађанском праву можемо покушати да поједноставимо. Тако, уколико се одлучимо за коришћење предности математичког језика, рећи ћемо да се ова два појма односе као два круга која се секу са, за нас барем, изненађујуће малим пољем пресека. Ипак, чини се да ни посезањем за „вештачким језиком“ нисмо много добили. Да, овај однос јесте кроз математичку релацију лакше сагледати, но и поред неспорне прецизности математичког језика, нисмо дошли до задовољавајућег објашњења горе поменутог парадокса са становишта логике. Нисмо дошли до нама битног објашњења како је могуће да један, по природи ужи појам, толико излази ван граница општег појма. Општи појам морао би да га садржи у себи, то јест да противправност у грађанском смислу буде круг унутар круга противправности у општем смислу.

Међутим, будимо искрени. Овакви парадокси нису у праву, али ни другим друштвеним наукама ретки. Напротив, они су редован пратилац феномена које различите друштвене науке проучавају. Уосталом, можда овај парадокс и није тако необјашњив.

---

<sup>60</sup> У том смислу: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 151 и даље; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 221. Слично и: Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, стр. 410 и даље.

Штавише, овај појам се у посебним случајевима додатно шити. Тако се противправност, у контексту рада административних органа, везује и било какав значајнији отклон у поступању од усвојених становишта у вођењу поступка.

Тако: Југ, Ј., Везмар-Барлек, И.: *Накнада штете у управном спору*, стр. 448 и даље

Наиме, није теорија права никада одрицала повезаност права са другим регулаторима друштвеног понашања. Штавише, веза са осталим регулаторима друштвеног понашања редовно се истиче у правној литератури, а нарочито веза са моралом и обичајима који се чак сматрају и изворима права. Ако се обичај и морал, па и други регулатори друштвеног понашања сматрају изворима права, то практично значи да право „преузима“ на себе заштиту неких значајнијих друштвених норми неправног карактера и санкционисање њихових повреда. Заправо, други регулатори друштвеног понашања радо препуштају заштиту свих норми за чију је заштиту правни поредак заинтересован, управо због тога што једино правни поредак може са ослонцем на физичку силу да обезбеди, теоретски барем, њихово безусловно поштовање.

Наравно, није тешко уочити да су из перспективе грађанског права најинтересантније оне норме које за циљ имају спречавање наступања штете будући да је у интересу читаве друштвене заједнице да се спречи наступање штете, али и да се обезбеди њена надокнада уколико је она ипак почињена. Произлази из реченог, према нашем мишљењу, да тај излазак из општег појма противправности није, како би неки аутори рекли, доказ заосталости појединих данашњих правних поредака<sup>61</sup>, већ пре доказ неодвојивости права од других регулатора друштвеног понашања. Он је, заправо, најбољи доказ неодвојивости друштвених појава уопште.

И заиста, ако бисмо ствари заиста посматрали у изнетом контексту, тај излазак из круга општег појма противправности одједном више не би био тако нелогичан. Напротив, он би постао некако сасвим природан, тим пре што га потврђују историјскоправна истраживања која као једну од најзначајнијих карактеристика историјског развоја права издвајају прогресивну експанзију правне активности државе<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, стр. 21.

<sup>62</sup> Детаљније код: Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, стр. 25-26.



## 2. ОДНОС ПРОТИВПРАВНОСТИ СА ДРУГИМ СЛИЧНИМ ПОЈАВАМА

Иако је описани парадокс у грађанском праву у већој мери разјашњен, као спорно остаје где се налази граница између неправних и правних норми. Прецизније, питање је који је то тренутак после којег једно неправно правило наставља да егзистира као правно. Иако је њена прецизна пројекција од огромне важности, та, како је Карбоније назива, прелазна тачка<sup>63</sup>, као да стално измиче правницима због недостатка објективних критеријума на основу којих би се она могла пројектовати.

Наиме, иако готово да није спорно да треба стати монополном физичке принуде и иза неких норми неправног карактера, треба у томе наћи праву меру, будући да модерно друштво не сме себи да дозволи да, попут неких старих друштава, санкционише, рецимо, батинањем неоплакивање смрти претка. Тај одлазак у другу крајност и задирање у односе који морају остати ван правне регулативе је оно што се мора спречити. То апсолутно налажу разлози правне сигурности. Ипак, питање је како се супротставити томе када је та тачка вишеструко мобилна<sup>64</sup>.

Можда би нам у тражењу одговора на та питања од помоћи било истраживање појма правности у којем бисмо се користили, не само теоријским, нормативним и историјским методом како је то уобичајено, већ и анкетом, експериментом или посматрањем као емпиријским методама. Ипак, организовање и спровођење оваквих истраживања не чини нам се једноставним, превасходно зато што теорија права никада није успела да нађе прави начин да искористи предности поменутих метода или барем неких њихових техника. Стога, у недостатку бољих решења, морамо се ослонити на оно што теорија права нуди тренутно. У складу с тим констатоваћемо, сигурни у то да нисмо превише оптимистични, да је законом предвиђен маневарски простор за судијску креативност, као и истанчан осећај за правилно коришћење тог простора од стране судије, једино на шта се тренутно „поуздано“ можемо ослонити.

Немогућност правне теорије и законодавца да дају одговоре на ова и слична питања није, међутим, разлог да судије који, узгред, морају у конкретним ситуацијама да

<sup>63</sup> Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, стр. 143-144.

<sup>64</sup> О тој двоврсној мобилности – мобилности на махове и континуираној мобилности, детаљније код: Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, 146-148)

нађу одговоре на иста та питања, препустимо саме себи. Ако већ није могуће доћи до неког конкретнијег одговора, пожељно је да теорија права понуди макар смернице које би рад судијама колико-толико олакшале. Мишљења смо да је указивање на битне разлике између института противправности и других унеколико сличних правних института значајан искорак у циљу помоћи судијама, али и будућим истраживачима ове проблематике.

## 2.1. Противправност и неправо

У друштвеном животу нема самониклих појава. Свака друштвена појава има неко своје исходиште. Исходиште постоји чак и када због немогућности људског ума да се издигне на тако висок степен општости нисмо у стању да то исходиште сагледамо, објаснимо, па чак ни доживимо.

Издигнувши се апстракцијом изнад института противправности, наћи ћемо да ни овај правни институт није изузетак у изнетом смислу. Ни он није самоникла друштвена појава. Он није настао ни из чега и, да тако кажемо, сам од себе већ. Напротив, његови корени изузетно су дубоки и, додаћемо, врло стабилни. Ти корени сежу до неправна као једне од основних, истина никада до краја разјашњених, правних појава и појмова. Задатак који смо себи у овом делу рада задали, а у контексту онога што нас у наставку рада очекује, је да барем укажемо на разлике између неправна и противправности, уколико већ нисмо у стању да појам неправна и дефинишемо на логички прихватљив начин. Наравно, може се учинити да разматрање тих разлика представља пуко теоретисање без икаквих практичних импликација, али прецизност при коришћењу сродних појмова на коју у раду претендујемо апсолутно захтева разјашњење у том смислу.

Појам противправности своје порекло, дакле, води од неправна и један је од његових појавних облика. Другим речима, неправо можемо одредити као генусни појам за читав низ различитих видова негирања права, а противправност у раније изнетом смислу, тек је један од облика супротстављања праву. Притом, противправност, као један од облика испољавања неправна, у неправу налази своје опште границе.

Овакво одређење, иначе типчно за правну филозофију, може бити неразумљиво. Ситуација је, сигурни смо, значајно другачија ако дефинишемо и сагледамо појавне

облике неправна, при чему ћемо се, наравно, у складу са захтевима теме, задржати само на онима који су најмаркантнији. Наиме, по угледу на великана француске правне теорије Карбонијеа, када кажемо неправно, ваља нам се концентрисати на префикс „не“<sup>65</sup>. Он нам јасно указује на одсуство нечега, у овом случају права, али ако права нема, занима нас шта је оно што у његовом одсуству заузима то место.

Како су значења ове негације врло бројна, закључићемо да се и неправно јавља у више различитих облика. Но, да бисмо сагледали одсуство једне појаве, можда ипак треба прво разумети њено присуство<sup>66</sup>. Уз овај приступ који се својом једноставном логиком просто намеће, верујемо да је, такође, неопходно учинити и корак више и дефинисати и границе између права и неправна<sup>67</sup>.

Ипак, ма колико се овакав приступ чинио логичним, ваља се оградити у извесном смислу и упозорити да ни он не може понудити неко епохално откриће. Разлог је једноставан, а нуди нам га правна историја. Она нас учи, заправо упозорава, да се непрестано мора имати у виду да је иманентна законитост у развоју права стална трансформација права у неправно и обрнуто, под одређеним условима, наравно, чак и у оквиру истог правног поретка<sup>68</sup>.

Пошто се право, са изузетком дела правника који се декларишу као „социолози“, уобичајено схвата као скуп правних норми, а будући да смо и ми сличног мишљења, поменуто одсуство права из те се перспективе најпре манифестује у виду одсуства правне

<sup>65</sup> Порука наведена према: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introductives*, L' hypothese du non-droit, XXXe seminaire, Faculté de droit, d' économie et de sciences sociales de l' Université de Liège, 1977, стр. 11.

<sup>66</sup> Тако: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introductives*, стр. 11.

<sup>67</sup> Занимљиво је поменути покушај постављања те границе на који nailазимо у француској теорији. Она, иако је ми данас радије посматрамо као разлику између допуштеног и недопуштеног вршења права, границу између права и неправна везује за правичност, а коју, и поред њене двосмислености и мистериозности, покушавају да дефинишу. У том смислу кажу да правичност нашем савременом уху звучи као, не само чиста државна правда, већ као вредност независна од правних правила и судија, чак и супериорна у односу на њих, која нам омогућава да кажемо које правило и која судска одлука је неправична, па чак и неправедна. (У том смислу: Tunc, A.: *Aux frontières du droit et du non-droit: L' équité*, L' hypothese du non-droit, XXXe seminaire, Faculté de droit, d' économie et de sciences sociales de l' Université de Liège, 1977, стр. 281).

<sup>68</sup> То Алберт Вајс, врло елоквентно, доказује на примерима одржаја, застарелости и заштите неправног стичатеља имовине. Детаљније код: Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, стр. 24-25.

норме. Под појмом неправна, дакле, првенствено имамо у виду подручје друштвених односа које није покривено правним нормама. Ти друштвени односи нису регулисани правном нормом, по правилу, само зато што нису довољно интересантни и значајни са становишта правног поретка да буду правном нормом регулисани.

Но, бива неретко и то да законодавац не препозна стварни значај једног друштвеног односа и због тога пропусти да га регулише правном нормом. Ова друга ситуација када се срећемо са појавом у теорији права познатом под називом „правне празнине,“ за лайке, а нарочито за нас правнике, објективно, далеко је интересантнија од прве. Ипак, без обзира на разлоге због којих један друштвени однос није регулисан правном нормом, та сфера друштвеног живота, обзиром да није покривена правном нормом, спада у неправно, односно један је од његових најмаркантнијих појавних облика<sup>69</sup>.

Појам неправно, даље, односи се и на такозване квазиправне или псеудоправне, мада можемо чак рећи и неправне поретке који егистирају и остварују се паралелно, а који су у одређеној мери конкурентни „званичном“ правном поретку. Они су његова негација и сматрају се, сасвим разумљиво, обликом испољавања неправна, свакако, само из угла тог конкретног правног поретка. Притом, изрази псеудо, квази и не, који се користе, својеврсни су захтев правног поретка да се жигосе један привид који се објективно противи реалности<sup>70</sup>.

У контексту претходно описаног схватања неправна, треба указати и на то да је појам права данас, а то је једна од последица инсистирања на свеопштој метаморфози права<sup>71</sup>, знатно шири. И заиста, поодавно је у правној теорији указано на то да једначина „право = правна норма“ није тачна. Модеран правник, по угледу Женија, Дигија и Диркема, не сме бити опчињен правном нормом и не сме губити из вида ни на тренутак да је право увек веће од правног правила. Оно никада није пуки збир формалних извора права, без обзира на то да ли је конкретно правило конституисано од стране законодавца

---

<sup>69</sup> О (не)могућности да међународно право означимо као својеврсни вакуум, то јест правну празнину, детаљније видети код: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introducives*, стр. 11.

<sup>70</sup> Тако: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introducives*, стр. 12.

<sup>71</sup> О вредносној метаморфози права: Трајковић, М.: *Вредносна метаморфоза права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012, стр. 207 и даље.

или судске праксе<sup>72</sup>. Модеран правник, дакле, не сме се понашати као судија из Радбрухових правних афоризама који се, без обзира на сопствено супротно правно осећање правичности, не да завести на погрешан пут у својој верности закону<sup>73</sup>.

Наравно, о томе колико је појам права заиста шири може се итекако дискутовати, али верујемо да вредности које право треба да уважава нису фикција и плод апстракције која се тешко да превести на примењив ниво, већ да су оне део наше стварности и самим тим искуствено доступне<sup>74</sup>. Тако сматрамо да је да је могуће постићи консензус око тога да право мора бити обogaћено компонентом моралности, на којој је у нас посебно инсистирао Ђорђе Тасић<sup>75</sup>, али у том контексту и правичности и демократичности. Право, такође, мора уважавати друге савремене цивилизацијске тековине, људска и мањинска права и слободе, али и струку<sup>76</sup>. Правна метаморфоза у том смислу и правцу је више него неопходна, уколико се већ није догодила.

Право треба да буде, а по правилу то и јесте, основни извор, али и гаранција ових вредности. Дешава се неретко, међутим, и то да се у неким случајевима осећај правичности противи примени, па и постојању једне нормe<sup>77</sup>. Уколико правне нормe од којих је један поредак саздан не задовољавају побројане критеријуме, онда оне, па и читав поредак који је од њих сачињен, престају да буду право и из перспективе модерног правника који уважава и штити све поменуте вредности нужно се претварају у неправо. Правнофилозофским жаргоном речено, правни позитивизам у својој искључивости мора бити преточен у право које за своју основу прихватило, не норму, већ вредност<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Тако: Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, , стр. 128-129.

<sup>73</sup> Видети: Радбрух, Г.: *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, стр. 42.

<sup>74</sup> Чини се да слично уверење дели и: Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад, 2012, стр. 384 и даље.

<sup>75</sup> О његовом виђењу доминације моралних, а уз њих и социјалних елемената у политичком, правном и уопште друштвеном животу, али и о могућем кретању од основних етичких принципа до потпуне естетизације детаљније видети: Тасић, Ђ.: *Увод у правне науке*, Енциклопедија права, Београд, 1935, стр. 24 и даље.

<sup>76</sup> О карактеру вредности и њиховој евентуалној хијерархији: Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, стр. 386-389.

<sup>77</sup> У том смислу: Tunc, A.: *Aux frontières du droit et du non-droit: L'équité*, стр. 283-284.

<sup>78</sup> Трајковић, М.: *Вредносна метаморфоза права*, стр. 208.

То јесте основа јуснатуралистичког учења<sup>79</sup>, али верујемо да се са тим резоновањем можемо сложити и без прихватања идеје о постојању природног права као просторно и временски универзалног, под условом да право заиста доживљавамо и дефинишемо, не само као прост скуп норми, већ и као вредност<sup>80</sup>. Заправо, право никако другачије не бисмо ни могли ни смели посматрати. Проучавање права и бављење правом које има нихилистички однос према основним вредностима није и не може бити право, јер је основна функција права, дакле сама бит његовог постојања, заштита вредности<sup>81</sup>. Право које је специфична еманација људског духа, уколико не би уважавало основне вредности које су и разлог самог његовог постојања, било би чист формалноправни (при)вид егзистенције правне норме<sup>82</sup> јер правни позитивизам сам по себи, није у стању да властитом снагом образложи важење норми<sup>83</sup>.

Истина, могућ је и другачији приступ, јер ови критеријуми, у складу са њиховом двоструком природом, могу бити, како стваралачки, тако и деструктивни. Уколико, тако, право, без освртања на уваженост или неуваженост помињаних тековина од стране званичног правног поретка, објективистички и позитивистички доживљавамо и посматрамо из угла државе, свако одступање од правне норме је опасно. Свако такво одступање води субјективизму и, по правилу, погрешним одлукама. Свако одступање од норми, без обзира на то што се то одступање врши под плаштом заштите неких виших вредности и цивилизацијских тековина, представља негацију права, то јест неправо<sup>84</sup>.

Видели смо, дакле, да се под поретке права који се сматрају негацијом права, односно обликом неправга, подводе и правни поретци који не уважавају савремене цивилизацијске тековине и који не штите у довољној мери људска права и слободе препознате од читавог друштва као основне. Полазећи од те претпоставке, описани излазак појма противправности у грађанскоправном смислу из круга појма

<sup>79</sup> Тако: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introductives*, стр. 12.

<sup>80</sup> О неправу као негацији вредности детаљније код: Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introductives*, стр. 14-17.

<sup>81</sup> Такав закључак произлази из: Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, , стр. 383-397.

<sup>82</sup> Видети: Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, стр. 384 и даље.

<sup>83</sup> Тако: Радбрух, Г.: *Правни и други афоризми*, стр.18.

<sup>84</sup> О томе, у контексту правичности као више вредности, детаљније код: Tunc, A.: *Aux frontières du droit et du non-droit: L'équité*, стр. 297.

противправности у општем смислу, одједном се не чини више тако парадоксалним. Напротив, реаговање правног поретка на повреду неких друштвених неправних норми, нарочито оних које су тако пројектоване да претендују на спречавање последица које су нежељене и са становишта правног поретка, сада добија свој пуни смисао, па и својеврсну потврду.

Међутим, излагању о појавним облицима неправа и месту противправности међу њима овде није крај. Наставак анализе ове проблематике са ослонцем на до сада речено, доводи нас до још једног врло значајног облика испољавања неправа. Наиме, понашање противно правној норми је, сасвим логично, неправно, но и понашање у складу са правном нормом може бити у домену неправа, иако објективно посматрано оно никако није противправно.

Сетимо се само речи Светог Августина који се, алудирајући на претерано ослањање државе на физичку принуду, својевремено запитао шта су краљевства него велика разбојништва, уколико се од њих одузме праведност (*Ablata iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia*). Исто се, обзиром да су право и држава неодвојиве појаве, а нарочито зато што у доброј мери почивају на физичкој принуди, можемо запитати и за право. И право може бити велико разбојништво, ако живот и примена норми од којих је сачињено почива искључиво на физичкој принуди.

Уколико би се правни живот одвијао на таквој основи, уколико би почивао на покорности, а не на вредности<sup>85</sup>, онда бисмо у маниру Томе Аквинског могли рећи да је право створено само за зле и опаке. Јер, заиста, ако се субјекти потчињени једном правном поретку понашају у складу са правним нормама, не зато што верују у правичност и исправност тих правних норми, већ из страха од могуће репресије, такво право престаје да буде право и претвара се у своју супротност – у неправно.

Дакле, и описано ће се понашање сматрати противним праву, али не праву у објективном смислу, јер је очигледно сагласно њему, већ праву у смислу цивилизацијске тековине која је пратила и уважила еволуцију људског друштва и еволуцију људског поимања исправног и која је монопол физичке принуде којим располаже апсолутно подредила њиховој заштити. Другим речима, право које није доживело „вредносну метаморфозу“ и које је остало да „тавори у својој правнопозитивистичкој учмалости“, по

<sup>85</sup> Тако: Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, стр. 385.

нашем мишљењу престаје да буде право и претвара се у вероватно најзначајнији облик испољавања неправна<sup>86</sup>. Најзначајнији, свакако, јер се врло јасно манифестује на сва три нивоа правног живота – при стварању, примени и критици права<sup>87</sup>.

## 2.2. Противправност и абузивно вршење права

Бављење противправношћу из угла других сличних појава има јасне циљеве. У првом реду добијамо на прецизности у баратању правном терминологијом. Такође, користећи се овим приступом, упознајемо се са границама овог института. Другим речима, такав приступ омогућава нам да дођемо до вишеструко корисног сазнања где противправност, условно речено, почиње, а где се завршава, то јест где се налази зона недозвољеног и нежељеног понашања и када из ње излазимо и улазимо у зону правно дозвољеног. Овај приступ, најзад, омогућава нам да једним делом спознамо у ком се тренутку и под којим околностима једна правна појава претвара у неправну и обрнуто.

Ова се питања некако најчешће постављају при процесу стварања објективног права. Наиме, поред осталих сложених задатака који се пред законодавца стављају у том процесу, један се издваја својим значајем. Реч је о обавези законодавца да кроз правну норму обезбеди све услове неопходне за несметано одвијање свеколиког друштвеног живота.

Како би се тај циљ постигао законодавац треба да, пре свега, што је прецизније могуће одреди круг права која се појединцима признају, односно да одреди шта је, када и под којим условима, дозвољено чинити и пропуштати, а шта није. Дакле, у тој делатности, обзиром да је то основни предуслов за успешно разликовање права од неправна, додатни напор улаже се у циљу што прецизнијег дефинисања граница субјективних права.

На први поглед, можда, делује као да то није нарочито тежак задатак, међутим, први утисак вара. Дешава се итекако често да се нормама, и поред самопрегорног рада законодавца, поменуте границе ипак не поставе довољно прецизно. Ако се то деси, питање разграничења права од неправна постаје посебно проблематично, нарочито зато

---

<sup>86</sup> Основ за такво размишљање налазимо код: Трајковић, М.: *Вредносна метаморфоза права*, стр. 211-212.

<sup>87</sup> Слично: Трајковић, М.: *Вредносна метаморфоза права*, стр. 215.



што се оно не поставља само при стварању норме. Овај проблем, наиме, не губи на свом значају ни у тренутку кад правна норма започне свој „правни живот“.

У одбрану законодавца можемо рећи да постоји више момената који га спутавају у раду и који таквом стању доприносе<sup>88</sup>. Међутим, препрека која се за сада чини практично несавладивом је та што граница између права и неправда као, сликовито речено, „белог и црног“, није танка линија. То што се уобичајно лаички поима као оштра линија, заправо, увек је бескрајна нијанса „сивог“. Та граница, да прецизирамо, није довољно оштра да се увек јасно може изразити општом нормом.

Из угла оних који се правом не баве, а нарочито из угла оних који су склони хладној рационализацији специфичној за природне науке, вероватно је чудна та немогућност одређења граница једне појаве. Она је тим пре чудна зато што доиста делује као да објективно право поставља границе субјективног права, уједно и дозвољеног и недозвољеног, самим прописивањем једног правила понашања. И заиста, правном нормом је предвиђено правило понашања. Утврђена су овлашћења. Зна се ко, шта, када и у којој мери може, односно не може чинити. Даље, очекује се да ће се понашање које није у складу са правном нормом санкционисати, али и то да понашање у складу са признатим овлашћењем није и не може бити санкционисано.

То схватање, не само да у основи није погрешно, него је и потпуно логично уколико ствари посматрамо са нормативистичког становишта. Но, ма колико се овакво резонување чинило логичним, то је ипак само поједностављена слика правног живота. Правни живот у пракси функционише по битно сложенијем механизму.

Увек када теорија права закаже из ма ког разлога и увек када недостају законска решења за проблеме које динамика све комплекснијег друштвеног живота собом доноси, сва пажња бива усмерана ка судској пракси. Од ње се очекује да својом креативношћу изнедри адекватна решења, а она је, како се то јасно види, стварајући институт забране злоупотребе права, изнова показала да је дорасла постављеном задатку.

---

<sup>88</sup> Таквом стању, у првом реду, доприноси несавршеност мисли и идеја самог законодавца. Томе доприноси несавршеност језика као средства за изражавање тих мисли и идеја, али и непознавање језичких правила које чини да се језик, нарочито писани – на који је законодавац по природи ствари упућен, а који је нужно лишен невербалне комуникације која олакшава споразумевање – недовољно добро користи. Ништа мање није значајна ни улога контекста у значењу о којој се често мало, односно недовољно води рачуна.

Тако је трагајући за решењем проблема одређења граница субјективних права, судска пракса, а за њом и правна теорија, стала на становиште да није и не може бити допуштено одређено понашање чији је крајњи исход неправедан, неморалан или супротан неком другом врховном принципу, чак ни онда када се субјект права понашао у складу са стриктним правним прописима који му такво понашање не забрањују или изричито дозвољавају. Такво понашање, не само што није допуштено и не само што не може произвести жељене правне ефекте, него оно треба бити најстрожије санкционисано. Ово размишљање формулисано је кроз принцип познат као забрана злоупотребе субјективних права.

Овај, данас толико помињани правни институт, настао је као плод креативности француских, а делом и немачких судова средином 19. века, а као реакција на до тада важећи индивидуалистички концепт вршења права. Према том концепту субјект може своје право неограничено да врши по начелу *qui iure suo utitur neminem laedit*. То значи да, уколико титулар права вршећи своје право некоме нанесе штету или му нашкоди на какав други начин, за ту штету неће одговарати уколико је при вршењу права остао у границама предвиђеним објективним правом. Такав концепт, дакле, пружао је могућност да се практично без икаквих негативних последица по титулара права, са намером или без ње, другоме нанесе штета или учини каква друга неугодност, често и без икакве користи за себе, а све под паролом вршења свог права<sup>89</sup>.

Наношење штете које се оправдава вршењем права по систему *feci, sed feci iure*, попутоно је неприхватљиво. На такво се понашање морало реаговати јер, упозоравао је својевремено Јеринг у контексту вршења суседских права, ако држава не реагује на такво понашање, реаговаће онај чија се правна сфера тангира и то највероватније тако што ће и он, разочаран у правни поредак, прибећи вршењу неког свог права на сличан, ненормалан начин. У таквој ситуацији постоји реална, па чак и извесна опасност од стварања стања

---

<sup>89</sup> Нама се чини да је § 804 нашег Грађанског законика из 1844. године, иако неспорно има места и другачијем тумачењу, био формулисан тако да прихвата ту концепцију, а чак је и дефинише :“ Који би другоме с тим, што би право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати нити му ту надокнадити“.

сталног рата међу суседима, па и правним субјектима уопште, а то је, дакако, ситуација коју држава жели по сваку цену да избегне<sup>90</sup>.

Притом, не можемо, а да се у том контексту не осврнемо на још један битан моменат који открива сву опасност злоупотребе права. Не можемо, наиме, да не приметимо да су ширина овлашћења које једно право даје и неправичност индивидуалистичког концепта директно пропорционални. Поједностављено, што једно субјективно право даје шира овлашћења свом титулару, то се поменути концепт показује као неправичнији. Како готово ниједно друго субјективно право, са изузетком личних права која у начелу сматрамо незлоупотребивим, не даје титулару тако широка овлашћења као право својине, не треба да изненади то што је институт забране злоупотребе права настао управо у вези вршења овог права<sup>91</sup>.

Једном створен у судској пракси, овај институт врло је брзо прихваћен у правној теорији, истини за вољу, никада у потпуности, јер и данас део правне теорије одбацује идеју о могућности некакве злоупотребе права као логички немогућу. Увидело се, наиме, да је ради максималног остваривања субјективних права потребно њихово ограничавање и то не само нормом која их одређује<sup>92</sup>. Таквим се ограничавањима заправо повећава могућност мирног искориштавања субјективних права и кроз њихово коришћење остваривање различитих интереса. Постало је јасно да често цитирана максима *fiat iustitia, pereat mundus* нема своју примену у модерном добу.

---

<sup>90</sup> Jhering, von R.: *Des restrictions imposes aux propriétaires fonciers dans l' intérêt des voisins*, наведено према, Перић, Н.: *О злоупотреби права*, Скупљени чланци и расправе од др Нинка Перића, Геца Кон, Београд, , 1921, стр. 13-14.

<sup>91</sup> У том смислу : Вукадиновић, Г.: *Темељи забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 11; Лазић, М.: *Злоупотреба права својине у суседским односима*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 111-117; Ковачевић Куштримовић, Р.: *Домен примене начела забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 17 и даље). Ипак, има и других мишљења, тако професор Марковић везује настанак овог института за вршење процесних овлашћења (видети: Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 2002, стр. 420).

<sup>92</sup> Лукић, Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976, стр. 178

Настао у судској пракси и „избрушен“ кроз правну теорију<sup>93</sup>, институт забране злоупотребе права вишеструко је уграђен у правне акте како приватног, тако и јавног права већине држава данашњице<sup>94</sup>. Тиме је уједно потврђено у теорији права давно профилисано становиште према којем правни субјекти вршећи неко своје субјективно право, иако теже да првенствено остваре своје индивидуалне циљеве и на праву засноване интересе, најчешће потпуно несвесни тога, остварују и одређену друштвену функцију<sup>95</sup>.

Међутим, идеја о вршењу права као друштвеној функцији, није изворно творевина правне науке. Њене зачетке налазимо у неким основним моралним и социјалним принципима. Она је, заправо, настала као плод једне, иначе у људској психи одавно укореењене, концепције солидарности међу људима. Солидарности која подразумева и жртвовање зарад целине, од које се доцније за то добија „награда“<sup>96</sup> и идеје о својеврсној синергији индивидуалног и колективног у нашој свести која омогућава да се појединац истовремено осећа и својим и друштвеним<sup>97</sup>. Уколико се појединац превише осети својим, односно уколико субјект занемарује друштвену функцију која му је поверена, „друштво [*са ослноцем на право* – примедба С.Р.] је ту да сваки такав антисоцијални дух сузбије у

---

<sup>93</sup> „Забрана злоупотребе значи једну врло просту ствар. Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном [...] и уопште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога проузроковао другоме штету [...]“ (Константиновић, М.: *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Анали ПФ, бр. 3-4, Београд, 1982, стр.269).

<sup>94</sup> Примера ради: Немачки грађански законик ( Видети: чл. 226) и Општи имовински законик за Црну Гору ( Видети чл. 1000).

<sup>95</sup> Основ за овакво тврђење налазимо у ставу :“ Наша правна овлашћења нису апстрактна него имају једну социјалну вредност, па зато морају и да се остварују социјално[...]“ - Марковић, М.: *Злоупотреба права*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том 3, стр. 1008 и даље.

<sup>96</sup> У том смислу: Периф, Н.: *О злоупотреби права*, стр. 23.

<sup>97</sup> Мало је аутора у нашој теорији права који су попут Тасића имали такву моћ да се одупру искључујућим ставовима. У том маниру он у анализи људског деловања не одбацује ни индивидуално ни колективно, већ их подједнако уважава и тиме трасира пут за модерног теоретичара. О томе детаљније видети код: Тасић, Ђ.: *Увод у правне науке*, стр. 173-174 и даље.

његове нормалне границе“<sup>98</sup>, па чак и онда када се субјект све време понашао у складу са својим правом.

Вратимо се, међутим, анализи односа противправности са институтом забране злоупотребе субјективних права. Закључак који за сада можемо извести је, дакле, да на месту где се завршава противправност не почиње зона дозвољеног понашања, већ да она почиње нешто касније. На противправност као облик неправна наставља се раније поменута сива зона у којој егзистира институт забране злоупотребе права. Тек се на њу наставља зона правно дозвољеног понашања. Уз читав низ практичних, управо то је главни теоријски разлог зашто смо осетили потребу да испитамо однос између противправности и злоупотребе права.

Анализа односа противправности и злоупотребе права, која притом није ништа друго до још један од појавних облика неправна, није нимало лак задатак. Њега отежава околност да институт забране злоупотребе права никада није у правној теорији јединствено прихваћен. Један део правне теорије, њен објективно већи део, не само да прихвата институт забране злоупотребе права, већ га посмара са дивљењем. Неретко га сматрају практично најкориснијим правним институтом икада формираним. Други део правне теорије који, иако јесте мањи, никако није занемарљив, и данас је скептичан према институту забране злоупотребе права. Теоретичари из ове групе не прихватају овај институт, сматрају га некорисним и логички противуречним.

Управо ту између присталица овог института и његових противника настаје један од највећих познатих сукоба у правној теорији. То је сукоб између присталица унутрашње и спољашње теорије злоупотребе права, то јест између оних који верују у могућност вршења права противно неким вишим принципима и оних који такво вршење права сматрају противправним понашањем. Јасно је одатле да било какав покушај одређења односа противправности и злоупотребе права подразумева опредељење између ове две теорије.

Аргументи против института забране злоупотребе права, објективно, више су него озбиљни<sup>99</sup>, те може да зачуди зашто се и како законодавци редовно одлучују, не само да га

---

<sup>98</sup> Видети: Перић, Н.: *О злоупотреби права*, стр. 15; Перић, Н.: *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, Докторска дисертација, Београд, 1912, стр. 13. Слично и : Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, стр. 419.

инкорпорирају у правне акте, већ и да га уздигну на ранг општег и основног принципа регулисања правних односа<sup>100</sup>. Одговор налазимо у претходно помињаној невољи са стварањем правних норми уопште, а нарочито норми грађанског права и у том контексту немогућности постављања довољно јасне границе између права и неправга. Управо свест законодавца о тој немогућности, сопственој несавршености, несавршености мисли и идеја, несавршености писаног језика којим се користи, просто захтевају од њега да остави један „сигурносни вентил“ и да, природно, тај вентил повери судијама. Само тако би се омогућило санкционисање и одређених понашања која су са нормативног становишта у складу са правом или му барем не противрече, уколико су она противна моралу, обичајима, правичности или циљу права.

Када би законодавац увек могао да изнијансира ту границу прецизно, онда потреба за институтом забране злоупотребе права, признајемо, не би постојала. Тај институт би заиста био сувишан. Ипак, у овој ситуацији он је, сматрамо, апсолутно неопходан коректив законодавчеве вишеструке несавршености. Зато и они правници, каже професор Марковић, који теорији злоупотребе права не признају право грађанства у општој теорији права, и они ће се са присталицама теорије злоупотребе права сложити да је неоспорно да парничари, а то се односи на све субјекте права, своја овлашћења каткад користе из обести или без икаквог интереса и тако неке наносе штету. Сложиће се, сигуран је професор Марковић, и око тога да се таквом понашању мора стати у крај<sup>101</sup>.

Када је Валтазар Богишић својевремено утврдио постојање тог проблема и у тренутку надахнућа констатовао да и оно што није забрањено, па чак и да оно што је

---

<sup>99</sup> Наиме, присталице унутрашње теорије злоупотребе права инсистирају на томе, и то је њихов главни аргумент, да је злоупотреба права као конструкција неприхватљива јер је логички немогућа. Будући да се у случају злоупотребе права један материјални акт не забрањује или чак и дозвољава, а истовремено и санкционише, изгледа као да злоупотреба права чини да један тај акт буде истовремено и сагласан и противан праву. Злоупотреба права, по њима, није ништа друго до *contradictio in adjecto*.

Детаљније о овим, али и другим разлозима, правним и идеолошким, против института забране злоупотребе права видети код: Алишани, А.: *Начело забране злоупотребе права*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996, стр. 48-49; Водинелић, В. В.: *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, стр. 195 и даље; Перић, Н.: *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, стр. 46 и даље.

<sup>100</sup> Тако: Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, стр. 419.

<sup>101</sup> Видети: Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, стр. 423.

дозвољено може да не буде поштено, вероватно се запитао како се непожељном вршењу права супротставити. Ми сматрамо да нема инструмента који се у ту сврху боље може употребити од начела забране злоупотребе права. У складу са горе поменутих образложењем, а нарочито због тога што не верујемо у могућност изградње неког сврсисходнијег правног института, декларишемо се као присталице института забране злоупотребе права и управо због тога залажемо се да он постане део новог грађанског законика<sup>102</sup>.

Међутим, оставимо по страни на тренутак теоретисање, нашу евентуалну наклоњеност или ненаклоњеност овом правном институту, као и разлоге за и против њега и њихову убедљивост. Окренимо се нашим позитивним прописима и посматрајмо тренутно стање у њима. Анализа постојећих прописа недвосмислено сведочи у прилог чињеници да је институт забране злоупотребе права у нашем праву прихваћен и то врло конкретно и експлицитно.

Узмимо за конкретан пример ЗОО РС. Видећемо да је међу начелима овог закона, дакле у његовим првим редовима, јасно прокламована забрана злоупотребе субјективних права. Првенствено, наравно, то се односи на злоупотребу облигационих права, но у недостатку грађанског законика, тачније његовог општег дела, усуђујемо се да кажемо и свих осталих грађанских субјективних права<sup>103</sup>.

Наш законодавац се, дакле, недвосмислено опредељује као присталица спољашње теорије злоупотребе права. Своје опредељење, без обзира на реално мали простор посвећен институту забране злоупотребе права у ЗОО РС, чак двоструко прецизира, не остављајући, притом, никакву могућност друкчијег тумачења.

Законодавац, прво, члан 13. изричито насловљава као „Забрана злоупотребе права“. Тиме у старту отклања све недоумице у погледу свог опредељења и односа према овом правном институту. Онда, као друго, своје опредељење потврђује прописујући да је

---

<sup>102</sup> На сличном становишту стоји и професор Марковић који каже да су сви аргументи присталица унутрашње теорије, заправо формални приговори. Они јесу занимљиви са теоријског аспекта, али не и за правника-практичара. Практичара занима „материја“ једног инструмента, то јест његова практична употребљивост, а не форма у коју је заоденут, његова конструкција и теоријско оправдање. (У том смислу: Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, стр. 419-420).

<sup>103</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 13.

зобрањено свако *вршење права* [нагласио аутор С. Р.] које је противно циљу који је законом пројектован. Законодавац такво понашање санкционише, иступа против њега одлучно, али га ни у једном тренутку не одређује као противправно. Не, он такво понашање види као вршење права, а не као понашање супротно правној норми<sup>104</sup>.

При таквом стању ствари у нашем позитивном праву, сасвим природно и логично, следи закључак да није могуће успешно проучавање било ког института који има додирних тачака са злоупотребом права без осврта на њихов међусобни однос. Наиме, правнотеоријске расправе оправданости неког института предвиђеног важећим прописима ваља оставити по страни. Њих, дакако, можемо увек водити, али не смемо губити из вида слово закона. Тако, уколико већ закон предвиђа неки правни институт, ма колико, можда чак и оправдано, били против њега, ми га морамо проучавати као део наше правне стварности. У том маниру констатујемо, чак и упозоравамо, да није могуће ваљано проучавање било ког правног института, у нашем случају института противправности, без анализе његовог односа са другим блиским институтом који је део важећег правног поретка, чак и ако ми дубоко у себи тај институт уз солидну аргументацију сматрамо нелогичним, бескорисним, па и противуречним.

Вратимо се зато помињаним границама између различитих правних института, у нашем случају границама између противправног, абузивног и дозвољеног понашања. Правна теорија се бавила овим проблемом. Успут је чак понудила и нека занимљива размишљања на ову тему. Ипак, приступ проучавању је, нама се чини, споран. Заправо, приступ који је у теорији практикован био је, у најмању руку, једностран. Прецизније, не само да је приступ тај који је био једностран, већ су резултати до којих се дошло, иако је било могуће и шире их посматрати, посматрани из само једног могућег угла. О осталим могућим угловима приступа проблему није се водило рачуна, стога поменуте границе нису прецизиране у мери у којој је то објективно било могуће.

Наиме, у потрази за границама забране злоупотребе права, трагало се само за једном границом овог института – линијом која дефинише прелаз из дозвољеног у

---

<sup>104</sup> “Ко злоупотребљава право, тај врши право, чини нешто што је редовно допуштено законом, а не врши прекршај, не чини нешто што је редовно забрањено“. Ова реченица професора Лукића, као да допуњава одредбе ЗОО РС и прецизира их. (Видети: Лукић, Д. Р.: *О злоупотреби права*, Правна мисао, 1-2, 1941, стр. 29).



недозвољено вршење права. Као да се потпуно изгубило из вида да, уколико већ забрану злоупотребе права посматрамо као засебан институт, тим пре што она егзистира у зони између противправног и дозвољеног понашања, ваља дефинисати границу и на другој страни – границу између злоупотребе права и противправности. Уколико ми, присталице спољашње теорије злоупотребе права, успемо да прецизно дефинишемо ту границу или да макар сагледамо њене обресе, изградићемо врло солидну брану која ће институт забране злоупотребе права заштитити од бујице аргумената унутрашње теорије.

Границу између противправности и злоупотребе права, међутим, нећемо моћи уочити уколико претходно не укажемо на постојећа сазнања о оној другој граници института забране злоупотребе права. Пре свега тога, ипак, пошто се већ декларишемо као присталице института забране злоупотребе права, ваља се изјаснити, у ком то облику подржавамо овај институт. У ту ћемо се сврху поново морати одлучити између две могуће теоријске концепције овог института – субјективне и објективне<sup>105</sup>.

У судској пракси прво „препознато“ и дуго времена доминантно схватање злоупотребе права било је субјективно схватање овог правног института. Према овом схватању о злоупотреби права говоримо само у оним случајевима када се право врши са искључивом или барем претежном намером да се другоме нашкоди (*animus nocendi, animus turbandi*). Нагласак је код овог учења, јасно је, стављен на психички однос титулара права према причињеној неугодности другоме. У тим случајевима, када се титулар права води само намером да вршењем свог субјективног права нашкоди другом, а нема никакав други циљ, или има други циљ, али је он секундаран у односу на намеру да

---

<sup>105</sup> Поред ове две, поједини аутори (видети: Алишани, А.: *Начело забране злоупотребе права*, стр. 47-48) препознају и трећу могућу концепцију. Према овој мешовитој, односно субјективно-објективној концепцији како је аутор назива, да бисмо о злоупотреби права говорили потребно је и да се право врши са намером да се другоме нашкоди и да је такво вршење противно циљу права. Ова теорија може се схватити као прелазна између субјективне и објективне јер комбинује субјективне елементе једне и објективне елементе друге концепције, али пошто, по нашем мишљењу, овом комбинацијом не ширимо субјективну концепцију, већ и једну и другу концепцију сужавамо овом другом и тако сужавамо могуће поље примене овог института, ова варијанта злоупотребе права остаће ван сфере нашег интересовања.

другоме својим вршењем права нашкоди<sup>106</sup> говоримо о *шиканозном (пакосном)* вршењу права.

Субјективно схватање, међутим, болује од низа мањкавости. Најуочљивија је та да је схватање о злоупотреби субјективног права које се изводи из титуларове субјективне одговорности, сувише уско, па чак и када одговорност обухвата и *dolus eventualis*. *Dolus eventualis*, другим речима, не успева да субјективно схватање прошири у мери довољној да институт забране злоупотребе права постане применљив на све оне ситуације које се у пракси могу јавити. Судска пракса је то установила, а правна теорија недвосмислено потврдила, да злоупотреба субјективних права постоји и у бројним случајевима у којима нема пакосних или шиканозних намера, директних или евентуалних. Уосталом, посматрајмо ствар практично, за оног који пати од злоупотребе права није важно да ли пати зато што постоји зла намера код злоупотребиоца или не. За онога према којем се право абузивно врши битно је једино то што трпи оштећење, а оно се не повећава ако зле намере има, нити смањује ако је нема<sup>107</sup>.

На темељу овог и сличних схватања развија се објективна концепција злоупотребе субјективних права. Та новија концепција се назива и широм, јер се домен примене забране злоупотребе права шири и на остале случајеве, случајеве који се не могу подвести под шикану<sup>108</sup>.

Ова концепција данас је владајућа у правној теорији и егзистира у неколико различитих облика, но интересантно је да се у домаћој правној литератури објективна конструкција приказује само као противциљно вршење права. За ово схватање може се

---

<sup>106</sup> Шкођење се најчешће манифестује као штета. Но, оно се може манифестовати и као каква друга нелагодност, а под појам нелагодности подводи се свака последица која се не може окарактерисати као проузрокована штета, али која је по оног према којем се право врши неповољна.

Видети детаљније: Водинелић, В. В.: *Такозвана злоупотреба права*, стр. 11

<sup>107</sup> Тако: Лукић, Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, стр. 179

<sup>108</sup> Када се шикана посматра као ситуација у којој право, без обзира на своје моралне или макар само утилитарне циљеве, жели једино да оствари самог себе, на први поглед имамо дефиницију шикане. Ми, међутим, ову дефиницију видимо као ширење субјективног вида злоупотребе права и њену својеврсну објективизацију.

Видети: Радбрух, Г.: *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, стр. 135.

донекле наћи оправдање са становишта нашег позитивног права<sup>109</sup>. Међутим, у оквиру објективне концепције изграђени су различити критеријуми, односно конституенси<sup>110</sup>, који представљају посебне видове злоупотребе права, а које при стварању правних текстова, као и при решавању проблема који искрсавају у свакодневном животу ваља уважити и познавати<sup>111</sup>.

Поменути критеријуми, у првом реду, чине границу између правно дозвољеног и правно недозвољеног вршења права. Они дефинишу када је тачно једно понашање које је у складу са правном нормом заиста усклађено и са неким вишим принципима и као такво пожељно, а када ће одређено понашање, иако је нормативистички гледано у складу са правном нормом, бити сакнционисано.

Ми, међутим, у поменутиим критеријумима видимо и ону другу границу злоупотребе права – границу између злоупотребе права и противправног понашања. Она, истина, није овим критеријумима прецизно одређена, нити то може да буде обзиром на општост, али и вишезначност неких критеријума. Међутим, сматрамо да је ова граница одређена барем у оној мери у којој је овим критеријумима одређена граница између дозвољеног и недозвољеног вршења права, ако не и прецизније, дакле, у сасвим задовољавајућој мери.

Објашњење нашег става је једноставно. Између противправности и злоупотребе права постоје, по нашем мишљењу, две суштинске разлике. Прво, код противправности имамо поступање или последицу тог поступања која је супротна једном правном правилу, док код злоупотребе права имамо понашање у складу са њим. Изгледа, међутим, да та

---

<sup>109</sup> Наше позитивно право познаје само противциљно вршење права.

Видети: ЗОО РС, чл. 13; Закон о основама својинско правних односа (у даљем тексту ЗОСПО), „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80, 36/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 26/96, чл. 4, ст. 2.

<sup>110</sup> Критеријуми или конституенси забране злоупотребе права представљају конкретизацију општих формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрност и самовољу суда.

Тако: Ковачевић-Куштримовић, Р.: *Домен примене начела забране злоупотребе права*, стр. 21.

<sup>111</sup> „Злоупотреба постоји и код недостатка интереса у вршењу права; поремећају равнотеже интереса; аномалном вршењу права; скретању права са назначене функције (социјалне и економске намене); па и код невршења права на поштеђујући начин“.

Тако: Лазих, М.: *Злоупотреба права својине у суседским односима*, стр. 112.

разлика губи на значају ако имамо у виду да се оба понашања у сфери грађанског права санкционишу махом на исти начин – кроз обавезу да се надокнади штета.

Ту, међутим, на сцену ступају конституенци злоупотребе права, који чине другу битну разлику између злоупотребе права и противправности. Кроз њих можемо уочити да се санкционисању, иако у грађанском праву каткад идентичном, приступа из различитих разлога. Иако, наиме, у оба случаја имамо исту или сличну санкцију као последицу, у случају противправности санкционисању се приступа због тога што су поступања или последице поступања противне правној норми. Са друге стране, у случају злоупотребе права санкционисању се приступа због тога што су, иако су у складу са правном нормом, понашање и последица супротни неким вишим принципима израженим у форми конституенаса (зло)употребе права.

Овакво одређење границе између противправности и злоупотребе права, међутим, има ограничену примену. Оно стоји само уколико говоримо о противправности уопштено. Међутим, чим се са тог високог степена апстракције спустимо степену ниже, на противправност у грађанском праву, схватамо да конституенци злоупотребе права не формирају тако јасну линију разграничења како се можда може учинити са вишег степена апстракције.

Превасходно, ово се дешава због раније описаног изласка противправности у смислу грађанског права изван граница општег појма противправности и његовог кретања у зони морала, који је, узгред, и један од конституенса злоупотребе права. Проблем је, заправо, у томе што постоји у неким практичним ситуацијама могућност двоструког санкционисања – и по правилима о грађанској одговорности и по правилима о злоупотреби права. Када би се противправност у грађанском праву сводила само на супротност правним нормама које имају за циљ да спрече наступање штете, тај проблем не би постојао, али се овако сусрећемо са једним озбиљним, мада не и нерешивим проблемом.

Проблем се да лако решити под условом да унапред недвосмислено одредимо ком облику санкционисања треба дати предност. Пошто по нама нема двоумљења око тога да је институт забране злоупотребе права у грађанском праву само коректив правила о одговорности за штету, произлази из тога да предност треба дати потоњој групи правила, а из тога даље произлази још један закључак.

Број конституенаса у грађанском праву, тачније у оним случајевима када је последица злоупотребе права штета, а не нека друга неугодност која се под тај појам не може подвести, мора бити смањен за један. Морал је тај конституенс који мора да отпадне јер то је поље већ покривено противправношћу. У трагању за границом између противправности и злоупотребе права у грађанском праву, потпуно свесни строгости такве констатације, јер морал јесте, или би барем требао да буде, основ сваког института у праву, сликовито ћемо рећи да је морал тај који је из перспективе злоупотребе права на другој страни границе. Он се налази на „територији“ коју покрива и којом суверено господари институт противправности у грађанском смислу и коју нема потребе да брани још један правни институт. Ипак, свесни тога да у другим гранама права противправност не излази из круга општег појма противправности као што то чини противправност у грађанскоправном смислу, додаћемо да се наше размишљање односи само на грађанско право. Ми, овим не искључујемо могућност да постоји потреба да се морал у другим гранама права мора бранити двоструко – и кроз правила којима се забрањује одређено понашање или последица и кроз правила којима се забрањује злоупотреба права.

### 2.3. Противправност и кривица

Централно питање у спору који се води око места противправности међу условима одговорности за штету, заправо, је питање односа противправности и кривице. Спор, наиме, настаје када се на сто изнесе питање да ли је противправност самосталан услов одговорности који као такав можемо препознати и проучавати одвојено од кривице за коју га неки теоретичари, а чини се и неки законски текстови под утицајем француског грађанског законика, неодвојиво везују<sup>112</sup>. Притом, проблем је нарочито значајан ако имамо у виду да кривицу у правној теорији, не само да везују за противправност, већ је и

---

<sup>112</sup> Питање се, међутим, може и прецизније поставити. Тако можемо поставити питање је да ли има места двострукој евалуацији штетниковог понашања – прво, са становишта штетног поступка или последице као спољашње манифестације тог понашања и, друго, са становишта свести штетникове о штетности тог поступка, односно његовог односа према том делу и последици тог дела.

Питање формулисала: Караникић-Мирић, М.: *Кривица као основ вануговорне грађанскоправне одговорности*, стр. 309.

објективизују и поистовећују са њом. Свесни тога, не можемо а да се не запитамо има ли потребе за постојањем оба услова или је један довољан. Уколико се испостави да је један довољан, питање је онда да ли је он довољан због тога што је други услов сувишан или је довољан због тога што је шири и што као такав у себи садржи други.

Проблем у односу између противправности и кривице са којим се ми сусрећемо специфичан је за грађанскоправну материју. Искуства неких других грана права које се, такође, сусрећу са ова два института не могу бити од веће користи. Узмимо за пример кривично право. Теоретичари кривичног права се у контексту кривичне одговорности и услова за њено заснивање баве институтима противправности и кривице. Они дефинишу ове правне институте, али не остају само на томе, већ се радо баве и њиховим међусобним односом. Међутим, док при дефинисању ова два правна института у кривичном праву и можемо повући неке паралеле са дефиницијама које су теоретичари грађанског права понудили, дотле у поимању међусобног односа ова два правна института у кривичном и грађанском праву постоје значајне разлике.

Другим речима, ситуација је у оквиру теорије кривичног права у погледу односа противправности и кривице далеко једноставнија. Нама се чини да постоји неколико разлога због којих је то тако.

Прво, противправност као правни институт далеко је једноставније објаснити уколико га посматрамо са становишта кривичног права. У кривичном праву се овај институт, сходно универзално прихваћеном принципу *nullum crimen sine lege*, у сложеном и нарочито осетљивом процесу утврђивања кривичне одговорности увек своди само на свој основни облик – понашање супротно правној норми, односно њеном диспозитиву изреченом у посебном делу кривичног законика или евентуално неких делова такозваног споредног кривичног законодавства. То нам јасно говори да се у теорији кривичног права појам противправности не шири. Он у кривичном праву никада не излази ван општег појма противправности, као што је то случај у грађанском праву, јер кривично право никада не реагује на понашање које је супротно некој другој друштвеној норми, дакле норми неправног карактера. Штавише, кривично право, у начелу, не реагује ни на понашања којима се вређају неке друге правне норме ван кривичног законика<sup>113</sup>. Оно

---

<sup>113</sup> Намерно кажемо да кривично право у начелу не штити друге правне норме, то јест норме које се налазе ван посебног дела кривичног законика из разлога што истицањем одредбе „у начелу“ желимо да уважимо

реагује и предвиђа санкцију само за она понашања која су изричито предвиђена у диспозицији норме која је садржана у кривичном закону.

Друго, противправно понашање се, сходно поменутом принципу, у кривичном праву апсолутно подразумева као услов одговорности. Ту нема места никаквим недоумицама. Кривица се, сходно смислу ове одговорности, па и њеном имену, такође подразумева. Подразумева се као нужно и утврђивање степена кривице јер од њега зависе и обим и врста одговорности. Противправност и кривица увек су, дакле, услови кривичноправне одговорности<sup>114</sup>. Она је, чак и са становишта најапстрактнијег теоретског промишљања, готово незамислива без испуњености оба поменута услова, па је у практичном, а нарочито у теоријском смислу готово свеједно да ли ћемо их засебно проучавати или ћемо један од ова два услова проучавати у контексту другог. Евентуално опредељење за један или други начин не мења ништа у захтеву кривичног права за испуњеношћу оба услова код заснивања кривичне одговорности и процене њеног обима<sup>115</sup>.

Са друге стране, опште је познато, у оквиру грађанског права одговорност не мора увек бити заснована на кривици. Штавише, све већи практични значај принципа објективне одговорности чини одговорност засновану на кривици основом другог реда. Како ни место противправности међу условима одговорности за штету није извесно, делује као да је грађанска одговорност могућа у присуству само једног или другог, али каткад и у одсуству оба елемента. Када се деси изузетно да се заснива на оба елемента,

---

специфичности нашег кривичног права и постојање такозваног споредног кривичног законодавства које је сачињено од норми које се налазе ван кривичног законика, али које су заштићене кривичним санкцијама.

<sup>114</sup> Иако се у савременој теорији кривичног права могућност увођења објективне кривичне одговорности све озбиљније разматра, чак и на међународном нивоу, ова конструкција је, по нашем мишљењу, вештачка и у кривичном праву неприхватљива, но ако наше мишљење оставимо по страни, због озбиљне могућности злоупотребе, у теорији права је ова конструкција у најмању руку још увек спорна и као таква не доводи у питање наше резонување у главном делу текста.

<sup>115</sup> Потврду нашег размишљања о томе да је у кривичном праву готово свеједно да ли ћемо противправност и кривицу проучавати засебно или у заједничком контексту можемо пронаћи уколико пажњу обратимо на то како се кроз модерну историју кривичног права, нарочито у немачкој теорији кривичног права, развијало учење о општем појму кривичног дела и како су се одређени елементи овог појма стапали или раздвајали.

питање њиховог односа, нарочито „првенства“ које се евентуално може дати једном од њих, постаје крајње сложено.

Оно што нас тренутно занима јесте однос између противправности и кривице са нешто вишег нивоа апстракције, то јест њихов однос без ослонаца на наше или било које друге позитивноправне прописе. Прво, питање односа између противправности и кривице у грађанском праву има смисла поставити само у оним случајевима када је основ одговорности кривица. Ако се одговорност темељи на створеном, одржаваном и контролисаном ризику, односно на неким објективним околностима или пак на правичности, питање кривице се не поставља. Она, чак и ако постоји, а није искључено да постоји, у тим случајевима није правно релевантна. Само онда када је кривица и оно због чега се одговара, кривица се захтева као услов и само онда, по природи ствари, можемо се и бавити њеним односом са противправношћу.

Међутим, у случају када је кривица основ одговорности, она је логичан, па чак и природан услов одговорности. У тој конструкцији је и противправност, такође, потпуно логичан услов одговорности, јер не може се поставити питање нечије кривице ако радња или последица нису противне праву, будући да се кривица као својеврсни друштвени прекор може упутити једном лицу само ако се оно није понашало онако како се од њега очекује. Другим речима, питање нечијег психичког односа према свом понашању или последици тог понашања, са становишта правног поретка барем, интересантно је једино када се неко понаша супротно правној норми. Питање психичког односа према својственом понашању или последици тог понашања, у начелу, не поставља се уколико се једно лице понашало у складу с нормом.

На основу овога могло би се закључити да противправност и кривица увек прате једно друго и да једно без другог не могу постојати. Међутим, не треба журити са таквим закључком. Закључак да су ова два правна института *condicio sine qua non* један другом за заснивање грађанске одговорности, био би потпуно погрешан из најмање два разлога.

Прво, противправност може егзистирати као самосталан услов одговорности, сматрамо, и када кривица није њен основ. Друго, у теорији права каже се често да се питање кривице не може поставити без противправности<sup>116</sup>, но учење о злоупотреби права у субјективном смислу казује нам нешто друго. Одговорност једног лица долази, према

<sup>116</sup> Тако: Цигој, С.: *Одичкодинско право*, стр. 59-60.



субјективистичком схватању злоупотребе права, у обзир и онда када се неко понашао у складу са правном нормом, односно и кад нема противправности, уколико је један субјект крив за неугодност која је код другог субјекта настала. Притом, то што је ово гледиште данас у огромној мери, ако не и у потпуности, превазиђено и то што га чак ни ми не подржавамо, не мења ништа у томе да, барем теоретски, кривица може егзистирати и производити значајне правне ефекте на терену грађанског права и у одсуству противправности.

Овај аргумент чини нас присталицом теорије објективне, то јест противником идеје о субјективној варијанти противправности која пропагира идеју о томе да противправности као објективној појави нису страни ни неки субјективни елементи<sup>117</sup>. Противправност и кривица су у грађанском праву неодвојиво повезане и чине две стране исте медаље само у оним, објективно све малобројнијим, случајевима када се одговорност темељи на кривици. У свим осталим случајевима оне егзистирају попуно самостално, а и у тим случајевима када се одговорност темељи на кривици, има основа да ова два правна института разликујемо и проучавано засебно. Наиме, иако јесу две стране исте медаље, те две стране окренуте су увек у супротном смеру – једна ка реалности, а друга ка сфери унутрашњег и интимног, а које никада не егзистира на плану реалности.

Ипак, овакво виђење које пропагира потпуну одвојеност противправности од кривице и њихову индивидуалност, као и обично када се ради о сродним правним институтима, представља једну крајност која због једностраности и превише уског угла посматрања трпи извесне критике. Тако, посматрајући ова два правна института у контексту одбацивања идеје о субјективно обојеној противправности, приметимо да је противправност та која тежи да се одвоји од појма кривице и која се од њега ношена „лавином“ аргумената, готово неспорно, све више удаљава<sup>118</sup>. Но, док противправност покушава да „побегне“ од кривице, кривица као да јој је стално за петама.

<sup>117</sup> О томе детаљније: Радишић, Ј.: *Противправност као засебан услов грађанске одговорности*, *Анали Правног факултета у Београду*, стр. 544.

<sup>118</sup> Детаљнију листу аргумената видети код: Салма, Ј.: *Облигационо право*, стр. 535 и даље; Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 47-48 и 57-63. Аргументацију можемо наћи и код: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 223.

Та „потера“ кривице у правној теорији одавно је позната под називом објективизација кривице. Кроз њу један субјективни елемент добија објективну димензију (*faute objective*). Ову појаву, или можда боље рећи тенденцију, у нашој теорији права међу првима уочава професор Константиновић. Он је у том контексту својевремено указивао да, када год се догоди штета, без обзира на врсту штете која је конкретно причињена, ми понашање штетника упоређујемо са понашањем пажљивог човека. Уколико ми кривицу стављамо у оквире одређене појмом „лице просечне марљивости“, то значи да је неко крив када се није понашао онако како се то од њега очекује<sup>119</sup>. То даље значи да се кривица постепено претвара у моменат који конкретан психички супстрат почињоца штете потчињава објективним мерилима и вредностима<sup>120</sup>.

И заиста, и без осврта на постојеће законске текстове, а нарочито са освртом на њих<sup>121</sup>, приметимо да се у савременој теорији права штетникове личне особине, степен његове свести и његов субјективни однос према делу, готово уопште не узимају у обзир приликом процене кривице, па се, у складу с тим, кривица дефинише као одступање од редовног и нормалног понашања лица<sup>122</sup>. Према томе произлази да је крив, стога и одговоран, онај ко је штету проузроковао својим погрешним поступањем, без обзира на психички однос према сопственом поступку<sup>123</sup>. Такво виђење кривице у којем је нагласак на понашању штетника уз њено одређење као „погрешно поступање без обзира на психички однос према поступку или делу“ подсећа на одређење противправности.

Ако се кроз историју облигационог права може уочити нека тенденција, наравно у домену који се надокнаде штете тиче, онда је то тенденција смањења значаја кривице као основа одговорности. У условима када слаби значај кривице као основа одговорности, природно је самим тим да долази до смањења значаја кривице и као услова одговорности. Уз то слабљење значаја кривице на свим пољима, нарочито у условима слабљења утицаја

<sup>119</sup> У том смислу: Константиновић, М.: *Облигационо право према белешкама са предавања*, Савез студената правног факултета у Београду, Београд, 1969, стр. 90.

<sup>120</sup> У том смислу: Орлић, М.: *Есеј о кривици – у грађанском праву*, Правни живот, Београд, бр. 1-2, 2009, стр. 186.

<sup>121</sup> Обратити пажњу на ЗОО РС чл. 18, ст. 1 и 2.

<sup>122</sup> Милошевић, Љ.: *Облигационо право*, стр. 170.

<sup>123</sup> Тако: Караникић-Мирић, М.: *О разграничењу кривице од узрочности и противправности*, стр. 1035.

природноправних идеја на модерну теорију права, постепено преузимање вредносног садржаја кривице од стране противправности природна је последица<sup>124</sup>.

Да грађанско право није постепено еволуирало и да није почело да врши искључиво одштетну функцију, а не пеналну као раније, приликом одмеравања штете водило би се више рачуна о кривици. Слично као и код одређивања санкције у кривичном праву, од степена кривице који је у парничном поступку утврђен зависила би и висина надокнаде коју штетник дугује. Међутим, ако изузмемо примере до којих можемо доћи историјскоправним приступом<sup>125</sup>, видећемо да се о степену кривице штетника не води претерано много рачуна. Ово из разлога што се модерни правни поретци претежно одлучују за битно другачији приступ у регулисању висине надокнаде штете.

Уочићемо тако да се правни поретци, попут нашег<sup>126</sup>, махом одлучују за систем интегралне, то јест потпуне надокнаде проузроковане штете. Реч је о систему у којем се о степену кривице, по правилу, не води рачуна<sup>127</sup>. У овом систему нити оштећени нити правни поредак објективно нису заинтересовани за психичко стање штетника, односно његов однос према причињеној штети. Оштећени није заинтересован зато што има законску гаранџију да ће му бити надокнађена и стварна штета и измакла добит, чак и у случају немарног проузроковања штете. Правни поредак, са друге стране, није заинтересован зато што има обавезу да својим монополом физичке принуде, уколико је то потребно, обезбеди пуно намирење оштећеног без освртања на психички моменат

<sup>124</sup> Тако: Стипковић, З.: *Противправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 48.

<sup>125</sup> Одредба у §819 СГЗ-а наводи на закључак да право на надокнаду и стварне штете и измакле добити има само онај коме је штета нанета намерно или из крајње непажње, док онај коме је штета проузрокована из нехата нема право да захтева пуно надокнаду. У таквој је поставци, јасно, постојање кривице и утврђивање њеног степена од огромне важности.

<sup>126</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 190.

Сличан принцип усвојен је у швајцарском праву, док попуност надокнаде у правним поретцима попут аустријског зависи од степена кривице.

<sup>127</sup> Деликтна одговорност у потпуности почива на принципу потпуне надокнаде штете, међутим уговорна одговорност није увек вођена овим принципом. Најбољи пример је могућност, у складу с принципом аутономије воље, уговарања редукционих клаузула којима се одговорност за штету ограничава само на виши степен кривице.

Тако: Салма, Ј.: *Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву*, стр. 72 и даље.

починиоца штете према штети или сопственом понашању које је до штете довело<sup>128</sup>. У таквом систему, јасно је, кривица, нарочито њено степеновање, губи на практичном значају.

Чини се да су принцип потпуне надокнаде и правило према којем се о степену кривице штетника не води рачуна, а које проистиче директно из овог принципа, заправо, део наше правне традиције, то јест константа у нашем одштетном праву<sup>129</sup>. Једноставно, слично као код објективне варијанте злоупотребе, за оног ко трпи штету најважнија је, репарација штете, то јест његово довођење у ситуацију у којој би био да штета није ни настала. И за оштећеног и за правни поредак у целини далеко мање је битан психички однос штетника према начињеној штети или сопственом понашању будући да неугодност коју оштећени трпи, објективно, неће бити ништа ни већа ни мања у зависности од тог односа<sup>130</sup>. Управо то је разлог, или барем један од важнијих међу разлозима, зашто је значај кривице временом опадао и зашто је принцип објективне одговорности постепено потискивао кривицу и као услов и као основ одговорности, па чак у једном тренутку претио да је у потпуности истисне са правне сцене<sup>131</sup>.

Ако свему реченом додамо и објективну немогућност проницања судије у штетникову психу и сазнања његових стварних намера, али и немогућност теорије права да кривицу схваћену чак и у најстрожем психичком смислу одвоји од недозвољеног понашања<sup>132</sup>, оваква се тенденција чини више него оправданом. Ипак, без обзира на оправданост такве тенденције, треба остати доследан досадашњем напору да се избегне

<sup>128</sup> Тако: Салма, Ј.: *Облигационо право*, стр. 542-543.

<sup>129</sup> У том смислу: Караникић- Мирић, М.: *Претпоставка кривице*, Правни живот, Београд, бр. 11, 2009, стр. 941-942.

<sup>130</sup> На готово исти начин резонује и: Караникић-Мирић, М.: *О разграничењу кривице од узрочности и противправности*, стр. 1036-1037.

<sup>131</sup> У том смислу: Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 371.

Слично резонување произлази из става да би презумпција кривице прихваћена у ЗОО РС, уколико би се евентуално десило да она постане необорива, заправо водило одбацивању кривице као основа одговорности и прихватања само принципа објективне одговорности. Наравно, оваква могућност егзистира само на плану теоријског промишљања, но чињеница је да нас увођење обориве презумпције кривице, па макар и само у односу на одређене степене, чини један корак ближим потпуном потискивању кривице из нашег права.

У том смислу: Караникић- Мирић, М.: *Претпоставка кривице*, стр. 942.

<sup>132</sup> Караникић-Мирић, М.: *Кривица као основ вануговорне грађанскоправне одговорности*, стр. 315-316.

одлазак у другу крајност. То би могло бити посебно опасно у овом тренутку. Стога се нужно морамо осврнути на упозорења теоретичара који, иако и сами кажу да је кривица неправилност или омашка у понашању коју друштво не одобрава, поистовећивање кривице са противправношћу сматрају непрецизним и крајње погрешним јер, вратимо се на почетак, кривица је оцена унутрашњег момента, а противправност спољашњег<sup>133</sup>. Тако, није неко крив због тога што се понашао противправно, већ зато што је одлучио да се тако понаша, стога недвосмислено произлази да је кривица духовна радња, односно моменат који претходи противправном понашању као физичкој радњи<sup>134</sup>.

Два закључка произлазе одатле. Прво, наше претходно излагање и пуно уважавање поменутог упозорења не мења ништа у тврдњи да тенденција приближавања кривице противправности, мада не и обрнуто, постоји. Та тврдња није због тога доведена у питање. Међутим, чињеница је да се – што је уједно наш други закључак – у грађанском праву нужно користе далеко еластичнији појмови него, примера ради, у кривичном<sup>135</sup>. Зато ова два момента никада не могу бити изједначена и зато никада један од њих не може преузети вредносни моменат другог. Другим речима, тенденција приближавања која постоји, по свему судећи, остаће „само“ то – тенденција, унапред лишена могућности да се икада деси коначно приближавање и изједначавање међу њима. Истина, никако се не може негирати, рецимо тако, координирајући однос ова два института и чињеница да је, сликовито речено, кривица својеврсна надградња противправности као темеља одговорности<sup>136</sup>.

На крају овог излагања о односу противправности и кривице осећамо потребу да оставимо по страни апстракцију и теоријскоправна промишљања, те да однос противправности и кривице размотримо у контексту норми ЗОО РС. Наше позитивно право у делу који смо означили као одштетно право не помиње појам противправности,

<sup>133</sup> Тако: Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 363-364; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 214-215.

<sup>134</sup> Видети код: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 215.

<sup>135</sup> Видети: Милошевић, Љ.: *Облигационо право*, стр. 170.

<sup>136</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Противправност као услов грађанске одговорности*, Анали Правног факултета у Београду, стр. 551.

бар не изричито. То, међутим, не значи да не можемо извући посредне закључке о ставу законодавца о односу противправности према кривици.

Наиме, већ смо поменули да је један од принципа на којем наше одштетно право почива принцип претпостављене кривице према којем је оштећени ослобођен доказивања кривице оштећеног, под условом да је реч о обичној непажњи<sup>137</sup>. Иако је принцип претпостављене кривице унеколико ограничен својењем претпоставке на обичну непажњу, из тога, по нама, произлази врло занимљив, мада због својеврсне недоследности законодавца, не потпуно сигуран закључак.

До закључка ћемо доћи уколико погледамо шта је то што оштећени, у случају када је за заснивање одговорности за штету довољна обична непажња, потребно да докаже. Потребно је да докаже само да трпи штету у правном смислу те речи и да је штета настала као последица штетниковог делања или пропуштања<sup>138</sup>. Задржимо се на првом моменту.

Будући да се, сходно одредабама ЗОО РС, са пуно аргумената може бранити и став да је у нас усвојена концепција противправности према којој је, најједноставније, штета оно што је противно праву, произлази да на страни оштећеног постоји обавеза да у описаном случају докаже да је настало стање које је противно праву. То, даље, значи да је посредни став законодавца да се у конкретном случају кривица претпоставља, а противправност доказује, што у крајњој линији, опет према нашем поимању ствари, значи да су противправност и кривица два момента која се итекако могу приближити једно другом, па чак и стопити, али која, са друге стране, могу и изнијансирати једно друго као у потпуности засебне.

---

<sup>137</sup> Размотрити члан 154 ЗОО РС у контексту закључка XIV Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда из 1980. године којим је заузет став да се, сходно поменутом члану 154 ЗОО РС, претпоставља само обична непажња, док се виши степени кривице, дакле груба непажња и намера, морају доказивати уколико се у закону не наводи изричито да се претпоставља и виши степен кривице или уколико то не произлази недвосмислено из смисла нормe.

<sup>138</sup> У том смислу: Караникић- Мирић, М.: *Претпоставка кривице*, стр. 942-943.

### 3. ИСТОРИЈАТ ПРОТИВПРАВНОСТИ

Из радова насталих на основу читавог низа историјскоправних истраживања закључујемо да се институт противправности по први пут изричито помиње у закону *lex Aquilia de damno*, законском тексту иначе нешто познатијем под скраћеним називом *lex Aquiliana*. Реч је о законском тексту који је веома захтеван за било какво озбиљније проучавање из више разлога, али пре свега због тога што се до данашњих дана, стицајем различитих историјских околности које му баш и нису биле наклоњене, није сачувао у целини и у својој изворној варијанти. Из тог су разлога правни теоретичари цивилистичке оријентације у старту ускраћени за прилику да овај акт проучавају на самом извору и у његовој целини, односно осуђени су на то да га проучавају тек посредно и у изводима<sup>139</sup>.

Тачан датум доношења овог, за теоретичаре права многоструко значајног правног аката, није до сада поуздано утврђен. Ипак, из текстова у којима налазимо његове одломке да се наслутити да је донет на једном од бројних плебисцита из „периода републике“, прецизније поткрај 287. или почетком 286. године пре Христа. Како је реч о нарочито турбулентном периоду у богатој историји римске државе, у то време испуњеном бројним побунама плебејаца, није тешко закључити да је доношење овог акта вероватно последица једне од неретких успешних побуна из тог периода. Ипак, иако смо у потпуности свесни значаја историјскоправног приступа за проучавање и исправно телеолошко тумачење правних норми, морамо констатовати да нам такав приступ неће много открити о самом акту, његовом значају и маниру у којем је примењиван. Уосталом, већ први поглед на *lex Aquilia* довољан је да стекнемо увид о каквом је акту заиста реч и која је његова основна намена била.

---

<sup>139</sup> Иако изворни текст, на велику жалост модерних цивилиста, није сачуван, проучавање акта, иако засигурно битно отежано, није и немогуће. Тако данас, са великим степеном сигурности у њихову исправност, овај акт можемо проучавати посредно кроз фрагменте који су садржани, како у Гајевим Институцијама и Јустинијановим Дигестима, тако и у текстовима правника који су у својим делима разматрали поједине случајеве у контексту тог, у то време новог и у много чему чак и револуционарног, законског текста.

Тако: Богуновић, М.: *Значење речи „INIURIA“ у контексту деликта „DAMNUM INIURIA DATUM“*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012, стр. 425-426.

Тако ћемо већ на основу летимичног погледа на сачуване фрагменте овог законског текста закључити да је то био акт који је регулисао неке врло хетерогене случајеве оштећења туђих покретних ствари. Стога, будући да је реч о случајевима међу којима, са изузетком оне основне да је реч о туђој покретној ствари, готово да нема већих сличности, стиче се утисак да тадашњег законодавца на његово доношење нису мотивисале само помињане плебејске побуне већ, вероватно у далеко већој мери, практични разлози. Конкретно у питању је потреба да се регулишу неки случајеви који су постали особито чести у пракси и који су као такви захтевали уједначавање до тада неуједначене судске праксе поводом тих случајева<sup>140</sup>.

Ако на страну оставимо претпоставке везане за разлоге и околности под којима је овај акт донет, њихову основаност или неоснованост, једно је извесно – овај правни акт је представљао значајну прекретницу и сигуран корак напред у развоју, не само римског права, већ и читавог европскоконтиненталног правног система. Међутим, тако смелу тврдњу и ласкаве епитете који смо приписали овом тексту треба образложити и аргументовати. Врло је занимљиво утврдити како је и зашто један, са правнотехничког и нормативног становишта архаичан законски текст са изразито казуистичким начином нормирања<sup>141</sup>, дакле, један текст који је из перспективе модерног правника на правнотехнички крајње ниском нивоу, постао практично незаобилазан у проучавању развоја модерног грађанског права.

Да бисмо то разумели, морамо, пре свега, знати како је у старом Риму, оно што ми данас називмо одштетним правом функционисало у пракси. Из текстова који се том проблематиком баве сазнаћемо да се у старом Риму, чини се све до доношења овог акта, на штету која је неком причињена реаговало по систему казне (*poena*). Притом је и та реакција долазила у обзир условно, то јест само и искључиво ако је штета праћена и истовременим прибављањем имовинске користи од стране штетника или, пак, неког трећег.

---

<sup>140</sup> Подаци преузети и организовани према Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права: *Римско право, према белешкама са предавања Борислава Т. Благојевића*, стр. 132-134; Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 33-41.

<sup>141</sup> Тако: Полојац, М.: *Lex Aquilia у интерпретацији класичне јуриспруденције*, Правни капацитет Србије за европске интеграције, 4. књига, Београд, 2009, 95-96.



Наравно, иако је из перспективе модерног грађанског права врло необичан, овај додатни услов не треба да чуди ако имамо у виду да је реакција на причињену штету, не само у старом Риму, већ и уопште у архаичним правним поретцима, требала да има и имала карактер одмазде. То нам говори да реакција друштва природно није имала репараторни карактер. Надокнада штете – не можемо да то не приметимо и да на то не укажемо – била је тек повремена последица и то успутна. Прецизније, реакција друштва представљала је својеврсни откуп за одустајање од освете као друштвено неприхватљиве појаве из перспективе државе која је желела да за себе „приграби“ монопол физичке принуде и успостави ред, мир и правну сигурност на својој територији<sup>142</sup>.

Тек је битно доцније сам факт проузроковања штете, дакле, без захтевања испуњености поменутог додатног услова доводио до заснивања чистог облигационоправног односа из којег проистиче „једино“ обавеза надокнаде штете оштећеном и то у виду приватног деликта названог *damnum iniuria datum*<sup>143</sup>. Кажемо једино јер је тек кроз *lex Aquilia* за један деликт, дакле за *damnum iniuria datum*, била предвиђена обавеза накнаде једноструке вредности ствари<sup>144</sup>. Другим речима, штетник је бивао осуђен на исплату износа, слично као и данас, који је по процени судије одговарао стварној вредности уништене ствари<sup>145</sup>.

Висина штете се, заправо, оцењивала према вредности коју је уништена ствар, свакако у зависности од врсте ствари, имала или у претходној години сходно правилима у првој глави или у наредних тридесет дана, а у складу са правилима у трећој глави<sup>146</sup>.

<sup>142</sup> Детаљније видети код: Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, стр. 400.

<sup>143</sup> Тако: Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, 102 и даље; Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, стр. 400.

<sup>144</sup> Није се, међутим, творац овог акта у потпуности одрекао могућности изрицања пресуде која гласи на вишеструки износ уништене ствари. Тако он у глави првој у којој прописује обавезу надокнаде штете за убиство туђег роба, робиње или четвороножне животиње (али чини се не и за остале живе и неживе ствари) додаје да ће, у случају порицања од стране штетника, он бити дужан да надокнади двоструки износ штете.

<sup>145</sup> Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, стр. 400

<sup>146</sup> Висина надокнаде коју ће штетник договати, према правилима у трећој глави Аквилијевог закона, зависи од сасвим случајне околности да ли се вредност ствари од момента уништења повећавала или смањивала. (У том смислу: Pernice: *Saschbeschädigung*; преузето од: von Thur, A.: *Zur Schätzung des Schadnenes in der Lex Aquilia*, Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel, 1892, стр. 1.

Међутим, иако итекако има места дискусији о исправности тог правила и одабира временског тренутка и околности према којима се процењује вредност уништене ствари<sup>147</sup>, то не мења ништа у чињеници да је овај законски акт донео са становишта грађанског права новину од круцијалног значаја. Наравно, мислимо на то да се оштећеном, вероватно по први пут у правној историји, у сваком конкретном случају који се може подвести под норму закона, досуђује искључиво једнострука вредност уништене ствари. Све то, не као некаква одмазда друштва према починиоцу штете која би требала да буде превенција крвној освети, већ као накнада за штету која је уништењем ствари заиста настала за оштећеног. Дакле, ако на тренутак изузмемо из разматрања пар, објективно, мање битних случајева из закона XII таблица (*Lex duodecim tabularum*)<sup>148</sup>, за најстарији писани извор који познаје овај деликт и надокнаду штете у смислу који нам је данас близак, можемо узети управо *lex Aquilia*<sup>149</sup>.

Регулишући надокнаду штете на описани начин овај закон је поставио темеље римског, а преко њега и савременог одштетног права које се практикује у земљама европскоконтиненталног права<sup>150</sup>. Иако је то, неспорно огорман допринос, овај закон је, по нама, у суштини донео и много више од тога. Он је, произлази из свега претходно реченог, фаза и то битна фаза у развоју права у којој налазимо зачетак диференцијације, не само јавних и приватних деликата, већ и кривичног и грађанског права, односно њима својствених санкција. Као такав он представља темељ савременог поимања права и приступа у теоријском проучавању института које је пракса изнедрила<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> О (не)исправности овог правила детаљније видети код: von Thur, A.: *Zur Schätzung des Schadnemes in der Lex Aquilia*, стр. 2 и даље.

<sup>148</sup> Овим не желимо да умањимо значај закона XII таблица, јер он је правни текст који је увео санкционисање неких приватних деликата – *iniuria* и *furtum*, при чему први погађа личност, а други имовину оштећеног (тако: Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, стр. 92 и даље) – и који је као такав био увод у, за нас тако битан, *lex Aquilia*.

Готово идентично размишљање можемо наћи и код: Аличич, С.: *Границе појма аквилијанске штете (damnum) у класичном римском праву, Правно-термиолошка анализа*, стр. 185 и даље.

<sup>149</sup> Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права: *Римско право, према белешкама са предавања Борислава Т. Благојевића*, стр. 132-134.

<sup>150</sup> Тако: Аличич, С.: *Границе појма аквилијанске штете (damnum) у класичном римском праву, Правно-термиолошка анализа*, стр. 185-186.

<sup>151</sup> У том смислу: Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције* стр. 102-103.

Међутим, један моменат овај правни акт чини особито значајним. Из одредби овог закона произлази да се питање одговорности за неки од таксативно побројаних посебних случајева штете могло поставити уколико је, између осталог<sup>152</sup>, штета учињена понашањем које је противно некој правној норми. Тумачењем инјурије у контексту Аквилијевог закона и Аквилијанске тужбе, чини се да је најисправније рећи, иако признајемо да због вишезначности термина то никако није неспорно, да је инјурија означавала неопходни услов наступања одговорности за штету<sup>153</sup>.

Римски правници, истина је, никада нису изградили општи појам противправности, то јест појам противправности јединствен за све случајеве проузроковања штете<sup>154</sup>. Из тумачења римских правника, такође, може се приметити да нису довољно јасно разликовали противправност од кривице<sup>155</sup>. Међутим, све већи број појединачних случајева у којима се надокнада штете могла тражити само уколико је понашање штетника супротно некој законској или преторској норми, неминовно води закључку да су римски правници итекако постали свесни значаја и улоге противправности у правном поретку. Чини се да произлази као потпуно јасно, али нагласићемо то још једном – пре

<sup>152</sup> Сматра се да су друга два услова према овом закону била оштећење туђе ствари и да је штета настала телесним деловањем на ствар.

<sup>153</sup> Слично резонување о појму инјурије, барем у најужем смислу, али и различита схватања самог појма инјурије, те разлоге поделе међу присталицама објективног и субјективног вида овог појма видети код: Богуновић, М.: *Значење речи „INIURIA“ у контексту деликта „DAMNUM INIURIA DATUM“*, стр. 427 и даље.

<sup>154</sup> Бавећи се специфичним законитостима у историјском развоју права, Алберт Вајс је приметио и као једну од значајнијих издвојио „законитост постепене апстракције“. Према овом аутору, апстракција, као процес уопштавања, захтева висок степен свести и способност елиминисања сувишног и свођења на есенцијално, а стара друштва генерално, па самим тим ни њихова правна теорија, није била у стању да доживи правне прописе у потпуно уопштеном виду као ми данас. Та способност, али и потреба за апстраховањем, се тек постепено развијала, са ослобађањем од чулне наивности.

Због тога, али и због изражене неразвијености језика, у старим правима редовно ћемо наилазити на опште норме исказане „само“ у контексту неког хипотетичког или стварног догађаја. Општа норма без навођења конкретног догађаја, па чак и имена или датума, је достигнуће модерне правне технике. (У том смислу: Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, стр. 17-19).

<sup>155</sup> Тако Гај, у једном од својих тумачења, каже да се, пошто ниједан закон не реагује на штету која није противправно проузрокована, тако неће бити кажњаван ни онај који штету узрокује без зле намере или у одсуству непажње. (Gaius: I, 3, 211).

свега у знак поштовања према творцу ових правних правила, његовој далековидости, осећају за потребе праксе тог времена, па чак и својеврсном футуристичком приступу решавања очигледно честих правних проблема који су у пракси искрсавали – заслуге за увођење противправности на правну сцену и иницирање студиознијег приступа у проучавању противправности припадају *lex Aquilia* и његовом творцу.

Проучавању овог института, наравно, није се одмах приступило са ревношћу која у теорији права постоји данас. Такође, проучавању се није тада приступило ни са истог аспекта и полазног становишта које модерна правна теорија заступа. Наиме, римске правнике интересовали су овај акт и новине које је он донео превасходно, мада нећемо много погрешити ако кажемо и искључиво, са практичног становишта. Нагласак је, у складу са практичном нарави римских јуриспрудената, стављан на проучавања поменутих новина са становишта, најпре услова који су неопходни за заснивање одговорности, затим присуства у закону неких околности које олакшавају или чак и искључују одговорност починиоца штете и, наравно, висине одштетног захтева који је могуће истаћи у конкретном случају.

Но, да практично размишљање и бављење правом нису могући без ослоња на правнотеоријска разматрања која се врше са нешто вишег нивоа апстракције, без обзира на изричиту оријентисаност римских правника на практичне проблеме и њихово решавање, најбоље се види управо на примеру проучавања норми и новина које је тим нормама донео *lex Aquilia*. Наиме, практично питање од прворазредног значаја било је које се то све чињенице морају догодити да би се неки конкретан случај који је у пракси настао могао подвести под норму овог законског текста. Односно од каквог је значаја присуство или одсуство неких чињеница за заснивање одговорности према слову поменутог закона.

Стога, како је овај акт било нужно тумачити и са становишта услова који морају бити испуњени да би судија истакнутом одштетном захтеву могао удовољити, јасно је било да се проучавању овог акта морало приступити са теоријског, римским правницима не тако блиског, становишта. И заиста, већ су та прва теоријска проучавања и комплекснији покушаји објашњења смисла ових норми без позивања на неки конкретан случај показала да је, када говоримо о противправности, реч о институту око којег није лако постићи ни онај минимум сагласности неопходан за уједначену примену норми овог закона у пракси.

Тако је од момента када је ступила на „правну позорницу“ – иако, заправо, није ни била формирана као засебан правни институт – противправност својом сложеносту почела да интригира стручну правну јавност. Она је то чинила до те мере да је већ њен настанак утицао да у теорији права настану прави „тектонски поремећаји“ услед којих су се припадници различитих правних школа, па чак и припадници истих правних школа, у потпуности одвојили.

Врло брзо је, наиме, дошло до првих озбиљних несугласица међу правницима. Неке од њих нису ни до данас у потпуности превазиђене. Не треба, стога, уопште да чудито што има аутора који у том размимоилажењу виде и својеврсну фрустрацију и немоћ правника<sup>156</sup>, при чему ти аутори, заправо, желе да укажу на вишевековну немогућност помирења супротстављених ставова у погледу тумачења овог института. И заиста, исте несугласице које су постојале пре више стотина година међу римским јуриспрудентима у погледу изналагања правог места у систему права, нису превазиђене ни међу савременим романистима, па ни међу правницима уопште.

Проучавање института противправности постало је нарочито сложено из још једног додатног разлога. Наиме, постојећи сукоб као да је подгрејало то што је еволуција овог института врло брзо кренула у два правца, а све под утицајем романске и германске правне традиције, тачније разлика између представника ових школа.

Разлог овог еволиционог разлаза лако можемо пронаћи у лекцијама које су представници историјскоправне школе давали. Упозоравано је тако да један правни текст и норме садржане у њему, уколико претендују на примењивост, морају да одговарају културним, економским, привредним, социјалним и другим особеностима једног народа, а нарочито његовом духу и традицији. Зато је, у складу с тим, у римској држави и земљама које су се развијале под утицајем романске правне традиције у „првом плану“ био починилац штете, његова личност и његов субјективни однос према учињеној штети. То је било природно, јер Римљани су као народ на већем степену развитка од Германа, осећали да се штета учињена са већим степеном кривице, мора строжије кажњавати. Зато је при процени одговорности нагласак и стављан на кривицу. Штетник је одговарао, не зато што

---

<sup>156</sup> Тако: Вујовић, О.: *Инјурија и телесне повреде у Закону XII таблица*, Анали Правног факултета у Београду, вол. 45, бр. 1, Београд, 2011, стр. 413.

је починио одређену штету, односно не само зато, већ пре свега због свог односа према сопственом понашању и причињеној штети. Другим речима, одговарао је зато што је крив.

Ношени таквим полазним премисама романисти, али и они који су се правом бавили касније под њиховим утицајем, највећи део времена потрошили су у покушајима изналажења правог значења речи *iniuria*. Наравно, не мислимо на изналажење језичког значења ове речи, јер оно је прилично јасно, већ на њено правно значење. Ово из разлога што је спорно од самог почетка било да ли и у којој мери овај појам заиста осликава субјективни однос починиоца штете према сопственом понашању и штетним последицама тог понашања или он представља објективну претпоставку у виду кршења преторских, законских или обичајних норми<sup>157</sup>.

Романисти су, међутим, упали у зачарани круг. Својим тезама о *iniuria* као субјективном односу учиниоца штете према последицама свог деловања објективно су противуречили сами себи, али и смислу овог правног института. Због тога, али и због тога што се међу мање развијеним германским народима, као последица племенског уређења, колективистички дух и припадност одређеној заједници много снажније осећао, свака недаћа која задеси појединца остављала је дубок траг на целу заједницу. У складу с тим, сасвим природно, нагласак је у пракси германских народа редовно стављан на саму штету, то јест на објективну околност да је она настала и готово без икаквог осврта на личност починиоца штете. Личност починиоца штете и његов субјективни однос према сопственом понашању и штети која је као последица тог понашања настала, потпуно су остављани по страни.

Више је закључака који се из односа романске и германске правне мисли према институту противправности може извући, али су два посебно битна. Наиме, неслагања између романиста и германиста истовремено су и узрок и последица сукоба који су у

---

<sup>157</sup> Иако смо рекли да не мислимо у претходном случају на језичко значење речи *iniuria*, већ да је у центру пажње њено правно значење, то никако не значи да у вези њеног језичког значења нема ничег спорног. Тако, пратећи етимологију ове речи, доћи ћемо до сазнања да је она кованица два латинска израза *in* (без) и *iure* (право) која заједно дају реч која означава стање без права, а не стање, како се то убичејано мисли, противно праву (у том бисмо случају користили кованицу *contra* (против) и *iure*). Међутим, ако оставимо буквалан превод по страни, реч *iniuria*, ту ћемо се сложити са ауторима који то тврде, никада није заиста означавала стање без права, већ стање противно праву.

Детаљније о томе видети код: Вујовић, О.: *Инијурија као деликт*, стр. 360.

правној теорији настали у вези института противправности. Они су, са једне стране, настали због већ постојећих размимоилажења међу првим тумачима овог текста. Са друге стране, сукоб између романиста и германиста узроковао је све касније сукобе и поделе у правној теорији у погледу значаја и места овог института.

Но, други је закључак, чини нам се, далеко битнији. Наиме, из свега претходно реченог произлази, ипак, само једна битнија разлика између романских и германских правних система. Тачније, сва размимоилажења германиста и романиста за последицу имају један битан моменат. Произлази да правни системи из прве групе, дакле, противправност не сматрају условом одговорности, бар не засебним. Они сматрају да је кривица довољна као услов, будући да у себи прећутно садржи и противправност.

Међутим, правни системи из друге групе противправност уважавају као самосталан услов за заснивање одговорности<sup>158</sup>. Из тога даље произлази као закључак да противправност фигурира као услов одговорности у обе врсте правних система. Разлика је ипак та што код романиста она егзистира унутар појма кривице док, према схватањима германских теоретичара права и оних теоретичара којима је њихов начин резоновања ближи, противправност фигурира као засебан услов одговорности.

Теорија права на преласку из старог у средњи век, иако никада није у потпуности одбацила римску концепцију, ипак је наклоњенија германској. У савременим правним поретцима европског континенталног права се, првенствено, води рачуна о штети као објективној последици. Да, води се рачуна и о субјективном односу учиноца према сопственом понашању и штети која је из тог понашања проистекла, али чини се никако не у оној мери у којој се на њу пажња обраћала у старом Риму. Уосталом, то нам потврђује и чињеница да се круг одговорности за штету стално ширио при чему је објективна одговорност, као последица тог ширења, постепено преузела примат.

Но, док се о овом ставу може итекако дискутовати, други моменат, то јест други аргумент који ваља имати у виду када разматрамо ову проблематику, далеко је убедљивији. Пратећи велике грађанске кодификације у Европи, тачније хронологију њиховог настајања, приметимо да су се творци ових кодификација, са изузетком твораца француског грађанског законика, одлучили да међу услове одговорности уведу и изричит захтев за противправношћу и то као самосталан услов. Тако, не можемо да у том

<sup>158</sup> Тако: Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 33-41.

контексту не приметимо да су „млађи“ грађански законици редовно признавали противправност као засебан услов одговорности, што даље може само навести на закључак да је то тенденција у развоју европског права<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Наведимо пар примера. Француски Code civil у глави посвећеној деликтима и квазиделиктима, тачније у члановима 1382 и 1383, говори о скривљеној штети, као и о штети проузрокованој намерно или услед неопрезности, без иједне речи о провправности.

Аустријски Општи грађански законик у члановима 1294 и 1295 говори, не о кривици, већ о поступању противном закону, то јест о поступању протвино уговорној или неуговорној погодби.

Немачки грађански законик у члану 823, служећи се методом таксативног набрајања, штити одређена побројана добра од противправне повреде, а онда у члану 826, осећајући да треба судијама оставити извесну слободу, обавезује на надокнаду сваке штете настале поступањем противном добрим обичајима.

Швајцарски грађански законик, системом генералне клаузуле, прво у закону који регулише облигационоправну материју (чл. 41), а и касније у Грађанском закону са истом нумерацијом, обавезује на надокнаду штете нанете противправно.



## 4. НОРМЕ ЗОО РС И ПРОТИВПРАВНОСТ

Евидентно је данас да се разлике између романског и германског правног система постепено бришу. Лако се чак може уочити и својеврсна тенденција приближавања ставова међу теоретичарима права, па чак и када је поимање противправности у питању. Најбољи доказ тога је, по нашем мишљењу, изградња субјективне теорије противправности, јер је по нама својеврсни покушај да се премости јаз између романске и германске концепције. Помињане разлике, међутим, до сада нису потпуно ишчезле. Логично је, стога, осврнути се и размотрити стање у нашем праву и испитати под утицајем које правне традиције се оно развијало, те да ли је противправност (самосталан) услов одговорности за штету по нашем праву.

### 4.1. Аргументи у корист идеје о противправности као услову одговорности за штету према ЗОО РС

Због крајње једноставне формулације противправности ослоњене чврсто на предвиђеност у закону, кривичноправна теорија није нарочито напредовала у изучавању противправности. С друге стране, у оквиру теорије грађанског права, а у којој итекако има места недоумицама и различитим гледиштима на проблематику, сагледани су практично сви могући аспекти овог проблема и понуђени сасвим задовољавајући одговори на многа постављена питања. Ипак, у тражењу одговора на та питања, теоретичари грађанског права као да су заборавили на замке које уздизање на виши ниво апстракције собом носи. Ношени невероватним могућностима ове методе, изгубили су из вида да изградња било које теорије у друштвеним наукама уопште, а нарочито у праву, не сме сама себи бити циљ. Ипак, десило се да се правна теорија, увучена у „непрегледне дубине“ теоретисања, удаљила превише од друштвене стварности коју треба да уреди. Као последица тога, без обзира на сву темељност у раду која никако није изостала, изостао је недвосмислен одговор на питање од суштинске важности за све нивое бављења грађанским правом – да ли је и, уколико јесте, када противправност услов одговорности за штету по нашем праву.

Да није могуће бавити се било којим сегментом одговорности за штету без проналажења адекватног одговора на ово питање уверили смо се и сами бавећи се пристанком пацијента на медицинску интервенцију. Схватили смо, наиме, да није могуће проучити ову чињеницу из угла разлога искључења противправности уколико нисмо сигурни да ли је противправност уопште услов одговорности по нашем праву. Уколико би се испоставило да је традиционално резонување погрешно и да противправност није услов одговорности за штету, наша истраживачка позиција била би нужно другачија.

Прецизније, уколико се испостави да противправност заиста није услов одговорности по нашем праву, онда ни пристанак пацијента на медицинску интервенцију не може да искључује противправност. Пристанак пацијента на интервенцију морали бисмо тада посматрати у неком битно другачијем контексту.

Како бисмо истраживање комплетирали пошли смо од становишта да, иако наше позитивно законодавство не помиње изричито институт противправности, то не мора нужно да значи да она није услов одговорности за штету. И заиста, ако анализирамо одредбе ЗОО РС које су посвећене проузроковању штете и условима одговорности, већ на први поглед приметимо да законодавац уопште није условио одговорност за штету захтевом, барем не изричито постављеним, да радња којом је штета причињена буде противправна. Делује по том питању као да је законодавац потпао под утицај романске правне традиције, тачније француске правне школе. Међутим, иако противправност није изричито постављена као услов, сматрамо да не можемо закључити да она уопште, дакле ни индиректно, није постављена као један од услова одговорности по нашем праву. Ми сматрамо да би такав закључак био потпуно погрешан, али за потврду те смеле тврдње морали смо порајити посредне, а опет довољно уверљиве доказе.

Пратећи историјат института противправности, али и решења која су имплементирана у нашем ЗОО РС, уочили смо три значајна момента. Два момента су у теорији права од раније позната и више или мање разрађена. Но, у раду смо представили и један потпуно нов и до сада у правној теорији непознат доказ да је противправност услов одговорности за штету. Ова три момента, иако указују на то, засебно не пружају довољно основа да закључимо са сигурношћу о постојању некаквог захтева законодавца за противправношћу штетне радње или њене последице. Ипак, удружена снага ових аргумената, по нашој оцени, сасвим је довољна за закључак да противправност јесте, ако

не чак и експлицитно, онда барем имплицитно, постављена као услов одговорности за штету.

#### 4.1.1. Разлози искључења противправности

Утицај романске правне традиције, нарочито у погледу односа законодавца према институту противправности, сасвим је евидентан. Одговорност за штету у нашем праву није изричито условљена и противправношћу радње или последице те радње. Међутим, иако је тачно да наш ЗОО РС не познаје институт противправности као готов, формиран, јединствен, али најпре именован и као такав изричито регулисан правни институт, то по нама не значи да он кроз своје норме не поставља захтев за противправношћу радње или штетне последице приликом процене постојања и заснивања грађанскоправне одговорности. Ово, наравно, захтева додатно појашњење.

За полазну основу при стварању нашег ЗОО РС узета је идеја да је у будући закон довољно увести појам кривице и поставити га изричито као услов одговорности, сматрајући узгредно да он у себи прећутно садржи и захтев за противправношћу<sup>160</sup>. С тим у вези једно је јасно – интенција нашег законодавца приликом формирања норми ЗОО РС које се односе на услове одговорности за штету није била да са те листе услова елиминише захтев за противправношћу. Његова је намера, чини нам се, пре била усмерена на то да се будући закон поједностави тако што ће се међу услове одговорности увести само кривица која као шири појам обухвата нужно и појам противправности<sup>161</sup>.

Значајан доказ о томе да наше виђење правих намера законодавца није пуко нагађање, представљају и одредбе које се односе на околности које противправност искључују уколико је она присутна<sup>162</sup>. Иако законодавац те одредбе не назива изричито околностима које противправност искључују, њихова улога уопште не би требало да буде спорна. Из стилизације ових правних норми јасно се види да оне имају за циљ да под

<sup>160</sup> Тако: Јанковец, И: *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 54.

<sup>161</sup> На овај начин желимо да направимо дистанцу у односу на оне теоретичаре права који, истина не без ваљане аргументације, сматрају да противправност као шири појам у себи обухвата и кривицу.

Тако: Васиљевич, Тарановски, Ф.: *Енциклопедија права*, стр. 308-309

<sup>162</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 161-163.

одређеним условима, дакле не увек, учине правно дозвољеним неке предузете радње или настале последице које иначе не би биле пожељне и са становишта нашег правног поретка дозвољене. Уколико ове норме заиста имају описано дејство, не можемо их сматрати ни за шта друго до за разлоге искључења противправности, без обзира на неизјашњавање законодавца с тим у вези. Следи даље, уколико у присуству ових околности нема противправности, а самим тим ни одговорности за насталу штету, да је противправност услов одговорности за штету.

#### 4.1.2. Општа забрана проузроковања штете

ЗОО РС кроз кривицу, дакле посредно, захтева и присуство противправности као један од услова за заснивање грађанскоправне одговорности. Међутим, када говоримо о условима одговорности за штету у нашем праву, морамо бити више него опрезни уколико желимо да констатујемо да наш ЗОО РС не предвиђа противправност као услов одговорности чак и изричито.

Међу начелима ЗОО РС постоји јасно формулисана одредба која каже да је сваки дужан уздржати се од поступака којима се другоме може проузроковати штета<sup>163</sup>. Из такве стилизације произлази следеће. Поступање којим је другом проузрокована штета недопуштено је са становишта нашег позитивног права. Уколико се неко понашао супротно овој норми, то јест уколико је његово понашање довело до настанка штете за неког другог, такво понашање противно је праву. Уједно испуњен је један од услова да се питање одговорности за насталу штету постави и да се приступи утврђивању основаности постављеног одштетног захтева.

Ако ствари поставимо на тај начин, а логика нам такву поставку просто налаже, поменута норма даје заиста довољно основа да констатујемо да је њоме предвиђена и противправност као један од услова одговорности за штету у нашем праву. Искрено верујемо да интенција законодавца код увођења овог начела уопште није била да у наш ЗОО РС уведе и противправност као засебан услов одговорности. Међутим, иако телеолошким тумачењем ове норме вероватно не бисмо дошли до таквог закључка,

---

<sup>163</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 16.

мишљења смо да је кроз овакву формулацију основног начела ЗОО РС управо то учињено. Штавише, овом нормом је чак, барем са становишта нашег права, разрешена дилема између противправности радње и противправности штете. Дилема је разрешена у корист концепције која не одбацује ни прву ни другу варијанту, но о разлозима за доношење потоњег закључка више у наредном делу рада.

#### 4.1.3. Начело забране злоупотребе права као доказ да је противправност услов одговорности за штету

Међу начелима ЗОО РС можемо пронаћи још један, истина посредан, али више него солидан, аргумент у прилог претходно изнетој идеји да је противправност ипак услов одговорности за штету по нашем праву. Да бисмо до тог аргумента дошли искористићемо институт забране злоупотребе права и кроз њега, као кроз какав каледоскоп, посматрати институт противправности.

Институт забране злоупотребе права игра веома важну улогу у правном поретку. Међутим, иако искрено верујемо да је реч о једном од најзначајнијих „проналазака“ новије правне мисли, норме којима је овај институт регулисан објективно имају споредну и, како рекосмо, тек корективну улогу. Корективну, наравно, у односу на норме које се односе на противправност као услов одговорности.

Наиме, законодавац, по природи ствари, прво дефинише која су понашања и последице понашања неприхватљива, забрањује их и за њих везује правну одговорност. *Тек онда када је таква понашања и последице забранио* [нагласио аутор С.Р.], пошто је у духу нашег права рећи да и оно што је дозвољено може да не буде поштено, законодавац може да каже да има места одговорности и за она понашања која су у складу са текстом правне норме, али не и са њеним смислом и циљем. Дакле, тек пошто је предвидео одговорност за понашања супротна правним нормама, законодавац може предвидети одговорност и за поједина понашања која су у складу са нормом. У супротном, институт забране злоупотребе права према којем се може одговарати и поред тога што смо се у складу с нормом понашали сам по себи не би имао неког нарочитог смисла.

Размотримо сада чињенично стање. Законодавац је у ЗОО РС имплементирао одредбу којом изричито забрањује злоупотребу права као непожељну. Таква одредба,

следећи горе изнету логику, не би могла имати никакав самостални значај уколико се не предвиђа одговорност за понашања супротна правним нормама. Управо зато норме које се односе на противправност не постоје у нашем ЗОО РС.

Верујемо, наиме, да је законодавац, следећи или барем осећајући исту логику, сматрао да се подразумева да се одговорност у првом реду везује за противправна понашања, а тек онда за она понашања која су у складу са текстом норме, али не и са неким вишим принципима. Уколико је већ законодавац изричито забранио злоупотребу права и предвидео одговорност за штету уколико из злоупотребе права она проистекне као последица, природно је закључити да је првобитно одговорност за штету везао за она понашања и последице које се противе правној норми. Произлази, дакле, да је примарни услов одговорности за штету по нашем праву противправност.

## 4.2. Предмет противправности

Бавећи се институтом противправности, тим пре ако га сматрамо за самосталан услов грађанскоправне одговорности, не можемо а да се не запитамо шта је његов предмет. У бити, то нам досадашња истраживања ове проблематике показују, могућа су два одговора на ово питање.

Први, нешто старији, можда помало напуштен, али у теорији грађанског права никада у потпуности превазиђен одговор на ово питање је да је противправна штета, то јест последица нечијег деловања. Стање произведено нечијим деловањем је, према овом становишту, то које правни поредак не одобрава, па се суд о противправности своди на шетну последицу. Сама радња из које је штетна последица проистекла оставља се по страни, практично, у потпуности.

На закључак да је штета та која је противправна наводили су бројни законски текстови, попут, рецимо, немачког грађанског законика (§ 823), који таксативно набрајају којим се човековим добрима пружа заштита, односно које се повреде санкционишу. Кроз набрајања добара којима се пружа грађанскоправна заштита, законодавац као да жели да каже да је њихова повреда, без обзира на облик, сама по себи противна праву. Но, могућ је и у теорији права, због очигледних мањкавости било каквог покушаја стварања затворене листе добара којима се пружа заштита и штета које на њима могу да настану, све

присутнији супротан став – став према којем је радња, а не штета, та која је противправна. Главни аргумент којим се овај став брани је тај да се једна правна норма, која је иначе правило понашања, може прекршити само људским понашањем, то јест радњом. То значи да само радња и може бити у несагласју са правом, никако штета<sup>164</sup>.

Уколико уважимо аргументе на којима заснивамо став да је противправност постављена као услов одговорности за штету, без обзира да ли сматрамо да је то учињено изричито или посредно, врло је занимљиво утврдити за коју се концепцију определио наш законодавац. То је, верујемо, посебно битно са становишта домаће правне теорије која жели да утврди исправност и квалитет понуђеног решења у контексту одабира најквалитетнијих решења за будући Грађански законик.

Први утисак при помнијем разматрању решења понуђеног у ЗОО РС је да се законодавац одлучио за концепцију о противправности радње којом је штета изазвана. Сличан утисак имаће, вероватно, и сви они који у нормама ЗОО РС виде условљавање одговорности противправношћу, јер се на почетку члана 16. каже да је свако дужан да се уздржи *поступка* [нагласио аутор С.Р.] којим се другоме може проузроковати штета. Произлази да, уколико се такав поступак ипак учини и поред изричите законске забране, такав поступак није сагласан праву. Уколико такво понашање постоји, испуњен је услов да се постави питање одговорности за штету. Поступак, односно радња штетника је та у односу на коју се, тако барем на први поглед делује, процењује евентуално одступање од захтева правног поретка.

Такво резонување, међутим, било би преурањено из простог разлога што у обзир није узета цела норма коју посматрамо, а нарочито контекст у којем законодавац употребљава израз „поступак“. Законодавац, наиме, у наставку норме каже да су одређени поступци забрањени само ако се њима проузрокује штета другоме. То значи да, уколико штете као последице нема, онда нема ни противправности, барем не са становишта грађанскоправне одговорности. Такво нам резонување, међутим, не пружа довољно основа да одемо у другу крајност и да на основу тога закључимо да је ЗОО РС усвојио

---

<sup>164</sup> О подељености домаће, али и стране правне теорије по том питању детаљније код: Водинелић, В. В.: *Прекорачење слободе информисања у повреди права личности*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 1978, стр. 343 и даље; Радишић, Ј.: *Противправност као услов грађанске одговорности*, стр. 542 и даље; Стипковић, З.: *Противправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 109-113.

концепцију противправности штете као последице. И такав би закључак био преураћен, јер се опет, иако је у обзир узета цела норма, не води довољно рачуна о стилизацији одредбе и контекста у којем законодавац употребљава термине поступак и штета.

Наш законодавац није се одлучио ни за једну од две могуће концепције, но у анализираној норми нема ничег стваралачког. Законодавац не нуди никакву нову концепцију. Он, просто, левитира између у теорији права познатих концепција. Притом, намерно смо употребили израз „левитира“, јер он најбоље одражава природу решења које је у закону усвојено и став законодавца поводом адекватног облика противправности. Наиме, израз „левитира“ одговара јер „гравитационе силе“ обе концепције због аргумената на којима почивају подједнако су јаке, па ниједна од њих није у стању да законодавца привуче ка себи у потпуности, већ их он, лебдећи у простору између њих, обједињује.

Тако, произлази из поставке норме да нити поступак може бити противправан са становишта грађанског права уколико нема за последицу штету, нити се може поставити питање одговорности за штету уколико она није последица људског деловања које је, самим тим што из њега може наступити штета, забрањено, то јест противправно. То је, делује тако, основни став законодавца који је он кроз одабрану формулацију желео да изрази. Истини за вољу, то није учинио особито прецизно. Но, и поред тога што је прецизност при конструисању норме изостала, став законодавца се може врло лако утврдити кроз нешто дубљу анализу духа самог ЗОО РС.

Законодавац, комбинујући постојеће супротстављене теорије, ствара врло занимљиву симбиозу према којој одговорност за штету захтева да и радња и последица буду противне правним нормама, при чему само једно или само друго није довољно за заснивање одговорности. Овакво решење не може да остави теоретичара равнодушним и просто захтева испитивање његове исправности. Како ни ми нисмо у стању да одолимо том искушењу, нарочито зато што смо и сами присталице таквог размишљања, потрудили смо се да у наставку рада испитамо то решење без уласка постојећу, верујемо добро познату, аргументацију. Ми ћемо, уместо тога, презентовати аргументе против концепције о притвправности само последице, али и против концепције о противправности само радње. Успутно, указујући на њихове најупадљивије мањкавости, указаћемо и на теоријску и практичну потребу обједињавања ове две концепције.



Против концепције у којој се не води рачуна о радњи већ се противправност штете као последице посматра као довољан услов за заснивање грађанске одговорности постоје најмање два озбиљна аргумента која се никако не смеју изгубити из вида приликом проучавања ове проблематике. Пре свега, постојање штете са становишта грађанског права нема никакву „тежину“ *per se*. Штета постаје интересантна са становишта грађанског права само уколико је настала као продукт људског деловања. Уколико је штета настала као последица неких објективних околности, условно речено независних од човека, нема места ни позивању некога на одговорност за ту штету, јер терет такве штете, по природи ствари, сноси сам оштећени.

Морамо се запитати и шта добијамо уколико је, замислимо ту ситуацију, радња сагласна праву, а последица те радње није. Свакако да и у том случају има места одговорности за насталу штету, али у описаној ситуацији већ напуштамо терен противправности и прелазимо у ону област коју смо означили сликовито „сивом зоном“ између права и неправа. У тој зони егзистира анализирани институт забране злоупотребе права.

Овакво резонување наводи на закључак да је законодавац исправно поступио условљавајући грађанску одговорност противправношћу и радње и последице, но ни са таквим закључком не треба журити. Потребно је пре тога испитати исправност концепције о противправности радње као довољном услову за заснивање грађанске одговорности. То је тим пре неопходно јер ова концепција има данас много присталица и своју логику и аргументацију која не омогућава да се жури са закључком о њеној превазиђености.

Са становишта грађанског права противправност представља кршење, не сваке, него само одређених норми – оних норми које за циљ имају спречавање наступања штете. Из тога произлази закључак да то што је једна радња супротна изричитој правној норми и као таква у најширем смислу противправна, не значи аутоматски да је противправна и у ужем смислу, то јест са становишта грађанског права. Да би са становишта грађанског права та радња била противправна неопходно је да њен резултат буде штета која је, подразумева се, такође непожељна са становишта правног поретка. Противправна радња, дакле, сама по себи, исто као ни последица те радње, није довољна за заснивање грађанске одговорности. За заснивање грађанске одговорности, чини се, потребно је више.

Најзад, у том смислу морамо се упитати, искључиво из угла грађанског права наравно, какав би правнополитички смисао евентуално имала правна норма која забрањује тачно одређено понашање и прописује одговорност за њега уколико то понашање не шкоди ни на који начин нити појединцу нити широј заједници, односно уколико се не манифестује као штета. Таква би правна норма са становишта правне технике била потпуно бескорисна, јер законодавац не може, односно може, мада не би било целисходно да то и учини, да једно понашање забрани уколико из таквог понашања не проистичу никакве штетне последице.

Овај последњи аргумент, уз садејство осталих поменутих аргумената, чини се у довољној мери поткрепљује нашу тврдњу да је за заснивање одговорности за штету потребно нешто више од противправности радње или противправности штете. За заснивање одговорности потребна је симбиоза ове две врсте противправности. Међутим, листи аргумената можемо додати још један који, како се чини, најнепосредније потврђује наше тумачење одредби ЗОО РС.

На Саветовању грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15 и 16.05.1985. године, анализирана је одговорност за штету коју спортиста другом спортисти проузрокује на спортском такмичењу. Иако није спорно да спортска такмичења представљају вишеструко корисну људску делатност, чињеница је да она собом носе и одређени степен опасности наступања штете, најчешће у виду повређивања, лакшег или тежег. Правила спортске игре без сумње су та која су најпре позвана да одреде границе дозвољеног понашања и предупреду настанак телесних повреда и других облика штете.

Међутим, извесно је и то да се ниједно, чини се нарочито екипно такмичење, не може ни замислити без повремених кршења правила спортске игре. У складу с тим у оквиру спортских правила сваког појединачног спорта изграђен је и импозантан систем спортских санкција које су ту да остваре и превентивну и репресивну функцију када до кршења правила дође. Ипак, од самог почетка јасно је било да се не могу у исти „кош“ стављати све врсте кршења спортских правила. Зато је на поменутом Саветовању заузет став, да места одговорности за штету коју спортиста проузрокује другом спортисти нема, осим уколико је повреда нанесена намерно или грубим кршењем правила спортске игре.

Уколико је повреда настала на овај начин, спортиста ће одговарати за насталу штету и то солидарно са спортским клубом чије боје брани.

Из овог става се јасно види да је у духу ЗОО РС кумулирање противправности радње и противправности штете ради заснивања одговорности за њу. Наиме, из наведеног става јасно се види да ће спортиста одговарати за штету уколико је она последица понашања које је противно правилима спортске игре која за циљ имају превенцију штете. Потребно је, дакле, да радња спортисте буде у несагласју са спортским правилима и да постоји штета као последица таквог понашања која је, такође, непожељна појава.

Понашање спортисте којим се крше правила спортске игре, па чак и уколико је реч о грубом кришењу, само по себи неће значити ништа, уколико оно нема за последицу штету која је, то смо апсолвирали, нежељена појава са становишта правног поретка и која је самим тим противправна. У том случају спортиста неће бити сакнционисан према правилима грађанског права, већ према правилима игре. Са друге стране, ни штета која је настала за другог спортисту неће имати никакав правни значај уколико се спортиста који је штету нанео није грубо огрешио о правила игре својим понашањем.

#### 4.3. Противправност као услов одговорности у зависности од основа одговорности

Без обзира на сву сложеност савременог друштвеног живота и бројне опасности које он собом носи, кривица је била и остала, ако не најзначајнији, онда барем у теорији најчешће разматрани основ одговорности. Кривица као основ нераскидиво је везана за институт противправности, обзиром да питање кривице, начелно, има смисла поставити само онда када је понашање једног лица или последица његовог понашања противна праву. Другим речима, кад год се одговорност у грађанском праву заснива на кривици починиоца штете, један од услова за заснивање одговорности је и противправност. У супротном, одговорност за насталу штету не може се темељити на кривици починиоца штете.

Ипак, док у вези међусобног односа противправности као услова и кривице као основа грађанске одговорности и нема већих недоумица, однос између противправности и осталих основа одговорности у нашем праву итекако је споран. Размотримо, стога, прво

однос противправности и створеног, одржаваног и контролисаног ризика као основа одговорности, а онда и однос противправности са одговорношћу по основу правичности.

#### 4.3.1. Објективна одговорност као „права“ деликтна одговорност

Приметићемо, пратећи дешавања у правној теорији тим поводом, да се у вези противправности и објективне одговорности, то јест њиховог односа радо дискутује око читавог низа питања. Међутим, у вези с објективном одговорношћу у правној теорији са нарочитим се жаром дискутује око тога да ли се овај вид одговорности може назвати „правом деликтном одговорношћу“. Правом у смислу да ли се и у случају када је одговорност за штету заснована на неким објективним моментима захтева противправност као услов одговорности.

Противправност, рећи ће можда неко, не захтева се у овом случају јер је коришћење опсаних ствари, то јест вршење опасне делатности, објективно дозвољено. Евентуална одговорност у том случају не везује се за противправност, него за „подручје ризика дужника надокнаде“<sup>165</sup>. Ми, ипак, по угледу на други део правне теорије, стојимо на становишту да они који на овај начин размишљају не праве довољно јасну разлику између битно различитих момената – разлику између стварања ризика вршењем опасне делатности или употребом опасне ствари и реализације тог ризика.

Ризик, односно његово стварање јесте дозвољено, али реализација тог ризика, односно настанак штете, није. То се врло лако да осетити на практичном примеру. Тако, велика је разлика између употребе аутомобила као опасне ствари која је дозвољена, иако је употреба тог превозног средства скопчана са бројним ризицима, и чињења штете тим аутомобилом, а које је иначе недозвољено<sup>166</sup>. Штета је, јасно је, противна праву, али је и опасна радња која је била дозвољена, постала противправна наступањем штете, јер је она допуштена само до тог момента. Закључак је, дакле, да је противправност, уколико успемо да осетимо разлику између стварања ризика и његове реализације, услов одговорности и према правилима о објективној одговорности, јер реализација дозвољених ризика није дозвољена.

<sup>165</sup> Тако: Larenz, K.: *Lehrbuch des schuldrechts*, zweite band, 13. auflage, München, 1981, seite 697-698.

<sup>166</sup> У том смислу: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 194.

### 4.3.2. Противправност и одговорност по основу правичности

Како то произлази из нашег ЗОО РС, постоје и извесни случајеви проузроковања штете које правила о субјективној, чак и кад су допуњена правилима о објективној одговорности, не покривају. У тим случајевима одговорност за штету се темељи – иако се, заправо, сви основи одговорности суштински темеље на њој – на правичности. Међутим, како су ти случајеви када се одговорност не темељи на субјективној или објективној одговорности врло хетерогени, у теорији права разликујемо одговорност по основу правичности у ужем и у ширем смислу. Критеријум за поделу је присуство, односно одсуство противправности као услова одговорности.

Каже се тако у теорији права да одговорност по основу правичности у ужем смислу захтева и противправност као услов одговорности, и ту је ствар јасна – противправност јесте услов одговорности. Каже се даље да одговорност по основу правичности у ширем смислу уопште не захтева противправност као услов одговорности, већ да се одговорност у овим случајевима везује за правно допуштену радњу<sup>167</sup>. То је већ став који је споран, нарочито уколико имамо у виду случајеве које овај основ одговорности покрива – штета изазвана у крајњој нужди, штета власника послужног добра код службености, штета услед прогона или тражења својих ствари на туђем земљишту. Логика од које се полази при поменутој констатацији да се у овом случају противправност не захтева је једноставна и наизглед неспорна. Та логика се темељи на ставу да је радња којом је штета причињена у свим овим, али и другим непоменутих случајевима, са становишта објективног права дозвољена или барем није изричито забрањена.

Међутим, радња можда јесте дозвољена, али последица, или барем неке од последица те радње нису зато што се могу подвести под теоретско, а што је са практичног становишта нарочито битно, и под законско одређење појма штете. Противправност је и у овом случају услов одговорности и то у виду противправности последице – штете.

Међутим, наше одређење противправности из перспективе ЗОО РС као симбиозе противправности узрока и последице није доведено у питање. Разлог је тај што, уколико се у неком од ових случајева деси штета, радња која је до тада била дозвољена, будући да

<sup>167</sup> У том смислу: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део.*, стр. 195-196.

је из ње проистекла штета, постаје и сама, али само у том конкретном случају, противна праву. Прецизније, та је радња дозвољена, али проузроковање штете том радњом није. Радња остаје дозвољена све док се њоме не проузрокује штета. Када је наступила противправна последица, и радња којом је она узрокована постаје противправна.

Додатни аргументи у прилог наше тврдње произлази из паралеле која постоји са случајевима објективне грађанскоправне одговорности. Осврнимо се на однос противправности као услова одговорности са створеним, одржаваним и контролисаним ризиком као основом одговорности. Указали смо приликом анализе овог односа на разлику између стварања ризика и његове реализације.

На идентичан начин треба приступити проучавању помињаних случајева одговорности по основу правичности у ширем смислу. Доћи ћемо тако до закључка да је у свим овим случајевима противправна, не само штета како то изгледа, већ и радња која је законом начелно дозвољена уколико је њоме проузрокована штета, јер је она дозвољена само до оног тренутка док се њоме не причињава штета. Овакво резонување може бити нејасно, но лако се да разумети кроз пример.

Послужимо се, рецимо, случајем прогона или тражења својих ствари на туђем земљишту као примером, уз напомену да исто важи и за остале случајеве. Штета која услед ових радњи настаје није дозвољена, док је сама радња, у нашем случају прогон или тражење ствари, дозвољено. Међутим, таква радња није нити може бити неограничено дозвољена. Тражити ствари на туђем земљишту дозвољено је само ако се тим тражењем не чини штета. Уколико из тог трагања проистекне штета, онда је, уз штету, и такво трагање, то јест понашање, противно праву, јер право дозвољава ту радњу, поновимо то, само ако из ње не проистиче штета. То даље значи да се за наш правни поредак у делу који се односи на грађанскоправну одговорност може рећи да у целости почива на противправности и штетне последице и штетне радње.

Штавише, неки случајеви који постоје у пракси могу бити итекако занимљиви за проучавање са аспекта противправности и њеног поимања у оквиру грађанског права. Узмимо за пример случај проузроковања штете у крајњој нужди. Како то правна теорија у нас резонује, овај институт типичан је пример разлога искључења противправности. Међутим, баш у вези с тим схватањем битно је учинити додатну напомену и отклонити

недоумице које постојећа законска решења и пратећа судска пракса могу евентуално да изазову.

Наиме, уколико прихватимо схватање да је институт проузроковања штете у крајњој нужди један од разлога који доводе до искључења постојеће противправности, *то нам говори да у том случају нешто иначе није сагласно праву – радња или штета. Нешто је, генерално посматрано, противно праву, али постоје неке правне чињенице, које ту противправност, како год се она манифестовала, неутралишу. Постојање одређених чињеница, од изузетно велике је важности то разумети и двојити, не мења ништа у томе да је радња или последица генерално противна праву. Оне остају генерално забрањене без обзира на присуство тих околности, јер те их околности не чине генерално дозвољеним. Оне их само у конкретним случајевима оправдавају* [нагласио аутор С.Р.].

Ипак, још једну би напомену било згодно дати баш због могуће забуне. Наиме, будући да се може поставити питање одговорности и у случају када је штета проузрокована у крајњој нужди, па чак и тражити њена надокнада чак и од оног ко се у стању нужде налазио<sup>168</sup>, питање је за шта се у овом случају заиста везује одговорност, ако су већ и радња и штета у конкретном случају дозвољене. Обавеза надокнаде штете оправдава се разлозима правичности, но то по нама не мења ништа у чињеници да је противправност постојала и да је она, ако не услов, онда засигурно предуслов одговорности.

И заиста, да радња и штета апстрактно посматрано нису противне праву, иако су у конкретном случају проглашене за правоваљане и допуштене, не постоји никакав основ који би могао да оправда доцнију обавезу надокнаде штете. То не би у стању била да учини ни правичност. Једноставније, *питање правичности у овим случајевима поставља се управо због тога што су радња и последица in abstracto у несагласју с правом, иако је противправност in concreto елиминисана. То је разлог зашто сматрамо да је противправност предуслов, дакле један од услова одговорности за штету и онда када је противправност искључена* [нагласио аутор С.Р.].

Са друге стране, питање је да ли се у овом случају може говорити о одговорности у правом смислу те речи. Без обзира на обавезу надокнаде штете у овом случају, нама се чини да овде нема места подвођењу те обавезе под појам одговорности у

---

<sup>168</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 161, ст. 2

грађанскоправном смислу. Просто то се не уклапа у схватање самог појма одговорности јер она ни не може постојати уколико су у радња и последица у конкретном случају постале оправдане постојањем додатних момената, рецимо крајње нужде.



### III. ПРИСТАНАК ОШТЕЋЕНОГ КАО РАЗЛОГ ИСКЉУЧЕЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ

Без обзира на сву умешност законодавца, његово познавање конкретних друштвених прилика и труд уложен у обликовање правне норме у складу с тим приликама, дешава се да неко стање, то јест нека појава, не буде у потпуности, дефинитивно и на најправичнији могући начин уређена. Због тога имамо ситуацију да је, када правна норма једном започне свој правни живот, потребно много стрпљења и труда уложити да би она успешно направила „своје прве кораке“. Када их једном направи, потребно уложити још више труда и стално је кроз судску праксу и правилна тумачења усмеравати на њеном путу како би та норма довела до остваривања кроз њу пројективаног циља.

На правнопозитивистичком животном путу једне правне норме постоје многе опасности. Једна од највећих је опасност од њене објективистичке, механичке примене, то јест примене при којој се, сем о буквалном тексту норме, не води много рачуна ни о чему другом. Таква, усудићемо се да критички кажемо, хладна и помало статична примена правне норме, примена која је светлосним годинама удаљена од свакодневног живота и која је као таква несвесна његове динамике, чини да се изгуби из вида да правне норме, правни институти, али ни остали сложенији елементи правног система, никада нису сами себи циљ и да би они најпре требали да буду моћно средство у рукама правника којим ће се остварити неки најзначајнији општи, али и појединачни интереси.

Нама се чини да је степен опасности коју помињемо директно пропорционалан обиму правног института који излази ван правне свере. Како вероватно ниједан други правни институт, не само у оквиру грађанског права, него и права уопште, не излази ван правне свере у тој мери као што то чини институт противправности у грађанскоправном смислу, послужићемо се њиме за објашњење и аргументацију нашег мишљења.

„Излети“ противправности ван свере покривене правним нормама захтевају повећану „будност“ правника, у првом реду судија, те њихову потпуну спремност да у одређеном понашању и последици тог понашања одмах уоче евентуално присутне елементе противправности. Но, тај посао посебно отежава то што судије, чак и када су правилно уочили и препознали елементе противправности, не смеју по аутоматизму за

уочену противправност везати и грађанскоправну одговорност. Ово из разлога што се у грађанском праву од најранијих времена сусрећемо и са случајевима који, иако су у бити противправни, у присуству неких додатних чињеница престају бити противни праву и претварају се у, ако не у правом смислу те речи правно дозвољена, онда барем у прихватљива понашања и последице тог понашања.

Свестан сложености ситуације у којој се може тим поводом наћи, законодавац иде за тим да олакша судији доношење исправне одлуке. То чини на тај начин што, и поред неспорних елемената противправности, законом кроз одређени чињенични склоп ствара ексклузивитет изузетка од одговорности. То су, заправо, одређени системски утврђени приоритети друштвених вредности у односу на нормиране и формализоване вредности правног поретка<sup>169</sup>, а неопходни су зато што није могуће поставити забрану доношења штете без икаквих изузетака<sup>170</sup>.

Поменути ексклузивитет који постоји у законским текстовима у виду неких типских ситуација, познат је у теорији права под називом „разлози (основи) искључења противправности“. Но, сам назив није неспоран. Постављено је, наиме, питање у теорији права, истина кривичног, мада се са пуним правом може поставити и у оквиру грађанског права, да ли и у којој мери овај назив одговара суштини института. С тим у вези дошло се до негативног одговора. Сматра се, наиме, да би из назива „искључење противправности“ произлазило да је једна радња била у једном тренутку противправна, а да је онда, у присуству неких чињеница, противправност нестала иако, према овим теоретичарима права, противправност никада заправо није ни постојала будући да одређене чињенице спречавају да противправност уопште и настане<sup>171</sup>.

Ми се, међутим, никако не можемо сложити, нити са овим ставом, нити са пратећом аргументацијом, барем не у потпуности. Мишљења смо да израз „разлози искључења противправности“, како у грађанском, тако и у кривичном праву, одговара суштини института. Зашто? Слажемо се да понашања и последице на које се ове норме односе нису у једном тренутку противне, а у другом сагласне праву. Она су *генерално противна праву* [наласио аутор С. Р.], с тим што у конкретним случајевима уз присуство

<sup>169</sup> У том смислу: Сибиновић, Ђ.: *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправга*, стр.150.

<sup>170</sup> Тако: Стипковић, З.: *Противправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 113.

<sup>171</sup> Тако: Бачић, Ф.: *Кривично право, Опћи дио*, Загреб, 1978, стр. 202.

тачно одређених чињеница противправност бива елиминисана. Понашање и последице добијају нови квалитет и постају правно дозвољене или барем прихватљиве у конкретном случају, али *in abstracto* остају противне праву<sup>172</sup>.

Иако ми сматрамо да постоје добри аргументи да skupина правних института као што су пристанак оштећеног<sup>173</sup>, нужна одбрана<sup>174</sup>, крајња нужда<sup>175</sup> и дозвољена самопомоћ<sup>176</sup> буде сматрана разлозима искључења противправности, чињеница је да се творац ЗОО РС није одлучио да ове институте групише у оквиру истог члана који би тако назвао. Разлог због којег је законодавац пропустио да уради то сасвим је очигледан – противправност није одређена изричито као услов одговорности, па је по аутоматизму изостало и једино исправно одређење „заједничког имениоца“ за поменуте институте. Остаје нејасно зашто је Комисија за израду грађанског законика пропустила да у преднацрту овог акта понуди исправку обе грешке, јер искрено верујемо да би таква концепција и стилизација заиста отклонила бројна спорења која у теорији права постоје<sup>177</sup>.

Бавећи се разлозима који искључују противправност, већ смо поменули институте који би, према слову закона барем, могли да уђу у ову групу. Правна теорија, међутим, поменути скуп не посматра као „затворену листу“, већ више као водич за судије у ком правцу треба резоновати и на које околности ваља обратити пажњу приликом вредновања одређене радње или последице. Најбољи доказ томе је то што поменуту листу можемо проширити додајући јој „вршење јавне дужности“ као разлог искључења противправности препознат од стране правне теорије. Но, иако смо ову главу насловили као појам и врсте разлога искључења противправности, нећемо ићи даље од њиховог набрајања. Нећемо улазити у дефинисање и објашњавање сваког разлога засебно, будући да би таква анализа далеко премашла потребе овог рада. Бавићемо се специјално једним од разлога –

---

<sup>172</sup> Поред овог образложења, можемо се упустити и у малу игру речи. Наиме, норме које се на противправност односе и норме којима се регулишу разлози искључења противправности односе се слично као *lex generali* и *lex specialis*. Прве се примењују када се чињенично стање не може подвести под ове последње, односно могућност примене потоњих норми искључује могућност примене првих.

<sup>173</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 163.

<sup>174</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 161, ст. 1.

<sup>175</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 161, ст. 2 и 3.

<sup>176</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 162

<sup>177</sup> Видети: Преднацрт, чл. 174-176.

пристанком оштећеног, док ћемо друге разлоге подробније обрадити уколико то евентуално буде потребно ради појашњења пристанка оштећеног као института који у овом раду, ипак, заузима централно место.

## 1. ПОЈАМ И ПРЕДМЕТ ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ

Правна теорија, али и законски текстови рађени са ослоном на достигнућа савремене теорије права, препознају и разликују више различитих услова који могу допринети искључењу противправности. Ако за тренутак оставимо по страни повремена размимоилажења која у правној теорији постоје у погледу броја тих услова, запитаћемо се вероватно да ли је неки од њих по значају могуће издвојити испред осталих. Без намере да потцењујемо значај и улогу коју у правном поретку обављају други разлози искључења противправности, чини нам се да је релативно лако издвојити један међу њима – пристанак оштећеног.

Уколико са правноисторијског становишта евентуално покушамо да одредимо значај појединих разлога искључења противправности, готово је извесно да ћемо као један од најзначајнијих међу њима означити пристанак оштећеног. Разлог за овакво размишљање крајње је једноставан. Овај правни институт можемо лако препознати у његовом најчистијем облику чак и у најстаријим делима римских правника, врло прецизно, правнотехнички више него коректно, а правнополитички попуно оправдано, формулисан у облику принципа *volenti non fit iniuria* и *nulla iniuria est quae in volentem fiat*, а према којима, у најкраћем, иако радња или последица нечијег понашања јесу противне позитивном праву према редовним околностима, противправности, а самим тим ни одговорности за евентуално насталу штету не може бити уколико је оштећени на ту штету претходно недвосмислено пристао<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Ипак, да бисмо правилно проценили историјски значај овог правног института, не смемо из вида изгубити још најмање два значајна момента. Прво, пре него што су тако прецизно формулисани и уобличени у познате нам максиме, ови принципи засигурно су још и много раније били препознати од стране римских правника. Они су вероватно дуго живели у њиховим главама и били предмет повремених расправа, да би тек доцније, кроз решавање конкретних случајева који су се у пракси јављали, постепено били изнијансирани, а на крају и опште прихваћени. Другим речима, ови су принципи, по свему судећи, далеко старији него што се то на основу најстаријих писаних извора у којима су садржани може закључити. Када томе додамо да ови принципи у својим разним варијантама, мада у основи неизмењени, већ вековима налазе места у законским текстовима који материју надонкаде штете регулишу, јасно је да историјски значај овог института, па и његов значај уопште, не би требало да буде споран.

Док о значају овог правног института готово да нема већих спорења, о свим осталим питањима која се на њега односе постоје међу теоретичарима грађанског права врло озбиљна неслагања. Свакако ћемо се запитати како је могуће да постоји толико неслагања око једног, у основи, једноставног и општеприхваћеног правног института. Одговор је, заправо, дат у самом питању. Овај правни институт само је у основи једноставан, јер је већ први озбиљнији поглед на њега довољан да схватимо да се испод његове „мирне површине“, скрива небројено много замки и вртлога који правнику који се посветио истраживању тих дубина могу да задају озбиљне главобоље, па чак и да доведу до правог „цепања личности“ у појединим ситуацијама.

Уколико у трагање за дефиницијом пристанка оштећеног кренемо са ослоном на законска решења, уочићемо да ЗОО РС познаје овај институт<sup>179</sup>, али да га, у смислу најстрожијих логичких правила, не дефинише. Ипак, поновићемо, није посао законодавца да дефинише правне појаве, већ је то посао правне теорије. Посао законодавца је да сазнања до којих је правна теорија дошла уобличи и учини употребљивим у пракси. Ипак, далеко од тога да и законодавац ни на који начин не може помоћи правној теорији у проучавању одређених појава. Он то чини на тај начин што даје елементе од којих ће се касније градити дефиниције у теорији права.

Елементи које нуди законодавац, иако у свега два става којим овај институт регулише, пружају сасвим довољан ослонац теорији права да се упусти у потрагу за његовим одређењем, односно дефиницијом. Ради лакшег проучавања, грубо, а могуће и мимо неких основних правила које логика намеће приликом класификације, поделићемо их у две групе. Прву групу чине позитивни, а другу негативни елементи, при чему, произлази из поделе, критеријум за поделу видимо у захтеву законодавца за присуством, односно одсуством неких од елемената, а у циљу остваривања сврхе овог института.

У прву, даље, групу спадају три елемента, а то су: дозвола за вршење одређене радње и наношење штете, односно пристанак на њих, стварни настанак штете и узрочно-последична веза између те радње и штете. Другу групу – зато смо и рекли да одступамо можда од неких логичких правила приликом вршења класификације елемената – чини само један елемент, а то је непостојање изричите законске забране одређене радње.

---

<sup>179</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 163, ст. 1 и 2.

Како смо се другим елементом, па у одређеној мери и трећим, већ бавили остаје да размотримо преостала два, најпре онај који смо означили као дозвола за наношење штете. Наиме, стилизација првог става, 163. члана ЗОО РС врло је интересантна за проучавање у том смислу, но при евентуалном тумачењу нужно је бити јако обазрив, пре свега због вишеслојности овог, на први поглед, врло једноставног члана закона.

Када говоримо о вишеслојности овог члана ЗОО РС имамо у виду, пре свега, чињеницу да се из стилизације не може одмах и са сигурношћу закључити да ли законодавац претендује на то да овај институт и последице које он треба да произведе у правном поретку веже за пристанак на неку радњу или на последицу неке радње. И заиста, ако пажљиво посматрамо поменути члан, уочићемо да законодавац, тако се барем чини у први мах, говори у њему о пристанку на неку радњу, а не на штету, дакле на узрок, а не на последицу. Такав закључак, ипак, не би био исправан јер не узима у обзир целину норме, али и због тога што не уважава у потпуности контекст у којем се радња у члану помиње. Не сме се, наиме, при тумачењу норме и намере законодавца никако изгубити из вида први део става, а у којем се јасно каже да оштећени дозвољава, то јест саглашава се са одређеном радњом *на своју штету* [нагласио аутор С. Р.].

Употребљена терминологија, па ни стилизација у целини, засигурно није најсрећније одабрана, пре свега у смислу да оставља места различитим тумачењима. Ипак, верујемо, наравно уз ослонац на одговарајућу аргументацију, да интенција законодавца није била да овим чланом пристанак оштећеног веже за радњу за коју се не зна да ли ће из ње произаћи штета или не, па да одговорност искључи уколико се ризик наступања штете реализује. Да је то хтео да уради, законодавац не би, вероватно, уопште додавао израз „на своју штету“. Прецизније, по нашем мишљењу, вероватније да је законодавац желео да искључи одговорност уколико је оштећени пристао на радњу за коју се дефинитивно зна да ће из ње произаћи штета, а да је израз „предузимање неке радње“ употребио тек са намером да прецизира да се ради о људској, пре свега физичкој радњи.

Уколико је наше резонување тачно, а чини нам се да контекст норме упућује на то да јесте, произлази да, ако је неко већ пристао на радњу из које извесно произлази штета као последица, то значи да је он, иако индиректно, суштински заправо пристао на штету. То је и главни разлог зашто смо први елемент назвали „дозвола за наношење штете“, а не, рецимо, „дозвола штетне радње“, што је, такође, била једна од опција. Притом, да то није

само игра речи, већ да то одређење има и друге, како теоријске, тако и практичне последице, видеће се јансије у одељку у којем анализирамо однос пристанка оштећеног, пре свега, са поступањем на сопствени ризик.

Међутим, правнотеоријски значај оваквог размишљања добрим се делом јасно види већ и сада и то због тога што је на овај начин одређен предмет пристанка оштећеног, а то је штета. Штета је, дакле, оно на шта оштећени суштински пристаје и са задовољством ћемо констатовати да је то нешто са чиме се и добар део правне теорије у нас слаже<sup>180</sup>.

Наравно, непходно је и извесно прецизирање с тим у вези. Да би се на штету могло пристати, она мора бити јасно одређена. Заправо, приликом дефинисања штете на коју се пристаје, не може се пристати на чињење, рецимо, било које штете у будућности. Штета не сме бити апстрактно постављена, већ штетник мора да пристанак веже за повреду конкретних права или интереса. У супротном, пристанак неће бити у стању да произведе жељено дејство<sup>181</sup>. Ипак, када кажемо да је штета предмет пристанка оштећеног, чак и када је штета максимално прецизно одређена, предмет пристанка је одређен тек једним делом.

Неколико је разлога због којих то кажемо. Као прво, професор Ђурђевић правилно примећује потенцијалну искључивост свог става према значају саме радње којом је штета проузрокована, те исти коригује тако што наводи у наставку да радња којом се штета проурокује није апсолутно без значаја. Он, наиме, сматра да оштећени давањем сагласности да му буде проузрокована одређена штета, заправо дозвољава да му она буде проузрокована на тачно одређени начин, наглашавајући притом, истина без навођења адекватног примера којим би такво размишљање поткрепио, да оштећеном никако није свеједно на који му је начин штета проузрокована.

Ми искрено верујемо да у пракси оштећени који је пристао на тачно одређену штету у највећем броју случајева не размишља много о конкретном начину на који ће баш

---

<sup>180</sup> Згодно је видети размишљање Ненада Ђурђевића који се критички осврће на схватања која су већ неко време присутна у правној теорији, претежно немачкој, а према којима је само радња та која може бити предмет пристанка оштећеног. Аутор констатује да је такво гледиште једнострано, непотпуно, па чак и потпуно погрешно.

Видети: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, Правни зборник, Удружење правника Црне Горе, Подгорица, 1995, стр. 133.

<sup>181</sup> Тако: Антић, О.: *Облигационо право*, стр. 476.



та штета бити проузрокована, било због тога што за тај начин заиста није заинтересован, било због тога што се подразумева да одређена штета буде баш на одређени начин проузрокована. Оштећеном је, по нама, једино битно да то буде баш она штета на коју је он пристао. Ипак, и поред све убеђености у исправност таквог, помало упроштеног размишљања, не можемо са сигурношћу искључити могућност да постоје у пракси и такви случајеви у којима су техника, начин и време проузроковања штете битни. Дакле, не искључујемо могућност да могу у пракси постојати и такви случајеви у којима ће штетник ипак одговарати за причињену штету, иако она по обиму и врсти одговара оној која је пристанком предвиђена, и то „само“ зато што она није нанета на тачно предвиђен начин.

Друго је, међутим, питање да ли судија има законског основа са становишта позитивног права да у конкретном случају донесе такву пресуду у којој ће удовољити одштетном захтеву оштећеног иако се оштећени са штетном последицом претходно сагласио и то због тога што последица на коју се пристало није на одређени начин изазвана. Сматрамо да, уколико судија у парничном поступку који се тим поводом води, са високим степеном сигурности, ово је посебно битно, утврди да је оштећени имао у виду тачно одређени начин на који ће штета бити нанета и под условом да процени да постоји неки нарочит интерес да штетна последица искључиво на тај начин буде проузрокована, он штетника може обавезати да начињену штету надокнади уколико начин на који је штета проузрокована не одговара захтеву оштећеног. Судија такву одлуку може донети с позивањем у образложењу пресуде на екстензивно тумачење првог става 163. члана 300 РС који заиста каже да оштећени својим пристанком дозвољава предузимање *неке радње* [нагласио аутор С. Р.], дакле, потенцијално и радње која је унапред тачно одређена, пре свега према начину, али можда и средствима, па чак и времену.

Постоји, међутим, још један разлог зашто смо рекли да предмет пристанка није у потпуности одређен када кажемо да је штета оно на шта оштећени заправо пристаје. Оштећени дајући пристанак саглашава се, превасходно, с тим да му одређена врста штете, наравно и у одређеном обиму, буде проузрокована, али чак и кад пристаје на то да му штета коју има у виду тачно одређеном радњом буде проузрокована, то, уколико проблему приђемо из перспективе процесног права, није једино на шта он пристаје.

Оштећени, поред тога што пристаје на одређени обим и врсту штете или евентуално и радњу којом ће та штета бити проузрокована, пристаје и на немогућност

каснијег евентуалног истицања захтева у парничном поступку да се та штета надокнади. Дакле, и каснија немогућност захтевања надокнаде штете од проузроковаоца, односно немогућност успешног истицања захтева да се штета надокнади, јесте предмет пристанка оштећеног. Ипак, иако инсистирамо на значају познавања и овог предмета пристанка оштећеног, овај ћемо предмет означити тек као посредан јер, објективно, оно на шта оштећени непосредно пристаје и са чим се као правни лаик саглашава јесте наношење штете. Он пристаје на то да му се одређена врста штете нанесе у одређеном обиму или чак то и захтева.

Онај који даје пристанак, са друге стране, уопште не мора да каже изричито да пристаје да након тога не захтева надокнаду. То није неопходно да учини јер се та немогућност успеха са одштетним захтевом подразумева као пратећи ефекат пристанка на штету. Непознавање правних прописа и логике на којима почивају од стране оштећеног не би могло да има значај нити би могло да доведе до уважавања истакутог одштетног захтева. По том питању смо врло искључиви и сматрамо да према правилу *ignorantia legis neminet excusat*, онај који пристанак даје уопште не мора знати да је крајњи правни ефекат пристанка на штету немогућност каснијег захтевања надокнаде штете. То на пуноважност датог пристанка не утиче. Оштећени, дакле, на овај ефекат, теоретски посматрано, пристаје посредно, па ако пристаје посредно, најлогичније је немогућност каснијег захтевања надокнаде штете означити као посредни предмет пристанка оштећеног, при чему је, јасно, наношење штете непосредни предмет.

Питање које се некако надовезује на претходно постављено питање је да ли онај који штету причини треба да зна за то да је оштећени дао пристанак како би дати пристанак уопште произвео пројектовано правно дејство. Другим речима, питање се своди на то да ли се штетник, у случају да је против њега истакнут одштетни захтев, успешно може позвати на постојећи пристанак и користити га као процесни приговор са премпторним дејством уколико је штету нанео незнајући за њега. С тим у вези стојимо на становишту да, начелно, штетник мора знати за оштећеников пристанак, јер уколико се, замислимо ту ситуацију, деси да без тог знања проузрокује баш ону штету на коју је пристао оштећени, то је производ случајности, а не сагласности оштећеног, те он као такав не може имати утицаја на обавезу штетника да штету надокнади уколико то оштећени у парничном поступку захтева.

Међутим, оваквим, слободно можемо рећи, уопштеним одговором не можемо бити у потпуности задовољни. Ми, наине, стојимо на становишту да је степен кривице код штетника оно о чему се итекако мора водити рачуна у овом случају. Иако ће то дефинитивно умногоме отежати ионако компликован доказни поступак и процес одлучивања код истицања одштетних захтева, не можемо у исти „кош“ стављати онога који је незнајући за пристанак нанео штету намерно или из крајње непажње и онога који је штету нанео услед обичне непажње.

Док се, по нама барем, овај потоњи може чак и успешно позвати на пристанак оштећеног и то равноправно као и онај који је штету нанео знајући за пристанак, дотле се онај који је штету проузроковао из крајње непажње, а нарочито онај који је штету проузроковао намерно, на пристанак оштећеног не могу успешно позивати и то зато што штета која је у тим случајевима проузрокована није последица датог пристанка, него немарног односа према туђим добрима, па чак и обести штетника. Према таквим починиоцима штете, наш став је с тим у вези јасан, не треба имати било каквих обзира.

Са друге стране, међутим, оне који су штету проузроковали услед обичне непажње незнајући за постојање пристанка оштећеног, иако ни они објективно нису у проузроковању штете били вођени пристанком оштећеног, него неким другим моментима и околностима, ипак треба одговорности ослободити и то, ако ни због чега другог, онда зато што између њиховог поступања и поступања потоње групе штетника постоји озбиљна, са становишта права, морала, правичности, па и духа нашег правног поретка, релевантна разлика.

Међу елементима које наше позитивно законодавство познаје ништа мање није интересантан и једини негативно постављен међу њима – непостојање изричите законске забране предузимања одређене радње, односно наношења одређене последице. Према законској формулацији, једном дат пристанак оштећеног пуноважан је и може произвести

жељено либераторно дејство за починиоца само уколико радња или последица те радње<sup>182</sup> нису изричито законом забрањене<sup>183</sup>.

И заиста, пристанак оштећеног, као акт којим се одобрава наношење штете која је, генерално, непожљена као појава са становишта правног поретка не може се односити на сва добра. Он се може односити само на она добра којима оштећени може слободно располагати. Другим речима, не може се односити на она добра чија заштита и опстанак нису од значаја само за појединца који на штету пристаје. Ако њима може слободно располагати, онда, питамо се, зашто не би могао да дозволи да та добра буду повређена. Наравно да може дати и такву, можда на први поглед необичну, дозволу.

Међутим, ако оштећени нема слободу располагања над одређеним добром зато што му изричита законска норма ту слободу ограничава, односно зато што законодавац жели да одређена добра заштити и мимо воље лица које је непосредни ималац тог добра, онда ни пристанак оштећеног не може да произведе онај ефекат који редовно производи, а то је да елиминише противправност<sup>184</sup>. Укратко, уколико је реч о таквим добрима, добрима која су од значаја за друге појединце, а нарочито ако су од значаја за читаву друштвену заједницу, пристанак оштећеног, и поред тога што задовољава све остале услове, не може произвести предвиђено правно дејство<sup>185</sup>. Оштећени тада није од стране правног поретка овлашћен да својим пристанком отклони противправност<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Одредбама ЗОО РС предвиђено је да се не може дозволити проузроковање штете радњом која је законом изричито забрањена. Ми, међутим, стојимо на становишту да се овај члан нужно мора екстензивно тумачити у смислу да се не може пристати ни на одређене врсте штете, чак и када је радња којом је штета почињена евентуално сагласна закону, уколико је наступање одређених последица изричито законом забрањено.

<sup>183</sup> Пратећи случајеве у немачкој судској пракси, Радишић шири могућност примене ове норме, па каже да пристанак неће бити пуноважан, не само уколико је радња супрота изричитој законској норми, већ и уколико је радња супротна и моралу (видети са посебним освртом на понуђени пример: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 224-225).

<sup>184</sup> Слично резонување, примера ради, видети и код: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 176; Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 137; Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 224-225; Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 126; Цигој, С.: *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 381; Цигој, С.: *Одшкотинско право*, 122.

<sup>185</sup> Наше кривично законодавство не познаје правни институт пристанка оштећеног као разлог искључења противправности, иако о њему води рачуна код одмеравања казне. Ипак, у теорији кривичног права настало

## 2. САДРЖИНА ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ

Међу дефиницијама које је изнедрила грађанскоправна теорија, а које се на пристанак оштећеног односе, својом потпуношћу издваја се дефиниција коју је понудио Ненад Ђурђевић<sup>187</sup>. Према његовом мишљењу пристанак оштећеног је :“ свесно допуштање извесном лицу да предузме одређену физичку радњу у правној свери лица које се саглашава и којом се његова добра повређују или угрожавају више него што је иначе допуштено“. Дефиниција, засигурно, садржи читав низ момената одлучујућих за правилно препознавање овог правног института, међутим у њој нема оних елемената на основу којих ће се одредити припадност ове правне појаве. Прецизније, једина озбиљнија мана ове дефиниције огледа се у непоштовању неких логичких правила дефинисања, пре свега оних која захтевају јасно одређење родног појма. Сигурни смо, ипак, да се тај недостатак лако да превазићи и да ће анализа правне природе овог правног института отклонити главне недоумице у вези с одређењем његовог родног појма.

Пре него се посветимо претходно најављеном разматрању једног тако сложеног питања као што је питање правне природе пристанка оштећеног, сматрамо да нам, ипак, као претходно ваља претрести питање садржине самог пристанка и то из два, међусобно тесно повезана, разлога. Први разлог је, да тако кажемо техничке, али и дидактичке природе. Наиме, нама се као логично чини да, након одређења предмета, уколико смо кренули у потрагу за дефиницијом једног правног института, прво одредимо његову садржину, а онда на основу одређене садржине и правну природу тог института. Други разлог везан је за систематику овог рада и логику излагања материје. Тако, верујемо да ће

---

је врло занимљиво учење, па чак и са становишта грађанског права, о потреби разликовања такозваних условних и безусловних правних добара, при чему је као критеријум за поделу узет значај који евентуално дати пристанак може имати у конкретном случају.

Детаљније о том учењу код: Радовановић, М.: *Кривично право СФРЈ, Општи део*, Београд, 1976, стр. 106 и даље; Стојановић, З.: *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 150; Чејовић, Б.: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2002, стр. 186.

<sup>186</sup> Тако: Антић, О.: *Облигационо право*, стр. 476.

<sup>187</sup> Видети: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 131.

од неких овде понуђених одговора зависити и одређење правне природе посматраног института, стога са анализом правне природе ваља сачекати.

Када оштећени да пристанак, он пристаје на штету и тиме јасно показује да, иако му држава недвосмислено на располагање ставља средства принуде над којима она има монопол, жели да „дигне руке“ од заштите својих добара. Та својеврсна незаинтересованост оштећеног за стање својих добара, или можда боље рећи одсуство намере да их заштити уз помоћ државе, не открива нам зашто оштећени жели да одустане од заштите. То се из његове намере, па чак и када је она најјасније изражена, не може видети. Делује, можда, да то са становишта правног поретка није нарочито битно, те да је изјава сама по себи довољна, а да психички моменат оштећеног није релевантан. Међутим, од суштинске важности је и правилно уочавање односа оштећеног према радњи и њеним последицама, а тај се однос најбоље види из садржине самог пристанка.

Према у теорији права, сад већ јасно профилисаном становишту, пристанак оштећеног садржи у себи два елемента – интелектуални и вољни<sup>188</sup>. Интелектуални моменат код оштећеног, открива нам тај први, видљивији, ниво његовог односа према штети која ће му бити нанета и радњи којом ће то бити учињено, јер из њега видимо да ли је и, под условом да заиста јесте, у којој мери лице које пристанак даје свесно последица датог пристанка. Једно лице, произлази даље, пристанак на штету може дати само и искључиво уколико су његови сазнајни и интелектуални капацитети такви да је он у стању да схвати значај предузете радње, то јест датог пристанка. У супротном, у ситуацији када се процени да оштећени нема тај капацитет да сагледа суштину пристанка на штету, пристанак који је дат, без обзира на то што можда задовољава све законом постављене услове, не може произвести правно дејство.

С тим у вези ваља приметити како нема готово ничег спорног у тврдњи према којој је овај елемент чинилац и то јако битан у институту пристанка оштећеног. Не само зато што пристанак оштећеног не може произвести никакво правно дејство уколико овај елемент изостане, већ и зато што он овом правном институту даје један посебан квалитет у смислу да га чини оправданим и значајно применљивијим. Уз све то, овај је елемент и

---

<sup>188</sup> Видети: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132-133.

сасвим природан састојак правног института са тако специфичним дејством, јер се, на известан начин, као његова компонента чак и подразумева.

Ово из разлога што он произлази из саме суштине пристанка оштећеног као правног института, а која се најнепосредније везује за принцип самоодређења. Будући да коришћење тог правног ексклузивитета и остваривање поменутог принципа подразумевају да онај који саопштава своју вољу и став у погледу одсуства намере заштите неких својих добара, буде потпуно или барем у већој мери свестан резултата предузете радње. „Он се, само под тим условима, може заиста самоодредити“<sup>189</sup>, у супротном, уколико то није случај, та ексклузивна могућност не постоји.

Разлог је једноставан. Природно је да онај који се на неки начин самоодређује и дефинише у односу према неком или нечем, буде свестан начина на који се одредио, па и последица тог одређења, јер ако то није случај, нема обавезе прихватања тог одређења за друге.

Међутим, ми смо то већ поменули, на неки начин чак и нагласили, да се интелектуални елемент код института пристанка оштећеног односи на сазнајне и на интелектуалне капацитете. Да, интелектуални капацитети оштећеног, то јест његова могућност или немогућност да схвати прави значај штетних последица које ће на неком његовом правно заштићеном добру настати и свог пристанка на њих, неспорно јесу битни и они заиста чине срж интелектуалног момента, па чак и читавог правног института. Ипак, да би пристанак оштећеног могао да произведе жељено правно дејство, чак и када су интелектуални капацитети оштећеног у сваком смислу те речи неспорни, потребно је да су његови сазнајни капацитети у потпуности ангажовани и искоришћени.

Дакле, да би пристанак оштећеног могао да произведе жељено дејство, оштећени би прво морао да поседује ваљане информације о типу радње којом ће штета бити проузрокована, о начину и времену на који ће бити предузета, о томе каква ће штета бити, које врсте, ког обима, али, по некима<sup>190</sup>, и какве правне последице његов пристанак изазива. На основу тих информација, затим, оштећени треба да склопи исправну слику и

---

<sup>189</sup> Видети: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132-133.

<sup>190</sup> Тако се изјашњава: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132.

да схвати прави значај, како радње којом ће штета бити проузроковна и саме штете, тако и свог пристанка на њих, па да тек на основу тако формиране слике да пуноважан пристанак на штету која ће му бити нанешена. У супротном, дакле уколико било која од ових фаза изостане из ма ког разлога, оштећени не може дати пристанак да му се проузрокује штета и на тај начин је учинити дозвољеном. Тачније, оштећени увек може дати пристанак и у томе га нико не може спречити, али тако дат пристанак неће моћи да произведе жељено дејство.

Ипак, пре него што пређемо на излагање о мање видљивом, али из правне перспективе посебно значајном, емоционалном елементу, осећамо потребу да учинимо још једну напомену у погледу досадашњег излагања о елементима од којих је пристанак оштећеног саздан. Ми смо у оквиру дела који смо посветили обради интелектуалног елемента као чиниоца садржине пристанка оштећеног разматрали сазнајне и интелектуалне капацитете оштећеног. Међутим, могли смо да у раду кренемо и нешто другачијим путем. Друга опција која се нудила, па чак и наметала пре оне за коју смо се одлучили на крају, била је да сваки од ових елемената посматрамо као засебан чинилац пристанка оштећеног. Ипак, иако ни једно ни друго није погрешно, ми се за тај пут нисмо одлучили, већ смо се одлучили да ове моменте посматрамо у оквиру јединственог чиниоца означеног као интелектуални елемент, како је то, уосталом, у нашој правној теорији уобичајено<sup>191</sup>.

Иако одређење интелектуалног елемента можемо означити као врло сложен посао, праве муке са одређењем садржине пристанка оштећеног почињу тек оног тренутка када се упустимо у анализу вољног елемента као додатног елемента и чиниоца самог пристанка. Ово из разлога што је, иако је и он везан за човеково унутрашње биће, интелектуални елемент ипак далеко ближи реалности и као такав нама правницима далеко разумљивији, него што је то случај са вољним елементом који је везан за најинтимнију сверу човека.

---

<sup>191</sup> Тако када неки аутори кажу да оштећени мора знати тачно каква ће радња и последица бити, они заправо говоре о том сазнајном моменту

Видети: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132-133.



Вољни елемент у својој бити указује на то какав је стваран став онога који на штету пристаје према штети која ће му бити проузрокована и евентуално радњи којом ће то бити учињено<sup>192</sup>. Дакле, док нам предмет и интелектуални елемент садржине пристанка оштећеног откривају на шта оштећени пристаје и колико је заиста свестан тога, дотле нам вољни елемент открива да ли су штета на коју једно лице пристаје и одређена радња којом ће штета бити проузрокована оно што то лице заиста жели.

Модерна грађанскоправна наука дуго је лутала и ломила се између два могућа приступа проблему. Наиме, правна теорија се у недоумици између Савињијеве „теорије воље“ и Колерове „теорије изјаве“, одлучила да, водећи се разлозима правне сигурности, предност ипак да потоњој концепцији која изјављену вољу претпоставља у односу на стварну у случају њиховог непоклапања, не одбацујући притом ни Савињијево гледиште, попутоно свесна тога да се у појединим случајевима, најчешће системом позитивне енумерације одређеним, води рачуна и о стварној вољи. Уколико наше истраживање заиста потврди да је пристанак оштећеног правни посао, а ми верујемо да ће наредни део рада понудити јаке доказе у прилог том ставу, то ће бити знак да вољни елемент никако не смемо сматрати безначајним. Напротив, иако тешко докучив, он је врло значајан јер може довести до тога да један пристанак оштећеног, иако тај пристанак задовољава све предметне и остале садржинске критеријуме, не буде пуноважан због несагласја између стварне и унутрашње воље, то јест због мана воље<sup>193</sup>. Међутим, иако овај елемент сматрамо за изузетно значајан, он је у односу на све раније поменуте елементе ипак мање значајан будући да се о њему не води рачуна увек, већ само уколико је у судском поступку истакнут приговор мана воље, стога ћемо га за потребе овог рада означити као потенцијални елемент садржине пристанка оштећеног.

У вези са вољним елементом, и поред учињених бројних напора у теорији права да се он, као правницима далек и тешко разумљив, приближи и учини лакшим за разумевање, пре свега онима који се у пракси баве овим проблемима, верујемо да је потребно учинити и још један додатни напор и, уз сва постојећа позитивна одређења овог елемента, понудити и његово негативно одређење, то јест указати на разлику између вољног

<sup>192</sup> У том смислу: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132.

<sup>193</sup> У том смислу посебно обратити пажњу на ЗОО РС и чланове 111-120.

елемента и мотива. Иако се може учинити да то није нарочито значајно, верујемо да ова два момента никако не бисмо требали поистовећивати већ да бисмо их, штавише, требали врло прецизно разликовати.

Наиме, вољни елемент садржине пристака оштећеног показује да ли и у којој мери онај који на штету пристаје заиста жели да му штета буде проузрокована, а мотиви нам показују зашто он то жели. Но, иако се чини да је овим демаркациона линија јасно повучена, ова два момента у пракси никада није могуће у потпуности одвојити. Ипак, услед обејктивне немогућности утврђивања стварне воље онога који даје пристанак, мотиви могу уз, наравно, и друге приложене доказе, бити значајан показатељ судији да је у тренутку давања пристака постојала озбиљна несагласност између стварне и изјављене воље. То је разлог, заправо један од разлога зашто се ми не можемо сложити са делом правне теорије који мотиве због којих једно лице на штету пристаје сматрају небитним<sup>194</sup>. Уз низ других, условно речено мање битних разлога, ми ћемо нагласак ставити на један који нам се чини посебно значајним. Међутим, тај други разлог постаће јаснији када у наставку објаснимо зашто ми пристанак оштећеног сматрамо правним послом, опет условно речено, доброчиног карактера.

---

<sup>194</sup> Видети став о значају мотива код: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 132.

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРИСТАКА ОШТЕЋЕНОГ

Законодавац се с тим у вези не изјашњава, то се од њега ни не очекује, но уобичајено је у теорији права да се правни институт пристанка оштећеног сматра једним од разлога искључења противправности. Овакво резонување правне теорије, иако се не темељи на изричитом ставу законодавца, заиста уважава сва логичка правила. Тако, према ставу већег дела правне теорије, пристанак оштећеног не мења ништа у томе да је штета фактички проузрокована и штета као факт остаје<sup>195</sup>. Пристанак оштећеног чини да се једна, генерално недозвољена радња и последица, претворе у дозвољене, будући да, начелно барем, правна теорија сматра да нема никакве сврхе пружати правну заштиту субјектима који се те заштите сами унапред одричу<sup>196</sup>. Ако имаоцима правних добара та заштита није потребна, тим пре што се саглашавају, па каткад и инсистирају изричито на њиховој повреди, нема потребе ни радњу ни последице те радње сматрати противним праву. Међутим, иако овај став сматрамо у потпуности исправним, тим пре што се темељи на јасној логици, ЗОО РС регулишући пристанак оштећеног, по нашем мишљењу, као да доводи у питање такво одређење правне природе овог института.

У другом ставу 163. члана ЗОО РС законодавац прописује санкцију за изјаву оштећеника којом он пристаје да му се учини штета радњом која је законом изричито забрањена, наводећи изричито, дакле без остављања места другачијим тумачењима, да је таква изјава ништава. То би могло, на први поглед да изгледа као својеврсни правни плеоназам, јер ако је радња изричито законом забрањена, онда она је противправна, а ако је изјава којом се на такву радњу пристаје лишена било каквог правног дејства, онда она, по природи ствари, нема ни ту моћ да искључи противправност. Поједностављено, ако изјава којом се даје пристанак у старту нема могућност да једну законом забрањену радњу или последицу учини правно дозвољеном, онда пристанак оштећеног није нити може бити сматран за разлог искључења противправности.

Међутим, правилно разумевање односа између грађанскоправног појма противправности и противправности у општем значењу, испоставило се, од суштинске је

<sup>195</sup> Тако: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 131.

<sup>196</sup> Тако: Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности за штету*, стр. 125-126.

важности и у делу у којем анализирамо правну природу пристанка оштећеног. Наиме, када се противправност у грађанском праву не би схватала далеко шире него у другим гранама права и када не би излазила толико ван граница које јој противправност у општем значењу поставља као шира појава, закључак би био да пристанак оштећеног није разлог искључења притивправности и да он, даље, нема никакву функцију у правном поретку. Пристанак оштећеног тада био би типичан пример онога што смо назвали правним плеоназмом. Но, како појам противправности у грађанскоправном смислу излази прилично ван граница појма противправности у општем смислу, није погрешно институт пристанка оштећеног означити као један од разлога искључења противправности.

Да појаснимо, пристанак оштећеног, нема ту могућност да учини дозвољеним понашање и штетну последицу тог понашања уколико су они забрањени законском нормом. Такво понашање и последица остају противправни без обзира на постојање пристанка. Међутим, пошто се противправност у грађанскоправном смислу односи и на кршење неких норми неправног карактера, пристанак оштећеног може учинити да понашања и последице које су супротне тим нормама постану сагласне праву. Прецизније, ако су радња или последица те радње забрањени неком правном нормом нижом од закона или неком нормом неправног карактера, а та норма има за циљ да спречи настанак штете, пристанак на ту радњу или последицу је разлог искључења противправности.

Можемо се, наравно, у вези с изнетим размишљањем запитати да ли та немогућност пристанка оштећеног да неутралише противправност уколико се она односи на законске норме доводи у питање одређење пристанка оштећеног као разлога искључења противправности. Ми сматрамо да не и то са врло једноставним образложењем. Будући да су поменуте норме далеко бројније од законских, није погрешно пристанак оштећеног означити разлогом искључења противправности.

Анализа правне природе пристанка оштећеног, међутим, не завршава се сврставањем овог правног института међу разлоге искључења противправности. То јесте за наш рад најзначајније одређење, међутим из њега се не види сва суштина овог правног института. Вишеслојна природа овог правног института од нас просто захтева да ту не станемо и да у наредном кораку дефинишемо и то како се изјава оштећеног као одлучујућа чињеница у овом правном институту одређује. Наш задатак је да, другим речима, одредимо да ли се на изјаву оштећеног примењују општа правила о правним

пословима или не и, под условом да утврдимо да се примењују и на ову изјаву, да ли се она примењују у потпуности или у том смислу постоје неки изузеци.

У теорији грађанског права, сада већ традиционално, прави се разлика између три велике групе правних чињеница – догађаја као чињеница независних од човека и његовог деловања, људских радњи које у потпуности зависе од човека, његове воље и деловања и правних претпоставки и фикција, које заправо имају за задатак да непотпуно чињенично стање, када за тим постоји потреба, употпуне. Место изјаве о престанку на штету и евентуално одређену радњу не би, према овој трипартитној подели барем, требало да буде спорно.

Изјава оштећеног је људска радња. Уколико желимо да будемо прецизнији, обзиром да се људске радње грубо деле даље на оне које су дозвољене и оне које то нису, изјава оштећеног била би дозвољена људска радња. Но, будући да законодавац не дозвољава престанак на радњу, па ни на штету, која је законом забрањена изричито, можемо рећи да је изјава којом се даје престанак на штету ипак тек условно дозвољена људска радња.

Ми, међутим, не инсистирамо на увођењу овог додатка „условно“. Просто, изјава којом се даје престанак на штету је, уколико не пркоси изричитој законској норми, дозвољена радња, а ако пркоси, онда је према слову ЗОО РС ништава, што значи да она не производи практично никакво правно дејство. То даље значи да она тада, у најужем смислу те речи, уопште ни не фигурира као једна од правних чињеница. То, дакле, значи да престанак оштећеног ипак пре спада у подкатегорију људских радњи које су са становишта правног поретка дозвољене.

Након поделе на дозвољене и недозвољене људске радње, грађанскоправна теорија прави даље поделу међу дозвољеним правним радњама на такозване вољне радње, односно правне послове, и радње које су сагласне праву. Пристанком на штету, а каткад и на радњу којом ће штета бити проузрокована, оштећени даје изјаву која чини да се једна радња и њена последица, а које генерално нису дозвољене са становишта права, претварају у дозвољене. Његова изјава је, заправо, израз његове воље и она је усмерена управо на тај циљ – елиминисање противправности. То значи да она, према у теорији грађанског права испрофилисаној класификацији, не може бити ништа друго до правни посао.

Да наше схватање о пристанку оштећеног као једном, иначе по много чему специфичном правном послу, није просто теоријска конструкција, већ да овакво резонување има и законског основа, истина посредног, потврђује упоређење чланова ЗОО РС који се на пристанак оштећеног односе са одредбама које се односе на ништавост правних послова. Наиме, ЗОО РС у другом ставу 163. члана оглашава ништавом изјаву оштећеника којом он пристаје на то да му се штета учини уколико је радња, а ми ћемо у складу са претходним излагањем додати и штета, словом закона изричито забрањена. Како су радња и штета предмет пристанка оштећеног, произлази да законодавац сматра ништавом изјаву оштећеног која са становишта закона има недопуштен предмет.

Чини се да из понуђене перспективе више није тешко уочити везу коју имамо у виду када говоримо о односу између пристанка оштећеног и правних послова. Законодавац, оглашава за ништаве оне уговоре<sup>197</sup>, али и све остале правне послове<sup>198</sup>, уколико имају недопуштен предмет. Како исто то ради и у делу где уређује пристанак оштећеног, закључак је да овај правни институт заиста можемо посматрати као подврсту правних послова и то чак и са становишта нашег позитивног права. Наравно, нагласићемо још једном да је веза коју овде уочавамо ипак само посредна, јер законодавац готово засигурно приликом формулације ових одредби није имао изричиту намеру да на овај начин пристанак оштећеног одреди као правни посао. Са друге стране, међутим, извесно је да је управо то учинио предвиђајући идентичну санкцију за све изјаве које су у супротности са словом закона.

Будући да је правна теорија временом изградила читав низ критеријума за класификацију правних послова, неопходно је испитати и какав је то правни посао. То је, одмах ћемо то нагласити, једнострани правни посао и то због тога што се у потпуности базира на изјави воље само једног учесника правног посла – оштећеног. Да би овај правни институт произвео правно дејство сасвим је довољна изјава оштећеног, док се у ту сврху не тражи никаква сагласност онога који штету треба да проузрокује.

Класификација, то јест подела, јер није реч о класификацији у најужем смислу те речи, на једностране и двостране правне послове није неспорна. Њој се може понешто и приговорити. Ипак, држаћемо се подаље од теоријских расправа с тим у вези, јер

---

<sup>197</sup> Видети: ЗОО РС чл. 47 и 103.

<sup>198</sup> Видети: ЗОО РС чл. 25, ст. 3.

савремена правна теорија начелно прихвата ову поделу сматрајући приговоре који јој се могу упутити занемарљивим. Међутим, у теорији грађанског права сматра се да је, и поред тога што је воља једног субјекта довољна за настанак ове врсте правних послова, за његову реализацију потребна сагласност другог учесника<sup>199</sup>.

Резоновање према којем је за реализацију једностраних правних послова ипак потребно својеврсно учешће и друге стране у виду какве изјаве или физичке радње, сматрамо, не доводи у питање наше одређење пристанка оштећеног као једностраног правног посла. Једноставно, пристанак оштећеног уопште није изузетак од поменутог правила да се за реализацију сврхе института у конкретном случају тражи и извесна, можда не сагласност у правом смислу те речи, али свакако активност и друге стране. Пристанак оштећеног у конкретном случају, уколико прихватимо идеју да је реч о једностраном правном послу, не би имао никаквог нарочитог смисла, тим пре што законодавац инсистира да пристанак буде дат претходно, уколико штета заиста не настане. Ако штета није настала, онда нема ни онога што је недозвољено са становишта права, а што пристанак оштећеног треба да учини дозвољеним. Дакле, могуће је у том контексту резоновати да је и за реализацију пристанка оштећеног као једностраног правног посла потребна активност друге стране, у овом случају у виду физичке радње која има за последицу наношење штете.

У светлу једног од понуђених критеријума класификације, тачније у светлу могућности или немогућности једне воље да створи правни посао, већ смо размотрили пристанак оштећеног и дошли смо до закључка да је то једностран правни посао. Будући једностран правни посао, а судећи према опсервацији Обрена Станковића, могло би се закључити да је овај правни посао уједно и апстрактан<sup>200</sup>, но ми се нећемо сложити са овим схватањем и то из једноставног разлога.

По нама, наиме, нема ничег скривеног у циљу због којег оштећени даје пристанак. Напротив, тај је циљ веома видљив, стога нема основа да овај правни посао аутоматски огласимо за апстрактан само због тога што настаје на основу једностране изјаве воље. Из те перспективе бисмо овај правни посао пре могли означити као каузалан.

---

<sup>199</sup> О томе детаљније видети: Куштримовић, Ковачевић, Р – Лазвић, М.: *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008, стр. 239.

<sup>200</sup> Станковић, О., Водинелић, В. В.: *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004, стр. 166.

Међутим, иако сматрамо да кауза проистиче из саме суштине пристанка оштећеног и да је због тога потпуно видљива, тиме нисмо коначно решили место пристанка оштећеног међу каузалним правним пословима, јер се кауза овог посла, по неком нашем мишљењу, никако не уклапа ни у један познат облик каузе. Тако, уколико се упустимо у истраживање врсте каузе, утврдићемо да код пристанка оштећеног није у питању нити *causa credendi*, нити *causa acquirendi*, па ни *causa donandi*. Најближа суштини донекле јесте *causa liberalis*.

Ипак, кажемо донекле јер ни она није у стању да објасни на прави начин зашто једно лице даје пристанак. Изјава има ослобађајуће дејство, али рекли смо пре да оштећени уопште не мора нити да зна нити да жели да својом изјавом воље неког ослободи одговорности. Он може просто да жели да му се нанесе штета, без икаквог знања и размишљања о крајњем ефекту тог потеза. И управо тај покушај типизирања циљева због којих се један посао склапа, односно покушај њиховог свођења на свега пар типова, генерално је једна од великих мањкавости каузе као правног института, која код пристанка оштећеног долази до пуног изражаја. Ипак, због видљивости каузе, без обзира на немогућност подвођења каузе пристанка оштећеног под неки од познатих видова каузе, пре ћемо се одлучити да овај правни посао сматрамо каузалним, него апстрактним.

Уколико као критеријум за класификацију правних послова узмемо присуство захтева законодавца за постојањем каквог реалног акта од којег зависи настанак, опстанак, па и реализација правног посла, добићемо поделу на консенсуалне и реалне правне послове. Без залажења у бројне контроверзе које око ове поделе постоје, констатоваћемо кратко да је пристанак оштећеног суштински консенсуални правни посао. Изјаве воље су све што је за његов настанак потребно. То што је за његову реализацију ипак потребан реалан акт друге стране и то у виду наношења штете, не мења ништа у нашем одређењу пристанка оштећеног као консенсуалног правног посла.

Следећа подела која има, како нам се чини, и теоријски и практични значај, јесте подела правних послова на теретне и добротине. Критеријум за ову поделу, начелно, налазимо у постојању, односно непостојању накнаде за оно што се од друге стране добија. Како је иманентна карактеристика пристанка оштећеног као правног посла у непостојању било каквог давања, било са једне, било са друге стране, мораћемо да се водимо другом логиком уколико желимо да испитамо његов карактер.



Наиме, ако се сложимо око тога да је овај правни посао једностран, из тога једино може проizaћи да је он уједно и правни посао добродиног карактера. Истина, онај који даје изјаву о пристанку том изјавом не жели, барем у најужем значењу те речи, да учини било шта бесплатно другој страни. Ипак, пошто овај субјект својим пристанком на штету, па некад чак и њеним захтевањем, под условом да се стекну све законом описане чињенице, чини да штетник буде изузет од одговорности и лишен било каквих издатака у смислу репарације штете, овај посао је доиста много ближи добродиним него теретним правним пословима.

То је, такође, значајно уколико са становишта поделе правних послова на апстрактне и на каузалне изнова размотримо ситуацију. Већ смо се изјаснили као присталице идеје да је пристанак оштећеног ипак пре каузални, него апстрактни правни посао. Тада, међутим, нисмо били у стању да уочимо који то тачно облик каузе постоји код овог правног посла, а то је битно одредити уколико већ каузу сматрамо видљивом из саме бити института.

Одређење каузе, наравно, не представља никакав проблем код правних послова који се сматрају више или мање стандардним, јер су типови каузе и рађени према њима. Ти правни послови увек се лако дају подвести под неки од познатих облика каузе. Проблем, међутим, настаје у оном тренутку када нам кроз каузу ваља уважити специфичности неког правног посла, попут пристанка оштећеног у нашем случају. Тада, иако један правни посао сматрамо за каузалан, нисмо у стању да спознамо врсту каузе.

Заправо, каузу је, то видимо из поделе правних послова на теретне и добродине, могуће одредити, али се у сврху њеног одређења морамо послужити неким необичним, па чак и помало натегнутим правнотеорисјким конструкцијама. Но, иако је доиста реч о помало несигурној правној конструкцији, она је у бити врло једноставна. Уколико смо пристанак оштећеног одредили као добродини правни посао, произлази да овом правном послу одговара највише *causa donandi*.

Међутим, зарад потпунијег одређења пристанка оштећеног као правног посла, треба посегнути за каузом за коју се може рећи да јој је *causa donandi* сродна. Поменутој каузи најближа је *causa liberalis*. Ми њу, заправо, сматрамо подврстом *causa donandi*. Уколико је наше размишљање исправно, а чини се да нема нарочитих аргумената којима би се могло оспорити, произлази да *causa liberalis*, иако није савршена, највише одговара

потребама проучавања пристанка оштећеног из угла правног посла. Наше изјашњење тим поводом је и у пређашњем делу рада било идентично, мада је било базирано на другачијим аргументима. Како имамо два иста закључка, иако аргументи апсолутно нису најсјајнији и необориви, у недостатку доказа за исправност било којег другог виђења, можемо као коначно закључити да је пристанак оштећеног каузални правни посао којем одговора *causa liberalis*.

Прва подела, подела на апстрактне и каузалне правне послове, свесни смо тога, није неспорна, а уз то питање је колико је и потребна, барем онда када говоримо о пристанку оштећеног. Међутим, друга подела, подела правних послова на добротине и теретне, тачније наше сврставање пристанка оштећеног међу добротине правне послове, од много је већег значаја. Како смо рекли, изјашњавање с тим у вези је, према нашем мишљењу, како од теоријског, тако и од практичног значаја, јер и сама подела на добротине и теретне правне послове има огроман правни значај, пре свега практични.

Неколико је значајних последица одређења пристанка оштећеног као добротиног правног посла. Из његове лукративне природе произлази да ће за овај правни посао, начелно, важити унеколико строжија правила која се тичу форме у коју мора бити заоденут. Произлази, такође, и то да се овакав посао лакше може раскинути. Но, верујемо најзначајније је то што ће се значај мотива одлучујућих за давање пристанка у конкретним ситуацијама далеко строжије ценити уколико пристанак оштећеног посматрамо као добротин правни посао. У том случају ће бити могуће, сагласно члану 62. ЗОО РС, а у вези за његовим 61. чланом, лишити правног дејства овај правни посао због заблуде о мотиву (*error in motivo*) јер се код добротиних правних послова заблуда о мотиву сматра битном. Ипак, иако и даље тврдимо да је пристанак оштећеног по природи далеко ближи добротиним него теретним правним пословима, таквим одређењем упадамо у један „зачарани круг“.

Размотримо, тако, једну хипотетички могућу ситуацију. Наиме, претпоставимо да оштећени истиче приговор рушљивости због заблуде о мотиву и да на основу тога захтева поништај изјаве којом је на штету и штетну радњу пристао. Претпоставимо, даље, за потребе нашег експеримента да он са тим захтевом и успе. Уколико правни посао буде поништен, односно уколико изјава о пристанку буде лишена правног дејства, друга страна, у овом случају штетник, сходно одредбама ЗОО РС може да захтева надокнаду

штете коју трпи због поништења посла, али ту се поставља питање колика је штета коју лице које је штету починило трпи због поништења правног посла.

Она је, тако нама изгледа, у најмању руку једнака штети која је лицу које је пристанак дало нанета. Једноставно, да је лице које је пристанак дало правилно проценило ситуацију, оно тај пристанак не би дало, те се лице које је штету нанело, врло вероватно, не би одлучило да штету нанесе. Оно се најчешће одлучи да штету нанесе управо због тога што је лице којем је штета нанета пристало на њу. Штетник с правом верује да његова одговорност не долази у обзир. У супротном, уколико би знао за премишљање оштећеног, мало је вероватно да би штету заиста и нанео. Дакле, штета коју онај који је штету нанео трпи услед поништаја правног посла једнака је износу који је дужан да надокнади на име штете на коју првобитно оштећени пристао, јер је то штета коју би он требао да надокнади оштећеном, због погрешне процене оштећеног.

Читаво претходно излагање, заправо, своди се на једно једино питање – да ли би, имајући све поменуто у виду, било логичније и више у складу са осећајем за правичност терет штете свалити на лице које је погрешно проценило неке битне околности или на терет лица које је веровало у правилну процену оштећеног и његов чврст пристанак на штету. Наш осећај и за логику и за правичност наводи нас на само један закључак, а то је да терет те штете мора сносити онај који је дао пристанак, па га поништио. Зашто? Као последицу његовог „премишљања“ имамо ситуацију у којој лице које је штету починило треба ту штету да надокнади, иако је штету учинило уз благослов или чак на инсистирање оштећеног. Притом и то лице које је штету нанело има право да на име штете коју оно трпи због поништења посла захтева барем једнак износ штете.

Обзиром да су оба захтева очигледно основана, нема ничег логичнијег него да се потраживања обе стране пребију, па чак и ако је штета нанета намерно и ако је оштећено здравље оног ко је пристанак дао, дакле, и кад је то пребијање можда супротно члану 341. ЗОО РС. Ако се ове две тражбине потиру, то даље значи да лице које је штету нанело уз пристанак нити шта губи нити шта добија. Његов имовинскоправни положај је исти као пре проузроковања штете и то је оно што је суштински најбитније – да се штетник не доведе у лошију ситуацију од оне у којој се налазио пре проузроковања штете вођеног пристанком оштећеног. Са друге стране, лице које је пристанак дало мораће да сноси терет штете која му је нанета уз његов благослов, али и судске трошкове везане за

поништење правног посла. Његова имовинскоправна ситуација је далеко лошија него пре настанка штете, међутим то погоршање је, заправо, својеврсна санкција за премишљање оштећеног. Та санкција, наравно, остварује и превентивну функцију, јер спречава будуће олако давање пристанка. И заиста, овакво решење, сигурни смо у то, некако највише одговара захтеву правног поретка за правичношћу.

Бавећи се правним пословима из угла одређености права и обавеза које из тог посла проистичу, али и из угла одређености правног положаја учесника правног посла, у теорији права говори се о комутативним и алеаторним правним пословима. За комутативне правне послове каже да се код њих унапред зна ко, коме, шта и колико дугује, односно, за разлику од алеаторних правних послова код којих то није случај, унапред се зна тачно какав правни положај имају лица која у послу учествују и каква права и обавезе из тог положаја проистичу.

Специфична суштина пристанка оштећеног не дозвољава нам да кажемо да се код овог правног посла тачно зна ко коме и колико дугује. Међутим, иако се чини да у њему нема дуга у оном уобичајеном смислу те речи, на страни онога ко даје пристанак настаје јасна обавеза која се састоји у нечињењу, пропуштању, односно трпљењу. Такође, будући да ми инсистирамо на томе да пристанак мора бити крајње прецизан у погледу лица којем се дозвољава да нанесе штету, обима и врсте штете, те начина на који ће штета бити проузрокована, произлази да је овај правни посао пре комутативног, него алеаторног карактера, иако се комутативни правни послови одређују као подврста теретних правних послова<sup>201</sup>, што пристанак оштећеног, према претходном излагању, није.

Већ смо рекли како онај који даје пристанак мора бити врло прецизан у погледу тога коме дозвољава да му штету проузрокује. Ово из разлога што сматрамо да је, по правилу, онај који пристанак даје врло заинтересован да му штету проузрокује тачно одређено лице и при одређеним околностима, дакле не било ко и било када. Уколико је наша претпоставка тачна, закључак је да је пристанак оштећеног правни посао личног карактера, мада је с тим у вези, ипак, потребно додатно прецизирање.

Онај ко пристаје на штету каткад није у прилици да поименично одреди ко је лице којем дозвољава да му штету нанесе, већ жели да дозволи да му штета буде нанета од стране људи са одређеним, да тако кажемо, квалитетима. Ситуација је, примера ради,

---

<sup>201</sup> Тако: Куштримовић, Ковачевић, Р – Лазић, М.: *Увод у грађанско право*, стр. 244.

нарочито карактеристична за пристанак на медицинску интервенцију. Пацијент, саглашавајући се са тим да му се, на пример, хируршком или каквом другом „агресивном“ методом, компромитује телесни интегритет, не мора да одреди именом којем лекару такав захват дозвољава, то најчешће није ни у прилици да учини, већ дозвољава да интервенцију изведе било који од лекара који за то има одговарајући степен стручности.

Дакле, за пуноважност пристанка оштећеног, пожељно је, мада не и неопходно, поименично одређење лица којем се дозвољава да му штету нанесе. У оним ситуацијама када лице које пристанак даје није у прилици да до те мере прецизира на коју се особу пристанак односи, довољно је да су познати неки објективни критеријуми по којима се може одредити да ли се пристанак односи и на ту особу. С тим у вези, ми сматрамо да лични карактер пристанка оштећеног није тиме угрожен ни на који начин, јер се пристанак и даље не односи на било кога, већ на једну махом врло уску групу људи, што даље значи да је овај правни посао много ближи правним пословима личног, него пословима неличног карактера, са свим последицама које из таквог одређења произлазе.

Најзад, ово излагање о месту пристанка оштећеног у различитим класификационим системима правних послова завршићемо кратком констатацијом да је, поред свега реченог, реч о самосталном правном послу *inter vivos*, обзиром да овај правни посао, то јест његово дејство не зависе од пуноважности и реализације неког другог правног посла и због тога што дејство овог правног посла треба наступити за живота учесника овог посла, пре свега даваоца пристанка, а каткад, кад је он поименично одређен, и за живота онога којем је дозвола за проузроковање штете дата. Намерно ћемо изоставити одређење овог правног посла као формалног или неформалног из разлога што, иако инсистирамо на строжијој примени правила о форми у погледу изјаве којом се пристанак даје, свесни разноврсности случајева у којима као једна од чињеница фигурира пристанак оштећеног, не можемо рећи да је овај правни посао увек и безусловно формалног карактера.

Из досадашњег рада произлази да пристанак оштећеног можемо дефинисати као једнострану, каузалну, консенсуалну, добротину, комутативну правну посао личног карактера, који је управљен *inter vivos*, а у којем онај на чијој се изјави воље он темељи пристаје на то да му буде нанета одређена штета, каткад од стране тачно одређеног лица и на тачно одређен начин, чинећи тако да једна, иначе са становишта грађанског права

недозвољена последица или радња, постане у том конкретном случају, али само у том случају, дакле не и генерално, допуштена.

## 4. ОДНОС ПРИСТАНКА ОШТЕЋЕНОГ СА СЛИЧНИМ ПРАВНИМ ИНСТИТУТИМА

Потребу правилног уочавања сличности, а нарочито разлика које постоје између међусобно повезаних правних института, већ смо нагласили. Утврђивање сличности и разлика кроз компарацију неопходно је, са теоријског становишта, ради налажења родног појма и правилне класификације правних института на основу тога. Са практичног становишта, оваква анализа неопходна је ради уочавања евентуалне могућности попуњавања правних празнина кроз аналогну примену норми које се односе на институт у односу на који вршимо компарацију.

У раду смо у неколико наврата већ практиковали такав приступ. Да наставимо истом маниру неопходно је тим пре уколико имамо у виду број института у односу на које би нам ваљало извршити компарацију. Свесни либераторног дејства пристанка оштећеног, покушаћемо да расветлимо његов однос са оним правним институтима који имају исто или слично правно дејство, пре свих са опроштајем дуга (енгл. *renunciatory*, нем. *Entsagung*), а затим и са кривицом оштећеног, поступањем на сопствени ризик и коначно са клаузулама о искључењу одговорности.

### 4.1. Пристанак оштећеног и опроштај дуга

Ималац субјективног права, обзиром да је субјективно право установљено првенствено, иако не и искључиво, у његовом интересу, начелно има могућност да се свог субјективног права одрекне, да одустане од његовог коришћења, његове заштите, и да га на тај начин, једном речју, напусти. Ова могућност је код облигационих права због њиховог релативног карактера, за разлику од оних субјективних права која делују *erga omnes*, у извесном смислу ипак морала бити ограничена. Како у облигационом односу наспрам повериоца стоји тачно одређено лице, једно или више њих, воља повериоца може бити ограничена вољом тог другог субјекта, односно субјектата уколико их има више.

Дакле, иако је субјективно право, неспорно, примарно установљено у интересу повериоца, уколико оно проистиче из каквог облигационог односа мора се водити рачуна

и о интересима, па и неким субјективним моментима који постоје на страни другог субјекта. Потребно је, наиме, да се, уколико поверилац жели да се свог права из неког, било ког, разлога одрекне, пасивни субјект облигационог односа са тим одрицањем сагласи. Другим речима, да би одрицање од субјективног права могло да произведе жељено дејство, потребан је својеврсни споразум о опроштају дуга<sup>202</sup> који би био склопљен између дотадашњих учесника облигационог односа.

Изнето размишљање и на њему засновано становиште – становиште иначе одавно познато и јасно профилисано у правној теорији – прихватио је и наш ЗОО РС. Тако је у рубруму под називом „отпуштање дуга“ дата повериоцу могућност одрицања од свог облигационог права, али се та могућност одрицања изричито условљава, између осталог, и сагласношћу друге стране, мада, то за наставак рада може бити посебно битно, не и нарочитом формом за њихов споразум о одрицању<sup>203</sup>.

Наравно, на овом се месту морамо осврнути и на оне који у правној теорији резонују нешто другачије у односу на нас, па и законодавца. Треба тако знати да итекако има и оних теоретичара права који негирају потребу за сагласношћу дужника<sup>204</sup>. Ови теоретичари најчешће су вођени мишљу да, иако могу постојати морални разлози за то, нема неког нарочитог правног разлога због којег би дужник инсистирао на испуњењу. Такође, каже се и то да не постоји никакав правни разлог због којег би требало изаћи у сусрет таквом инсистирању дужника. Логика на којој је овај став заснован, врло је јасна,

---

<sup>202</sup> Под утицајем Радомира Лукића и његовог дела које има ванвременски значај у којем он инсистира да је се појам уговор користи за означавање оних сагласних изјава воље које су и поред сагласности усмерене на остваривање различитих циљева, а појам споразум за означавање оних сагласних изјава воље које су усмерене на остваривање истог циља, сагласност воља о отпуста дуга између повериоца и дужника нисмо означили као уговор, како је то и уобичајено у нашој правној теорији, већ као споразум, обзиром да дужник и поверилац, саглашавајући се о отпуста дуга, претендују да остваре идентичан циљ – отпуст дуга и ослобођење дужника. Интересанто, и наш ЗОО РС употребљава израз споразум у овом случају, мада је мало вероватно да то чини из истог разлога.

<sup>203</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 344, ст. 1 и 2.

<sup>204</sup> Тако: Вуковић, М.: *Обвезно право*, стр. 140.



али по нашем мишљењу преовлађују ипак разлози који став који је у ЗОО РС инкорпориран оправдавају<sup>205</sup>.

Видели смо да се отпуст дуга, иако је у бити реч о својеврсном споразуму, не мора нужно односити само на она грађанска субјективна права која проистичу из уговорне облигације. Овај се правни институт подједнако успешно може применити и у оним ситуацијама када је неко субјективно право настало из облигације неуговорног карактера, а то је за нас и наше истраживање посебно битно, јер наше је интересовање ипак конкретно усмерено на проузроковање штете као извор облигације.

Дакле, дуг који је из факта проузроковања штете настао може се опростити. У том смислу нема никаквих правних препрека. Када оштећени као поверилац да изјаву којом опрашта дуг настао из факта проузроковања штете, онај који је штету нанео, то јест онај који за њу одговара, под условом да се са опроштајем дуга сагласио, неће бити дужан да проузроковану штету надокнади, јер онај који штету трпи одустаје од захтевања надокнаде за исту.

Пристанак оштећеног производи идентичан крајњи ефекат. И код пристанка оштећеног и код опроштаја дуга као крајњи ефекат имамо одустајање оштећеног од захтева за надокнаду проузроковане штете. Међутим, међу овим институтима, и поред неспорне сличности, постоје врло значајне суштинске разлике. Без претензије да их све обухватимо, указаћемо на најзначајније међу њима.

Прва значајна разлика исказана је у изричито постављеном захтеву законодавца да се код опроштаја дуга са опроштајем сагласи и друга страна, у овом случају штетник. Дакле, да би онај крајњи ефекат могао да буде постигнут, није довољна само изјава оштећеног о опроштају дуга, већ је неопходна и сагласност друге стране. Тог захтева, са друге стране, то јест код пристанка оштећеног нема. Тог захтева нема нити у ЗОО РС, нити у правној теорији, нити такав захтев произлази из суштине разматраног правног института. Такав захтев, значи, није постављен нити изричито, нити индиректно, што даље значи да пристанак оштећеног крајњи либераторни ефекат производи без обзира на то да ли се са тиме саглашава штетник или не. Штавише, он тај ефекат производи и кад се штетник томе изричито противи, па чак и онда када штетник уопште не зна за то да је

---

<sup>205</sup> О разлозима због којих се тражи сагласност дужника за опроштај дуга детаљније видети код: Станковић, В.: *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 753.

пристанак дат. Резимирајмо, иако производе исти крајњи ефекат, пристанак оштећеног и опроштај дуга, не производе га под идентичним условима, јер је за остваривање тог ефекта код потоњег института неопходна сагласност друге стране, која није потребна за остваривање истог тог ефекта кроз пристанак оштећеног.

Друга разлика тиче се временског тренутка у којем се оштећени изјашњава у погледу основног субјективног права које произлази из факта проузроковања штете. Наиме, код престанка оштећеног потребно је да изјава о престанку буде дата пре него што је штета проузрокована или евентуално, како то неки аутори с разлогом кажу<sup>206</sup>, најдоцније у самом моменту започињања штетне радње, али у сваком случају пре него што је штета дефинитивно настала. Код опроштаја дуга, међутим, ситуација је потпуно другачија. Оштећени може опростити дуг који је проузроковањем штете настао само и искључиво онда када је штета као последица дефинитивно настала и то из разлога што правни институт опроштаја дуга, по природи ствари, захтева претходно постојање тог дуга, па самим тим и штете. Уколико ње нема, није ни могуће опростити дуг који се за њен настанак везује. Из те разлике, чини нам се, као исправан закључак произлази да се од захтева за надокнаду штете, у начелу барем, може у било ком тренутку одустати – како пре, тако и после настанка штете, али под нешто другачијим условима.

Из тога даље произлази да описану разлику не морамо посматрати нужно као линију раздвајања ова два правна института. Њу је могуће и на другачији начин посматрати – могуће је посматрати је и као спону између њих. Наиме, када оштећени пристане на штету накнадно, дакле након њеног настанка, а под условом да се штетник са тиме сагласи, изјава којом је дат пристанак може се сматрати опроштајем дуга према правилу *falsa demonstratio non nocet*. У таквим се ситуацијама врши конверзија, то јест претварање једне правне радње која у конкретном случају не може произвести правни ефекат из неког разлога у другу која је подесна да исти ефекат произведе. Овим чином једна закаснела изјава воље бива заоденута у рухо друге која се у датом тренутку може изјавити, а која у суштини производи исти крајњи правни ефекат, али и то под условом да се сходно околностима случаја разумно може претпоставити да би лице које ту изјаву даје, у нашем случају оштећени, дало изјаву о опроштају дуга, а не изјаву о престанку на

<sup>206</sup> Тако: Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, стр. 135.

штету, да је знало какав оне правни ефекат имају и који се услови за њихово давање према слову закона захтевају<sup>207</sup>.

Као последњу, али теоретски вероватно најважнију, издвојићемо једну разлику која произлази из правне природе пристанка оштећеног. Пристанак оштећеног је један од разлога искључења противправности у грађанском праву. То значи да једном када је дат, уколико су и остали законом предвиђени услови испуњени, пристанак оштећеног чини да, иначе недозвољена радња и последица, постану правно дозвољене. С друге стране, опроштај дуга који је настао као последица проузроковања штете нема то дејство. Опроштај дуга, иако производи исти крајњи ефекат као и пристанак оштећеног, нема ту моћ да радњу и последицу које нису дозвољене са становишта грађанског права учини дозвољеним, већ ове радње и из њих произашле последице остају противправне и након датог опроштаја<sup>208</sup>. Дакле, опроштај дуга ни под којим условима не можемо сматрати једним од разлога искључења противправности у грађанском праву.

#### 4.2. Пристанак оштећеног и однос овог правног института са поступањем на сопствени ризик и кривицом оштећеног

Разликовање пристанка оштећеног од опроштаја дуга, иако овом питању у домаћој теорији права дефинитивно није посвећена довољна пажња, у пракси, верујемо, није нарочито проблематично. Но, кроз истраживање које је раду претходило, стекли смо утисак да ни у теорији права ни у судској пракси никада пристанак оштећеног није до краја и на исправан начин раздвојен од једног, по много чему сличног правног института –

<sup>207</sup> Подршку оваквог резонавања, истина без изјашњавања о томе у који би институт пристанак тада био конвертован, налазимо у: Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине: *Модул 7, Грађанска област, Накнада штете*, Сарајево, 2006, стр. 29.

<sup>208</sup> Надовезујући се на оне који се баве детаљније разликом између опроштаја дуга и других сличних правних института као што су *pactum de non petendo* (примера ради: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 358), поменимо да се у односу на потоњи пристанак оштећеног практично једино разликује управо по томе што, за разлику од *pactum de non petendo*, он доводи до искључења противправности.

поступања на сопствени ризик, односно допуштеног ризика<sup>209</sup>. Будући да сматрамо да је правилна дистинкција ових правних института, не само од огромног теоријскоправног значаја, већ и од огромног значаја код практичне примене тако сложеног института као што је пристанак пацијента на медицинску интервенцију, одлучили смо да наредне редове посветимо анализи овог проблема и потрази за моментима одлучујућим за разликовање ових правних института.

Ипак, приликом анализе односа између пристанка оштећеног и поступања на сопствени ризик сусрећемо се са низом проблема. Пре свега, летимичан поглед на постојећу правну литературу која се овом проблематиком бави показује да правна теорија у нас поступању на сопствени ризик није посветила озбиљнију пажњу, већ га је, да тако кажемо, тек успутно и спорадично обрађивала, остајући притом на површини проблема. Суптилнија анализа овог института је, дакле, изостала.

Приметићемо, такође, да и у ретким случајевима када је нешто детаљније обрађиван, овај правни институт углавном није називан правим именом – поступањем на сопствени ризик или допуштеним ризиком, јер се проблему приступало кроз проучавање кривике оштећеног као субјективног елемента, без обраћања пажње на онај битнији објективни елемент. Најзад, као највећи проблем показало се то што је наша правна теорија, чини се по угледу на немачку правну теорију, дала овом институту потпуно супротну улогу у односу на ону коју би он објективно требао да има. Тиме је правна теорија озбиљно довела у питање могућност његовог правилног разликовања од пристанка оштећеног. Штавише, тиме је унела дилему да ли уопште у нашем праву постоји потреба за постојањем оба ова правна института.

---

<sup>209</sup> Подједнако занимљив за проучавање јесте и однос између противправности и професионалног ризика, тим пре што се противправно понашање трећег лица према запосленом, то произлази из анализе судске праксе појединих суседних земаља, понекад трансформише у професионални ризик и одговорност послодавца за штету коју је треће лице проузроковало запосленом (преглед судске праксе Републике Хрватске у овој области видети код: Јелушић, Д.: *Одговорност послодавца за професионални ризик код накнаде штете причињене раднику озљедом на раду или у вези с радом*, [http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Odgovornost\\_poslodavca\\_za\\_profesionalni\\_rizik.pdf](http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Odgovornost_poslodavca_za_profesionalni_rizik.pdf)) . Ипак, без обзира на значај теме, овај правни институт није предмет нашег рада најпре из разлога што нас интересују штете које пацијент трпи, а не штете које евентуално трпи медицински посленик у оквиру ризика делатности којом се бави.

Једну од потпунијих дефиниција овог правног института у нас, евидентно са ослонцем на сазнања немачке правне теорије, понудио је Ненад Ђурђевић. Он у својим делима каже, у контексту анализе поступања *contra factum proprium*, да се о поступању на сопствени ризик говори онда када се неко добровољно и свесно изложи одређеним ризицима иако зна да постоје неке посебне околности које за њега стварају ризично стање, то јест стање из којег може да проистекне штета као крајња последица тог ризика којем се изложио претходно<sup>210</sup>.

То практично значи да, уколико дође до реализације поменутих ризика и штета настане као њихов коначни резултат, сматра се да тада захтев за надокнаду штете не може бити успешно истакнут. Том захтеву суд неће моћи да удовољи и да наложи штетнику да учињену штету поправи, јер тај захтев противуречи ранијем оштећениковом понашању, односно, како то Ђурђевић лепо каже, оштећениковом самоугрожавању. Другим речима, суд, у складу с општеприхваћеним начелом забране понашања *contra factum proprium*, не може удовољити захтеву оштећеног да му се штета надокнади уколико штетник истакне приговор поступања на сопствени ризик, под условом, наравно, да се оштећени тим ризицима добровољно излагао.

Ово из разлога што се оштећени свесним излагањем одређеним ризицима код којих постоји већа или мања могућност наступања штете самоугрожавао. Тим самоугрожавањем он и штетнику, па и суду касније, као да шаље поруку да му до одређених добара које свесно излаже ризику уопште није ни стало. Такав утисак можда некада не би био потпуно исправан, али засигурно не би био ни потпуно погрешан. Стога, било би са аспекта економичности илузорно ангажовати гломазни државни апарат и пружати правну заштиту на захтев оштећеног истим оним правно заштићеним добрима о којима се управо он није старао, односно добрима о којима, не само да се није старао, него која је чак свесно препуштао утицају ризичних фактора.

Иако поменути дефиницију Ненада Ђурђевића сматрамо одличном, па чак и најкомплетнијом у домаћој литератури, да бисмо боље разумели однос поступања на сопствени ризик и пристанка оштећеног, неопходно је ипак надовезати се на понуђену дефиницију и учинити с њом у вези извесно прецизирање. Пре свега, ипак, морамо да

---

<sup>210</sup> Ђурђевић, Н.: *Поступање на сопствени ризик и злоупотреба права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996, стр. 104-108.

напоменемо да је од изузетне важности правилно разликовање посебних ризика од оних који су, рецимо тако, у извесној мери уобичајени.

Овај аутор нуди сасвим задовољавајућ критеријум за њихово разграничење, те каже да се посебним ризицима сматрају они ризици који превазилазе уобичајену меру ризика коју одређена активност носи. Грађанскоправним језиком речено, у случају излагања овим ризицима, постоји начелно већа могућност њихове реализације и настанка штете.

Практична потреба за разликовањем уобичајених од посебних ризика итекако постоји. Наиме, излагање одређених правно заштићених добара од стране оштећеног оним ризицима који су типични, својствени, уобичајени за одређену активност којом се оштећени бави, има битно другачији правни третман од оног који има излагање посебним, атипичним ризицима. Тако, штетник се успешно може супротставити захтеву оштећеног за надокнаду штете истицањем приговора поступања на сопствени ризик уколико се ради о оним ризицима које смо означили као атипичне. То значи да ће, будући да је реч о перемпторном приговору, захтев оштећеног бити дефинитивно одбијен, понављамо уколико се приговор односи на оне ризике који су атипични.

Поменути приговор, међутим, неће имати никакво правно дејство уколико ти ризици јесу редован пратећи ризик одређене активности. Тада приговор поступања на сопствени ризик не може успешно бити употребљен као процесно средство у борби против истакнутог одштетног захтева. Но, иако је аргументација на којој почива овакво размишљање више него добра и иако поздрављамо идеју о томе да се не могу све врсте ризика „ставити у исти кош“, задржаћемо ипак дозу умереног скептицизма у погледу могућности прихватања поделе ризика на типичне и атипичне, а нарочито у погледу могућности њихове правилне примене у судској пракси.

Као прво, верујемо да није могуће увек, то јест у сваком конкретном случају који се у пракси појави са сигурношћу рећи “ово су типични ризици, док ови други то нису”. Другим речима, ове ризике често није могуће двојити без остављања икаквог простора и за неко друго тумачење чињеница на којима се судска одлука базира. Даље, сматрамо да није могуће конструисати било какав објективни критеријум на основу кога ћемо моћи донети такав суд, а јасно је да од постојања таквог критеријума зависи у огромној мери каква ће судска пракса бити формирана у сличним случајевима и колико ће бити

уједначена. Најзад, не можемо искључити у потпуности ни такву могућност да је једно лице знало за ризике одређене активности, иако они начелно нису типични за њу, и да је баш тим ризицима желео да се изложи.

У складу с тим верујемо да је исправно да се, уместо постојеће дихотомије ризика или можда чак и паралелно са њом, прихвати подела која ће уважити постојање и значај неколико момената. Наиме, приликом доношења судске одлуке која се односи на одштетни захтев против којег је лице које за штету одговара истакло приговор поступања на сопствени ризик, суд нужно мора да познаје и уважи у својој одлуци постојање одређене представе оштећеног о ризицима конкретне активности коју је предузео, сазнајне капацитете самог оштећеног, али и објективну сазнатљивост, односно несазнатљивост самог ризика којем су правно заштићена добра приликом те активности била изложена.

Треба, као прво, уважити идеју о постојању и таквих ризика који су типични у смислу да су као такви објективно свима познати, односно који не могу остати непознати без обзира на интелектуалне и сазнајне капацитете оштећеног. Другим речима, треба прихватити као реалну конструкцију о постојању таквих ризика са којима се увек мора рачунати у одређеној ситуацији или при одређеној активности. Тако, примера ради, путник који седне у аутомобил са возачем који је видно под утицајем алкохола, нужно мора рачунати на ризик саобраћајне незгоде, прецизније, он мора рачунати са тим да се излаже битно већем ризику него што је то код вожње уобичајено.

Извесно је да свака вожња носи одређени ризик, али је подједнако извесно да вожња са возачем који је видно под утицајем алкохола носи далеко већи ризик од настанка саобраћајне незгоде. То да је ризик којем се излаже онај ко се вози са возачем који је у алкохолисаном стању далеко већи свима је објективно позната околност, односно то је околност која не може остати непозната. Стога се у случају захтевања надокнаде штете која је настала услед излагања таквим ризицима увек успешно може супротставити приговор поступања на сопствени ризик. Ово је могуће чак и уколико у улози оштећеног имамо лице чији су интелектуални капацитети до те мере умањени да оно заиста није у стању да спозна ни такав ризик. Нашем осећају правичности не одговара да у тим ситуацијама сва штета буде сваљена на терет проузроковаоца штете јер реализацији ризика којем је повређено правно добро оштећеног било изложено својим понашањем није

допринео само штетник. Због тога се њему мора оставити могућност да, сходно доприносу оштећеног настанку штете, на процесном терену истицањем приговора поступања на сопствени ризик одбије истакнути захтев за њену надокнаду, макар у неком делу.

И док се код типичних ризика не води рачуна о евентуалном знању или незнању оштећеног за ризик и обим тог ризика, дотле се у случају излагања правно заштићеног добара оним ризицима који се у ову категорију не могу сврстати мора о томе итекако водити рачуна. У том смислу стојимо на становишту да се приговор поступања на сопствени ризик може успешно користити само против оних захтева за надокнаду штете који долазе од оних оштећених лица која су за те ризике знала или им ти ризици према околностима нису могли остати непознати. Уколико, пак, оштећени није знао нити према околностима случаја могао знати за ризике одређене активности, сматрамо да судија не би требао да уважи приговор поступања на сопствени ризик, па чак ни када се ради о атипичним ризицима.

Наше инсистирање на томе да се приликом одлучивања о приговору поступања на сопствени ризик који је против одштетног захтева истакнут води рачуна о знању оштећеног за те ризике и могућности њиховог сазнања не значи, међутим, да се ми слажемо са идејом о томе да је поступање на сопствени ризик заправо кривица оштећеног. Историјскоправни, али и компаративни приступ Ненада Ђурђевића у проучавању ове проблематике открио нам је врло интересантан развојни пут овог правног института. Наиме, истраживања овог аутора недвосмислено показују да је све до 1961. године владајуће схватање у немачкој и швајцарској правној теорији било да је поступање на сопствени ризик засебан правни институт чију посебност ваља уважавати при проучавању материје. Међутим, касније донесене одлуке немачких судова поводом неких специфичних одштетних захтева биле су пресудне да се поступање на сопствени ризик почне схватати као кривица оштећеног или барем вид кривице оштећеног<sup>211</sup>.

Ми, међутим, стојимо на становишту да се поступање на сопствени ризик, барем са теоријског становишта, не може посматрати никако другачије него као самосталан правни институт различит од кривице оштећеног. Ово из разлога што искрено верујемо да се изједначавањем кривице оштећеног са поступањем на сопствени ризик губи из вида

<sup>211</sup> Детаљније: Ђурђевић, Н.: *Поступање на сопствени ризик и злоупотреба права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, стр. 104-108.



суштина, али и циљеви које је законодавац имао у виду приликом пројектовања оба ова правна института. На тај се начин прави озбиљан превид, тим пре што је критеријум за њихово разликовање крајње једноставан и лако уочљив. Тај критеријум је редовна последица понашања оштећеног.

Тако, кривицу оштећеног препознаћемо релативно лако по томе што је штета редовна последица предузете активности штетника. Она увек настаје када се неко понаша на одређени начин, без обзира да ли је сам оштећени за то знао и хтео баш то (директан умишљај) или је хтео да постигне други циљ уз пристанак на то да и штета настане (евентуални умишљај) или му се евентуално поткрала грешка у процени (нехат). Са друге стране, код поступања на сопствени ризик, редовна последица понашања оштећеног није штета као код кривице оштећеног. Редовна последица код поступања на сопствени ризик је управо *ризик од наступања штете, а не штета* [нагласио аутор С. Р.], јер штета, у случају поступања на сопствени ризик, може да наступи, али може и да изостане. Ризик од наступања штете по одређена правно заштићена добра је главна последица и суштина поступања на сопствени ризик, док наступање штете можемо означити тек као споредни елемент поступања на сопствени ризик. Само, дакле, у оним случајевима када ризика у изнетом смислу нема, може се поставити питање кривице оштећеног, питање његовог доприноса настанку штете, то јест питање да ли је оштећени знао за штетне последице свог понашања, односно да ли их је и у којој мери их је хтео.

Ипак, свесни смо да ни овакво одређење и објашњење неће задовољити најверније присталице теорије о поступању на сопствени ризик као једном од појавних облика кривице оштећеног, тим пре што се и нашем размишљању може упутити по који приговор. Приговор који ће највероватније бити упућен на рачун оваквог резонувања тиче се практичне вредности разликовања на којем инсистирамо јер, иако разликовање има огроман теоријски значај, питање је колики је практични значај разликовања ова два правна института будући да у пракси производе готово идентичне правне последице.

И заиста, оба правна института имају исту улогу – потенцијални су разлози искључења одговорности штетника и критеријум су за одмеравање висине штете. Но, и поред тога ми и даље верујемо у потребу њиховог правилног разликовања јер су доказне тегобе штетника који жели да докаже кривицу оштећеног далеко веће него тегобе штетника који истиче приговор поступања на сопствени ризик, будући да потоњи не мора

да доказује тај тако тешко доказиви вољни елемент, већ само интелектуални, а можда чак ни њега, видели смо, у оним случајевима када се ради о типичним пратећим ризицима одређене активности.

Када смо једном разјаснили појам, суштину, али и међусобни однос правних института поступања на сопствени ризик, са једне, и кривице оштећеног са друге стране, имамо за задатак да у наставку рада изнијансирамо однос оба ова правна института са правним институтом који је у далеко већој мери предмет нашег интересовања, а то је пристанак оштећеног. У појединим, објективно далеко чешћим, ситуацијама разлика између пристанка оштећеног, са једне, и поступања на сопствени ризик и кривице оштећеног, са друге стране, врло је јасна. Мислимо, у првом реду, на ситуације у којима последња два института фигурирају као критеријуми за оцену висине штете. Наиме, када ови правни институти, а у судској пракси је махом то заиста и случај, чине да одговорност штетника буде умањена, разлика је јасна јер пристанак оштећеног никада нема такво дејство. Он, је један од разлога искључења противправности, те као такав увек има искључиво либераторно дејство, то јест никада није у стању да одговорност штетника само умањи.

Међутим, будући да поступање на сопствени ризик и кривица оштећеног у неким теоријским конструкцијама могу, такође, имати либераторно дејство, поставља се питање где налазимо основ за њихово разликовање од пристанка оштећеног у тим ситуацијама. Основ за разликовање постоји и тада. Њега налазимо у непостојању сагласности као изјаве воље код поступања на сопствени ризик и код кривице оштећеног. У оба случаја уместо изјаве воље имамо сасвим конкретно деловање оштећеног – у првом имамо такво деловање услед којег одређена правна добра бивају изложена новом или повећаном ризику од наступања штете, а у другом деловање које непосредно доприноси наступању штетне последице. Међутим, ни у једном од ова два правна института не фигурира изјава воље у правном смислу те речи, нарочито не она која подразумева саглашавање оштећеног.

Иако на први поглед делује да то и није нека нарочито битна разлика, барем са практичног становишта посматрано, тај први утисак вара, јер управо из те разлике произлазе друге две много битније. Прво, како у пристанку оштећеног као главни елемент фигурира изјава воље самог оштећеног, извели смо као закључак да је овај

институт по својој правној природи, заправо, један специфичан правни посао. Пошто то не можемо рећи нити за поступање на сопствени ризик нити за кривицу оштећеног, обзиром да у њима изјава воље не фигурира ни у ком облику, ови се правни институти не могу ни на који начин повезати са правним пословима, што даље значи да се на њих неће примењивати правила која за правне послове важе.

Друго, изјава коју оштећени даје кад пристаје на штету чини да једна правно недозвољна радња или последица постане допуштена, барем у том конкретном случају. Са друге стране, нити поступање на сопствени ризик нити кривица оштећеног, чак ни у оним ретким ситуацијама када у потпуности елиминишу одговорност штетника, нису у стању да учине радњу или последицу те радње дозвољеном. Другим речима, оне остају недопуштене и као такве противправне без обзира на то што је штетник ослобођен одговорности и обавезе надокнаде проузроковане штете.

#### 4.3. Пристанак оштећеног и споразумно искључење одговорности

Да бисмо институт пристанка оштећеног правилно и у потпуности разумели неопходно је учинити и напор више и анализирати га и у контексту његовог односа са клаузулама о искључењу одговорности. Два су разлога која су нас на то мотивисала. Први разлог је тај што се оба ова правна института заснивају на изјавама воље. Други разлог је тај што поменуте клаузуле, а у складу са начелом аутономије воље чија су манифестација, чине да одговорност штетника у потпуности изостане. Дакле, будући да почивају на истом моменту и да производе исти крајњи ефекат, јасно је да је истраживање односа пристанка оштећеног и клаузула о искључењу одговорности од прворазредног значаја за наставак нашег рада.

У проучавању овог односа, нарочито разлика међу овим правним институтима, на руку нам иду постојећа, мада не многобројна, опажања у нашој правној теорији<sup>212</sup>. Примећено је, као прво, да се код пристанка оштећеног онај који штету трпи директно саглашава са наношењем штете, док код клаузула о искључењу одговорности, тог саглашавања нема. Другим речима, онај на чији су терет ове клаузуле уговорене пристаје

---

<sup>212</sup> Видети: Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, стр. 235.

на то да изостане одговорност уколико штета настане, али се нада да штета неће заиста и настати. Управо то је кључна разлика у односу на пристанак оштећеног, јер док се онај који пристаје на штету нада да ће она настати, онај на чији су терет клаузуле о искључењу одговорности уговорене ипак живи у нади да се чињенице предвиђене тим клаузулама, пре свега штета, неће догодити.

Даље, примећено је да клаузуле о искључењу одговорности нису у стању да једну противправну радњу, самим тим ни штету која је производ те радње, учине правно допуштеним, као што то чини пристанак оштећеног. Радња којом је штета проузрокована, па и сама штета, остаће противне праву без обзира на присуство ових клаузула и на њихово либераторно дејство. То значи да оне нису, нити то могу бити, један од разлога искључења противправности.

Осврнућемо се кратко на још једну разлику, претежно, мада не и искључиво, теоријског карактера о којој се у теорији права ретко говори. Разлог због којег се о овој разлици махом не говори, претпостављамо, лежи у чињеници да се та разлика некако подразумева, али будући да је ми сматрамо итекако важном за даљи наш рад, нећемо пропустити да је истакнемо.

Пристанак оштећеног, наиме, заснива се у потпуности на изјави воље само једне стране. Изјава којом оштећени показује своју вољу да му се нанесе штета је једино што је потребно да изостане одговорност штетника и поред ње не тражи се никаква изјава воље самог штетника. Код клаузула о искључењу одговорности, међутим, ситуација је посве другачија. Будући да су оне саставни део уговора који настаје као акт сагласности воља двеју страна, произлази да и ове одредбе које се на искључење одговорности односе морају бити резултат сагласности воља обеју страна. Ако те сагласности нема, ове клаузуле не могу произвести никакво правно дејство.

Између пристанка оштећеног и клаузула о искључењу одговорности постоји још једна крупна разлика са значајним практичним последицама, а која се тиче зависности либераторног дејства института од степена кривице штетника. Институт пристанка оштећеног производи либераторно дејство без обзира на степен кривице који је код штетника постојао у тренутку наношења штете. Но, док се код пристанка оштећеног о кривици оштећеног и њеном степену уопште не води рачуна, код клаузула о искључењу одговорности се о степену кривице оштећеног, сходно важећим законским правилима,

итекако води рачуна, а све у циљу спречавања евентуалне злоупотребе неповољног положаја саговорача и наметања тих клаузула противно његовој вољи и на његову штету<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> С тим у вези пажњу посебно обратити на прва два става члана 265 ЗОО РС, према којима се може искључити одговорност само за обичну непажњу, не и за више степене кривице, али и она само уколико није настала као резултатат монополског или каквог другог положаја који једну страну, мисли се на штетника, фаворизује.

## IV. ОСОБЕНОСТИ ОДНОСА МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА И ПАЦИЈЕНАТА И ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА

### 1. ОСОБЕНОСТИ ОДНОСА МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА И ПАЦИЈЕНАТА

То да непознавање права шкоди, данас готово је опште познато. Оно шкоди сваком човеку, но чини се посебно онима који претендују на стално подизање нивоа професионализма у свом раду<sup>214</sup>. Будући да на страни медицинских посленика стоји обавеза континуираног усавршавања због усмерености њихове делатности на подизање квалитета живота човека на виши ниво, јасно је да се ово правило тим пре односи на њих. У циљу регулисања сложених питања која искрсавају у односу између медицинских посленика и пацијената поводом медицинске интервенције, правна теорија суочена је са бројним изазовима на која одговара, по правилу, стварањем нових норми<sup>215</sup>. Овај стално растући скуп норми означен је као медицинско право и у последњих пар деценија у жижи је интересовања стручне јавности.

Када се по први пут сусретнемо са оним што данас називамо медицинским правом<sup>216</sup>, оно што као прво можемо закључити да јесте да оно регулише изузетно широк

---

<sup>214</sup> У том смислу: Жунић, Љ., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, Радиолошки вјесник, бр. 4, Хрватско друштво инжењера медицинске радиологије, Загреб, 2009, стр. 4.

<sup>215</sup> Слично: У том смислу: Жунић, Љ., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, стр. 4.

<sup>216</sup> Приликом дефинисања медицинског права, по правилу, губи се из вида да се појам медицинског права, како се то иначе чини са свим другим сличним скуповима правних норми, може на два, па чак и на три начина појмити. Тако, можемо најпре говорити о медицинском праву у објективном смислу, али и о медицинском праву као правној науци.

Слично: Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, [http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM\\_educacije\\_-\\_tekst.pdf](http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf), стр. 1.)

Истини за вољу, медицинско право може се појмити тројако. Поред поменута два одређења можемо додати и треће – медицинско право у субјективном смислу, али ми смо ово одређење изоставили јер наша моћ

спектар особито сложених друштвених односа у којима учешће узимају бројни субјекти са врло различитим, па неретко и променљивим улогама. Субјекти медицинског права нису само лекар и пацијент, како се то најчешће на основу упроштене представе чини. Листа субјеката на које се медицинско право односи не би била затворена ни када бисмо уз лекаре и пацијенте додали и здравствене установе. Субјекти медицинског права су, заправо, сви они субјекти који учествују у процесу заштите и унапређења квалитета живота и здравља човека с ослонцем на научно верификоване медицинске методе<sup>217</sup>, али и они којима су ове вредности угрожене непосредно или посредно. Ипак, у мору различитих субјеката између којих се поменути односи формирају, као централни у постојећој литератури правног, али и неправног карактера, издваја се однос између представника медицинске делатности<sup>218</sup>, односно медицинских посленика<sup>219</sup> и пацијената<sup>220</sup>.

---

апстракције и генерализације није довољна да дођемо до појма субјективног медицинског права и сагледамо га на прави начин због хетерогености субјеката и односа.

<sup>217</sup> О значајним практичним разликама пренаучног и научног бављења медицином, фазама пренаучног приступа проблематици и медицинској делатности као комбинацији праксе и науке видети код: Гавриловић, В.: *Историја стоматологије*, Београд, 1969, стр.; Гвоић, Љ.: *Социологија – основи науке о друштву и друштвени аспект медицине*, Београд, 1997, стр. 9; Добановачки, Д., Вучковић, Н., Бреберина, М., Вујошевић, Б., Тепавчевић, В.: *Антимикробна терапија пре антибиотске ере*, чланак објављен на сајту <http://www.rastko.rs/istorija/medicina/delo/14888>; Станојевић, В.: *Историја медицине*, Београд-Загреб, 1953, уводна излагања; Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, Београд, 2007, стр. 113-145; Радишић, Ј.: *Медицинско право*, Номос, Београд, 2004, стр. 27-29; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, Институт друштвених наука, Београд, 1986, стр. 22

<sup>218</sup> Здравствена заштита је организована и свеобухватна делатност друштва која се предузима са циљем да се оствари највиши могући ниво очувања здравља грађана и породице кроз читав низ мера које су усмерене на унапређење и очување здравља грађана, спречавање, сузбијање и рано откривање болести, повреда и других поремећаја здравља, те благовремено лечење и рехабилитацију (одређење дато с ослонцем на Закон о здравственој заштити (у даљем тексту ЗЗЗ РС), „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/201, чл. 2).

Медицинска делатност, иако тежи истом циљу, она се ради остварења циља ослања на скуп научно верификованих медицине својствених превентивних, дијагностичких, терапеутских, рехабилитацијских и прогностичких метода. Из тога даље произлази да здравствена заштита као шири појам у дефиницији медицинске делатности представља *genus proximum*, док је *diferentia specifica* медицинске делатности употреба научно верификованих медицинских метода.

Однос који се у вези са спровођењем медицинске интервенције формира на релацији између медицинских посленика и пацијената могли бисмо означити на више различитих начина. Тако бисмо овај однос могли дефинисати као правни, етички, психолошки, затим социолошки, економски, културолошки, па чак и политички<sup>221</sup>. Но, међу бројним епитетима који се уз поменути однос могу поставити, својим значајем се засигурно издваја један, а то је онај према којем се овај однос одређује као правни<sup>222</sup>.

Неколико је разлога због којих овај однос можемо и требамо означити најпре као правни, али примарни разлог је тај што се остали епитети који се овом односу приписују врло често своде на правни. Сви најзначајнији моменти везани за обављање медицинске

---

Размотрити овај став у контексту односа медицинског и здравственог права, као ужег и ширег појма: У том смислу: Жунић, Љ., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, Радиолошки вјесник, бр. 4, Хрватско друштво инжењера медицинске радиологије, Загреб, 2009, стр. 5.

<sup>219</sup> Иако нетипичан за наше законске текстове, израз медицински посленици који се у нас одомаћио под утицајем професора Радишића нуди нам јединствену могућност да под један термин, термин „прочишћен“ од осталих субјеката који обављају послове здравствене заштите, подведемо све оне субјекте који послове здравствене заштите обављају с ослоном на верификоване медицинске методе. Управо зато подржавамо његову употребу и увођење у законске текстове.

<sup>220</sup> Када говоримо о субјектима медицинског права, управо зато што медицинско право не прати права и обавезе само лекара или само пацијената, већ и једних и других, па и читавог низа других субјеката, подржавамо настојања у правној теорији да се назив „медицинско право“ никако не мења за изразе „лекарско“ или „пацијентско право“.

Тако: Радишић, Ј.: *Медицинско право*, стр. 21.

<sup>221</sup> Правна теорија у нас однос медицинских посленика и пацијената третира, избегавајући непотребно набрајање, као професионални, морални и правни.

Тако: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд, 2007, стр. 30; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 49.

<sup>222</sup> Медицинско право, иако оно представља укупност правних, сталешких и етичких норми које се на медицинску делатност односе, није исто што и медицинска деонтологија. Ми сматрамо да ове две појаве нису идентичне јер медицинску деонтологију је далеко исправније поимати, кроз њен практични аспект, то јест поимати је као један жив процес стварања односа на релацији између друштва, медицинских посленика, правника и пацијената која касније, у тренутку када као пракса буде формирана и прихваћена, може послужити као ослонац за изградњу сталешких и правних прописа.

Са тим се, изгледа, слажу и они аутори који медицинску деонтологију виде као функционалну страну права и етике у медицини. (Тако: Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, стр. 232).



делатности – без обзира да ли су они у конкретном случају психолошке, биолошке, политичке или какве друге природе – поготово уколико се значајем издвајају, преузимају се кроз законодавну активност и стављају „под заштиту“ правног поретка. На овај начин сви разноврсни моменти који чине суштину медицинске делатности, понављамо уколико се значајем издвајају, постају правно релевантни моменти<sup>223</sup>.

Посматрајмо, даље, историјски моменат. Иако неспорно постоје дела од огромне вредности која се историјским развојем медицине баве, из данашње перспективе постигнутим резултатима у тим научним истраживањима никако не можемо бити задовољни. Заиста, мало је области у оквиру медицине које су толико запостављене као што је њен историјат<sup>224</sup>. Међутим, један сегмент историјског развоја медицинске

---

<sup>223</sup> Каже се да је законска регулација у овој области заправо само минимум етичких начела којима се имају водити медицински посленици (тако: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 36-37; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 62). Међутим, овај став, иако исправан, не стоји као аргумент против правне регулације и то из два разлога.

Прво, то што је минимум етичких правила озакоњен и претворен у правне норме не значи да је право мањег значаја у односу на морал и етику већ, напротив, то значи да се право својим значајем издваја у односу на њих будући да под окриље монопола физичке принуде узима само одабране норме, у овом случају етичког карактера.

Као друго, етика, па ни медицинска етика, не може се сматрати главним регулатором односа који се између медицинских посленика и пацијената формира. Разлог је тај што она регулише, готово искључиво, понашање медицинских посленика према пацијентима, док се понашањем пацијента и њиховим односом према медицинским посленицима не бави скоро уопште. (Видети: Венецијанска Декларација о терминалним болестима Светског медицинског удружења из 1983, са ревизијом из 2006 године; Декларација Светског медицинског удружења о медицинској нези пацијента у терминалним стадијумима живота из 2011; Етички кодекс доктора стоматологије из 2007. године; Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 121/2007; Лисабонска декларација о правима пацијената из 1981. године; Међународни кодекс медицинске етике Светског медицинског удружења из 1949. године, са ревизијама из 1968., 1983. и 2006. године; Декларација Светског удружења психијатара из 1977. године, са ревизијама из 1983. и 2002. године).

<sup>224</sup> Оно што се у првом моменту учинило као одлична идеја, идеја да се проучавање историјата појединих наука повери онима који се тим наукама баве, показало се из перспективе медицинске науке као погрешно јер се проучавању историјата науке, односно дисциплине, по правилу, приступало парцијално.

Критику с тим у вези погледати код: Игњатовић, М. Д.: *Изучавање историје војне медицине и хирургије*, Војносанитетски преглед, Београд, бр. 54, вол. 59, 2002, стр. 429.

делатности далеко лакше можемо пратити и спознати – мислимо на правну историју медицинске делатности. Тако, трагом сачуваних правних текстова од најстаријих времена до данас, уочићемо да је правна регулација медицинске делатности својеврсна историјска константа, будући да је право верни пратилац медицине од самих њених почетака<sup>225</sup>. Уосталом, зато се у теорији често цитира мисао да медицинско право као наука која проучава правну регулацију медицинске делатности<sup>226</sup> има дугу прошлост, али кратку историју<sup>227</sup>.

„[...]Медицина као струка има нарочито изражену посебност етичких норми, јер су њен непосредни предмет човек, његови живот, здравље и достојанство“<sup>228</sup>, и управо због изражене посебности добара које штити, етичка правила су се увек нужно ослањала на правна. Заправо, право је увек морало да штити најважнија етичка начела, јер морална санкција није довољна гаранција поштовања етичких принципа. Имајући све поменуто у

---

<sup>225</sup> Опште је данас познато, а о томе сведоче Хамурабијев законик у Лувру, сачувани египатски папируси у музејима широм света, Стари завет и бројни други писани споменици, да су и најстарије цивилизације осећале потребу да медицинску делатност, или барем нека значајнија питања, а чији је број временом прогресивно растао, правно уоквире.

Не можемо, међутим, а да овом приликом посебно и са огромним поносом не истакнемо да је регулација медицинске делатности саставни део и нашег правног поретка већ вековима. Иако се о његовом животу и раду често говори, мање је познато је да се Св. Сава, сходно историјским списима из Хиландара и Студенице, сматра, не само оснивачем првих српских болница, већ и једним од највећих бораца против надрилекарства, пре свега против тзв. апокрифне медицине и једним од првих твораца медицинских прописа. (Ове и друге податке с тим у вези видети код: Игњатовић, М.: *Медицина, хирургија и ратна хирургија у Србији у средњем веку*, Војносанитетски преглед, бр. 60/2, Београд, 2003, стр. 245; Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, стр. 146-148; Радишић, Ј.: *Медицинско право*, стр. 27-29; Тимотић, Б.-Анђелски, Х.: *Здравствено законодавство*, Elit-medica, Београд, 2004, стр. 8-10).

<sup>226</sup> Приликом дефинисања социологије медицине, а опште је познато да је она у сваком смислу те речи полазна основа за сва правна проучавања ове делатности, каже се да се она бави *друштвеном конструкцијом медицине и медицинском конструкцијом друштва* (тако: Турза, К.: *Медицина и друштво – социолошки аспекти*, ЦИБИД, Београд, 2005, стр. 5). На сличан начин можемо одредити и медицинско право. У том смислу никако нећемо погрешити уколико медицинско право означимо као правну конструкцију медицинске делатности и као медицинску конструкцију права.

<sup>227</sup> Ову интересантну, али сматрамо и потуно исправну и прецизну, игру речи видети код: Турза, К.: *Медицина и друштво – социолошки аспекти*, Београд, ЦИБИД, 2005, стр. 4.

<sup>228</sup> Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, стр. 9.

виду, сматрамо да је овај однос потребно означити најпре као правни, јер је он, не само данас, већ одувек, био прожет управо правном компонентом.

Како смо однос који се формира између медицинских посленика и пацијената одредили као правни, постоји потреба да се појам правни ближе одреди. Прецизније, када један друштвени однос одредимо као правни, поставља се питање да ли је овај однос јавноправноправног или приватноправног карактера, те да ли је он, уколико га означимо као приватноправни, грађанскоправни однос или је реч о односу који излази ван регулаторне свере грађанског права. Најзад, уколико је реч о односу који је грађанскоправне природе, питање је да ли је реч о односу уговорног или неугворног карактера. Односно, уколико однос није грађанскоправног карактера, наш задатак је да одгонетнемо какав је то конкретно однос и које су последице таквог одређења. Дакле, да бисмо правилно проценили и након тога успешно одредили правну природу односа који се формира на релацији између медицинских посленика и пацијената, верујемо да је упутно ићи поменути редоследом и редом одговарати на постављена питања. На тај ћемо начин, верујемо, избећи непоптуне одговоре или недоследност у давању одговора.

Већ на првом кораку, међутим, наилазимо на озбиљан проблем. Наиме, теорија права није до данас дала недовосмислен одговор на питање у чему је основна разлика између јавног и приватног права. Ове две области права уопште није лако двојити, како се то на први поглед чини. Иако и ми стојимо на становишту да јавно и приватно право нису антагонистички, већ пре корелативни појмови, сматрамо да разлика међу њима постоји и то правно релевантна разлика. Да, тачно је да када говоримо о јавном и приватном праву имамо у виду две комплементарне области права које се као такве међусобно допуњују, но то никако не значи да се оне међусобно не разликују, јер да нису различите, не би биле комплементарне појаве, већ би оне биле јединствена целина.

Будући да је ова подела ипак највећим делом у теорији права прихваћена, рећи ћемо да се основна разлика, према нашем личном утиску, између ових грана права и односа које оне регулишу своди на питање да ли неки од учесника овог односа у тај однос ступа као носилац државне власти. Уколико је наш утисак исправан, одатле произлази да је јавноправни онај однос у којем један од учесника фигурира као носилац државне власти, док је приватноправни онај однос у којем ниједан од учесника, без обзира на

њихов број у конкретном случају, не иступа у односу на другог субјекта који у том односу учествује као правно надмоћнији.

Наш је утисак<sup>229</sup> да ће, првенствено због чињенице да су медицински посленици практично свим другим земљама данашњице плаћани од стране државе, највећи број лаика, па чак и правника, закључити да медицински посленици у односу на пацијенте иступају као правно доминантнији и као својеврсни носиоци државне власти. Међутим, уколико се проблематици приђе са ширег аспекта, аспекта који се не оријентише само на финансијски моменат, уочићемо да медицински посленици суштински нису ни државни органи ни државни службеници. Уочиће се лако и то да они у том односу не иступају као носиоци државне власти и правно доминантни, већ као правно једнаки пацијенту.

И заиста, пацијент, без обзира на то што постоје врло значајни изузеци од правила да се он подвргава медицинском третману само уколико сам то одлучи, у однос са медицинским послеником улази начелно на основу своје воље. Уколико у тај однос улази на основу сопствене воље и уколико се читав однос, по правилу, гради на пацијентовом слагању са конкретним интервенцијама, а не на одлукама медицинских посленика, не можемо доћи ни до каквог другог закључка сем да пацијент у овом односу никако није подређен медицинском посленику. Исправнији је закључак да је са њима, у најмању руку, равноправан. Закључак који из тога произлази је да је однос између медицинских посленика и пацијената приватноправног карактера, тачније да је он, по правилу, приватноправног карактера.

Уколико се надовежемо на део у којем смо нагласили да обе стране у поменутом односу, начелно, у овој однос улазе слободном вољом и да се читав однос заснива на добровољности учесника, долазимо до закључка да се овај однос најпре може посматрати као уговорни, дакле, грађанскоправни<sup>230</sup>. Уколико желимо да добијемо додатно на прецизности, рећи ћемо да је овај уговор са становишта важећег права, будући да нема

<sup>229</sup> Сличан утисак је имао и професор Радишић приликом оцене стања тим поводом у социјалистичким земљама, тачније у бившем СССР-у

Видети: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 73.

<sup>230</sup> Идеја о поимању односа између медицинских посленика и пацијената као уговорног постоји, према суђењу појединих аутора, још од 1947. године и Нирнбершког кодекса којим је установљена обавеза спровођења медицинских експетимената искључиво на основу пристанка пацијента.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Уговор пацијента с лекаром*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2003, стр. 252-253.

именованог уговора који би ову материју регулисао<sup>231</sup>, најзгодније просуђивати као уговор о делу, тим пре што наш ЗОО РС не прави разлику између дела и услуге, па оба правна посла, иако значајно различита, посматра као уговор о делу<sup>232</sup>. Штавише, с ослоном на немачку и аустријску правну теорију, можемо говорити, поред основног, и о пратећем уговору којим се штите интереси трећих лица<sup>233</sup>.

Иако заиста изгледа као крајње логично, одређење односа који се формира између медицинских посленика и пацијената као грађанскоправног, то јест уговорног, није у теорији права неспорно. Стога, ваља се упустити у потрагу за додатним аргументима напред изнетог става који би уз постојеће и у правној литератури понуђене аргументе, учврстили наше становиште.

Пођимо, као прво, од најједноставније логике. Наиме, у области медицинског права много је неслагања како између представника медицинске професије и правника, тако и

---

<sup>231</sup> Холандија је једна од ретких земаља које су приликом конципирања норми свог грађанског законика у њега унеле посебан акт којим се предвиђа уговор којим се регулише медицински третман. Реч је о нормативном акту који се назива *Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*.

<sup>232</sup> Тако: Јаковљевић, Б., Сегеди, Д., Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинско-правни аспект хистеректомије*, Медицински преглед, vol. 60, бр. 5-6, Београд, 2007, стр. 252; Круљ, Ј.: *Уговор о имплантацији вештачких зуба – врста уговора о лекарским услугама*, Медицинско право и медицинска етика, Универзитет у Београду и Институт за друштвене науке, Београд, 1994, стр. 74; Мујовић-Зорнић, Х.: *Појам и развој пацијентових права*, Пацијентова права у систему здравства, Институт за друштвене науке, Београд, 2010, стр. 16; Мујовић-Зорнић, Х.: *Уговор о стерилизацији*, Медицинско право и медицинска етика, Универзитет у Београду и Институт за друштвене науке, Београд, 1994, стр. 85; Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 38-41; Радишић, Ј.: *Лекар и пацијент као уговорни партнери*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996, стр. 30 и даље. О томе из угла немачког права видети и код: Цветковић-Вулетић, С.: *Накнада штете проузроковане инјекцијама (пракса немачких судова)*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 196-197; Цветковић, М., Николић, Ђ.: *Грађанскоправна одговорност због непримене неопходних медицинских средстава*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, Ниш, 2014, стр. 360.

<sup>233</sup> У контексту тражења најбољег решења за питања која се тичу тзв. секундарних штета, то јест штета која трпе трећа лица са којима медицински посленик није био у директном односу, немачки и аустријски правници изградили су импозантну теорију о уговору који твори обавезу заштите трећих лица.

О томе детаљније код: Радишић, Ј.: *Одговорност лекара и медицинских установа због секундарних штета*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 126-128.

правника међусобно, но око једног детаља сви се безусловно слажу – однос између медицинских посленика и пацијената, иако је правни однос, захтева високо изражену опрезност творца правних норми које овај однос регулишу. Он, тачније, захтева опрезну и уздржану правну политику, наравно уздржану у смислу неувођења беспотребних правних конструкција и норми у овај однос<sup>234</sup>.

Однос између медицинских посленика и пацијената је изразито личног карактера. Заснива се на обостраном поверењу учесника овог односа и то је опште познато. Оно што је, међутим, посебно битно је да је то однос у којем оба учесника нужно уживају висок степен самосталности у одлучивању – медицински посленик мора уживати висок степен личне и професионалне независности, док пацијент мора бити постављен у такав положај да његова воља у датим приликама буде темељ на којем ће се однос градити – у супротном овај однос неће моћи да функционише и оствари циљ због којег је настао. Претерани правни интервенционизам у овој свери људског деловања, могао би бити контрапродуктиван.

Полазећи од наведеног као претпоставке о томе како би овај однос требало да буде конституисан, закључујемо да није могуће ни замислити неки други правни однос који би у већој мери од уговорног односа задовољио захтеве самог односа. Ми доиста нисмо у стању да замислимо однос између медицинског посленика и пацијента другачије него као уговорни, наравно уколико овај однос желимо да буде у потпуности функционалан<sup>235</sup>.

Уз пуно уважавање мишљења оног дела правне теорије који одриче уговорни карактер овом односу и аргумената на којима се овакав став темељи, поставићемо питање све малобројнијим заступницима овог гледишта. Питање је на шта, споља гледано, подсећа ситуација у којој се пацијент обраћа медицинском посленику од кога тражи стручно мишљење и третман, при чему медицински посленик, након брижљиво анализираних стања пацијента, предочава пацијенту своје мишљење и препоручује

<sup>234</sup> У том смислу: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 34-38; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 61.

<sup>235</sup> То не значи да се у појединим правним системима овај однос не третира на другачији начин и да притом функционише сасвим коректно. Одличан пример је Финска у којој се однос између медицинских посленика и пацијената поставља као јавноправни.

О томе: Мујовић-Зорнић, Х.: *Уговор пацијента с лекаром*, стр. 250.

одређени начин лечења, којем се приступа уколико се пацијент са њим сагласи. Нас, из перспективе облигационог права гледано, овај модел настанка односа неодољиво подсећа, наравно уз значајно упроштавање<sup>236</sup>, на понуду и прихват понуде.

Уколико осмотримо пажљиво правила у нашем ЗОО РС које се на закључење уговора односе, то јест на одредбе које се тичу услова које понаособ требају да задовоље и понуда и прихват понуде<sup>237</sup>, нарочито уколико пажњу обратимо на могућност аналогне примене поменутих правила у ЗОО РС на настанак односа медицинских посленика и пацијената произлази као закључак да је поимање овог односа као уговорног потпуно исправно. Другим речима, будући да настаје по идентичном обрасцу као и уговорни однос, однос између медицинских посленика и пацијената најисправније је појмити као однос уговорног карактера.

Штавише, поимање односа између медицинских посленика и пацијената као уговорног, по нама барем, није доведено у питање чак ни уколико констатујемо да је на страни медицинских посленика, пре свих лекара, вишеструко установљена обавеза пружања помоћи пацијенту. Уколико тако посматрамо ствар, учиниће се да се тешко може говорити о каквом уговору уколико једна од страна нема могућност да потпуно самостално формира вољу о уласку у тај однос. Ипак, сва правила, кривичноправног и грађанскоправног карактера, која промовишу обавезу ступања лекара у однос са пацијентом, заправо нису ништа друго до један од честих примера ограничења принципа аутономије воље у погледу могућности незакључења уговора, што даље само потврђује да је овај однос ипак уговорног карактера.

Ипак, одређење природе правног односа између медицинских посленика и пацијената није особито значајно за наш рад, изузев због могућих одступања од правила о уговорној одговорности, будући да медицински посленици, како се то каже, одговарају по

---

<sup>236</sup> Упроштавање је у овом случају неопходно јер, како се то у правној теорији истиче, није у контексту уговора о лекарској услузи могуће јасно разликовати ко даје понуду, ако исту прихвата и када тачно уговор настаје. Упозорење у тим смислу видети код: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 39.

<sup>237</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 32-44.

специфичном „стопљеном основу одговорности“<sup>238</sup> који представља комбинацију уговорне и неугворне одговорности<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Иако је принцип декумулације уговорне и неугворне одговорности за штету један од основних постулата нашег одштетног права, чињеница је да случајеви у којима се кумулирају, преплићу или стапају правила о уговорној и неугворној одговорности нису ексклузивитет односа медицинских посленика и пацијената, већ се у облигационим односима повремено срећу и у другим ситуацијама.

О кумулацији одговорности и примерима детаљније: Салма, Ј.: *Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву*, стр. 69-70.

<sup>239</sup> О третману односа између медицинских посленика и пацијената као уговора, али и одступања од правила о уговорној одговорности најбоље одређење је „Грађанска одговорност у домену медицине [...] смештена је у контекст постојања уговорног односа поводом неког медицинског третмана, али и општих правила облигационог права о *уговорној и деликтној одговорности* [нагласио аутор С.Р.]“.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, Војно-санитетски преглед, вол. 69, бр. 8, Београд, 2012, стр. 693.



## 2. ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА

Обзиром да смо однос који се формира између медицинских посленика и пацијената определили превасходно као правни, треба осмислити да ли је и на који начин осигурано извршавање обавеза које из односа проистичу. Другим речима, потребно је истражити да ли су норме којима се обавезе учесника овог односа конституишу из реда норми које су одређене као потпуне правне норме.

Вођени овом потребом долазимо на терен одговорности учесника поментуог односа у вези с извршењем обавеза које су на њиховој страни конституисане. Наравно, по страни ћемо оставити кривичноправну, сталешку, етичку и дисциплинску одговорност медицинских посленика и посветити се искључиво неким питањима везаним за грађанскоправну одговорност ових субјеката<sup>240</sup>. Ипак, пре него што учинимо извесна прецизирања предмета истраживања сматрамо да је пожељно указати на главне особености грађанскоправне одговорности медицинских посленика из разлога што природа позива којим се они баве заиста захтева да се правила о грађанскоправној одговорности тумаче унеколико другачије у односу на друге субјекте.

Као прво, пратећи обимну правну литературу која се на ову проблематику односи, али пратећи и постојеће правне текстове унутрашњег<sup>241</sup> или међународног карактера,

---

<sup>240</sup> О разлозима због којих се у теорији права сматра да је одговорност за штету значајнија од кривичне, сталешке и осталих облика одговорности детаљније видети код: Мази, Б.: *Лијечничка погрешка*, преузето на адреси [http://www.hdod.net/rad\\_drustva/CLANAK%20-%20Lijecnicka%20pogrjeska.pdf](http://www.hdod.net/rad_drustva/CLANAK%20-%20Lijecnicka%20pogrjeska.pdf), стр.2; Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, Страни правни живот, бр. 3, Београд, 2011, стр. 100-101; Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 692-693; Никшић, С.: *Основна обиљежја одговорности за штете у медицини*, стр. 283.

<sup>241</sup> Погледајмо с тим у вези највише акте земаља у окружењу. Устав Републике Црне Горе („Службени лист ЦГ“, бр. 1/2007) у делу који се односи на лична права и слободе каже да свако има право на здравствену заштиту, истовремено јемчећи достојанство човека у погледу примене биологије или медицине. Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05) у другом одељку гарантује сваком право на здравствену заштиту у складу са законом. Устав Републике Хрватске („Народне новине РХ“, бр. 28/ 2001) у члану 58. гарантује право на здравствену заштиту. Сличну одредбу има и Устав Федерације БиХ („Службени гласник БиХ“, бр. 25/2009) који свим особама на територији Федерације гарантује највиши

уочићемо да сви ови текстови, нормативног или ненормативног карактера, врло доследно промовишу исту вредност – право на здравље, то јест право на заштиту психичког и менталног здравља. Због тога што је њен основни циљ заштита и унапређење квалитета живота и здравља човека, медицинску делатност треба другачије посматрати у односу на друге делатности. Прави циљ медицинске делатности је, не само спутати болове и нежељена стања, него и омогућити нормалан живот пацијенту<sup>242</sup>. Овако постављен основни циљ чини бављење медицинском делатношћу још сложенијим будући да су и тело и душа, без обзира на сав досадашњи развој науке, одувек били, а чини се да ће то и остати, непознаница. Управо због тога медицинска делатност увек је скопчана са безбројним ризицима<sup>243</sup>, међу којима, свакако, посебну пажњу изазива стална опасност од наступања нежељених последица<sup>244</sup>. Тачно је да поједине гране медицине, попут хирургије, подразумевају и већи ризик од настанка штете, но исто тако је тачно да не постоји грана медицине која се може сматрати неризичном<sup>245</sup>. Не треба, стога, да изненади осећај „инсуфицијентности“ медицинских посленика због немогућности објективне процене при доношењу одлуке од значаја за медицинску интервенцију<sup>246</sup>, нарочито ако се

---

степен здравствене заштите. Наш Устав у члану 68. следи пример поменутих земаља и каже да свако има правно на заштиту свог психичког и физичког здравља.

<sup>242</sup> Тако: Бернар, Ж.: *Величина и искушења медицине*, Београд, 1975, стр. 159.

<sup>243</sup> Због бројности ризика с којима је обављање медицинске делатности скопчано, ризике је било потребно класификовати ради лакшег проучавања. У том смислу, правна теорија познаје поделу на опште и специјалне, типичне и атипичне, уобичајене и повећане, оне који су под контролом медицинских посленика и оних који су означени као судбински.

Детаљније о томе: Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 28.

<sup>244</sup> Медицину, како то Јован Ристић помало поетски каже, тајанственост ни данас није напустила и нема изгледа да ће је икада напустити, управо због тога она корача по танкој линији живот-смрт, а која је сама по себи недокучива и као таква мистична (видети: Ристић, Ј.: *Медицина и друштво*, Београд, 1975, стр. 9). Слично и: Радишић, Ј.: *Медицински стандард и одговорност лекара*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2008, стр. 287-288.

<sup>245</sup> Тако: Прањић, Н.: *Медицинска погрешка – професионална одговорност за штете у Босни и Херцеговини*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2009, стр. 230.

<sup>246</sup> О томе: Гјурашин, М.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године, стр. 12.

она посматра у контексту растућих, често нереалних, очекивања грађана који директно финансирају пружање здравствених услуга<sup>247</sup>.

При таквој поставци ствари, а нарочито ако, као друго, имамо у виду да медицински посленици – за разлику од, примера ради, грађевинара, аутомеханичара или хемичара који увек могу да одбију да ураде нешто из домена своје струке уколико постоји и најмањи ризик од неуспеха или штете – имају правну, моралну, стручну<sup>248</sup>, а изнад свега људску обавезу да учине све што је у њиховој моћи да здравље и живот пацијента заштите, па чак и онда и када постоји огроман ризик да ће при тој интервенцији настати штетна последица<sup>249</sup>, јасно је да се проблему утврђивања њихове одговорности не може приступити на исти начин као утврђивању одговорности представника других делатности. Штавише, са пуно права се може бранити чак и идеја о постојању и тзв. права на лекарску грешку, без обзира да ли се питањем њихове одговорности бавимо са практичног аспекта

---

<sup>247</sup> Тако: Никшић, С.: *Основна обиљежја одговорности за штете у медицини*, стр. 283. Слично: Turner, P., Williams, C.: *Informed consent: Patient listen and read, but what information do they retain*, <http://search.proquest.com/oenview/6cd92c13d2a24106752ebb3e486f28e9/1?pq-origsite=gscholar>, стр. 1; Штифанић, М.: *Лоша комуникација и друге лијечничке погрешке*, преузето са сајта [file:///C:/Users/Srdjan/Downloads/16\\_Stifanic.pdf](file:///C:/Users/Srdjan/Downloads/16_Stifanic.pdf), стр. 296 и даље. 304 и даље.

<sup>248</sup> О обавези учествовања у конзилијуму и стручној, моралној и правној одговорности, како председника конзилијума, тако и сваког члана понаособ за донету одлуку, видети код: Стојановић, И.: *Дијагностичке лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010, стр. 220-221. О одговорности лекара у улози конзилијара детаљније видети и : Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 243-255; Радишић, Ј.: *Сарадња лекара различитих специјалности и њихова одговорност*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 184 и даље.

<sup>249</sup> Медицински посленици, иако свесни свих ризика које интервенција носи, па иако су чак свесни каткад да је наступање штете извесно, нису у прилици да просто тек тако одустану од ризичног захвата. Они нису у прилици да се ухвате у коштац само са здравственим проблемима, рецимо тако у недостатку бољег израза, излечивих пацијената, а да одустану од лечења оних који то према стручним проценама нису. Изразито наглашена хумана природа њиховог позива, али и посебна хумана лична црта која краси оне који се одлучују за обављање ове делатности, просто их тера да нешто предузму без обзира на евентуални ризик наступања штете, па чак и у случајевима када је наступање одређене штете потпуно извесно (упозорење у том смислу видети код: Радишић, Ј.: *О одговорности лекара уопште*, Право – теорија и пракса, бр. 3-4, Београд, 2000, стр. 63-64). Зато се с пуним правном каже да је свеколика медицина љубав (о томе код: Бернар, Ж.: *Величина и искушења медицине*, стр. 11).

или у контексту правнотеоријских истраживања. Она се може бранити у контексту става да се у односу између медицинског посленика и пацијента, не преплићу само етика и хуманост, већ и потреба и дужност<sup>250</sup>. Она се тим пре може бранити у контексту упозорења стручне медицинске јавности да медицински посленици, због сталних притисака и тензија, често морају да раде на начин који није потпуно медицински оправдан<sup>251</sup>.

У контексту претходних разлога, осећамо потребу да укажемо и на то да се приликом процене одговорности представника било које професије, а нарочито медицинске ваљају имати у виду друштвено-економске прилике у земљи. Од круцијалне важности је да у контексту тих прилика ценимо одговорност представника неке професије.

Ово кажемо из разлога што ми, готово неспорно, имамо изузетне лекаре и медицинске сараднике, но опште је познато да је наша земља сиромашна и да у овом тренутку не располаже најсавременијом дијагностичком и терапеутском опремом. Такође, познато је да не располажемо најквалитетнијим условима за смештај и лечење болесника. Најзад, познато је да су залихе лекова и медицинског материјала више него скромне. У таквим условима, лекари су, и поред све своје умешности и знања, у врло незавидном положају<sup>252</sup>. Тај положај одговара, сликовито речено, положају чаробњака без чаробног штапића. И заиста, од медицинских посленика, дакле и медицинских радника и сарадника, али и медицинских установа, очекује се много, а врло често и много више него што су оне у датим условима објективно у стању да пруже пацијенту<sup>253</sup>. Дакле, када се у теорији каже

---

<sup>250</sup> У том смислу: Жунић, Ј., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, стр. 7.

<sup>251</sup> Тако: Ђепулић, Е.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године, стр. 9.

<sup>252</sup> Слично упозорење налазимо и међу представницима хрватске медицинске јавности. О примерима одговорности у контексту економских прилика видети: Ђепулић, Е.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године, стр. 10-11.

<sup>253</sup> Оно што посебно радује је то да су судије у нашој скромној и не претерано креативној судској пракси у овој области – и поред тога што је медицинско право у огромној мери неразвијено у нас, а захтеви пацијената и јавности превелики, па каткад и нескромни – све више увиђају да се одговорност медицинских посленика нужно мора ценити у контексту друштвено-економских прилика у којима раде.

да се приликом процене одговорности медицинских посленика морају имати у виду три базична постулата – простор, кадар и опрема, заправо мисли се на то да се одговорност медицинских посленика, а нарочито њихова грешка имају ценити у контексту конкретних друштвених околности<sup>254</sup>.

С овим у вези ваља имати још једну битну ствар на уму. Иако смо ми, по угледу на претежан део правне теорије, присталице правне регулације медицинске делатности, чињеница је да се о разлозима *pro et contra* правне регулације итекако може расправљати и данас, јер аргументи којима се други став може бранити уопште нису занемарљиви<sup>255</sup>. Ипак, тај својеврсни хладни рат који се између медика и правника, како се то каже, води на бојном пољу које из принципијелних разлога не познаје примирје, итекако може бити окончан<sup>256</sup>.

Верујемо да умерени државни интервенционизам у овој области – умерен у смислу да у пуној мери уважава побројане особености односа између медицинских посленика и пацијената – може оправдати растуће поверење медицинских посленика. То се поверење може препознати јер и медицински стручњаци истичу да поверење између медицинских посленика и пацијената и правно регулисање њиховог односа не треба нужно посматрати као две непомирљиве супротности<sup>257</sup>. У том контексту, затим, каже се и то да право никако не треба посматрати као разлог стварања јаза на релацији између друштва и медицине јер је оно, по њиховом мишљењу, једино позвано да премости тај јаз и да реши

---

С тим у вези врло су инспиративни ставови неких од судија Врховног суда Србије. Видети детаљније: Милутиновић, Љ.: *Накнада штете због лекарске грешке*, Билтен судске праксе, Врховни суд Србије, бр. 3, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 30 и даље.

<sup>254</sup> О овим и другим постулатима видети: Халер, Х.: *Медицински приступ одговорности лијечника за штете које настају при пружању медицинских услуга*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008, стр. 280 и даље.

<sup>255</sup> О разлозима и за и против правне регулације детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 36-38; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 59-60.

<sup>256</sup> О овим и другим сличним метафорама видети код: Ђурђевић, Н.: *Пристанак пацијента на лечење*, Крагујевац, 1997, стр. 3.

<sup>257</sup> Како то професор Радишић лепо каже, могуће је, наиме, и потребно ове моменте посматрати као два система која су међусобно комплементарна и која се као таква допуњују, па чак и међусобно оплемењују. Видети: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 59-60.

проблем створеног неповерења<sup>258</sup>. Ово из разлога што етичка правила на која се медицинска делатност од самог почетка највише ослањала, сама по себи то нису у стању, иако неспорно играју огромну улогу и данас<sup>259</sup>. Истиче се и то да медицинска и правна струка на коју се друштво тако чврсто ослања, иако у основи битно различите, или боље рећи посебне, обе, заправо, теже истом циљу, а то је да човеку обезбеде здравствену, социјалну и правну заштиту<sup>260</sup>. Заправо, медицинска делатност мора да се одвија у окружењу створеном од правних норми, а у којем је промовисана комплементарност научних сазнања и узајамног поверења свих учесника друштвеног односа који се формира поводом медицинске интервенције<sup>261</sup>.

Када говоримо о грађанскоправној одговорности медицинских посленика, јасно је да и они, попут представника других делатности, одговарају онда када из перспективе правног поретка учине неку грешку<sup>262</sup>, а која се манифестује као штета по пацијента<sup>263</sup>.

---

<sup>258</sup> „[...] право не ствара неповерење већ створено неповерење позива право да интервенише“.

Тако: Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, стр. 277.

<sup>259</sup> Ми живимо у свету који све мање цени моралне вредности, те ставља ствари и струку испред људи, а материју испред духа (тако: Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, Загреб, 1985, стр. 7-8). Управо због тога, упркос мишљењу дела медицинске јавности да само лекари могу имати изворни и истинит увид у оно што представља адекватну медицинску делатност и да је етичност лекара једино на шта се поздано може рачунати, ослонац је нужно морао бити потражен у праву, тачније медицинском праву.

<sup>260</sup> Поповић, Д.: *Медицинска делатност – ризици и видови одговорности*, Право – теорија и пракса, бр. 3-4, Београд, 2000, стр. 56.

<sup>261</sup> Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, [http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM\\_educacije\\_-\\_tekst.pdf](http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf), стр. 3.

<sup>262</sup> Доказ ове тврдње лако налазимо у терминлогији која се у различитим правним поретцима користи за означавање момента од којег заснивање одговорности медицинских посленика зависи. Тако су се у земљама западне Европе у усталиле разне варијанте израза грешке или погрешног поступања медицинских посленика, док се у земљама англосаксонског правног система усталио израз *medical malpractice*.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 103 и 105; Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 692. О томе видети и: Радишић, Ј.: *Медицински стандард и одговорност лекара*, стр. 287.

<sup>263</sup> Иако се и ми, у маниру професора Радишића, питамо да ли се о лекарској грешки ради само онда када постоји штета или грешка постоји независно од штете, за потребе овог рада, будући да се бавимо грађанскоправним аспектом лекарске грешке, најупутније је, без уласка у дубљу филозофску расправу,

Изрека *errare humanum est* опште је позната. Јасно је да сви грешимо, но исто тако потпуно је јасно да се на исти начин не могу ценити грешка човека који је погрешно обуо ципеле и грешка лекара који је рендгенски снимак бубрега окренуо наопако услед чега је човеку одстрањен здрав бубрег<sup>264</sup>. Појам грешке медицинског посленика и систем одговорности који се налази на прелазу између талиона из Хамурабијевог законика и Платоновог лаксизма<sup>265</sup>, ваља са посебном пажњом проучавати, нарочито због тога што штетна последица грешке медицинског посленика не мора погађати само појединца, већ каткад и већи број људи<sup>266</sup>.

„Грешка посебно добија на тежини у медицинској струци јер поседује дуплу аксиоматску димензију у исто време и комплементарну и различиту: медицинско одређење где је грешка окарактерисана према важећој научној норми, и правно одређење које је у вези са мањкавостима у извршавању правно преузетих обавеза и означава противправну радњу“<sup>267</sup>. Ипак, грешка о којој овде говоримо, по правилу, односи се на огрешење о неко од правила струке<sup>268</sup> чију је примену и поштовање осигурао правни поредак преузимајући на себе откалањање штетних последица таквог понашања<sup>269</sup>. Њу

---

констатовати да лекарска грешка увек мора за последицу имати штету. Уосталом, овакво одређење је у складу са одредбама 333 РС (видети: 333 РС чл. 197).

О овој, али и другим постојећим дилемама када је у питању дефинисање лекарске грешке, видети код: Радишић, Ј.: *Појам лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010, стр. 181 и даље.

<sup>264</sup> Тако: Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године, стр. 1.

<sup>265</sup> У том смислу: Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 2.

<sup>266</sup> Упозорење у том смислу видети код: Ђепулић, Е.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 9.

<sup>267</sup> Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 109; Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 694.

<sup>268</sup> Често се говори у правној и медицинској литератури о стручним грешкама, но готово да се нико од аутора није бавио самим појмом стручности, на основу којег би даље извлачио закључак о нестручном понашању. Редак изузетак у том смислу: Петровић, О.: *Медицинска компликација или стручна погрешка?*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2013, стр. 101 и даље.

<sup>269</sup> Овако одређен појам лекарске грешке није удаљен много од појма *Kunstfehler der Ärzte* који је средином 19. века конструисао чувени патолог Rudolf Virchow.

ћемо – без уласка у за сада непотребну анализу разлика између грешке, компликације и неизбежног исхода<sup>270</sup> – препознати по одређеним особинама. Главне особине такве грешке која може бити разлог упућивања прекора јесу предвидивост и могућност избегавања<sup>271</sup>.

И заиста, у теорији се каже од времена римског права<sup>272</sup>, мада нам постојећи подаци указују на то да је таква пракса постојала и далеко раније, успостављање одговорности лекара за смрт или какву другу штетну последицу коју пацијент трпи зависило је од тога да ли у конкретном случају постоји грешка лекара<sup>273</sup>. Доцније се по истом систему, наравно у складу са еволуцијом грађанскоправне одговорности, правна одговорност која се темељила на грешки лекара, пресликала и на одговорност других здравствених радника и сарадника, па и медицинских установа. Грешка је, дакле, примарни основ одговорности медицинских посленика и за примарне и за секундарне

---

О овом појму, његовом значењу, али и разлогу његовог напуштања у немачкој правној теорији видети код: Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 2; Прањић, Н.: *Медицинска погрешка – професионална одговорност за штете у Босни и Херцеговини*, стр. 230.

<sup>270</sup> Ову анализу погледати код: Шобат, Х.: *Разлика између погрешке и компликације у накнади штете*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008, стр. 302 и даље. Видети, такође, и: Петровић, О.: *Медицинска компликација или стручна погрешка?*, стр. 100 и даље; Цуцулић, Д., Стемберга, В., Петарос, А., Шоша, И.: *Лијечничка погрешка и компликација у хитној медицини*, на сајту [http://www.researchgate.net/profile/Ivan\\_Sosa/publication/266399442\\_Lijenika\\_pogreka\\_i\\_komplikacija\\_u\\_hitnoj\\_medicini\\_Medical\\_Malpractice\\_and\\_Complications\\_in\\_Emergency\\_Medicine/links/543249790cf29bbc1278b340.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Ivan_Sosa/publication/266399442_Lijenika_pogreka_i_komplikacija_u_hitnoj_medicini_Medical_Malpractice_and_Complications_in_Emergency_Medicine/links/543249790cf29bbc1278b340.pdf).

<sup>271</sup> Тако: Carstensen, G.: *Arzthaftung*, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Келн, 1999, стр. 508. Слично: Пауковић, Х.: *Правни аспекти медицинског вјештачења и неимовинске штете у оквиру грађанскоправне одговорности лијечника за штету*, стр. 291; Прањић, Н.: *Медицинска погрешка – професионална одговорност за штете у Босни и Херцеговини*, стр. 230.

<sup>272</sup> Тако: Почуча, М., Шаркић, Н., Петровић-Мрвић, Н.: *Лекарска грешка као правни основ одговорности лекара и здравствених установа*, Војносанитетски преглед, бр. 70/2, Београд, 2013, стр. 209.

<sup>273</sup> Чини се да су у праву аутори који сматрају да се модеран појам лекарске грешке развио на разлици која постоји између кривичноправне и грађанскоправне заштите пацијента јер је, како се истиче, уочено постојање таквих грешака које не чине биће кривичног дела, али које свакако захтевају санкционисање на други начин.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 100.



штете<sup>274</sup> и то није нешто што треба да изненади јер и представници других делатности одговарају по сличном систему. Међутим, код одговорности медицинских посленика, то је врло инспиративно, постоји могућност успостављања правне одговорности и онда када грешке, барем у оном најужем смислу те речи, нема.

Да бисмо ово боље разумели, поготово зато што ћемо у раду инсистирати на нијансирању случајева грађанскоправне одговорности медицинских посленика на лекарску грешку у ужем и ширем смислу, потребно је као прво појаснити на шта тачно мислимо када употребимо израз лекарска грешка<sup>275</sup>. Поједностављено речено, припадници свих професија – они које смо побројали, али ништа мање ни они које нисмо поменули до сада – дужни су да се у свом раду придржавају правила струке, то јест постављених стандарда и да у обављању задатака који су им поверени поступају пажљиво. Од њих се, заправо, очекује да као професионалци поступају са нарочитим степеном пажње, степеном пажње који се од доброг стручњака може очекивати<sup>276</sup>, дакле много већим него што је то случај са онима који у свом деловању не иступају као стручњаци.

Уколико се деси да се представник одређене професије, у нашем случају медицински посленик, оглуши о заповести које му струка намеће, односно о заповести правног поретка које се односе на степен пажње који је захтеван за обављање одређеног посла и уколико из таквог понашања<sup>277</sup> проистекне штета, долазимо на терен феномена

---

<sup>274</sup> О „редоследу“ заснивања одговорности за примарне и секундарне штете које при медицинској интервенцији настају, детаљније код: Прањић, Н.: *Медицинска погрешка – професионална одговорност за штете у Босни и Херцеговини*, стр. 231.

<sup>275</sup> И док се у правној литератури радо дискутује о свим аспектима везаним за лекарску грешку, медицинска стручна јавност се о виђењу сопствених грешака махом не изјашњава. Редак приказ ставова медицинске јавности по том питању видети код: Радишић, Ј.: *Појам лекарске грешке*, стр. 182.

<sup>276</sup> Под утицајем француског права, као норма у понашању у наш ЗОО РС инкорпориран је правни стандард доброг стручњака, а не, као у енглеском и немачком праву, разумно компетентног или искусног и савесног лекара истог ранга.

О томе детаљније: Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 693

<sup>277</sup> Штете при медицинској интервенцији не настају, супротно општем утиску, искључиво као последица чињења. Оне су често последица нечињења. Штавише, на темељу статистичких истраживања може се констатовати да је приликом одређених врста интервенција, попут оних које се тичу дијагностиковања и

познатог под називом лекарска грешка. Дакле, да бисмо говорили о лекарској грешци<sup>278</sup>, барем у најужем смислу, потребно је да је у конкретном случају представник медицинске професије поступио супротно правилима струке која се везују за одређену медицинску интервенцију, односно да није задовољио „медицински стандард“<sup>279</sup> и да, притом, није показао довољно пажње у обављању те интервенције, а да је као последица таквог понашања настала штета<sup>280</sup>. Овакво одређење, чини се, у складу је са важећим правилима у нашој земљи која познају и дефинишу појам лекарске грешке, иако то чине у контексту регулисања понашања свих субјеката који учествују у процесу здравствене заштите<sup>281</sup>.

Будући да смо ми и у скици која је овом раду претходила најавили да нам се у раду ваља вратити основним питањима, питање које се по аутоматизму отвара након претходног излагања јесте питање да ли лекарска грешка постоји само онда када су оба

---

лечења шећерне болести, штета двоструко чешћа последица нечињења. Из тих разлога смо се одлучили да у раду говоримо о понашању медицинских посленика.

Слично резонување, па и својеврсно упозорење видети код: Цветковић, М., Николић, Ђ: *Грађанскоправна одговорност због непримене неопходних медицинских средстава*, стр. 356.

<sup>278</sup> У научној литератури, а нарочито у лаичкој јавности, појам лекарске грешке везује се за погрешно и недовољно пажљиво поступање лекара, међутим, ми ћемо у овом раду појам лекарске грешке значајано проширити, проширити утолико што ћемо на њега надовезати и грешке свих медицинских радника и сарадника, али и медицинске установе која за грешке њених радника и сарадника одговара, каткад искључиво, а каткад солидарно са медицинским радником, односно сарадником који је штету непосредно изазвао (обратити пажњу на члан 171 у вези с чланом 170 ЗОО РС).

<sup>279</sup> О појму медицинског стандарда, његовом крајњем свођењу на оно што смо ми у раду означили медицинском грешком у ужем смислу, те о релативности овог појма због читавог низа разлога, детаљаније видети код: Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 3-4; Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 108; Радишић, Ј.: *Медицински стандард и одговорност лекара*, стр. 288-290.

<sup>280</sup> Појам лекарске грешке први пут налазимо као формиран и дефинисан појам у немачкој литератури код: Virchow R: *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, Bd. 1, Berlin, 1879,

Тако одређен појам лекарске грешке налазимо и у судској пракси. У том смислу видети: Милутиновић, Љ.: *Накнада штете због лекарске грешке*, стр. 32.

<sup>281</sup> Дефиниција стручне грешке дата је у нашем ЗЗ РС у чл. 197. О дефиницијама које су прихваћене у странијој теорији права, али и законским текстовима, детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Појам лекарске грешке*, стр. 185-192.

поменута услова испуњена или је за подвођење одређеног понашања под лекарску грешку и стварање обавезе за надокнаду штете на страни медицинског посленика довољно постојање само једног услова. Потрага за одговором на ово питање, успутно, понудиће и објашњење зашто у раду баратамо у правној литератури неубичајеном поделом лекарских грешака на грешке у ужем и грешке у ширем смислу<sup>282</sup>.

Врло је интересантно да се грађанскоправна одговорност када су у питању медицински посленици везује првенствено за лгрешку која је настала стицајем оба услова која смо претходно поменули. Међутим, питање одговорности медицинских посленика, такође, може се поставити и у оним случајевима када је једна интервенција спроведена у складу са свим важећим правилима струке, то јест када медицинска интервенција одговара „медицинском стандарду“. Овим смо дошли до дела у којем је од суштинске важности да рашчистимо термилошке недоумице у погледу употребе термина лекарска грешка у ужем и у ширем смислу. Објаснили смо шта би, према у теорији права већ устаљеном становишту, требала да представља лекарска грешка у ужем смислу, но

---

<sup>282</sup> Нијансирање, то јест покушаји нијансирања врста лекарских грешки у савременој правној теорји нису ни новост ни ректост. Једна од најшире прихваћених подела јесте подела на класичне грешке које се односе на вештину и умеће и грешке на периферији лечења које се махом тичу обавештавања пацијента (о томе детаљније: Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 693.). Такође, често се говори и о подели на апсолутне и релативне лекарске грешке (Радишић, Ј.: *Појам лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010, стр.184). Све више је присутна подела лекарских грешака на оне које тичу одређених фаза у решавању здравствених тегоба, па се тако разликују дијагностичке, терапеутске, профилактичке и рехабилитацијске грешке (о овим и другим поделама код: Стојановић, И.: *Дијагностичке лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010, стр. 219-220. Поделу на активне, пратеће, обичне и латентне грешке видети код: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 105-106.

Међутим, подела на којој ми инсистирамо, иако подела на грешке у ужем и ширем смислу није попутоно непозната, мада у битно другачијем контексту (Радишић, Ј.: *Медицинско право*, стр. 159-160), тим пре је неубичајена зато што је у нашем важећем законодавству јако тешко наћи било какво утемељење код дефинисања бића лекарске грешке, а камоли њеног нијансирања на грешке у ужем и ширем смислу будући да наше позитивно законодавство овај појам не познаје, барем не као позитивноправно прихваћен назив за појаву коју ми означавамо као лекарску грешку.

Значајно упозорење за здравствене раднике, али и колеге правнике у том смислу видети код: Милутиновић, Љ.: *Накнада штете због лекарске грешке*, стр. 32.

остало је нејасно на шта се може односити израз лекарска грешка уколико га употребимо у ширем смислу.

Приликом извођења медицинске интервенције неретко произлазе последице које се дају подвести под правни појам штете, како законски, тако и под онај на којем ми у раду инсистирамо, а које нису резултат поступања медицинских посленика која су супротна захтевима струке. Прецизније, како се то у научној литератури истиче, независно од било каквих омашки или грешака лекара и медицинских посленика уопште, дакле независно и од тога што они у конкретном случају нису прекршили ниједно правило струке, неретко долази до погоршања здравља пацијената или њихове смрти<sup>283</sup>.

Опште је, наиме, познато да приликом предузимања одређених медицинских интервенција, телесни и/или психички интегритет пацијента бивају тангирани у тој мери да се као резултат тога код пацијента јављају болови, ожиљци, одређени степен наружености, спреченост за рад, па чак и трауме и слично. Просто, ове нежељене последице су готово редовна пратећа појава медицинских интервенција и одређених поступака лечења, нарочито данас када, због пораста значаја инвазивних хируршких метода лечења, живимо у веку „агресивне медицине“.

При извиђењу медицинске интервенције потребно је да, поред поштовања захтева које медицинска струка пред њих у раду поставља, медицински посленици удовоље и све бројнијим захтевима правног поретка који су с тим у вези постављени. Другим речима, медицински посленици се у свом раду морају водити, како правилима струке, то јест „медицинским стандардом“, тако и правилима које законодавац пред њих поставља уколико желе да избегну грађанскоправну одговорност за штету, па чак и онда када она настаје као пратећа последица медицинске интервенције<sup>284</sup>. Произлази одатле да поштовање само правила струке није довољно да одговорност за ове видове штете изостане, већ је потребно да се медицински посленик повинује и додатним правним правилима, јер се и правила струке покоравају правним нормама која су им претпостављена.

---

<sup>283</sup> Тако: Тако: Почуча, М., Шаркић, Н., Петровић-Мрвић, Н.: *Лекарска грешка као правни основ одговорности лекара и здравствених установа*, стр. 208.

<sup>284</sup> Тако: Никшић, С.: *Основна обљежја одговорности за штету у медицини*, стр. 285.

Дакле, медицински посленик који се у свом раду није водио захтевима правног поретка, одговараће за штету која приликом медицинске интервенције настаје без обзира на то што се у раду водио строго правилима медицинске струке. Он ће чак одговарати и без обзира на то што је негативна последица пратећа последица медицинске интервенције. Ако се с овим сазнањем вратимо на претходни део рада у којем говоримо о лекарским грешкама у ужем и у ширем смислу, постаје сасвим јасно на шта смо мислили употребом ових термина и који од њих везујемо за коју појаву. Ипак, додатно појашњење с тим у вези, верујемо, није на одмет.

Када говоримо лекарској грешци у ужем смислу имамо у виду случајеве проузроковања штете при медицинској интервенцији који су настали услед непридржавања правила медицинске струке. Притом, овом приликом не улазимо у разлике које се могу, а по нама и морају правити између лекарске грешке и лекарске омашке, јер би истраживање тих разлика изашло ван предмета нашег рада. У првом случају реч је, дакле, о поступању *contra legem artis*, односно о незадовољавању „медицинског стандарда“. С друге стране, под појам лекарске грешке у ширем смислу подводимо оне случајеве у којима је штета настала и поред тога што су медицински посленици поступали у складу с правилима струке, али у којима се нису придржавали захтева правног поретка у погледу услова за предузимање интервенције. У другом случају, за разлику од првог, имамо поступање медицинских посленика *contra legem*.

Тиме што оба случаја подводимо под појам лекарске грешке, сматрамо да не уносимо непотребну забуну. Ми смо прихватили доминантни став да је за заснивање одговорности медицинских посленика за штету увек потребна нека врста грешке, с тим што ми даље вршимо нијансирање – у првом случају, грешка је почињена из перспективе струке, у другом из перспективе правног поретка. Уосталом, када грешка, па ма како она била постављена, не би постојала, не би ни имало смисла постављати питање било чије одговорности, а понајмање оних који се старају о нашим највећим вредностима – животу и здрављу<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> Овакво резонување у складу је са ставом у правној теорији да се појам лекарске грешке не сме посматрати никако другачије него као збирни појам за читав низ различитих погрешака које у овом појму налазе родни појам.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 105.

Најзад, још један у низу разлога који би нашу поделу могао да оправда јесте тај што она ни на који начин не противречи важећим прописима, пре свега ЗЗЗ РС који грешку дефинише. Овај закон, наиме, говори о непознавању или непридржавању професионалних вештина у пружању здравствене заштите, што кореспондира лекарској грешки у ужем смислу. Међутим, овај закон говори и о непознавању или непридржавању утврђених правила и у складу с тим професионалних дужности у процесу пружања здравствене заштите што, са друге стране, кореспондира нашем одређењу лекарске грешке у ширем смислу<sup>286</sup>. Оно што се може упутити као критика нашем нијансирању лекарских грешака из перспективе ЗЗЗ РС јесте то што се у законској дефиницији сви облици грешака подводе под заједнички именитељ „стручне грешке“. Ипак, овде би се пре могло говорити о томе да законодавац није довољно слуша имао за став правне теорије који готово подразумева да се под стручну грешку подводи само непоштовање правила медицинске струке, а не и осталих правила.

У погледу могуће термилошке забуне која би могла да настане увођењем у рад новог појма – појма лекарске грешке у ужем и лекарске грешке у ширем смислу – рећи ћемо да смо се за ову терминологију одлучили, изнад свега, ношени жељом да не направимо већу забуну употребом другачије терминологије. Алтернатива за означавање једне тако битне појаве готово да није постојала, јер случајеви лекарске грешке у ширем смислу никада нису подведени под неки заједнички појам, а постојала је потреба за тим да се та појава као скуп истоврсних случајева проучава под заједничким називом. Алтернатива је, заправо, била да појам лекарске грешке заменимо неким другим, чак и рогобатнијим изразом, но од тога смо, врло је јасно зашто, одустали одмах.

Наиме, појам лекарске грешке, мислимо на појам који смо ми одредили као ужи, у нашој правној литератури је прилично одомаћен. Као већ формираног и утемељеног дубоко у свести наше правне, али и лаичке јавности, желели смо да га задржимо и избегнемо унесење непотребне забуне. Стога смо ми други случај подвели под појам грешке у ширем смислу, истовремено означавајући познатији као појам у ужем смислу. Притом, верујемо да су термини ужи и шири смисао потпуно адекватни и служе сврси.

---

<sup>286</sup> Слично резонување о постојању две групе обавеза, истина формираних по другачијем критеријуму, нарочито у погледу друге групе обавеза видети код: Николић, М. К.: *Одговорност лекара за штету*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2002, стр. 248.

Они одговарају као именовани из разлога што осликавају однос струковних и правних норми које се, уз дозу опреза који се мора нужно имати при таквом тврђењу, ипак односе као посебне према општим.

## V. ПРАВНИ ЗНАЧАЈ И УЛОГА ПРИСТАНКА ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ

### 1. ЗАМЕНА ПАТЕРНАЛИСТИЧКОГ АУТОНОМНИМ КОНЦЕПТОМ И УСЛОВИ ДОПУШТЕНОСТИ МЕДИЦИНСКЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

Експанзија науке уопште, заправо њено стално напредовање којем се ни највећи оптимисти нису надали, најбоље је представљено речима професора Царића који каже да смо, захваљујући огромном броју научника из свих области, толиком да се чини да их данас има више него кроз све периоде историје укупно, прешли из света фантазије у свет реалности<sup>287</sup>. Међутим, еволуција старања о здрављу и животу човека – рећи ћемо еволуција иако нас историја учи да развој медицинске делатности никако није био само права, узлазна, неискривљена линија<sup>288</sup> – довела је до тога да од нечега што је првобитно била вештина појединца настане<sup>289</sup> један од најзначајних глобалних феномена данашњице. Та еволуција, наравно уз промењену суштину односа лекара и пацијента, била је одговор на стално растућу потребу друштва за сигурношћу, нарочито у погледу неких тако осетљивих питања као што су здравље и квалитет живота човека. Пратећа последица тога била је пораст потребе да медицински посленици у бављењу медицинском делатношћу потраже ослонац, будући да они – нити сами, нити кроз сталешке организације које су јако

<sup>287</sup> Тако: Царић, С.: *Мултидисциплинарно проучавање здравства и друштвени развој*, Право – теорија и пракса, бр. 3-4, Београд, 2000, стр. 3

<sup>288</sup> О развоју медицине, можемо рећи тако, представљеном математичким језиком, детаљније видети код: Ристић, Ј.: *Медицина и друштво*, стр. 13 и даље.

<sup>289</sup> Због мистичности којом је био проткан механизам настанка болести, у најраније време решавање здравствених тегоба било је препуштено ретким појединцима за које се веровало да су у стању да се повежу са силама које су сматране одговорним за здравље људи. Стога је по природи ствари потпуно логично да су прве радње које се могу назвати покушајима лечења, па зашто да не и лечењем, предузимали, по правилу, магови, шамани, разни свештеници, врачеве и астролози.

(Детаљније о томе у контексту различитих фаза пренаучног бављења медицином видети код: Станојевић, В.: *Историја медицине*, уводна излагања; Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, стр. 114-145; Радишић, Ј.: *Медицинско право*, стр. 27-29 ).



рано почели да формирају – нису више успевали да адекватно заштите своју професију. Заштиту и ослонац су потражили у праву.

Међутим, корпус правних правила који се на предузимање медицинске интервенције односи – за разлику од правила медицинске струке која су врло променљива, просторно, временски, па чак и ситуационо, релативно је стабилан у све три димензије. Другим речима, правна правила у овој области нису у тој мери подложна сталним променама, те да су као таква, макар на први поглед, погоднија за разумевање и научну обраду, али и примену у пракси<sup>290</sup>.

С тим у вези, ипак, ваља бити нешто прецизнији како се не би стекао погрешан утисак да је овај скуп правила ригидан и да није подложен никаквим променама, пре свега револуционарним, а тим пре ни еволуционим. Но, пре него се ми у наставаку рада упустимо у праћење оних промена које се могу означити као еволуционе, размотрићемо овде једну револуционарну промену која се односи на однос лекара и уопште медицинских посленика према пацијентима, а све са циљем да се разматрање појединих института и услова допуштености медицинске интервенције логички повеже и приближи широј јавности, која би за ову проблематику евентуално била заинтересована.

Епитет „револуционарни“ ова појава заслужила је, комбиновано, из више разлога, међу којима ћемо ми, ипак, издвојити три. Први у „тријумвирату“ разлога тиче се величине промене, други начина на који је она извршена, а трећи времена које је било потребно да промена почне да производи правне ефекте. Прецизније, раније постојећи однос између медицинских посленика, на првом месту лекара, и пацијената, замењен је другим, потпуно новим концептом који је, као прво, био дијаметрално супротан старом, као друго, заменио постојећи практично без икаквих међуфаза и, као треће, одмах почео

---

<sup>290</sup> Тиме што правна правила сматрамо унеколико лакшим за проучавање у односу на правила струке због њихове троструке стабилности не желимо да умањимо проблем проучавања правних прописа који се на медицинску делатност односе због њихове неуједначености и, да тако кажемо у недостатку бољег израза, разбацаности тих правила по правном поретку. Ова правила вапе за темељном систематизацијом, али и унификацијом.

Оштру критику повремено контрадикторних решења у области медицинског права која настају као резултат тога што су односи који су предмет медицинског права обухваћени и регулисани различитим гранама права, видети код: Николић, М. К.: *Одговорност лекара за штету*, стр. 248 и даље; Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, стр. 7-8.

да производи правне ефекте. Оваква промена концепта у једном друштвеном односу, тим пре што је реч о односу који је од тако великог друштвеног значаја и који је као значајнији мање подложен наглим променама, мора бити означена као револуционарна. Наравно, термилошко опредељење и аргументација која је у корист тог опредељења наведена биће далеко јаснији када појаснимо о којој и каквој промени је реч.

Општеприхваћени сталешки, стручни, морални и етички, али пре свега правни принцип, на којем почива однос који је заснован између медицинских посленика и пацијената исказан је кроз формулу *voluntas aegroti suprema lex*. Реч је, заправо, о формулацији која се у нас своди на појам „аутономија пацијента“<sup>291</sup>. У овом ћемо делу кратко изложити суштину концепције о аутономији пацијента и то махом кроз компаративну анализу односа ове концепције као данас владајуће у односу на ону која јој је претходила.

Суштина ове концепције огледа се у томе да лекар, као и било који медицински посленик уопште, иако им је задатак да се старају о животу и здрављу пацијената, у првом реду морају водити рачуна о аутономији његове личности. У складу с тим, то јест из тога, произлази као прва и најочигледнија последица да се медицинска интервенција, без обзира на то да ли је и у којој мери она неопходна пацијенту, не може предузети противно његовој вољи. Такво предузимање интервенције могло би се схватити као озбиљан атак на његову личност. Дакле, достојанство пацијента и његов лични интегритет, како телесни, тако и психички, стављени су, непосредно изнад потребе да се предузме лекарска интервенција, а посредно и изнад потребе да се живот и здравље пацијента сачувају. То значи да је, сходно општеприхваћеној концепцији о аутономији пацијента, једино пацијент тај који у конкретном случају има могућност да извага које му је од добара којима располаже претежније, да не кажемо важније, те да у складу с тим одлучи да ли ће, када није могуће штитити оба добра истовремено, телесни и психички интегритет штитити на рачун живота и здравља или ће здравље и живот бити приоритети за заштиту у односу на телесни и психички интегритет.

---

<sup>291</sup> Упозорава се у правној теорији да је, поред аутономије пацијента, и аутономија лекара као облигација независног деловања која гарантује и научну компетентност, један од врховних принципа у обављању и регулисању медицинске делатности. Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, [http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM\\_educacije\\_-\\_tekst.pdf](http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf), стр. 2-3.

Пристанак пацијента на медицинску интервенцију представља право пацијента, а оно произлази из принципа аутономије воље, то јест принципа самоодређења као појавне манифестације принципа аутономије воље, односно као облика конкретизације овог принципа<sup>292</sup>. Признајући пацијенту аутономију у овој области, наглашава се способност одлучивања пацијента и осећај одговорности за сопствени живот и здравље, штити се од ауторитативних и безобзирних представника медицинске делатности, али истовремено, иако делује на први поглед парадоксално, побољшава комуникација између медицинских посленика и пацијената<sup>293</sup>.

Из перспективе човека модерног доба може се можда учинити да ту, уопштено посматрано барем, нема ничег необичног јер принцип самоодређења произлази из здраворазумске логике. Из тог угла би се учинило да због тога не може у овом принципу бити ничег револуционарног, но то је тренутак када треба нагласити да принцип самоодређења пацијента уопште није некаква универзална вредност, просторно и временски непроменљива<sup>294</sup>. Не, овај принцип плод је превазиђености, али и борбе да се правно нормира превазиђеност и неадекватност претходно важећег концепта познатог под називом „патерналистички концепт“<sup>295</sup>.

О каквом је концепту реч и каква је његова полазна основа да се лако наслутити, како из самог назива који се за концепт везује, тако и из чињенице да је овај концепт дијаметрално супротан у односу на данас важећи концепт самоодређења пацијента. Ипак, верујемо да није на одмет упутити читаоце на право значење и суштину овог концепта, из

<sup>292</sup> Тако: Сјеничић, Ж. М.: *Пристанак пацијента на меру лечења*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 129, Нови Сад, 2009, стр. 45.

<sup>293</sup> Тако: Радишић, Ј. и Мујовић-Зорнић, Х.: *Помоћ пацијентима у остваривању њихових права: Западна Европа као узор Србији*, Југословенско удружење за медицинско право, Београд, 2004, стр. 11.

<sup>294</sup> Тако: Reuter, R. S.: *An overview of informed consent for radiologists*, чланак преузет са сајта <http://www.ajronline.org/doi/pdfplus/10.2214/ajr.148.1.219?src=recsys>, 220.

<sup>295</sup> У погледу критике патерналистичког концепта итекако ваља бити обазрив и уважити упозорења оних аутора који истичу да се корени патернализма у медицинској делатности налазе у филозофском принципу добротинства које се спроводи без очекивања икакве користи или признања.

Тако: Мујовић-Зорнић, Х.: *Појам и развој пацијентових права*, 2010, стр. 11-13.

простог разлога што патернализам у медицинској делатности има барем два своја појавна облика, а нарочито због тога што један од та два облика патернализма није превазиђен<sup>296</sup>.

Наиме, како патернализам по својој језичкој одредници означава сваку врсту надређености и доношења одлука уместо других, уколико тај израз пренесемо на поље медицинске делатности, уочићемо заиста лако да један облик патернализма у овој свери људског деловања и данас постоји. Тако, државни интервенционизам у овој области, па самим тим и патерналистички однос према пацијентима, свакодневно се манифестује кроз бројне одлуке, најчешће политичког, али и правног карактера, којима се одлуке у име пацијената, нарочито у домену превентивног деловања против болести, доносе без икаквог консултовања самих пацијената. Примена тих одлука реализује се без икаквог места за другачији став тим поводом<sup>297</sup>. Но, иако то јесте један од појавних облика патернализма који заслужује пажњу будући да је он одавно изашао ван државних граница<sup>298</sup>, то засигурно није врста патернализма, на који смо ми мислили на почетку овог

---

<sup>296</sup> О постојању непревазиђених варијанти патерналистичког приступа у бављењу медицинском делатношћу детаљније код: Госић, Н.: *Патернализам у биоетици*, предавање на скупу „Биоетика и нова епоха у оквиру „Лошињских дана биоетике“, 2003. Такође, о томе детаљније код: Миловановић, Д., Миловановић, С.: *Етика савременог света на почетку XXI века*, Српски архив за целокупно лекарство, vol. 133, бр. 1-2, Београд, 2005, стр. 112.

<sup>297</sup> Здравствена политика, сходно уобичајеном схватању начина на који она функционише и остварује се, подразумева серије, пре свега политичких одлука, али и конкретних акција предузетих од стране државе, а кроз које она изражава свој став према здрављу и квалитету живота народа, заштити, али и могућности унапређења општег здравља и квалитета живота.

Тако: Тимотић, Б.-Анђелски, Х.: *Здравствено законодавство*, стр. 1 даље.

<sup>298</sup> Поред Светске здравствене организације која засигурно има одлучујућу улогу данас када се говори о креирању светске здравствене политике, уз ризик да неке не поменемо, као најзначајније организације које су Светској здравственој организацији претходиле, а које су имале исту улогу издвојићемо Constantinople Senior Board of Health основану 1838. године, The Maritime Sanitary and Quarantine Board of Egypt основану 1831. године, The Pan American Sanitary Bureau основану 1902. године и The Office International d'Hygiène Publique основану 1907. године.

Згоднo је поменути да су значајну улогу на тлу Европе која се суочавала са растућим проблемом куге и колере одиграле међународне здравствене конференције, тачније њих једанаест, одржаних у периоду од 1851 до 1903, а које се такође могу сматрати претечама Светске здравствене организације. (Више о поменутиим организацијама, њиховом пореклу, обиму овлашћења и методама које су у раду примењивале, али и манама у раду, видети код: Стампар, А.: *Suggestions relating to the constitution of an international health*

дела рада, нарочито када смо говорили о превазиђености патерналистичког концепта у бављењу медицинском делатношћу.

Ми се у овом раду нећемо бавити оним што се у теорији назива општим патернализмом, већ такозваним личним патернализмом<sup>299</sup> који обухвата однос конкретног медицинског посленика према конкретном пацијенту. Прецизније, овај концепт, подразумева да пацијент, оног тренутка када се обрати конкретном медицинском посленику и од њега затражио помоћ у превазилажењу здравственог проблема, бива и формално и фактички лишен било какве могућности да буде господар свог тела и живота. Дакле, у складу с овим концептом, од тренутка када се обрати медицинском посленику с каквом здравственом тегобом, пацијент није више у могућности да доноси било какве одлуке у погледу даљег лечења нити да учествује у њиховом доношењу. Доношење свих релевантних одлука које се на конкретан третман односе препушта се искључиво стручном медицинском особљу, лекарима и установама у којој су они ангажовани.

Овај модел почивао је, не само на подређености пацијента лекару, већ и на хладној стручној рационализацији. Модел је строго рационалан и не дозвољава да реакција медицинског посленика као професионалца буде под утицајем емоционалних или социокултурних ефеката<sup>300</sup>.

Овај правнополитички концепт, колико год био далек и неразумљив савременом правнику, имао је своје оправдање, по правилу, у стручности<sup>301</sup> медицинских посленика и њиховој одговорности за опште здравље грађана. И заиста, сматрало се да су стручњаци у

---

*organization*, Minutes of the Tehnical Preparatory Committee for the International Health Conference, Annex 9, Paris, 1946, стр. 54 и даље).

<sup>299</sup> О принципима на којима почивају општи и посебни патернализам, а нарочито о разликама међу њима: Госић, Н.: *Патернализам у биоетици*. О томе такође видети код: Миловановић, Д., Миловановић, С.: *Етика савременог света на почетку XXI века*, стр. 112.

<sup>300</sup> У том смислу и: Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, прегледни чланак преузет са сајта <http://www.kardio.hr/wp-content/uploads/2011/03/038.pdf>, стр. 39.

<sup>301</sup> Када говоримо о стручности медицинских посленика, израз стручност употребљавамо у далеко ширем значењу него што је то у свакодневном животу иначе уобичајено. Наиме, када говоримо о стручности медицинских посленика, израз стручност посматрамо са ослонцем на оно што се у теорији назива „Ескупаловим“, односно „Асклепијевим ауторитетом“, а према којем ауторитет медицинског посленика, поред стручности која је ипак основ ауторитета који посленик ужива у односу на пацијента, подразумева и морални, па чак и харизматички ауторитет.

конкретном случају у стању да правилније уоче моменте који су од значаја за доношење одлуке о (не)предузимању неке интервенције. Зато раније није било ништа логичније него да одлуку која се односи на нечије здравље и живот донесе стручно медицинско особље и установа у којој се лечење конкретног пацијента обавља уз додатно образложење да живот и здравље појединца нису, иако изгледа да јесте тако, чисто лична ствар тог појединца, већ и читаве друштвене заједнице чији је он члан. Дакле, медицински посленици су ти који су, сходно замисли на којој патерналистички концепт почива, једини позвани да констатују шта је у најбољем интересу пацијента.

Овај, суштински бениган, социјално прихваћен модел, доминирао је вековима<sup>302</sup>. Наравно, патерналистички концепт у описаном облику, у пракси, како је време пролазило, све ређе се појављивао у чистом облику. Однос између лекара и пацијента је све мање бивао заснован на строгом патернализму при чему медицински посленици, између личности пацијента и њихове процене онога што је добро за пацијента, бирају ово друго. Много је чешћи у пракси био, да тако кажемо, ограничени патернализам који је, као блажа варијанта патерналистичке парадигме, иако је и даље подразумевао доминантност медицинских посленика у односу на пацијенте, ипак давао могућност каквог-таквог учествовања пацијента у доношењу одлуке која се на њега односи<sup>303</sup>.

Пацијент је, у оквиру овог концепта, чини се нарочито практикованог у САД, од медицинских посленика који предузимају одређену интервенцију над њим добијао, не потпуне, већ вешто одабране информације које би, када се узму у обзир, редовно водиле стварању уверења код пацијента да је интервенција која му се предлаже најбоље решење за њега. Дакле, пацијент је, формално барем, позван да се изјасни у погледу односне интервенције, али у сврху доношења одлуке дате су му одређене информације које су на тај начин филтриране да се до жељеног пристанка дође, а све под плаштом идеје да је неких информација боље поштедети пацијента и његове ближње<sup>304</sup>.

<sup>302</sup> Тако: Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, стр. 39.

<sup>303</sup> Преглед модификација патернализма и концепција које су водиле аутономији пацијента видети код: Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, стр. 39 и даље

<sup>304</sup> Преглед разлога због којих се медицински посленици најчешће одлучују за прећуткивање истине видети код: Lantos, J.: *Informed consent – the whole truth for patients?*, преузето са сајта [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-0142\(19931101\)72:9%2B%3C2811::AID-CNCR2820721507%3E3.0.CO;2-G/pdf](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-0142(19931101)72:9%2B%3C2811::AID-CNCR2820721507%3E3.0.CO;2-G/pdf), стр. 2811.

Наравно, овде је итекако битно поставити једно принципијелно питање, а то је питање да ли су и, уколико јесу, када медицински посленици заиста позвани да у конкретном случају процењују и оцењују штетност поседовања информације у односу на штету која настаје због прикривања информација у чијем би присуству одлука пацијента била другачија<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> Тенденција повлачења медицинских посленика у удобност својих сталешких организација и дистанцирања од пацијента, па и читавог друштва, чини се да је нарочито изражена управо у САД. Тако, због жеље да се струка и колеге заштите од оних који се слепо држе објективистичког значења правних норми, медицински посленици на територији САД су изградили, поред система ограниченог патернализма, или још боље рећи у оквиру њега, изградили још два система познатих под називима „дефанзивна медицина“ и „медицина заснована на доказима (*Evidence Based Medicine*).

О овим облицима бављења медицином, скали квалитета доказа и разлозима дефанзивног става детаљније видети код: Тако: Гиунио, Л.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године, стр. 16; Ђуричић, Д., Пантић, И.: *Етичке норме за здравствене раднике*, Здравствена заштита, бр. 38/2, Комора здравствених радника, Београд, 2009, стр. 41-45; Јовић, М., Младеновић, Д., Јовановић, М., Јолић, А.: *Лекари између етике и закона*, Тимочки медицински гласник, Гласило подружнице Српског лекарског друштва Зајечар, бр. 32/1, Зајечар, 2007, стр. 54; Јурас, Д.: *Дисциплинска одговорност лијечника*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 3, Сплит, 2014, стр. 656; Мајкић-Singh, Н.: *Улога лабораторијске медицине засноване на доказима у здравственој служби*, Југословенска медицинска биохемија, бр. 21-3, Београд, 2002, стр. 245-254; Мерћеп, И.: *Медицина заснована на доказима*, *Medicus*, vol. 11, бр. 1, Загреб, 2002, стр. 113-114; Michael Cohen, A., Hersh, W., Zoë Stavri: *A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine*, *International Journal of Medical Informatics*, бр. 73, Лондон, 2004, стр. 35-43; Michael Cohen, A., Hersh, W.: *Criticisms of Evidence-Based medicine*, *Evidence-Based cardiovascular medicine*, бр. 8, Лондон, 2004, стр. 197-198; Николић, Г.: *Медицина заснована на доказима*, [http://www.gorannikolic.me/uploads/EBM\\_DOKTORSKE\\_2010.pdf](http://www.gorannikolic.me/uploads/EBM_DOKTORSKE_2010.pdf) ; Ристић, Ј.: *Медицина и друштво*, стр. 76-77; Harris J.E.: *Defensive medicine: It costs, but does it work?*, *Journal of the American Medical Association*, vol. 257, 1987, стр. 2801-2802; Шобат, Х.: *Разлика између погрешке и компликације у накнади штете*, стр. 303-304.

Посебну пажњу заслужује, међутим, још један од начина заштите савремене медицинске струке и делатности и то због тога што је, за разлику од осталих које смо помињали, дошао као производ планске активности усмерене на заштиту оних који се медицинском делатношћу баве, а који је и за наше поднебље специфичан. Реч је, наравно, о тзв. хиперспецијализацији у практиковању медицинске делатности.

О томе како је због хиперспецијализације, уместо да буде субјект, пацијент и поред формалноправно прихваћене аутономне концепције у односу лекара и пацијента, постао оно што никако не би смео поново да буде, а то је објект лечења, видети детаљније код: Јовић, М., Младеновић, Д., Јовановић, М., Јолић, А.: *Лекари између етике и закона*, стр. 52-53.

Иако овде налазимо зачетке принципа аутономије воље или барем свести о његовом значају, подједнако је сигурно да се овде и даље ради о (не)прикривеном патернализму јер је одлука коју би пацијент донео била фабрикована непотпуним информацијама које је од стручног медицинског особља добијао. Другим речима, иако пристанак пацијента формално постоји, фактички одлука коју би пацијент на овај начин донео не би била манифестација његове воље и личности, већ пре последица криве представе, то јест заблуде, о одлучујућим чињеницама везаним за конкретну медицинску интервенцију која је предузета. Пристанак пацијента на интервенцију која му се предлаже на овај начин, заправо, је у потпуности дегенерисан, стога је почела постепено да сазрева идеја о правном значају информација на основу којих пацијент доноси одлуку.

Патернализам у медицинској делатности и када је реч апсолутном и када је реч о ограниченом патернализму, представља, ако не повреду права личности и превару, онда у сваком случају неуважавање аутономије личности. Оно, такође, чак и када медицински посленик у конкретном случају искрено верује да поступа у најбољем интересу пацијента, увек значи кршење неке норме, ако не правне норме, онда барем моралне обавезе да се личност пацијента и његов став према односној медицинској интервенцији уважи. Дакле, као општи закључак у погледу патерналистичког концепта, уз уважавање чињенице да поједини облици патернализма у медицинској делатности имају своје оправдање и да као такви морају опстати због претежности неких општедруштвених интереса у односу на приватне, јесте да је патерналистички концепт превазиђен као штетан и итекако погодан за различите врсте злоупотреба које, са друге стране, нарочито у овој области нису пожељне имајући у виду добра која страдају таквим злоупотребама.

Како бисмо на прави начин разумели и у потпуности сагледали значај и улогу појединих услова који имају бити испуњени како би медицинска интервенција била допуштена, како уопште, тако и у конкретном случају, ваља бити објективан и не журити са хваљењем концепције о аутономији пацијента, само на основу критика које се патерналистичком моделу са сигурношћу могу упутити.

Реч је о томе да и принцип аутономије воље и самоодређења пацијента болују од својих мана, па чак и противречности. То се види најбоље управо када поставимо питање који су то услови од којих зависи допуштеност медицинске интервенције. Овај модел који се, с поштовањем назива научни, а с омаловажавањем конзументски, подразумева да



вредност интервенцији не дају медицински посленици, већ пацијенти, а да медицински посленици дају само чињенице и каткад експертизу, али ништа више од тога. То је разлог зашто се овај модел подругљиво назива „медицинским кафићем“ у којем пацијент, на основу препорука медицинског особља, бира за коју ће се од многих услуга које му стоје на располагању одлучити<sup>306</sup>.

Међутим, с тим у вези ваља поставити питање да ли је свођење улоге медицинских посленика на улогу конобара у кафићу оно што пацијенти заиста желе од оног коме су се за помоћ ради заштите својих најважнијих добара обратили. Ми верујемо искрено да то није оно што пацијент прижељкује када се медицинском посленику обрати за помоћ. При обраћању за помоћ медицинским посленицима полази се од тога да су саосећајност, милосрђе, човекољубље и добронамерност основни и непроменљиви принципи којима се медицински посленици увек воде, то јест да је ово модел рада медицинских посленика који је универзална вредност, дакле просторно и временски непроменљива<sup>307</sup>.

Будући да је поверење у медицинског посленика кључ и основни предуслов успешног функционисања њиховог односа, пацијент не може имати поверење у посленика који по сваку цену жели да се иза пристанка пацијента сакрије од домаћаја сталешке, кривичне и грађанске одговорности. Пацијент тешко да може рачунати на успешно излечење уколико медицински посленик у пацијенту не види ништа друго до потенцијалног тужиоца од којег жели да се заштити кроз дефанзивну или неки други неадекватан облик практиковања медицинске делатности<sup>308</sup>. Иако сматрамо да једна доза опрезности од одговорности у раду може итекако бити подстицајна за бољи рад, пацијент од медицинског посленика очекује и то реално очекује нешто више од прости експертизе и набацаних научних чињеница, пацијенту по правилу неразумљивих. Он очекује, помоћ, савет, па и утеху, а њих не може добити од онога ко је ту са задатком да презентује листу услуга и да сачека „поруцбину“ пацијента. Управо то је главни разлог зашто се

---

<sup>306</sup> О концепту медицинског кафића и критици оваквог приступа детаљније видети на сајту: [http://www.bkosa.edu.rs/9\\_bkosa/Socijalna%20Medicina/21%20INFORMISANI%20PRISTANAK.pdf](http://www.bkosa.edu.rs/9_bkosa/Socijalna%20Medicina/21%20INFORMISANI%20PRISTANAK.pdf).

<sup>307</sup> У том смислу: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, Београд, 2007, стр. 43-45.

<sup>308</sup> Тако: Јурас, Д.: *Дисциплинска одговорност лијечника*, стр. 656; Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, стр. 692.

дефанзивна медицина и уопште сви други облици „дијагностичког перфекционизма“ који нису део неопходних активности у циљу потврде или оповргавања радне дијагнозе сматрају за лекарску грешку, особито уколико пацијенту наносе непријатност која нема смисла из угла евентуалне доцније терапије<sup>309</sup>.

Са друге стране, медицински посленик би требао да буде терапеут, не само тела, већ и душе и савести пацијента, а модел самоодређења пацијента, готово идентично као и патерналистички модел, запоставља такозвану неболошку компоненту лечења<sup>310</sup>. У оквиру ње посебно је запостављен онај део који се односи, како на сам чин успостављања односа између медицинског посленика и пацијента, тако и на његово одржавање. Сматрамо да није реално очекивати да третман буде успешно спроведен онда када поменути однос између медицинског посленика и пацијента није успостављен на прави начин. Верујемо да је јасно зашто стојимо на том ставу, нарочито уколико имамо у виду стална упозоравања правне и медицинске јавности да болест каква је описана у уџбеницима не постоји, већ да постоји само болесна особа, те да лекар не лечи болест, већ пацијента у свој посебности његовог бића и случаја<sup>311</sup>.

Између патерналистичког модела који претпоставља субмисивног пацијента и модела избора пацијента на основу информација који чиста варијанта аутономије пацијента пропагира<sup>312</sup>, ипак је најбоље одредити се за систем заједничког доношења

---

<sup>309</sup> О оправданости оваквог става, али и својеврсном парадоксу у поступању судова који строжије цене дијагностичке грешке у мерама, него грешке у дијагнози, и који на тај начин просто терају представнике медицинске делатности на „претерано дијагностицирање“ и „дефанзивно оријентисану медицину“ детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Одговорност због погрешне лекарске дијагнозе и непредузимања потребних дијагностичких мера*, <http://www.erevija.org/pdf/articles/ser/drJakovRadisic1-2011.pdf>, стр. 55-59.

<sup>310</sup> О промени на горе у у погледу односа медицинског посленика према пацијенту везано за запостављање неболошке компоненте лечења, па макар и у форми обичног разговора видети код: Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, стр. 38 и даље; Гјурашин, М.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 12-13; Штифанић, М.: *Лоша комуникација и друге лијечничке погрешке*, стр. 296 и даље.

<sup>311</sup> Тако: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, стр. 43.

<sup>312</sup> Овај модел се назива и демократским моделом. Тако: Раденовић, С.: *Индивидуализација медицине и учешће пацијента у одлучивању*, Људска права и вредности у биомедицини – аспект одлучивања у здравству, Институт друштвених наука, Београд, 2014, стр. 59-60.

одлуке<sup>313</sup>. Овај систем претпоставља два експерта као учеснике односа који се поводом интервенције формира – медицинског посленика као експерта за дијагностику, терапију и клиничке доказе и едукованог пацијента као експерта за свој организам, телесне сензације и своја осећања<sup>314</sup>. Сваки систем који се не заснива на оваквој комуникацији, иако се и унутар самог система заједничког доношења одлука осећа својеврсна тензија<sup>315</sup>, заправо је пример присутног патернализма у медицини<sup>316</sup>.

Разлике између аутономне и патерналистичке концепције у односу између медицинских посленика и пацијената, поред оних које су суштинске и лако уочљиве већ из самих назива ових концепција, бројне су, али најбитније тичу се, ипак, услова за дозвољеност медицинске интервенције. Да бисмо појам услова дозвољености медицинске интервенције разумели правилно, неопходно је прецизирати на шта се тачно мисли када о њима говоримо. Реч је, наиме, о чињеницама чије је испуњење неопходно, односно чији је изостанак неопходан да би интервенција била била уопште или у конкретном случају дозвољена. Уколико је нека од позитивно одређених чињеница изостала, односно уколико је наступила било која од чињеница из реда оних које су негативно постављене, онда медицинска интервенција неће бити дозвољена, а уколико ипак буде предузета, то ће за последицу имати, готово засигурно кривичну, грађанску или сталешку одговорност онога ко је медицинску интервенцију предузео супротно правилима.

Како се у основи важећег аутономног концепта односа медицинских посленика и пацијената налази пристанак пацијента и како у погледу овог института постоји највећи број недоумица које у питање доводе доследност, па чак и опстанак концепције, ми смо се одлучили да у раду преиспитамо прави значај и улогу пристанка пацијента. То ћемо учинити с ослоном на сазнања до којих смо дошли у претходном делу рада која се односе

---

<sup>313</sup> Овај модел се назива опуштеним или *laissez fair* моделом. О овом моделу детаљније код: Lantos, J.: *Informed consent – the whole thruth for patients?*, стр. 2813; Раденовић, С.: *Индивидуализација медицине и учешће пацијента у одлучивању*, стр. 60.

<sup>314</sup> Тако: Раденовић, С.: *Индивидуализација медицине и учешће пацијента у одлучивању*, стр. 60. Слично и : Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, стр. 40-42; Штифанић, М.: *Лоша комуникација и друге лијечничке погрешке*, стр. 298.

<sup>315</sup> О разлозима тензије унутар модела, те преплитању и сукобљавању моралног и правног у њему видети код: Lantos, J.: *Informed consent – the whole thruth for patients?*, стр. 2813 и даље.

<sup>316</sup> Тако: Штифанић, М.: *Лоша комуникација и друге лијечничке погрешке*, стр. 298.

на пристанак оштећеног и услове који су неопходни да би пристанак, сходно правилима облигационог права, могао да произведе правно дејство. То ћемо учинити, такође, из перпспективе његовог односа са другим условима за дозвољеност медицинске интервенције. На тај ћемо начин, надамо се, прекинути са праксом која се може означити као својеврсна фетишизација пристанка пацијента на медицинску интервенцију као врховног принципа у обављању медицинске делатности и по први пут правилно одредити значај и улогу овог правног института.

## 2. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ – ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ

Промене око нас и у нама, нарочито оне из подручја људских права, допринеле су убрзаном, готово вртоглавом развоју медицине, биоетике, а паралелно и деонтологије. Оне су добиле за задатак да, за објективно врло кратко време, уједначе растуће потребе праксе са захтевима правног поретка, те да уједначе правне и моралне норме у медицини у што је већој мери могуће<sup>317</sup>. Поменути промене, даље, узроковале у промене и у систему медицинске делатности. Поједностављено речено, модерно доба медицинске делатности започело је двема сукцесивним револуцијама – револуцијом на научно-технолошком нивоу<sup>318</sup>, а потом и револуционарним преласком са патерналистичког на аутономни концепт бављења медицинском делатношћу, притом намерно наглашавамо сукцесивну природу ових догађаја из разлога што је потоњи у највећој мери узрокован првим. Прелазак на аутономни концепт, ипак, не треба представљати као пуку последицу неких других дешавања. Једноставно, и овај догађај донео је небројено много новина у обављању медицинске делатности, па је као такав сам по себи импресиван за проучавање у оквиру готово свих друштвених наука.

Аутономни концепт веома тешко је сагледати у свој његовој ширини, јер овај концепт има своју етичку, правну, политичку, економску, филозофску, социолошку, па и биолошку компоненту. Међутим, суштину овог модерног концепта, барем када га посматрамо из перспективе промене односа на релацији између медицинских посленика и пацијената, веома је лако објаснити. Прелазак на ову концепцију у обављању медицинске

<sup>317</sup> Тако: Газдек, Д.: *Информисани пристанак у лијечењу овисности о опијатима*, Докторска дисертација, Загреб, 2011, стр, 1-2.

<sup>318</sup> Поменимо нека од открића значајних за развој медицине. Постављање темеља модерној анатомији од стране Андреаса Весалиуса, Ван Лавенхуково откриће микроорганизама, Харвијево откриће крвотока и циркулације, Малпигијево откриће капилара и потврда Харвијево „теорије крвотока“, Дарвинова теорија еволуције и природне селекције, Томпсоново откриће електрона, Лавозијеово обарање владајуће „флогистонске теорије“ и откриће оскидације као процеса, али и формулисање закона одржања масе (паралелно са Ломоносовљевим), откриће X-зрака и могућности и њихове примене, успешни експерименти са различитим анестетичким агенсима, Пастерова „теорија микроба“, Хопкинсово и Еијкмново откриће витамина и њихове улоге, Флемингово откриће пеницилина...

делатности ставио је у први план пацијента, његову личност и могућност самоодређења у односу на медицинску интервенцију. У други план је, условно речено, ставио лекаре и медицинске посленике уопште који су дужни да своје знање и умеће, чак и када се не слажу са пацијентовим одабиром, ставе на располагање пацијенту и повинују се његовој одлуци. Дакле, иако и данашње генерације лекара пре ступања у лекарску професију изговарају свечано речи Хипократове заклетве којима се, између осталог, обавезују да ће сво своје знање користити тако да пацијента заштите од свега што би могло да му нашкоди, медицински посленици се начелно морају у свом раду водити одлукама пацијента, ма колико оне, евентуално, биле у супротности најбољем убеђењу лекара да су оне по пацијента штетне<sup>319</sup>.

Много је разлога који су допринели томе да се улога пацијената и медицинских посленика у тој мери измени, но сам механизам промене постаће далеко јаснији уколико погледамо који је основни принцип на којем концепција аутономије пацијента почива. У средишту ове концепције налази се пристанак пацијента на медицинску интервенцију. Заправо, по нашем мишљењу, управо је установљавање овог принципа означило крај ере патернализма у медицини, како оног потпуног, тако и већ поменутог ограниченог<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> Ако бисмо пажљиво прочитали текст Хипократове заклетве, увидели бисмо јасно да она, не само да не познаје било какав облик учествовања пацијента у доношењу одлука које се медицинског третмана тичу, већ да га у оригиналном тексту заклетве изричито забрањује и то баш у облику који је данас најзаступљенији и на којем се данас највише инсистира, а који је познат као информисани пристанак.

У том смислу видети: Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, The Hastings Centar Report, Vol.25, No. 2, Њујорк, 1995, стр. 5-6.

<sup>320</sup> Концепција аутономије воље се као филозофски и социолошки појам појављује већ негде средином 17. века. Потребно је, међутим, било да прође готово три века да ова идеја заживи и постане правни и сталешки постулат. Кључни моменти били су, као прво, Нирнбершки процес у којем се сва правна и медицинска јавност оштро супротставила разним експериментима, нарочито онима медицинске природе, које су нацистички научници спроводили на људима без њиховог пристанка, то јест упркос њиховом противљењу. Доцније је идеја о пристанку пацијента разрађена кроз решавање појединих случајева и формирањем преседана у Енглеској, али и у Сједињеним Америчким Државама (случајеви Willowbrook, Jewish Chronic Disease Hospital, Tuskegee, али и случаја Salgo vs Stanford University и Natason vs Kline).

О томе детаљније видети код: ; Газдек, Д.: *Информисани пристанак у лијечењу овисности о опијатима*, стр. 1-2; Lantos, J.: *Informed consent – the whole truth for patients?*, стр. 2812.

Настао на критици патернализма, аутономни концепт у односу између медицинских посленика и пацијената у потпуности је померио „језичак на ваги“. Такође, кроз пристанак пацијента на медицинску интервенцију, као кључни моменат у овом моделу, учинио је да значај пацијентове воље превагне, па чак и у односу на стручно медицинско знање. Другим речима, принцип пристанка пацијента на медицинску интервенцију, захваљујући све већем инсистирању на партнерском односу између медицинских посленика и пацијената, постао је основно право пацијента, па уједно чак и једно од начела на којем почива сваки модерни правни поредак.

Продор овог института био је врло интензиван. За врло кратко време<sup>321</sup> пронашао је своје место и усталио се из разлога што се најзад учинило да је пронађен начин како усмерити медицинску делатност тако да се истовремено уважи и личност пацијента и стручност медицинских посленика. У стручној литератури која се односном проблематиком бави истиче се, са сетом се говори о временима у којима лекар који медицинску интервенцију изводи није морао да пролази кроз мучну процедуру прибављања пристанка. Ипак, и ови аутори пристанак пацијента на медицинску интервенцију у било којој од својих форми сматрају окосницом модерног бављења медицинском делатношћу, која без њега тешко да би могла да функционише иоле успешно<sup>322</sup>.

Овај правни институт успео је да прерасте из онога што је на први поглед деловало само као фаза у развоју ове групе односа у тренутно једини замислив начин функционисања медицинске делатности<sup>323</sup>. Које су околности томе допринеле тешко је

---

<sup>321</sup> О краткоћи времена које је било потребно да се овај правни институт устали у правним актима, то јест о томе колико је његов продор на правну сцену био интензиван, довољно говори податак о томе да је „Америчка медицинска асоцијација“ чак до 1980. године дозвољавала лекарима да пацијента могу третирати и без претходно прибављеног пристанка, па чак и упућивала на то у оним случајевима када се сматрало да би пристанак, то јест информисање пацијента било „медицински контраиндиковано“.

Податак преузет од: Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, стр. 6

<sup>322</sup> У том смислу и: Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, стр. 5-6.

<sup>323</sup> Занимљиву констатацију о пристанку пацијента и уопште концепту аутономије воље као транзиционом концепту у овој области видети код: Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, стр. 5 и даље.

одговорити, ипак главни разлог је тај што пристанак пацијента, слично као и концепт аутономије воље, има неколико својих аспеката – пре свега правни и етички, затим с њима у вези социјални, политички, економски, филозофски, биолошки и најзад клинички<sup>324</sup>.

Најпотпунији одговор, чини нам се, може се добити уколико се крене од правне компоненте овог института, из разлога што она по природи ствари има за задатак да уважи остале побројане моменте. У складу с тим, ваља размотрити институт пристанка пацијента на медицинску интервенцију из правно оба могућа угла – из угла пацијента, али и из угла медицинских посленика. Да бисмо, прво, разумели како то овај институт чини из угла и пацијента и медицинских посленика, потребно је разумети његову правну природу.

Наиме, пристанак пацијента на медицинску интервенцију дефинише се у правној литератури као један од најзначајнијих појавних облика пристанка оштећеног. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију је једна од његових, уз учешће на спортском такмичењу, најзначајнијих манифестација.

Ми, међутим, овим поводом не делимо мишљење већег дела правне теорије, јер верујемо да правна теорија није изнијансирала на најбољи могући начин да ли се и, уколико да, када овај правни институт може посматрати као облик пристанка оштећеног. Да бисмо на прави начин одредили какав значај пристанак пацијента има за (не)постојање лекарске грешке одређене у ширем смислу те речи, уколико већ имамо мишљење које одступа од оног које је у теорији права прихваћено, сматрамо да је сасвим исправно прво тестирати убедљивост аргумената који иду у прилог нашој тези да се у правној теорији

---

У том смислу посебну пажњу обратити на постојање и предности тзв. делиберативног, интерпретативног и деоничарско-партнерског модела у односу између медицинских посленика и пацијената, а који теже да помире, наизглед непомирљиве, идеје на којем почивају патерналистички и аутономни концепт.

Детаљније о делиберативном, али и осталим моделима видети код: Вуковић, Х.: *Лијечник – заштитник здравља*, Зборник – XVII Конгрес обитељске медицине, Хрватска удружба обитељске медицине, Задар, 2010, стр. 83; Газдек, Д.: *Информисани пристанак у лијечењу овисности о опијатима*, стр. 9 и даље; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 178 и даље.

[http://www.bkosa.edu.rs/9\\_bkosa/Socijalna%20Medicina/21%20INFORMISANI%20PRISTANAK.pdf](http://www.bkosa.edu.rs/9_bkosa/Socijalna%20Medicina/21%20INFORMISANI%20PRISTANAK.pdf),

<sup>324</sup> Иако сматрамо да се неоправдано изостављају социјална и филозофска компонента института пристанка пацијента на медицинску интервенцију, врло је згодно обратити пажњу на то како се правна, етичка и клиничка компонента овог института објашњавају.

Видети: Турковић, К.: *Информисани пристанак и право на одбијање третмана у РХ*, чланак преузет са <https://www.pravo.unizg.hr>, стр. 1- 2.



прави озбиљан превид. Тек на тако створеном темељу, темељу који подразумева и јасно опредељену природу овог института, можемо тестирати и његов значај и домаћај.

Између пристанка оштећеног и пристанка пацијента на медицинску интервенцију може се повући сасвим логична паралела. Оба правна института чине да у њиховом присуству неке недозвољене радње и последице са становишта грађанског права постану у том конкретном случају допуштене. Имају, такође, иста споредна дејства. Најзад, имају и исти предмет и сличну садржину. Једина разлика која међу њима постоји је та што пристанак на медицинску интервенцију, за разлику од пристанка оштећеног, има у виду један конкретан вид штете, то јест један конкретан начин њеног проузроковања. Дакле, оба правна института идентичну последицу производе на готово идентичан начин и под идентичним условима. То је, заправо, и разлог зашто теоретичари права сматрају да је пристанак пацијента на медицинску интервенцију један од појавних облика пристанка оштећеног и зашто сматрају да се ова два института односе као општи према посебном.

Будући да се сви кључни елементи за одређење једног правног института поклапају у свим сегментима, те да разлике које евентуално постоје нису ништа друго до последица конкретне усмерености пристанка пацијента на медицинску интервенцију, произлази да би закључак о томе да је овај институт само један од појавних облика пристанка оштећеног био сасвим исправан и то не само на први поглед. Стога, наша сумња у исправност овог става који има сасвим солидну правно-теоријску подлогу, делује врло необично.

Ипак, анализирајући постојећу литературу, уочићемо како се редовно превиди да би правилна употреба такозваних логичких валенција била од кључног значаја за дефинисање овог правног института, било да желимо да га дефинишемо уопште, било да желимо да се бавимо неким од његових појавних облика<sup>325</sup>. Ми, заправо сматрамо, не само да је упутно то учинити, већ и да се пристанак оштећеног уопште, као ни његови појавни облици, никако не могу дефинисати уколико се не размотри проблем вероватноће наступања штете на коју се пристаје. Овај се став може учинити неразумљивим, па и

---

<sup>325</sup> Постојање својеврсне идеје о значају сазнајних вредности, истина у траговима везано за нека питања пасивне и активне еутаназије, можемо препознати код: Клајн-Татић, В.: *Медицински третман озбиљно дементног пацијента*, Архив за правна и друштвене науке, бр. 1, Београд, 2003, стр. 26 и даље.

противуречним, те је, сматрамо, неопходно направити додатни корак и указати на шта тачно овом приликом мислимо.

Приликом анализе односа пристанка оштећеног и поступања на сопствени ризик истакли смо повезаност и сличности између ова два института. Истакли смо чак и могућност да у одређеном случајевима и под тачно одређеним условима дође до конверзије једног правног института у други. Том смо приликом, потпуно свесни значаја прављења правилне дистинкције између пристанка оштећеног и поступања на сопствени ризик, нарочито у контексту практичне примене одредби закона које се на ове правне институте односе, указали на значајне разлике које међу њима постоје.

У низу разлика које смо издвојили као значајније посебно смо истакли да, у најкраћем, код пристанка оштећеног један субјект пристаје на то да му неки други субјект нанесе штету, док код поступања на сопствени ризик један се субјект својевољно излаже одређеним ризицима из којих се као последица може изродити и штета. Дакле, уколико у овом контексту посматрамо поменута два правна иснтитута, увидећемо да је суштинска разлика међу њима у томе да се код првог института неко својевољно *излаже штети*, док се код другог својевољно излаже *ризицима из којих може да проистекне штета* [нагласио аутор С. Р.]. У случају пристанка оштећеног штету имамо као дефинитивну последицу, што је и разлог зашто сматрамо да је штета објект овог правног института, док код поступања на сопствени ризик немамо штету као дефинитивну последицу. Штета код поступања на сопствени ризик постоји само као могућност, зато је објект овог правног института, будући да је само он дефинитиван, ризик којем се неко излаже. Пробајмо сада да ово размишљање ставимо у контекст логичких валенција, а које по нашем мишљењу имају далеко већу примену него што је то утврђивање сазнајне вредности.

За потребе овог рада одлучили смо се да се, по угледу на већи део наше теорије, ослонимо на поливалентни систем<sup>326</sup> логичких валенција који је изградио Богдан

---

<sup>326</sup> Модерна логика је у том смислу дуго лутала и колебала се између неколико могућих система по којима се логичке валенције могу разврстати. Лутање се, заправо сводило на двоумљење између бивалентне и поливалентне логике, као и на сталне расправе око одговарајућег система поливалентне логике између оних који овај систем подржавају. Будући да се од логике која познаје само истину и погрешку изван којих нема ничег другог, одавно одустало, јер се у логици, па и свакодневном животу не може сводити све на истину и грешку, јасно је да се поливалентни систем сматра једино исправним, док се бивалентна теорија проучава махом као реликт прошлости.

Шешић<sup>327</sup>. Видећемо да ова два правна института, уколико их посматрамо кроз скалу у којој су представљене логичке валенције, почивају на значајно другачијим принципима.

Поступање на сопствени ризик, ако га посматрамо кроз штету као чињеницу, фигурира у оквиру друге групе у којој је штета само могућа или евентуално треће у којој је штета вероватна последица. Кажемо само из једноставног разлога што код пристанка оштећеног као правног института штета фигурира на плану нужности или барем на плану извесности. Нижи степен сазнајне вредности у погледу наступања штете код пристанка оштећеног није могућ, већ је, да би овај институт уопште постојао и у конкретном случају произвео законом предвиђено правно дејство, потребно да штета буде нужна или барем извесна последица нечијег деловања. У супротном, уколико из нечијег понашања штета не произлази као нужна или барем извесна последица, напуштамо терен пристанка оштећеног и прелазимо на терен поступања на сопствени ризик.

Расправа о извесности, могућности или нужности штете као последице била би, признајемо, само теоријски битна када између ових правних института не би постојале значајне практичне разлике у смислу последица које производе. Међутим, будући да међу овим институтима постоји неколико значајних разлика практичне природе, ова је анализа била итекако потребна, јер ће од правилно ученог значаја сазнајних валенција и њиховог правилног и потпуног разумевања зависити примена ових правних института.

---

Детаљније о кретању кроз логичке валенције и системе који су кроз историју били формирано видети код: Милосављевић, С-Радосављевић, И.: *Основи методологије политичких наука*, Београд, 2000, стр. 150-157.

<sup>327</sup> Према овом аутору, прву групу логичких валенција чине чињенице које су по својој природи и сазнајној вредности *неодређене* јер нисмо у стању нити да их докажемо нити да их оповргнемо доказима и аргументима. Другу групу чине *могуће* чињенице. То су чињенице које се донекле могу потврдити или негирати доказима, али ипак не у довољној мери да би смо их прогласили истинитим или погрешним. Трећу групу чине нешто јачи разлози, такозвани *вероватни*, код којих се могу понудити докази и за и против одређених чињеница, при чему једна група доказа преовлађује. Четврту групу чине *извесне* чињенице, а то су оне чињенице код којих имамо толико аргумената да их сматрамо чињеничним сазнањима. Најзад, постоји и пета група чињеница коју чине оне чињенице које се према устаљеној систематици сматрају *нужним*, јер су такве да неминовно произлазе из одређених околности.

О томе видети код: Шешић, Б.: *Логика*, Београд, Научна књига, 1971, стр. 544, даље обрађено и коришћено с примерима у : Шешић, Б.: *Основи логике*, Београд, Научна књига, 1983 и Шешић, Б.: *Основи методологије друштвених наука*, Научна књига, Београд, 1974.

За пристанак оштећеног, међутим, најбитнија разлика је она која се тиче правног дејства и последица које он производи, а у односу на поступање на сопствени ризик. Пристанак оштећеног смо обележили као један од разлога искључења противправности. Уколико су испуњени сви услови, радња штетника и последица његовог деловања постаће дозвољене, а његова одговорност ће изостати. Другим речима, пристанак оштећеног – притом мислимо на све појавне облике пристанка оштећеног – увек је разлог искључења одговорности за штету, а никада разлог умањења накнаде штете. С друге стране, поступање на сопствени ризик никада није разлог искључења противправности. Он је у стању – мада и то само када се ради о неким ризицима – да допринесе умањењу одговорности штетника, то јест да учини да се штета, сразмерно доприносу њеном настанку, расподели између оштећеног и штетника.

Супротно односу који у погледу пристанка пацијента на медицинску интервенцију постоји, како у пракси, тако и у теорији, сматрамо у складу с напред реченим да се пристанак пацијента не односи на оне случајеве када из медицинске интервенције одређена штета не произлази нужно или са извесношћу. Прецизније, сматрамо да, ако штетна последица као резултат медицинске интервенције постоји тек на плану могућности или вероватноће, без обзира на то што се пацијент добровољно подвргава таквој интервенцији, не можемо говорити о пристанку оштећеног, већ о поступању пацијента на сопствени ризик са свим последицама које из таквог одређења произлазе.

Уколико посматрамо примену института пристанка пацијента на медицинску интервенцију у раду медицинских установа, али и судова у случају евентуалног спорења, видећемо да се о овој разлици између пристанка пацијента на медицинску интервенцију и поступања на сопствени ризик уопште или готово уопште не води рачуна. У пракси се свако подвргавање пацијента медицинској интервенцији, уколико је оно добровољно, подводи под пристанак пацијента. Наравно, ово подвођење је некада оправдано, свакако под условом да је последица медицинске интервенције нужна или барем извесна, али и када је оправдано, то подвођење није урађено с ослонцем на вероватноћу наступања последице која је штетна, већ је резултат пуке случајности. Таква пракса не би била проблематична да се услед непознавања овог система вредновања један огроман број медицинских захвата не подводи под пристанак оштећеног, иако се пацијент добровољно

креће само у зони ризика од наступања штете, а не у зони њеног извесног или нужног наступања.

Међутим, иако смо потпуно сигурни да је наше поимање односа пристанака пацијента на медицинску интервенцију, али и свих појавних облика пристанка оштећеног уопште, са поступањем на сопствени ризик потпуно исправно, оно има итекако и својих мањкавости. Наравно, листа мањкавости која ће се овом приликом формирати зависиће првенствено од припадности одређеним школама и опредељености за одређене теоријске парадигме које, иако нису тако честе као у другим наукама, и у оквиру грађанског права, свакако, остављају свој траг на теоријско резонување. Међутим, овакво одређење односа пристанка оштећеног у свим његовим појавним облицима са поступањем на сопствени ризик има једну универзалну практичну мањкавост.

Пристанак пацијента, рекли смо, производи дејство, теоретски, само у односу на оне штетне последице које егзистирају на плану нужности или барем на плану извесности. Међутим, у пракси пристанак пацијента на медицинску интервенцију производи правно дејство и у односу на оне штетне последице које егзистирају на плану могућности или вероватноће. Иако се, сходно претходном излагању, излагање пацијента оним штетним последицама које стоје на плану могућности или вероватноће мора подвести под поступање на сопствени ризик, због последица које би такво супсумирање чињеничног стања произвело, то никако не би могло да буде добро решење.

Уколико се излагање пацијента штетним последицама интервенције које су могуће или вероватне подведе под поступање на сопствени ризик то би за последицу, строго теоријски посматрано, имало то да би медицински посленици одговорали за штету уколико би се ризик реализовао и поред тога што се пацијент ризику добровољно изложио. Одговорност медицинских посленика постојала би и онда када је реч о оним ризицима које смо означили као атипичне, дакле и онда када би се приговор поступања на сопствени ризик могао успешно користити. Наравно, штета не би у потпуности била пребачена на медицинске посленике који су интервенцију спровели, али је готово извесно да би њихова умањена одговорност итекако била у оптицају.

Уколико би се, дакле, прихватило овакво резонување о односу пристанка оштећеног и поступања на сопствени ризик, а поготово уколико би се оно од стране законодавца поставило као правна норма, најједноставније речено, бављење читавим

низом људских делатности, али пре свих медицинском, изгубило би сваки смисао. Другим речима, неким од најзначајнијих људских делатности нико више не би хтео да се бави. Чини нам се да је логика на којој се овакво размишљање темељи, поштуно јасна, али ипак осећамо потребу да наше размишљање образложимо.

Поставимо с тим у вези једно врло значајно питање. Да ли би било ко био заинтересован да се бави медицинском делатношћу, ма колико овај позив био хуман и цењен, уколико би се, без обзира на свесно излагање пацијента ризику наступања штете, сваки пут могло поставити питање одговорности медицинских посленика за штету која је настала као резултат реализације тих ризика? Пре давања одговора на ово питање, ипак, указаћемо на један моменат због којег ће наш, помало искључујући одговор на постављено питање бити далеко јаснији.

Људски организам, без обзира на сав успех медицинске науке, остао је и дан данас мистерија. Многи процеси и механизми у њему недокучиви су човеку још увек. У складу с тим, како у оквиру медицинске науке, тако и у оквиру медицинске делатности, нажалост, не баратамо са валенцијама нужности и извесности. Много чешће се у вези с последицама медицинске интервенције барата управо са појмовима вероватноћа и могућност.

Уколико би наше резонување било прихваћено, медицински посленици у свом раду стално би се кретали у зони поступања пацијента на сопствени ризик. У складу с тим стално би били обавезивани да надокнаде штете које настају као резултат реализације тих ризика. Та обавеза би постојала чак и онда када су у спроведену медицинску интервенцију унели сво своје знање и умеће и када су је извели искрено се водећи једино жељом да пацијенту помогну. Наше је мишљење, стога, да је мало вероватно да би се било ко медицинском делатношћу бавио<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> У потпуности идентична питања, дакле с подједнаким основом, могу се поставити уколико посматрамо други по значају облик пристанка оштећеног, а то је учешће у спортском такмичењу. Наиме, спортисти на тренинзима и у спортским такмичењима, како професионалним, тако и аматерским, па чак и рекреативним, стално доживљавају повреде. Одговорност другог учесника који је ту повреду изазвао изостаје, под условом да он притом није грубо кршио правила спортске игре, из разлога што је спортиста у спортском такмичењу или на тренингу, самим узимањем учешћа у тој активности, пристао на све штете које евентуално из те активности могу да проистекну.

Управо у овом изразу „евентуално“ и лежи проблем у вези с употребом института пристанка оштећеног код учешћа у спортским такмичењима. Чињеница је да ниједан спортиста, па чак ни они који се баве

Овај проблем, јасно је, мора се некако превазићи. Изналажење адекватног и са правнотеоријског становишта одрживог решења нарочито је потребно уколико стално имамо на уму да је неуказивање лекарске помоћи у нашем праву предвиђено као посебно кривично дело<sup>329</sup>. Дакле, оне који се старају о нашим најважнијим добрима, тим пре што имају законом предвиђену обавезу да пруже помоћ ономе коме је она нарочито потребна, према могућем ширем тумачењу ове норме чак и када се пацијент противи тој интервенцији<sup>330</sup>, треба ипак посебно и заштитити и уважити.

---

најопаснијим борилачким вештинама или традиционално најгрубљим спортовима, не улазе у процес тренинга или у меч да би у њему били повређени. Не, они учешће узимају у овим активностима, свакако, са жељом да повреду избегну уколико је то могуће, али свесни ризика од њеног наступања.

Дакле, оно на шта спортисти пристају није штета, то јест доношење повреде, већ пристају на ризик од настанка повреде који одређена спортска активност носи, свакако надајући се да се ризик неће реализовати и да ће повреда изостати. Другим речима, и код учешћа у спортским такмичењима и спортским активностима уопште, дакле и оним нетакмичарског карактера, најпре би имало места примени института поступања на сопствени ризик. Заправо, теоретски посматрано, овај би се институт једино и могао примењивати, јер аутору овог текста није познато да постоји било која спортска активност у којој спортиста директно пристаје на то да му штета у виду повреде буде нанесена.

Наравно, највећи проблем код примене института поступања на сопствени ризик приликом учешћа у спортским активностима, практично, био би идентичан као и код подвргавања пацијента медицинском третману. Уколико би постојала могућност да спортиста који повреди другог некршећи правила игре грубо одговара за штету која се манифестује у виду повреде другог учесника, онда је мало вероватно да би се било ко бавио спортом, ни на рекреативном, а камоли на професионалном нивоу, где је економски значај повреде спортисте далеко већи. То значи да је и у овом случају потребно изнаћи адекватно решење, решење које ће теоријски одговорити суштини, али које ће задовољити очигледне потребе правне политике, потребе судске и спортске праксе, али и потребе и свакодневног живота које се свде на исто, а то је да одговорност за ове и овакве повреде, то јест штете, нужно мора да изостане.

Ово разматрање имало је за циљ потврду наше идеје, то јест нашег схватања о односу пристанка оштећеног са поступањем на сопствени ризик. Сматрамо да смо тиме што смо наш став о овом односу доказали и кроз други појавни облик пристанка оштећеног, заправо потврдили да речено важи за пристанак оштећеног уопште.

<sup>329</sup> Видети: КЗ РС, чл. 253.

<sup>330</sup> Иако се у кривичном праву, начелно, не иде за ширим тумачењем одредби посебног дела аката који регулишу кривичноправну материју и иако се у домаћој теорији у складу с тим сматра да лекар, па и медицински посленик уопште, нема обавезу да пружи помоћ мимо воље онога коме је помоћ неопходна, наш је задатак да укажемо на проблеме који због непрецизности норме потенцијално могу настати при

Нама се у овом тренутку чини да постоји решење које ће, као прво, уважити стварно стање ствари око примене појединих правних института, а које ће, такође, одговарати и потребама праксе. Истина, реч је о врло натегнутој конструкцији теоријскоправног карактера. Ипак, реч је о конструкцији која је једина, по нашем мишљењу барем, у стању да испрати захтеве теоријскоправних размишљања и истраживања, а да притом нема описане нежељене последице у погледу односа будућих медицинских посленика према медицинској делатности.

У теорији права, како је то опште познато, није увек могуће доћи до адекватних одговора, то јест одговора који би могли да испрате потребе свакодневног живота, а нарочито захтеве све динамичније судске праксе. Много је различитих ситуација у којима се то може десити и, такође, подједнако је много разлога под чијим се утицајем то дешава. Ипак, чини нам се, један од најчешћих разлога јесте тај што поједине чињенице или чињенични скупови стоје тако да из њих произлази, по логици ствари, закључак који не одговара потребама праксе.

У тим ситуацијама, у теорији права, нарочито грађанског, посеже се за стварањем такозваних правних фикција. У присуству једне правне фикције ми сматрамо да једна чињеница постоји иако знамо да не постоји, односно сматрамо да једна чињеница не постоји иако је јасно да она постоји. На тај се начин, за потребе праксе најчешће, конструишу такве норме које ће, иако су чињенице битно другачије у стварном животу, одговарати потребама праксе, односно такве норме које ће уважити неке, рецимо тако, више вредности које су објективно далеко значајније од голих правних чињеница таквих какве су.

Овај, можемо рећи, виши и сложенији облик бављења правом има својих мана, али је у неким варијантама незаобилазан. Случај односа пристанка пацијента на медицинску интервенцију и уопште пристанка оштећеног са поступањем на сопствени ризик, нарочито

---

тумачењу кроз етички моменат ове норме који се односе на дужност лекара да пружи помоћ ономе коме је она неопходно потребна.

Упоредити у том контексту: Радишић, Ј.: *Пристанак пацијента на лечење и одговорност због лечења без пуноважног пристанка*, стр. 39 и даље; Стојановић, З.: *Кривично право, Општи део*, Правни факултет у Београду, Правна књига, Београд, 2013, стр. 44-52.



због практичних последица прихватања објективног стања у том односу, захтева употребу једне нарочите правне фикције.

Дакле, према нама, једино решење које ће уважити стварни однос ствари, али које ће ипак одговорати потребама заштите неких од најважнијих људских делатности у пракси јесте стварање фикције према којој се пацијент, онда када се подвргава медицинском третману из којег штетна последица произлази као могућа или као вероватна, заправо подвргава интервенцији у којој је наступање штете извесно или чак и нужно. Само на тај начин заштитићемо медицинску делатност, са једне стране, а са друге уважити владајући концепт по којем се свако подвргавање пацијента медицинској интервенцији, уколико су за то испуњени и други услови, подводи под престанак пацијента на медицинску интервенцију. Дакле, чак и у оним случајевима када наступање штете није извесно или нужно, ми према створеној фикцији сматрамо да јесте.

### 3. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА НА МЕДИЦИНСКУ ИНТЕРВЕНЦИЈУ У КОНТЕКСТУ ОСТАЛИХ УСЛОВА ДОПУШТЕНОСТИ МЕДИЦИНСКЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

Без обзира на све до сада речено о пристанку оштећеног и пристанку пацијента на медицинску интервенцију, нарочито уколико желимо потоњим правним институтом да се бавимо, такав рад захтева читав низ додатних прецизирања. Она ће нам, сматрамо, пружити могућност да овај комплексни правни институт на прави начин разумемо и примењујемо. То је од посебног значаја сада када смо, свесни досадашњег погрешног приступа овом правном институту, изнашли начин да га, не само задржимо, већ учинимо попутно применљивим са теоријскоправног становишта.

Наиме, правна теорија, не само у нас, већ и упоредноправно посматрано, склона је да овом правном институту прида онај значај који он објективно нема и да га непотребно и неоправдано глорификује. Јесте, неспорно, реч о итекако значајном правном феномену, али заиста, са друге стране, проучавањем правне и медицинске литературе која се овом проблематиком бави, увидели смо да су упозорења оних теоретичара који указују на неоправдану фетишизацију овог института попутно оправдана.

Дакле, у теорији већ постоји тенденција непотребног величања овог правног института. Како смо ми управо показали његово право значење и проширили поље његове примене на читав низ оних ситуација у којима он, опет кажемо с правнотеоријског аспекта, не би могао да буде примењен, постоји оправдана бојазан да би овај институт могао додатно добити на значају. То је нарочито битно спречити сада, јер се употребом наведене правне фикције овај институт може учинити погодним за разне врсте злоупотреба. Управо зато, најважнији део овог рада биће посвећен истраживању значаја овог института и то на неколико нивоа. Прво кроз позитивне услове који морају бити испуњени да би он произвео правно дејство, затим кроз оне услове који су негативно постављени и у чијем присуству пристанак пацијента нема никакав значај и, најзад, на трећем нивоу кроз, истина малобројне, али правнополитички итекако значајне, ситуације у којима се интервенција спроводи независно од пристанка пацијента, дакле чак и уз његово изричито противљење.

### 3.1. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе позитивно одређених услова за њену допуштеност

Пристанак пацијента на медицинску интервенцију, како у нашој, тако и у страниј правој мисли, одређује се, практично, као једина чињеница од које зависи допуштеност медицинске интервенције. На који се начин то чини? Правна теорија није се, истини за вољу, у погледу овог правног института или боље рећи у погледу ове правне чињенице никада изјашњавала изричито као о јединој чињеници од које зависи допуштеност медицинске интервенције. Међутим, закључак о таквом њеном поимању може се, иако поседно, извући са великом сигурношћу из чињенице да се овај институт сматра, сада већ традиционално, разлогом искључења противправности.

Из оваквог одређења произлази да ова правна чињеница, пристанак пацијента на медицинску интервенцију, будући да је означена као разлог искључења противправности, чини да једна, у начелу недозвољена радња и последице те радње, постану правно дозвољене. Чини се, такође, да из овакве формулације произлази као једини исправан закључак то да је пристанак пацијента довољан *per se* да медицинска интервенција постане правно дозвољена, јер овакво одређење заиста не оставља места да се у контексту предузимања медицинске интервенције, то јест њене дозвољености, размотри и потреба за присуством и неких других чињеница. Међутим, овакав приступ проблематици ми сматрамо, ако не у потпуности погрешним онда, у најмању руку, непотпуним.

Разлог нашег скептицизма према оваквом схватању, суштински, лежи у приступу проблематици. Другим речима, разлог због којег ми нисмо вољни да пристанак пацијента одредимо, не као једину, него чак ни као најзначајнију чињеницу у скупу чињеница од којих зависи допуштеност медицинске интервенције, јесте тај што се кроз другачији приступ проблему може доћи до битно другачијих резултата о месту, улози и значају овог правног института. Шта подразумевамо под другачијим приступом?

Приступ који се нама чини у овом тренутку као једино могућ подразумева да се пристанак пацијента осмотри детаљније, прво кроз однос права и дужности пацијента, што је већим делом и учињено у претходним деловима рада, а онда да се осмотри кроз однос са другим чињеницама од којих квалитет пристанка пацијента умногоме зависи. Никакав другачији приступ проблематици, а који би био иоле логичан, заправо, није ни

могућ, но иако овакво размишљање произлази из потпуно јасне логике, интересантно је да се теоретичари права у нас њом нису, барем не у потпуности, водили.

Пристанак пацијента на медицинску интервенцију, у теорији права се то лепо истиче, суштински је једно субјективно право пацијента<sup>331</sup>. Иако оно, готово неспорно, јесте једна од најзначајнијих тековина савременог друштва и иако је оно готово извесно најзначајнија еманација концепта аутономије воље који је обележио модерно доба у правној теорији и судској пракси, оно ипак није апсолутно људско право – не апсолутно у смислу поделе субјективних права на апсолутна и релативна, већ апсолутно у смислу неограничености. Не, пристанак пацијента, уз пуно уважавање улоге овог правног института, није неограничено субјективно право.

Чиме је онда ово право ограничено? Ограничење, боље рећи ограничења овог права будући да постоји низ ограничења, произлазе из читавог стицаја околности, међу којима се својим значајем ипак издвајају две – усмереност воље којом се став пацијента према медицинској интервенцији изражава кроз пристајање или непристајање на њу и специфичности саме медицинске интервенције изражене у сврси којој она служи, при чему ове две околности никако не би требало посматрати засебно, већ као јединствену околност, односно једну ваља посматрати у контексту друге, јер се само тако могу на прави начин разумети. Да појаснимо.

Сва научна истраживања која су рађена у оквиру читавог низа наука превасходно хуманистичког карактера показују да лечење може бити успешно спроведено, а кад кажемо успешно спроведено мислимо на то да да жељене резултате, само онда када пацијент у њему суделује и то као пуноправан и равноправан субјект онеме ко медицинску интервенцију пружа<sup>332</sup>. Међутим, да би пацијент могао да оствари улогу

---

<sup>331</sup> Пристанак пацијента на медицинску интервенцију може се, а каткад и треба посматрати и као дужност, а не само као право пацијента, ако ни због чега другог, онда из разлога што је пристанак нешто што се од пацијента очекује пре самог започињања лечења, у супротном, ускраћивање пристанка је облик несарађивања пацијента, то јест кршења дужности које за последицу, иако нема правне санкције, може имати друге нежељене неправне последице, пре свега ону у виду оштећења здравља које је, напоменимо и то, пацијент дужан да чува, не само у свом, већ и у интересу читаве друштвене заједнице чији је члан.

У том смислу видети детаљније код: Сјеничић, Ж. М.: *Пристанак пацијента на меру лечења*, чланак преузет са сајта <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0352-5732/2009/0352-57320929045S.pdf>, стр. 45 и даље).

<sup>332</sup> Слично видети и код: Сјеничић, Ж. М.: *Пристанак пацијента на меру лечења*, стр. 45 и даље.

равноправног и пуноправног учесника односа који је заснован између медицинског посленика и пацијента, потребно је да пристанак има одговарајући квалитет и да буде на прави начин усмерен. Да ли ће пристанак пацијента бити на одговарајући начин конципиран, усмерен и да ли ће у крајњој линији имати одговарајући квалитет који је неопходан да би произвео жељено правно дејство, зависи од тога да ли је пацијент у довољној мери свестан суштине, значаја, па чак и домашаја онога са чиме се сагласио те, у контексту последњег, да ли зна са чиме се и под којим условима – говоримо о располагању здрављем, телом и животом – може, а са чиме никако не може сагласити.

Управо у контексту услова од којих допуштеност медицинске интервенције зависи, ми смо се одлучили да у раду предложимо, унеколико измењену класификацију услова од којих зависи допуштеност медицинске интервенције. Критеријум за класификацију нашли смо у присуству, односно одсуству неких чињеница у присуству којих се питање пристанка пацијента поставља, па смо на темељу тог критеријума раздвојили и определили оне услове који су позитивно постављени и оне који су постављени негативно, наравно уз две битне напомене.

Прва напомена тиче се квалитета класификације за коју смо се одлучили, односно односа критеријума класификације и извршене класификације. Наиме, између критеријума који смо определили као одлучујући за ову класификацију и извршене класификације, не постоји јасна непосредна веза коју би логичка и методолошка правила налагала. Веза постоји, штавише она и јесте непосредна, но она није лако и непосредно уочљива из саме класификације, међутим, ова веза ће, верујемо, постати јаснија у наредном делу рада када се значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију размотри из угла свих додатних, позитивних, али и негативних, чињеница.

Друга напомена тиче се одабира одреднице „позитивни и негативни услови“. Јасно је да се сваки од ових услова може поставити и позитивно и негативно, међутим, разлог зашто смо неке определили као позитивне, а друге као негативне иако је могућ и другачији приступ, лежи управо у критеријуму за класификацију. У складу с критеријумом негативни ће бити они услови, то јест оне чињенице које у потпуности искључују могућност давања пристанка пацијента на одређену интервенцију уопште или у појединим ситуацијама, док ће позитивни услови бити они који, у неку руку представљају

допунске услове од којих зависи да ли ће пристанак пацијента на медицинску интервенцију бити у конкретном случају у стању да произведе жељено правно дејство.

### 3.1.1. Индикативност медицинског захвата

Сматрамо да је из дидактичких разлога, али и ради појачаног дејства аргументације, згодније кренути од оних услова које смо за потребе овог рада означили као позитивне. Почећемо од једног који се, по нашем мишљењу барем, својим значајем издваја у односу на остале. Верујемо да ћемо давањем одговора на нека значајана питања с овим условом у вези створити сасвим солидну основу да размотримо и остале услове, не само оне који су позитивно постављени, већ и оне који су постављени као негативни. Реч је, наравно, о индикованости, то јест индикативности медицинског захвата.

Уколико желимо да кроз анализу индикативности као услова оценимо значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију неопходно је, иако се чини да ту нема већих недоумица, указати зашто се и у ком значењу користи управо овај израз – индикативност. Израз индикација, изведен је из латинске речи *indicatio*. Као и латински израз из којег је изведен, израз индикација је један од школских примера полисемије. Тако, када овај израз употребљавамо у свакодневној комуникацији, углавном имамо у виду показивање. Када овај израз у правној литератури срећемо, обично се ради о кривичноправној материји и тада се он везује за основе сумње или основану сумњу као моменте од којих зависи предузимање појединих процесних радњи. Најзад, када га срећемо у медицини, имамо у виду најбољи начин лечења, то јест најбољи лек који се у конкретном случају може употребити. Међутим, када овај израз употребљавамо у контексту пристанка пацијента на медицинску интервенцију и њене допуштености, тада он означава експедитивност, целисходност, али изнад свега неопходност медицинске интервенције<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> Индикативност медицинског захвата је појам који се везује, пре свега, за терапијске мере. Сматра се да сваки нови оперативни третман изнова отвара питање индикативности (тако: Laufs, A., Uhlenbruck, W.: *Handbuch des Arztrechts*, Beck, München, 2002, стр. 453) међутим и дијагностички третман итекако може се сматрати индикованим, чак и витално индикованим (о томе више код: Клајн-Татић, В.: *Дужност лекара да пацијента обавести о дијагностичким мерама*, Право - Теорија и пракса, бр. 12, Београд, 1997, стр. 27).

Допуштеност медицинског захвата претпоставља неки оправдан и допуштен циљ и управо тај циљ који оправдава, па чак и налаже интервенцију јесте индикација конкретног захвата<sup>334</sup>. Другим речима, индикација медицинског захвата<sup>335</sup> је разлог који изискује или налаже одређени захват као целисходну медицинску меру коју је пацијент у стању да поднесе<sup>336</sup>. У складу с тим, када индикуваност медицинског захвата посматрамо у контексту пристанка пацијента на медицинску интервенцију, дакле када га посматрамо као синоним за њену целисходност и неопходност, лако се да уочити да је у том случају, заправо, реч о услови дозвољености пристанка, то јест моменту који, иако и сам ограничен<sup>337</sup>, поставља границе пристанка пацијента<sup>338</sup>.

Право располагања сопственим животом и телом, без обзира на устаљено мишљење да је сваки свог тела господар, слично као и када је реч о располагању имовином или субјективним правима, није нити може остати неограничено<sup>339</sup>. Располагање сопственим животом и телом мора бити стављено у границе разумног. Дакле, пристанак пацијента на медицинску интервенцију, метафорички речено, може се кретати само у границама које индикативност медицинског захвата поставља, јер је он најпоузданија мера

---

<sup>334</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Правна квалификација медицински неиндикуваног хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Београд, 2007, 469.

<sup>335</sup> Када говоримо о индикацији медицинског захвата, не мислимо само на поступак од којег се састоји медицинска интервенција како то можда из назива произлази. У новијој домаћој литератури, сматрамо сасвим оправдано, све чешће се говори и о индикативности медицинског средства као засебном правном проблему.

О индикативности, тачније двострукој индикативности медицинских средстава детаљније видети код: Цветковић, М., Николић, Ђ: *Грађанскоправна одговорност због непримене неопходних медицинских средстава*, стр. 351-371.

<sup>336</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Одговорност због нелегитимности и компликација оралнохирушког захвата*, Правни живот, бр. 9, Београд, 1998, стр. 328.

<sup>337</sup> О ограничениости медицинске индикације стањем пацијента, конкретним околностима, али и другим факторима: Радишић, Ј.: *Правна квалификација медицински неиндикуваног хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, 470-471.

<sup>338</sup> У том смислу се изјашњава и: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 178-182.

<sup>339</sup> Слично: Милутиновић, Љ.: *Права и дужности пацијента*, Правни информатор, бр. 5, Београд, 2007, стр. 16.

разумног у конкретном случају. Заправо, индикативност медицинског захвата поставља, не само границе у оквиру којих се пристанак пацијента може кретати а да не изађе ван сфере разумног, већ и границе концепта аутономије пацијента, па чак и читавог принципа аутономије воље<sup>340</sup>.

Наравно, као и увек када се уз тако практично значајан правни институт постави неки правни стандард, као овде употребљен стандард разумних граница, у најави имамо, по правилу, читав низ потешкоћа које до изражаја долазе при попуњавању ове бланкетне норме, а које су последица различитих ставова и схватања на којима би се попуњавање могло заснивати. И заиста, ако у било којој сфери људског делања поставимо питање шта су то разумне границе у неком понашању, доста тешко да ћемо моћи да постигнемо икакав, макар и минималан, консензус. Прецизније, консензус бисмо можда и успели да постигнемо и то врло лако око оних понашања које представљају екстремне облике неразумног понашања, али питање је како одредити ту доњу границу разумног понашања, односно како одредити где се завршава зона понашања које је разумно, а где почиње зона понашања које смо означили као неразумно и самим тим као непожељно.

Будући да се у неким другим областима људског деловања у којима пристанак оштећеног може фигурирати као значајан моменат та линија раздвајања између разумног и неразумног понашања доста тешко може правилно уочити, за очекивати је да се та линија тим пре не може лако уочити у контексту медицинске интервенције која ће бити предузета обзиром на све поменуте специфичности ове људске професије. Ипак, утисак

---

<sup>340</sup> Индикативност медицинског захвата као ограничење принципа аутономије воље и аутономије личности представљена је двоструко – као немогућност пацијента да захтева од медицинских посленика лечење методама које су супротне циљевима медицине или да захтева лечење поступцима који научно доказано нису корисни у конкретном случају или уопште. Уз ова два ограничења, говори се и о трећем који се, истина, само у најширем смислу тиче индикованости, а оно се састоји у томе да пацијент не може од медицинских посленика захтевати третман који подразумева употребу немедицинских метода.

Поменути тријумвират ограничења видети код: Schwartz, L. R.: *Autonomy, Futility and the Limits of Medicine*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Cambridge University Press, Cambridge, Vol. 1, 1992, стр. 159-164.

Потврду ауторовог мишљења налазимо у читавом низу случајева из судске праксе, али можда најпре у случају Wanglie.

Рекапитулацију овог случаја видети код: Truog, D. R., Brett, S. A., Frader, J.: *The problem with Futility*, Health Care Ethics in Canada, third edition, Cengage Learning, 2011, стр. 409.



вара. Ово је, безмало, једина област људског деловања у којој се та граница може поставити с ослоном, не на субјективне, већ на критеријуме који су по својој природи у највећој мери објективног карактера.

У контексту разматрања о критеријумима одлучујућим за разликовање оних захтева пацијената који се могу сматрати разумним од оних који то нису као закључак можемо извести да је граница између разумног и неразумног понашања, то јест захтева пацијента, постављена кроз научна сазнања до којих се у оквиру медицинских истраживања дошло. Савремена методологија учинила је да и медицинска наука добије на прецизности и квалитету резултата до којих се у истраживањима долази, па чак и да неке од њих учини егзактним у мери у којој је то карактеристично за природне науке. Можемо зато с пуним правом рећи да у оквиру медицинске науке и делатности заснованој на њој у пракси, са изузетком неких егзотичних случајева каквих увек може бити, ретко настају недоумице око тога који се захтеви пацијента могу подвести под оне који су у конкретном случају разумни<sup>341</sup>.

---

<sup>341</sup> У контексту анализе захтева које смо означили као разумне и њиховог разликовања од неразумних захтева, нарочито када кажемо да је медицинска наука та на коју се можемо ослонити приликом утврђивања да ли је захтев у конкретном случају разуман или неразуман, врло је zgodно размотрити две, иако на први поглед сличне, суштински две попутно различите ситуације које су се у стоматолошкој пракси дешавале.

У првој ситуацији пацијент од лекара тражи екстракцију свих преосталих зуба на основу лаичке дијагнозе коју је сам себи поставио. Лекар, иако је пацијенту саопштио да нема никакве медицинске индикације која би такав захват оправдала, на пацијентово инсистирање, предузима захтевану интервенцију. У два позната случаја из немачке судске праксе, судови су у оба случаја нашли да је лекар направио озбиљну грешку спроводећи такву интервенцију и обавезао га на надокнаду штете која је из интервенције проистекла. (Поменути случајеви и њихову анализу видети код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 180-181).

У другом случају пацијент са шест преосталих зуба у горњој вилици од стоматолога тражи екстракцију свих зуба и израду тоталне протезе. Стоматолог пацијенту, уз обавештење о значају природних зуба па макар и у минималном броју, предлаже да је zgodније урадити санацију постојећих зуба и парцијалну протезу. Пацијент не прихвата сугестију, остаје при ранијем мишљењу и од стоматолога захтева спровођење прве интервенције. Стоматолог је, став је такав, дужан да се повинује захтеву пацијента и да изведе описани захват, без обзира на то што то није најповољнија ситуација по пацијента.

Поставља се питање зар лекар у другој ситуацији не чини исти прекршај као и лекари из прве. Одговор је негативан, а објашњење лежи у чињеници да су ове ситуације суштински различите. Прва кључна разлика лежи у чињеници да у другоописаном примеру, за разлику од првоописаног, постоји медицинска индикација

Поменуте критеријуме који раздвајају разумне од неразумних захтева налазимо у оквиру медицинске науке. Наиме, медицински посленик, у начелу, не може са становишта правне теорије да пружи медицинску интервенцију пацијенту, без обзира на то што пацијент на њу пристаје, па чак и без обзира на то што је изричито захтева, уколико та медицинска интервенција није медицински индикована. У преводу, уколико медицинска интервенција није са становишта савремене медицинске науке неопходна или барем целисходна, лекар ту интервенцију не може да изведе без правних последица<sup>342</sup>. Уз латентну могућност позивања на етичку, сталешку, па чак и на кривичноправну одговорност, оно што је данас, како се чини, извесно јесте да би медицински посленик одговарао према правилима грађанског права за штету која је настала приликом интервенције која није била индикована.

Међутим, питање је, по нама, да ли би одговорност медицинског посленика требала да буде ограничена, то јест умањена због постојања пристанка пацијента. Ми стојимо, на први поглед можда помало престрого, на становишту да одговорност не би требала бити умањена. Ово из разлога што је медицински посленик у том односу морао пацијента, прво, да упозори на недостатак медицинске индикације и одврати га од захтева, а онда, као друго, уколико пацијент и даље на интервенцији буде инсистирао, да исту одбије да изврши. Разлог нашег става о непостојању основа за умањење одговорности медицинског посленика налазимо у чињеници да је медицински посленик у овом односу иступао као стручњак. Од њега се, у складу с тим, очекује да покаже пажњу доброг стручњака, те му пристанак пацијента као медицинског лаика у том смислу не може бити никакво покриће – ни морално, а нарочито не правно, за, рецимо, ампутацију удова из религијских разлога<sup>343</sup> или неку од агресивних терапија против рака уколико рак уопште није дијагностикован<sup>344</sup>.

---

за предузимање захвата, из чега прилази да је опредељење пацијента на тежу интервенцију пристанак попуно обавештеног пацијента на медицински индиковану интервенцију. (Пример и размишљање уз њега видети код: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, стр. 133).

<sup>342</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 180-181.

<sup>343</sup> Питање непростајања на витално индиковану медицинску интервенцију из религијских разлога посебно је сложено. Наиме, Устав РС дозвољава, па и гарантује слободно испољавање верског опредељења и вршење верских обреда, стога лекар није у прилици да пацијенту наметне интервенцију због тога што одлука пацијента почива на ненаучним разлозима. Из те перспективе, закључак је јасан, барем када су у питању

Строгост оваквог размишљања, ипак, могуће је донекле ублажити. Наиме, ово правило ваљало би ограничити само на оне медицинске интервенције из којих проистиче штета која је означена као знатна. То значи да ће лекар одговорати за штету која произлази из медицински неиндиковане интервенције иако је пацијент пристао на њу само уколико се штета манифестује као „дуготрајан уштрб свог доброг осећања“<sup>345</sup>.

Због низа правних, моралних, етичких и других недоумица, проучавање проблематике везане за индикативност медицинског захвата, наравно под условом да претендује на поптуност и прецизност, захтева посебно да се размотри једно од, како се данас чини, најкомпликованијих питања у овој области. Реч је о питању око којег је готово немогуће постићи консензус, а које, са друге стране, просто захтева постизање барем минимума консензуса у времену када се због нарочито интензивног развоја биотехнологије тежи хармонизацији прописа у погледу оних најосетљивијих друштвених питања у области биомедицине<sup>346</sup>. Наравно, реч је о проблемима везаним за правно

---

пословно способна лица. Међутим, о могућим проблемима одбијања интервенције из религијских разлога када су у питању пословно неспособна лица и проблемима извођења интервенције над лицима за која нису у стању да интервенцију директно одбију, а за која се претпоставља на основу религијске припадности да би интервенцију одбила, детаљније видети код: Клајн-Татић, В.: *Непристајање пацијента не медицинску интервенцију из верских побуда*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 87 и даље.

<sup>344</sup> Слично размишљање у погледу непостојања основа за умањење одговорности када је уз пристанак пацијента предузет медицински неиндикован захват видети код: Радишић, Ј.: *Козметичка операција и одговорност оператора*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2002, стр. 176; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 180.

<sup>345</sup> Овај правни стандард с ослонцем на просуђивања немачких судова налазимо код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 180-181.

Слично и: Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, стр. 106.

<sup>346</sup> У том правцу усмерени су и напори читаве међународне заједнице у оквиру које су донета нека од најзначајнијих аката која ову област регулишу императивно.

Видети с тим у вези нарочито: Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода усвојену у Риму 1950. године са пратећим Протоколима (ратификовану корз Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010), затим и Конвенцију о људским правима у биомедицини усвојени у Овиједу 1977. године са пратећим Протоколима (ратификована код нас под називом: Конвенција о заштити људских права и достојанства људског бића у

регулисање, како се то у теорији права каже, негативног аспекта права на живот, то јест спровођење прекида трудноће<sup>347</sup>.

Ми се у овом раду, будући да би такво разматрање далеко премашило потребе овог рада, нећемо бавити свим оним етичким, стручним, религиозним и моралним дилемама које су за овај проблем везане. Ми се нећемо бавити ни теоријама које су с њим у вези настајале, а које се негде ломе између безусловног поимања људског живота као највеће вредности и права жене да о свом телу самостално одлучује<sup>348</sup>. Ми ћемо овај проблем у најкраћем размотрити са, ако се тако може рећи, строго правног становишта. Разлог нашег интересовања за овај проблем је у томе што кроз проучавање овог друштвеног феномена и то искључиво из његове позитивноправне перспективе, можемо доћи до значајног сазнања да се индикативност медицинског захвата нужно мора посматрати и ценити, са једне стране у ширем, а са друге стране у једном значајно ужем контексту од оног који смо на почетку навели.

Индикованост медицинског захвата цени се из перспективе сазнања до којих медицинска наука долази. Захват ће бити медицински индикован уколико је он са становишта медицинске науке ради заштите или унапређења човековог здравља целисходан и/или неопходан. Тако када погледамо важеће прописе у нас који се на прекид трудноће односе, видећемо да се у првом реду разлози, то јест индикације цене и

---

погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини, „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010)

<sup>347</sup> О позитивном аспекту права на живот који се односи на право да се да живот када се природа томе противи и негативном аспекту који се односи на све форме спречавања рађања, детаљније видети код: Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2005, стр. 106.

<sup>348</sup> Начелно, прекид трудноће данас је дозвољен у већини земаља, ипак међу земљама у којима је прекид трудноће дозвољен постоји разлика у начину на који је ова интервенција дозвољена – у неким земљама, попут Србије, Хрватске и Француске, донети су посебни закони који прекид трудноће дозвољавају, док су поједине земље, попут САД и СР Немачке, прекид трудноће дозволиле кроз шире тумачење одредби својих највиших правних аката.

Тако: Клајн-Татић, В.: *Актуелни проблеми абортуса, пренаталног генског тестирања и управљања трудноћом*, чланак преузет са сајта <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0038-982X/2011/0038-982X1101033K.pdf>, стр. 33-35; Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, стр. 106-107.

уважавају, али по правилу у контексту фазе у развоју плода<sup>349</sup>. Наиме, прекид трудноће до десете недеље трудноће ће се дозволити готово безусловно<sup>350</sup>. Међутим, прекид трудноће након десете недеље може се дозволити само изузетно и то од стране конзилијума лекара, односно етичког одбора здравствене установе<sup>351</sup> након двадесете недеље трудноће<sup>352</sup>, али и то само и искључиво уколико се на други начин не може спасити живот жене или предупредити тешко нарушавање здравља<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> Иако се чини да су судови на територији САД ти који воде рачуна о медицинским индикацијама за прекид трудноће у зависности од триместра трудноће, и у земљама западне Европе, па и код нас, води се рачуна о индикацијама у зависности од периода трудноће, уз две битне разлике. Прва се тиче периодизације трудноће, јер се у нас периодизација трудноће не врши по триместрима, већ по недељама. Друга, чини се и далеко битнија разлика, тиче се индикација за прекид трудноће, јер су индикације које се узимају у обзир при процени дозвољености прекида трудноће код нас увек исте. Оне се не мењају у зависности од периода трудноће као у САД.

О томе детаљније: Поњавић, З., Варјачић, М.: *Правно-медицински аспекти рада етичког одбора за прекид трудноће*, чланак преузет са странице <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0038-982X/2011/0038-982X1101015P.pdf>, стр. 21-22.

<sup>350</sup> Кажемо готово безусловно јер услов постоји и односи се на медицинске посленике који интервенцију прекида трудноће изводе.

Видети: Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама (у даљем тексту ЗОППТ РС), „Сл. гласник РС“, бр. 16/95, 101/2005, чл. 10.

<sup>351</sup> Наша земља је, следећи праксу раширену у свету, започела са увођењем етичких одбора, али не прво у области медицинских истраживања како је то у другим земљама било уобичајено, већ прво кроз законски текст којим се регулише прекид трудноће.

О раду етичких одбора видети: ЗОППТ РС, чл. 7, т.3 у вези са 333 РС, чл 143, 147 и 148. Видети, такође: Мујовић-Зорнић, Х.: *Правни аспекти рада етичких комитета у медицини*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2007, стр. 262-268; Поњавић, З., Варјачић, М.: *Правно-медицински аспекти рада етичког одбора за прекид трудноће*, стр. 19-21.

<sup>352</sup> Пошто према нашем праву зачето а нерођено дете не стиче никаква права уколико се не роди живо, поставља се с пуним правом питање у нашој теорји права какав би утицај на правни субјективитет нерођеног детета могла да има могућност прекида трудноће након двадесете недеље. Да ли то значи да се признаје морални статус ембриона након двадесете недеље трудноће, иако према сазнањима модерне медицине зачето дете није способно за самосталан живот још четири седмице?

Поњавић, З., Варјачић, М.: *Правно-медицински аспекти рада етичког одбора за прекид трудноће*, стр. 22; Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, стр. 105-110.

<sup>353</sup> Видети: ЗОППТ РС, чл. 6, ст. 2, т. 1, а у вези са чл. 7, т. 2 и 3.

Међутим, иако су медицински моменти примарни, надлежни конзилијум лекара, односно етички одбор здравствене установе, нужно се у свом раду мора водити и другим критеријумима. Реч је о сложеном конгломерату алтернативно постављених етичко-правних, еугеничких и социјалних критеријума<sup>354</sup>, међу којима су у закону као најважнији наведени извесност наступања тешких душевних или телесних недостатака детета, као и трудноћа која је последица неког од таксативно набројаних кривичних дела<sup>355</sup>.

Дакле, прекид трудноће код нас је регулисан на по много чему специфичан начин. Прво, то је редак случај да се законодавац упушта у дефинисање медицинских момената који чине прекид трудноће индикованим. Као друго, а што је још битније, појам индикованости медицинског захвата, законодавац везује за неке друге релевантне моменте и тако овај појам шири ван сфере медицинске науке. То је, дакле разлог, зашто смо нагласили да се појам индикованости медицинског захвата мора нужно посматрати у ширем контексту. Међутим, поменули смо и то да се кроз наше позитивно законодавство појам индикованости медицинског захвата шири на један, а сужава на други начин.

Поред свега поменутог, прекид трудноће је као посебним законом регулисан медицински захват интересантан и из разлога што се кроз овај закон, истина посредно, указује на још један значајан моменат у поступку анализе индикованости медицинског захвата. Наиме, значајна новина и особеност овог закона у односу на већину других прописа у овој области јесте та што законодавац кроз читав закон, а нарочито кроз део

---

Идеју о томе да се, када се ради о прекиду трудноће ради заштите здравља и живота жене, суштински ради о сличном жртвовању претежнијег добра као код нужне одбране, у овом случају живота у настајању ради опстанка постојећег живота, видети код: Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, стр. 111-112.

<sup>354</sup> Наш ЗОПТ РС не помиње изричито социјалне моменте као критеријум који ваља узети у обзир приликом оцене допуштености прекида трудноће у конкретном случају због опасности од његовог прешироког тумачења, међутим ово је критеријум који се, према мишљењу заступаном у правној теорији, и даље узима у обзир посредно. Заправо, сматра се можда и одлучујућим фактором код прекида трудноће старе до десет недеља.

Тако: Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, стр. 111-112.

<sup>355</sup> Разлог зашто кажемо да је реч о таксативном набрајању кривичних дела која се могу узети у обзир код омогућавања прекида трудноће након одређеног времена је тај што се законодавац ограничава на трудноће узроковане силовањем, обљубом над немоћним или малолетним лицем, затим обљубом кроз злоупотребу положаја, најзад и завођењем и родоскрнављењем.

Видети решења предвиђена у: ЗОПТ РС, чл. 6, ст. 2, т. 2 и 3, а у вези с КЗ РС, чл. 178, 179, 180, 181 и 197.

који се односи на моменте од којих зависи да ли ће се захтев за прекидом трудноће уважити уколико је трудноћа старија од десет недеља, посредно инсистира да се околности које описује и набраја имају ценити, не *in abstracto*, већ *in concreto*, дакле из перспективе конкретног пацијента.

Кажемо да, према нашем тумачењу, законодавац то чини посредно и то тако што прописује да се у свим раније побројаним случајевима прекид трудноће *може*, дакле не *мора* [нагласио аутор С. Р.] одобрити у присуству тих околности<sup>356</sup>. То даље, опет према нашем тумачењу, значи да се у закону побројане околности морају ценити, не *in abstracto*, већ из угла конкретног пацијента и конкретног случаја, те да ће се прекид трудноће због, примера ради, тога што је трудноћа последица неког кривичног дела дозволити само ако то изричито захтевају неке посебне прилике код пацијента због којих та околност има већу друштвену тежину.

У том контексту, иако сматрамо да се то подразумева, морамо нагласити да се индикованост медицинског захвата и код свих осталих медицинских интервенција, не само код прекида трудноће, мора нужно ценити *in concreto*, дакле од случаја до случаја, то јест од пацијента до пацијента. Ово из разлога што искрено верујемо да поједине околности, мислимо наравно на оне које су тако постављене у правним актима да остављају места и таквом тумачењу, ни не могу бити другачије анализирани и посматрани, а самим тим ни примењивани, него до случаја до случаја.

Чини се да је сада потпуно јасно да став правне теорије према којем је пристанак пацијента на медицинску интервенцију омеђен индикованошћу медицинског захвата добија пуну потврду. Дакле, пацијент не може пристати на интервенцију која није медицински индикована. Другим речима, његов пристанак неће имати никаквог правног значаја уколико конгломерат научних медицинских и других релевантних момената социолошко-правне природе у конкретном случају не оправдава извођење односне медицинске интервенције.

Ипак, поново ради потпуности излагања, осврнућемо се и на оне интервенције које се предузимају на основу пристанка пацијента, а без икакве медицинске индикације. У том смислу, од посебног су значаја интервенције које се предузимају у оквиру

---

<sup>356</sup> Видети: ЗОППТ РС, чл. 6. т. 3.

медицинских истраживања, као и интервенције које спадају у домен естетске и реконструктивне хирургије<sup>357</sup>.

Наиме, када је реч о медицинским интервенцијама које се у оквиру медицинских истраживања предузимају, јасно је да је реч о групи посебно сложених случајева који, поред читавог низа контроверзи у виду моралних и етичких дилема које их прате, захтевају и особит правни приступ<sup>358</sup>. Ипак, када говоримо о разлозима због којих ове интервенције заслужују посебан правни третман, увидећемо да су три разлога посебно битна. Први разлог је тај што се ове медицинске интервенције, по правилу, спроводе само и искључиво на основу пристанка пацијента на медицинску интервенцију, а без пратеће медицинске индикације<sup>359</sup>. Други разлог је тај што се ове интервенције не изводе у сврху лечења конкретног пацијента над којим се спроводе, већ ради давања одговора на неко начелно питање<sup>360</sup> везано за научну вредност неког лека или поступка<sup>361</sup>. Најзад, трећи разлог је тај што се интервенција не спроводи на основу верификованих научних метода,

---

<sup>357</sup> О медицинским интервенцијама које се у оквиру естетске хирургије предузимају као медицински неиндикованим видети код: Laufs, A., Uhlenbruck, W.: *Handbuch des Arztrechts*, Beck, München, 2002, стр. 453.

<sup>358</sup> Почев од Нирнбершког кодекса из 1947. године, преко Водича савета међународних организација медицинских наука и Хелсиншке декларације о етичким начелима о медицинским истраживањима на људима, па до Устава РС који у члану 25. забрањује медицинске научне огледе који не почивају на претходно датом пристанку, донет је читав низ аката, унутрашњег и међународног карактера, који регулишу осетљиву материју учествовања у медицинским истраживањима.

<sup>359</sup> Изузетак су, може се учинити, евентуално она истраживања која се спроводе на оболелима од одређене болести у сврху излечења те болести. Међутим, ни у овом случају не можемо говорити о медицинској индикацији у најужем смислу као услову предузимања интервенције, јер сврха интервенције ни у овом случају није излечење, већ испитивање могућности да се одређена болест или стање третирају одређеним леком или терапијом.

<sup>360</sup> Тако: Ђурђевић, Н.: *Слобода лекара да изабере терапију и њена ограничења*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 289.

<sup>361</sup> Тако: Клајн-Татић, В.: *Контроверзе око употребе плацеба у клиничким огледима на људима*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2008, стр. 317.



како то дефиниција медицинске делатности захтева, већ управо ради њихове верификације<sup>362</sup>.

И управо зато што у конкретном случају медицинска индикација у најужем смислу те речи не постоји<sup>363</sup>, а нарочито због тога што се интервенција не спроводи кроз верификоване научне методе и у циљу излечења онога над киме се спроводи, разлог је зашто ми ову групу интервенција не можемо означити медицинским у најужем смислу те речи. То је, заправо и разлог зашто се ова група интервенција махом не означава као медицинска него као клиничка<sup>364</sup>. Ако ове интервенције нису медицинске, произлази и да правило о подређености пристанка пацијента индикованости медицинског захвата није доведена у питање. Ипак, са друге стране, управо ове интервенције су доказ да се медицинска делатност мора и шире посматрати, дакле и ван круга оних интервенција које се спровode на основу верификованих научних метода, јер се интервенцијама које се спровode у оквиру медицинских истраживања никако не може одређи епитет „медицински“, макар и у најширем смислу те речи.

---

<sup>362</sup> Видети дефиницију клиничких испитивања: Закон о лековима и медицинским средствима (у даљем тексту ЗОЛИМС РС), „Сл. гласник РС“, 30/10 и 107/12, као и Смернице добре клиничке праксе на које закон упућује.

<sup>363</sup> Кажемо да медицинска индикација у најужем смислу те речи не постоји када су у питању медицинска истраживања, међутим медицинска индикација, уколико је схватамо као оправданост и целисходност захвата, поготово уколико је схватимо у нешто ширем смислу, постоји јер је предузимање одређених интервенција у оквиру истраживања оправдано и селисходно у контексту будућег успешног третирања одређених болести и стања. Наравно, са друге стране, ово промишљање је интересатно само са становишта правне теорије, јер заиста је мало вероватно да може наћи било какву практичну примену због озбиљне могућности злоупотреба.

<sup>364</sup> Појам клиничких испитивања детаљније разрађен, врсте истраживања, али и разлике у односу на претклиничка истраживања и медицински оглед видети код: Платојевић, Н.: *Појам клиничког испитивања у равним системима Србије и Европске Уније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, Ниш, 2014, стр. 371 и даље.

О ширењу овог појма и на испитивање медицинских средстава, а не само лекова видети ЗОЛИМС РС, чл. 2, ст. 1, т. 63.

Уколико пођемо од претпоставке да се интервенције које се спроводе у оквиру разноврсних медицинских истраживања<sup>365</sup> ипак могу сматрати медицинским, произлази као закључак да је пристанак пацијента у овом случају једина чињеница од које допуштеност такве интервенције зависи. Но, такав би закључак био преурањен јер ни то не значи по нама да је супрематија медицинске индикације у односу на пристанак пацијента доведена у питање. Напротив, ми сматрамо да ова група случајева, као изузетак, само потврђује правило да се медицинска интервенција примарно мора заснивати на медицинској индикацији, то јест на пристанку пацијента изведеног, али тек након утврђене индикативности захвата. Штавише, могућност пристанка пацијента на конкретну интервенцију у оквиру медицинских истраживања није нити може бити неограничена. Бројни су услови који морају бити задовољени у том смислу, нарочито када се истраживања спроводе над посебно осетљивим категоријама лица ради решавања њихових здравствених проблема, и то из једноставног разлога – оно лице над којим се истраживање спроводи реализује принцип самоодређења кроз пристанак на интервенцију, не из личних разлога, већ ради развоја науке и бољитка у друштву<sup>366</sup>.

Наиме, иако је данас готово неспорно да без научника који су били довољно храбри да испробају нове начине лечења не би било никаквог напретка у медицини<sup>367</sup>, још од првих правних интервенција у овој области које је војни суд у Нирнбергу установио кроз *cause célèbre*<sup>368</sup>, до данас као врхунски морални, етички и правни принцип, опстала је идеја о томе да се границе медицинских истраживањима морају поставити. Граница је

<sup>365</sup> О поделама медицинских истраживања према различитим критеријумима детаљније видети код: Клајн-Татић, В.: *Контроверзе око употребе плацеба у клиничким огледима на људима*, стр. 318-319.

<sup>366</sup> Тако: Живојиновић, Д.: *Способност за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67, Ниш, 2014, стр. 118.

<sup>367</sup> Тако: Симоновић, И.: *Биоетика и људске вредности – остваривање и заштита етичких принципа и права појединаца у области медицине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012, стр. 298-299. Сличан став налазимо и у тврдњи да већина данашњих медицинских поступака није свесно и плански настала, већ да су они резултат најчешће поступним слагањем импровизованих решења (тако: Гиунио, Л.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 17).

<sup>368</sup> Овом клаузулом војни суд у Нирнбергу поставио је правило да се, поред тога што се експеримент увек мора базирати на слободном пристанку онога над киме се спроводи, експеримент никако не сме спроводити ради проузроковања смрти или тешког нарушавања физичког или психичког здравља.

дефинисана људским животом и тешким нарушавањем здравља. Прецизније, медицински посленик који интервенцију у току истраживања спроводи, не сме интервенцију предузети, без обзира на то што је пацијента упозорио на ризик и без обзира на то што је пацијент на њу пристао, уколико као последица интервенције може наступити смрт или тешко, то јест непоправљиво оштећење здравља<sup>369</sup>. Медицински посленик, штавише, не сме овакав експеримент покушати нити онда када се он спроводи над неизлечиво болесним или умирућим пацијентом<sup>370</sup>, свакако нити у току рата над заробљеницима, рањеницима или цивилним становништвом, без обзира на евентуални пристанак<sup>371</sup>.

Након што је суд у Нирнбергу успоставио ово правило, предузет је читав низ активности на међународном терену како би се поставили правни темељи за каснија медицинска истраживања која су временом превазишла националне границе. Тако, ако посматрамо Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, али и низ конвенција које су за њом уследиле увидећемо да је постављено неколико категорија ограничења. Она се крећу од оних опште одређених попут права на самоодређење или достојанство, до оних вишеструко конкретизованих попут права на репродуктивну аутономију, права на поступање које није нечовечно или понижавајуће, права на одговарајући опсег обавештења које претходи престанку, права на поверљивост информација, на ненаношење прекомерног физичког или психичког бола, па чак и односа корисности истраживања у односу на ризик којем се испитаник излаже<sup>372</sup>. На основу свега даље произлази да ће се питање одговорности медицинских посленика свакако поставити уколико је неко од ових правила повређено, без обзира на претходно дат пристанак на учешће у истраживању.

---

<sup>369</sup> Став преузет од: Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, стр. 37-38. Сличан став произлази и из анализе прихватљивости ризика из перспективе животне угрожености, а у контексту услова од којих допуштено истраживање зависи, код: Ђурђевић, Н.: *Слобода лекара да изабере терапију и њена ограничења*, стр. 289-290. Упоредити са: Мујовић-Зорнић, Х.: *Правни проблеми клиничког испитивања лекова*, Медицинско право, Универзитет у Београду, Институт за друштвене науке, Београд, 1998, стр. 307.

<sup>370</sup> Тако: Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, стр. 38.

<sup>371</sup> Видети: КЗ РС чл. 372, 373, 374.

<sup>372</sup> Тумачење преузето од: Симоновић, И.: *Биоетика и људске вредности – остваривање и заштита етичких принципа и права појединаца у области медицине*, стр. 300.

Међутим, ограничењима у погледу могућности давања пристанка на учешће у медицинским истраживањима која чине да пристанак као чињеница изгуби на значају овде никако није крај. У контексту пристанка на медицинску интервенцију, а нарочито у контексту пристанка на учествовање у клиничким истраживањима, посебно се разматра питање способности за давање пристанка на учествовање у оваквом подухвату.

Наиме, пратећи одредбе нашег ЗОПП РС уочићемо да је могућност давања пристанка на медицинску интервенцију одређена годинама. Доња граница за пристанак је 15 година<sup>373</sup>. Међутим, та граница је значајно строжије поствљена када су у питању клиничка истраживања. Наиме, доња граница за давање овог пристанка је, чини се, везана за пунолетство<sup>374</sup>, а све због потребе да се избалансира потреба за самоодређењем у односу на потребу осигурања адекватне заштите учесника истраживања од необјективних процена<sup>375</sup>. У том смислу, у теорији права, додатно, провејава идеја о томе да се могућност давања пристанка на учешће клиничким истраживањима мора контролисати, не само унапред постављеном старосном границом, него и од стране стручњака који истраживање воде. Од њих као да се очекује да у сваком конкретном случају додатно процене фактичку способност односно неспособност за расуђивање, јер унапред одређена старосна граница није гаранција постојања фактичке способности конкретног лица да схвати домашај пристанка који даје. То даље значи да они који клиничка истраживања воде не смеју спровести процедуру на конкретном учеснику уколико постоји и најмања сумња у његову способност расуђивања без обзира на евентуални пристанак и испуњен услов у погледу старости.

Слично је и са извођењем медицинских интервенција које се спроводе у домену најмлађе гране медицине – естетске, реконструктивне и корективне хирургије. Први утисак је да се ове медицинске интервенције спроводе без икакве медицинске индикације, јер заиста изгледа као се оне предузимају, не са циљем поправљања здравља, већ

---

<sup>373</sup> Видети: ЗОПП РС, чл. 19, ст. 4.

<sup>374</sup> Кажемо намерно да се чини да је доња граница пунолетство. О недоумицама око тумачења стране и домаће нормативе видети детаљније код: Живојиновић, Д.: *Способност за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању*, стр. 128 и даље.

<sup>375</sup> Тако: Живојиновић, Д.: *Способност за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању*, стр.133.

подизања квалитета живота на виши ниво<sup>376</sup>. Међутим, први утисак био би погрешан и био би производ површног познавања ове гране медицине, јер се читав низ медицинских интервенција у оквиру реконструктивне и корективне<sup>377</sup>, па чак и естетске хирургије спроводи на основу јасне медицинске индикације<sup>378</sup> стога ова група интервенција није прави изузетак од правила о супрематичности медицинске индикације у односу на пристанак пацијента. Малобројност интервенција реконструктивног и естетског карактера које се заиста обављају само са намером „улепшавања“, такође, суштински потврђује значај медицинске индикације у односу на пристанак пацијента.

Најзад, пажњу треба посветити и оној малобројној групи интервенција које се заиста предузимају без икакве медицинске индикације, дакле само на основу пристанка пацијента. Реч је о интервенцијама спроведеним, примера ради, у поступку инсеминације, анализе генома или пренаталне дијагностике<sup>379</sup>. Ова група медицинских интервенција

---

<sup>376</sup> Тако: Laufs, A., Uhlenbruck, W.: *Handbuch des Arztrechts*, Beck, München, 2002, стр. 453.

<sup>377</sup> Обратимо пажњу на читав низ корективних интервенција које се спроведе у оквиру стоматологије, а које спадају у такозване препротетичке захвате хирушког типа. Поменимо у том смислу алвеопластику ради корекције неравнина на алвеоларном гребену, корекцију оштрог алвеоларног гребена који који је последица његове екстремне атрофије или надоградње атрофичног алвеоларног гребена. Једно од најчешће постављаних питања везано за ове интервенције јесте питање оправданости ових захвата, јер се они спроведе ради елиминисања бола код израде и постављања зубних протеза или фиксних надокнада које решавају проблем крезубости или безубости. У овим случајевима, медицинска индикација је јасна, јер проблем безубости или крезубости није само естетски проблем, већ узрочник читавог низа поремећаја, од гастроентеролошких, до психичких. То даље значи да су поменуте интервенције, иако спадају у домен реконструктивне хирургије и посредно и непосредно медицински индиковане.

<sup>378</sup> У домену естетске или, како се то у литератури каже, козметичке хирургије, један значајан део интервенције предузима се на основу јасне медицинске индикације. Тако, уколико је реч у уклањању неког значајног недостатка који оставља озбиљне психичке последице или који прети да у неком доцнијем тренутку отежа или онемогући рад неког органа или обављање неке животне функције, јасно је да естетска хирушка интервенција има јасан, не само козметички, већ и терапеутски циљ, а самим тим и претходну индикацију.

Слично: Радишић, Ј.: *Козметичка операција и одговорност оператора*, стр. 174; Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, стр. 378.

<sup>379</sup> Ове медицинске интервенције су означене као оне које се спроведе без икакве медицинске индикације. Тако: Радишић, Ј.: *Правна квалификација медицински неиндикованог хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, стр. 471.

спроводи се заиста без икакве медицинске индикације. Но, и ова група случајева представља тек изузетак од правила да је за спровођење медицинске интервенције кључни предуслов, не пристанак пацијента, већ индикованост захвата, па као таква не доводи у питање наше виђење места пристанака пацијента међу чињеницама одлучујућим за допуштеност медицинске интервенције.

Уосталом, пристанак пацијента и у овом случају подређен је, иако не медицинској индикованости, читавом низу других чињеница из којих и на основу којих се доцније изводи. Реч је о стручној наобразби, научној заснованости метода и квалитету и квантитету обавештења које пристанку претходи. Пристанак пацијента подређен је и лекаревој аутономији која се огледа у могућности одбијања спровођења интервенције која се коси са неким од четири базична принципа савремене медицине<sup>380</sup>. Штавише, пристанак пацијента на неку од медицинских интервенција које спадају у домен најмлађе гране медицине, управо због недостатка медицинске индикације и већег значаја пристанка пацијента, захтева додатну строгост у примени правила, нарочито оних која се односе на квалитет и квантитет обавештења<sup>381</sup>. То даље значи да се ни у овим случајевима пристанак пацијента својим значајем не издваја, барем не у односу на остале позитивно одређене услове за предузимање медицинске интервенције.

### 3.1.2. Стручна наобразба и оспособљеност медицинског посленика

У контексту анализе услова од којих зависи допуштеност медицинске интервенције, а које смо за потребе овог рада означили као позитивне, сматрамо да је посебно битно размотрити један помало запостављен услов – стручна наобразба и оспособљеност медицинског посленика. И заиста, реч је, сматрамо неспорно, о услову који је од огромног, заправо суштинског значаја када је обављање медицинске делатности у питању.

---

<sup>380</sup> О овим принципима и ланкерској аутономији детаљније видети код: Батинић, Б., Душин, Д., Баришић, Ј.: *Естетска хирургија у третману телесног дисморфичког поремећаја – парадокс биоетике*, Енграми, бр. 3-4, Београд, 2014, стр. 59-62.

<sup>381</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, стр. 127-136.

Од медицинских посленика, чини се далеко више него од представника било које друге делатности, управо због тога што се старају о нашим највећим вредностима, очекује се да у свом раду, не само достигну неки пројектовани стандард, већ и да га стално унапређују. Како би се одржао тако висок ниво стручног стандарда, постојеће знање никад није довољно<sup>382</sup>. У пренесеном маниру старе латинске изреке *nulla dies sine linea*, медицински посленик, исто као сликар из поменуте изреке, мора бити спреман да свакодневно повуче барем једну нову линију, то јест да сваки дан научи нешто ново, зато што је дан који прође без новог сазнања, поготово за медицинског посленика, промашен и празан. Шта више, невођење или недовољно вођење рачуна о новим сазнањима, може бити разлог сталешке, али и правне одговорности медицинског посленика<sup>383</sup> јер се у кодексима медицинске етике, али и правним текстовима истиче обавеза стручног усавршавања<sup>384</sup>. Међутим, иако је неспорно од огромне важности, у нашој правној литератури питање стручне наобразбе и оспособљености медицинских посленика није обрађивано готово уопште, а и када јесте обрађивано, то је чињено некако успутно и посредно, а што је посебно забрињавајуће, готово никада у контексту услова за допуштеност медицинске интервенције.

Разлог оваквог односа према поменутом услову је, претпостављамо, тај што он, на извешан начин, као да се подразумева када говоримо о медицинској интервенцији<sup>385</sup>. Такође, разлог је, вероватно, тај што се сматра да је реч о услову око којег више-мање ни нема већих дилема и који као такав и због тога не захтева да буде посебно обрађен. Ипак, постоји неколико врло значајних питања која ћемо овде отворити. На она која су од даљег значаја за овај рад, покушаћемо да понудимо и адекватне одговоре, док ће остала питања

---

<sup>382</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, , стр. 172-174.

<sup>383</sup> Занимљиве случајеве одговорности лекара из немачке судске праксе због, примера ради, непраћења стручне литературе за време годишњег одмора или слепог држања упутства за терапију без критичког приступа истој, видети код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 173-174

<sup>384</sup> Видети: ЗЗЗ РС, чл. 182; Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије, чл. 8; Етички кодекс доктора стоматологије Стоматолошке коморе Србије, чл. 5, ст. 2, т. 3.

<sup>385</sup> Тек се повремено укаже на допринос средњих медицинских школа и факултета у процесу стварања квалитетног здравственог кадра који разуме тековине, али и достигнућа савремене медицине. Тако: У том смислу: Жунић, Љ., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, стр. 4.

која ћемо отворити бити наш допринос анимирању стручне правне јавности да своју истраживачку енергију усмери и на овај услов.

Малочас смо, разматрајући разлоге због којих се овај услов не проучава, поменули да се теоретичари овим питањем нису у већој мери бавили из разлога што се овај услов практично подразумева. И заиста, овај услов је из перспективе нашег позитивног права један од оних услова који су постављени као апсолутни, а то је, у првом реду, учињено нормирањем кривичног дела надрилекарства у нашем кривичном законодавству и прописивањем казне затвора до три године за оне који се евентуално буду понашали супротно овој одредби Кривичног законика<sup>386</sup>.

Ствар је, на први поглед барем, јасна. Законодавац је као врхунски принцип и услов допуштености при извођењу медицинске интервенције поставио одговарајућу стручну спрему онога ко интервенцију изводи. Тако, према слову нашег КЗ РС није могуће бавити се медицинском делатношћу без адекватне наобразбе. Потврду ове норме налазимо у једном од брисаних чланова 333 РС, а према којем је пацијент имао могућност слободног одабира лекара, стоматолога, па чак и медицинске установе<sup>387</sup>. Овим чланом, наиме, поред тога што је појам пристанка пацијента значајано проширен, потврђује се још једном то да се пацијент у свом праву избора онога ко ће медицинску интервенцију обавити не може кретати ван граница које стручна спрема поставља и исту поверити некоме ко нема одговарајућу наобразбу.

Међутим, ми смо намерно рекли да је у вези овог услова али и његове примене у пракси само на први поглед све јасно. Наиме, ми стојимо на становишту да нормама КЗ РС, са или без брисаног члана 29 из 333 РС<sup>388</sup>, нису разрешене све дилеме које се у пракси

---

<sup>386</sup> Видети: КЗ РС, чл. 254, ст. 1.

<sup>387</sup> Видети: 333 РС из 2005. године, чл. 29.

<sup>388</sup> О разлозима који су законодавца мотивисали на брисање члана 29 333 РС из 2005. године можемо нагађати, али заиста се и нашем поимању односа између медицинских посленика и пацијената чини као ближе, па и логичније да се пацијенту препусти могућност одабира да ли ће се подвргавати икаквом медицинском третману, затим и могућност одабира конкретног третмана између неколико понуђених, али никако не и могућност одабира конкретног лекара, ако ни због чега другог, онда због тога што пацијент као лаик није позван да оцењује компетенције лекара и уопште осталих медицинских посленика, дакле и установа.



могу јавити. С тим у вези, прва дилема коју законодавац не решава, чак ни посредно, јесте дилема како треба схватити појам стручне спреме. Питање се, суштински, своди на недостатак јасног става законодавца да ли се појам стручне спреме своди на формално образовање или он подразумева и одређени ниво оспособљености поред стеченог формалног образовања и пратећег звања.

У вези формалног звања и нивоа образовања, ствар је унеколико јаснија. Јасно је да се извођење медицинске интервенције, без обзира на пристанак пацијента, па чак ни уз његово лично инсистирање, не може препустити онима који немају одговарајућу наобразбу, то јест одговарајући степен образовања и одговарајуће звање. Уколико би лице које нема адекватну медицинску наобразбу извело одређену медицинску интервенцију, без обзира што постоји можда пристанак пацијента да интервенцију изведе то лице, оно би према правилима кривичног права одговарало и ризиковало казну затвора до три године, а према правилима грађанског права, што је за нас посебно битно, одговарало би за све штетне последице које из медицинске интервенције проистичу, било да егзистирају на плану извесности или не и без обзира да ли је интервенција била успешна или не.

Наравно, у оним случајевима када постоји пристанак пацијента да односно интервенцију спроведе неко ко за то нема одговарајуће формално образовање и звање, може се поставити питање умањења одговорности тог лица и то из разлога што је и пацијент, објективно, својим понашањем допринео настанку штетних последица. Са пуно успеха могу се бранити и један и други став, то јест и став да се одговорност онога ко је медицинску интервенцију предузео у тим случајевима треба умањити и став да умањењу нема места. О томе који ће разлози превагнути, тешко је дати одговор са чисто теоријског аспекта, те је с тим у вези битно препустити законодавцу да у складу с проценом тренутних потреба казнене политике одлучи да ли умањењу одговорности има места или не.

---

Прецизније, сматрамо да није упутно оставити ту могућност избора пацијенту на секундарном или терцијарном нивоу, иако пракса земаља западне Европе иде у правцу давања и тог права пацијентима, док се о томе да ли је и у којој мери упутно пацијенту дати могућност одабира конкретног лекара који ће обавити интервенцију на примарном нивоу здравствене заштите, може итекако полемисати. Ипак, таква полемика превазишла би потребе овог рада, тим пре што се законодавац увођењем института изабраног лекара определио да пацијенту остави могућност избора лекара на овом нивоу. (О томе видети: 333 РС, чл 98 и 99).

Законодавац се, дакле, у вези с овим питањем не изјашњава. Међутим, поред овог, посебно је, чини се, забрињавајуће то што се законодавац не изјашњава у погледу тога да ли појам стручне спреме у себи обухвата и одређени степен оспособљеност посленика да изведе интервенцију која му је поверена. Јасно је, особито из норми КЗ РС, да се одређени ниво образовања и одређено звање захтевају, те да се извођења медицинских интервенција ни под разне не могу поверити онима који немају потребан ниво формалног образовања и одређено звање, али остаје нејасно да ли је формално образовање и пратеће звање довољно увек или се ипак захтева одређени ниво оспособљености медицинског посленика.

Будући да поменуто одређење стручне оспособљености у контексту стручне спреме може звучати помало рогобатно и неразумљиво, сматрамо да је ради бољег разумевања на шта тачно мислимо потребно појам оспособљености ставити у контекст неке практичне ситуације. И заиста, ово питање, уколико по страни оставимо читав низ других, у пракси нешто ређих и самим тим мање значајних ситуација, посебан значај има када су у питању медицинске интервенције које предузимају специјализанти, али и студенти медицине у оквиру студентских вежби.

Када на овај начин приђемо проблему, јасно је у старту да је обављање медицинских интервенција од стране законодавца поверено, по правилу, онима који, поред одређеног формалног образовања и пратећег звања, имају и предвиђени ниво стручне оспособљености. Он се огледа, некако најчешће, у годинама радног искуства, положеном стручном испиту и специјализацији за третирање одређених обољења или делова тела, односно за извођење неких тачно одређених медицинских интервенција. По правилу се, дакле, обављање медицинске интервенције поверава онима који имају и одређени ниво стручне оспособљености. Међутим, док се формално образовање и звање скоро па и подразумевају као услови за допуштеност медицинске интервенције, дотле ниво оспособљености посленика не фигурира увек као нужан услов допуштености медицинске интервенције.

То да ниво оспособљености медицинских посленика не представља нужан услов када се говори о допуштености интервенције, јасно је из учешћа специјализаната медицине, а можда још више и из могућности учешћа студената медицине у обављању медицинских интервенција, па чак у могућности самосталног обављања неких од њих када

се за то, наравно постепено, стекну услови<sup>389</sup>. То да се специјализантима и студентима медицине мора оставити простор за обављање одређених интервенција попутно је јасно и разумљиво, јер се процес учења, а нарочито процес ситцања практичних вештина које су неопходне за обављање медицинске делатности не може ни замислити без такве могућности.

Ипак, иако је то сасвим природна фаза у сазревању будућих лекара, не може се допустити да у раду специјализант или студент медицине начини штету пацијенту. Јасно је да се образовање будућих лекара не може вршити на штету пацијената, али онда се поставља питање ко је, зашто и у којој мери одговоран за штете које настају као редовна последица тих интервенција и каква је ситуација уколико се штетна последица не може подвести под редовну и извесну негативну последицу интервенције. Питање је тим пре интересантније уколико га поставимо у контексту обављања медицинских интервенција од стране студента медицине јер они, за разлику од специјализаната којима недостаје одређени ниво стручне оспособљености, немају нити попутно формално образовање, нити стечено звање лекара<sup>390</sup>.

Оно што је, како се чини, извесно у овом тренутку јесте да и специјализанти, а нарочито студенти медицине, медицинске интервенције које предузимају обављају уз контролу и стручни надзор кроз који се, заправо, специјализација реализује, али и компензује њихов тренутни мањак у знању и вештини, а све са циљем да се пацијенту обезбеди стандардна медицинска услуга<sup>391</sup>. Ово је нарочито неопходно због тога што се пацијент не подвргава третману ради обучавања будућег лекара, већ ради решавања свог здравственог проблема. У том контексту, а везано за стандардну медицинску услугу, од специјализанта, па и студента медицине, без обзира на то што они спадају у тзв. медицински подмладак, очекује се исти степен пажње и умешности као од лекара специјалисте. Односно, то што медицинску интервенцију не изводи лекар специјалиста, не

---

<sup>389</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, Медицинско право и медицинска етика, Универзитет у Београду и Институт за друштвене науке, Београд, 1994, стр. 165.

<sup>390</sup> Овакво одређење произлази из законског описа суштине специјализације и услова за њено обављање. С тим у вези видети: 333 РС чл. 184-186.

<sup>391</sup> Видети: 333 РС чл. 184, ст. 11.

значи да пацијент треба да добије мањи квалитет у раду<sup>392</sup>. У корак са оваквим ставом иде и идеја о томе да се надзор над радом специјализанта и студента мора поверити некоме ко је квалификован у потпуности да интервенцију квалитетно спроведе, јер се, уколико се грешка поткраде специјализанту или студенту медицине, сматра да је то последица недовољне квалификованости онога коме је надзор поверен.

Оно што је, по нама, такође, извесно у овом тренутку јесте и то да пацијент мора бити у потпуности обавештен о томе да интервенцију спроводи специјализант, односно студент медицине, те да он на то изричито пристане. Уколико пацијент о томе није обавештен или уколико је након обавештења ускратио свој пристанак, интервенција се не сме препустити специјализанту или студенту. У супротном, за све штете које из те интервенције уследе одговараће установа у чијем је окриљу изведена интервенција која није праћена изричитим пристанком пацијента по правилима која се односе на одговорност послодавца за своје запослене<sup>393</sup>.

Тakoђе, уколико пацијент да пристанак да конкретну интервенцију изведе специјализант или студент медицине, за све штете које из тога проистекну одговараће, преваходно, установа у оквиру које је интервенција спроведена. Изузетно, постоји могућност да за ту штету одговара солидарно са установом лекар који је био дужан да врши надзор, па чак и студент медицине, то јест специјализант<sup>394</sup>.

Док у вези претходна два питања, из наше перспективе није било већих неодумица, остаје као спорно питање одговорности за штету која настаје приликом извођења интервенције од стране специјализанта или студента медицине, а који није био под

---

<sup>392</sup> Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, стр. 175.

<sup>393</sup> Ценимо аргументе оног дела правне теорије који стоји на становишту да није потребно да пацијент буде обавештен о томе да интервенцију спроводи лекар почетник, тим пре што је то потребно и ради заштите јавних интереса и интереса будући кадрова. Ипак, управо због недостатка формалног звања код студената медицине и нивоа стручне оспособљености код специјализаната, било би од нарочите важности да пацијент буде обавештен о томе да интервенцију спроводи специјализант или студент и да на то изричито пристане. Аргументи против обавештавања пацијента о томе да интервенцију спроводи студент односно специјализант изложени су код: Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, стр. 176-177.

<sup>394</sup> У складу с овим видети и: Никшић, С.: *Основна обилежја одговорности за штете у медицини*, стр. 284.

одговарајућим стручним надзором. Такви случајеви извођења медицинских интервенција могу се потенцијално подвести чак и под биће кривичног дела надрилекарства из нашег КЗ РС.

Ово је, међутим, једно од питања које се не тиче у већој мери пристанка пацијента на медицинску интервенцију, јер се не решава кроз овај правни институт. Самим тим, оно није нарочити предмет нашег интересовања, но будући да се кроз ово питање сукобљавају нека начела облигационог права, мишљења смо да формирању кривичне одговорности у смислу одредби које се односе на надрилекарство нема места. Оно што је, са друге стране, извесно, јесте да у овим случајевима нужно мора бити постављено питање грађанскоправне одговорности, теоретски, начелника установе, а практично медицинске установе према правилима о одговорности за штете које настају у раду и у вези са радом и самог специјализанта односно студента, а по нашем мишљењу и доктора којем је поверен надзор<sup>395</sup>.

### 3.1.3. Квалитативне и квантитативне особине обавештења о интервенцији чије се предузимање планира

У контексту услова које смо за потребе овог рада означили као позитивне, посебну пажњу ваља нам обратити на обавештење пацијента о интервенцији чије се извођење предлаже и планира. Приликом анализе овог услова ваља посебно обратити пажњу на квалитативне и квантитивне особине које обавештење дато пацијенту нужно мора да има како би прибављен пристанак пацијента на интервенцију уопште могао да произведе жељено правно дејство.

Пацијент, односно лице које у конкретном случају фигурира као његов заступник, као медицински лаик не може – од њега се то, заправо, ни не очекује – да унапред зна све податке који су од значаја за одређену медицинску интервенцију те да на њима заснује свој пристанак или одустанак. Међутим, исто тако, од пацијента, али ни од његовог заступника не можемо очекивати да одлуку о пристанку на интервенцију донесу без

---

<sup>395</sup> О условима одговорности установе и лекара специјализанта при спровођењу интервенције без надзора ментора детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, стр. 178-180.

адекватног корпуса информација на којима ће одлуку базирати. У том случају, евентуално дати пристанак не би могао да произведе правно дејство будући да недостаје битан елемент који се тиче свести онога ко пристанак даје. Преведено на језик медицинског права то значи да се не може говорити ни о каквом добровољном пристанку или одустанку од медицинске интервенције уколико је воља пацијента или његовог заступника формирана на основу нетачних или непотпуних чињеница, то јест информација које се тичу саме медицинске интервенције.

Од пацијента се, дакле, не очекује да влада свим тим информацијама јер постоји претпоставка да он у односу који се формира са медицинским посленицима учествује као медицински лаик<sup>396</sup>. Како би се спречило да пристанак на интервенцију постане само једна, рецимо тако, административна формалност, пацијент, јасно је, мора добити од неког релевантне информације о садржају, евентуалном исходу и уопште значају онога што се од стране медицинског особља предлаже<sup>397</sup>.

На питање шта је то што се пацијенту треба саопштити, није лако дати једноставан и јединствен одговор, јер он зависи од читавог низа параметара – конкретних околности, врсте интервенције, стања пацијента, шанси за успех. Ипак, иако данас не постоји консензус око тога шта је то што пацијенту или његовом заступнику мора бити предочено у контексту предстојеће интервенције, једно је извесно – лекар који лечи пацијента, ординирајући лекар или изузетно неки од колега на којег је то овлашћење пренето<sup>398</sup>, је тај који је дужан да пацијенту предочи све чињенице од којих би евентуално зависео његов пристанак. Све то мора учинити на начин који је разумљив пацијенту као медицинском лаику, јер само на основу тако датог обавештења може се очекивати да пацијент правилно

---

<sup>396</sup> Израз претпоставка нисмо у овом случају употребили у контексту правне претпоставке, то јест чињенице о чијем постојању или непостојању немамо података, али коју унапред узимамо као постојећу, односно непостојећу. Ипак, дубоко уверени у то да се проблему може и на тај начин прићи, а у контексту будућих истраживања на ову тему, сматрамо да итекако има места да се идеја о пацијенту као медицинском лаику претвори у претпоставку која је оборива, тим пре јер осећамо да би могућност обарања ове претпоставке могла у појединим случајевима да буде једини излаз из зачараног круга злоупотреба у којем би пацијент са медицинским предзнањем могао да зароби медицинске посленике.

<sup>397</sup> Право на информације и обавештење изводи се из неприкосновене уставне гаранције човекове личности и с њом у вези права на самоопредељење. Тако: Милутиновић, Љ.: *Права и дужности пацијента*, стр. 14.

<sup>398</sup> Тако: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, стр. 47.

извага околности које иду у прилог интервенцији која му се предлаже и околности због којих би од ње евентуално требало одустати.

У правној литератури која се овом проблематиком бави, истиче се да обавеза обавештавања, заправо, није никаква новина, то јест тековина медицинског права. Обавеза обавештавања саставни је део свакодневног живота одавно, а као примери наводе се, прво ван уговорне сфере, обавеза да се лица упозоре на опасност на путу, на то да пас уједа, на то да производ садржи опасне хемикалије које захтевају пажљиво руковање, а онда у односима између тачно одређених лица, рецимо, обавеза давања савета и упозорења према најбољем знању у циљу избегавања предуговорне одговорности<sup>399</sup>. Обавеза давања обавештења пацијенту настала је и из истог разлога као и све претходно поменуте обавезе, дакле, у циљу спречавања настанка штете за неког поименично одређеног код уговорних или предуговорних односа, то јест за поименично неодређена лица код осталих односа<sup>400</sup>.

Како бисмо се успешно бавили проблемом обавештавања пацијента на медицинску интервенцију, поред разлога због којих је обавеза обавештавања пацијента настала, подједнако је битно знати и како је она настала. О томе је до сада заиста много писано, међутим, сви ти небројени редови могли би се свести, према нашој процени, на једну констатацију – обавеза обавештавања пацијента настала је са променом начина на који је до тада тумачена максима *salus aegroti supprime lex est*. Дакле, није спорно да је поменуто правило врховни принцип у бављењу медицином практично од њених почетака, ипак тумачењу овог правила не приступа се више на исти начин. Промена о којој говоримо тиче се процене тога шта се сматра да је пацијентова добробит, прецизније тиче се тога ко је тај који процену врши.

У време важења патерналистичког поимања односа лекара према пацијенту процену шта је то у најбољем интересу пацијента вршио је, наравно, лекар. Оправдање таквом односу налазило се у тврдњи да нити пацијент нити његов заступник као медицински лаици никако нису позвани да процењују шта је са медицинског становишта у пацијентовом најбољем интересу, те да се та процена мора препустити оном ко стручно

<sup>399</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 185-186.

<sup>400</sup> Поред овог разлога који смо, ипак, препознали као главни, постоји и читав низ других разлога који се сматрају значајним за настанак обавезе обавештавања пацијента, а о тим разлозима детаљније код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 188.

знање поседује. Ипак, паралелно са раније поменутом технолошком, десила се и културна револуција. С напредним хуманистичким идејама стало се на становиште да се најбољи интерес пацијента не своди само на медицински аспект добробити, већ да је то далеко шири појам, који као такав излази далеко ван сфере стручне наобразбе лекара, а улази у најинтимнију сферу пацијента.

И заиста, са становишта модерног правника, нема ништа логичније од тврдње да само онај о чијим се добрима ради може да процени најбоље шта је у његовом најбољем интересу када су та добра у питању. Нико није у стању да боље и потпуније оцени значај добара него лице којем та добра припадају, нарочито у оним ситуацијама, које су иначе при медицинским интервенцијама неретке, када се једно добро мора жртвовати зарад опстанка другог добра<sup>401</sup>.

Наравно, да би се принцип самоодређења реализовао, обзиром да пацијент, у начелу, не поседује неопходна знања из области медицине на којима би своју одлуку о судбини својих добара засновао, неопходно је пружити му одговарајуће информације. Но, на који начин те информације требају бити пружене, у којој мери и каква би садржна тих информација требала бити, то је питање којем се у последњих пар деценија у земљама западне Европе, а све више и код нас, посвећује огромна пажња од стране теоретичара права. Овим питањима ћемо се и ми у овом делу рада бавити, ипак само у мери у којој је то неопходно рад доказивања хипотеза наведених у пријави рада.

У основи одлуке о одустанку од медицинске интервенције, а нарочито одлуке о пристанку на њу, мора се налазити обавештење<sup>402</sup>. То је разлог зашто се у савременој

---

<sup>401</sup> Чини се да је сада јасније зашто смо констатовали да је обавеза обавештавања пацијента настала са променом тумачења принципа *salus aegroti supprime lex est* иако се може рећи и да је обавеза обавештавања пацијента настала са преласком са патерналистичког на аутономни концепт бављења медицинском делатношћу. Ми смо се ипак одлучили да тај моменат настанка обавезе обавештавања и њено продирање у свест правника вежемо за промену тумачења овог правила, јер желимо да истакнемо да је управо поменута промена у тумачењу иницирала прелазак са патерналистичког на аутономни концепт, а не да је поменути прелазак иницирао промену у тумачењу правила.

<sup>402</sup> То да се у основи пристанка пацијента мора налазити обавештење аутори са истока радо оспоравају. Они обавештење пацијента сматрају несагласним културним принципима њихових цивилизација. О потреби проучавања пристанка пацијента у оквирима одређене културе видети код: delCarmen, M. G., Jofee, S.: *Informed consent for medical treatment and research: A Review*,



правној литератури готово никада не говори о престанку пацијента на медицинску интервенцију, него о престанку информисаног пацијента<sup>403</sup>. Законодавац признаје пацијенту аутономију којом се побољшава комуникација са лекаром, уз истовремено наглашавање способности пацијента да доноси одлуке и идеје о подељеној одговорности за здравље пацијента, а све у циљу заштите пацијента од ауторитативног лекара<sup>404</sup>. Пристанак пацијента који је од медицинских посленика који интервенцију обављају добио све потребне информације највећа је потврда принципа аутономије воље и принципа самоодређења, а уједно и најзначајнија гаранција поштовања личности пацијента<sup>405</sup>. Инсистирање на одговарајућем корпусу информација на којем се пристанак заснива учинио је да однос између лекара који зна како да пристанак добије и пацијента буде заувек промењен<sup>406</sup>.

Ако оставимо по страни дилеме око тога да ли је однос између медицинских посленика и пацијената јавноправни или приватноправни и делеме око тога да ли обавеза обавештавања проистиче из уговорног карактера обавезе или из обостраног поверења на којем почива читав однос, једно је извесно, а то је да на страни медицинског особља постоји обавеза да пацијент о интервенцији која треба бити спроведена буде обавештен,

---

<http://theoncologist.alphamedpress.org/content/10/8/636.full.pdf+html>, стр. 637-638; Macklin, R.: *The doctor patient relationship in different cultures*, *Bioethics: An anthology*, Oxford, 2006, стр. 665-670.

<sup>403</sup> Према постојећим сазнањима, творац идеје о информисаном престанку, са ослонцем на идеје Џона Лока, јесте Џастис Кардозо (видети: Беширевић, В.: *Basics norms of bioethics: informed consent in UNESCO bioethics declarations*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3, Београд, 2008, стр. 258-259; Reuter, R. S.: *An overview of informed consent for radiologists*, стр. 219-220 ). Водећи, међутим, рачуна о потреби што прецизнијег правничког изражавања, али и у очигледној жељи да се српски језик заштити, професор Радишић критикује кованицу „информисани пристанак“ која се у литератури некритички користи због буквалног превођења израза са енглеског говорног подручја *informed consent*. Овај аутор предлаже израз „пристанак информисаног пацијента“ јер није пристанак тај који добија информације, већ пацијент, то јест његов заступник. (Видети: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 189).

<sup>404</sup> Тако: Радишић, Ј. и Мујовић-Зорнић, Х.: *Помоћ пацијентима у остваривању њихових права: Западна Европа као узор Србији*, стр. 29.

<sup>405</sup> Тако: Schwatrz, L. R.: *Autonomy, Futility and the Limits of Medicine*, стр. 159-164

<sup>406</sup> Тако: Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, стр. 6 и даље.

али не само у случају када се планира извођење нарочито ризичног задатка<sup>407</sup>, већ и код било које медицинске интервенције која не спада у групу оних код којих се питање пристанка не поставља уопште<sup>408</sup>.

Овакво наше виђење произлази из стилизације одредби нашег позитивног права, пре свега 11. члана нашег ЗОПП РС, која не дозвољава никакво другачије тумачење сем оног према којем је лекар дужан да о свим релевантним подацима обавести пацијента приликом предузимања било које интервенције и уопште у току читавог поступка пружања здравствене заштите. Закон, на први поглед, судовима не даје могућност, чак ни најширим тумачењем његових норми, да лекара ослободе обавезе давања обавештења пацијенту о предузимању неке интервенције, без обзира на степен ризика који постоји у конкретном случају. Другим речима, ни лекари ни судови нису овлашћени да преиспитују у којим се то интервенцијама може пристанак пацијента уважити чак и када је дат на темељу непотупних или погрешних чињеница које су пацијенту презентоване, а нарочито у одуству било каквог обавештења, без обзира на степен ризика који медицинска интервенција собом носи.

Када говоримо о ЗОПП РС, ваља имати у виду да овај законски текст прави врло важан корак напред у циљу превазилажења могућег проблема у виду неуједначености судске праксе, јер он, очигледно под утицајем норми које су прокламоване кроз Декларацију у унапређењу права пацијента у Европи, врло прецизно решава питања која се тичу опсега и садржине обавештења, то јест квалитативне и квантитативне стране овог момента.

Законодавац, прво, у одељку који се тиче права пацијента на информисаност предвиђа кроз општу норму право пацијента да му се пруже све релевантне информације које се тичу његовог здравља, али и саме здравствене службе, здравственог осигурања, као и постојећих научних сазнања и технологија које се примењују<sup>409</sup>. Проблем могућих

<sup>407</sup> Према пресуди Савезног суда из 1978 (62/77) сматра се да лекар треба да пацијентата упозори на потенцијалне штете, барем код оних интервенција које су скопчане са нарочитим ризицима по живот и здравље пацијента.

<sup>408</sup> Згодно је имати у виду инсистирања у правној теорији да опсег обавештавања зависи од тога да ли је реч о дијагностичкој или терапеутској мери. Ставовe с тим у вези видети код: Клајн-Татић, В.: *Дужност лекара да пацијента обавести о дијагностичким мерама*, стр. 24 и даље.

<sup>409</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 7.

различитих тумачења законодавац доцније предупредује на тај начин што методом набрајања прави листу, коју ми с ослонцем на телеолошко тумачење никако не сматрамо затвореном, обавеза лекара и медицинских посленика у погледу пружања информација пацијенту о медицинској интервенцији чије се предузимање планира. На тај начин законодавац прати одлуке судова донешене тим поводом, инкорпорира их у законски текст и даје им пуну потврду, али и повећава могућност примене<sup>410</sup>.

Када говори о томе да пацијент има право да од надлежног здравственог радника добије благовремено обавештење које му је неопходно да би донео одлуку да ли да на интервенцију пристане или не<sup>411</sup>, законодавац додаје да поменуто обавештење мора да обухвати, у првом реду, дијагнозу и прогнозу болести<sup>412</sup>, опис мере која ће бити предузета<sup>413</sup>, врсту и вероватноћу могућих ризика, али и извесне последице интервенције, те у том контексту и могуће промене стања пацијента после интервенције, па чак и могуће нужне промене у начину живота пацијента<sup>414</sup>. С тим у вези, постоји значајна обавеза на страни медицинских посленика да пацијенту у контексту интервенције која се предлаже укажу, не само на последице предузимања, него и на евентуалне последице непредузимања интервенције, чак и када постоје алтернативне методе лечења, а нама се чини нарочито ако не постоје<sup>415</sup>. Медицинско особље пацијенту, такође, треба да укаже на дејство лекова, а нарочито на споредне и нежељене ефекте дејства тог лека<sup>416</sup>. Најзад,

---

<sup>410</sup> Видети: Одлука Врховног суда Србије, бр. рев2714/92, објављена у Билтену судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/95, стр. 28 и даље.

<sup>411</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 1.

<sup>412</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 1..

<sup>413</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 2.

<sup>414</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 3 у вези са чл. 11, ст. 2, т. 5.

Оно што желимо да истакнемо као посебно значајно јесте да је законодавац, сматрамо, врло вешто успео да норму постави довољно широко да медицинским посленицима при давању обавештења пацијенту могу пренети све информације које у том тренутку према својој процени сматрају значајним, али опет довољно прецизно да медицинском посленицима не намећу обавезу указивања пацијенту и на, рецимо, техничку страну предузимања интервенције. (Упозорење у том смислу у нашој теорији права међу првима дао је: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 193-194).

<sup>415</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 2 и упоредити са другим теоретским промишљањима наведеним код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 194-196.

<sup>416</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 6.

медицинско особље пацијенту треба да укаже на алтернативне методе лечења уколико оне постоје<sup>417</sup>. Дакле, ово је листа елемената који обавештење које се пацијенту пре предузимања интервенције пружа мора садржати уколико желимо да пристанак пацијента на медицинску интервенцију произведе правно дејство које за овај институт законодавац везује<sup>418</sup>. То је, у контексту претходно формиране класификације, квантитативни опис обавештења<sup>419</sup> који прави компромис између очекивања пацијента и медицинског посленика од информације<sup>420</sup>.

Што се тиче квалитативне стране обавештења, чини се да је законодавац уважио оне најважније препоруке правне, али и медицинске теорије, то јест препоруке око којих постоји међу теоретичарима права барем минимум консензуса и инкорпорирао их у ЗОПП РС, притом водећи рачуна и о томе да ту норму не постави превише ригидно. На тај је

---

<sup>417</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 2, т. 4.

И пре, али и након доношења важећег ЗОПП РС, правна теорија резоновала је у истом правцу, указујући редовно да на страни медицинских посленика при давању обавештења од којег зависи пристанак на медицинску интервенцију постоји обавеза упозоравања пацијента да постоје, наравно под условом да заиста постоје, и друге, алтернативне методе којима се одређени здравствени проблем може третирати из разлога што, логично је, пристанак на медицинску интервенцију због тога што пацијент није био свестан и других могућности представља својеврсну заблуду у погледу чињенице на којој овај правни посао почива, што даље значи да је дејство и опстанак таквог пристанка у најмању руку упитно.

Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 194.

<sup>418</sup> Сматрамо да је у контексту будућих законодавних решења битно размотрити искуства Словеније и њихове ставове по питању ситуација које у нашем позитивном праву нису описане. У том смислу нарочито обратити пажњу на ставове поводом козметичких операција, амбулантних интервенција, избора између терапија које дају једнак или различит резултат у пракси, али и третман пристанка малолетника. Ставове видети код: Врабл, М.: *Стручна медицинска погрешка – словенска стајалишта и искуства*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2009, стр. 227-229.

<sup>419</sup> У контексту квалитета, а ништа мање и квантитета обавештења, сматрамо да се треба чувати, не само недостатака у обавештењу, већ и претераног обавештавања које се у судској пракси у САД махом посматра као и необавештавање пацијента.

О томе видети код: Reuter, R. S.: *An overview of informed consent for radiologists*, стр. 221.

<sup>420</sup> На темељу испитивања 256 пацијената и 37 медицинских посленика изведен је закључак о значајним ставкама информације из угла медицинског посленика и угла пацијента. Битне моменте, поклапања и разлике у очекивањима видети код: Newton-Howes, P. A., and others: *Informed consent: what do patients want to know?*, The New Zealand medical Journal, 111 (1073), 1998, стр. 340-342.

начин законодавац покушао, а чини нам се и успео у највећој мери, да уважи потребу правне сигурности, са једне стране, али и захтеве стручне медицинске јавности која редовно упозорава да опсег обавештења не сме бити подвргнут било каквој норми. Тако је законодавац обавезао стручно медицинско особље у здравственој установи у којој се лечење спроводи да пацијента или члана уже породице на језику који разумеју, односно у присуству преводиоца или тумача уколико за тим постоји потреба<sup>421</sup>, обавести о медицинској интервенцији на начин који је пацијенту разумљив и који одговара његовим годинама, образовању и емоционалном стању<sup>422</sup>. Оно што је за похвалу јесте то што се законодавац није на оваквој формулацији зауставио, већ је квалитет које обавештење дато пацијенту мора имати подигао на још виши ниво.

Законодавац је на страни стручног медицинског особља, надовезујући се на одредбу у којој поставља обавезу на страни особља да води рачуна о емоционалном, самим тим и о здравственом стању пацијента, поставио веома сложен задатак да приликом давања обавештења морају извршити процену како ће на пацијента, његово здравствено и емотивно стање утицати давање обавештења о мерама лечења и интервенцијама које ће с тим у вези бити предузете. Овакво овлашћење, иначе познато под називом терапеутска привилегија<sup>423</sup>, је неопходно из више разлога.

Када се ради о некој, рецимо тако, свакидашњој болести која је лако излечива и праћена добром прогнозом, питање квалитативне стране обавештења готово да се не поставља. Међутим, ако је болест тешко излечива или неизлечива, те уколико је прогноза инфаустна, упркос мишљењу једног дела правне јавности да пацијент увек има право на пуну информацију о свом здравственом стању, тим пре што је опште познато да у болести и најјача особа може постати преосетљива и раздражљива, став је већег дела јавности да се пацијенту треба пренети само део информација и то на начин који одговара тренутном,

---

<sup>421</sup> Видети: ЗОПП С чл. 11, ст. 5 у вези са ст. 4.

<sup>422</sup> Видети: ЗОПП С чл. 11, ст. 4.

Посматрати овај члан у контексту могућности пацијента да, не само разуме, већ и запамти информације које су му поводом интервенције дате. Приказ резултата истраживања о меморисању информација код пацијената видети код: Turner, P., Williams, C.: *Informed consent: Patient listen and read, but what information do they retain*, стр. 3 и даље;

<sup>423</sup> Назив срећемо код: Reuter, R. S.; *An overview of informed consent for radiologists*, стр. 221-222.

пре свега психичком, стању пацијента<sup>424</sup>. Сматра се, наиме, да лекар не сме шкодити пацијенту беспошtedним обавештавањем<sup>425</sup>.

У том контексту законодавац пружа могућност медицинском особљу да пацијенту, понављамо само уколико је то потребно ради заштите пацијента, не да обавештење, односно да не да потпуно обавештење, наравно уз обавезу да пуно обавештење буде дато неком од чланова најуже породице<sup>426</sup>. Једини изузетак од поменутог правила исказан је у правној теорији, а чини се да произлази из здраворазумског размишљања, да се пун опсег информација мора дати пацијенту, без обзира на спремност пацијента да се избори са теретом информације, уколико од познавања стања свог здравља зависи пацијентова важна одлука, рецимо у погледу заснивања радног односа<sup>427</sup>.

Тиме је, сматрамо, уважена идеја која је међу теоретичарима права одавно формирана кроз ослушкивање пулса стручне медицинске јавности о томе да се пацијенту не сме шкодити информацијама које би, уколико би пацијенту биле у потпуности дате, могле само штетити, односно које би пацијенту у смислу губљења воље и западања у тешко психичко стање више штетиле него користиле<sup>428</sup>. Другим речима, болесниково право на истину суспендовано је његовом неспособношћу да исправно реагује на сазнање истине.

Додатни задатак на страни медицинског особља у вези са давањем обавештења установљен је и када је су у питању деца, мада законодавац, иако је неспорно имао добру намеру, није био прецизан као у претходним члановима. Наиме, законодавац позива стручно медицинско особље да, сходно својој најбољој процени, уважи способност детета

---

<sup>424</sup> Тако: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, стр. 47.

<sup>425</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, стр. 168.

<sup>426</sup> Видети: ЗОПП С чл. 11, ст. 7.

<sup>427</sup> О овим и другим везаним ставовима детаљније видети код: Радишић, Ј. : *Одговорност због погрешне лекарске дијагнозе и непредузимања потребних дијагностичких мера*, стр. 57.

<sup>428</sup> У том смислу нарочито обратити пажњу на разматрања: Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, стр. 47; Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 192-193;

за расуђивање без обзира на године и да му у том смислу омогући поверљиво саветовање и без пристанка родитеља<sup>429</sup>.

Законодвац ту ипак није био довољно прецизан. Ово кажемо из разлога што није у потпуности јасно од каквог је значаја то саветовање за давање пристанка на медицинску интервенцију. Другим речима, није у потпуности разрешено да ли је то саветовање заиста само саветовање у смислу психичке припреме детета за евентуалне негативне последице интервенције како се може закључити применом методе објективног и строго нормативистичког тумачења или ипак постоји могућност да се, након саветовања, мишљење детета уважи у погледу пристанка односно одустајања од медицинске интервенције. Ствар је јасна када су у питању деца старија од 15 година, јер законодавац наводи да она, уколико су способна за расуђивање, могу самостално дати пристанак на медицинску интервенцију<sup>430</sup> или исту одбити<sup>431</sup>.

Међутим, када су у питању деца млађа од 15 година, ми искрено верујемо у исправност првог тумачења. Верујемо да је поменуто саветовање само облик припреме детета за интервенцију и евентуалне негативне последице исте. Верујемо, даље, да се мишљење детета млађег од 15 година не може узети као релевантно ни након саветовања<sup>432</sup>. Ипак напомињемо да је у контексту израде неких будућих правних норми неопходно преформулисати и прецизирати овај члан како се не би десило да се у пракси постави питање одговорности лекара за штету која при медицинској интервенцији настаје јер су интервенцију обавили само на основу пристанка законских заступника детета, а без вођења рачуна о закључцима и мишљењу детета формираног кроз поменуто саветовање са дететом које је пре интервенције одржано.

---

<sup>429</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 11, ст. 8 у вези са чл. 2, ст. 3 и 4 истог закона којим одређује појам детета.

<sup>430</sup> Видети: ЗОПП РС, чл. 19, ст. 4.

<sup>431</sup> Дете старије од 15 година може одбити медицинску интервенцију која му је од стране стручног медицинског особља предложена, међутим на страни медицинских посленика који интервенцију предлажу постоји обавеза предвиђена законом да се морају у том случају обратити законском заступнику, по потреби и надлежном органу старатељства, те од њих затражити пристанак.

Видети: ЗОПП РС, чл. 19, ст. 5 у вези са ст. 3 истог члана.

<sup>432</sup> У исправност таквог тумачења верујемо управо на основу анализе односа чл. 11. ст. 8 ЗОПП РС у контексту чл. 2, ст. 3 и 4, а нарочито чл. 19. ст. 4 истог закона.

Дакле, поново преведено на језик медицинског и облигационог права, медицинска интервенција која је спроведена на основу пристанка пацијента који није добио обавештење одговарајућег квалитета и обима има карактер атака на телесни и психички интегритет пацијента. Недостатак у обавештењу пацијента повлачи ништавост пристанка<sup>433</sup>. У таквим случајевима читав ризик наступања и реализације штете пада на медицинске посленике који су интервенцију спровели и они су штету која из такве интервенције проистекне дужни надокнадити<sup>434</sup>. Штавише, због интервенције која је обављена уз пристанак пацијента којем нису предочене све релевантне информације без адекватног разлога, постоји значајна могућност и кривичноправне одговорности оних који су интервенцију спровели<sup>435</sup>.

Иако јесте строго, исправност оваквог промишљања о подређености пристанка пацијента обавештењу које има одговарајући квалитет и квантитет није доведена у питање ни постојањем одређених случајева у којима се на обавештавању пацијента не инсистира. Ово зато што у тим случајевима постоје моменти које обавештење чине непотребним, било због тога што пацијент поседује довољно релевантних информација или због тога што има огромно поверење у медицинске посленике који изводе захват, било због тога што постоје моменти који обавештење пацијента, а самим тим и пристанак потчињавају добробити пацијента<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> Тако: Клајн-Татић, В.: *Дужност лекара да пацијента обавести о дијагностичким мерама*, стр. 24.

<sup>434</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, стр. 40-42; Слично резонување, иако само у контексту естетских операција, видети код: Радишић, Ј.: *Козметичка операција и одговорност оператора*, стр. 177.

<sup>435</sup> О могућностима заснивања кривичноправне одговорности због интервенције медицинског карактера која је спроведена уз пристанак недовољно или неправилно обавештеног пацијента, детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, стр. 38-40.

<sup>436</sup> О случајевима у којима обавештење пацијента није потребно зато што је пацијент већ обавештен, зато што се одрекао обавештења, зато што би обавештење било контраиндиковано или због немогућности давања обавештења, детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, стр. 36-37.



### 3.1.4. Научна заснованост метода које се у сврху лечења користе

У низу услова које смо означили као позитивно постављене, а који се по нашем мишљењу издвајају значајем у односу на пристанак пацијента, јесте научна заснованост метода које се у сврху лечења користе. Наиме, изричит став законодавца је да у склопу здравствене заштите, дакле и у оквиру медицинске делатности, све активности које се предузимају морају бити засноване на научним доказима<sup>437</sup>. Дакле, произлази из објективног тумачења норми које регулишу ову област да медицински посленици у сврху лечења морају користити само оне методе које су научно потврђене и у конкретном тренутку и околностима актуелне, односно подударне са тренутном праксом<sup>438</sup>.

Пренесено на практичан терен, то значи да медицински посленик не сме третирати пацијента методом која није научно верификована. Он то не сме учинити чак ни када је пацијент на то пристао. Штавише, он то не сме учинити ни онда када пацијент то изричито захтева, јер уколико би пацијента третирао методом која није научно потврђена, чак и када би третман био успешан, пацијент би могао успешно тражити у судском поступку надокнаду штете од посленика због нарушеног телесног и психичког интегритета<sup>439</sup>.

Ипак, строгост оваквог размишљања које произлази из објективистичког тумачења норми 333 РС мора бити ублажена уколико желимо да постојеће законодавство уважава неколико пута наглашавану специфичну природу медицинске делатности и хуману црту која је нужно мора пратити. Наиме, поменули смо да медицински посленик није попут представника других делатности у стању да се ограничи на преузимање оних случајева који су подобни да буду успешно решени. Хумана црта која њихов позив краси медицинске посленике просто тера да предузму све што је у њиховој моћи чак и када помоћи нема, па чак и кад је наступање штете извесно.

---

<sup>437</sup> Видети: 333 РС чл. 5, ст. 2.

Слично у контексту медицинских истраживања: Живојиновић, Д.: *Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови сад, 2012, стр. 332-335.

<sup>438</sup> У том смислу: Николић, М. К.: *Одговорност лекара за штету*, стр. 249-250.

<sup>439</sup> Ова правила установљена су, преваходно, у циљу спречавања експлоатације пацијента. Тако: Живојиновић, Д.: *Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања*, стр. 333.

У оним ситуацијама када верификоване научне методе нема, а постоји могућност да се неком непотврђеном методом пацијенту помогне не би одговорало начелу правичности да изложимо грађанској одговорности медицинског посленика који посегне за неверификованом методом једино са жељом да помогне пацијенту којем је та метода једина нада тим пре уколико је пацијент на њу пристао. Став у правној теорији, сматрамо сасвим исправан, је да се медицински посленик може послужити и неком научно непотврђеном методом уколико нема научно верификоване методе без опасности од успостављања грађанскоправне одговорности, али само под условом да је медицински посленик у коришћењу те методе показао одговарајући степен пажње, то јест степен пажње који се од доброг стручњака у конкретном случају може очекивати<sup>440</sup>.

Међутим, оно што ваља имати у виду из перспективе рада јесте да ни ова група случајева не чини да пристанак пацијента буде стављен изнад научне заснованости метода лечења. Да, пристанак пацијента на употребу научно непотврђене методе јесте неопходан, али пристанак пацијента и даље није одлучујућа чињеница од које дозвољеност интервенције зависи. Пристанак пацијента сам по себи не чини допуштеном ову интервенцију. Интервенцију која се заснива на неверификованим методама оправдава и индикованост таквог захвата и недостатак друге методе, али и повећани степен пажње лекара. Дакле, произлази као закључак да пристанак пацијента, како рекосмо, није у стању да оправда сам по себи употребу неверификованих метода.

### 3.2. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе негативно одређених услова за њену допуштеност

Када смо у претходном делу рада најавили да ћемо у раду преиспитати значај пристанка пацијента, поменули смо и то да сматрамо да је поменуто истраживање потребно, пре свега ради објективности, али и ради додатне прецизности, обавити на

---

<sup>440</sup> Тако: Николић, М. К.: *Одговорност лекара за штету*, стр. 249-250.

Аналогна примена правила којима се дефинише начин утврђивања етичке оправданости истраживања долази у обзир код процене да ли се пацијент може третирати научно неверификованом методом. Ова правила видети код: Живојиновић, Д.: *Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања*, стр. 332 и даље.

неколико различитих нивоа. Будући да смо управо анализирали значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију из перспективе оних услова, то јест чињеница које смо за потребе овог рада означили као позитивне због тога што су у највећем броју случајева комплементарни са пристанком пацијента, следећи корак је провера значаја пристанка пацијента на медицинску интервенцију из перспективе услова које смо означили као негативне.

Подсетимо, као негативне смо означили оне услове, то јест чињенице у чијем присуству пристанак пацијента нема никакав значај. Из таквог одређења ове групе чињеница произлази, заправо, да су то оне чињенице које не дозвољавају да се уопште да пристанак на неку медицинску интервенцију. Једноставније речено, реч је о оним медицинским интервенцијама чије је извођење забрањено изричито, најчешће неком законском или, мада нешто ређе, неком нормом нижом или чак вишом од закона.

Међу оним медицинским интервенцијама које су изричито забрањене, без обзира на карактер норме којом се она забрањује, можемо уочити значајне разлике. Наиме, неке медицинске интервенције су забрањене апсолутно – апсолутно у смислу да се никада и ни у којој варијанти не могу спроводити. Најбољи пример у том смислу јесу медицинске интервенције које се предузимају у склопу клонирања као поступка. Наиме, наш Устав у рубруму који се односи на право на живот изричито забрањује клонирање<sup>441</sup>, а примена ове норме обезбеђује се кроз систем кривичног права који у посебном делу у оквиру групе кривичних дела против здравља људи предвиђа казну затвора од три месеца до пет година за онога ко врши клонирање људи или било какве експерименте у том смислу<sup>442</sup>.

Будући да поменуте норме не остављају никаквог места недоумицама, јасно је да се ниједна од многобројних медицинских интервенција и захвата у току поступка клонирања не може спроводити ни под којим условима, ни у које сврхе и ни над ким. То, даље, значи да се ниједна од тих интервенција, без обзира да ли је у конкретном случају реч о репродуктивном или све више хваљеном терапеутском клонирању које и ми поздрављамо, са становишта нашег права не може спровести ни када пацијент изричито пристане на њу. Другим речима, пристанак пацијента није разлог искључења противправности ни у кривичноправном ни у грађанскоправном смислу те речи, јер ће онај ко и поред изричите

<sup>441</sup> Видети: Устав РС чл. 24, ст. 3.

<sup>442</sup> Видети: КЗ РС чл 252, ст. 2.

забране изводи медицинске интервенције у поступку клонирања, одговарати и према правилима грађанског и према правилима кривичног права.

Слично је, рецимо, и са коришћењем марихуане у медицинске сврхе. Наиме, иако је данас готово опште познато да тетрахидроканабинол као основни састојак марихуане врло позитивно делује на снижавање очног притиска, смањење мучнине и да уопште доприноси далеко бољем општем осећају у току мучних терапија рака и сиде, коришћење марихуане као једног од деривата Индијске конопље (*Cannabis sativa*) забрањено је изричито, па чак и у терапеутске сврхе. У ту сврху, без обзира на пристанак пацијента, па чак и без обзира на његово изричито инсистирање, медицински посленик не може као терапеутско средство понудити пацијенту марихуану. Пристанак пацијента, дакле, ни у овом случају није у стању да учини правно дозвољеном медицинску интервенцију у којој се као терапеутско средство користи марихуана ни са становишта кривичног, ни са становишта грађанског права. Одговорност, ни кривичноправна ни грађанскоправна, онога ко поступи супротно овом правилу није упитна, тим пре када тај неко иступа као стручњак који сходно свом статусу стручњака мора да покаже додатни степен пажње и у погледу тога шта као средство лечења може користити.

Међутим, постоји и друга група медицинских интервенција које су законом или другим правним актом забрањене и које не може учинити правно дозвољеним ни изричит пристанак пацијента, али које ипак нису апсолутно забрањене. Другим речима, постоје и такве интервенције медицинског карактера које нису увек и према сваком забрањене, већ које су само у неким случајевима или према неким лицима забрањене. Одличан пример такве интервенције јесте прекид трудноће или абортус. Видели смо из претходног поглавља које је било посвећено медицинским индикацијама да се ова интервенција може спровести практично без икаквих ограничења само до десете недеље трудноће. Извођење ове интервенције ограничено је једино вољом пацијенткиње или њених заступника. Након тога ова је интервенција изричито забрањена, осим уколико је надлежни конзилијум, то јест Етички одбор здравствене установе не одобри. Без овог одобрења интервенција је забрањена и онај ко би је предузео, без обзира на пристанак пацијенткиње или њених заступника одговарао би и према правилима кривичног и према правилима облигационог права.

### 3.3. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију из перспективе захвата у којима као чињеница не фигурира пристанак пацијента

У последњем кораку, уколико претендујемо да стекнемо праву слику о месту и значају пристанка пацијента на медицинску интервенцију, морамо размотрити малобројну, али правнополитички изузетно значајну групу медицинских захвата код којих се питање пристанка пацијента на односну интервенцију уопште не поставља. Реч је, заправо, о оној групи медицинских захвата који су допуштени и без пристанка пацијента због постојања одређених околности попут стања нужде, али и одређених друштвених интереса који се у односу на интегритет пацијента сматрају примарним<sup>443</sup>. Стога се у теорији права, међу оним малобројним ауторима који су уопште посветили пажњу овом проблему, прави разлика између оних интервенција које се без пристанка пацијента предузимају због тога што није ни било могуће поставити питање његовог пристанка и оних интервенција које се предузимају по сили закона, иако се и прва група интервенција може у најширем смислу подвести у другу групу<sup>444</sup>.

#### 3.3.1. (Не)предузимање медицинске интервенције у случају када није могуће испитати вољу пацијента

Без обзира на то што наш последњи Устав не садржи као његови претходници изричиту норму с тим у вези<sup>445</sup>, са пуним правом можемо констатовати да се маркантна линија у развоју нашег правног поретка оличава у сталној, врло јасно израженој тежњи да се међу грађанима развије осећај солидарности у смислу стварања свести о потреби да се у помоћ притекне ономе ко се у стању невоље налази. Помоћ другоме у невољи одувек је била заповест људског друштва која се поима као суд части, а они случајеви невоље који се сматрају посебно значајним због степена опасности који носе код нас су одувек били и

<sup>443</sup> Слично: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 215.

<sup>444</sup> Видети: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 215.

<sup>445</sup> Упоредити одредбе Устава РС из 2006 са одредбама Устава РС из 1990. године, конкретно са чл. 54 овог Устава.

правно регулисани<sup>446</sup>. Дакле, обавеза пружања помоћи онемо ко се у невољи налази, у нас, није само морална или етичка обавеза, већ и правна. Довољно је, у том контексту, осврнути се на одредбе КЗ РС и ЗОО РС којима се конкретизују одредбе Устава које се на пружање помоћи у невољи односе. Из одредби ових правних аката јасно произлази да се као последица непружања помоћи може поставити питање и кривичне и грађанске одговорности.

Према одредбама ЗОО РС одговараће за проистеклу штету онај који је ускратио помоћ лицу које је било угрожено под условом да су били угрожени живот и здравље лица, а не неко имовинско добро, затим уколико је наступање штете могао предвидети и, наравно, уколико је то могао да уради без излагања опасности себе, то јест неког свог добра неимовинског карактера<sup>447</sup>. Слично, наш КЗ РС предвиђа новчану казну, па и казну затвора у одређеном трајању у зависности од коначних последица, за онога који је без опасности за себе или друге ускратио помоћ лицу чији је живот непосредно био угрожен<sup>448</sup>. Штавише, законодавац је приликом стварања КЗ РС у глави посвећеној кривичним делима против безбедности јавног саобраћаја, будући да се управо у јавном саобраћају питање ускраћивања помоћи најчешће и поставља, инкорпорирао кривичноправну одговорност за један особит облик непружања помоћи. Наиме, законодавац је предвидео новчану казну, па чак и казну затвора, за возача моторног возила или другог превозног средства који остави без помоћи лице које је тим средством повређено, то јест лице којем је тим средством повреду проузроковао<sup>449</sup>. Такође, законодавац је нормама КЗ РС уредио додатно два облика непружања помоћи и то у чл. 126 и 196 којима је регулисао питања напуштања немоћног лица и кршења неких породичних обавеза.

Међутим, законодавац приликом стварања норми КЗ РС није се овде зауставио. Он је у глави посвећеној кривичним делима против здравља људи предвидео још један особит случај неуказивања помоћи. Наиме, сходно одредбама КЗ РС, лекар који противно својој

---

<sup>446</sup> Радишић, Ј.: *Одговорност због ускраћивања хитне медицинске помоћи*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996, стр. 243.

<sup>447</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 182.

<sup>448</sup> Видети: КЗ РС, чл. 127.

<sup>449</sup> Видети: КЗ РС, чл. 296.

дужности одбије да укаже лекарску помоћ лицу којем је непосредно угрожен живот, то јест лицу којем прети наступање трајног нарушења здравља<sup>450</sup>, биће кажњен новчано или казном затвора до две године за основно кривично дело. Казном затвора од шест месеци до пет година, то јест казном затвора од једне до осам година, биће кажњен за облике овог кривичног дела квалификоване наступањем тешке телесне повреде, тешког нарушења здравља или наступањем смрти<sup>451</sup>.

Са једне стране, дакле, имамо на страни медицинских посленика обавезу да пре предузимања медицинске интервенције прибаве пристанак пацијента. Са друге стране, међутим, видимо да лекари, мада можемо рећи и медицински посленици уопште, имају обавезу пружања помоћи у одређеним ситуацијама, по правилу онима из којих проистиче непосредна опасност по живот. Како је, опет по правилу, управо у тим ситуацијама споразумевање са пацијентом отежано или чак немогуће, а заступника пацијената нема или да се до њих не може на време доћи, поставља се питање шта чинити. У том случају, начелно, могуће је слепо се држати потребе за пристанком пацијента, но могуће је у складу са обавезом из КЗ РС и ЗОО РС предузети интервенцију.

Наравно, двоумљења у овом случају не би ни требало да буде. Сматрамо да обавеза извођења медицинске интервенције без претходно прибављеног пристанка у овим случајевима произлази јасно, не само из норми КЗ РС и ЗОО РС, већ и из природе позива који медицински посленици обављају. Ипак, уколико било какве недоумице и могу постојати, све дилеме једноставно су разрешене кроз ЗОПП РС који налаже да се медицинска интервенција хитног карактера може предузети и без претходно прибављеног пристанка пацијента, уколико је пацијент без свести или из других разлога није у стању да да пристанак<sup>452</sup>. Штавише, ЗОПП РС предвиђа да се хитна интервенција може предузети и без пристанка, па чак и уз противљење заступника детета, односно лица лишеног пословне

---

<sup>450</sup> Иако је у најмању руку спорно колико се то односи на случајеве у којима је непосредно угрожен живот пацијента, згодно је имати увид у упоредноправна решења сходно којима лекар може одбити пружање помоћи, то јест у којима може прекинути започето лечење, тим пре што су она коришћена за израду Кодекса лекарске етике. Детаљнији приказ тих околности видети код: Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, [http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM\\_educacije\\_-\\_tekst.pdf](http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf), стр. 3.

<sup>451</sup> Видети: КЗ РС, чл. 253.

<sup>452</sup> Видети: ЗОПП РС, чл. 18, ст. 1 уз ограничење које се односи на предузимање интервенције у здравственој установи из става 2. истог члана.

способности, уколико је то према процени та интервенција у најбољем интересу пацијента<sup>453</sup>.

По страни, међутим, можемо оставити све недоумице које норме нашег позитивног права могу изазвати због повремене непрецизности. По страни можемо оставити и правнотеоријска разматрања везана за дилему одакле се у конкретном случају изводи оправдање за извођење медицинске интервенције без претходно прибављеног пристанка<sup>454</sup>. Једно је јасно – постоје такве медицинске интервенције које се, због стања у којем се пацијент налази, могу, па чак и морају предузети и без пристанка пацијента или његовог заступника. Закључак који из тога недвосмислено произлази је да пристанак на интервенцију није, бар не увек, кључ дозвољености медицинске интервенције. Овај закључак је тим пре оправдан уколико имамо у виду да постоје и интервенције које се могу предузети под одређеним околностима, чак и када се заступник пацијента изричито томе противи.

### 3.3.2. Медицинске интервенције које се предузимају по сили закона

Поред случајева када се медицинска интервенција спроводи без пристанка пацијента због тога што пристанак није било могуће прибавити благовремено без опасности по живот и здравље пацијента, посебну пажњу завређује још једна група случајева у којима се питање пристанка пацијента на медицинску интервенцију уопште не поставља због тога што је предузимање односне интервенције по закону обавезно. Другим речима, пацијент ће, без обзира да ли се у конкретном случају са интервенцијом слаже и

---

<sup>453</sup> Видети: ЗОПП РС, чл. 18, ст. 3.

<sup>454</sup> О дискусији међу теоретичарима права у погледу теоријскоправног оправдања медицинске интервенције која се без пристанка изводи детаљније видети код: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 215-216. Ипак, без обзира на присутне дискусије у правној теорији, уколико се спустимо на нижи степен апстракције, можемо утврдити да се у нашем праву, чини се, оправдање налази најпре у индикативности медицинског захвата. У том смислу обратити пажњу на, примера ради, услове од којих зависи обавезна имунизација.

Видети: Правилник о имунизацији и начину заштите лековима (у даљем тексту ПОИНЗЛ РС), „Сл. гласник РС“, бр. 11/06, 25/13, 63/13, 99/13, 118/13 и 65/14).



да ли на њу пристаје или не, бити обавезан да јој се подвргне у одређеним случајевима који су законом изричито предвиђени.

На питања који разлози законодавца мотивишу на доношење оваквих норми и који су то моменти који оправдавају такве интервенције, није могуће дати јединствен одговор и суд, пре свега, из разлога што су случајеви у којима се законодавац одлучује за овакав корак врло хетерогени. Дакле, како би резонување законодавца било јасније, без претензије да их све обухватимо, осврнућемо се на значајније случајеве у којима се медицинска интервенција спороводи по сили закона, то јест без претходно прибављеног пристанка на ту интервенцију.

### 3.3.2.1. Обавезна имунизација

Вероватно прва асоцијација када говоримо о медицинским интервенцијама које се по сили закона предузимају јесу случајеви обавезне имунизације. Наиме, у циљу борбе против настанка или даљег ширења читавог низа болести које могу погодити одређене групе становника или пак читаву популацију, а које могу оставити далекосежне негативне последице, већина модерних држава данашњице познаје случајеве обавезне имунизације. Упркос све већем утицају група које се боре против правила о обавезној имунизацији и наметања ове медицинске интервенције, нарочито деци, чињеница је да су правила која предвиђају обавезну имунизацију била кључни фактор у потпуном искорењивању или барем врло успешној контроли ширења одређених болести.

Република Србија је, правилно процењујући интерес читаве заједнице у борби против одређених болести и стања, донела низ мера које за циљ имају заштиту становништва од тих болести, уз прописивање начина спровођења и вршења надзора над спровођењем тих мера<sup>455</sup>. Велики број различитих могућих болести који захтевају реакцију државе, подложност одређених категорија лица одређеној скупини обољења и присуство, односно одсуство индикација за имунизацију, разлог су зашто је у нашем

---

<sup>455</sup> Видети посебно: Закон о заштити становништва од заразних болести (у даљем тексту ЗОЗСЗБ РС), „Сл. гласник РС“ бр. 125/2004 и Правилник о имунизацији и начину заштите лековима (у даљем тексту ПОИНЗЛ РС), „Сл. гласник РС“, бр. 11/2006, 25/2013, 63/2013, 99/2013 и 65/2014.

правном поретку, сматрамо врло успешно, извршена организација, то јест класификација случајева у којима је имунизација обавезна.

У нас се говори о случајевима обавезне активне имунизације лица одређеног узраста, лица експонираних одређеним заразним болестима, али и активној имунизацији лица по одређеним клиничким индикацијама, те лица која се третирају као путници у међународном саобраћају. Тако, у рубруму посвећеном активној имунизацији за лица одређеног узраста предвиђа се обавезна имунизација против туберкулозе у првој години живота<sup>456</sup>, против дечије парализе до навршених 18 година живота<sup>457</sup>, против дифтерије, терануса и великог кашља<sup>458</sup>, малих богиња, заушака и рubeоле<sup>459</sup>, новорођенчади или невакцинисане деца до 12 године живота против акутног вирусног хепатитиса В<sup>460</sup>, против обољења изазваних хемофилусом инфлуенце типа В деце од два месеца до пет година<sup>461</sup>.

Даље, ради заштите невакцинисаних или непотпуно вакцинисаних лица у здравственим установама, а нарочито студената и ученика здравствено образовне струке, хемофиличара, болесника на дијализи, полних партнера HBsAg позитивних лица, штићеника социјалних установа, интравенских наркомана, болесника од шећерне болести зависних од инсулина, новорођенчади HBsAg позитивних мајки, посебним правилима установљена је обавезна активна и пасивна имунизација против акутног вирусног хепатитиса В<sup>462</sup>. Правило о обавезној активној и пасивној имунизацији односи се, такође, на прекспозициону имунизацију одређених категорија лица које су посебно изложена вирусу беснила и постекспозициону имунизацију свих осталих категорија лица против беснила<sup>463</sup>. Предвиђена је, најзад, у оквиру категорије која предвиђа обавезну имунизацију одређених категорија лица обавезна имунизација, активна и пасивна, против тетануса код повређених лица<sup>464</sup>.

<sup>456</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 13-16 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>457</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 17-19 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>458</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 20-27 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>459</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 28-29 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>460</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 30-32 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>461</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 33 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>462</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 34 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>463</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 38-41 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>464</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 42 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

Следећа група случајева обавезне имунизације одређена је према медицинским индикацијама. Одређене, тачно поборјане категорије лица, у случају појаве симптома или епидемје грипа, обољења изазваних хемофилиусом инфлуенце типа В, стрептококусом пнеумоније и менонгококне болести, обавезно се подвргавају имунизацији одговарајућим вакцинама и специфичним имуноглобулинама<sup>465</sup>. Најзад, за путнике у међународном саобраћају који путују у земље које захтевају одређену вакцинацију, односно према епидемиолошким индикацијама, у складу са Међународним здравственим правилником, предвиђена је обавезна активна имунизација против жуте грознице, менингококног менингитиса, трбушног тифуса, колере, дифтерије и других заразних болести<sup>466</sup>.

Ако по страни оставимо аргументе противника обавезне имунизације, али и питање евентуалног проширења листе низом других случајева у којима је имунизација обавезна<sup>467</sup>, уколико се већ бавимо значајем вољног момента оног над ким се интервенција спроводи, посебно је значајно поставити питање како се обезбеђује спровођење интервенције. Прецизније, уколико је интервенција законом одређена као обавезна, да ли се, те уколико да, какве санкције примењују за случај неподвргавања интервенцији?

Ово питање није готово уопште обрађивано у нашој теорији. Ипак, тумачењем одредби које се на ове интервенције односе, можемо доћи до, истина посредног, закључка да се најзначајнија овлашћења везана за контролу подвргавања обавезној имунизацији налазе у рукама инспекције, конкретно санитарне, али и прекршајних судова који кроз систем новчаних казни за физичка лица могу обезбедити жељено понашање.

---

<sup>465</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 43-53 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>466</sup> Видети: ПОУНЗЛ РС чл. 54 у вези с ЗОЗСЗБ РС чл. 25.

<sup>467</sup> Занимиљив приказ аргумената за и против обавезне вакцинације против хуманог папилома вируса и приступу неких земаља западне Европе том проблему видети код: Матејић, Б., Кесић, В.: *Етика и репродуктивно здравље: питање вакцине против хуманог папилома вируса*, Српски архив за целокупно лекарство, vol. 141, бр. 1-2, Београд, 2013, стр. 127-130.

### 3.3.2.2. Медицинске интервенције које се предузимају у поступку лишења пословне способности

Одредбама којима се регулише ванпарнични поступак, суд који испитује постојање услова за лишење пословне способности пунолетног лица нужно је упућен на сарадњу са здравственим установама, односно лекарима одговарајуће специјалности. Ово је сасвим логична последица чињенице да се одлука о лишењу пословне способности нужно мора базирати на мишљењу вештака медицинске струке који су лице о чијој се пословној способности одлучује прегледали<sup>468</sup>.

То даље значи да, у првом моменту, лице о чијој се пословној способности одлучује, нема могућност избора да ли ће се прегледу подвргнути или не. Оно је на то обавезно, што значи да је његово евентуално слагање или несалагање са прегледом потпуно ирелевантно. Ово је за наш рад нарочито битан моменат. Иако је скуп метода које се том приликом предузимају претежно дијагностичког или прогностичког, а само изузетно и терапијског карактера, дакле иако су методе по правилу неинвазивне, постојање могућности да се и такве интервенције предузму по сили закона у огромној мери доводи у питање значај пристанка на интервенцију као чињенице од које њена допуштеност зависи.

Међутим, поред овог, још један облик сарадње суда и здравствених установа у поступку лишења пословне способности посебно је интересантан за наш рад. Ово из разлога што он представља готово школски пример медицинске интервенције која се предузима по сили закона, дакле без вођења рачуна о евентуалној сагласности или несагласности са предузимањем интервенције онога према коме се одређена интервенција предузима. Наиме, у поступку у којем се испитује постојање услова за лишење пословне способности, суд пред којим се поступак води има овлашћење да одреди привремено задржавање у здравственој установи лица према којем се поступак води, уколико је то према мишљењу лекара специјалисте неопходно ради потпуног утврђивања менталног стања односног лица<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Видети: Закон о ванпарничном поступку (у даљем тексту ЗВП РС), „Сл. гласник СРЈ“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013 и 55/2014, чл. 38, ст. 1 и 2.

<sup>469</sup> Видети: ЗВП РС, чл. 38, ст. 3.

### 3.3.2.3. Медицинске интервенције у току кривичног поступка

У контексту разматрања овлашћења која има суд у ванпарничном поступку према лицима која се налазе у посебном менталном стању, неопходно је размотрити и овлашћења која суд има у кривичном поступку према лицима која су неурачунљива или битно смањено урачунљива<sup>470</sup>, односно која се налазе у стању које захтева другачији приступ од оног који се практикује иначе према учиниоцима кривичних дела. Према овим учиниоцима кривичних дела може се изрећи читав низ мера безбедности, међу којима из перспективе рада посебну пажњу привлаче оне мере безбедности које се у кривичноправној теорији означавају као мере медицинског карактера<sup>471</sup>.

Тако се, сходно одредбама КЗ РС, учиниоцу који је кривично дело извршио у стању битно смањене урачунљивости, односно лицу које је у стању неурачунљивости учинило противправно дело које је у закону предвиђено као кривично дело, може изрећи мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, уколико се утврди постојање озбиљне опасности да ће учинилац учинити теже кривично дело и да је ради отклањања ове опасности потребно чување и лечење у психијатријској установи<sup>472</sup>. Оно што је посебно занимљиво јесте то да време трајања ових мера није унапред одређено, већ да оне трају онолико колико је то према процени здравствене установе неопходно<sup>473</sup>.

За она лица која су кривично дело учинила у стању неурачунљивости, или битно смањене урачунљивости, уколико се у току лечења у установи покаже да је постигнут одговарајући напредак или уколико се приликом изрицања мере процени да се исти ефекат може постићи без задржавања у установи психијатријског типа, може се изрећи мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи<sup>474</sup>. Ова мера се спроводи кроз сталну претњу заменом ове мере безбедности за меру чувања и лечења у психијатријској установи, што значи да ће се, уколико се учинилац не подвргне лечењу

<sup>470</sup> Видети: КЗ РС чл. 23.

<sup>471</sup> Тако: Стојановић, З.: *Кривично право, Општи део*, стр. 352-353.

<sup>472</sup> Видети: КЗ РС чл. 81, ст. 1 и 2.

<sup>473</sup> Видети: КЗ РС чл. 81, ст. 3 и 4.

<sup>474</sup> Видети: КЗ РС чл. 82, ст. 1-3.

добровољно, оно спровести принудно кроз меру безбедности лечења и чувања у установи<sup>475</sup>.

Најзад, према лицима која су кривично дело учинила под утицајем опојних дрога или алкохола, под условом да постоји опасност да ће лице услед зависности од ових средстава и даље вршити кривична дела, суд је овлашћен да изрекне меру безбедности обавезног лечења наркомана, то јест алкохоличара<sup>476</sup>. Прва мера може се изрећи максимално до три године, док се друга мера изриче без временског ограничења, дакле док постоји потреба за лечењем<sup>477</sup>. Обе мере безбедности извршавају се кроз сталну претњу да ће, уколико се лице којем је мера изречена не подвргне лечењу или га самовољно напусти, бити принудно извршене у одговарајућој здравственој или каквој другој специјализованој установи<sup>478</sup>.

Прегледом различитих мера безбедности које наше кривично законодавство познаје, може се уочити и значајна заједничка особина. Све поменуте мере безбедности медицинског карактера могу бити принудно извршене уколико се лице којем су изречене не подвргне добровољно лечењу, односно уколико лечење напусти својевољно. Оваква могућност јасно указује да се о сагласности лица којем је мера безбедности изречена, у начелу, води рачуна, јер је добровољност, како се правилно цени, предуслов успеха лечења. Ипак, иако се о сагласности донекле води рачуна, нарочито код мера које не подразумевају институционални третман, пристанак на било коју од интервенција која се сматра потребном, будући да се оне увек могу принудно извршити, није кључна чињеница од које дозвољеност ових интервенција зависи.

Уз овлашћења која припадају суду која произлазе из одредби материјалног кривичног законодавства, посебну пажњу завређују овлашћења која суду припадају на основу одредби формалног, то јест процесног кривичног законодавства. Ако пратимо редом решења предвиђена у Законнику о кривичном поступку<sup>479</sup>, мислимо пре свега на

---

<sup>475</sup> Видети: КЗ РС чл. 82, ст. 6.

<sup>476</sup> Видети: КЗ РС чл. 83 и 84.

<sup>477</sup> Видети: КЗ РС чл. 83, ст. 2 и 3 и чл. 84, ст. 2.

<sup>478</sup> Видети: КЗ РС чл. 83, ст. 6 и чл. 84, ст. 5.

<sup>479</sup> Видети: Законик о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП РС), „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

решења која се тичу доказног поступка, наћи ћемо да суд има неколико врло значајних овлашћења када је у питању предузимање медицинских интервенција без освртања на сагласност пацијента.

Тако, сходно одредбама ЗКП РС, судија за претходни поступак, председник већа или судија појединац могу, по службеној дужности или на предлог странке, па чак и на предлог вештака, решењем одредити смештање окривљеног у здравствену установу уколико је то у сврху вештачења неопходно<sup>480</sup>. Ипак, посебно занимљиво решење, иначе решење које је итекако предмет бројних расправа у судској пракси, али и правној теорији, тиче се могућности суда, па чак и јавног тужиоца, да наложи узимање узорача биолошког порекла и предузимање других медицинских радњи које су према правилу медицинске науке неопходне ради утврђивања одлучујућих чињеница у поступку. Суд или јавни тужилац може наредити да се овим радњама подвргне, не само окривљени, већ и друго лице уколико је то у интересу утврђивања чињеница у кривичном поступку<sup>481</sup>. Нити окривљени, нити друго лице које је наредбом обухваћено, не могу ускраћивањем пристанка на интервенцију избећи њено извођење. Наредба суда, односно јавног тужиоца, наравно уколико је утемељена на адекватним медицинским разлозима и уколико не производи нарочиту опасност по живот и здравље оног над киме се спроводе, једини је моменат од којег зависи допуштеност конкретне интервенције. Евентуална сагласност или несагласност окривљеног или другог лица нема никакав правни значај, што даље значи да евентуални добровољни пристанак не фигурира као правно значајна чињеница.

#### 3.3.2.4. Обавезно упућивање на лечење

Посебан случај обавезног упућивања на лечење уз стални надзор у здравственој установи који представља изузетак у смислу да се све медицинске мере и интервенције предузимају на основу изричите сагласности пацијента предвиђен је нашим 333 РС и не односи се ни на грађански ни на кривични поступак. Наиме, одредбама овог закона предвиђено је да се одређено лице може сместити у здравствену установу на основу налаза лекара одговарајуће специјализације и одлуке доктора медицине надлежне

<sup>480</sup> Видети: ЗКП РС чл. 122, ст. 1.

<sup>481</sup> Видети: ЗКП РС чл. 141.

стационарне установе, како законодавац изричито каже, без пристанка оболелог лица, под условом да тај смештај потврди конзилијум установе као неопходан ради заштите живота и здравља самог оболелог лица или других лица<sup>482</sup>.

### 3.3.2.5. Посебни случајеви у којима се медицинска интервенција спроводи независно од пристанка пацијента

Наш ЗОЗСЗБ РС предвиђа још неке посебне случајеве у којима се одређене интервенције могу спровести без обзира на сагласност или несагласност онога над киме се интервенција спроводи. Тако, предвиђено је да су у поступку епидемиолошког испитивања у којем се скупљају подаци од значаја за рано откривање извора или начина ширења болести<sup>483</sup>, лица која дају податке, по потреби, обавезна да се подвргну одговарајућим медицинским испитивањима<sup>484</sup>.

Предвиђено је, даље, да се лица, уколико су била у контакту са лицима оболелим од одређених болести, могу сместити у карантин у складу са одлуком надлежног министарства<sup>485</sup>. Карантин као облик изолације сам по себи није медицинска мера, међутим у пратећој одлуци о формирању карантина и смештају лица у њега, прописује се и начин спровођења ове мере. У контексту начина спровођења мере карантина у конкретном случају, могу се наредити и одређене медицинске интервенције, којима се, као и карантину, лице мора подвргнути под претњом принудног извршења<sup>486</sup>.

Најзад, поменути закон предвиђено је да се одређене категорије лица, тачније лица која долазе из земаља у којима има случајева одређених, тачно побројаних, болести

<sup>482</sup> Видети: ЗЗЗ РС чл 44.

<sup>483</sup> У контексту приближавања земљама Европске уније и сталних тежњи да њен део постанемо, посебно је битно изградити адекватан систем за рано откривање, упозоравање и одговор на епидемиолошке кризе, који се на основу одлука 2119/98/ЕС и 2000/57/ЕС активира чим се одређена болест појави у најмање две државе чланице. Штавише, у оквиру земаља ЕУ постоји идеја о изградњи посебне Епидемиолошке службе чији би основни задатак био откривање и упозоравање на одређене болести након потврде њиховог постојања.

Детаљније о томе код: Кекић, Д., Млађан, Д.: *Епидемија заразних болести као ванредна ситуација*, стр. 376.

<sup>484</sup> Видети: ЗОЗСЗБ РС чл. 16, ст. 4.

<sup>485</sup> Видети: ЗОЗСЗБ РС чл. 22.

<sup>486</sup> Видети: ЗОЗСЗБ РС чл. 22.



или која долазе из земаља у којима се организују скупови високог епидемиолошког ризика, уколико су испуњени сви законом прописани услови могу ставити под здравствени надзор којем су обавезна да се подвргну<sup>487</sup>. Такође, поменути закон, за одређене категорије лица предвиђена је обавеза здравственог прегледа уколико су испуњени сви остали услови предвиђени законом<sup>488</sup>. Реч је, пре свега, о лицима која обављају одређена занимања или која се у склопу стручне праксе школују за обављање тих занимања, међутим одредбе које се односе на обавезан преглед примењују се и на даваоце крви, семене течности, јајних ћелија, ткива и делова људског тела који се пресађују, труднице и болеснике на хемодијализи.

### 3.3.2.6. Измена у захвату или промена захвата у току медицинске интервенције

За разлику од читавог низа ситуација – ту мислимо, пре свега, на ситуације попут оних у којима пацијент није у стању да пристанак да или ускрати – у којима је, макар у законским текстовима, постојао одувек један степен доследности при регулисању тих ситуација, један део ситуација до скоро није био предмет законодавчевог интересовања. Наиме, пре готово три деценије је у нас професор Радишић поставио питање како уредити оне ситуације када се у току интервенције испостави да је захват потребно изменити или у потпуности заменити другим<sup>489</sup>.

Наравно, упозорио је професор Радишић да се проблем не односи на оне случајеве када је операцију или какву другу интервенцију која се изводи могуће одложити без штете за пацијента. Ту дилеме нема – интервенцију је потребно одложити и прибавити пристанак пацијента<sup>490</sup>. Дилема шта чинити, да ли интервенцију изменити или променити

<sup>487</sup> Видети: ЗОЗСЗБ РС чл. 23.

<sup>488</sup> Видети: ЗОЗСЗБ РС чл. 24.

<sup>489</sup> Видети: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 181-182.

<sup>490</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 181. Слично и: Ђурђевић, Н.: *Претпостављени пристанак пацијента на лечење према немачком праву*, Медицинско право и медицинска етика, Универзитет у Београду и Институт за друштвене науке, Београд, 1994, стр. 39-48; Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 6.

или по сваку цену настојати да се пристанак прибави без обзира на опасност по пацијента, односи се на ситуацију у којој интервенцију није могуће без опасности по пацијента одложити.

С тим у вези, у склопу могућих законодавних решења, професор Радишић је представио неколико доминантних ставова у правној теорији и, на неки начин, их комбиновао<sup>491</sup>. Оно што је за сваку похвалу јесте да је законодавац приликом стварања норми ЗОПП РС имао слуха за став правне теорије, па су тако сви ови ставови готово у попуности уважени и како се чини на одличан начин сједињени у јединствену норму. Према слову Закона, уколико се у току оперативног захвата<sup>492</sup> појави потреба за његовим проширењем<sup>493</sup>, која се није могла претпоставити, проширење захвата може се обавити само уколико је он према процени ординирајућег доктора медицине или стоматологије тај захват неопходан<sup>494</sup>. Ипак, без обзира на критике које се законодавцу могу упутити, могућност проширења или измене медицинског захвата у току медицинске интервенције без пристанка пацијента јесте још један пример интервенција које се, наравно под одређеним условима, могу извести без консултовања пацијента и прибављања његовог пристанка, што даље додатно доводи у питање значај пристанка на медицинску интервенцију.

---

<sup>491</sup> Тако: Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр. 181-182. Слично: Ђурђевић, Н.: *Претпостављени пристанак пацијента на лечење према немачком праву*, стр. 47-48; Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, стр. 6.

<sup>492</sup> Остаје нејасно зашто се законодавац ограничио само на оперативне захвате. Јесте чињеница да се у норми описана ситуација најчешће јавља у контексту хируршких интервенција које се спроводе под утицајем анестезије, но сигурни смо да ова норма итекако може наћи своју примену и у бројним ситуацијама које не спадају у домен хирургије.

<sup>493</sup> Остаје нејасно зашто је законодавац ограничио примену ове норме само на ситуације у којима се постави питање промене обима интервенције. Ова норма би се итекако требала односити и на оне ситуације у пракси када је у току интервенције потребно применити неку сасвим другу интервенцију. Ипак, верујемо да интенција законодавца није била да могућност примене ове вишеструко корисне норме ограничи само на промену обима захвата, већ да је просто реч о омашки законодавца која ће кроз судску праксу и шире тумачење норме бити поправљена.

<sup>494</sup> Видети: ЗОПП РС чл. 18, ст. 4.

## ЗАКЉУЧЦИ

Међу чињеницама које доводе до настанка, промене или гашења једног правног односа, како упоредноправно, тако и историјскиправно посматрано, најзначајније место заузима проузроковање штете. Много је разлога због којих је такво тврђење исправно. Учесталост случајева проузроковања штете, обим штета, немогућност да се оне избегну каткад и поред највеће показане пажње због испреплетаност интересних сфера – све су то разлози који иду у прилог тако смелој тврдњи. Ипак, у низу других разлога које бисмо у том смислу могли и требали да поменемо, један разлог чини нам се да је нарочито оправдава.

За разлику од свих осталих облигационоправних односа, облигационоправни односи који настају на факту проузроковања штете трпе тек незнатна ограничења у погледу броја и врсте субјеката који могу у њему узети учешће. То практично значи да се било ко може наћи, како у улози онога ко штету трпи, тако и у улози онога ко је штету нанео. Питање надокнаде штете је у сваком појединачном случају интересантно, без обзира на то ко су лица која су се нашла у улози дужника или повериоца, каква су њихова лична својства и које су околности утицале да они у овај однос уђу. Но, када у поступку утврђивања одговорности за насталу штету узму учешће неке посебне категорије субјеката, такви случајеви привлаче посебну пажњу, не само стручне правне, већ и шире лаичке јавности.

У овом раду бавили смо се управо таквом групом случајева. У центру наше пажње био је однос који се поводом медицинске интервенције формира на релацији између пацијента и медицинских посленика. У овом односу пацијент је неко коме је здравље, физичко или психичко, или чак и живот угрожен. Њему су, дакле, угрожене најважније вредности и он се обраћа медицинском посленику с надом да ће његова добра бити заштићена, а квалитет живота подигнут на виши ниво. Наспрам пацијента у овом односу стоји, како рекосмо, медицински посленик. Медицински посленик је неко ко, по правилу, сво своје знање и енергију улаже управо ради очувања поменутих вредности и подизања квалитета живота. Читав однос између ових субјеката, заправо, настао је ради заштите добара за које је титулар најинтимније везан, стога овај однос по природи ствари увек је прожет и посебном дозом интимности међу учесницима.

Наравно, опште је познато, и у овом се односу итекако може поставити питање надкнаде штете. И заиста, штета је неретка последица чак и у односу попут овог у којем су обе стране врло тесно повезане и стреме остваривању потпуно идентичног циља. Без обзира на сву строгост и правних и сталешких правила која су управо у овој области друштвеног живота некако најнепосредније усмерена на превенцију настанка штете, она се не може увек предупредити. У свим тим случајевима када су механизми превенције затајили, без обзира из ког се то разлога десило, започиње нарочито сложен процес утврђивања одговорности медицинских посленика за настале штетне последице.

Нашу пажњу, заправо, привукла је значајно ужа група случајева одговорности за штету која при медицинској интервенцији настаје и то из разлога што је питање одговорности у тим случајевима нарочито проблематично. Наиме, питање надкнаде штете која је при медицинској интервенцији настала може се поставити, сасвим природно, онда када она не би настала да је медицински посленик испоштовао сва правила струке. Уколико сва правила струке нису испоштована, учињена је озбиљна стручна грешка. Медицински посленик се није понашао онако како се то од њега као стручњака очекује, те је први предуслов за заснивање одговорности за насталу штету испуњен.

Међутим, у оквиру медицинске делатности, то је њена специфичност у односу на већину других делатности, ово питање може се поставити чак и онда када је штета редовна последица односне интервенције. Другим речима, одговорност медицинског посленика се може испитивати и у оним случајевима када је он приликом извођења интервенције урадио све што медицинска наука од њега захтева. Дакле, будући да се питање одговорности медицинског посленика може поставити и када је медицински стандард у потпуности задовољен, нас је занимало шта је то што медицински посленик додатно треба да уради да би елиминисао могућност преваљивања настале штете са пацијента на њега.

Од момента када је формиран као самосталан институт, дакле негде од средине 20. века, пристанак пацијента на медицинску интервенцију чини окосницу такозваног „правног стандарда“ медицинске интервенције. То значи да, у начелу, уколико је пацијент пристао на медицинску интервенцију, а медицински посленик је исту спровео без чињења стручне грешке, нема места одговорности за штете које из интервенције произлазе. Управо то је моменат који је по нама био споран од самог почетка истраживања које је

овом раду и идејној скици докторске дисертације претходило. Ми пристанак пацијента на медицинску интервенцију не сматрамо темељем правног стандарда, нити га сматрамо разлогом искључења противправности при медицинској интервенцији. Заправо, ми овом правном институту не одричемо правни значај апсолутно. Не желимо да кажемо да он у правном поретку нема никакву функцију, али му свакако негирамо значај који он према виђењу већег дела стручне правне и медицинске, па чак и лаичке јавности има. Међутим, пре него представимо наше коначно виђење значаја и улоге пристанка пацијента на медицинску интервенцију, неколико закључка која логички претходе извођењу таквог става, посебно ћемо истаћи.

1. Опште прихваћено одређење противправности у грађанском праву, иако не споримо његову исправност, представља својеврсни парадокс, будући да противуречи основним логичким правилима која не познају могућност да ужи појам излази широко ван граница свог општег, то јест родног појма. Ипак, без обзира на у раду указани парадокс, противправност сматрамо за један од услова одговорности за штету према правилима нашег права. Супротно уверењу већег дела правне теорије, ми сматрамо да је противправност експлицитно постављена као услов одговорности за штету. Такође, сматрамо да је став законодавца о противправности као услову одговорности за штету чак двоструко посредно потврђен нормама ЗОО РС. Најпре, поменуто прецизирање је учињено оним нормама које се односе на разлоге искључења противправности, а онда и оним нормама којима се забрањује абузивно вршење права. Заправо, потоња група правила, по нама, најбољи је доказ да законодавац одговорност за насталу штету првенствено везује за противправност.

2. Законодавац одређује противправност као услов одговорности за штету. Међутим, сматрамо да законодавац иде и корак даље од простог увођења противправности међу услове одговорности за штету. Законодавац, по нашем тумачењу норми које се на овај правни институт односе, чак заузима јасан став у погледу предмета противправности. У двоумљењу између две могуће концепције – теорије о противправности радње као узрока и теорије о противправности штете као последице – законодавац се одлучио да обједини супротстављене ставове. У складу с тим, према нашем тумачењу норми ЗОО РС, за заснивање одговорности за штету захтева се неслагање и радње и последице са правом. Ми у потпуности подржавамо интенцију

законодавца, иако није јасно којом се логиком тачно водио при формирању ове норме. Аргументацију за своју подршку налазимо у анализи мањкавости које појединачно имају и теорија о противправности радње и теорија о противправности последице. Ту анализу смо представили у раду.

3. Иако смо одредили противправност као услов одговорности, како не би остало ништа недоречено, у раду смо анализирали однос противправности као услова одговорности са различитим основима одговорности. Наш је закључак с тим у вези да је противправност увек услов одговорности за штету, односно да је она услов одговорности без обзира на њен основ. Делује као да није спорно било у теорији права да је противправност услов одговорности онда када се она темељи на кривици и правичности у ужем смислу. Међутим, по нама није спорно чак ни то да је противправност услов одговорности и онда када се она темељи на правичности у ширем смислу и онда када се она темељи на створеном, одржаваном и контролисаном ризику. Сматрамо да то недвосмислено произлази као закључак, свакако под условом да на прави начин доживимо разлоге који искључују противправност и под условом да у потпуности раздвојимо дозвољени ризик од недозвољене реализације ризика. Овај закључак уједно је главно осигурање полазне основе за наше, али и сва остала истраживања која ће се бавити неким од разлога искључења противправности. Ово из једноставног разлога што истраживање разлога искључења противправности и њихових манифестација не би имало никаквог логичког утемељења уколико нисмо до краја сигурни да ли је и када противправност услов одговорности за штету.

4. Пристанак оштећеног један је од разлога искључења противправности. Овај правни институт чини, онако како ми то видимо, да једна *in abstracto* недозвољена радња и последица те радње *in concreto* постану дозвољене или барем прихватљиве уколико је оштећени на њих пристао. То значи да се одштетни захтев који би суду оштећени евентуално упутио неће прихватити, па чак ни узети у разматрање, јер оштећени истицањем одштетног захтева противуречи свом ранијем држању из којег је произлазило да захтев неће истицати уколико штета настане. Такво понашање оштећеног представља злоупотребу права.

Овакав вид злоупотребе својих субјективних права не може се дозволити, тим пре што би штета коју штетник том приликом трпи била значајно већа него штета коју трпи

оштећени. Због тога сматрамо да се пристанком оштећени саглашава са штетом, радњом којом ће штета бити проузрокована, али и каснијом немогућношћу успешног истицања одштетног захтева. Тачније, сматрамо да су предмет пристанка оштећеног и свих његових појавних манифестација којима се теорија права бави штета, под одређеним условима и радња штетника, али и поменута немогућност успешног истицања одштетног захтева када штета настане.

5. Између ставова о ништавости правних послова који се противе закону и става законодавца да се не може пуноважно пристати на радњу и последицу које су законом изричито забрањене повукли смо паралелу. Ова паралела у истраживању које је раду претходило била је јасан индикатор да би се пристанак оштећеног могао посматрати и као својеврсан правни посао, а не само као разлог искључења противправности. Значај изјаве воље за правно дејство овог института потврдио је индикацију, па смо пристанак оштећеног одредили као једнострану, каузалну, консенсуалну, добротину, комутативну правну посао личног карактера, који је управљен *inter vivos*, а у којем онај на чијој се изјави воље он темељи пристаје на то да му буде нанета одређена штета, каткад од стране тачно одређеног лица и на тачно одређен начин, чинећи тако да једна, иначе са становишта грађанског права недозвољена последица или радња, постане у том конкретном случају, али само у том случају, дакле не и генерално, допуштена.

Да резимирамо, пристанак оштећеног има двослојну правну природу. Он је, по нама, најпре разлог искључења противправности, међутим ништа мање он је и један специфичан правни посао. Штавише, обзиром да се њиме конкретизује начео забране злоупотребе права у облику забране противуречног понашања титулара права, нећемо погрешити ако кажемо и да је он вид конкретизације начела забране злоупотребе права по својој правној природи. Његова правна природа, дакле, могла би се појмити и као трослојна.

6. У раду смо инсистирали на томе да се значај и улога пристанка пацијента на медицинску интервенцију нужно мора ценити из перспективе сазнајних вредности, односно система логичких валенција. Из перспективе система који се данас некако најчешће користи за истраживања у оквиру друштвених наука, о пристанку оштећеног, сматрамо, можемо говорити само онда када је штета нужна или барем извесна последица радње која се предузима. У случају да је штета тек вероватна или могућа последица

нечијег деловања, не ради се о пристанку на штету. Тада можемо говорити само о пристанку на ризик, односно поступању на сопствени ризик, мада и то тек под одређеним условима.

Да бисмо пристанак пацијента на медицинску интервенцију сматрали за један од појавних облика пристанка оштећеног, он би морао да функционише по идентичном образцу. Међутим, будући да је начин функционисања људског организма и даље мистерија за научнике без обзира на значајан напредак медицине, јасно је да се у медицинској делатности, суштински, јако ретко барата појмовима извесност и нужност. Много се чешће барата појмовима вероватноћа и могућност када се постави питање исхода интервенције и евентуалног настанка штете приликом њеног извођења. То је моменат који се не сме изгубити из вида.

Ипак, из читавог низа у раду презентованих разлога не можемо допустити да се медицински посленици крећу стално у зони поступања пацијента на сопствени ризик. То не можемо дозволити због практичних последица које овај правни институт производи. Стога, у сврху изналажења одрживог решења, морали смо да прибегнемо изградњи фикције о нужности и извесности свих видова штете које настају при медицинској интервенцији, јер само у том случају пацијент може остварити своје право на самоопредељење у односу на оне последице које произлазе из интервенције и када је задовољен медицински стандард. Другим речима, сваки пут када је негативан исход интервенције могућ и вероватан, ми ћемо кроз поменуто правну фикцију сматрати да је штета нужна или извесна. Дакле, поменутом правном фикцијом, ми повећавамо степен сазнајне вредности.

7. У процесу стварања неопходних предуслова за тестирање значаја пристанка пацијента на медицинску интервенцију, чињенице у односу на које процењујемо његов значај смо класификовали. Све чињенице које проучавамо, поделили смо у три велике групе – позитивне, негативне и чињенице у чијем присуству се питање пристанка не поставља. Класификација није у потпуности непозната у правној теорији, нарочито дихотомија на позитивне и негативне услове, но она за коју смо се ми одлучили резултат је модификације која је била неопходна ради смисленијег изношења закључака везаних за главну хипотезу.



8. У том смислу, у оквиру прве групе проучавали смо оне чињенице које делују, рецимо тако, паралелно са пристанком пацијента и допуњавају га. У ту групу спадају индикативност медицинског захвата, његова научна заснованост, стручна наобразба медицинских посленика и квалитет и квантитет обавештења које се пацијенту даје. Резултати компарације пристанка пацијента на медицинску интервенцију са сваким од услова који су позитивно постављени недвосмислено упућују на исти закључак – пристанак пацијента сам по себи није разлог искључења протиправности. Он је, произлази даље, тек један од услова допуштености медицинске интервенције који сам по себи нема снагу да конвалидира недостатак осталих.

9. О значају пристанка пацијента, међутим, нећемо добити ништа другачију слику уколико га будемо ценили из перспективе негативно постављених услова интервенције. У оквиру ове групе, заправо, проучавали смо читав низ апсолутно и релативно постављених забрана пристанка на одређене медицинске интервенције. Проучавали смо и читав низ индивидуалних и колективних забрана. Ове чињенице, најчешће вољом законодавца који у одређеним условима забрањује пристајање на интервенцију или чак и саму интервенцију, чине да пристанак на медицинску интервенцију у њиховом присуству буде неважећ. Другим речима, пристанак је ништав у оним случајевима када постоји нека од ових забрана.

У том смислу, највећим делом ради бољег разумевања проблематике, битно је разликовати правилно ситуацију у којој је пристанак пацијента апсолутно искључен од ситуације у којој је пристанак забрањен само у односу на одређеног пацијента или у односу на конкретне околности случаја. Међутим, без обзира да ли је могућност пристајања на одређену интервенцију ограничена апсолутно или релативно, индивидуално или колективно, неколико закључака произлази одатле. Ипак, за сада указаћемо на главни закључак, а остале ћемо представити на самом крају закључних разматрања ради целовитије слике.

Пацијент у погледу свог живота и тела ужива аутономију која је само на први поглед неограничена. Она није, нити може то бити. Читав принцип аутономије воље трпи ограничења, стога не треба да изненади да ограничења постоје чак и када је у питању добро које је најнепосредније везано за личност титулара, јер се ни ова добра и њихов опстанак и заштита не тичу само њихових титулара, како се то можда чини. Постоје

случајеви, неке од њих смо примерице представили у раду, када је читава друштвена заједница заинтересована за заштиту ових добара и кроз њих неких других вредности и мимо воље титулара. Тада се титулару, у нашем случају пацијенту, намећу ограничења у погледу могућности пристајања на повреду тих добара. Сва та ограничења чине да пристанак пацијента на интервенцију нема никакво правно дејство, ни у кривичноправном, ни у грађанскоправном смислу, уколико се пристанак и уопште и сама интервенција косе са овим ограничењима. То, по нама, даље умањује значај самог пристанка и свакако битно мења слику о њему као разлогу искључења противправности и одговорности.

10. Најзад, потпуну слику о томе каква је улога и значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију можемо формирати тек када га размотримо у контексту оних медицинских интервенција у којима он као услов допуштености уопште не фигурира. Зато, у оквиру треће групе чињеница обрадили смо читав низ различитих интервенција у оквиру којих се питање пристанка пацијента уопште ни не поставља, било због тога што закон наређује спровођење истих, било због тога што пристанак није могуће благовремено и без опасности по пацијента прибавити. Ове интервенције започињу се и спроводе без обзира на пристанак пацијента, па чак и у случају да се пацијент изричито противи самој интервенцији јер неки други моменти односе превагу у односу на вољу пацијента и његов психофизички интегритет.

Примарни закључак је једноставан. Свака од ових интервенција и мера појединачно, а нарочито оне посматране заједнички са ширег становишта, девалвирају значај пристанка пацијента на медицинску интервенцију. Пристанак пацијента у овим случајевима није разлог искључења противправности. Не, разлог искључења противправности су неки други моменти које је законодавац препознао као битне, док су пристанак пацијента, па чак ни његово одбијање, дакле, уопште воља пацијента, ирелевантан фактор. Малобројност ових интервенција, не доводи у питање овакав став, јер је правнополитички значај тих случајева у правној теорији одувек био неспоран.

11. У пријави докторске дисертације, али и идејној скици која јој је претходила, као главна хипотеза постављена је тврдња да пристанак пацијента на медицинску интервенцију, без обзира на то како поимамо однос између медицинских посленика и пацијената, није разлог искључења противправности. У последњем кораку који у раду

предузимамо ваља нам ставити на пробу ову смелу хипотезу. Свакако, ми ћемо то учинити из перспективе сазнања која су у раду презентована, а све са циљем да централни део рада заокружимо логички и смислено. Потребно је, тачније, да читав низ различитих закључака ујединимо, повежемо и проверимо шта нам они у том смислу казују и да ли и у којој мери доказују или оповргавају полазну хипотезу.

Први, чини нам се најсигурнији, закључак је да се пристанак пацијента на медицинску интервенцију не тражи увек. Овакав закључак недвосмислено произлази, најпре, из читавог низа практичних ситуација у којима се воља пацијента, најчешће због стања у којем се налази, не може утврдити. Интервенције медицинског карактера које не трпе одлагање се у овим случајевима предузимају без чекања да се пристанак пацијента прибави. Закључак да се пристанак пацијента не тражи увек, међутим, потврђује и огроман број случајева попут обавезне имунизације, медицинске интервенције у доказне сврхе и других у раду представљених ситуација у којима се интервенција спроводи по сили закона, дакле без претходног пристанка пацијента, па чак и уз његово изричито противљење. Дакле, када говоримо о условима допуштености медицинске интервенције, приметимо да у немалом броју случајева одсуство пристанка пацијента није препрека за спровођење конкретне интервенције.

Други закључак произлази из анализе оних услова за спровођење медицинске интервенције које смо у претходно помињаној класификацији означили као негативне. Подсетимо, негативним условима за спровођење медицинске интервенције означили смо оне услове који, уколико су испуњени, чине да пристанак пацијента буде лишен било каквог правног дејства. Реч је, суштински, о читавом низу апсолутно и релативно постављених забрана које не дозвољавају да се пристанак који је дат уопште узме у обзир, јер у њихом присуству, будући да оне имају првенство, пристанак нема оправдавајућ карактер. Закључак до којег долазимо на основу анализе тих услова је да пристанак пацијента, чак и када је дат, у одређеним ситуацијама, тачније у присуству одређених чињеница, не може произвести правно дејство. Прецизирајмо, законодавац изричито каже да пристанак оштећеног, у нашем случају пацијента, нема могућност да учини дозвољеним читав низ недозвољених интервенција. То значи да он у читавом низу случајева, наглашавамо према изричитој дикцији законодавца, није један од разлога који искључују противправност.

Трећи закључак произлази из оцене оних услова које смо за потребе рада означили као позитивне. Много је закључака произашло из анализе ове групе услова, но онај који имамо у виду јасно се види из самог одређења позитивних услова. Наиме, позитивним условима за предузимање медицинске интервенције означили смо оне чињенице чије је присуство неопходно да би пристанак пацијента произвео жељено дејство. Уколико интервенција није медицински индикована, уколико онај ко интервенцију спроводи нема адекватно образовање или ако у сврху излечења не користи научно верификоване методе, пристанак пацијента неће бити у стању да интервенцију учини дозвољеном. Јасно је, верујемо, да пристанак пацијента на медицинску интервенцију, уколико га у овом светлу посматрамо, није ништа друго него тек један у низу услова за предузимање медицинске интервенције који се ни по чему не издваја као значајнији од осталих.

Штавише, а то је четврти закључак, пристанак пацијента на медицинску интервенцију је услов који је далеко мањег значаја од осталих, јер он може бити од значаја само и искључиво уколико су други позитивно означени услови испуњени. У случају неиспуњености било којег од ових услова, пристанак пацијента неће моћи да конвалидира тај недостатак и да учини интервенцију дозвољеном.

Строгост, па чак и искључивост оваквог закључка, лакше ћемо разумети уколико се ставимо у положај судије који се среће са захтевом за надокнаду штете која је настала приликом медицинске интервенције у којој су сви медицински стандарди испоштовани. Шта ће и којим логичким редом судија у том случају утврђивати? Да ли ће судија утврђивати прво постојање пристанка пацијента? Не, засигурно неће. Судија ће прво морати да провери испуњеност сваког од појединачно побројаних позитивно одређених услова. Након тога испитаће одсуство оних који су негативно одређени. Тек онда судија ће испитивати да ли је пристанак пацијента дат, у којој форми и евентуалне мане воље при њеном обликовању. Уколико би се десило да нису испуњени сви позитивно одређени услови, судија ће одмах донети пресуду којом ће констатовати одговорност установе у којој је интервенција спроведена и евентуално медицинског посленика, а пристанком пацијента се неће уопште бавити. Пристанком ће се, поновимо, бавити само онда када претходно нађе да су остали позитивно одређени услови испуњени. Испуњеност осталих позитивно одређених услова је, суштински, услов за испитивање пристанка пацијента на медицинску интервенцију и његовог квалитета.

Проверимо сада полазну хипотезу. Пристанак пацијента не тражи се увек, заправо број случајева у којима се он не тражи је, чини нам се, све већи. И када је дат, пристанак пацијента неће увек моћи да произведе либераторно дејство јер му то закон не дозвољава. Најзад, и када производи правно дејство, пристанак пацијента на медицинску интервенцију није у стању да то учини самостално, већ искључиво у садејству са низом других чињеница. Из тога произлази да пристанак пацијента на медицинску интервенцију није разлог искључења противправности, већ да је он, мада ни то не увек, тек један у низу услова који морају бити испуњени да би конкретна медицинска интервенција била дозвољена. Сви ти услови само удруженом снагом могу оправдати конкретан захват или интервенцију. Ниједан од њих у одсуству других, а нарочито не пристанак пацијента, није у стању да то учини самостално.

Притом, пристанак пацијента, не само да строго теоретски посматрано није разлог искључења противправности, већ само један од услова допуштености интервенције, него је он на последњем месту по значају међу условима. Ово кажемо најпре због тога што пристанак пацијента има правни значај само уколико су други услови претходно испуњени, а онда и због тога што се у евентуалном судском поступку утврђује као последњи, дакле тек уколико је непобитно утврђена испуњеност осталих услова.

Уколико пристанак пацијента на медицинску интервенцију посматрамо на овај начин, јасно је да он нема онај значај који му се у правној теорији придавао, те да је његова неоправдана фетишизација заиста изражен тренд у нашем праву. Но, чисто ради појачавања снаге наведених аргумената, а у прилог тврдње да пристанак пацијента на медицинску интервенцију нема онај значај и улогу која му је у правној теорији и судској пракси додељена, подсетићемо још једном да је могућност примене пристанка пацијента на медицинску интервенцију макар и као тек једног од услова допуштености интервенције зависна од прихватања фикције о извесности и нужности наступања штетне последице. Без ове фикције, могућности примене овог услова од којег зависи допуштеност медицинске интервенције била би сведена, евентуално, тек на мали број интервенција у којима се срећемо заиста са нужним или барем извесним последицама.

Пристанак пацијента, дакле, не може се сматрати разлогом искључења противправности. Он се може посматрати само као најмање значајан услов у низу услова допуштености медицинске интервенције, али и то у највећем броју случајева само онда

када прихватимо горе описану правну фикцију. Без ње пристанак пацијента на медицинску интервенцију постојао би и производио правно дејство само у малом броју случајева, док би у огромној већини њега заменило поступање на сопствени ризик.

## СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

- Аличић, С.: *Границе појма аквилијанске штете (damnum) у класичном римском праву – Правно-терминолошка анализа*, Зборник Матице српске за класичне студије, бр. 12, Нови Сад, 2010
  
- Алишани, А.: *Начело забране злоупотребе права*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996
  
- Антић, О.: *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2008
  
- Антић, О.: *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012,
  
- Бабић, И.: *Облигационо право, општи део*, Службени гласник, Београд, 2009
  
- Батинић, Б., Душин, Д., Баришић, Ј.: *Естетска хирургија у третману телесног дисморфичког поремећаја – парадокс биоетике*, Енграми, бр. 3-4, Београд, 2014
  
- Бачић, Ф.: *Кривично право, Опћи дио*, Загреб, 1978
  
- Бернар, Ж.: *Величина и искушења медицине*, Београд, 1975
  
- Veširević, V.: *Basic norms of bioethics: informed consent in UNESCO bioethics declarations*, Annals of the faculty of law in Belgrade, Vol. 3, Beograd, 2008
  
- Богуновић, М.: *Значење речи „INIURIA“ у контексту деликта „DAMNUM INIURIA DATUM“*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012

- Браш, М., Ђорђевић, В., Миличић, Д.: *Комуникација лијечника и болесника*, прегледни чланак преузет са сајта <http://www.kardio.hr/wp-content/uploads/2011/03/038.pdf>
  
- Вајс, А.: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, Зборник радова из историје посвећен Алберту Вајсу, Форум, Нови Сад
  
- Veatch, M. R.: *Abandoning informed consent*, The Hastings Centar Report, Vol.25, No. 2, Њујорк, 1995
  
- Virchow R: *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, Bd. 1, Berlin, 1879
  
- Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине: *Модул 7, Грађанска област, Накнада штете*, Сарајево, 2006
  
- Водинелић, В. В.: *Прекорачење слободе информисања и повреда личности – проблем противправности*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1978
  
- Водинелић, В. В.: *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997
  
- Врабл, М.: *Стручна медицинска погрешка – словенска стајалишта и искуства*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2009, стр. 227-229.
  
- Вујовић, О.: *Инјурија и телесне повреде у Закону XII таблица*, Анали Правног факултета у Београду, вол. 45, бр. 1, Београд, 2011
  
- Вујовић, О.: *Инјурија као деликт*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, Београд, 2011
  
- Вукадиновић, Г.: *Темељи забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996



- Вуковић, М.: *Обвезно право, Књига прва, Школска књига*, Загреб, 1956
  
- Вуковић, Х.: *Лијечник – заштитник здравља*, Зборник – XVII Конгрес обитељске медицине, Хрватска удружба обитељске медицине, Задар, 2010
  
- Гавриловић, В.: *Историја стоматологије*, Београд, 1969
  
- Газдек, Д.: *Информисани пристапак у лијечењу оvisности о опијатима*, Докторска дисертација, Загреб, 2011
  
- Гвоић, Љ.: *Социологија – основи науке о друштву и друштвени аспект медицине*, Београд, 1997
  
- Гиунио, Л.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године,
  
- Гјурашин, М.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године
  
- Gonzales, B.: *Voluntary sterilization – Conseling as a Pre-requisite to Informed consent*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Госић, Н.: *Патернализам у биоетици*, предавање на скупу „Биоетика и нова епоха2 у оквиру „Лошињских дана биоетике“, 2003
  
- Gothot, P.: *Le non-droit: précautions introductives, L' hypothese du non-droit*, XXXe seminaire, Faculté de droit, d' économie et de sciences sociales de l' Université de Liège, 1977
  
- delCarmen, M. G., Jofee, S.: *Informed consent for medical treatment and research: A Review*, <http://theoncologist.alphamedpress.org/content/10/8/636.full.pdf+html>

- de Smit, N. W.: *The right to treatment; the right to resist treatment and the criminal justice system*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Deutch, E.: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin, 1991
  
- Добановачки, Д., Вучковић, Н., Бреберина, М., Вујошевић, Б., Тепавчевић, В.: *Антимикробна терапија пре антибиотске ере*, чланак објављен на сајту <http://www.rastko.rs/istorija/medicina/delo/14888>
  
- Dontas, N.S.: *Euthanasia and cancer*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Dorsner, A.; Scemana, A.: *La responsaibilite du chirurgien: Aspects actueles et perspectives d'avenir*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 2, Gent, 1979
  
- Douraki, T.: *Consentment an tretment du malade mental*, Правни живот, бр. 10, Београд, 2009
  
- Дракић, Д.: *Однос друштва према душевном болеснику кроз историју и данас*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2003
  
- Драшкић, М.: *Права пацијената – крај патерналистичког концепта медицине*, Правни живот, бр. 9, Београд, 1998
  
- Ђепулић, Е.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године
  
- Ђорђевић, Ђ.: *Угрожавање живота непружањем помоћи*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2006
  
- Ђорђевић, Р.: *Облигационо право, општи део*, Футур, Београд, 1937

- Ђорђевић, С. Ж., Станковић, С. В.: *Облигационо право, Општи део*, Научна књига, Београд, 1986
  
- Ђорђевић, М.: *Неки видови одговорности за штету код инфекције ХИВ вирусом*, Право – теорија и пракса, бр. 3 - 4, Нови Сад, 2000
  
- Ђурђевић, Н.: *Одговорност лекара за штету насталу услед непридржавања обавезе да пацијента обавести*, Институт друштвених наука, Београд, 1994
  
- Ђурђевић, Н.: *Поступање на сопствени ризик и злоупотреба права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу „Злоупотреба права“ , Ниш, 1995,
  
- Ђурђевић, Н.: *Претпостављени пристанак пацијента на лечење према немачком праву*, Институт друштвених наука, Београд, 1994
  
- Ђурђевић, Н.: *Пристанак оштећеног као основ искључења противправности штетне радње*, Правни зборник, бр. 2-3, Подгорица, 1995
  
- Ђурђевић, Н.: *Пристанак пацијента на лечење*, Крагујевац, 1997
  
- Ђурђевић, Н.: *Слобода лекара да изабере терпију и њена ограничења*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
  
- Ђурђевић, Н.: *Форма изражавања пристанка пацијента на лечење*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996
  
- Ђуричић, Д., Пантић, И.: *Етичке норме за здравствене раднике*, Здравствена заштита, бр. 38/2, Комора здравствених радника, Београд, 2009, стр. 41-45

- Eichler, J.: *Humanes sterben – auch im krankenhaus*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Живојиновић, Д.: *Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови сад, 2012
  
- Живојиновић, Д.: *Способност за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67, Ниш, 2014
  
- Жосеран, Л.: *Еволуција одговорности*, Бранич, бр. 7-8, Београд, 1935
  
- У том смислу: Жунић, Љ., Михановић, Ф.: *Значај познавања медицинског права за здравствене раднике*, Радиолошки вјесник, бр. 4, Хрватско друштво инжењера медицинске радиологије, Загреб, 2009, стр. 4
  
- Заграђанин, Д.: *Основи медицинске етике за студенте стоматологије*, Београд, 2007
  
- Ивовић, Н.: *Допринос пацијента настанку или увећавању штете*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2006
  
- Ивовић, Н.: *Одговорност болнице за штету нанету пацијенту услед недостатка медицинског средства*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2007
  
- Игњатовић, М. Д.: *Изучавање историје војне медицине и хирургије*, Војносанитетски преглед, Београд, бр. 54, вол. 59, 2002
  
- Игњатовић, М.: *Медицина, хирургија и ратна хирургија у Србији у средњем веку*, Војносанитетски преглед, бр. 60/2, Београд, 2003

- Институт за друштвене науке, *Грађанска одговорност*, Реферати и дискусија на Симпозијуму, Београд, 1966
  
- Јаковљевић, Б., Сегеди, Д., Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинско-правни аспект хистеректомије*, Медицински преглед, vol. 60, бр. 5-6, Београд, 2007
  
- Јакшић, С.: *Облигационо право, општи дио*, Сарајево, 1960
  
- Јелушић, Д.: *Одговорност послодавца за професионални ризик код накнаде штете причињене раднику озљедом на раду или у вези с радом*, [http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Odgovornost\\_poslodavca\\_za\\_profesionalni\\_rizik.pdf](http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Odgovornost_poslodavca_za_profesionalni_rizik.pdf)
  
- Јовић, М., Младеновић, Д., Јовановић, М., Јолић, А.: *Лекари између етике и закона*, Тимочки медицински гласник, Гласило подружнице Српског лекарског друштва Зајечар, бр. 32/1, Зајечар, 2007
  
- Југ, Ј., Везмар-Барлек, И.: *Накнада штете у управном спору*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2, Сплит, 2013
  
- Јурас, Д.: *Дисциплинска одговорност лијечника*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 3, Сплит, 2014
  
- Jhering, von R.: *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, 1867
  
- Караникић-Мирић, М.: *Кривица као основ вануговорне грађанскоправне одговорности*, Докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 2008
  
- Караникић, М.: *Кривица као основ грађанскоправне одговорности*, Правни живот, бр. 10, Београд, 2004

- Караникић-Мирић, М.: *О разграничењу кривице од узрочности и противправности*, Правни живот, бр. 10, Београд, 2006
  
- Караникић- Мирић, М.: *Претпоставка кривице*, Правни живот, Београд, бр. 11, 2009
  
- Карбоније, Ж.: *Правна социологија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, Титоград, 1992
  
- Кекић, Д.; Млађан, Д.: *Епидемија заразних болести као ванредна ситуација*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2008
  
- Келзен, Х.: *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951
  
- Кецман, В.: *Одговорност стоматолога због повреде пацијентовог нерва*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
  
- Кецман, В.: *Одговорност стоматолога због повреде пацијентовог нерва*, Право и медицина (додирне тачке – спорна питања), Копаоник, 2007
  
- Клајн-Татић, В.: *Актуелни проблеми абортуса, пренаталног генског тестирања и управљања трудноћом*, чланак преузет са сајта <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0038-982X/2011/0038-982X1101033K.pdf>
  
- Клајн-Татић, В.: *Дужност лекара да пацијента обавести о дијагностичким мерама*, Право - Теорија и пракса, бр. 12, Београд, 1997
  
- Клајн-Татић, В.: *Етичке и правне контроверзе око употребе плацеба у клиничким огледима на људима*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2008
  
- Клајн-Татић, В.: *Медицински третман озбиљно дементног пацијента*, Архив за правна и друштвене науке, бр. 1, Београд, 2003

- Клјан-Татић, В.: *Непристајање пацијента на медицинску интервенцију из верских побуда*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
- Клајн-Татић, В.: *Пристанак „обавештеног пацијента“ на медицинску интервенцију*, Пацијентова права у систему здравства, Институт друштвених наука, Београд, 2010
- Кларић, П.: *Одговорност за штету због грешака у медицини*, излагање према записнику са трибине клуба правника од 12.09.2001. године
- Ковачевић-Куштримовић, Р.: *Домен примене начела забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996
- Куштримовић, Ковачевић, Р – Лазић, М.: *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008
- Константиновић, М.: *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Анали ПФ Београд, бр. 3-4, Београд, 1982
- Константиновић, М.: *Облигационо право према белешкама са предавања*, Савез студената правног факултета у београду, Београд, 1969
- Константиновић, М.: *Основ одговорности за проузроковану штету*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1952
- Константиновић, М.: *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СЦГ, Београд, 2006
- Круљ, Љ.: *Оговорност лекара због необавештавања пацијента о ризицима операције (анализа једног случаја из домаће судске праксе)*, Право – теорија и пракса, бр. 3 - 4, Нови Сад, 2000

- Круљ, Љ.: *Трансплантација делова човечијег тела у светлости најновијих Француских закона о биоетици*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
  
- Круљ, Љ.: *Уговор о имплантацији веиштакких зуба – врста уговора о лекарским услугама*, Медицинско право и медицинска етика, Универзитет у Београду и Институт за друштвене науке, Београд, 1994
  
- Лазић, М.: *Злоупотреба права својине у суседским односима*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996
  
- Lantos, J.: *Informed consent – the whole thruth for patients?*, преузето са сајта [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-0142\(19931101\)72:9%2B%3C2811::AID-CNCR2820721507%3E3.0.CO;2-G/pdf](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-0142(19931101)72:9%2B%3C2811::AID-CNCR2820721507%3E3.0.CO;2-G/pdf)
  
- Larenz, K.: *Lehrbuch des schuldrechts*, zweite band, 13. auflage, München, 1981
  
- Lahti, R.: *Voluntary or compulsory treatment – some trends in Finnish law*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Том 1, Gent, 1979
  
- Laufs, A., Uhlenbruck, W.: *Handbuch des Arztrechts*, Beck, München, 2002
  
- Лоза, Б.: *Облигационо право, општи дио*, Дом штампе, Зеница, 1978
  
- Лоза, Б.: *Облигационо право, општи дио*, Сарајево, Зеница, 1981
  
- Лоза, Б.: *Облигационо право, општи дио*, Службени гласник, Београд, 2000
  
- Лукић, Д. Р., Кошуткић, П. Б., Митровић, Д. М.: *Увод у право*, Београд, Службени лист СРЈ, 2002
  
- Лукић, Д. Р.: *О злоупотреби права*, Правна мисао, 1-2, 1941



- Лукић, Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976
  
- Мази, Б.: *Лијечничка погрешка*, преузето на адреси [http://www.hdod.net/rad\\_drustva/CLANAK%20-%20Lijecnicka%20pogrjeska.pdf](http://www.hdod.net/rad_drustva/CLANAK%20-%20Lijecnicka%20pogrjeska.pdf)
  
- Мајкић-Singh, Н.: *Улога лабораторијске медицине засноване на доказима у здравственој служби*, Југословенска медицинска биохемија, бр. 21-3, Београд, 2002
  
- Marek, Z.; Baran, E.: *Permissibility of abortions in Poland – the situation after 20 years of the bill being in force*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Марковић, Л.: *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997
  
- Марковић, М.: *Дијалектичка теорија значења*, Београд, 1961
  
- Марковић, М.: *Злоупотреба права*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том 3
  
- Марковић, Ч. М.: *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 2002
  
- Матејић, Б., Кесић, В.: *Етика и репродуктивно здравље: питање вакцине против хуманог папилома вируса*, Српски архив за целокупно лекарство, vol. 141, бр. 1-2, Београд, 2013
  
- Macklin, R.: *The doctor patient relationship in different cultures*, *Bioethics: An anthology*, Oxford, 2006, стр. 665-670.
  
- Мерћеп, И.: *Медицина заснована на доказима*, *Medicus*, vol. 11, бр. 1, Загреб, 2002

- Миловановић, Д., Миловановић, С.: *Етика савременог света на почетку XXI века*, Српски архив за целокупно лекарство, vol. 133, бр. 1-2, Београд, 2005
  
- Милошевић, Љ.: *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1977
  
- Милутиновић, Љ.: *Накнада штете због лекарске грешке*, Билтен судске праксе, Врховни суд Србије, бр. 3, Службени гласник, Београд, 2002
  
- Милутиновић, Љ.: *Права и дужности пацијента*, Правни информатор, бр. 5, Београд, 2007
  
- Michael Cohen, A., Hersh, W., Zoë Stavri: *A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine*, International Journal of Medical Informatics, бр. 73, Лондон, 2004
  
- Michael Cohen, A., Hersh, W.: *Criticisms of Evidence-Based medicine*, Evidence-Based cardiovascular medicine, бр. 8, Лондон, 2004
  
- Мујовић-Зорнић, Х.: *Медицинске грешке у оквирима грађанскоправне одговорности*, Страни правни живот, бр. 3, Београд, 2011, стр. 100
  
- Мујовић-Зорнић, Х., Петровић, З.: *Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења*, Војно-санитетски преглед, вол. 69, бр. 8, Београд, 2012
  
- Мујовић-Зорнић, Х.: *Појам и развој пацијентових права*, Пацијентова права у систему здравства, Институт друштвених наука, Београд, 2010
  
- Мујовић-Зорнић, Х.: *Правни аспекти рада етичких комитета у медицини*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2007
  
- Мујовић-Зорнић, Х.: *Правни проблеми клиничког испитивања лекова*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998

- Мујовић-Зорнић, Х.: *Увод у медицинско право*, [http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM\\_educacije\\_-\\_tekst.pdf](http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf)
- Мујовић- Зорнић, Х.: *Уговор о стерилизацији*, Институт друштвених наука, Београд, 1994
- Мујовић-Зорнић, Х.: *Уговор пацијента са лекаром*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2003
- Ненадовић, М. М.: *Медицинска етика*, Београд, 2007
- Newton-Howes, P. A., and others: *Informed consent: what do patients want to know?*, The New Zealand medical Journal, 111 (1073), 1998
- Николић, Г.: *Медицина заснована на доказима*, [http://www.gorannikolic.me/uploads/EBM\\_DOKTORSKE\\_2010.pdf](http://www.gorannikolic.me/uploads/EBM_DOKTORSKE_2010.pdf)
- Николић, Д.: *Појам грађанскоправне санкције*, Докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 1994
- Николић, Д.: *Увод у систем грађанског права*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2005
- Николић, К. М.: *Одговорност лекара за штету*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2002
- Никшић, С.: *Основна обиљежја одговорности за штете у медицини*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008
- Одбор за уџбенике Стручног удружења студената права, *Римско право (по белешкама са предавања проф. Борислава Т. Благојевића)*, Београд, 1946,

- Oliveira Sa, F.; Brasilina, B.: *Le droit et la sterilization chirurgicale de la femme au Portugal*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979,
- Olšar, E.: *Studie o protivpravnosti(se zvlastnim zretelem k pravu trestnimu)*, Praze, 1940
- Орлић, М.: *Есеј о кривици – у грађанском праву*, Правни живот, Београд, бр. 1-2, 2009
- Пауковић, Х.: *Неимовинска штета и нека питања доспијећа и застаре*, Измене Закона о парничном поступку, накнада штете и осигурање: XI научни скуп, Удружење за одштетно право, Златибор, 2008
- Пауковић, Х.: *Правни аспекти медицинског вјештачења и неимовинске штете у оквиру грађанскоправне одговорности лијечника за штету*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008
- Перић, Н.: *О злоупотреби права*, Скупљени чланци и расправе од др Нинка Перића, Геца Кон, Београд, , 1921
- Перић, Н.: *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, Докторска дисертација, Београд, 1912
- Перовић, С. (ред): *Коментар Закона о облигационим односима*, Прва књига, Савремена администрација, Београд, 1995
- Перовић, С.: *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, , 1976
- Перовић, С.: *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, , 1990
- Перовић, С.: *Развој облигационог права*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, Београд, 1986

- Петровић, О.: *Медицинска компликација или стручна погрешка?*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2013
  
- Планојевић, Н.: *Појам клиничког испитивања у равним системима Србије и Европске Уније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, Ниш, 2014
  
- Полојац, М.: *Lex Aquillia у интерпретацији класичне јуриспруденције*, Правни капацитет Србије за европске интеграције, 4. књига, Београд, 2009
  
- Поњавић, З., Варјачић, М.: *Правно-медицински аспекти рада етичког одбора за прекид трудноће*, чланак преузет са странице <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0038-982X/2011/0038-982X1101015P.pdf>
  
- Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996
  
- Поњавић, З.: *Право на прекид трудноће*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2005
  
- Поповић, Д.: *Медицинска делатност – ризици и видови одговорности*, Право – теорија и пракса, бр. 3 - 4, Нови Сад, 2000
  
- Почуча, М., Шаркић, Н., Петровић-Мрвић, Н.: *Лекарска грешка као правни основ одговорности лекара и здравствених установа*, Војносанитетски преглед, бр. 70/2, Београд, 2013
  
- Прањић, Н.: *Медицинска погрешка – професионална одговорност за штете у Босни и Херцеговини*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2009
  
- Радбрух, Г.: *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007
  
- Радбрух, Г.: *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980

- Раденовић, С.: *Индивидуализација медицине и учешће пацијента у одлучивању*, Људска права и вредности у биомедицини – аспект одлучивања у здравству, Институт друштвених наука, Београд, 2014
- Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
- Радишић, Ј.: *Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције*, Право и медицина (додирне тачке – спорна питања), Копаоник, 2007
- Радишић, Ј.: *Козметичка операција и одговорност оператора*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2002
- Радишић, Ј.: *Лекар и пацијент као уговорни партнери*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996
- Радишић, Ј.: *Лекарске грешке у светлости правних разматрања*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996
- Радишић, Ј.: *Медицински стандард и одговорност лекара*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2008
- Радишић, Ј.: *Медицинско право*, Номос, Београд, 2004
- Радишић, Ј.; Мујовић-Зорнић, Х.: *Помоћ пацијентима у остваривању њихових права: Западна Европа као узор Србији*, Београд, 2004
- Радишић, Ј.: *Нацрт Кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2003
- Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, Нолит, Београд, 1979

- Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, Савремена администрација, Београд, 1982
- Радишић, Ј.: *Облигационо право, Општи део*, Номос, Београд, 2004
- Радишић, Ј.: *Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији*, Институт друштвених наука, Београд, 1994
- Радишић, Ј.: *Одговорност због нелегитимности и компликација оралнохирушког захвата*, Правни живот, бр. 9, Београд, 1998
- Радишић, Ј.: *Одговорност због погрешне лекарске дијагнозе и непредузимања потребних дијагностичких мера*, <http://www.erevija.org/pdf/articles/ser/drJakovRadisic1-2011.pdf>
- Радишић, Ј.: *Одговорност због ускраћивања хитне медицинске помоћи*, Актуелни правни проблеми у медицини, Институт за друштвене науке, Београд, 1996
- Радишић, Ј.: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд, 2007
- Радишић, Ј.: *Одговорност због штете узроковане пацијенту инјекцијама (посебан осврт на праксу немачких судова)*, Анали ПФ у Београду, бр. 1, Београд, 2006
- Радишић, Ј.: *Одговорност лекара и медицинских установа због секундарних штета*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998
- Радишић, Ј.: *О одговорности лекара уопште*, Право – теорија и пракса, бр. 3 - 4, Нови Сад, 2000
- Радишић, Ј.: *Појам лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010

- Радишић, Ј.: *Правна квалификација медицински неиндикованог хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, Београд, 2007
  
- Радишић, Ј.: *Противправност као засебан услов грађанске одговорности*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1998
  
- Радишић, Ј.: *Професионална одговорност медицинских посленика*, *Институт друштвених наука*, Београд, 1986
  
- Радишић, Ј.: *Сарадња лекара различитих специјалности и њихова одговорност*, *Медицинско право*, *Институт за друштвене науке*, Београд, 1998
  
- Радовановић, М.: *Кривично право СФРЈ, Општи део*, Београд, 1976
  
- Reuter, R. S.: *An overview of informed consent for radiologists*, чланак преузет са сајта <http://www.ajronline.org/doi/pdfplus/10.2214/ajr.148.1.219?src=recsys>
  
- Ристић, Ј.: *Медицина и друштво*, Београд, 1975
  
- Roy, C.: *The issue of informed consent and compulsory treatment the experience of a prison psychiatric hospital in Canada*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Салма, Ј.: *Облигационо право*, *Правни факултет у Новом Саду*, Нови Сад, 2004
  
- Салма, Ј.: *Облигационо право*, *Правни факултет у Новом Саду*, Нови Сад, 2005
  
- Салма, Ј. *Уговорна одговорност – у Европском, упоредном и домаћем праву*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, Нови Сад, 2011
  
- Сибиновић, Ђ.: *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправга*, *Правни факултет „Унион“ и штампарија „Загорац“*, Београд, 2006



- Симоновић, И.: *Биоетика и људске вредности – остваривање и заштита етичких принципа и права појединаца у области медицине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012
- Сјеничић, М.: *Право пацијента на обештећење у светлу његових дужности*, Пацијентова права у систему здравства, Институт друштвених наука, Београд, 2010
- Сјеничић, Ж. М.: *Пристанак пацијента на меру лечења*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 129, Нови Сад, 2009
- Сјеничић, Ж. М.: *Пристанак пацијента на меру лечења*, чланак преузет са сајта <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0352-5732/2009/0352-57320929045S.pdf>
- Славнић, Ј.: *Основи грађанског права, уводни део, стварно право и облигационо право*, Научна књига, Београд, 1983
- Станковић, О., Водинелић, В. В.: *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004
- Станковић, О.: *Појам и врсте штете*, Анали ПФ, Београд, 1961
- Станковић, О.: *Штета*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том трећи, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978
- Станојевић, В.: *Историја медицине*, Београд-Загреб, 1953
- Stewart, Mill, J.: *System der deduktiven und induktiven Logik*, Braunschweig, 1877
- Стипковић, З.: *Протуправност као претпоставка одговорности*, Докторска дисертација, Загреб, 1988

- Стојановић, Д.: *Основ одговорности у грађанском праву*, Грађанска одговорност – реферати и дискусија, Институт за друштвене науке, Београд, 1966
  
- Стојановић, З.: *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006
  
- Стојановић, З.: *Кривично право, Општи део*, Правни факултет у београду, Правна књига, Београд, 2013
  
- Стојановић, И.: *Дијагностичке лекарске грешке*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2010
  
- Sherman, M. C; Abuzzahab, F. S.: *Informed consent legal requirements in psychiatric practice*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Tom 1, Gent, 1979
  
- Schwatrz, L. R.: *Autonomy, Futility and the Limits of Medicine*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Cambridge University Press, Cambridge, Vol. 1, 1992
  
- Тарановски, Васиљевич, Ф.: *Енциклопедија права*, Правни факултет у Београду – центар за публикације, Београд, 2003
  
- Тасић, Ђ.: *Увод у правне науке*, Енциклопедија права, Београд, 1935
  
- Тимотић, Б.; Анђелски, Х.: *Здравствено законодавство*, Elit-medica, Београд, 2004
  
- Тишић, Г.: *Правне последице предузимања медицинске интервенције без пуноважног пристанка пацијента*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, бр. 2, Врање, 2001
  
- Тишић, Г.: *Услови пуноважности пацијентовог пристанка на медицинску интервенцију*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Косовска Митровица, 2002
  
- Томић, Н; Томић, С.: *Етичка дилема клонирања*, Правни живот, бр. 9, Београд, 2003

- Трајковић, М.: *Вредносна метаморфоза права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63, Ниш, 2012
  
- Трајковић, М.: *Право у свету вредности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад, 2012
  
- Truog, D. R., Brett, S. A., Frader, J.: *The problem with Futility*, Health Care Ethics in Canada, third edition, Cengage Learning, 2011
  
- Tunc, A.: *Aux frontières du droit et du non-droit: L'équité, L'hypothèse du non-droit*, XXXe séminaire, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1977
  
- Турза, К.: *Медицина и друштво – социолошки аспекти*, ЦИБИД, Београд, 2005
  
- Турковић, К.: *Информирани пристанак и право на одбијање третмана у РХ*, чланак преузет са <https://www.pravo.unizg.hr>
  
- Turner, P., Williams, C.: *Informed consent: Patient listen and read, but what information do they retain*, <http://search.proquest.com/oenviiew/6cd92c13d2a24106752ebb3e486f28e9/1?pq-origsite=gscholar>
  
- Harris J.E.: *Defensive medicine: It costs, but does it work?*, Journal of the American Medical Association, vol. 257, 1987
  
- Царић, С.: *Мултидисциплинарно проучавање здравства и друштвени развој*, Право – теорија и пракса, бр. 3 - 4, Нови Сад, 2000
  
- Carstensen, G.: *Arzthftung*, Festschrift fur Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Келн, 1999
  
- Цветковић-Вулетић, С.: *Накнада штете проузроковане инјекцијама (пракса немачких судова)*, Медицинско право, Институт за друштвене науке, Београд, 1998

- Цветковић, М., Николић, Ђ: *Грађанскоправна одговорност због непримене неопходних медицинских средстава*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, Ниш, 2014
- Цигој, С.: *Грађанска одговорност*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978
- Цигој, С.: *Одшкодинско право*, Љубљана, 1960,
- Цуцулић, Д., Стемберга, В., Петарос, А., Шоша, И.: *Лијечничка погрешка и компликација у хитној медицини*, на сајту [http://www.researchgate.net/profile/Ivan\\_Sosa/publication/266399442\\_Lijenika\\_pogreka\\_i\\_komplikacija\\_u\\_hitnoj\\_medicini\\_Medical\\_Malpractice\\_and\\_Complications\\_in\\_Emergency\\_Medicine/links/543249790cf29bbc1278b340.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Ivan_Sosa/publication/266399442_Lijenika_pogreka_i_komplikacija_u_hitnoj_medicini_Medical_Malpractice_and_Complications_in_Emergency_Medicine/links/543249790cf29bbc1278b340.pdf).
- Collins, R. G.: *Liability without fault in New Zealand and the medical malpractice suit*, 5<sup>th</sup> World congress on medical law, Том 2, Gent, 1979
- Чејовић, Б.: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2002
- Шепаровић, З.: *Границе ризика – етичкоправни приступ медицини*, Загреб, 1985
- Шешић, Б.: *Логика*, Научна књига, Београд, 1962
- Шешић, Б.: *Основи логике*, Београд, Научна књига, 1983
- Шешић, Б.: *Основи методологије друштвених наука*, Научна књига, Београд, 1974
- Шобат, Х.: *Разлика између погрешке и компликације у накнади штете*, Лијечнички вјесник, Загреб, 2008

- Штифанић, М.: *Лоша комуникација и друге лијечничке погрешке*, преузето са сајта [file:///C:/Users/Srdjan/Downloads/16\\_Stifanic.pdf](file:///C:/Users/Srdjan/Downloads/16_Stifanic.pdf)

**ПРИЛОГ 1.****Изјава о ауторству**

Потписани: Срђан Радуловић

Број индекса: 03/09

**Изјављујем**

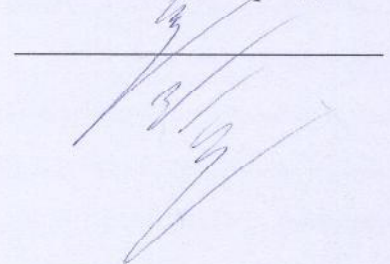
да је докторска дисертација под насловом „Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос“

- 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.

У Косовској Митровици,

Дана: 22.09.2015

Потпис докторанда:



**ПРИЛОГ 2:****Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада**

Име и презиме аутора: Срђан Радуловић

Број индекса: 03/09

Студијски програм: Докторске академске студије права

Наслов рада: „Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос“

Ментори: проф. др Љубица Мандић и проф. др Ђорђе Николић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу Дигиталног репозиторијума Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

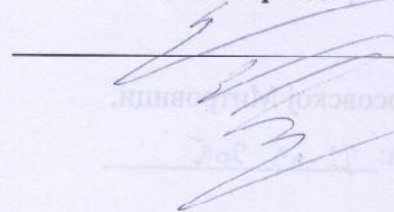
Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

У Косовској Митровици,

Дана 22.09.2015

Потпис докторанда:



**ПРИЛОГ 3:****Изјава о коришћењу**

Овлашћујем Универзитетску библиотеку да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици унесе моју докторску дисертацију под насловом „Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос“ 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 Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици 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

У Косовској Митровици,

Дана: 22.09.2015

Потпис докторанда:

