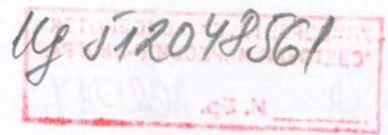


РД 20806



Правни факултет
Универзитета у Београду

ПРВИ ДЕО: ГРАЂАНСКА ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНЕ
УСТАНОВЕ ЗБОГ ОШТЕЋЕНЕ ПАЦИЈЕНТУ

ГЛАВА ПРВА: ПРАВНИ ОСНОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЛЕКАРА И
ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА

§ 1 Општи поглед

§ 2 Подела уговорних облика као основ одговорности лекара

§ 3 Деликтна одговорност лекара

Мр Марта Сјеничић

§ 4 Одговорност лекара због пословодства
без ишлага

**КРИВИЦА ПАЦИЈЕНТА КАО ОШТЕЋЕНОГ У
ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ**

§ 1 Одговорност због лекарске грешке

А. Појам лекарска грешка

1. Так. класична стручна грешка

2. Лекарска стручна грешка услед «корнизма»

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

3. Лекарска грешка услед неспособан случаја

4. Лекарска грешка услед неспособан случаја

5. Лекарска грешка услед неспособан случаја

6. Лекарска грешка услед неспособан случаја

МЕНТОР:

ДОЦ. ДР МАРКО ЂУРЂЕВИЋ

7. Лекарска грешка услед неспособан случаја

8. Лекарска грешка услед неспособан случаја

9. Лекарска грешка услед неспособан случаја

10. Лекарска грешка услед неспособан случаја

§ 2 Одговорност због неспособан случаја пацијента

А. Обавеза лекара на прелиминарне тестове – као основ

Б. Несте и досуде обавештења

В. Слабе обавезе обавештења

Г. Правни значај обавезе обавештења

БЕОГРАД, 2009.

УНИВЕРЗИТЕТСКА БИБЛИОТЕКА
"СВЕТОЗАР МАРКОВИЋ"-БЕОГРАД
И. Бр. 162077

17. 11. 1977

Универзитет у Београду
Филозофски факултет

Мр Марко Јулијевић

ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ
КРИВИЦА ПАЦИЈЕНТА КАО ОШТЕЋЕНОГ У



ДОН ДР МАРКО ЈУЛИЈЕВИЋ
МЕНТОР

БЕОГРАД, 2007

УВОД	6
ПРВИ ДЕО: ГРАЂАНСКА ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНЕ УСТАНОВЕ ЗБОГ ШТЕТЕ УЗРОКОВАНЕ ПАЦИЈЕНТУ	9
<i>Глава прва: ПРАВНИ ОСНОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА</i>	<i>9</i>
§ 1 Општи поглед	9
§ 2 Повреда уговорних обавеза као основ одговорности лекара	11
§ 3 Деликтна одговорност лекара	17
§ 4 Одговорност лекара заснована на правилима о пословодству без налога	20
<i>Глава друга: РАЗЛОЗИ ОДГОВОРНОСТИ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА</i>	<i>23</i>
§ 1 Одговорност због лекарске грешке	23
А. Појам лекарске грешке	23
I. Тзв. «лекарска стручна грешка»	25
II. Лекарска стручна грешка у ужем смислу и «омашка»	26
III. Лекарска стручна грешка и «медицински несрећан случај»	28
IV. Од «стручне грешке» ка «грешци у лечењу у ширем смислу»	28
Б. Садржина појма лекарске грешке	30
I. Поступање <i>contra legem artis</i>	30
II. Лекарска грешка и потребна пажња	34
III. Лекарска грешка и кривица	36
§ 2 Одговорност због необавештења пацијента	39
А. Обавеза лекара да пацијента обавести – као основ одговорности лекара	39
Б. Врсте и опсег обавештења	40
В. Сврха обавезе обавештавања	46
Г. Правни значај обавезе обавештавања	48

Д. Случајеви одговорности због необавештавања пацијента из праксе наших судова.....	52
Ђ. Да ли је лекар дужан да пацијента обавести о својој грешци?	61
I. Разлози који говоре против обавештења	61
II. Разлози који говоре у прилог обавештавању	63
III. Уравнотежен или умерен приступ	64
ГЛАВА ТРЕЋА: ПРАВНИ ИНСТИТУТИ КОЈИ МОГУ ИСКЉУЧИТИ ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА	66
§ 1 Пристанак оштећеног	66
А. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију.....	68
Б. Однос пристанка пацијента и медицинске индикације захвата	70
§ 2 Излагање опасности штете	79
А. Општи поглед	79
Б. Спортисти као пацијенти: медицински допинг у циљу повећања ефикасности.....	82
В. Излагање опасности у болници	83
Г. Самоизлагање болесних пацијената потенцијално опасним ситуацијама	84
ДРУГИ ДЕО: КРИВИЦА ОШТЕЋЕНОГ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ УОПШТЕ	86
<i>Глава прва: ПОЈАМ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ</i>	<i>86</i>
§ 1 Разна гледишта о појму кривице оштећеног.....	87
А. Кривица оштећеног као кривица према штетнику	87
Б. Кривица оштећеног као кривица према самом себи.....	89
В. Кривица оштећеног као повреда обавезе у сопственом интересу.....	91
Г. Кривица оштећеног као повреда начела савесности и поштења – venire contra factum proprium.....	92
Д. Гледишта наше теорије и судске праксе	94

I. Гледишта наше теорије	94
II. Гледишта наше судске праксе.....	98
<i>Глава друга: ОБЛИЦИ И СЛУЧАЈЕВИ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ</i>	<i>102</i>
§ 1 Облици кривице оштећеног	102
§ 2 Могући случајеви кривице оштећеног у свакодневном животу	103
<i>Глава трећа: ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ</i>	<i>108</i>
§ 1 Принцип „све или ништа“ (<i>Culpa compensation</i>).....	108
§ 2 Принцип раздељивања штете између штетника и оштећеног	111
ТРЕЋИ ДЕО: ОБАВЕЗЕ ПАЦИЈЕНТА ЧИЈА ПОВРЕДА ПРЕДСТАВЉА ЊЕГОВУ КРИВИЦУ КАО ОШТЕЋЕНОГ	115
<i>Глава прва: ПАЦИЈЕНТОВЕ ОБАВЕЗЕ САРАДЊЕ</i>	<i>115</i>
§ 1 Општи поглед	115
§ 2 Обавезе сарадње пацијента у поступку лечења	117
A. Појам обавеза сарадње пацијента у поступку лечења	117
B. Правни основ и правна природа обавезе сарадње пацијента	120
I. Правни основ обавезе сарадње пацијента	120
II. Правна природа обавезе сарадње пацијента.....	120
B. Врсте, опсег и стадијуми сарадње пацијента.....	122
I. Дужност пацијента да пружи информације о историји болести (анамнеза).....	123
II. Пацијентова дужност сарадње при спровођењу дијагностичких мера	130
III. Пацијентова дужност сарадње при избору мера лечења	130
IV. Дужност саделовања пацијента у спровођењу терапије и поштовања лекарских упутстава и препорука	131
а) Суштина и значај.....	131
б) Вођење рачуна о околностима конкретног случаја	134

в) Дужности у руковању ортопедским справама и помагалима	137
г) Дужност слеђења упутстава о начину узимања лекова	138
V. Општа дужност пацијента на накнадну бригу о сопственом здрављу	141
VI. Поштовање уговорених термина лечења	142
Г. Учесталост несарадње пацијента и њени узроци	145
Д. Случајеви у којима пацијент нема обавезу сарадње	148
§ 3 Обавеза пацијента да штету отклони или умањи	151
А. Тражење лекарске помоћи у случају телесне повреде коју је оштећеном нанео лекар грешком у лечењу	152
Б. Дужност подвргавања операцији	155
I. Непостојање опасности.....	156
II. Одсуство болова	158
III. Излечење или битно побољшање здравственог стања као резултат.....	158
IV. Трошкови накнадног лечења	159
V. Прекид трудноће као посебна дужност подвргавања операцији	160
VI. Правна природа дужности подвргавања операцији.....	162
VII. Последице одбијања очекиване операције.....	164
VIII. Очекиваност операције и правна питања доказивања	165
В. Дужност остваривања зараде и дошколовања.....	166
Г. Дужност коришћења одговарајућих правних средстава	168
Д. Дужност саделовања пацијента у поступку за утврђивање одговорности лекара.....	170
Ђ. Дужност предупређења лекареве штете	172
<i>Глава друга: НЕПРИДРЖАВАЊЕ ОБАВЕЗА КОЈЕ СЕ ТИЧУ</i>	
<i>ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА</i>	<i>175</i>
§ 1 Добровољно здравствено осигурање	175
§ 2 Обавезно здравствено осигурање	178

Глава трећа: УСЛОВИ ПРАВНО РЕЛЕВАНТНЕ ПОВРЕДЕ

ДУЖНОСТИ ПАЦИЈЕНТА И ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ТЕ ПОВРЕДЕ .. 181

§ 1 Услови правно релевантне повреде пацијентових дужности	181
А. Адекватна узрочна веза	181
Б. Кривица пацијента.....	184
I Општи поглед	184
II. Мерило (не)пажње	186
III. Применљивост правила о искључењу или умањењу одговорности	189
В. Друге околности	190
Г. Пацијентова дужност као одраз поступања у складу са друштвено прихватљивим нормама понашања.....	191
§ 2 Правне последице несарадње пацијента	193
А. Захтев да се обавеза сарадње испуни	193
Б. Редукција лекарске обавезе на накнаду штете у складу са уделом пацијента у настанку или увећању штете.....	194
В. Овлашћење лекара да одустане од уговора с пацијентом	195
Г. Право лекара на накнаду штете због повреде пацијентове дужности сарадње	198

ЗАКЉУЧАК.....	201
---------------	-----

СПИСАК НАВЕДЕНЕ И КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	204
---	-----

МОНОГРАФИЈЕ.....	204
------------------	-----

ЧЛАНЦИ.....	208
-------------	-----

ЗАКони и ДЕКЛАРАЦИЈЕ	211
----------------------------	-----

СУДСКА ПРАКСА.....	213
--------------------	-----

Увод

Проблем професионалне одговорности медицинских посленика један је од најзначајнијих проблема медицинског права. Већ пет деценија он интензивно заокупља интересовање правника и лекара. Под утицајем онога што се збива у пракси, тежиште пажње померено је са кривичне на грађанску одговорност. Ту су стално отворена и актуелна особито следећа питања: појам лекарске грешке и њена узрочна веза са неповољним исходом лечења; дужност лекара да пацијента обавести о дијагнози, о терапији која је потребна, и о њеним ризицима, како би пацијент могао пуноважно да се сагласи; пацијентово право увида у медицинску документацију, и друга питања.

Наша правна теорија досад се бавила знатно више кривичном него грађанском одговорношћу медицинских посленика. Разлог тој „неравнотежи“ треба тражити у чињеници да кривичноправни прописи садрже неколико кривичних дела чији починиоци могу бити медицинари. Насупрот томе имовинска одговорност медицинских посленика није посебно регулисана, него се одвија према општим правилима грађанске одговорности. Стога је могло изгледати да у њој и нема неке особене проблематике, која би изискивала обраду. То је, међутим, само привид, јер својерврсна природа односа лекар – пацијент условљава и специфичности имовинске одговорности лекара, односно медицинске установе. У пракси и теорији посебно су изграђене категорије потребне лекарске пажње и лекарске грешке.

Кад се постави питање одговорности лекара за штету треба имати у виду да у (често дуготрајном односу) лекара и пацијента, није само лекар оптерећен обавезама. Успех може зависити и од спремности пацијента да сарађује у појединим стадијумима лечења, па и после евентуалне грешке.

Међутим, он то често не чини. Штавише, пацијент може учествовати у настанку или повећању штете на сопственом здрављу. Уколико му се то с разлогом приговори, пацијент се третира као саучесник у властитој штети и може сносити одређене последице свог понашања. Међутим, природа пацијентових дужности и последице које сноси кршењем тих дужности не могу бити исти као последице које сноси било који оштећени који је учествовао у настанку или повећању сопствене штете. Проблем је, код пацијента као оштећеног, утолико сложенији што суд треба да има у виду да рад лекара често задире у телесни интегритет пацијента, што код овог изазива страх и унутрашње конфликте у одлучивању о ситуацијама које траже правовремено изјашњење (ради могућег умањења штете). У таквим ситуацијама судови понашање пацијента могу сматрати опростивим са становишта одговорности. Ипак, прекомерна индивидуализација, сувише ослоњена на принцип правичности, угрожава правну сигурност. Стога је потребно боље правно-теоретски уобличити појам сакривице пацијента и извести правила понашања за пацијента аналогно правилима понашања лекара.

Пре него што се приступи набрајању и анализи пацијентових обавеза у властитом интересу и његове кривице, у овом раду ће се разматрати проблем сакривице оштећеног уопште у грађанском праву. Поред пацијента постоји и низ лица која могу бити оштећени у другим, свакодневним, животним ситуацијама. Велики је број случајева у којима је незгода „тражила“ оштећеног, а да он сам ничим није допринео њеном наступању. Немало је, међутим, штета у којима је саделовао и сам оштећени. У таквим случајевима, међу заинтересованим лицима нема строго подељених улога: искључиве активности на страни штетника, односно потпуне пасивности на страни оштећеног. Другим речима, лице које трпи штету има, често, и улогу оштећеног и улогу штетника. Околност што се оно у улози штетника не појављује потпуно само, већ заједно са још неким другим, чини његов правни положај специфичним. Правила која се примењују на сакривицу



оштећеног уопште могу се, донекле, применити и на оштећеног као пацијента.

Овај рад имаће за задатак да са становишта теорије и праксе развијених земаља размотри значај пацијентовог поступања или непоступања релевантних за одговорност лекара за штету. Великом броју обавеза лекара кореспондирају одређене обавезе пацијената. Истраживање ће показати о којим је обавезама реч и могу ли се оне називати правним обавезама, етичким заповестима, обавезама у властитом интересу, или им пристаје неко друго име. Полазна хипотеза рада је, наиме, да се код обавеза пацијената ради о обавезама у властитом интересу, и да правне последице њиховог кршења примарно погађају самог пацијента.

Излагањем различитих теоријских решења и низа судских одлука показаћемо какво треба да буде одмеравање удела штетника и оштећеног у насталој штети.

ПРВИ ДЕО: ГРАЂАНСКА ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНЕ УСТАНОВЕ ЗБОГ ШТЕТЕ УЗРОКОВАНЕ ПАЦИЈЕНТУ

Глава прва: ПРАВНИ ОСНОВИ ОДГОВОРНОСТИ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА

§ 1 Општи поглед

Грађанска одговорност лекара заснива се на непоступању према медицинском стандарду, што се уобичајено назива грешком у лечењу. Лекарева одговорност следује из различитих правних основа, и то из уговора о лечењу, из недозвољеног поступања, и из пословодства без налога, али само на основу кривице.¹ Грађанска одговорност лекара је, дакле, одговорност на основу кривице, која је предвиђена нашим Законом о облигационим односима. Не доводи сваки рђав исход лечења и свака, накнадно уочена, погрешна дијагноза до одговорности лекара. Лекар, начелно, одговара само у случају кад је његова медицинска интервенција била погрешна и када је он за то крив, дакле одговара по принципу кривице, односно по правилима о субјективној одговорности (а само изузетно по правилима о објективној одговорности, о чему ће касније бити речи). Претпоставка одговорности је да је лекар поступао барем нехотице, тј. да је начинио грешку која се могла избећи. Захват у циљу лечења који је био индикован и обављен према медицинском стандарду остаје правно беспрекоран и кад не пође за руком. У том случају, пацијент је тај који сноси ризик безуспешног лечења или погоршања свога здравља, осим ако је

¹ E. Deutsch, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, 5. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg-NewYork 2003, 114.

лекар пропустио да прибави његов пристанак на лечење или да му пружи потребна обавештења о ризику.²

За грађанску одговорност лекара није потребан тежи степен кривице, него је довољна и обична непажња. Међутим, непажња се не схвата као лични укор, већ као објективна категорија, јер се цени према *објективном мерилу* за пажњу. Приликом оцене кривице не води се рачуна о личним способностима и знању туженог лекара, него се судија увек пита како би се на месту туженог понашао искусан и савестан лекар одговарајуће струке. То значи да индивидуална незнања или слабости не оправдавају лекара; али, ако лекар располаже необично високим знањима и способностима, дужан је да и њих употреби у корист пацијента.³

Објективна грађанска одговорност медицинских посленика без обзира на кривицу, постоји само у изузетним случајевима као што су: одговорност према лицу које учествује у медицинском огледу и одговорност према добровољном даваоцу крви за штету узроковану инфекцијом.⁴

Наведени основи одговорности лекара се додирују, односно шире посматрано чине заједничку шему одговорности. Лекар одговара, на основу уговора, као и деликтно, за уредно испуњење својих обавеза. Уговор о лечењу не уклања општу правну обавезу чија повреда представља недозвољено поступање, већ је управо појачава.⁵ Уговорна и деликтна одговорност су кумулисане, јер када лекар закључи уговор, он одговара и према уговорним и према деликтним принципима. Појмови противправности, кривице и штете идентични су за обе области.⁶ Када

² J. Радишић, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд 2007, 90.

³ *Ibid.*, 91.

⁴ *Ibid.*, 90.

⁵ J. Göben, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1998, 3.

⁶ E. Deutsch, (2003), 117.

лекар повреди обавезу да поступа према медицинском стандарду или када повреди право пацијента на самоодређење⁷, тада он чини повреду и са уговорног и са вануговорног становишта.⁸ Вануговорна обавеза лекара задржава у приватном праву споредно, али врло одређено место. У случају ништавости уговора закљученог између лекара и пацијента⁹ ефекат је, по неким француским писцима, настанак „медицинског вануговорног односа“ у коме „лекар, на један општи начин, има исте обавезе и иста права које би имао по уговору“.¹⁰

Разлика између различитих основа одговорности је, пре свега, у томе што се код уговора акценат ставља на посебну везу између лекара и пацијента, а код деликта је реч о повреди опште професионалне обавезе.¹¹

У даљем тексту ће бити рећи о три правна основа одговорности лекара и то: повреди уговорних обавеза као основу одговорности, деликтној одговорности лекара и одговорности лекара заснованој на правилима о пословодству без налога.

§ 2 Повреда уговорних обавеза као основ одговорности лекара

Када пацијент затражи од лекара медицинску услугу и овај пристане да му је пружи, тада се међу њима успоставља узајамна веза, отпочиње

⁷ Право на самоодређење је лично право човека да може сам одлучивати о своме животу, телесном и душевном интегритету и другим личним добрима. Оно представља израз начела аутономије воље, по коме је индивидуална воља основ заснивања и уређења правних односа у грађанском праву.

⁸ D. Giesen, *Arzthaftungsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1990, 2-3.

⁹ G. Memeteau, *Traité de la responsabilité médicalé*, Les Etudes Hospitalières, 1996, 46-47.

¹⁰ R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Libraries Techniques, Paris 1956, 259.

¹¹ E. Deutsch, (2003), 116.



одређени однос. По самој природи ствари, однос лекар-пацијент није однос људи чији је положај једнак, јер је пацијент, заправо, потчињен стручном знању и разуму лекара, па и његовој вољи. Али пацијент није објекат на коме лекар испробава или усавршава своју вештину. Он је субјекат који има властиту личност, а посебно право самоодређења у односу на своје тело. Пацијент је уговорни партнер лекару, који му пружа медицинску услугу. Све што лекар у тој улози чини мора бити покривено слободном вољом пацијента, његовим пристанком. Лекарска услуга следује на основу уговора између пацијента и лекара, односно медицинске установе за коју лекар ради. Уговора нема само у случају кад лекар болесном или повређеном лицу указује хитну медицинску помоћ (што је његова законска обавеза) или уколико наступа у улози судског вештака.¹² Уговор о лечењу или уговор о медицинском третману је уговор којим се физичко или правно лице као давалац услуге обавезује другом лицу, принципалу, да спроведе одређене медицинске радње у виду занимања, а које се тичу личности приципала или личности одређене треће стране.¹³

Однос између лекара и пацијента успоставља се поводом пружања медицинске услуге чији је садржај одређена медицинска радња тј. третман. Традиционално, медицинска радња је схваћена као она која има терапијски исход, при чему живот, здравље и телесни интегритет човека уживају апсолутну правну заштиту. Данас, међутим, преовлађује схватање да медицинска радња не мора увек, по дефиницији, да «сачува живот, поново успостави здраље, и ублажи болове», нити да задовољи научну

¹² Ј. Радишић, «Лекар и пацијент као уговорни партнери», у: *Актуелни правни проблеми у медицини*, Институт друштвених наука, Београд 1996, 328.

¹³ Wet Geneeskundige Behandelingen Overeenkomst = Закон о медицинском Уговору о третману, донет крајем 1994, а ступио на снагу 1995. године, *Bulletin of acts and decreets of the Kingdom of Netherlands 1994/837*, према Х. Мујовић-Зорнић, „Уговор о медицинском третману – пример холандског права“ *Страни правни живот* 1-3/2001, 256.

радозналост лекара.¹⁴ Медицинске радње означавају све процедуре, укључујући испитивања и давања савета, које директно погађају лице или које су намењене излечењу болести, њеној превенцији, оцени стања здравља личности или пружају акушерске асистенције. У оквир медицинске радње улазе и друге радње које се тичу пацијента, а предузете су од доктора медицине или стоматолога. Медицинске радње укључују и очекивану бригу и неговање пацијента.¹⁵ Декларација о унапређењу права пацијената у Европи, на пример, истиче да је израз „медицинска интервенција“ општег карактера и погодан да обухвати различита поступања у медицини, односно свако испитивање, третман или други акт који има превентивни, дијагностички, терапијски или рехабилитациони циљ и који се обавља од стране лекара или другог даваоца здравствене неге.¹⁶

За склапање уговора о медицинским услугама није прописана нека нарочита форма, већ су довољне конклюдентне радње учесника¹⁷, односно њихово просто усаглашавање воља.¹⁸ Уговор настаје чим лекар покаже спремност да пацијента, који му се обрати, прими или посети, или га прегледа, посаветује и слично, или кад једноставно предузме одређену медицинску радњу. Сем тога, уговор је могуће склопити и тако што се пацијент својеволно препусти извесном медицинском поступку лекара.¹⁹ Уговор је, дакле, закључен почетком лечења, али и уговарањем термина за предузимање одређене лекарске мере.²⁰

¹⁴ X. Мујовић-Зорнић, «Уговор пацијента са лекаром», *Правни живот*, Београд 9/2003, 260.

¹⁵ X. Мујовић-Зорнић, (2001), 256.

¹⁶ *Declaration on the Promotion of the Patients' Rights in Europe*, World Health Organisation, Copenhagen 1994, 13.

¹⁷ A. Laufs, W. Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, 430.

¹⁸ E. Deutsch, (2003), 43.

¹⁹ J. Радишић, (1996), 328.

²⁰ J. Göben, 4.

Уговор о лекарским услугама има облигациони карактер и њиме се између странака заснива грађанско–правни однос. Ово је неименовани уговор, а његова правна природа зависи готово искључиво од лекаревих обавеза. Те обавезе нису увек једнаке, али се узимају у обзир само оне које су најчешће заступљене и типичне за лекарску професију.²¹ Француски правници уговор о лекарским услугама оцењују као уговор «*sui generis*».²² По немачким²³, аустријским²⁴ и грчким²⁵ правницима ради се претежно о уговору о тзв. «слободној служби», док швајцарски правници сматрају да је у питању уговор о налогу.²⁶ Са становишта нашег права уговор о лекарској услузи може се просуђивати као уговор о делу, у смислу члана 600. Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).²⁷ Треба, међутим, имати у виду да, супротно од осталих правних поредака, ЗОО уговором о делу обухвата и извршење одређеног посла и постизање одређеног резултата. Излечење пацијента, међутим, ни у ком случају, не представља гарантовани резултат, па се, због избегавања неспоразума који се састоји у «очекивању здравља као резултата лекарске активности», лечење готово увек дефинише као пружање медицинске услуге.²⁸ Предмет уговора о лекарским услугама није одређени резултат рада (дело), него сам рад.

²¹ J. Радишић, (1996) 329.

²² E. Deutsch, M. Geigel, „Medizinischer Behandlungsvertrag“, у: *Gutachten und Vorschläge zur Ueberbearbeitung des Schuldrechts, Band II*, Köln 1981, 1085.

²³ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 349, 350, 352; тако и J. Göben, 4.

²⁴ Koziol, Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 8. Auflage, Wien 1987, 367.

²⁵ N. S. Fotakis *et al.*, у: E. Deutsch, H. L. Schreiber (уредници), *Medical Responsibility in Western Europa*, Heidelberg-New York 1985, 307.

²⁶ M. Kuhn, у: Heinrich Honsell (уредник), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, 22.

²⁷ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003.

²⁸ E. Detusch, (2003), 46.

Тиме се лекар штити од претераних очекивања пацијената. Он, наиме, уговором не преузима гаранцију да ће пацијента излечити или његово здравље побољшати, нити да ће изостати успутне нежељене последице лечења. Лекар се обавезује једино да ће потребне медицинске мере предузети у складу са правилима своје струке. Успех тих мера не зависи искључиво од вештине и пажње лекара, него и од физиолошких и психичких чинилаца на страни пацијента. Укратко, лекар има обавезу средстава, а не обавезу резултата.²⁹ Ипак, није искључено да уговор о лекарској услузи има и другачији карактер, те да се односи не само на рад, него и на његов резултат. Таква је, на пример, ситуација кад лекар ортопед дугује да пацијету испоручи протезу, мидер или улошке за ципеле.³⁰

Садржину уговора о лечењу чини комплексан дужнички однос са обавезама различитог интензитета. Лекар дугује примену свог стручног знања у складу са правилима медицинске професије, а у циљу лечења пацијента.³¹ У оквиру ове опште постављене обавезе стоји низ конкретних обавеза лекара: да главне медицинске радње изврши лично или, ако је потребно, да пацијента упути специјалисти или у специјализовану болницу³²; да узме податке за анамнезу; да изврши преглед, односно испитивање пацијента; да постави дијагнозу; да постави индикацију; да лечи пацијента; да се доцније стара о пацијенту; да сачини пацијентову документацију; да пацијента обавештава; да чува пацијентову тајну; и да поступа пажљиво и према правилима струке.³³ Обавезе пацијента из уговора о лечењу су да плати награду за рад (уколико се она не подмирује

²⁹ J. Радишић, (1996), 330-331.

³⁰ *Ibid.*, 332.

³¹ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 435.

³² E. Deutsch, (2003), 49.

³³ J. Радишић, *Медицинско право*, 2. прерађено и допуњено издање, Номос, Београд 2008, 82-87.

здравственим осигурањем) и да сарађује са лекаром (о чему ће доцније бити речи).

Уговор о лечењу може бити закључен са лекаром као уговорном страном, али и са другим овлашћеним даваоцем здравствених услуга у зависности од конкретног медицинског третмана (нпр. са лабораторијом, центром за трансфузију или помоћном медицинском службом), као и у зависности од система (код нас – са домом здравља, болницом и осталим даваоцима здравствених услуга одређеним Законом о здравственој заштити³⁴).³⁵ Када се ради о болничком лечењу, пацијент најчешће закључује уговор са болницом. У Немачкој се овај уговор назива «тоталним» уговором о пријему у болницу, и он обухвата лечење, као и болничко збрињавање (нега, медикација, итд.).³⁶ Немачко право познаје још два типа уговора о пријему у болницу који су условљени могућношћу истовременог постојања дуплих уговорних односа: (са болницом и са појединачним лекаром).

Холандски законодавац је први регулисао медицински уговор законом и тиме кодификовао права и обавезе медицинских посленика и пацијената. Овај је Закон инкорпорисан у холандски Грађански законик што показује колико медицинско право задире у традиционалне правне дисциплине (па и у грађанско право) и преузима њихове делове који се тичу система здравства.³⁷

³⁴ Закон о здравственој заштити – 333, Службени гласник РС, бр. 107/2005.

³⁵ Х. Мујовић-Зорнић, (2003), 259.

³⁶ J. Göben, 5-6.

³⁷ Х. Мујовић-Зорнић, (2001), 253.

§ 3 Деликтна одговорност лекара

Лекар има и општу правну обавезу да повереног му пацијента телесно и здравствено не оштети.³⁸ Он подлеже општим правилима о одговорности сходно Закону о облигационим односима, али и сходно другим грађанским законцима: немачком Грађанском законнику, аустријском Општем грађанском законнику и француском Грађанском законнику.

Члан 16. ЗОО предвиђа да је свако дужан да се уздржи од поступака којим се може другом проузроковати штета. Несавесним поступањем лекар крши општу забрану нешкођења другоме (*neminem laedere*). На ту забрану надовезује се и општа деликтна норма члана 154. ЗОО која гласи: «Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице». Закон о облигационим односима садржи посебне одредбе о накнади материјалне штете у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља. У случају смрти штетник је дужан оштећенима накнадити уобичајене трошкове сахране, трошкове лечења од задобијених повреда и друге трошкове, као и изгубљену зараду због неспособности за рад (члан 193). Лице које је погинули издржавао или редовно помагао, као и оно које је имало право захтевати издржавање од погинулог, сходно члану 194 ЗОО, има право на накнаду штете коју трпи губитком издржавања или помагања (у облику новчане ренте). У случају телесне повреде или нарушења здравља, штетник је, сходно члану 195 ЗОО, дужан накнадити трошкове лечења и друге потребне трошкове, као и да оштећеном накнади зараду изгубљену због неспособности за рад за време лечења. Ако повређени због потпуне или делимичне неспособности за рад губи зараду или су му потребе трајно повећане или су могућности његовог даљег развијања или напредовања уништене или смањене,

³⁸ E. Deutsch, (2003), 116.

одговорно лице дужно је плаћати повређеном одређену новчану ренту као накнаду за штету.

Немачки Грађански законик параграфом 823., став 1. прописује обавезу накнаде штете онога ко скривљено и противправно повреди живот, тело, здравље, слободу, својину или друго право другог. Пацијент, поред накнаде материјалне штете, може захтевати и правично обештећење у новцу због нематеријалне штете проузроковане на личним добрима (тело, здравље, слобода, право сексуалног самоодређења). То није генерално правило, јер се, сходно § 253, став 1. немачког Грађанског законика, за штету која није материјална, обештећење у новцу може тражити само у законом одређеним случајевима. Тако и сходно члану 200. нашег Закона о облигационим односима, суд може досудити правичну новчану накнаду за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица и страх, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, а независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству.

Генерална деликтна норма постоји и у аустријском Општем грађанском законуку (§ 1295) и у француском Грађанском законуку (чл.1382).

Одговорност медицинских посленика у САД углавном се одвија по правилима о деликтној одговорности за штету (мада се прихвата и уговорна одговорност). Правни основ за то јесу закон или претходне судске одлуке у споровима исте врсте. Судска пракса стоји на становишту да тежиште приговарања лекару није у кршењу чистих уговорних обавеза, него у кршењу правила медицинске струке.

Услов постојања деликтне одговорности је да је повреда учињена противправно и скривљено (у најмању руку нехатно).³⁹ Овакав систем,

³⁹ *Ibid.*, 117.

заступљен у германским правима, посебно истиче противправност као услов, односно претпоставку одговорности. Он јасније раздваја појам кривице штетника, као понашања које је уперено на намерно проузроковање штете, или пак нехатно изазивање штете услед пропуштања одређеног степена пажње који се у конкретним околностима захтева од просечног правног субјекта, с једне стране, и противправности, као повреде туђих субјективних права или правом заштићених интереса, с друге стране.⁴⁰ Посебно истицање противправности, у крајњој линији, има као циљ постизање вишег степена правне сигурности. Јер ако је једно лице намерно или непажњом другом проузроковало штету, али је за то овлашћено, јасно је да је противправност посебан услов, односно посебна претпоставка за постојање одговорности за штету.⁴¹

Наше позитивно право прихвата француски систем према коме се противправност обухвата објективизованим појмом кривице.⁴² Закон о облигационим односима не предвиђа противправност као посебну претпоставку одговорности за причињену штету, већ слично француском праву, полази од тога да је противправност обухваћена појмом кривице, која је, пак, постављена на степен обориве претпоставке.⁴³ У науци је истакнуто да је на тај начин, дакле, непредвиђањем противправности као посебног услова одговорности за штету, Закон објективизовао тај појам, постављајући кривицу као одређени правни стандард, односно упоређујући понашање штетника с понашањем пажљивог човека.⁴⁴

Одговорност лекара може бити заснована, не само погрешним, већ и његовим правилним, али самовласним поступањем. Лекарска радња може,

⁴⁰ О. Антић, Облигационо право, 3. измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009, 471.

⁴¹ *Ibid.*, 472.

⁴² *Ibid.*

⁴³ В. Став 1. члана 154. ЗОО.

⁴⁴ О. Антић, 471.

сама по себи, бити *lege artis* предузета, али она и као таква повређује пацијента, ако му претходно није било дозвољено да искористи своје право самоодређења и да дâ или ускрати сагласност на лекарски захват. Овде, заправо, долази до повреде тела путем повреде права самоодређења пацијента⁴⁵, и о томе ће такође бити речи.

§ 4 Одговорност лекара заснована на правилима о пословодству без налога

Закон о облигационим односима дефинише пословодство без налога као вршење туђих послова, правних или материјалних, без налога или овлашћења, али за рачун онога чији су послови, а ради заштите његових интереса. Вршењу туђег посла може се незвано приступити само ако посао не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очигледне користи.⁴⁶

Уколико је уговор о лечењу ништав или између лекара и пацијента (односно болнице) не дође до уговора о лечењу, јер је пацијент у бесвесном стању или у стању шока, тада се права између учесника у односу уређују према прописима о пословодству без налога.

Уколико предузето лечење одговара интересима и стварној или претпостављеној вољи пацијента, лекар може, као пословођа без налога, захтевати накнаду. Сходно члану 223. ЗОО пословођа без налога има права на накнаду трошкова и накнаду за труд, уколико је отклонио штету од лица чији је посао, односно ако му је прибавио корист која одговара у свему његовим намерама и потребама. Параграф 683. немачког Грађанског законика накнаду трошкова пословође без налога (по истом принципу као што трошкове може тражити налогопримац) условљава тиме да је предузимање послова одговарало интересу и стварној или

⁴⁵ J. Göben, 7.

⁴⁶ Члан 220. ЗОО.

претпостављеној вољи лица чији је посао. Немачки теоретичари сматрају да се радна снага налогопримца (па, под одређеним условима, и пословође без налога) такође може третирати као утрошак, када се ради о услузи која спада у опис његове професије.⁴⁷ Лекар, дакле, може захтевати и накнаду пуног износа хонорара, сходно члану 223., став 2 ЗОО, односно параграфу 683. немачког Грађанског законика.

Члан 222. ЗОО у незваном вршењу туђих послова, захтева поступање са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина, али ставом 3. истог члана, омогућује ограничавање одговорности незваног пословође, тиме што прописује да суд може, с обзиром на околности у којима се неко незвано прихватио туђег посла, смањити његову одговорност или га сасвим ослободити одговорности за непажњу. Уколико је, обављање дотичног посла имало за циљ отклањање непосредне опасности од господара посла, пословођа без налога, према § 680. немачког Грађанског законика, може да се позове на ограничену одговорност, односно да одговара само због намере и грубог нехата.

Лекар се, међутим, сходно мишљењу немачких правника, не може позивати на одредбе о ограниченој одговорности, јер лекарско поступање (па, у оквиру њега, и излагање опасности) спада у оквир његове уобичајене професионалне активности.⁴⁸ У коришћењу овог прописа онемогућава га и законско овлашћење на накнаду пуног хонорара, у случају успеха лечења. Но, значај спора око примене одредбе о ограниченој одговорности умањен је тиме што је захтевани ниво лекарске пажње у случајевима нужде (у којима често и долази до пословодства без налога) знатно нижи од стандарда.⁴⁹ Као начело, међутим, треба усвојити да, када ради као пословођа без налога, лекар мора да поступа у складу са стандардом

⁴⁷ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 444.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ J. Göben, 13.

„дужне пажње“, као и да даје потребна обавештења, уколико је то могуће с обзиром на пацијентово стање.

Лекар није обавезан да предузме лечење којим би себе ставио у положај пословође без налога. Изузетак, наравно, чине случајеви у којима лекар пружа хитну медицинску помоћ. Посебно стање пацијента, које је засновало пословодство без налога, налаже лекару само предузимање виталних или нужно индикованих мера.⁵⁰ Осим тога, лекара на предузимање оваквих мера обавезује Закон о здравственој заштити, кроз више чланова, а члан 34. истог закона имплицитно дозвољава лекару да поступа као пословођа без налога тиме што уређује да се „над пацијентом који је без свести, или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, хитна медицинска мера може предузети и без његове сагласности“.

⁵⁰ *Ibid.*

Глава друга: РАЗЛОЗИ ОДГОВОРНОСТИ ЛЕКАРА И ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА

Разлоге одговорности лекара и здравствених установа чине скривљене повреде лекарских обавеза. Оне се могу поделити у две групе: повреда дужне пажње приликом лечења пацијента и предузимање медицинских мера без сагласности пацијента. Прве, грешке у лечењу (поступању, умећу лекара) још се називају *класичним грешкама*, а друге, грешке у обавештавању (упозорењу, информисању) називају се *грешкама на периферији лечења*.⁵¹ Свака лекарска грешка, у ширем смислу, не мора представљати повреду правила здравствене струке у ужем смислу, већ то, очигледно, може бити и повреда ширих пацијентових права и кршење ширих правила лекарског дужног поступања.⁵² У даљем тексту ће бити речи о одговорности због класичних грешака лекара, као и о одговорности због необавештавања пацијента.

§ 1 Одговорност због лекарске грешке

А. Појам лекарске грешке

Лекар чини грешку када поступа противно правилима своје струке (*contra legem artis*). Грешка у лечењу не огледа се у неуспеху лечења, већ је потребно да се неуспех кумулира са пропуштањем пажње која одговара професионалном стандарду. Пажња која је потребна зависи од околности појединачног случаја. Она се, међутим, увек цени према објективно-типизираним, а не према субјективним (индивидуалним) обележјима. Код

⁵¹ Х. Мујовић-Зорнић, „Лекарска грешка – медицински или правни појам?“, *Свет рада*, Вол. 1, 6/2004, 821.

⁵² *Ibid.*, 825.

оцене пажње узима се у обзир претпостављено очекивано знање и способност лекара опште праксе или одређене специјалности у свакидашњем саобраћању, а не личне могућности појединачног медицинског посленика.⁵³

Правила струке нису прецизно установљена, већ су конкретизована кроз праксу с обзиром на различита чињенична стања. Лекар пажњу усмерава на «стање науке и технике», с тим што је данас уобичајен назив «стандард науке». «Стање науке и технике» би означавало нешто што је већ «досегнуто, фиксирано». Станадард, међутим, представља оно што је у одређеном тренутку «захтевано», односно представља нормативно наметнуто прилагођавање околностима и догађајима. Израз - стандард, заправо више одражава динамику⁵⁴ него што то чини израз – стање науке и технике. Медицинска наука и лекарско искуствено знање налазе се у сталним променама и у њима перманентно настају нови правци размишљања како на најбољи начин извести одређено лечење. Стога у медицини не постоји зборник чврстих правила која гарантују сигурност и квалитет и врло често је тешко тачно установити стандард који важи у тренутку лечења. За разлику од апстрактног правног правила, које је генерално и важи начелно, временски неограничено, стандард је променљив и посредујући појам између општег правила о пажњи и праксе. Због тога судови не очекују да, у различитим конкретним случајевима, наиђу на униформност стандарда медицинског поступања, већ постављају питање да ли је лекар своје поступање усагласио са прихваћеном професионалном праксом у датом тренутку.⁵⁵ Стандард је често пресудан инструмент за одговорност лекара и подразумева оно што просечно квалификован,

⁵³ J. Göben, 14.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ M. Stauch, K. Wheat, J. Tingle, *Sourcebook on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney 1999, 289.

савестан и обазрив лекар може и треба да зна и да учини у конкретној ситуацији.⁵⁶

За непрописне медицинске радње односно радње предузете противно правилима струке, користе се разни називи настали у различитим временима и различитим друштвеним срединама. Два назива су била и остала најчешће у употреби: «лекарска стручна грешка» и «грешка у лечењу или третману». У даљем тексту ће бити речи о појму – лекарска стручна грешка, и о његовом разликовању од сличних појмова.

I. Тзв. «лекарска стручна грешка»

Назив „лекарска стручна грешка“ подесан је зато што је изведен из латинских речи «*lege artis*», и што означава поступање лекара «*contra legem artis*» (противно правилима струке). У стручној литератури он се појавио у првој половини деветнаестог века, али је употребљаван без јасног значења. У другој половини деветнаестог века покушао је да га дефинише немачки патолог Рудолф Вирхов. Он под стручном грешком подразумева «кршење општепризнатих правила вештине лечења, услед одсуства потребне пажње или опрезности». «Општепризнатим правилима» Вирхов је сматрао само она начела која нису подложна никаквим теоријским дилемама, и која су, као аксиоми природних наука, основ сваког медицинског третмана.⁵⁷

Вирховљеву дефиницију појма лекарске стручне грешке прихватили су и дуго користили не само немачки, него и швајцарски и аустријски правници. Немачки лекари су, међутим, имали озбиљне резерве према овом учењу о стручној лекарској грешци. Тврдили су да вештина лечења, за разлику, на пример, од грађевинске вештине, не поседује нити може поседовати «општепризната правила». И данас, немачки лекари сматрају

⁵⁶ H.L. Schreiber, «Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument», *Versicherungsmedizin* 1/1995, 3.

⁵⁷ J. Радишић, (2007), 74.

да се медицинска вештина не може претворити у круту догму, нити се кршење дужности лекара може безусловно називати “стручном грешком”. Уместо тога, по њима би било исправније говорити о «нехотичном шкођењу», «занемаривању дужне пажње» или «грешци у третману».⁵⁸ Додатне тешкоће узрокују и спорови између лекара и правника око појма „стручне лекарске грешке“, али и сами правници мисле о њему различито. Неки правници тврде да је појам «лекарска стручна грешка» вишезначан и нејасан, да ствара пометњу и да га не треба употребљавати.⁵⁹ Поборници овог схватања тврде да је грешку у конкретном случају лакше установити, него је описати. Ипак, појам «лекарска стручна грешка» је, иако нејасан и различито дефинисан, ушао у свакодневну говорну употребу.⁶⁰ Овај појам користи и ЗЗЗ, па у члану 197., став 1, тачка 3), прописује да ће надлежна комора здравственом раднику привремено одузети лиценцу ако он „у обављању здравствене делатности начини стручну грешку којом се нарушава, односно погоршава здравствено стање пацијента“.

II. Лекарска стручна грешка у ужем смислу и «омашка»

У правној теорији и пракси поставило се питање да ли појам лекарске стручне грешке обухвата све неправилне медицинске радње или само неке од њих. Карактеристичан је одговор који је на то питање дао швајцарски Савезни суд. Његова ранија пракса темељи се на разликовању *правих и неопростивих* стручних грешака од *опростивих омашки*. При томе, он под стручну грешку подводи свако непридржавање «општеутврђених начела медицинске науке или оперативне технике која су постала заједничко

⁵⁸ W. Wachsmuth, „Zur Begriffsbestimmung und Problematik des sogenannten Kunstfehler“, *Der Krankenhausarzt* 9/1975, 2, према: Радишић, (2007), 75.

⁵⁹ H.L. Schreiber, „Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehler“?, *Der medizinische Sachverständige* 4/1976, 72-73.

⁶⁰ J. Радишић, (2007), 74-75.

добро», док у «омашке» убраја погрешне лекарске радње условљене несавршеношћу науке и човековом недовољношћу.⁶¹ Ово схватање дошло је до изражаја још у одлуци Савезног суда Швајцарске од 3.6.1904. године. Промашај у спровођењу операције суд сматра «правом стручном грешком», док «грешку у процедури» сматра нечим што је супротност стручној грешци, тј. «омашком». По њему је, на пример, технички погрешна операција «стручна грешка», а остављање тупфера на месту операције – «омашка», која није нужно повезана са обављањем операције и са оценом њене стручности.⁶²

Неки савремени правни писци приклањају се и данас овом схватању. Они, наиме, мисле да само у случају када не поступа према правилима која се темеље на сазнањима медицинске науке, лекар чини стручну грешку у ужем смислу.⁶³ Противећи се широком тумачењу појма лекарске стручне грешке, они под њега не подводе свако непрописно поступање лекара, него једино лечење које је погрешно са становишта медицинских знања. Другачији карактер имају, по њима, «грешке услед аљкавости»: заборављање инструмената или тупфера у ранама од операције; превид приликом дијагнозе симптома који свакоме падају у очи; површно припремање операције; непридржавање прописа о хигијени; мешање садржаја шприцева или ампула, и сл. Ови писци тврде да је неприкладно такве облике непажње називати «стручним грешкама».⁶⁴

⁶¹ J. Gross, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Bern 1987, 164.

⁶² J. Радишић, (2007), 75-76.

⁶³ W. Holzer, W. Posch, P. Schick, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, Wien 1992, 103.

⁶⁴ J. Радишић, (2007), 76.

III. Лекарска стручна грешка и «медицински несрећан случај»

Лекари и правници посебно инсистирају на разлици између стручних лекарских грешака и тзв. *несрећних случајева у медицини*. Под овим другим подразумевају све неповољне исходе лечења који нису изазвани грешком лекара, него случајностима или неповољним стицајем околности које, на темељу сазнања медицинске науке, није било могуће предвидети. На пример: алергија пацијента на одређени лек; смртни исход услед наркозе дате према захтевима анестезиологије; изненадна смрт пацијента изазвана емоционалним психичким шоком пре или за време операције. Једном речју, у несрећне случајеве спадају неуспеле медицинске интервенције које су објективно непредвидљиве, и које настају услед тешкоћа саме болести, услед особености организма пацијентовог или неповољних спољашњих околности. За разлику од лекарских стручних грешака, несрећни случајеви у медицини нису израз непрописног лечења и не повлаче одговорност лекара.⁶⁵

IV. Од «стручне грешке» ка «грешци у лечењу у ширем смислу»

У расправи о називу «лекарска стручна грешка» најважнији приговор своди се на тврдњу да је тај назив сувише узак, јер не обухвата све непрописне поступке лекара према пацијенту, него само оне који су у нескладу са правилима медицинске науке. Сем тога, речено је да правила медицинске струке нису једино мерило за кршење дужне пажње, него се

⁶⁵ *Ibid.*, 76-77.

морају узети у обзир све околности конкретног случаја које могу да релативизују мерило *lege artis*.⁶⁶

Наведени приговори на рачун назива «лекарска стручна грешка» довели су до увођења у теорију и праксу израза «грешка у лечењу» или «грешка у третману». Његов досег је шири, јер обухвата сваки поступак лекара који се тиче одржавања живота или успостављања здравља пацијента, ако је тај поступак у медицинском смислу, у конкретном случају, погрешан. Гранично обележје «у медицинском смислу» схвата се широко, тако да искључује само оне радње лекара које с медицинским третманом немају никакве везе. Под «грешку у лечењу» потпадају не само погрешне радње приликом лечења у ужем смислу, него све мере лекара и његових помоћника које на лечење непосредно утичу, укључујући чак и заштиту пацијента од покушаја самоубиства или од напада осталих болесника у болници.⁶⁷ Укратко, овај појам сеже од анамнезе, преко дијагнозе, па до профилаксе и терапије, а обухвата и накнадно медицинско старање о пацијенту. Грешка се може састојати из било ког несврсисходног поступка, у облику чињења или нечињења, као и из задоцнелог предузимања неког медицинског захвата.⁶⁸ Појам «грешка у лечењу» не своди се, дакле, искључиво на кршење правила струке, односно на поступање *contra legem artis*.

Треба рећи да израз «грешка у лечењу» није успео сасвим да потисне из употребе назив «стручна лекарска грешка», него се они користе упоредо. Велики део правника и лекара сматра да су оба назива подједнако несавршена и непотпуна, па да стога не треба инсистирати на искључивој

⁶⁶ P. Schick, «Die ärztliche Behandlungsfehler in strafrechtlicher Sicht», у: *Haftung des Arztes in zivil-und strafrechtlicher sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts*, Graz 1983, 40-41.

⁶⁷ W. Holzer, W. Posch, P. Schick, 41.

⁶⁸ H. Franzki, «Behandlungsfehler», у: Eser/Lutterotti/Sporcken, *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, Freiburg-Basel-Wien 1989, 191, према: J. Радишић, (2008), 191.

употреби једног или другог. Лекари са простора бивше Југославије не користе ни један од наведених израза, него скраћени облик: «лекарска грешка». Овај назив је, због краткоће, подеснији, али није функционалнији од осталих. Стварна тешкоћа, међутим, није у називу за неправилне лекарске радње, него у његовој садржини.⁶⁹

Б. Садржина појма лекарске грешке

І. Поступање *contra legem artis*

Основно значење појма лекарске грешке чини поступање лекара противно правилима властите струке (*contra legem artis*). Ради се о пренебрегавању правила која чине медицински стандард. Медицински стандард подразумева тренутно стање сазнања природних наука и лекарског искуства, које је потребно за постизање циља медицинског третмана и које се доказало у пракси.⁷⁰ Он се исказује у одређеним једнозначним правилима којих се мора придржавати сваки лекар, као што су, на пример, хигијенски захтеви приликом давања инекција. То је тзв. *базични* или *основни* стандард.⁷¹ Али „стање“ медицинске науке може ићи и даље од тога, па зато њега не треба изједначавати са „општепризнатим“ стањем. „Општепризнати“ су само они медицински поступци који су спознати и прихваћени од свих лекара исте струке или барем од већине. У медицински стандард спадају, међутим, и новија научна сазнања и могућности, уколико су у медицинској науци делом већ признати. У

⁶⁹ Ј. Радишић, (2007), 78.

⁷⁰ Н. Ј. Kulmann, "Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards", *Versicherungsrecht* 13/1997, 529.

⁷¹ *Ibid.*

медицинској науци постоје различита схватања и методе који су признати од великог дела лекара, али нису „опште признати“. То је динамички део медицинског стандарда, који се увек прилагођава промењеном стању медицинске науке и праксе.⁷² О томе како судови схватају медицински стандард говори посебно једна одлука *Врховног суда Аустрије*: „Лекар не поступа непажљиво ако метод лечења који је одабрао одговара пракси која је призната од стране угледних медицинара, којима се може веровати за ту методу, чак и кад би исто тако компетентне колеге давале предност некој другој методи. Извесна метода лечења може се, начелно, сматрати сврсисходном све дотле док је заступа нека од признатих школа медицинске науке. Ствар, међутим, стоји другачије у случају кад претежан део медицинске науке и праксе одређену методу лечења, која је дотле важила за прихваћену, сматра сумњивом“.⁷³

Медицински стандард није лако утврдити, јер у медицини не постоји исцрпан кодекс чврстих правила која гарантују сигурност и квалитет и из којих би се, с времена на време, стање науке могло поуздано видети.⁷⁴ Пошто су медицинска наука и лекарска искуствена сазнања у сталном кретању, често је тешко утврдити који стандард важи у тренутку лечења.⁷⁵ Лекар има слободу терапије, која се простире у три смера. Прво, лекар треба да одлучи да ли је лечење уопште потребно. Друго, лекар не сме бити принуђен да примени методе или медикаменте који противрече његовој савести. Треће, он је слободан да изабере оне дијагностичке или терапијске мере за које верује да су за конкретног пацијента најподесније и најделотворније. Лекар не мора увек да изабере „најсигурнији терапијски пут“, али преузимање већег ризика мора имати оправдање у особеностима

⁷² *Ibid.*

⁷³ W. Holzer, W. Posch, P. Schick 103.

⁷⁴ C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, 304.

⁷⁵ J Göben, 14.

конкретног случаја или у повољнијим прогнозама излечења.⁷⁶ Он, дакле, може да одступи од општепризнатог правила медицине и да примени друге методе да би довео до успеха у лечењу. Ово је, уосталом, и једини начин да дође до развоја медицинских стандарда. Међутим, нове дијагностичке и терапеутске методе, које превазилазе важећи стандард, могу да се примене само уз савесно одмеравање користи и ризика.⁷⁷ Када дозволи себи овако широк простор за терапеутско одлучивање, лекар мора бити сигуран да располаже довољним познавањем медицинске науке. Он мора да влада свеукупним дијагностичким и терапеутским методама које спадају у лекарску рутину, као и да буде кадар да процени границе својих способности, те да у одређеном случају пацијента упути специјалисти.

Када лекар одступи од уобичајеног начина лечења, лекар може рећи да је његова одлука била заснована на његовом клиничком просуђивању. Поред тога је, међутим, потребно испитати да ли је он узео у обзир све факторе које је знао или морао знати и да ли његово одступање од уобичајених начина лечења може бити оправдано на бази ових чињеница. Одступање од уобичајене професионалне праксе није нужно доказ нехата. Заправо би било лоше да је тако, јер би сваки напредак у медицинској науци био немогућ.

Лекари не треба да зазиру од тога да пробају нове начине лечења, када постојећи не функционишу. Таква стега би спречавала развој бољих третмана и била би противна покушајима да се учини најбоље за конкретног пацијента. У случају одлуке да се примени нови начин лечења, међутим, треба испунити два битна услова: 1) пацијент мора бити потпуно свестан чињенице да је третман иновативан и да може бити споредних ефеката или других ризика за које лекар не зна, и 2) мора се размотрити контекст у коме је третман предузет. Наиме, у неким случајевима већ предузети третмани могу бити неуспешни, па ће се пацијент можда сложити са

⁷⁶ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 70.

⁷⁷ J. Göben, 14.

неконвенционалним поступком као последњим уточиштем. Уколико, међутим, постоје други конвенционални поступци, а у конкретном случају нису испробани, пацијент треба да буде потпуно информисан о овим алтернативама, повезаним ризицима и евентуалним резултатима, а треба поставити и питање да ли су нови третмани уопште потребни.⁷⁸

Са друге стране, због високих „стандарда“ који пацијент очекује, не могу се игнорисати ограничене могућности здравствених капацитета и финансирања. Пацијент, дакле, не може у свако време и на сваком месту очекивати лечење према најновијим методама и са најмодернијим апаратима. Због тога, за различите нивое даваоца услуга и различите гране медицине, важе различити стандарди.⁷⁹

У случају спора, суд одлучује о томе шта ће се сматрати медицинским стандардом. Али пошто судија не поседује одговарајућа стручна знања, у томе му мора помоћи медицински вештак. Вештак је, на основу свог образовања и практичног искуства, у могућности да опише садржину стандарда, тј. да каже да ли је неки метод лечења или медикамент научно признат или можда превазиђен, да ли је делотворан или се сматра опасним.⁸⁰

Треба још напоменути да лекар, у циљу одржавања знања о медицинском стандарду, има трајну обавезу професионалног усавршавања.⁸¹ Ова обавеза је уређена и српским *Законом о здравственој заштити* и то члановима 181-187. Здравствени радници и здравствени сарадници, наиме, имају право и дужност да у току рада стално прате развој медицинске, стоматолошке, фармацеутске науке, као и других одговарајућих наука и да се стручно усавршавају ради одржавања и

⁷⁸ M. Stauch, K. Wheat, J. Tingle, 306.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ J. Радишић, (2007), 80.

⁸¹ E. Steffen, *Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht*, 6. Auflage, Köln 1995, 55.

унапређења квалитета свог рада. Стручно усавршавање је, према 333, услов за добијање, односно обнављање лиценце. Под стручним усавршавањем се, сходно члану 181. 333 подразумева стицање знања и вештина здравствених радника и сарадника, које обухвата: 1) специјализације и уже специјализације, и 2) континуирану едукацију. Закон обавезује здравствене установе да донесу план стручног усавршавања на основу плана развоја кадрова у здравству који доноси министар здравља. 333 уређује и услове под којима се обављају специјализације, као и врсте континуиране едукације (као нпр. учешће на стручним и научним скуповима и учешће на семинарима, курсевима и другим програмима континуиране едукације).

II. Лекарска грешка и потребна пажња

Лекар је дужан не само да се придржава важећих правила медицинске науке и праксе, него и да, при том, поступа пажљиво. Мера потребне пажње зависи од величине опасности коју од пацијента треба отклонити.⁸²

Стандард пажње лекара није исти као код просечно разумног човека који не поседује медицинску вештину. Од лекара се очекује да у свом професионалном раду покаже повећану пажњу, која осигурава квалитет његове услуге. Лекар поседује специјалне вештине, па стога има дужност да се усаглашава са уобичајеним стандардом своје професије.⁸³ Реч је о „пажњи доброг стручњака“, у смислу члана 18, став 2. ЗОО. Ту се мисли на просечног стручњака дотичне области, па се стога обично каже да је мерило за пажњу *објективно*. Наша судска пракса каже да је „лекар дужан да поступа пажљиво, при чему се овде ради о пажњи „доброг стручњака“ која се процењује према ужој стручности лекара, техничкој опремљености и

⁸² *Ibid.*

⁸³ M. Stauch, K. Wheat, J. Tingle, 284.

социјалним условима у којима лекар ради. Лекар није поступао са потребном пажњом увек када направи грешку коју други лекар његове специјалности, у истим околностима и животної ситуацији не би направио или би је могао избећи“.⁸⁴ Лекар, као стручњак, не може се оправдати тиме што је поступао према свом најбољем знању, уколико се установи да је то знање за обављање његовог занимања било *објективно* *недовољно*.⁸⁵ Свако мора одговарати због неправилног или недовољног владања својом вештином. Лекар, међутим, не може гарантовати да ће своје стручно знање употребити под свим околностима. На пример, хирург коме за време операције неочекивано буде мука и који стога начини стручну грешку, може се тиме оправдати. С друге стране, лекар се не може оправдати тиме што је почетник у својој струци или што није специјалиста те стога није био дорастао захтевима случаја. Грешке услед неискуства нису адекватна одбрана.⁸⁶

Сваки лекар мора спознати границе властитих могућности. Није потребно да лекар буде највећи експерт, већ је довољно да он има вештину уобичајено способног човека који обавља ту конкретну професију.⁸⁷ Он поступа непажљиво уколико предузме или настави одређено лечење, иако је морао да се обрати за савет другом лекару или да пацијента упути специјалисти, на болничко лечење или у другу здравствену установу, која има квалификованије лекаре, или је опремљена бољом медицинском техником. Лекар не треба све да зна, али треба да зна шта не зна.⁸⁸ Такав

⁸⁴ Пресуда Окружног суда у Београду бр. Гж.-10942/02, од 23.01.2003.године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

⁸⁵ Н. Koziol, *Oestereichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil*, 2. Auflage, Wien 1984, 183, према Радишић, (2007), 81.

⁸⁶ Овај став има свој разумљиво прагматичан аспект. Судови не желе да примењују клизну скалу стандарда пажње, која зависи од субјективних атрибута конкретног туженог.

⁸⁷ М. Stauch, К. Wheat, Ј. Tingle, 286.

⁸⁸ Ј. Радишић, (2007), 81.

став је заузела и наша судска пракса: „Постављену дијагнозу лекар мора стално проверавати и по потреби је кориговати. Лекар мора проценити своје сопствене могућности и техничку опремљеност установе у којој ради, и ако је то потребно, без одлагања упутити пацијента у другу одговарајућу здравствену установу на даље лечење, ради правовременог пружања здравствене заштите пацијенту...“.⁸⁹

III. Лекарска грешка и кривица

Расправљање о појму лекарске грешке обухватило је и питање њеног односа према кривици, тј. да ли грешка подразумева неизоставно и кривицу лекара који је грешку начинио. Дакле, ако се установи да је одређени лекар начинио стручну грешку, питање је да ли је самим тим утврђена и његова кривица због грешке, или су те две ствари једна од друге независне.

У правној литератури нема јединственог одговора на ово питање. Првобитна Вирховљева дефиниција је у себи садржала и кривицу. Он је под грешком подразумевао „запостављање правила медицине „услед недостатка потребне пажње или опрезности“. То схватање је и данас заступљено код швајцарских правника који стручну грешку дефинишу као „скривљено кршење лекарске дужности пажње, које се темељи на непридржавању општепризнатих начела медицинске науке и праксе“. Они при том одбацију гледиште по коме стручна грешка представља само „објективну страну“ кршења општепризнатих правила медицинске науке и праксе, чији саставни део не чини и кривица.⁹⁰

Немачки правници и лекари, међутим, лекарску грешку описују претежно у смислу објективно неправилног поступања. По њима, ради се

⁸⁹ Пресуда Округног суда у Београду бр. Гж.-10942/02, од 23.01.2003.године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

⁹⁰ Ј. Радишић, (2007), 82.

једино о констатацији да се у одређеном случају десило нешто што је са медицинског становишта непрописно, некорисно или штетно. Друго је питање, да ли се лекару који је начинио грешку, иста може уписати у кривицу. Стручна грешка је, по правилу, претпоставка лекареве кривице, али кривица не произлази неименовано из стручне грешке. И управо због тога што свако одступање од медицинских правила не представља кривицу, појам лекарске грешке има свој сопствени значај у праву. Грешка се може састојати како из чињења, тако и из нечињења; из предузимања неиндикованог или непредузимања индикованог захвата; из погрешних мера и неправилних ставова лекара, за време и после операције и приликом давања лека. Ако се појам стручне грешке исцрпљује без остатка у опису лекарске кривице, он губи своју особену изражајну моћ и свој значај као стручни термин.⁹¹

У руској медицинској литератури стручна лекарска грешка одређена је, такође, објективно, у смислу правно неутралног појма. Руски лекари не допуштају ни теоријску могућност да се грешка и кривица подударе. По њима, кривица и стручна грешка једна другу појмовно искључују. Они стручну грешку поимају као „савесну заблуду лекара проистеклу из одређених објективних околности, без елемената аљкавости, немарности и професионалне неукости“.⁹² Слично томе поступају и наши лекари, дефинишући лекарску грешку као „стручну заблуду без елемената несавесности“.⁹³ За правнике је ово становиште неприхватљиво, јер не допушта могућност одговорности због лекарске грешке. Ако се грешка своди на „стручну заблуду без елемената несавесности“, ту нема места одговорности, јер се она не да правно објаснити. Лекар, међутим, мора да одговара за неке своје грешке, као што одговарају и припадници осталих

⁹¹ *Ibid.*, 83.

⁹² А.П. Громов, *Врачебнаја деонтологија и ответственност медицинских работников*, Москва 1969, 37, према: Радишић, (2007), 83.

⁹³ М. Бабић (главни уредник), *Медицински лексикон*, Београд 1999, 581.

занимања. Зато општи појам лекарске грешке не може укључивати „савесну заблуду“. Већ је речено да тај појам није само медицински, него је и правни. Он овде, наиме, има дуплу аксиоматску димензију, истовремено 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. Отуда, професионална грешка може да се анализира једнако са медицинске тачке гледишта, да би се научно правдало постављање професионалне одговорности, и са правне тачке гледишта да би се то друштвено потврдило и омогућила накнада штете пацијенту жртви.⁹⁴ Професионална грешка је онда питање дупле квалификације, и анализе која је у исто време медицинска и правна. Временом се све више схвата да хармонизација између два типа квалификација грешке треба да уступи место правној квалификацији грешке, са образложењем да медицинска квалификација служи суду само као информација која претходи утврђивању одговорности.⁹⁵ За правника је лекарска грешка, дакле, правни појам, јер за утврђивање лекарске грешке медицински вештак треба да пружи само чињенице. Па и када је постојање лекарске грешке утврђено, то значи да је лекар непрописно нешто учинио или пропустио, а не да је он апсолутно крив због тога. То, такође, не значи да је грешка узроковала смрт пацијента или погоршала стање његовог здравља, већ се то тек мора доказати. Због тога, лекарска грешка не повлачи аутоматску одговорност лекара, него су за то потребни и други, допунски услови⁹⁶, тј. штета за пацијентово здравље, узрочна веза између грешке и штете и одређени степен кривице.

⁹⁴ Х. Мујовић-Зорнић, (2004), 823.

⁹⁵ А. Marcos « La double dimension de la faute en responsabilité médicale (Commentaire de l'arrêt C : A amiens, 1^{re} ch, Octobre 2001, Gomez c/Vuillieme et atures) », *Médecine et Droit* 59/2003, 49-53.

⁹⁶ Ј. Радишић, (2007), 84.

Пошто лекарска грешка значи негативно одступање од медицинског стандарда, она индикује кривицу, па зато лекар мора да разјасни због чега је од стандарда одступио.

§ 2 Одговорност због необавештења пацијента

А. Обавеза лекара да пацијента обавести – као основ одговорности лекара

Свако инвазивно (лечење које подразумева насилан улазак у организам) или неинвазивно (конзервативно) лечење захтева пристанак пацијента. Пуноважан пристанак може дати само лице које разуме оно са чиме се саглашава. Разумети неку медицинску меру значи бити донекле упућен у њену суштину, вредност и домашај. Другим речима, пацијент треба да зна са чиме се саглашава, шта ће се с њим дешавати и шта се може десити. Само у том случају пацијент је у могућности да узме у обзир разлоге за и против и да донесе разумну одлуку која се тиче његовог здравља. У лекарским напорима за излечење он може саделовати само онда када зна шта сам може учинити као подршку лекарским активностима или у циљу избегавања штете.⁹⁷ Међутим, пошто је пацијент, најчешће, медицински лаик, који о медицинском захвату, о коме треба да одлучи, не зна ништа или не зна довољно, лекар је дужан да га о томе обавести, не чекајући да буде питан.

Пристанак је, дакле, пуноважан само уколико је пацијенту претходно дато свеобухватно обавештење о суштини, смислу и циљу планиране медицинске мере.⁹⁸

⁹⁷ Одлука Врховног суда Аустрије бр. 3 ОБ 17/02з, од 27.2.2002, објављена у *Sammlung von Entscheidungen in Krankenstaltenfragen* 2002, 1825.

⁹⁸ J. Göben, 71.

Члан 28 ЗЗЗ прописује да пацијент има право да „од надлежног здравственог радника благовремено добије обавештење које му је потребно како би донео одлуку да пристане или не пристане на предложу медицинску меру.“ Пацијент се свога права на обавештење може одрећи „осим обавештења о томе да је предложена медицинска мера потребна и да није без знатног ризика, односно да је ризично њено непредузимање.“ Према члану 32 ЗЗЗ „пристанак коме није претходило потребно обавештење у складу са чланом 28. овог закона не обавезује, а надлежни здравствени радник који предузме медицинску меру у том случају сноси ризик за штетне последице.“ .

Само се изузетно може говорити о обавези пацијента да поставља накнадна питања. Наиме, типично је лекарски задатак да у разговору са пацијентом открије његову жељу за обавештењем. За опсег обавештења меродавне су индивидуалне околности пацијента као што су старост, слика болести, разумевање пацијента. Тако се од пацијента вишег образовања може очекивати да зна да се код захвата које прати обилније крварење, ризик инфекције никад потпуно не може искључити. Уколико један такав пацијент пропусти да постави потребна питања, то му се може, приликом објективно недовољног обавештења, приписати у сакривицу. Пацијент се мора чувати од опасности да у разговору са лекаром дâ погрешан утисак самопоуздања, утисак да је упознат са медицинским стањем ствари, као и да су му ризици захвата познати или да је према њима равнодушан.⁹⁹

Б. Врсте и опсег обавештења

Опсег обавештења спада у једно од најтежих питања која се у пракси свакодневно постављају. То нарочито важи за обавештење о ризицима. Оно је по својој природи медицинско, етичко и правно, па је стога нормално

⁹⁹ *Ibid.*, 72.

што правници и лекари на њега одговарају различито. Ипак, неке полазне тачке могу се сматрати заједничким.¹⁰⁰

Прво, једнодушан је став да о опсегу обавештења не постоји генерално правило, које би важило за све ситуације.¹⁰¹ Опсег обавештења не може бити установљен без преходног утврђивања потребе појединачног пацијента за обавештењем.¹⁰² Захтеви за овај, врло важан аспект у односу лечења, се, дакле, не могу унапред прецизно установити. Не постоји „просечан пацијент“ са „просечним потребама“, те опсег обавештења не може бити за таквог описан. То колико далеко лекар мора ићи у објашњењу, може бити одлучено тек у разговору лекар-пацијент. Управо конкретне потребе пацијента су координате којих лекар мора да се држи при процењивању праве мере између пацијентовог одбијања обавештавања и жеље за свеобухватном информацијом.¹⁰³ Лекар, с једне стране, одговара када је његово објашњење оскудно, али последице по лекара могу наступити и уколико пацијенту пружи прекомерну информацију, која је за њега неразумљива.

Обавештење пацијента, односно законског заступника треба да обухвати све чињенице које су битне за њихову одлуку да на предложеној медицинској мери пристану или не пристану. У те чињенице спадају¹⁰⁴: 1) дијагноза и прогноза болести¹⁰⁵; 2) кратак опис, циљ и корист од предложене медицинске мере, време њеног трајања и могуће последице ако се она предузме, односно не предузме; 3) врста и вероватноћа могућих

¹⁰⁰ J. Радишић, (2008), 102.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² C. Conti, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Stämpfli Verlag AG Berlin 2000, 97.

¹⁰³ *Ibid.*, 102.

¹⁰⁴ Члан 28., став 2. 333.

¹⁰⁵ Без сазнања о сопственом стању пацијент неће разумети ни ток мере лечења, нити може проценити потребу предузимања одређеног ризика.

ризика, болне и друге споредне или трајне последице; 4) алтернативне методе лечења; 5) могуће промене пацијентовог стања после предузимања предложене медицинске мере, као и могуће нужне промене у начину живота пацијентовог; 6) дејство лекова и могуће споредне (нежељене) последице тог дејства. Лекар је дужан да у медицинску документацију унесе податак да је пацијенту, односно законском заступнику дао одговарајуће обавештење. Коначно, пацијент има право на обавештење и увид у трошкове лечења. Уколико је лекар пацијенту дао довољно обавештење о потребним мерама и последицама њиховог неспровођења, постоји кривица пацијента уколико он на предложене мере не пристане, па услед тога дође до штете по његово здравље. Након пружања обавештења, наиме, пацијент је свестан могућих последица непредузимања потребних мера и свесно је ускратио пристанак на њих, те мора сносити и последице своје одлуке.

Закон набраја основне чињенице о којима пацијент треба да буде обавештен. На лекару је да у конкретном случају процени потребу за опсегом обавештења. Што су наступеле последице или очекивана оштећења здравља тежа, то судска пракса поставља веће захтеве за прихватање прекршаја пацијентове дужности, а лекарска обавеза да мотивише пацијента на сарадњу је тим интензивнија и јаснија. Од актуелних сазнања о болести и о терапијским алтернативама зависи шта је објективно предмет основног објашњења. Уколико се ради о медикаментозном лечењу уобичајеног типа грипа, довољно је мање објашњење. Уколико, пак, постоји сумња на тумор мозга, због кога су нужна опсежна дијагностичка испитивања и терапеутске мере, пацијент треба, о овим будућим мерама, да буде, по правилу, детаљно обавештен. Ако је спровођење рентгенског снимања неопходно да би се искључила фрактура кости, онда лекар мора пацијента недвосмислено да упути на могуће последице одбијања РТГ-а. Тек тада одбијање дијагностичке мере од стране пацијента може чинити његову евентуалну сакривцу. Исто то важи и за одбијање саветованог пријема у болницу: када доктор лечи пацијента са атипичним симптомима инфаркта срца, он не сме (због опасности од реинфаркта) само да

препоручи даље болничко лечење. Јер уколико пацијент такву препоруку не узме озбиљно у обзир, то још није повреда дужности сарадње у лечењу.¹⁰⁶ Судија би, у појединачном случају, требало да инсистира на помоћи вештака у постављању објективних захтева за основним обавештењем у сваком типу лечења (при чему се, наравно, не може инсистирати на прецизним и детаљним критеријумима).¹⁰⁷

Другом заједничком полазном тачком сматра се непостојање обавезе лекара да, у сваком случају, дијагнозу у потпуности обзнани пацијенту. Може, на пример, бити контраиндиковано да се код тешке болести пацијент обавести о томе да се ради о терминалној болести, односно да се оптерети пуном истином о његовом стању. Лекар овакву „терапеутску привилегију“ има, ако процени да је пацијент склон претераним реакцијама, те да би обавештењем о фаталној дијагнози живот пацијента био угрожен.¹⁰⁸ Немачки Савезни суд¹⁰⁹ лекару даје „терапеутску привилегију“ као могућност у циљу спречавања штете, што значи да објашњење не сме да изазове никакво штетно стање по здравље пацијента. Део немачке теорије, подржава мишљење по коме је ствар процене лекара, да ли ће да употреби овлашћење на терапеутску привилегију или не.¹¹⁰ Тако и Закон о здравственој заштити Републике Србије ставом 6. члана 28. даје надлежном здравственом раднику изузетно могућност да прећути „дијагнозу, ток предложене медицинске мере и њене ризике, или обавештење о томе умањи, ако постоји озбиљна опасност да ће обавештењем знатно нашкодити здрављу пацијента. У том случају обавештење се може дати члану породице пацијента.“ Неки швајцарски

¹⁰⁶ J. Радишић, (2007), 58.

¹⁰⁷ C. Conti, 110.

¹⁰⁸ J. Göben, 18.

¹⁰⁹ Одлуке Савезног суда 105 II 287 E. 6с=Pra 69 Nr.135, 108 II 61 E.2=Pra 71 nr. 122, према: C. Conti, 115.

¹¹⁰ E. Deutsch, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, 1308.

теоретичари, су, пак, мишљења да лекар, када постоје претпоставке за то, има правну обавезу пропуштања објашњења, те да то није привилегија.¹¹¹

Трећи заједнички став казује да није потребно обавештење о свим ризицима који се могу замислити, нити је нужно да се пацијенту ризици изложе детаљно и медицински прецизно. Довољно је обавештење „у главним цртама“, предочавање „опште слике конкретног ризика“.¹¹² Битно је, дакле, да пацијент, пре давања сагласности, буде у могућности да спозна суштину, значај и домашај планираних мера и да буде у позицији да одмери разлоге за и против. То значи да њему треба да буду предочени *типични ризици* који су повезани са конкретном врстом захвата. Немачка и аустријска судска пракса имају исти став: што су ризици типичнији и специфичнији за тај захват, то пацијент о њима мора више бити обавештен.¹¹³ Када се ради, пак, о атипичним ризицима, мера објашњења треба да зависи од учесталости компликација са једне стране, и хитности захвата са друге. Ако је, на пример, у питању козметичка операција, очекује се обухватна информација, јер се не ради о индикуваном захвату, и због тога што пацијент улази у знатно мањи ризик, него када се ради о болести која угрожава живот. Али су зато, када се ради о виталним индикацијама, захтеви код опсега обавештавања спуштени. Постоји, дакле, у принципу, обрнуто пропорционална веза између нужности захвата и обавезе обавештења: што више захват служи сопственој удобности, а мера је мање од животне важности, утолико је већа обавеза на обухватно обавештење о компликацијама. И обрнуто – што је захват животно важнији, утолико је мања обавеза на информисање о алтернативама са њиховим различитим

¹¹¹ C. Conti, 116; W. Wiegand, S. Abegglen, *Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Modalitäten der Aufklärung und folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht*, 1993, 201.

¹¹² A. Laufs, W. Uhlenbruck, 547.

¹¹³ C. Conti, 111.

шансама за успех и могућим компликацијама.¹¹⁴ Дијагностички захват изискује, начелно, опсежније обавештење него терапијски.¹¹⁵

Уколико се ради о ретким ризицима, али који у случају њиховог остварења тешко оштећују здравље пацијента, лекар је дужан о њима дати обавештење. Али, може изостати обавештење о ризицима који су позвезани са сваким захватом и које сваки човек, по природи ствари, мора имати у виду („општепознати ризици“). Приликом обавештавања пацијента, треба, такође, правити разлику између ризика који се могу избећи и оних неизбежних. У начелу, лекар је дужан да обавести пацијента само о неизбежним ризицима.¹¹⁶

Пацијент, понекад, има потребе за већим опсегом информација, а у циљу обухватније заштите права самоодређења. Такав је случај када он жели да буде информисан и о врло ретким ризицима лечења. Тада пацијент мора лекара обавестити о својим потребама, односно он је у одређеној мери одговоран за (не)исказивање тих потреба.¹¹⁷ Када се ради о захтеву пацијента за „ненашминканом“ истином, једно је схватање да су такви захтеви само реторички, те да је, због тога, давање ограничених информација увек допуштено (код терминалних дијагноза, пацијент, сматра се, заправо уопште не жели да буде информисан). По другом схватању, које је и шире заступано, лекар не сме на циљана питања пацијента никада да одговара нетачно или на начин који пацијента наводи на погрешне закључке. Пацијент је, наиме, господар над догађајем обавештавања и оно што он жели да зна, мора му се рећи. Границе обавештавања, додуше, постоје тамо где се, са великом вероватноћом, може очекивати да би

¹¹⁴ R. Stürner, „Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich“, *Süddeutsche Juristische Zeitung* 1984, 121.

¹¹⁵ J. Радишић, (2008), 102.

¹¹⁶ J. Göben, 19-20.

¹¹⁷ B. Eisner, *Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Diss., Basel 1992, 173.

потпуна информација довела до убрзане смрти болесника. Према томе, максимално разјашњење се може само онда јемчити када га пацијент озбиљно захтева, јер није свако накнадно испитивање од стране пацијента, стварно управљено на детаљно објашњење.¹¹⁸

Мера обавештења које треба дати пацијенту, односно његовом заступнику јесте правно питање, које није препуштено слободној оцени лекара, него о њему, у случају спора, одлучује суд. При томе се води рачуна о објективним критеријумима, али и о очекивањима конкретног пацијента.¹¹⁹

В. Сврха обавезе обавештавања

Лекарева дужност обавештавања пацијента, односно пацијентовог законског заступника нема увек исти циљ. Извесна обавештења треба дати *ради пацијентове сигурности*, док друга чине *претпоставку упристанка на медицинску интервенцију*.

Обавештења ради пацијентове сигурности најчешће представљају саставни део лечења, тј. медицинску заштиту од опасности штете по пацијентово здравље, па се зато називају и *терапеутска обавештења*. Уопштено говорећи, обавештење ради сигурности подразумева све оно што лекар треба да каже пацијенту да би га навео на понашање у интересу властитог здравља.¹²⁰ Ради се, дакле, о поучавању пацијента о терапијски правилном понашању у циљу осигурања успеха лечења.¹²¹ Неки аутори дефинишу циљ терапеутског обавештења као остваривање здравствене заштите, оспособљавање пацијента на усаглашавање са захтевима лечења

¹¹⁸ С. Conti, 118-119.

¹¹⁹ Ј. Радишић, (2007), 64.

¹²⁰ Е. Deutsch, (2003), 142-143.

¹²¹ Ј. Göben, 18.

и његова заштита од опасности и ризика који се могу предупредити.¹²² У терапеутска обавештења спадају, на пример: упутство шта болесник треба, а шта не треба да чини за време медицинске интервенције; указивање на контраиндикације и споредна дејства лека; разјашњење саме болести како би се болесник приволео на умеренији живот или дијету; упозорење на продужено деловање локалне анестезије које возача чини привремено неспособним за управљање моторним возилом; упозорење пацијента после вађења запаљеног умњака да су остали неизвађени корени зуба, због чега прети даља опасности од инфекције, и сл.¹²³ То нису права обавештења, у овде разматраном смислу, односно обавештења којима следује пристанак пацијента, па кршење ових дужности представља лекарску грешку, за коју важе општа правила о грешкама.¹²⁴

У једном случају Врховни суд Аустрије је одлучио на штету лекара који је био дужан да пацијенту дâ детаљније терапеутско обавештење о потреби његовог саделовања у излечењу након операције. Пацијент је оперисан због прелома леве потколенице. Приликом отпуштања из болнице, здравствено особље је пацијента упутило на спровођење преписаних физиотерапеутских вежби. Према мишљењу болничког лекара, није било потребе за давањем ширих информација. Због јаких болова, пацијент, након отпуштања из болнице, није следио терапијска упутства. Ток лечења је због тога био продужен и дошло је до умањене могућности оптерећења леве ноге. Аустријски Врховни суд је, у одлучивању, пошао од дужности саделовања пацијента, али је утврдио да постоји и грешка лекара у обавештавању пацијента која претеже над прекршајем дужности саделовања. Суд у образложењу одлуке наводи: „Пошто је пацијент дужан

¹²² D. Hart, „Patient Information on Drug Therapy. A problem of Medical Malpractice Law: Between Product Safety und User Safety“, *European Journal of Health Law*, Volume 14, no.1 2007, 53.

¹²³ J. Радишић, (2008), 101.

¹²⁴ J. Радишић, (2007), 62.

да саделује у напорима лекара за излечење, он треба да зна шта треба сам да учини као подршку лекарским активностима. Да пацијент, као лаик, озбиљност свог положаја не би схватио погрешно, лекар је морао пацијенту да објасни о чему овај сам треба да води рачуна, шта треба да учини да би испунио своју обавезу саделовања, колико су значајне и хитне одређене мере, као и то, да се, и када се, пацијент поново треба подвргнути даљим испитивањима или лечењу“.¹²⁵

Од обавештења ради пацијентове сигурности ваља разликовати обавештење које чини *претпоставку пристанка на одређену медицинску интервенцију*.¹²⁶ Овај тип обавештења треба да омогући пацијенту да о лечењу донесе одлуку, користећи своје право и способност самоодређења.

Одлуку да пристаје на одређену, меру пацијент, односно његов заступник, треба да донесе познајући стање ствари. Пристанак није пука формалност, није воља без стварне садржине, нити паушална воља. Материјалну садржину пристанка чини дато обавештење.¹²⁷

Г. Правни значај обавезе обавештавања

Поред грешке у лечењу, повреда обавезе обавештења пацијента је други разлог одговорности лекара. Недостатак обавештења може представљати и супсидијерни основ одговорности, уколико се грешка у лечењу не може доказати. Ово је нарочито олакшавајуће за пацијента, јер је, код недостатка објашњења и сагласности, терет доказивања на лекару, док је код грешке у лечењу терет доказивања на пацијенту. Позивање на недостатак обавештења може, међутим, имати и *самостално значење* у случајевима у којима се захват могао одложити или уопште није био нужан.

¹²⁵ Одлука Врховног суда Аустрије бр. 10 Об 24/06, објављена у *Österreichisches Recht der Medizin*, 2001/1, 131.

¹²⁶ Ј. Радишић, (2008), 101.

¹²⁷ *Ibid.*

Овде је пацијенту одузета могућност да одлучи да ли жели да се лечи или даље да живи са својим патњама.¹²⁸

Према судској пракси и постојећој правној теорији, грешке у обавештавању и прибављању сагласности пацијента се по правном значају изједначавају са грешкама у умећу лекара. Део немачке судске праксе заступа становиште да је свако лечење захват у телесни интегритет, који је, без сагласности пацијента, противправан. Ово мишљење почива на претпоставци да објашњење истовремено служи заштити телесног интегритета и праву самоодређења адресата и да ова два правна добра не могу да буду посматрана одвојено једно од другог (*Salus et voluntas aegroti suprema lex*). Слобода одлучивања је, наиме, предодређена сваком правном добру. Ако тако не би било, односно ако би право самоодређења било неvezано за друга добра пацијентова, његова заштита би била јалова.¹²⁹ Право самоодређења штити се истовремено са заштитом тела и здравља носиоца права, односно заштитна област права личности се нормативно налази у заштитној области тела и здравља.¹³⁰

Према другом схватању обавеза обавештавања не служи заштити телесног интегритета пацијента, већ искључиво заштити његовог права самоодређења. У кривичним законима Аустрије, Португалије и Хрватске самовољно лечење је инкриминисано као засебно кривично дело, којим се штити пацијентово право самоодређења.¹³¹ Медицински захват који је спроведен без пристанка пацијента, али побољшава његово физичко стање, не би могао да се квалификује као повреда тела, већ само као повреда општег права личности, чији је одраз право самоодређења пацијента. Лекарски захват који је индикован и изведен *lege artis*, не посматра се као повреда тела. Физичке и психичке штете може бити само

¹²⁸ J. Göben, 71.

¹²⁹ *Ibid.*, 8.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ J. Радишић, (2008), 105.

уколико дође до грешке у лечењу. Али ако дође до грешке у обавештавању повређује се само право личности. Између повреде обавезе обавештавања и штете настале телесном повредом или оштећењем здравља нема везе, нарочито имајући у виду да би се пацијент сагласио на интервенцију и при постојању пуне информације.¹³² У супротном би пацијент, који је незадовољан резултатом лечења, могао бити мотивисан било којом (чак и оном, за штету, небитном) грешком у објашњењу лекара. Наиме, у готово сваком случају штете узроковане лекарском грешком, накнадно се може утврдити кривица због недостајућег обавештења, јер ће се *post festum* увек наћи нешто што је пацијенту раније морало бити саопштено.¹³³ Обавеза обавештавања је, сматрају присталице овог схватања, правно сумњиво средство за постизање накнаде штете због потенцијалних стручних грешака. Повреда обавезе обавештавања је супсидијеран основ одговорности и не би требало да се лекарска одговорност за недоказиве грешке у лечењу заснива на њему.¹³⁴ Повреда ове обавезе се, ретко, у тежим случајевима, може санкционисати накнадном нематеријалне штете.¹³⁵ Гледиште које самовољно лечење вреднује као деликт против личне слободе, одговара и нашем праву. Томе иде у прилог околност да Закон о здравственој заштити Србије недавање обавештења пацијенту и предузимање медицинске мере без пристанка пацијента, односно његовог законског заступника, санкционише прекршајном казном.¹³⁶ Законодавац је, очигледно сматрао да степен друштвене опасности тог противправног чина није толико велики да би га требало сузбијати и кривичноправним санкцијама.¹³⁷

¹³² B. Eisner, 215-217.

¹³³ C. Conti, 97.

¹³⁴ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 363.

¹³⁵ A. Laufs, *Arztrecht*, 5. Auflage, München 1993, марг.бр.71 и даље.

¹³⁶ Члан 259, став 1, 333.

¹³⁷ J. Радишић, (2008), 105

У сваком случају, правни поредак не допушта лечење противно изричитој вољи пацијента, те, уколико ова недостаје, лекар треба да одустане и од третмана који је витално индикован. Није, наиме, одлучујућа медицинска индикација начина лечења, него воља пацијента. Само је она у стању да оправда захват у пацијентово тело (*Volenti non fit iniuria*). Принудно лечење је допуштено само у изузетним случајевима.¹³⁸ Уколико је лекар, без важеће сагласности, услед пропуштеног или недовољног информисања пацијента, обавио неки захват и ако се ризик, због кога је обавештавање било потребно, остварио, онда лекар треба да плати накнаду настале штете.¹³⁹ Према члану 32, став 1 Закона о здравственој заштити РС, пристанак коме није претходило потребно обавештење не обавезује, а надлежни здравствени радник који предузме медицинску меру у том случају сноси ризик за штетне последице. Чланом 256 и 259 ЗЗЗ предвиђена је новчана казна за здравственог радника и здравствену установу, уколико „пацијенту не дâ обавештење које је потребно да би пацијент донео одлуку о престанку или непрестанку на предложену медицинску меру.....“.

Уколико је лекар, пак, без важеће сагласности обавио захват, а ризик због кога су обавештавање и пристанак били потребне, се није остварио, пацијент такође може истаћи да му је повређено право самоодређења. У овом случају, међутим, лекар може истаћи приговор да би пацијент пристао на интервенцију да је био обавештен о њеним ризицима. Терет доказивања ове тврдње пада на лекара.

¹³⁸ Ј. Радишић, „Правна квалификација медицински неиндикованог хируршког захвата обављеног на инсистирање пацијента“, *Радни односи и управљање*, Правно економски центар, Београд 6/2003, 35.

¹³⁹ E. Deutsch, (2003), 185.

Д. Случајеви одговорности због необавештавања пацијента из праксе наших судова

У последњих неколико година, наша судска пракса је често одлучивала о одговорности лекара који нису прибавили пристанак пацијента, или су прибавили пристанак неинформисаног пацијента, односно пре прибављања пристанка нису пружили адекватна обавештења пацијенту.

а) *Први случај.* У једном случају пацијент је примљен у ВМА и хоспитализован. Он се на клинику јавио због тога што се пробудио са осећајем јаког бола у пределу груди, при чему је био обливен хладним знојем. Како су то симптоми који обично прате дисекцију аорте (поремећај аорте који се карактерише уздужним цепањем њеног зида, при чему крв улази у пукотину и тако настаје други, лажни лумен аорте), неколико дана након пријема, у болници му је урађен ултразвучни преглед трбуха, чиме је установљено постојање дисекције у трбушном делу аорте. Истог дана му је, након ултразвука, урађена и аортографија. Реч је о агресивној дијагностичкој методи која се врши на тај начин што се кроз препону у аорту уводи жица са катетером, која се води до срчане коморе, а затим се убризгава контраст да би се видело место и величина дисекције на коју се сумња. Применом ове методе потврђена је дијагноза дисекције аорте (уз утврђење да је реч о трећем Дебејки типу) и на основу тога је прописано даље конзервативно лечење и установљено да не постоји потреба за хируршким лечењем. Након овога, пацијент је пребачен на ургентно одељење, а затим на одељење кардиологије да би, потом, био отпуштен на кућно лечење. У току лечења урађена је и дијагностичка метода – компјутеризована томографија (радиолошка дијагностичка дигитална метода прегледа, која представља компјутерску реконструкцију равнине тела) – којом је потврђена дијагноза утврђена аортографијом.

Пацијент је поднео тужбу против Министарства одбране са тврдњом да му је лекар-војно лице у вршењу службе, приликом аортографије, својом

нестручношћу, узроковао дисекцију аорте, и тужбом је тражио накнаду нематеријалне штете на име умањења животне активности, претрпљених физичких болова и претрпљеног страха. Поред наведеног, тужилац је изнео да је предметна интервенција извршена „без претходне консултације тужиоца и тражења сагласности, која је неопходна, с обзиром да је реч о инвазивној и ризичној методи, па је тиме повређено и право на живот и слободу личности тужиоца“.¹⁴⁰ Тужилац је по овом основну тражио да суд туженог додатно обавезе на накнаду штете.

Други општински суд у Београду је утврдио да је „већ ултразвуком трбуха установљено постојање дисекције аорте, те да дакле уочена дисекција није последица извршене аортографије“, због чега је по првом основу тужбени захтев одбијен. Тужбени захтев је, међутим, прихваћен по другом основу, и тужена је обавезана да наканди тужиоцу штету на име душевних болова због повреде слободе и права личности. Суд је прихватио налаз и мишљење вештака у погледу објашњења аортографије, као дијагностичке инвазивне методе „код које постоји ризик смртог исхода од 0,1%, што, према налажењу суда, није мали проценат“. Законом о здравственој заштити, каже суд, предвиђено је право на самоодлучивање и пристанак, и то члановима 31.-35. (тада) важећег Закона, а што значи да се „без пристанка пацијента по правилу над њим не сме предузети никаква медицинска мера, те да пацијент може да да пристанак на предложену медицинску меру изричито (усмено или писмено), односно прећутно (ако се није изричито противио), међутим да пристанак не важи уколико му није претходило обавештење којим је потребно да се пацијенту на разумљив начин објасни кратак опис, циљ и корист од предложене медицинске мере, време трајања и могуће последице предузимања, односно, непредузимања

¹⁴⁰ Када говори о слободи и праву личности тужиоца, суд се служи уставном терминологијом, као и терминологијом Закона о облигационим односима. У конкретном случају је, међутим, повређена конкретно слобода одлучивања, па је било боље користити тај термин, као један аспект слободе личности.

те мере, врсту и вероватноћу могућих ризика, болне и друге последице, те алтернативне методе лечења, могуће промене пацијентовог стања након предузимања мере“. Чланом 10. Закона о здравственој заштити важећег у време спорног догађаја, предвиђено је да се хируршке или друге медицинске интервенције, ако законом није другачије одређено, могу предузети само по претходном пристанку оболелог лица, а изузетно и без његовог претходног пристанка.

Суд је утврдио чињеницу да аортографија, као дијагностичка метода представља медицинску меру која је посебно опасна за живот и здравље пацијента, те да постоји и ризик смртног исхода један у хиљаду, те да приликом предузимања ове медицинске мере према тужиоцу здравствена установа са својим лекарима тужиоцу, као пацијенту, није дала потребна обавештења о врсти методе коју према њему примењују и специфичностима те методе, посебно обавештење о могућим ризицима, а нарочито о смртном исходу, као и да тужилац није дао своју писмену сагласност за предузимање ове мере. Како је терет доказивања у случају обавештавања и пристанка, сходно правилима о терету доказивања, био на туженом, а он овај доказ није пружио, суд је утврдио да је тужиоцу повређено право на слободу личности и то право на обавештење о свом телу и здрављу, као и право на тело (телесни интегритет – прим. М.С.), јер је примењена агресивна медицинска мера којом је страно тело уведено у крвни суд тела тужиоца, па је тужбени захтев делимично основан.¹⁴¹ Ова пресуда је потврђена у другом степену.¹⁴²

б) *Други случај*. Окружни суд је потврдио пресуду Другог општинског суда у Београду и у случају када тужена-болница за кардиоваскуларне болести није обавестила тужиљу и њене родитеље о могућим

¹⁴¹ Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П-620/03, од 25.12.2006. године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

¹⁴² Пресуда Окруженог суда у Београду, бр.Гж.-4799/07, од 18.12.2007. године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

компликацијама операције, већ им је речено да се ради о рутинској операцији. Наиме, тужиља, ученик четврте године Средње економске школе, примљена је у болницу ради оперативног лечења затварања АСД-а, односно дефекта на зиду који раздваја леву и десну страну срца. Приликом пријема у болницу, па све до краја операције, ни тужиљи ни њеним родитељима нису предочене могуће компликације наведене операције, већ им је речено да се ради о рутинској операцији. За извршену операцију није постојала писмена сагласност тужиље и њених родитеља. Према налазу вештака утврђено је да се у око 2% случајева јављају компликације у виду емболизације тромботичним масама из срчаних шупљина.

Суд ја на основу наведеног нашао да, у датим околностима, запослени туженог нису поступали онако како је требало, што је у узрочној вези са насталом штетом, те постоји одговорност туженог за штету коју је тужиља претрпела. Лекар је имао дужност да обавести пацијента о свим околностима везаним за његову болест, а пропуштањем обавештавања лекар чини лекарску грешку која за собом повлачи грађанско-правну одговорност. Обавештење се односи на оне ризике којима би разуман човек придао значај. У конкретном случају, каже суд, тужиља, а ни њени родитељи, нису били обавештени о могућим ризицима, а нису се одрекли права на обавештење.¹⁴³ Родитељи тужиље тврде да је обавештење изостало, па суд и прихвата такву тврдњу, јер је терет доказивања о постојању обавештења на туженом, а лекар који је извео хируршки захват

¹⁴³ Сходно члану 28, став 5 333, пацијент се може одрећи свог права на обавештење, осим обавештења о томе да је предложена медицинска мера потребна и да није без знатног ризика, односно да је ризично њено непредузимање. Према ставу 6 истог члана, надлежни здравствени радник може изузетно прећутати дијагнозу, ток предложене медицинске мере и њене ризике, или обавештење о томе умањити, ако постоји озбиљна опасност да ће обавештењем знатно нашкодити здрављу пацијента. У том случају обавештење се може дати члану породице пацијента.

није доказао да је такво обавештење тужилји дао. Стога тужилжа има право на накнаду штете, јер је пропуштено обавештење узроковало одлуку пацијента, односно породице, о пристанку на хируршку интервенцију. Здравствена установа није тужилји предочила све могуће последице оперативног захвата на који је тужилжа пристала. Прихватање уобичајеног ризика оперативног захвата не значи и прихватање последица ризика који пацијенту није предочен. Кривица, каже Окружни суд, не постоји само у случају нестручно изведеног оперативног захвата, односно нестручног лечења, већ у сваком случају када лекар не поступа са пажњом доброг стручњака уз уважавање правила струке, то јест *lege artis*, у шта спада и обавештење болесника и прибављање пристанака на интервенцију. Лекарска грешка подразумева сваки медицински неправилан поступак и нанету штету пацијенту због скривљеног поступања лекара.¹⁴⁴

Иако је суд у конкретном случају правилно пресудио, његово образложење је на појединим местима у противречности са словом закона и са правном теоријом у овој области. Пре свега, суд, наводећи чињенично стање, каже да за извршену операцију није постојала писмена сагласност тужилје и њених родитеља. Писмена сагласност, међутим, није ни потребна. Сходно члану 32, став 1 ЗЗЗ, пристанак на предложену медицинску меру мора бити дат изричито, али може бити дат писмено или усмено. Писани облик само олакшава доказивање да је сагласност дата, али не представља обавезну форму сагласности.

Окружни суд греши када каже да обавештење болесника и прибављане пристанка на интервенцију спада у поступање у складу са правилима струке, односно *lege artis*. Лекарске грешке се, наиме, деле на грешке у лечењу и грешке у обавештавању. Само грешке у лечењу могу бити предузимане *lege artis*. Поступак обавештавања пацијента је

¹⁴⁴ Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П.-4212/02, од. 19.10.2005. године, и пресуда Окруженог суда у Београду, бр. Гж-993/06, од. 22.03.2006. године, преузете из архиве Другог општинског суда у Београду.

административна радња и нема везе са струком, нити са њеним правилима. Утолико грешка у обавештавању није „медицински неправилан поступак“ како то суд каже, нити је поступање *contra legem artis*.

в) *Трећи случај*. Са истим образложењем Окружни суд је укинуо једну пресуду Другог општинског суда у Београду и предмет вратио на поновно суђење. Пацијент се, наиме, лечио у болници за кардиоваскуларне болести, где му је урађена десна катетеризација са оксиметријом, лева вентрикулографија и булбографија (дијагностичке процедуре), док је три месеца касније тужиоцу поново урађена вентрикулографија и обострана селективна коронаграфија приступом из пазуха, а дан касније и оперативна ревизија пазушне јаме. Након извршених интервенција код пацијента је наступила одузетост мишића леве руке.

Пацијент је поднео тужбу са захтевом да се болница обавезе да му накнади штету на име претрпљеног страха, физичких болова, умањења опште животне активности и на име наружења, као и да му исплати материјалну штету на име изгубљене зараде и туђе неге. Првостепени суд¹⁴⁵ је, на основу налаза комисије лекара, утврдио да је одузетост мишића леве руке у директној узрочној вези са наведеном интервенциом-катетеризацијом и да представља могућу последицу такве интервенције, али да таква оштећења не настају уобичајено. Утврђено је да до одузетости може доћи : 1) директним оштећењем живца иглом којом се изводи интервенција, 2) због притиска изливане крви (хематома) након интервенције, и 3) од јаког и дуготрајног притиска такозваног компресионог завоја који се по обављеној интервенцији поставља. По мишљењу комисије вештака, одузетост мишића леве руке не представља последицу лекарске грешке, већ могућу компликацију наведене дијагностичке процедуре.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П-2805/05, од. 28.12.2006. године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

¹⁴⁶ Ради се о ризику скопчаном са медицинском интервенцијом о коме је лекар био дужан да обавести пацијента.

Лекар тужене који је радио коронографију, каже Окружни суд, није упозорио пацијента на могуће последице интервенције. Тужена није пружила доказе да је било ко од медицинског особља упозорио тужиоца на ризик интервенције, нити је пружила доказ да је тужилац дао писмену сагласност да се интервенција изврши. Након тога, Окружни суд даје слично образложење као у претходном случају, те укида првостепену пресуду и враћа предмет на поновно одлучивање.¹⁴⁷

Окружни суд и овде неправилно инсистира постојању доказа писмене сагласности на интервенцију. Као што је већ напред речено, усмена и писмена форма пристанка су законом понуђене као алтернативне једна другој. Оно што треба доказати је да је пристанак дат изричито.

г) *Четврти случај.* Пацијенткиња се, после једног порођаја и пет намерних прекида трудноће, обратила туженој – гинеколошко-акушерској клиници, ради прекида нове трудноће. После прекида трудноће и буђења из анестезије, лекари тужене су пацијенткињи саопштили да је дошло до перфорације – пробијања материце и да мора да се изврши друга операција. Иста је извршена отварањем трбуха испод пупка. Неколико дана касније тужилца је отпуштена из болнице.

Тужилца је поднела тужбу којом је захтевала накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због умањења животне способности, наружености, за претрпљени страх и за физичке болове. Други општински суд је, уз помоћ вештака, утврдио да је перфорација-пробијање материце код тужилце наступила као последица намерног прекида трудноће и да је пробијање материце једна од могућих компликација која представља ризик приликом таквог захвата, те да је материца тужилце физиолошки савијена напред, па тај положај отежава евакуацију плода и повећава могућност да се материца оштети или перфорира, као и да је материца приликом порођаја и ранијих прекида трудноће могла бити делимично оштећена, што

¹⁴⁷ Пресуда Окружног суда у Београду, бр.Гж-9087/07, од 15.08.2007, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

је могло, или би могло утицати на каснија већа оштећења. Такође је утврђено да, код жена које су имале више прекида трудноће или више порођаја, може доћи до недовољне контракције материце или до атоније–попуштања мишића, тако да лекар не може јасно да одреди положај инструмента, те се због тога материца може оштетити. У том смислу, каже суд, до пробијања зида материце тужиље при прекиду трудноће, није дошло због нестручног или немарног рада лекара, јер се пробијање као компликација код тужиље десило због објективних фактора. Због тога је првостепени суд одбио као неоснован тужбени захтев тужиље.¹⁴⁸

Окружни суд је овакву одлуку потврдио, али само у делу у коме је тужилца захтевала да се тужени обавезе да јој накнади нематеријалну штету за душевне болове због умањења животне активности и због наружености. Окружни суд, међутим, преиначује одлуку првостепеног суда којом је одлучено да се одбије и захтев за накнаду нематеријалне штете за претрпљене физичке болове и претрпљени страх, па обавезује тужену да тужилци накнади штету по овим основима. Окружни суд, наиме, држи да, сходно члану 170 и 171 ЗОО (по којима правно лице одговара за штету коју њен радник узрокује трећем лицу у раду или у вези са радом), одговара, не само ако је његов запослени поступао са намером или грубом непажњом, већ и ако је радио незаконито и непрописно, односно није примењивао или је погрешно применио прописе везане за правила струке. Према одредбама члана 10 и члана 13 Закона о здравственој заштити, који је био на снази у време настанка штетног догађаја, „хируршке и друге медицинске интервенције, ако законом није другачије одређено, могу се предузети само по претходном пристанку оболелог или повређеног лица, и лечење мора зависити првенствено од слободне воље оног кога се тиче, дакле пацијента, а обавеза лекара јесте да медицински третман над пацијентом обави према важећим правилима струке и са повећаном пажњом, али свака радња на

¹⁴⁸ Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр.П-7412/00, од 30.01.2006.године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

болеснику (инвазивна или медикаментозна), захтева његово самоодређење у односу на своје будуће здравље и тело, изражено кроз пристанак на предложени начин лечења..... Дакле, пацијент даје пристанак на извесну медицинску интервенцију, ако пристанку претходи обавештење од стране лекара о свим потребним чињеницама које су нужне за његову одлуку, начин и ток лечења, врсту и ток оперативног захвата, али обавезно и о могућим компликацијама предложеног начина лечења. У ситуацији када постоји предвидива могућност компликације (без обзира на степен вероватноће да до компликације и дође), лекар је дужан да о томе обавести пацијента и тек после оваквог потпуног обавештења, пристанак пацијента је пуноважан, јер само у том случају он зна на шта пристаје, а давањем сагласности на предложени начин лечења, изјављује се слободна воља да свесно прихвата евентуалне последице, односно компликације које су му, од стране лекара, предочене.

У конкретном случају, тужилца се после једног порођаја и пет намерних прекида трудноће, обратила туженом ради прекида трудноће, те је, због тога, имала сазнања о стању свог тела и здравља и о врсти интервенције која је требало да се обави код туженог. Међутим, тужилца није могла знати могућност да јој се, обзиром на ранији порођај и на ранији број намерних прекида трудноће, могу отањити зидови материце и да материца добије неправилан облик, што повећава могућност да приликом следећег намерног прекида трудноће дође до оштећења или пробијања, што представља ризик приликом таквог захвата.“ Због тога Окружни суд сматра да постоји одговорност лекара туженог и обавеза накнаде нематеријалне штете, јер би „благовремено обавештавање пацијента о свим ризицима операције, као и о онима коју су ретки, свакако утицало на промишљену и разумну одлуку тужилце као пацијента да захват прихвати или не прихвати. Недовољан степен обавештења представља

противправну радњу у грађанско-правном смислу и повлачи одговорност за накнаду штете, ако она у било ком виду настане...“¹⁴⁹

Ђ. Да ли је лекар дужан да пацијента обавести о својој грешци?

Када се ради о обавези лекара да обавести пацијента, треба размотрити и да ли је лекар обавезан да пацијента обавести о својој грешци. На то питање се не може одговорити резолутно ни генерално. И позитиван и негативан одговор могу се поткрепити извесним разлозима, које треба упоредити и одмерити, да би се утврдило прихватљиво правило понашања које има одговарајућу правну и моралну тежину.¹⁵⁰

I. Разлози који говоре против обавештења

1. Постоји више разлога који говоре против обавезе лекара да о властитој грешци обавести пацијента. На првом месту је познато правно начело по коме нико није дужан оптуживати или окривљавати себе самога („*Nemo tenetur se ipsum accusare*“).¹⁵¹ Тај се принцип чврсто устоличио у кривичном процесном праву, али неки мисле да он важи и у области грађанског права.¹⁵² Према том принципу, нико није дужан излагати себе мерама кривичног гоњења или захтевима за обештећење. Таква обавеза може бити установљена само у изузетном случају, јер би се успостављање обавезе као правила супротстављало основним уставним одредбама великог броја земаља, које уређују право на људски интегритет,

¹⁴⁹ Пресуда Окружног суда у Београду бр. Гж-6572/06, од. 06.06.2007. године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

¹⁵⁰ Ј. Радишић, (2007), 331.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Н. D. Lippert, “Die Mitwirkungspflicht von Ärzten bei der Schandensaufklärung nach Fehlbehandlungen im Krankenhaus“, *Medizinrecht* 4/1987, 177.

достојанство, неповредивост и право на слободно испољавање сопствене личности. Дужност да саопшти овакве информације, за којима не постоји експлицитан захтев пацијента, лекара може ставити у позицију да сам себе оптужује за кривично дело.¹⁵³ Није у питању само конфликтна ситуација која нагони човека да самог себе оптужује због кажњиве радње, јер то не мора увек ни бити случај, будући да свака лекарска грешка нема карактер кривичног дела. Ствар је у томе што лекар који има обавезу да обавести о својој грешци бива принуђен на поступање противно властитим интересима, јер другој страни мора да пружи информације које су нужне за остваривање њених права или за изазивање других грађанскоправних последица.¹⁵⁴ То би за лекара значило акт самопорицања.

2. Други разлог који говори против схватања да је лекар правно обавезан да пацијента обавести о својој грешци или непажњи је непостојање свеобухватног имовинског права на информацију. Савремено законодавство, наиме, не познаје опште право на информацију „према свакоме и о свачему“, које се не би заснивало на посебним правним разлозима.¹⁵⁵ Стога сама околност да је неко упознат са чињеницама које су од значаја за неког другог не твори за њега обавезу обавештавања. Модерни грађански законици, у низу одредаба, утврђују искључиво посебне дужности страна уговорница да у одређеним ситуацијама једна другу обавесте о извесним стварима. И управо та околност што је законодавац сматрао потребним да у више одредаба пропише основ и садржину

¹⁵³ J. Göben, 53.

¹⁵⁴ J. Taupitz, *Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhalten*, Tübingen 1989, 1.

¹⁵⁵ K.P. Balthasar, *Der allgemeine Informationsanspruch des Betriebsrats*, München 1986, 9; H. Ehman, „Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 188, 1988, 230 и 250 .

дужности обавештавања, указује на непостојање општег права на информацију.¹⁵⁶

II. Разлози који говоре у прилог обавешавању

1. Добровољно откривање свог погрешног поступка који шкоди другоме може се сматрати часним понашањем (*nobile officium*), у коме се огледа морална величина човека. Брзо признавање властите грешке представља својеврсну рекламу за све лекаре, и оно има ослонац и у начелима лекарске етике.¹⁵⁷

2. У прилог обавези да се властита грешка обелодани говори и однос поверења између пацијента и лекара. Пацијент препушта лекару бригу за свој живот и здравље зато што верује да је он стручан поуздан и свестан своје одговорности; да ће при лечењу употребити сву своју пажњу и све знање којим располаже.¹⁵⁸ Погрешно је схватање лекара да пацијенти верују у њихову непогрешивост и да је стога целисходно да се лекарске грешке од њих скривају. Пацијенти знају да се сваком човеку па према томе и сваком лекару, може поткрасти грешка. Поверење пацијента у лекара могуће је пољуљати само ако лекар покуша да ту општепознату истину забашури, замагли или чак порекне. Просто речено, поверење се мора градити на истини.¹⁵⁹

¹⁵⁶ J. Радишић, (2007), 333.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, 334.

¹⁵⁹ *Ibid.*

III. Уравнотежен или умерен приступ

Већина правника има уравнотежен или умерен приступ питању да ли је лекар дужан да пацијету спонтано самопшти своју грешку. Њихова је полазна позиција да ова правна обавеза лекара има само условну вредност. Из самог кршења те обавезе не настаје могућност за примену неке самосталне, засебне правне санкције. Штетно понашање по пацијентово здравље, које заснива одговорност лекара, јесте једино сама лекарска грешка, није њено накнадно прећуткивање.¹⁶⁰ Другим речима, прећуткивање лекарске грешке не представља нову грешку у правном смислу, осим ако је баш оно условило штету по пацијентово здравље.¹⁶¹ Обавеза информисања ограничена је на такве случајеве у којима овлашћени интереси примаоца информација нужно захтевају саопштавање информације. Обавеза лекара на обавештавање о сопственом погрешном поступању свакако постоји онда када пацијент треба на основу ове информације да одлучи о другој интервенцији којом би се грешка лекара могла уклонити.¹⁶²

Поборници умереног схватања сматрају да приликом одговора на питање да ли је лекар дужан да пацијенту саопшти властиту грешку треба водити рачуна о каквој се грешци ради, о задатку и улози лекара, и о могућем губитку поверења пацијента у лекара.¹⁶³ У сваком длучају дужност лекара да властиту грешку открије требало би признати под следећим условима: 1) ако је у питању груба лекарска грешка, која је довела до знатног и трајног угрожавања пацијентовог здравља; 2) ако то угрожавање

¹⁶⁰ C. Glatz, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, Berlin 1889, 363; J. Taupitz, „Aufklärung über Begandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 714.

¹⁶¹ J. Радишић, (2007), 337.

¹⁶² J. Göben, 53.

¹⁶³ J. Радишић, (2007), 338.

здравља изискује нужно даљу, нову медицинску интервенцију којом се стање опасности отклања; и 3) ако novу медицинску интервенцију треба да спроведе лекар који је грешку начинио. Ови услови нису алтернативни него кумулативни.¹⁶⁴

3.1 Пристанак оштећеног

Пристанак оштећеног на штетну радњу, искључује њену противправност (Volenti non fit iniuria). Ова могућност пристане из саме природе одређених права, којима неколико титулара могу одобрено распоредити, под условима да су за то способни. Пристанак оштећеног је, дакле, једна врста распоредива прележ на надокнаду штете, тј. одрицање унапред од тог прележа. Његова правна природа је спорна: док једни мисле да се ради о једностраном правном послу¹⁶⁵, други му поричу такво карактер и сматрају да за њега не важе уопште правила о правима поседовања.¹⁶⁶ О пристанку се може говорити у случају кад неко допусте другоме да предузме икакву радњу која захвата у његов прележ прележа, тако што

¹⁶⁴ Ibid., 341.

Глава трећа: ПРАВНИ ИНСТИТУТИ КОЈИ МОГУ ИСКЉУЧИТИ ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА

Искључењем противправности понашања правног субјекта, искључује се и његова кривица, односно такво лице се неће сматрати штетником иако је учинило штету¹⁶⁵. Правни инсититути који, под одређеним околностима, могу искључити противправност понашања лекара, па тиме и његову одговорност су пристанак оштећеног и излагање опасности штете.

§ 1 Пристанак оштећеног

Пристанак оштећеног на штетну радњу, искључује њену противправност (*Volenti non fit iniuria*). Ова могућност проистиче из саме природе субјективних права, којима њихови титулари могу слободно располагати, под условим да су за то способни. Пристанак оштећеног је, дакле, једна врста располагања правом на надокнаду штете, тј. одрицање унапред од тог права. Његова правна природа је спорна: док једни мисле да се ради о једностраном правном послу¹⁶⁶, други му поричу такав карактер и сматрају да за њега не важе у целости правила о правним пословима.¹⁶⁷ О пристанку се може говорити у случају кад неко допусти другоме да предузме извесну радњу која захвата у његов правни простор, тако што

¹⁶⁵ О. Антић, 475.

¹⁶⁶ Von Tuhr-Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 2. Liefereung Zürich 1979, 419; тако и Koziol, Welser, 417.

¹⁶⁷ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München 1983, 315.

вређа његово правно добро или га угрожава више него што је то иначе допуштено.¹⁶⁸

Радња којом је причињена штета другоме није противправна, ако је оштећени пристао на њено извршење. У том случају штетник није одговоран за причињену штету, а услови за примену овог изузетка од одштетне одговорности су: да је оштећени био овлашћен на давање пристанка за извршење одређене радње и да је та радња, иначе, дозвољена. Појам „пристанак оштећеног“ садржан је у пропису члана 163. ЗОО. Сагласно овој законској одредби – ко на своју штету дозволи другоме предузимање неке радње, не може од њега захтевати накнаду штете узроковане том радњом, изузев ако се ради о радњи, чије је предузимање законом забрањено. Тако, на пример: пристанак на повреду тела, као и пристанак на радњу усмерену против живота, као законом заштићеним добрима, не искључује одговорност за накнаду штете, јер такав вид пристанка оштећеног није дозвољен, с обзиром да се ради о законом заштићеним добрима. У том случају би изјава о пристанку на извршење тих недозвољених радњи била ништава, према члану 163. ЗОО.

Пристанак оштећеног представља изјаву воље. Релевантна је само она изјава воље оштећеног која није манљива и која је дата од стране лица које може да управља својим поступцима (пословно способно лице). Пристанак је најлакше доказати када је дат у писменом облику. Он, међутим, може бити дат и у виду конклюдентних радњи, јер законом није прописана форма изјаве о пристанку на штету, мада је овако дат пристанак, у случају спора, теже доказати. Пристанак може бити дат само пре радње којом је штета причињена. Накнадно дати пристанак не представља основ за искључење одговорности за штету, него значи опроштај дуга.

Пристанак оштећеног, дакле, не преставља саделовање оштећеног у настанку штете, већ саглашавање са радњом којом штетник улази у правни

¹⁶⁸ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, München 1982, 594.

простор оштећеног и одрицање од права на накнаду евентуалне штете која том радњом може настати.

A. Пристанак пацијента на медицинску интервенцију

Своју одлуку о лечењу пацијент изражава пристанком на медицинску интервенцију. Пристанак пацијента представља правни и етички израз људског права да његова аутономија и самоодређење буду поштовани.¹⁶⁹ Право пацијента на самоодређење је незаобилазна граница за сваког лекара. Оно је директан израз личних права, сходно којима се ни једна радња не сме предузети насупрот изричитој вољи пацијента. Захтев за пристанком информисаног пацијента одраз је два главна идеала: прво, да свака особа има право да одреди шта ће бити учињено са њеним телом и, друго, да одлука о подвргавању медицинском третману или о уздржавању од њега треба да је коначно пацијентова, а не његовог лекара.¹⁷⁰

333 у члановима 31-35. уређује право пацијента на самоодлучивање и пристанак. Сходно Закону, „пацијент има право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица.“ Пристанак на предложену медицинску меру, пацијент може дати изричито (усмено или писмено), односно прећутно (ако се изричито није противио), што значи да је допуштен и пристанак конклюдентном радњом. Дете које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање, може само дати пристанак на предложену медицинску меру (члан 35, став 3. 333).

¹⁶⁹ J. McNale, M. Fox, *Health Care Law*, second edition, Sweet&Maxwell, London 2007, 349.

¹⁷⁰ В. Клајн-Татић, „Нека медицинска, етичка и правна питања која покреће доктрина о информисаноме пристанку пацијента на медицинску интервенцију“, у: В. Клајн-Татић Весна *et al.*, *Медицинско право и медицинска етика*, Институт друштвених наука, Београд 1994, 19.

Чланом 256 333 предвиђена је новчана казна за здравствену установу уколико „без пристанка пацијента, односно противно његовој вољи или без пристанка законског заступника пословно неспособног пацијента, над пацијентом буду предузете медицинске мере супротно одредбама овог закона“.

Пристанак на „оштећење“ тела, са садржајем хируршког захвата, је дозвољен. Наиме, лекарска (хируршка) интервенција нема правни значај повреде интегритета тела човека, уколико је таква интервенција предузета у циљу побољшања здравственог стања или самог оздрављења. Пристанак пацијента се, међутим, односи само на интервенцију спроведену *lege artis* и даје се унапред. Пацијент се тиме не саглашава са штетом која би настала лекарском грешком.

Део немачке правне литературе упућује на дупли карактер пристанка пацијента на предложену медицинску интервенцију. Пристанак није само основ оправдања за повреду тела, већ истовремено и саглашавање са неизбежним ризицима захвата.¹⁷¹ Уколико је дат пристанак на медицинску интервенцију, резултат реализације неизбежних ризика интервенције и настанка штете не би био „подељена одговорност“ у складу са чланом 192 300, односно параграфом 254. немачког Грађанског законика, већ потпуно ослобађање од одговорности.

Уколико лекар, међутим, начини грешку која се могла избећи и за коју је одговоран, пацијент је овлашћен да тражи накнаду штете која је последица лекарске грешке, јер на такав ризик он није пристао.¹⁷²

¹⁷¹ E. Deutsch, (2003), 77.

¹⁷² J. Радишић, (2003), 35.

Б. Однос пристанка пацијента и медицинске индикације захвата

Пристанак пацијента нема апсолутну вредност и не може увек ослободити лекара одговорности. Пристанак нема дејство нарочито у случају када лекар примењује безизгледну терапију. Такво понашање лекара је, не само бесмислено, већ и ризично по здравље пацијента.¹⁷³

Пацијент, као лице овлашћено на услугу има право да одреди врсту и опсег извршења лица обавезаног на услугу.¹⁷⁴ Међутим, пацијентово право самоодређења не сме водити ка терапији из љубазности или због пријатељства. И прописивање лекова и медикација морају се управљати према терапеутским захтевима, а не према жељи пацијента.¹⁷⁵ Пацијент може доћи лекару са властитом дијагнозом своје болести и са предлогом како га треба лечити. Међутим, пацијентове представе о терапији коју треба применити, формиране су најчешће на основу лаичких излагања о медицинским питањима у медијима и лаичких описа терапијских могућности. Те представе могу се у конкретном случају знатно разликовати од лекаревих представа о терапији (нарочито кад су представе пацијента засноване на алтернативној медицини). Упутства пацијента која су противна праву и добрим обичајима не смеју се узимати у обзир. Када је упутство пацијента противно интересу његовог ваљаног збрињавања, лекар мора покушати да пацијента одговори и да му пружи објашњење о разлогу своје одлуке.¹⁷⁶

¹⁷³ Н. Ђурђевић, „Слобода лекара да изабере терапију и њена ограничења“, у: С. Цековић-Вулетић *et al.*, *Медицинско право*, Институт друштвених наука, Београд 1998, 279.

¹⁷⁴ А. Laufs, W. Uhlenbruck, 558.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 611.

¹⁷⁶ С. Conti, 132.

Лекар не сме заборавити на професионалну обавезу да сам постави медицинску индикацију за своју интервенцију и да покуша да убеди пацијента у исправност своје терапије. Коначна одлука о томе која је терапијска мера у конкретном случају медицински индикована мора стајати чврсто у рукама лекара, јер је он једино и одговоран, ако је избор терапије погрешан. Пацијентов пристанак на одређени захват у његово тело у стању је да оправда тај захват само уколико је он медицински индикован. Медицинска индикација лечења и захвата не одређује се према вољи пацијента, већ према објективним обележјима која су резултат обухватне диференцијалне дијагностике.¹⁷⁷ Границе вољи пацијента су тамо, где би лекар, уколико би следио упуте пацијента, био принуђен на понашање противно обичајима или где одређена врста лечења или операције од њега не може да се очекује.¹⁷⁸ Уколико пацијент остане при свом претходно формираном мишљењу, које није сагласно са професионалним знањем лекара, лекар треба да одбије тражену терапију.¹⁷⁹ Пристанак не може да замени медицинску индикацију лекаревог поступка. Другим речима, пристанак на неиндиковани захват није правно ваљан, нити је такав захват у складу са начелима лекарске етике. Неиндиковани захват има карактер телесне повреде и пацијент који је на њега пристао, није тиме лишен могућности да захтева накнаду штете.¹⁸⁰ Лекар одговара ако је индикацију за захват утврдио погрешно зато што се ослонио на мишљење пацијента¹⁸¹, или ако и поред ваљано утврђене индикације поступи по погрешном налогу пацијента, па због тога не дође до задовољавајућег резултата. Иако је поступао сагласно са вољом пацијента, он се оглушио о правила медицинске професије тиме што је изабрао и спровео неиндиковану

¹⁷⁷ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 558.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ C. Conti, 132.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ J. Радишић, (2003), 35.

терапију.¹⁸² Ситуација у којој пацијент захтева, а лекар одбија да обезбеди одређени медицински третман (на основу тога што третман неће донети никакву медицинску корист пацијенту) у литератури и судској пракси често је разматрана и скраћено се дефинише изразом „медицинска бескорисност“ (*medical futility*).¹⁸³

Воља пацијента има већи значај у области козметичке хирургије, јер се не ради о витално индикованим захватима. Нпр. једна глулица која би, без козметичке операције, остала без посла, треба да буде оперисана, као и транссексуално лице које захтева операцију промене гениталија које одговарају његовом полном опредељењу.

Поред елаборације неиндикованог, а траженог захвата, важно је поменути и случај индикованог захвата, кога пацијент одбија. Одбијање давања пристанка у одређеним ситуацијама, може бити означено као вид поступања на сопствени ризик. Уколико, на пример, чланови секти или лица зависна од упражњавања различитих необичних животних навика или животних схватања (нпр. Јеховини сведоци), одбијају нужну трансфузију крви, они користе своје право самоодређења. Истовремено, они поступају на сопствени ризик, јер се, с једне стране, упуштају у ризичну ситуацију коју нису сами створили, али, са друге стране, својим активностима доприносе настанку сопствене штете. Лекар (ако се ради о захтеву пословно способних особа) увек такву одлуку мора поштовати. У супротном, он би чинио повреду уставног права на слободу вероисповести и савести. Међутим, уколико, у овом случају, дође до штете по пацијента, овакво пацијентово понашање често прекида узрочну везу између штете и лекарског поступања.¹⁸⁴

¹⁸² C. Conti, 132.

¹⁸³ J. Daar, "Medical Futility and Implications for Physician Autonomy", *American Journal of Law and Medicine*, Volume XXI, 2-3, 1995, 221.

¹⁸⁴ J. Göben, 97.

У даљем тексту биће наведени примери из судске праксе везани за однос пристанка пацијента и медицинске индикације лекаревог поступања.

а) *Први случај*. Млада жена је тражила од зубног лекара да јој извади двадесет и два зуба и зубна корена. Међу тим зубима пет су били потпуно здрави, а шест са лаким каријесом и напуњени. Жена је, међутим, желела да, уместо својих великих и ружних зуба, има ситне беле зубе и зато је инсистирала на екстракцији. Зубни лекар се повиновао њеној жељи и повadio јој зубе. Али се жена доцније покајала због губитка својих природних зуба, па је зато тужила зубног лекара и захтевала од њега накнаду штете. Врховни земаљски суд у Колмару уважио је тужбени захтев и осудио туженог да штету надокнади. Суд је стао на становиште да је поступак зубног лекара противан добрим обичајима у смислу §138 немачког Грађанског законика, јер би и вађење само предњих зуба било довољно да се постигне циљ коме је тужилца стремилa. Пристанак жене на тако неразумну меру није, по мишљењу суда, правно ваљан, јер неиндиковано вађење зуба има карактер сакаћења.¹⁸⁵ Исти став има и Виши земаљски суд у месту Карлсруе¹⁸⁶ који у изреци своје пресуде каже да изричитa жеља пацијента да се на њему спроведу контраиндиковане мере лечења, не може истоме да се урачуна као сакривица. Лекар, на основу свог мишљења и своје сазнајне предности, није у обавези само да одговори пацијента од даље операције, већ и да спровођење исте одбије.

б) *Други случај* Пацијенткиња је више година патила од сталне и јаке главобоље, чије узроке сва лекарска настојања нису могла да утврде. Стога је своје ординирајућем лекару саопштила намеру да допусти екстракцију свих пломбираних зуба, јер је убеђена да њену главобољу изазивају напуњени зуби. Лекар је тврдио да медицинска индикација за вађење зуба

¹⁸⁵ Пресуда Вишег земаљског суда у *Kolmar*-у, од 20.04.1916, према Радишић, (2007), 275.

¹⁸⁶ Пресуда Вишег земаљског суда у *Karlsruhe*-у, од 11.9.2002, бр. 7 U 102/01 (Земаљски суд *Baden-Baden*), *Medizinrecht* 2/2003, 104.

не постоји, али пацијенткињу није могао да одврати од њене намере. Стога ју је упутио стоматологу, а стање њеног здравља разјаснио му је телефонским путем. Стоматолог је закључио да стање зуба пацијенткиње не може бити узрок њене главобоље и тај налаз јој је саопштио. Пацијенткиња је, међутим, упркос томе, истрајавала на својој тежњи да зубе повади. На њено инсистирање, стоматолог је коначно пристао на екстракцију, али је вађење одложио за наредни дан. Када је пацијенткиња сутрадан дошла у његову ординацију извадио јој је само два зуба у горњој и три у доњој вилици, мислећи да ће је одуговлачењем одвратити од вађења преосталих зуба. После петнаест дана пацијенткиња је опет дошла у ординацију истог стоматолога. Ту су њени зуби и лобања поново испитани, али ни тада није утврђен разлог за екстракцију. Пацијенткиња је, међутим, и даље на томе инсистирала. Услед неспоразума, стоматолог је веровао да она жели да повади све своје зубе, док је пацијенткиња мислила само на пломбирание. Будући тог уверења, стоматолог јој је извадио још једанаест зуба, међу њима и непломбниране. Тако је цела горња вилица пацијенткиње остала без зуба, а она је била принуђена да носи протезе. Њена главобоља, међутим, није престала.

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

У образложењу своје пресуде, Савезни врховни суд дели мишљење нижег суда, по коме пацијенткиња није дала пуноважан пристанак на екстракцију зуба, који би могао да оправда повреду њеног телесног

интегритета. Њој је недостајала моћ расуђивања коју би морао имати онај ко пристаје на екстракцију зуба. У своме лаицизму пацијенткиња је инсистирала на дијагнози коју је сама себи поставила. Њено схватање темељило се на незнању и душевном устројству које јој није допуштало да разумно оцени изложене медицинске аргументе лекара. Стога ни изјављена сагласност са екстракцијом зуба није садржински покрила оне мере које је осуђени спровео. Према представи пацијенткиње радило се о терапијском захвату, и она је пристала на такав захват. Како, међутим, екстракција зуба у конкретном случају није имала терапијска својства, пристанак на њу је неважећи. Истина, недостатак медицинске индикације није прећутао ни осуђени, али та чињеница није од правног значаја. Одлучујућа је једино околност да осуђеном није пошло за руком да представу пацијенткиње усклади са реалном медицинском проценом. Та околност требало је да натера осуђеног као лекара да одустане од екстракције зуба. Приговор осуђеног да га непоколебљива представа пацијенткиње ослобађа његових дужности, показује, између осталог, да он своју лекарску дужност схвата погрешно.¹⁸⁷

е) *Трећи случај.* Нешто другачији став има Врховни суд Србије у случају где је дошло до прекида трудноће који је био, сходно прописима кривичног права, забрањен. Врховни суд Србије је утврдио да спровођење оваквог прекида трудноће представља повреду правне обавезе од стране лекара. Прекидом је узрокована смрт труднице, те се ради о извршењу кривичног дела недозвољеног прекида трудноће од стране лекара. Лекар одговара за штету члановима уже породице пацијенткиње. Међутим, Врховни суд Србије сматра да овде има места примени правила о подељеној одговорности, јер је бременита жена пристала, односно озбиљно

¹⁸⁷ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift* 24/1978, 1206, према Радишић, (2007), 275-277.

и изричито захтевала да се над њом изврши недозвољени прекид трудноће.¹⁸⁸

г) *Четврти случај*. Врховни суд Србије је, међутим, касније, по истом питању променио став, рекавши да „за штету услед смрти пацијенткиње над којом је, уз њен пристанак, лекар одговарајуће специјалности извршио абортус, одговара искључиво штетник, па нема услова за поделу одговорности.“ У образложењу Врховни суд каже: „Тужена је лекар – гинеколог. Њој су, стога, биле добро познате све могуће импликације абортуса у дванаестој недељи трудноће, па није смела приступити интервенцији, без обзира на све околности случаја. Она је то, ипак, учинила и зато сноси искључиву кривицу за трагичан исход прекида трудноће. Одговорност не може делити ни са жртвом ни са њеним родитељима. Жртва је медицински лаик па њен пристанак на абортус никако није могао значити обавезу тужене да га изврши. Напротив, она је и као лекар и као човек, била дужна да заштити жртву од сваког ризика а поготову од могућности трагичног исхода. ...Прекид трудноће је опасна делатност и зато се мора обављати по свим социјалним и медицинским стандардима. Тужена је грубо повредила те стандарде, мотивисана искључиво лукративним разлозима, и зато не треба да тражи сакривца за трагичан исход интервенције, за коју је утврђена њена кривична одговорност. Она мора сама да поднесе и одговорност за штету. Уосталом, по члану 174. Закона о облигационим односима за штету од опасне делатности одговара лице које се њом бави. Зато туженој остаје да се суочи са властитом одговорношћу. „И грижом савести“.¹⁸⁹

д) *Пети случај*. Овај случај потврђује став да пацијенти са медицинским образовањем, који инсистирају на неидикованом захвату, могу

¹⁸⁸ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 464/85, преузета из архиве Врховног суда Србије.

¹⁸⁹ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1048/98, преузета из архиве Врховног суда Србије.

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

Сутрадан, око 5 часова ујутру, пацијент је опет дошао у хируршко одељење болнице. На његово упорно тражење, дежурни лекар је, телефоном, позвао главног хирурга болнице, који је, за пола сата, стигао на лице места. Њему је пацијент рекао да има појачане болове и скренуо му пажњу на прстенасто сужење базичног зглоба повређеног прста, што према његовом посебном искуству као лекара ветеринарске медицине, указује на инфекцију бактеријама гасне гангрене из реда клостридија. При томе је са страхом напоменуо да је један његов колега, услед такве инфекције, умро у року 24 часа, и зато је тражио од главног хирурга да изврши хитну ампутацију повређеног кажипрста. Хирург је рекао да нема посебно искуство са инфекцијама такве врсте, али да, по његовом мишљењу, ампутација прста није потребна. Затим је телефоном позвао колегу из друге болнице, начелника одељења за ручну хирургију, и препоручио пацијенту да разговара са њим о преузимању даљег лечења. Пацијент је одбио тај разговор, рекавши да се не сме више губити у времену него да треба одмах извршити ампутацију прста. Пошто хирург још увек није био спреман на ампутацију, пацијент му је запретио тужбом за накнаду штете због последица пропуштене операције. На крају, пацијент је још изјавио да ће „сам лично сносити све последице ампутације“. На основу те изјаве, и после

разговора са пацијентом који је трајао између 30 и 45 минута, хирург је одлучио да изврши ампутацију кажипрста.

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

У образложењу пресуде Врховног земаљског суда стоји да тужилац нема право на накнаду штете ни по основу уговора, ни по основу деликта, јер се он одрекао унапред тог права. Између тужиоца и туженог склопљен је, наиме, уговор којим се одговорност туженог искључује. Суд констатује да је таквим уговором, у начелу, могуће искључити и уговорну и неговорну одговорност. Но, имајући у виду чињеницу да је пацијент упућен на лекара и да између њих постоји својеврстан однос поверења, настанак и садржина уговора о искључењу подлежу строгим захтевима. Пре свега, искључење није могуће путем конклюдентних радњи пацијентових нити помоћу општих услова пословања. Сем тога, пацијент притиснут нуждом не може се, по сили закона, сагласити са искључењем одговорности лекара, и његов пристанак на то морао би се сматрати неморалним. Уговором између тужиоца и туженог није, међутим, прекршено ниједно од наведених начела, и зато је он пуноважан. Јер није тужени тражио од тужиоца да пристане на искључење одговорности, него је управо тужилац понудио туженом такав споразум. Другим речима, туженом се не може пребацити да је искористио свој положај лекара и наметнуо тужиоцу одговарајуће решење. Напротив, очигледно је да тужени није био вољан да изврши ампутацију прста тужиоца. Уговор о искључењу одговорности није, дакле, био противан добрим обичајима у смислу § 138. немачког Грађанског законика. „Лекар не вређа добре обичаје ако прихвати понуду пацијента о искључењу одговорности за меру лечења коју је, због недостатка индикације, претходно одбио.“

Врховни земаљски суд посебно је ценио чињеницу да је тужилац спољашњи изглед ране на своме прсту протумачио као типичан знак инфекције бактеријама гасне гангрене из реда клостридија, и наводећи случај свога умрлог колеге указао на смртну опасност тог обољења. Тиме је тужилац, по нахођењу суда, напустио своју улогу пацијента и приписао себи компетентност лекара, истичући при том своје преимућство у знању о коме тужени треба да размисли. Ни препоруку туженог да се обрати специјалисти за ручну хирургију тужилац није хтео да следи зато што се ослонио на своје посебно искуство. У ствари, два медицинска експерта борила су се око тога који је метод лечења био у конкретном случају подесан, при чему је тужилац остао до краја мишљења да ампутацију прста треба обавити. Што се тиче супротног медицинског схватања, суд сматра да није за осуду радња којом се лекару, од којег се тражи да поступи противно своме лекарском уверењу, гарантује искључење одговорности због оног што ће учинити.¹⁹⁰

§ 2 Излагање опасности штете

A. Општи поглед

У пракси су чести случајеви да се неко лице добровољно изложи опасности да претрпи штету на својим личним и имовинским добрима, било тако што ступа са другима у одређени однос из којег прети опасност или, пак, што долази у додир са туђим опасним стварима. Случајеви излагања опасности од штете могу се сврстати у две групе: *отклањање опасности штете од другог* и *поступање на сопствени ризик*.¹⁹¹

¹⁹⁰ Пресуда Врховног земаљског суда у *Saarbrücken-y*, *Neue Juristische Wochenschrift* 12/1999, 871-873.

¹⁹¹ М. Мијачић, 87.

Оба случаја излагања опасности од штете, заправо, представљају прећутни пристанак на евентуалну штету, тиме што јој се особе вољно излажу из одређених разлога (који су у првом случају алтруистички, а у другом везани за сопствену личност), односно надају се да до штете неће ни доћи.

Једна особа се може изложити ризику у циљу *отклањања опасности која прети другоме*, тј. из алтруистичких разлога. Да би се отклонила опасност веће штете по другог, ризикује се да дође до сопствене мање штете. Уколико до штете дође, лице које помаже другоме има право на обештећење без обзира на то што је могло да избегне штету. Њему као спасиоцу дугују накнаду и лице коме је помоћ пружио и штетник. То становиште је изричито прихваћено у неким грађанским законцима (аустројски Општи грађански законик). Тако је и ЗОО, чланом 161., став 3., уређено: „Ко претрпи штету отклањајући од другог опасност штете, има право захтевати од њега накнаду оне штете којој се разумно изложио“.

Са друге стране, постоји дужност да се помогне другом лицу чији су живот и здравље очигледно угрожени, ако то може да се учини без опасности по себе. Онај ко ускрати такву помоћ, а штету је, према околностима случаја, могао предвидети, сходно члану 182. ЗОО, одговоран је за штету која је отуда настала.

Особи, која не пружи помоћ лицу које се налази у непосредној опасности по живот, иако је то могла учинити без опасности за себе или другог, је и чланом 127. нашег Кривичног законика запређена казна (која је различита у зависности од тежине последица). Ускраћивање помоћи другоме не повлачи, дакле само моралну осуду, него и кривичну и имовинску одговорност.¹⁹²

О *поступању на сопствени ризик* може се говорити онда кад се неко експонира у подручју из којег прети опасност штете коју је створио неко други, па тамо претрпи штету. Претпоставка је да он то чини добровољно,

¹⁹² Ј. Радишић, (2008), 137.

без нужде, и да је опасност могао избећи. Поред тога, потребно је да је за опасност знао или морао знати. Оштећени је тако допринео да до његове штете дође. Он, додуше, није изазвао опасност од штете, већ је то учинио неко други, тј. штетник. Оштећени се само излаже опасности, па неки правници сматрају, да је он, прећутно пристао на штету. Други пак сматрају да је то чиста фикција, која је не само непотребна, већ и некорисна, јер скрива критеријум одлуке.¹⁹³ Оштећени се није сагласио са својим оштећењем, него је, по правилу, рачунао с тим да штета неће наступити. Нико не би пристао да се вози у туђем аутомобилу или да учествује у опасним спортским играма кад би био уверен да ће претрпети телесну повреду или да ће га чак задесити смрт. Међутим, одбацавање гледишта да излагање ризику представља пристанак на штету не негира сваки правни значај таквог понашања оштећеног. Њему се, у сваком случају, може учинити приговор забране *venire contra factum proprium*, јер забрана таквог понашања проистиче из начела савесности и поштења. Недопустиво је, наиме, да неко захтева од другог да му накнади штету којој се сам изложио. Излагање ризику оштећења требало би третирати као неку врсту одрицања, унапред, од права на накнаду, ако до штете дође. Такво одрицање је правно допуштено, за разлику од пристанка на телесну повреду или усмрћење, који је недопуштен. Добровољно излагање ризику може, дакле, имати за последицу искључење или умањење одговорности за штету, што зависи од околности.¹⁹⁴

Пацијенти поступају на сопствени ризик у разним случајевима који се могу груписати на следећи начин: када се као спортисти излажу медицинском допингу, када свесно прихватају околности које постоје у болници, а које могу довести до опасности по њих, и када се као болесници излажу потенцијално опасним ситуацијама. Ово груписање не искључује

¹⁹³ Н. Koziol, (1984), 85.

¹⁹⁴ М. Мијачић, 89.

могућност да постоје и друге сличне ситуације, већ само представља покушај систематизовања различитих чињеничних стања.

Б. Спортисти као пацијенти: медицински допинг у циљу повећања ефикасности

У литератури се поставља питање да ли спортиста који због допинга претрпи телесну и здравствену штету, може од лекара захтевати пуну накнаду штете или мора да смањи захтев због свог удела у штети.

Ако лекар предузима мере допинга на спортисти, он, додуше, упражњава „лекарску активност“, али је упражњава на недопуштен начин, пошто давање препарата за допинг није медицински индиковано. Допинг, као повреда професионалне обавезе, подлеже дисциплинској одговорности у оквиру лекарског сталешког „правосуђа“.

Поред професионалне одговорности, могућа је и кривична одговорност лекара због повреде тела (и усмрћења).¹⁹⁵

Допинг може да буде и основ грађанско-правне одговорности лекара, уколико настане штета по спортисту. Овде, наравно, не долази у обзир уговорни захтев за накнаду штете, јер би био уговор усмерен на недопуштено повећање радне способности и противан добрим обичајима (сходно члану 103. ЗОО, и параграфу 138. НГЗ), и у складу са тим – ништав. Лекар може бити деликтно одговоран. Услов искључиве одговорности лекара је да спортиста није сагласан са спровођењем мера допинга, јер није само поступање лекара противно добрим обичајима, већ, такође, и сагласност са тим поступањем.¹⁹⁶

Сагласност спортисте на допинг може се квалификовати као поступање на сопствени ризик. Спортиста тиме узима учешћа у опасности

¹⁹⁵ J. Göben, 97.

¹⁹⁶ *Ibid.*, 98.

коју је изазвао лекар. Због тога, евентуални захтев за накнаду штете против лекара треба да буде умањен у складу са конкретним околностима.

V. Излагање опасности у болници

Типичан пример поступања пацијента на сопствени ризик је свесно прихватање околности које постоје у болници, а доводе до опасности. Страна литература као пример излагања опасности у болници наводи допуштање спровођења операције без захтева за могућом и смисленом аутологном трансфузијом крви (трансфузија сопствене крви). Наиме, са трансфузијом туђе крви у области оперативне медицине, увек је повезан ризик инфекција (сифилис, хепатитис, ХИВ). Ова опасност може се избећи применом аутологне трансфузије крви, под условом да околности временски дозвољавају планирање/одгађање интервенције, као и да дотична болница уређује и технички-организационо омогућава узимање, прераду и чување конзерви сопствене крви пацијената.

Наравно, давање сопствене крви није увек прихватљиво, односно може бити управо контраиндиковано за пацијентово лоше здравствено стање (инфекције, хематолошке болести или карцином).

Уколико пацијент, међутим, одбије медицински и организационо рационалну аутологну трансфузију, он ради на сопствени ризик, јер прихвата могућност инфекције туђом крвљу.¹⁹⁷

Затим, пацијенткиња поступа на сопствени ризик онда када са собом у болесничку собу понесе вредне комаде накита и пре операције их, на захтев медицинске сестре закључа у собни помоћни сточић, након чега они буду украдени.¹⁹⁸ Брига о сигурности ствари је, наиме, примарно обавеза пацијента, а не персонала за негу. Осим тога, сваки човек мора да рачуна

¹⁹⁷ *Ibid*, 99.

¹⁹⁸ Пресуда Вишег земаљског суда у *Hamburg*-у, *Versicherungsrecht* 1989, 1268 и даље

са крађама из болничких соба. Пацијент, такође, мора имати у виду да ће његова пажња у болници бити, у првом реду, усмерена на сопствено здравље и да о чувању имовине уопште неће моћи да води рачуна.

Приговор који је поднела болница против пацијента који је тужбом тражио обештећење јер је, за време лечења у болници, пао са лоше фиксираног лежаја и при томе уништио врло вредне наочаре за сунце, не би се могао искључити. Приговор је, наиме, био управљен на то да наочаре нису имале медицинску, већ чисто козметичку функцију и да годишње доба већ неколико месеци није изискивало наочаре за сунце.¹⁹⁹

Г. Самоизлагање болесних пацијената потенцијално опасним ситуацијама

Уколико је лице телесно или душевно слабо, оно, у принципу, сноси општи ризик штете, који произилази из његовог свакодневног сусретања са околином. Оно мора водити рачуна о томе да је код њега латентни потенцијал ризика већи него код других учесника у промету.

Када у правну сферу оштећеног, међутим, ступи штетник поставља се питање саделовања оштећеног, тј. доприноса његових здравствених специфичности. Већински је став да посебна својства и аномалије оштећеног још увек не прекидају узрочну везу између понашања штетника и наступеле штете.

Тако, на пример, Виши земаљски суд у Кобленцу негира дужност лица оболелог од хемофилије да одбије понуду превоза моторним возилом, у случају када готово да нема могућности да се превезе јавним превозним средством. Наиме, хемофиличар се, као сувозач, налазио у моторном возилу чији возач није водио рачуна о праву првенства, те је скривио саобраћајну незгоду. Том приликом је хемофиличар био повређен. Иако се сматра да је превоз моторним возилом опасан за хемофиличара, суд

¹⁹⁹ J. Göben, 80.

сматра да се, управо због здравствених сметњи, не може од хемофиличара очекивати да се искључи из друштвеног живота. Суд, међутим, инсистира на општој дужности сваког сувозача да се повери само возно способном и разборитом возачу, па *поступање хемофиличара на сопствени ризик* има извор већ у овој општој дужности.²⁰⁰

Ово, међутим, није шаблон одлучивања. Сваки појединачан случај је различит од другог, те уопштавања нису могућа. Тако се о хемофиличару, који се не бави спортовима на мотору, другачије просуђује него о оном који је изразито активан учесник у саобраћају.

Пацијенткиња јако спутана у ходу, која је, при поледици на путу ка лекарској ординацији, ступила на део непосутог пута, није поступала противно дужности, јер није имала никакву алтернативу постојећем понашању. Другачије се, међутим, цени пацијенткиња која, уз постојање истог проблема, кућу напусти у ципелама на штикле или се, ради скраћења пута, попне на стрм степеник. Таква пацијенткиња повређује дужност избегавања штете при постојању повећане опасности.²⁰¹

²⁰⁰ Пресуда Вишег земаљског суда у *Koblenz*-у, *Versicherungsrecht* 1987, 1225, према: J. Göben, 78.

²⁰¹ J. Göben, 80.

ДРУГИ ДЕО: КРИВИЦА ОШТЕЋЕНОГ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ УОПШТЕ

Пацијент није једини поверилац, нити је једина страна у облигационоправном односу од које се очекује сарадња. Питање да ли је сам оштећени својим понашањем, у одређеној мери, допринео настанку штете или повећању њеног обима, је општег типа. Уколико се утврди да је оштећени својим чињењем или пропуштањем у одређеној мери допринео настанку штете или њеном обиму, у толикој мери ће се умањити одговорност штетника²⁰². Како је, дакле, институт кривице оштећеног уопште већ разрађен у грађанском праву, корисно га је, за кривицу пацијента као оштећеног, сагледати у свим његовим аспектима.

Глава прва: ПОЈАМ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ

Док је грађанско-правна кривица у правом смислу везана за противправно понашање штетника, које има за последицу проузроковање штете неком другом, дотле се кривица оштећеног везује за понашање које је допринело настанку или увећању штете на сопственим личним или имовинским добрима. Уколико се ради о уговорном односу, потребно је да је штета наступила или је увећана кривицом повериоца или лица за које поверилац одговара. Није, дакле, довољна било каква радња или било какво пропуштање повериоца у вези са повредом уговора од стране дужника. Потребна је таква радња повериоца, односно такво пропуштање, које му се може уписати у кривицу. Нужно је да се поверилац није понашао онако како је требало да се понаша с обзиром на околности конкретне

²⁰² О. Антић, 482-483.

случаја, имајући у виду одговарајући стандард пажње који се од њега захтева, у зависности од врсте односа у питању.²⁰³

Скривљено понашање оштећеног, међутим, нећемо означавати као саодговорност, већ као саделовање у настанку/увећању штете. Саодговорност, наиме, претпоставља постојање праве правне обавезе оштећеног и његово противправно поступање. Тих елемената, међутим, овде нема, јер оштећени својим понашањем, у највећем броју случајева не повређује другог, већ штети самоме себи. Саделовање у настанку штете се врло често назива и сакривицом. Овакав назив, језички посматрано, има основа у НГЗ, јер се у немачком праву цени и кривица оштећеног. Како наше право не узима у обзир кривицу оштећеног као одлучујући фактор, формално посматрано, овај феномен не би требало називати сакривицом. Тај је назив, међутим, уобичајен и једноставан, те лако надомешћује тачније, али сложеније синтагме.

§ 1 Разна гледишта о појму кривице оштећеног

О појму кривице оштећеног постоје различита гледишта у правној теорији. Разлике међу њима нису само формалне, него су суштинске, па их зато ваља изложити.

А. Кривица оштећеног као кривица према штетнику

Ово гледиште кривицу оштећеног изједначава са кривицом штетника, односно третира је као кривицу у правно-техничком смислу. Његове присталице сматрају да је она, као и свака кривица управљена против

²⁰³ С. Перовић, коментар уз члан 267. ЗОО, у: С. Перовић *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима, I књига*, Савремена администрација, Београд 1995, 622.

другог. Они, наиме, полазе од правила да се својом личношћу и својом имовином може располагати по сопственом нахођењу, само уколико тиме није тангирано право неког другог. Али, ако се при томе додирују интереси више лица, свако од њих дужно је да се понаша тако да, што је могуће мање, штети туђим правним добрима. Примењено на сопствену кривицу, то значи да је оштећни дужан да поштује интересе штетника. Повреда ове обавезе представља противправну радњу изражену у повреди интереса лица које је дужно да штету накнади. Оштећење сопствених правних добара је онда противправни прекршај обавезе према другом лицу, када оно залази у правну сферу тог другог лица.²⁰⁴ Због тога оштећени за своју кривицу има да одговара другоме. Оно што је сам скривио, не може захтевати од другог да му накнади. Као повреда правне обавезе према штетнику, његова кривица је права кривица, тј. **кривица у правно-техничком смислу**. Као таква, она подлеже правилима која важе за кривицу штетника, па према томе и правилима о деликтној способности.²⁰⁵ Ово гледиште се заступа, углавном, у старијој немачкој литератури, али је имало присталица и у француском праву.²⁰⁶ Присталице овог схватања су, законом или подзаконским актима прописану обавезу стављања сигурносног појаса у колима и ношење заштитне кациге, наводиле у прилог своме ставу. Међутим, из уско специјализоване правне регулативе не може се извести општи закључак да је самоугрожавање забрањено. Правни поредак не познаје, сем изузетно, ни обавезу на заштиту сопственог здравља (апстинирање од никотина, алкохола, опасних врста спортова) и на

²⁰⁴ Schünemann, *Versicherungsrecht* 1978, 116 и даље, према Н. Lange, G. Schiemann, *Schadenersatz*, 3. Auflage, Mohr Siebeck 2003, 550.

²⁰⁵ W. Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München 1965, 81; E. Waibel, *Die Verschuldenfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht*, Berlin 1970, 135; F. Häberlin, *Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerisches Schadenersatzrecht*, Bern 1924.

²⁰⁶ Colin – Capitant, *Cours élémentaire de droit civil, II*, Paris 1915, 355.

одржавање сопственог живота (апстинирање од самоубиства).²⁰⁷ Исто тако, када се ради о обавези оштећеног да штету умањи, не може се сматрати да лице обавезно на накнаду штете има икакво право да од оштећеног захтева умањење штете, односно да може стећи положај повериоца.²⁰⁸

Б. Кривица оштећеног као кривица према самом себи

Теорија, по којој се кривица оштећеног третира као кривица према самом себи, добила је веће признање од претходне. Њен творац је немачки правни писац Цителман.²⁰⁹ Објашњавајући појам кривице оштећеног, он полази од питања противправности и констатује да не постоји правна обавеза оштећеног према штетнику на другачије понашање. Стога се понашање оштећеног не може ни сматрати противправним.²¹⁰ Противправност, схваћена као повреда правне обавезе оштећеног према штетнику, дакле, није претпоставка кривице оштећеног. Не постоји правна обавеза оштећеног на избегавање штете према штетнику, већ, по мишљењу Цителмана, **етичка дужност** сваког човека да сам себи не причињава штету. Претпоставку противправности, у појму кривице оштећеног он замењује повредом наведене дужности. Такву повреду правни поредак не одобрава и као последицу за њу везује ненаступање или умањење права на накнаду штете. То неодобравање од стране правног поретка не чини се, међутим, са становишта интереса штетника, већ са становишта самог оштећеног. Због тога и његова кривица није кривица према штетнику, већ кривица према самоме себи. Осим у погледу захтева

²⁰⁷ H. Lange, G. Schieman, 550.

²⁰⁸ *Ibid.* 551.

²⁰⁹ E. Zitelmann, *Des Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil*, Leipzig 1900, 152-169.

²¹⁰ Тако и Dunz, „Wesen und Grenzen des „eigenen Mitverschuldens““, *Juristen Zeitung* 1961, 406 и даље; „Eigenes Mitverschulden und Selbstwiderspruch“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 2234 и даље, према H. Lange, G. Schieman, 550.

противправности, тзв. кривица према самом себи јесте у свему осталом једнака грађанскоправној кривици у правно-техничком смислу. И за њу, у погледу урачунљивости оштећеног, важе иста правила која важе за кривицу штетника. И од оштећеног се тражи да је био, односно могао бити свестан тога да је његово понашање за осуду. Према томе, може се рећи да је скривљено, тј. да је за осуду са становишта правног поретка, свако понашање оштећеног које одступа од онога што би, при просечној пажњи, учинио разуман човек у сопственом интересу.²¹¹

Ово гледиште је прихватио и разрадио немачки правник Лејден, који на место противправности ставља појам неуредности, тј. такво понашање којим се вређа пажња *diligens pater familias*-а.²¹² Њему су се придружили још неки немачки правници који истичу да кривица о којој говори немачки Грађански законик у § 254. **није кривица у правом смислу**, јер правна обавеза да се не проузрокује штета постоји само према другим лицима, а не према себи. Оно што се овде назива кривицом, јесте понашање којим учинилац сам себи штети, а које закон, као и повреду правне обавезе не одобрава. Будући да се то понашање, са становишта сопствених интереса, појављује као неправилно, то је протвправној кривици према другоме аналогна „кривица према самоме себи“. Она постоји кад се оштећени у сопственим стварима понашао са мањом пажњом, него што је пажња коју је он дужан да има када су у питању туђа правно заштићена добра.

И француски правници преузели су појам кривице према самом себи, али и више од тога, јер у саделујућој кривици виде делимично и праву техничку кривицу према штетнику, од кога оштећени захтева накнаду штете. Ова кривица у правно-техничком смислу огледа се у томе што оштећени саделујући у проузроковању штете, чини штету и самом штетнику, јер од

²¹¹ Zitelmann, 169.

²¹² Leyden, *Die sogenannte culpa-kompensation im BGB*, Berlin 1902, 67.

њега захтева накнаду штете. Према томе, кривица оштећеног је делимично кривица према самом себи, али делимично и кривица према штетнику.²¹³

Неки немачки теоретичари сматрају да је слабост ове теорије је у томе што и оно неразумно понашање оштећеног, које уопште не дотиче правни поредак, мора да се означи као понашање коме се ставља приговор.²¹⁴

В. Кривица оштећеног као повреда обавезе у сопственом интересу

Поступање или пропуштање оштећеног које води смањивању његовог захтева према штетнику је, према једном схватању, означена као „повреда обавезе у сопственом интересу“.²¹⁵ Захтеви, који произлазе из регулативе о сакривци оштећеног, изгледају као терет који је оштећеном наметнут у интересу другог, као обавезе мањег интензитета. Њихово спровођење не може бити изнуђено, али је санкционисано правним губитком оштећеног. Оваква квалификација обавезе оштећеног резултира закључком да основа регулативе о сакривци оштећеног није повреда правне обавезе у правом смислу речи. Утолико и принцип да само деликтно способно лице може бити оптерећено обавезом накнаде штете, не може безусловно да важи за удео у узроковању штете код самооштећења. Међутим, апсолутна непримена, као и апсолутна примена овог принципа, може довести до грубог и непримереног одлучивања. Стога се примена регулативе која уређује деликтну способност, код самооштећења не подразумева.²¹⁶ Овакав

²¹³ H. Mazeaud et A. Leon-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome II*, Paris 1958, 444.

²¹⁴ H. Lange, G. Schiemann, 552.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, 555.

став потврђује и одлука немачког Савезног врховног суда²¹⁷ у случају где је десетогодишња девојчица гађала три дечака плодовима шипка. Један од дечака, узраста 11,5 година је ставио шипак у праћку, гађао девојчицу и погодио је у око. Девојчици је око, након тога, оперативним путем одстрањено. Суд је потврдио способност расуђивања дечака, а негирао способност расуђивања девојчице.

Постоје обавезе у сопственом интересу које имају тежину праве обавезе и оне су експлицитно уређене специјалном регулативом. Оне, међутим, проистичу из већ постојећих дужничких односа (нпр. код уговора о осигурању). Обавезе у сопственом интересу које произилазе из опште регулативе која уређује кривицу оштећеног следују тек кроз међудејство са понашањем другог. Утолико се не може прихватити да постоји општа обавеза на умањење самооштећења, већ се, само у вези члана 192 ЗОО (односно параграфа 254 НГЗ) или других чланова где је то изричито прописано, ради о обавези у сопственом интересу.

Г. Кривица оштећеног као повреда начела савесности и поштења – venire contra factum proprium

Једно гледиште, које има знатан број присталица међу швајцарским, немачким и аустријским правницима, налази тесну везу између правила о саделујућој кривици оштећеног и **начела савесности и поштења**. Његови протагонисти полазе од схватања да не постоји општа правна обавеза на отклањање, односно умањење штете у сопственој правној сфери. Због тога се и проузроковање штете самом себи не сматра, начелно, противправним. Чињеница да неко својом немарношћу наноси себи штету јесте његова ствар, која правни поредак не интересује. Међутим, такво понашање оштећеног постаје правно значајно и предмет неодобравања тек кад он,

²¹⁷ *Versicherungsrecht* 1964, 385, према: H. Lange, G. Schiemann, 555.

упркос свом саучествовању у настанку штете, покуша неког другог да учини једино одговорним за штету.²¹⁸ Немачка судска пракса сматра да је недолично да повређени покушава штету, коју је он свесно прихватио, на другога да превали. Оно што правни поредак не одобрава, јесте управо касније истицање захтева оштећеног за накнаду штете према одговорном лицу. Уколико би се допустило потпуно обештећење, изневерила би се идеја превенције. Била би то, у неку руку, награда за немарност. Тражење накнаде штете проузроковане сопственом кривицом, противи се, дакле, начелу савесности и поштења.²¹⁹ Повреда тог начела, у овом домену, долази конкретно до изражаја кроз повреду правила о забрани сопственог противречног понашања – *venire contra factum proprium*. На тај начин, противправност као претпоставка кривице, која у почетку недостаје, придлази *ex post*, истицањем одговорности другог, кажу присталице ове теорије. Оштећени не сме да се, својим захтевом за накнаду штете према штетнику, стави у противречност са својим сопственим понашањем. Пропис параграфа 254 немачког Грађанског законика (сакривица оштећеног) је само реализација принципа недопуштености самопротивречења (*venire contra factum proprium*)²²⁰, односно принципа поступања у складу са савесношћу и поштењем.

Швајцарски правници истичу да конструкција „кривица према самом себи“ није уопште потребна, већ да се понашање оштећеног треба процењивати непосредно према начелу савесности и поштења, односно применом института *venire contra factum proprium*. При томе се ослањају на члан 44. швајцарског Законика о облигацијама који говори о „чињеницама за

²¹⁸ H. Lange, G. Schiemann, 548-549.

²¹⁹ Ово начело изражено је у члану 2. швајцарског *Грађанског законика* и у § 242 немачког *Грађанског законика*.

²²⁰ H. Stoll, „Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr als Argument gegen die Haftung. Zur Entwicklung der neueren Rechtschprechung“, 50 Jahre Bundesgerichtshof, *Festgabe aus der Wissenschaft I*, München 2000, 230.

које оштећени одговара“, а не о кривици оштећеног. С обзиром на то, „кривицу оштећеног“ не треба изједначавати са кривицом у правом смислу, јер је кривица квалификација понашања које води оштећењу другог лица, а код „сопствене кривице“ ради се о понашању које штети самом субјекту понашања.²²¹

Немачки правници, када заступају овај став, служећи се законском терминологијом из § 254. немачког Грађанског законика, говоре о „саделујућој кривици оштећеног“. У правилу о њеној правној релевантности они виде, у ствари, конкретизацију начела савесности и поштења, кроз институт о забрани сопственог противречног понашања – *venire contra factum proprium*. Успостављајући тако везу између правила о саделујућој кривици и начела савесности и поштења, оштећеном ће се његово понашање уписати у кривицу онда кад се он, према начелу савесности и поштења, морао понашати другачије приликом истицања права на накнаду.²²²

Д. Гледишта наше теорије и судске праксе

І. Гледишта наше теорије

У нашој теорији постоји више објашњења кривице оштећеног. По једном схватању²²³, кривица оштећеног није кривица у правом смислу, јер је кривица квалификација понашања којим се другоме наноси штета. Код ове

²²¹ К. Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Zürich 1958, 138, према: М. Мијачић, *Кривица оштећеника у домену вануговорне одговорности*, докторска дисертација, Ниш 1978, 61.

²²² *Ibid.*, 61.

²²³ М. Тороман, *Одмеравање накнаде штете у грађанском праву*, Београд 1969, 50.

прве реч је о понашању којим оштећени сам себи штети. Ту нема повреде неке правне обавезе, нема угрожавања туђих добара заштићених законом. Због тога је садржина кривице оштећеног квалитативно другачија од садржине кривице штетника и онда „кад се понашање оштећеног може оквалификовати као кривица у правом смислу те речи“. Уместо о кривици оштећеног, сматра се да је адекватније говорити о понашању оштећеног, односно о проузроковању штете радњом оштећеног.²²⁴ Сматра се, заправо, да, за ослобођење од одговорности лица које се чини одговорним за штету није битно да ли је оштећени крив за штету коју је сам себи причинио. То лице не треба да доказује кривицу оштећеног да би се ослободило, већ је довољно да докаже да је штета искључиво или делимично последица радње оштећеног.²²⁵

Друго схватање полази од тога да је учествовање оштећеног у проузроковању штете правно релевантно само онда, када му се може уписати у кривицу. У корист штетника иду само они поступци оштећеног за које се овај може, по грађанскоправним правилима о кривици, сматрати кривим. Стога се, по овом мишљењу, не сматра скривљеном радња коју је оштећени био овлашћен или дужан да изврши.²²⁶

Постоји схватање које, код одређивања појма кривице оштећеног, полази од објективног схватања противправне радње, које под том радњом подразумева свако људско понашање којим се вређа нека правна норма, без обзира на то да ли се тиме истовремено вређа и туђе субјективно право, односно проузрокује штета другоме. Противправност не треба мешати ни са кривицом, ни са штетом као засебним условима грађанске одговорности. Таквим ваља сматрати свако понашање које се објективно противи правним обавезама, односно дужностима које проистичу из закона.

²²⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1987, 453.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ С. Јакшић, *Облигационо право*, Сарајево 1962, 279-280.

Овако схваћена протиправност понашања оштећеног је претпоставка његове кривице и у том погледу, између кривице оштећеног и штетника нема разлике. Да би биле правно релевантне, и кривица оштећеног, као и кривица штетника, морају се манифестовати у њиховом противправном понашању. Али се кривица оштећеног од кривице штетника разликује по томе што из таквог противправног понашања не настаје штета за друго лице. Напротив, овде штетне последице наступају у сфери самог оштећеног. Због тога кривица оштећеног не рађа обавезу накнаде према другоме, већ евентуално умањење или потпуни губитак сопственог права на накнаду.²²⁷

Широко је заступан став, по коме ЗОО, када говори о „подељеној одговорности“ заправо циља на подељено сношење последица у вези са проузрокованом штетом између оштећеног и одговорног лица, а не на деобу одговорности.²²⁸ За штету чије се проузроковање припише оштећеном лицу, оно не одговара, него сноси ту штету у смислу да за њу нема право на накнаду. Утолико израз *подељена одговорност* није адекватан, али се у текућем правном изражавању употребљава као уобичајен. Уколико се утврди да је оштећени допринео штети, то, додуше мора имати одређене последице на плану одговорности. Уколико се, наиме утврди да је оштећени својим чињењем или пропуштањем у одређеној мери допринео настанку штете или њеном обиму, у толикој мери ће се умањити одговорност штетника.²²⁹ Допринос оштећеног, дакле, има последице на плану штетникове одговорности. „Подељена одговорност“ у сношењу последица проузроковане штете, коју регулише члан 192. не почива на кривици оштећеног, нити на кривици штетника или одговорног лица, односно, како би се друкчије могло рећи, не почива на сразмерном пребијању њихових кривица, и сходно томе њихове одговорности у смислу сразмерног

²²⁷ М. Мијачић, 66-67.

²²⁸ С. Перовић *et al.*, 446.

²²⁹ О. Антић, 482-483.

смањења одговорности за штету. Она почива на проузроковању штете радњом оштећеног, као на објективној чињеници, без обзира на то каквакв је његов субјективан однос према проузроковању штете сопственим поступком. Према томе, приликом одлучивања о подељеној одговорности, не води се рачуна о субјективном односу оштећеног лица према радњи којој је допринело настанку штете, него се као мерило узима мера учешћа у сопственој штети, па се за толико смањује висина накнаде штете коју треба да сноси одговорно лице.²³⁰ Судаћи по садржини члана 192, рекло би се да су писци ЗОО заступали управо овакав став. Члан 192. гласи: „1) Оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерно смањену накнаду. 2) Кад је немогуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње, суд ће досудити накнаду водећи рачуна о околностима случаја“. Иако наслов члана гласи „Подељена одговорност“, из садржине члана произилази да се ради о процени доприноса настанку или увећању штете, а не о процени удела у кривици, односно одговорности. Овакав закључак произилази и из чињенице да се о овој материји говори у одсеку 7- „Накнада“, а не у одсецима који се баве одговорношћу.

Свако од напред наведених схватања указује на понеко од постојећих својстава „кривице оштећеног“. Због тога су сви ти ставови прихватљиви, односно ни један није за потпуно одбацивање. Дужност умањења штете свакако није правна обавеза оштећеног према штетнику, јер је неутужива. То важи, пре свега, за домен деликтне одговорности, док се, када се ради о уговорној области, уговорне стране могу обавезати на посебне узајамне обзире, заштиту и пажњу. Иако је дужност умањења штете неутужива, она је ипак дужност. Њу, једноставно, не треба објашњавати као обавезу према штетнику, већ као обавезу брижљивог поступања, како у сопственом, тако и у општем интересу. Чињеница да је понашање, које је у складу са овом

²³⁰ С. Перовић *et al.*, 446.

обавезом, истовремено и у интересу лица које дугује накнаду (штетника), није од битног значаја за одређивање њене правне природе.

II. Гледишта наше судске праксе

Наша судска пракса законски термин „подељена одговорност“ интерпретира као допринос оштећеног у настанку штете, што произилази из следећих одлука.

а) *Први случај*. Други општински суд у Београду²³¹ делимично је усвојио тужбени захтев оштећених - породице жене која је погинула приликом проласка два воза кроз железничку станицу – Батајница. Жена И.М. је, наиме, заједно са осталим путницима стајала на перону ширине 160 цм, окренута лицем према четвртом, а леђима према трећем колосеку. Трећим и четвртим колосеком су, у исто време, прошли возови, великом брзином, без заустављања, те су створили буку и силовит ваздушни удар. Пролазак возова кроз станицу није био најављен преко разгласа, а најављивање возова који само пролазе (а не стају) кроз станицу није било прописано Пословним редом железничке станице. Тужиоци су тврдили да је сила аеродинамичког удара (настала услед проласка теретног воза брзином од 80 км/час) одбацила путницу са перона на суседни колосек. Суд је, међутим, уз помоћ вештака утврдио да то није било могуће. Сведоци су потврдили да се, приликом проласка возова, И.М. померила уназад према трећем колосеку, тако да је на њу налетела локомотива Беовоза, који је ишао трећим колосеком из правца Београда према Пазови и усмртио је.

У конкретном случају, по налажењу суда, постоји подељена одговорност за штету причињену тужиоцима, а према члану 192 ЗОО. Железница, као власник-ималац опасне ствари, објективно је одговорна за штету која од те ствари потиче. Железница се не може те одговорности

²³¹ Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр.П- 6941/2005, од 20.06.2006., преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

ослободити, јер није доказала да штета потиче од неког другог узрока који се налазио ван ствари, чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити, или да је штета настала искључивом радњом покојне И.М. или трећег лица. Тужени је, према процени суда, штети допринео у проценту од 60%, као власник опасне ствари и организатор превоза, односно возилац, није обезбедио да Пословним редом Железничке станице Батајница буде прописано најављивање возова који пролазе кроз станицу Батајница, како је то предвиђено чланом 44 тачка 8 Саобраћајног правилника туженог, већ је оставио да најављивање зависи од оцене отправника возова. Ненајављивање возова, који пролазе кроз станицу Батајница, смањило је безбедност путника, што је утврђено из налаза и мишљења вештака Саобраћајног факултета у Београду. Путници нису били упозорени да кроз станицу пролази теретни воз без заустављања и да је потребно да се склоне са перона ради личне безбедности. На перону ширине 160 цм, где је стајао велики број путника, нису биле учртане линије које означавају безбедно растојање од ивице перона, где могу стајати путници.

Штети је, међутим, у проценту од 40%, допринела и покојна И.М., јер није била довољно пажљива и опрезна док се кретала по железничком подручју. Док је стајала на перону између трећег и четвртог колосека, И.М. је морала имати у виду могућност да воз може наићи и трећим колосеком. Она је била дужна да на перону стоји и да се креће с пуном пажњом, имајући у виду ширину перона, број путника на перону и близину воза који је у покрету, а ради безбедности живота и здравља.

У том смислу Други општински суд тужиоцима досуђује делимичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због смрти блиског лица. Окружни суд²³² је преиначио пресуду Другог општинског

²³² Одлука Окружног суда бр. Гж. 12567/06, од 1.11.2006, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

суда, тако што је умањено досуђене износе. Врховни суд²³³ је преиначио одлуку Окружног суда и потврдио првостепену пресуду.

б) *Други случај*. Окружни суд је, у другом случају²³⁴, потврдио пресуду Другог општинског суда у Београду, у којој се говори о доприносу тужиоца у настанку штете. На страни тужиоца, каже Окружни суд, постоји *допринос* у настанку саобраћајне незгоде и штете и то у проценту од 50%. Наиме тужилац – возач путничког возила се укључивао са споредног пута на главни зрењанински пут, управљајући својим возилом, при чему није поштовао знак „СТОП“, који је постојао на раскрсници за укључивање са споредног на главни пут. На страни туженог постоји делимична одговорност за причињену штету тужиоцу, тачније допринос који према налажењу општинског и окружног суда износи 50%. Допринос туженог огледа се у томе што је он, приликом управљања комби возилом, вршио претицање аутобуса прелазећи из десне у леву коловозну траку на свом правцу вожње, преко пуне линије, испред раскрснице зрењанинског пута са путем за Опово, као и у чињеници што је комби возило, којим је тужени управљао (у претицању над аутобусом), довео левом бочном страном до леве ивице коловоза на раздаљини од 0,5 метера код раскрснице путем за Опово.

в) *Трећи случај*. Окружни суд у Београду је, у једном случају, укинуо пресуду Другог општинског суда и вратио предмет на поновно суђење, јер је првостепени суд пропустио да одлучи о приговору подељене одговорности који је поднео тужени. Наиме, возач путничког возила започео је скретање улево на паркинг простор, а да се претходно није уверио да то може учинити без опасности за друге учеснике у саобраћају. Због тога је возач, који је долазио у сусрет туженоме, да би избегао контакт са његовим

²³³ Одлука Врховног суда Србије, Рев.302/07, од 22.2.2007, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

²³⁴ Пресуда Окружног суда у Београду, бр.Гж. 7306/08, од. 11.09.2008., којом се потврђује одлука Другог општинског суда у Београду, бр. П.567/08, од. 02.04.2008., преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

возилом, прешао на леву страну коловоза и изазвао ланчани судар. Првостепени суд, међутим, није узео у обзир приговор туженога да постоји велики допринос на страни другог учесника у саобраћајном удесу, јер је овај возио брзином већом од дозвољене брзине у насељеном месту.²³⁵

Треба напоменути да је пракса наших судова да о питању доприноса оштећеног одлучују само по приговору штетника против захтева оштећеног за накнаду штете, те да, ако је приговор основан, досуђују сразмерно умањење или губитак накнаде.

²³⁵ Пресуда Окружног суда у Београду, бр. Гж. 396/03, од 29.10.2003., којом се укида пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П.7741/99, од. 22.10.2002., преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

Глава друга: ОБЛИЦИ И СЛУЧАЈЕВИ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ

§ 1 Облици кривице оштећеног

Постоји више облика у којима се манифестује допринос оштећеног штети коју је претрпео. Оштећени може допринети настанку штете *пре наступања околности* која заснива одговорност, *истовремено са њом*, или *после ње*. Сем тога, његов допринос се може састојати у *активном* или у *пасивном* понашању, или у *оба ова вида истовремено*.

С обзиром на начин испољавања, разликују се, углавном, два основна облика понашања оштећеног при проузроковању штете. Оштећени може, најпре, својим понашањем омогућити штетнику, у најширем смислу, да му проузрокује штету. То је случај кад он учествује директно у проузроковању штете или *кад пропусти да упозори дужника на опасност њеног наступања*. До овога може доћи како пре, тако и истовремено са наступњем штетног догађаја. Други облик понашања оштећеног при проузроковању штете састоји се у *непредузимању потребних мера да се дејство, већ насталих штетних последица, ограничи или сасвим отклони, односно у предузимању радњи услед којих се штета повећава*. То је случај када се оштећени недопустиво неправилно односи према штетној последици која је иницирана штетниковом кривицом, односно понашањем, и која се потом прогресивно реализује.²³⁶ Овде треба поћи од питања да ли постоји обавеза оштећеног лица да предузме одређене радње у циљу спречавања даљег повећања већ настале штете, тј. њеног одржавања што је могуће нижом. Члан 254. НГЗ, којим се уређује сакривица оштећеног, каже да обавеза штетника на накнаду штете и њен опсег зависи од тога колико је штета претежно од једне или друге стране узрокована, као и од тога да ли је оштећени пропустио да штетника на штету упозори или да

²³⁶ М. Мијачић, 38.

штету отклони или умањи. Оштећени, као поверилац са правом на накнаду штете, није овлашћен само да врши то своје право, већ има и дужност обзирности према штетнику као дужнику. Та његова дужност се састоји у томе да учини све што је могуће и што се од њега може очекивати у циљу отклањања претећег наступања или повећања штете, односно у циљу умањења већ насталих штетних последица. Ова обавеза објашњава се начелом савесности и поштења. Она постоји независно од тежине кривице штетника, дакле, и кад је он поступао намерно. То је став немачке судске праксе, коју подржава и правна теорија. Тако, на пример, у случају телесне повреде и оштећења здравља, постоји обавеза оштећеног да се што пре обрати лекару за лечење, да се придржава упутстава лекара, да се подвргне операцији, ако је она релативно безопасна и ако пружа сигурне изгледе на излечење или побољшање здравља.²³⁷ У случају губитка радне способности за ранији позив, оштећени је дужан да се преквалификује за нови, наравно, у зависности од година старости, дотадашњег образовања и степена преостале радне способности, затим да за време незапослености за коју је неко одговоран потражи други посао, итд.²³⁸ Захтеви који се постављају оштећеном у циљу умањења или отклањања настале штете не треба да буду ни сувише велики, али ни сувише мали.²³⁹

§ 2 Могући случајеви кривице оштећеног у свакодневном животу

Штетни догађај се може налазити у области која је нормирана специјалним прописима, а најчешће прописима о уличном, трамвајском, железничком и ваздушном саобраћају, као и у прописима који уређују област грађевинарства. Намерно или непажљиво повређивање специјалне

²³⁷ Н. Lange, G. Schiemann, 579-580.

²³⁸ *Ibid.*, 581-582.

²³⁹ М. Мијачић, 44-45.

регулативе даје повода приговору постојања доприноса оштећеног у настанку штете.

Тако, лице, које пређе улицу, односно провезе кола на црвено светло, погађа сакривица. Исто важи и за лице које ускочи у трамвај или искочи из њега у току вожње и тиме претрпи штету. Постоји сакривица пешака, ако се, пре него што пређе улицу, не увери да је прелаз безбедан и да се не приближава возило. Ово нарочито важи када је мрак, с обзиром да пешак може боље да види возило, него што возач може да види пешака. Када прелази улицу коју пресецају трамвајске шине, пешак мора да води рачуна о томе да трамвај има предност.

Скривљено саузроковање може постојати и без прекршаја правила, односно упркос понашању сходном праву. На пример, када пешак прелази улицу на зелено за пешаке, или прелази преко обележеног пешачког прлаза, он се, ипак, мора уверити да му не прети опасност од возила. Тек тада се он може поуздати у то да ће се и други држати саобраћајних правила. Уколико види да возило иде према њему, пешак не треба да стане и да га посматра, уколико је на почетку хода постојало довољно одстојање од возила. Уколико пешак има предност у односу на возило, он ту своју предност ипак не сме на силу користити. Свако ко учествује у саобраћају мора да рачуна са тиме да други учесници у мањој мери крше правила и мора себе припремити на адекватну рекацију. Са друге стране, учесници у саобраћају се могу, ипак, ослонити на то да ће груби прекршаји других учесника изостати.²⁴⁰

Сакривица оштећеног постоји када овај не примењује посебан опрез у опасним ситуацијама. Тако, пешак мора да пази на изворе опасности као што су рупе на улици, градилишта, поледица, отворени шахтови. У случају снега и поледице, пешак мора да користи рашчишћену и посуту страну пута. Уколико постоји пешачка стаза, пешак се не сме кретати коловозом. Возач моторног возила се при постојању суснежице и снега сме упустити у вожњу

²⁴⁰ H. Lange, G. Schiemann, 555-556.

само уколико је возило адекватно оперемио. Уколико жели да паркира возило у близини куће, мора пазити на опасности лавина са крова куће. Када пешак ступа у непознату зграду или простор, у коме је недовољно осветљење, мора се пажљиво кретати. Лице које улази на градилиште, мора рачунати са тим да свуда унаоколо лежи грађевински материјал. Корисник локалног воза мора рачунати са кратким временом стајања на перону и припремити се да брзо изађе из воза. На перону на железничкој станици путник мора да води рачуна о неравнинама.²⁴¹

Старе и болесне особе морају да воде рачуна о свом стању и да прилагоде своје поступање датим околностима. Уколико особа има килу, треба да се уздржи од јахања.²⁴²

Мере опреза морају се предузети и у правном промету. Банковна картица и чекови не смеју се заједно остављати у аутомобилу. Шифра не сме да буде похрањена на истом месту где и банковна картица. Банковни клијент мора да води рачуна о укњижењима на изводу и, у случају пропуста банке, да захтева разјашњење проблема. Лице мора свог пословног партнера да изричито информише о свом новом рачуну, када прети опасности да ће новац бити уплаћен на стари рачун. У коферу који је на станици предат као пртљаг, не смеју се оставити вредна колекција марака и брилијантски накит. Вредна колекција сатова не сме бити остављена у колима у хотелској гаражи. Капут од јагњећег крзна не сме бити остављен у необезбеђеној гардероби.²⁴³

Сакривица постоји и када је оштећени неадекватним особама дао могућност да утичу на његова правна добра. Такав је случај лица који даје овлашћење на вршење својих послова нестручњаку. Скривљено поступа и онај који своја кола препушта неспособном возачу.²⁴⁴

²⁴¹ *Ibid.*, 557-568.

²⁴² *Ibid.*, 569.

²⁴³ *Ibid.*, 571-572.

²⁴⁴ *Ibid.*, 572.

Сакривица може постојати и у недозвољеном понашању оштећеног према штетнику, када то понашање претходи поступању штетника које га обавезује на накнаду штете. Такав је случај када је оштећени штетника насилним понашањем изазвао или угрозио. Тако и када уговарач, путем понашања противног уговору, свог уговорног партнера наведе на раскид уговора. Сакривица, упркос приговору штетника, у уговорном праву не постоји у следећим случајевима: предузимач посла не може ставити приговор наручиоцу да је требао да препозна његову неспособност; купац не може ставити приговор продавцу да је требао да препозна његову постојећу несолвентност; скупштини друштва са ограниченом одговорношћу, члан друштва који је лоше водио посао, не може ставити приговор да га је лоше изабрала или да га није довољно надзирала.²⁴⁵

Оштећени власник возила мора одмах да одлучи које мере жели да предузме за отклањање штете на возилу, уколико се штета протеком времена може повећати. Он се може одлучити на репарацију возила или на новчану накнаду штете. Уколико оштећени ову одлуку одгађа, штетник може да истакне приговор сакривице.²⁴⁶

Од конкретног случаја зависи да ли је оштећени овлашћен да за време поправке возила, узме у закуп друго возило о трошку штетника или то време може премостити коришћењем јавног превоза или таксија.²⁴⁷

Оштећени може, у неким случајевима, штету у потпуности или делимично да отклони, тиме што ће против неповољне одлуке уложити правно средство. Та дужност оштећеног није апсолутна, већ зависи од изгледа на успех правног средства. Оштећени није дужан да се упушта у скупе поступке и оне који су оптерећени ризиком неуспеха. Од њега се, на пример, не може захтевати да уложи правно средство против пореске одлуке, када ова одговара једном, додуше оспораваном, али ипак

²⁴⁵ *Ibid.*, 574.

²⁴⁶ *Ibid.*, 584.

²⁴⁷ *Ibid.*, 585.

владајућем мишљењу. Оштећени, такође, није дужан да се супротстави одлуци службеника чије је решење одговорно и стручно донето, али није у складу са принципом правичности. У случајевима када постоји дужност оштећеног на употребу правног средства, лице обавезано на накнаду штете, обавезно је да сноси трошкове који прате неуспех улагања правног средства.²⁴⁸ Оштећени поступа скривљено ако не реализује захтеве које има према трећем лицу, уколико њихова реализација не претпоставља знатне ризике по оштећеног, тј. ако се од оштећеног истицање захтева очекује.²⁴⁹

§ 1. Принципи „сво или ништа“ (Cuius est solvenda ratio)

Принцип „сво или ништа“ има своје корене у римском праву. Према овоме принципу, тражено је да се кривица почињена штете и кривица оштећеног укинуће, па да се на оног који је кривица виша сматра читаво благо штете.²⁴⁸ Оштећени је бивао потпуно оштећен или је остао без сваке накнаде. Уколико би одговорност била успорена, кривица оштећеног доводи се до изједичања, па само субјективна, али и објективна одговорности. Тако је већа кривица неутралисала или потпуно мању криву солванду, а није било раздвајања штете између кривца и оштећеног соразмерно њиховим кривицама. За приматство једног одних страна правила римски правници нису дали немо посебно правно објасњење. Сматрали су једноставно да онај ко је својом кривицом избио штету, није ни оштећен.²⁴⁹ Слично овај изразила позната (латинског) правила: „Quis est qui sine sua culpa rem suam perdit“.

²⁴⁸ *Ibid.*, 589.

²⁴⁹ *Ibid.*

Глава трећа: ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ КРИВИЦЕ ОШТЕЋЕНОГ

Правне последице кривице оштећеног нису исте у свим ситуацијама, већ различите и условљене околностима конкретног случаја. Оне зависе од тога колика је ова кривица и какав је њен однос према штети. Ипак, начелно се може рећи да правне последице кривице оштећеног почивају на два принципа: на принципу раздељивања штете, као основном, и на принципу „све или ништа“, као допунском принципу. Први ће бити изложен принцип „све или ништа“ као временски најстарији.

§ 1 Принцип „све или ништа“ (*Culpa compensation*)

Принцип „све или ништа“ има своје корене у римском праву. Према овом принципу, тражено је да се кривица починиоца штете и кривица оштећеног упореде, па да се на оног чија је кривица већа свали читаво бреме штете.²⁵⁰ Оштећени је бивао потпуно обештећен или је остајао без икакве надокнаде. Уколико би одговорност била искључена, кривица оштећеног доводила је до искључења, не само субјективне, већ и објективне одговорности. Тако је већа кривица неутралисала или потирала мању (*culpa compensation*), а није било раздељивања штете између починиоца и оштећеног сразмерно њиховим кривицама. За прихватање једног овако строгог правила, римски правници нису давали неко посебно правно образложење. Сматрали су, једноставно, да онај ко је својом кривицом претрпео штету није ни оштећен.²⁵¹ Овакав став изражава познато Помпонијусово правило: „*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non*

²⁵⁰ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2000., 238.

²⁵¹ М. Мијачић, 144.

intellegitur damnum sentire.²⁵² У том правилу, по неким мишљењима, лежи идеја правичности, која га, управо, и објашњава.²⁵³

Принцип „све или ништа“ није потпуно ишчезао са римским правом. Он је задржан у правима неких земаља САД. У англосаксонским правним системима овај принцип је оригинарно представљао апсолутну одбрану туженог. Уколико је приговор био успешан, тужени је могао у потпуности да избегне своју одговорност. Неке америчке државе (Мериленд, Алабама, Северна Каролина, Вирџинија и Колумбија Округ) задржавају правило *culpa compensation*, називајући га *саделујућом непажњом (contributory negligence)*.²⁵⁴ Саделујућу непажњу англосаксонски правници дефинишу као понашање које доприноси сопственој повреди или губитку, тако што се оштећено лице не држи стандарда пажње, којег би се морало држати у сопственом интересу.²⁵⁵ У наведеним државама САД овом понашању се приписује последица да кривица оштећеног потпуно искључује његово право на обештећење. Изузетак од овог правила допушта се једино у случају кад је штетник поступао са посебно тешком кривицом (која мора бити већа од грубог нехата) или ако је имао „јасну шансу“ да штету избегне. Принцип „све или ништа“, по схватању америчких судова ових земаља, практично је подеснији, јер се раздељивање штете сразмерно кривици једне и друге стране, не може спровести са довољном тачношћу, па би се морала вршити само груба деоба.²⁵⁶

²⁵² *Digesta*, 50, 17, 203. – „Ако ко својом кривицом буде оштећен, не сматра се да је претрпео штету“ – наведено према: Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, 3. допуњено издање, Савремена администрација, Београд 1980.

²⁵³ F. Häberlin, *Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerisches Schadenersatzrecht*, Bern 1924, 53.

²⁵⁴ Интернет адреса: www.answers.com/topic/contributory-negligence, 2009, 3.

²⁵⁵ *Ibid.*, 1.

²⁵⁶ E. Artmaier, *Die Haftung des Kraftfahrzeugeigentümers in den USA*, Diss., München 1966, 51.

Како овакво решење води до неправичних исхода по тужиоца, нарочито у случају његове обичне непажње, већина земаља англосаксонског система га је променила и прешла на флексибилнији принцип раздељивања штете.²⁵⁷ Правници ових земаља, наиме, кажу да принцип *culpa compensation* изразито стаје на страну туженог и разрешава га одговорности, иако су обе стране поступале непажљиво.²⁵⁸ Нови концепт се сматра праведним и логичним, пре свега због тога што једнако третира починиоца штете и оштећеног.²⁵⁹ Због тога су земље САД седамдесетих година доктрину промениле, било судском одлуком, било законом, те сада важи правило *упоредиве непажње (comparative negligence)*. При постојању непажње обеју страна, суд ове упоређује и оштећеном тужиоцу умањује износ накнаде за проценат који одражава степен његове непажње, која је допринела настанку штете. Енглеска и Велс су 1945. године донели Закон о реформисању саделујуће непажње (*Law Reform (Contributory Negligence) Act*), којим су постигли сличан ефекат.

Права већег броја земаља заступају став да не долази до раздељивања штете, уколико је кривица штетника знатно већа од кривице оштећеног, већ штетник сам накнађује штету. Сматра се, наиме, да лаки нехат оштећеног не утиче на његово право на накнаду, уколико је штетник поступао умишљајно или са грубом непажњом.²⁶⁰

Постоје различита схватања о томе како треба третирати ситуацију у којој постоји знатно већа кривица оштећеног. Закони углавном стоје на становишту да се терет увек сразмерно дели између оштећеног и

²⁵⁷ Н. Koziol, „Reduction in Damages According to Article 77 CISG“, 25 *Journal of Law and Commerce* 2005-2006, 385-391.

²⁵⁸ Интернет адреса: www.answers.com/topic/contributory-negligence, 2009, 1.

²⁵⁹ Н. Koziol, (2005-2006), 385-391.

²⁶⁰ Н. Koziol, (1984), 189.

штетника.²⁶¹ Старија аустријска судска пракса и правна теорија, међутим, стоје на становишту да ће, онда кад је оштећени свесно поступао на своју штету, штетник, који је поступао само нехатно, бити у потпуности ослобођен обавезе накнаде.²⁶² Наша судска пракса за овај случај прихвата поделу терета штете. То схватање је дошло до изражаја у одлукама о захтевима на накнаду штете проузроковане прекорачењем нужне одбране. Постојање намере на једној страни, само по себи, тј. без обзира на тежину кривице друге стране, не може бити довољан разлог за искључење примене правила о раздељивању штете. При томе је све једно да ли ћемо цео случај посматрати са становишта скривљеног понашања штетника или са становишта скривљеног понашања оштећеног.²⁶³

§ 2 Принцип раздељивања штете између штетника и оштећеног

За разлику од римског права, које се држало начела *culpa-compensation*, у савременим правним системима, као основни, важи принцип раздељивања штете између штетника и оштећеног. Док се римско право руководило формалном логиком и задовољавало крутим решењем или-или, данашње право се, у знатно већој мери, руководи разлогом правичности, и начелно полази од становишта да једнаке кривице код обе стране треба да имају за последицу и једнаке њихове жртве. Уколико се кривица штетника и кривица оштећеног разликују по тежини, то треба да се одрази и на њихово учешће у сношењу штете. Дакле, какав је међусобни однос њихових кривица, такав треба да буде и однос њихових удела у сношењу штете. Овде се суду оставља слобода да због кривице оштећеног

²⁶¹ Тако аустријски *Општи грађански законик*, српски *Грађански законик* и *Општи имовински законик за Црну гору*.

²⁶² Н. Koziol, (1984), 190.

²⁶³ М. Мијачић, 151.

надокнаду штете или умањи или је уопште не досуди. Другим речима, кривица оштећеног може бити разлог и за *искључење* и за *умањење* одговорности починиоца штете другоме. По правилу, само тежи облик кривице оштећеног (намера или груба непажња) може потпуно искључити одговорност починиоца. Боље речено, само се таква кривица може, правно гледано, сматрати искључивим узроком штете. Ако је, пак, оштећени допринео настанку штете обичном непажњом, има право на умањену надокнаду. Са друге стране, судови бивших југословенских република сматрали су да чак и умишљајна кривица починиоца не може потпуно неутралисати кривицу оштећеног, већ да и у том случају може бити места раздељивању штете између њих.²⁶⁴

Новија домаћа судска пракса препознаје *допринос оштећеног* у настанку штете и неблаговремено предузимање мера у циљу локализовања штете. Судови поделу доприноса у штети разматрају искључиво по приговору штетника (туженог). Тако је, на пример, Други општински суд у Београду, пресудио по тужби детета кога је моторно возило ударило на пешачком прелазу и нанело му тешке телесне повреде. Суд је утврдио да возач путничког возила, додуше, јесте закаснило реаговао на ступање пешака на коловоз, али да је „до незгоде дошло пропустом пешака детета, које је претрчавало коловоз“ у тренутку када је зелено светло било упаљено за пролаз моторних возила. Стога, је првостепени суд проценио допринос туженог у саобраћајној незгоди на 30%²⁶⁵, што значи да је допринос оштећеног био 70%. Ова је пресуда потврђена у другом степену.²⁶⁶

У сличној ствари, Први општински суд у Београду каже (што је, потом, потврђено у другом и по ревизији): „Постоји допринос возача у настанку

²⁶⁴ Ј. Радишић, (2000), 238-239.

²⁶⁵ Пресуда Другог општинског суда у Београду, П.бр.3215/99, од 8.02.2002.године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

²⁶⁶ Пресуда Округног суда у Београду Гж.бр.3746/02, од 30.08.2002.године, преузета из архиве Другог општинског суда у Београду.

штете, ако је уочио пешака који претрчава коловоз у непосредној близини пешачког прелаза док је на семафору упаљено црвено светло за пешаке, а да се претходно *пешак* (прим. М.С.) није уверио да коловоз може безбедно прећи, и у случају када *возач* (прим. М.С.) није имао могућности да заустави возило пре контакта са пешаком, уколико није реаговао предузимањем одређених радњи у смислу смањења брзине, чиме би последице повређивања пешака биле мање“. Овде је утврђен износ правичне новчане накнаде смањен за 50% због прихваћеног приговора подељене одговорности, а у складу са одредбом члана 192. ЗОО.²⁶⁷

Другом општинском суду у Београду, Окружни суд је, по сличној ствари, вратио предмет на поновно одлучивање. Тужени је, наиме, навео „да на страни другог учесника у саобраћајном удесу постоји велики допринос, јер је учесник који је тужиоцу долазио у сусрет возио већом брзином од дозвољене брзине у насељеном месту“. Окружни суд је навео да „лице које је оштећено може имати удела у настанку штете, а може допринети да она буде већа, те да тада има право само на сразмерно умањену накнаду“. Због тога је наложио првостепеном суду да изведе све потребне доказе и да несумњиво разјасни који део штете потиче од радње туженог, а које од радњи возача оштећених возила. У том смислу, „ако има доприноса оштећеног у настанку штетних последица, штетник не би био дужан да накнади целокупну штету, већ само део штете која се може приписати његовој недозвољеној радњи, односно његовој кривици“.

²⁶⁷ Пресуда Првог општинског суда у Београду П.бр.595/00, од 4.2.2004, године, пресуда Окружног суда у Београду, Гж.бр.8096/04, од 18.11.2004.године, и пресуда Врховног суда Србије Рев.бр.680/05, од 15.6.2006.године, преузете из архиве Првог општинског суда у Београду.

Окружни суд је указао општинском суду на потребу правилне примене члана 192. ЗОО који уређује подељену одговорност.²⁶⁸

Обавезе пацијента, која изазива претпоставља његову привилегију као оштећеног могу се поделити у две основне групе: обавеза сарадње у односу са лекаром и обавеза у односу са здравственим осигурањем. Обавеза у односу са лекаром се даље деле у обавезе које пацијент има у поступку лечења и оне које има када штета, или исход лечења, већ настане. Обавезе у односу са здравственим осигурањем су оне које проистичу из добродушног и оне које проистичу из обавезног здравственог осигурања.

Глава прва: ПАЦИЈЕНТОВЕ ОБАВЕЗЕ САРАДЊЕ

§ 1. Општи поглед

Лице које партнеру у уговорном односу поступања изјави дактено, мора и свој понашање да прилагоди таквим очекивањима. Пацијент не може само да закључи партнерски однос, већ га и сам мора остварити. Он дакле, може и мора да да и свој допринос успеху лечења. Пацијент који тражи да га нешто лече, дужан је да учини све што је потребно да би омогућио успешно лечење. Када тражи помоћ лекара, он истовремено стиче обавезу у власитом интересу. Та обавеза се састоје у сарадњи, односно сарадњању пацијента у поступку лечења.

Правна сарадњања пацијента има, међутим, два значења. Прво је, дакле, дужност сарадњања (сарадње) пацијента у поступку лечења кроз уклањање потешчавања из стања штете. Друго значење је сарадњања у постачку (избегавње штете или оне што се може јавити изазивајући привилегијом лекара, кроз њега обавезу и највишег интересу државе, јавног да

²⁶⁸ Пресуда Другог општинског суда у Београду, П.бр.7741/99, од 22.10.2002.године и решење Окружног суда у Београду Гж.бр.396/03, од 29.10.2003.године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду.

ТРЕЋИ ДЕО: ОБАВЕЗЕ ПАЦИЈЕНТА ЧИЈА ПОВРЕДА ПРЕДСТАВЉА ЊЕГОВУ КРИВИЦУ КАО ОШТЕЋЕНОГ

Обавезе пацијента чија повреда преставља његову кривицу као оштећеног могу се поделити у две основне групе: обавезе сарадње у односу са лекаром и обавезе у односу са здравственим осигурањем. Обавезе у односу са лекаром се даље деле у обавезе које пацијент има у поступку лечења и оне које има када штета, као исход лечења, већ настане. Обавезе у односу са здравственим осигурањем су оне које произилазе из добровољног и оне које произилазе из обавезног здравственог осигурања.

Глава прва: ПАЦИЈЕНТОВЕ ОБАВЕЗЕ САРАДЊЕ

§ 1 Општи поглед

Лице које партнеру у уговорном односу поставља високе захтеве, мора и своје понашање да прилагоди таквим очекивањима. Пацијент не може само да захтева партнерски однос, већ га и сам мора остварити. Он, дакле, може и мора да дâ и свој допринос успеху лечења. Пацијент који тражи да га лекар лечи дужан је да учини све што је потребно да би омогућио успешно лечење. Када тражи помоћ лекара, он истовремено стиче обавезе у властитом интересу. Те обавезе се састоје у сарадњи, односно саделовању пацијента у поступку лечења.

Појам „саделовања пацијента“ има, међутим, два значења. Прво је, дакле, дужност саделовања (сарадње) пацијента у поступку лечења или у умањењу/отклањању настале штете. Друго значење је саделовање у настанку сопствене штете или оно што се уобичајено назива „кривицом пацијента“. Кршење обавеза у властитом интересу доводи, наиме, до саделовања пацијента у настанку или увећању његове штете. Пацијент саделује у настанку штете онда када се огреши о своју дужност, односно ако не сарађује у властитом лечењу онако како се од њега очекује. Осим

тога, пацијент саделује у штети ако не учини ништа са своје стране да штету, коју му је лекар нанео, заустави, да не дозволи њено увећање или да је умањи. У оба случаја пацијент трпи одређене негативне последице свога понашања.

Обавезе које пацијент има у властитом интересу могу се поделити у две основне групе. Прва група обухвата све обавезе, које, у најширем смислу, *служе успеху лечења и називају се „обавезама сарадње пацијента“ (обавезе пацијента да своју штету избегне)*. Под ове потпадају, нпр: сарадња у разговору лекар-пацијент, дужност да се дијагностичке мере прихвате, као и сарадња у избору и спровођењу терапије. Генерално, може се рећи да пацијент путем свог кооперативног понашања мора да допринесе успешном извршењу, а нарочито, мора да пропусти све што би могло да угрози успех лечења.

У другу групу спадају обавезе пацијента да већ насталу штету отклони или умањи. Оне би, према својој функцији, требало да заштите уговорног партнера од негативних дејстава на његова правна добра. Пацијент је дужан да предузме све што се од њега очекује да би, након наступања штетног случаја, штету отклонио или ограничио њен даљи развој, како би умањио обим штете на коју је лекар обавезан. Ту долазе, на пример, дужност пацијента да се подвргне још једној операцији, или да (код умањења радне способности) предузме дошколовање.²⁶⁹

Наведене обавезе су споредне у односу на плаћање хонорара (која је главна обавеза), али им то нипошто не умањује значај, у односу на целокупан ток лекарског поступања и односа лекар-пацијент. Пацијент је дужан да учини све што је, са становишта медицине, потребно да би омогућио успешно лечење. Он је, дакле, обавезан да активно сарађује са лекаром, јер без његове сарадње лекар није у стању да испуни своју обавезу лечења.²⁷⁰ Пацијент је, исто тако, чинећи своју, већ насталу, штету

²⁶⁹ С. Conti, 83.

²⁷⁰ Ј. Радишић, (1996), 343.

мањом, умањује и штету лекара, ослобађајући га потпуно или делимично обавезе накнаде.

Треба, додуше, имати у виду да споредне обавезе пацијента немају карактер правних обавеза и да се, стога, не могу изнудити преко суда. Ради се искључиво о обавезама у властитом интересу. Кршење тих обавеза може имати значај кривице оштећеног и имати разне последице, као нпр. право лекара да уговор откаже, али се њихово испуњење не може изнудити.²⁷¹

§ 2 Обавезе сарадње пацијента у поступку лечења

А. Појам обавеза сарадње пацијента у поступку лечења

Обавезе сарадње пацијента су оне које су усмерене ка осигурању успеха лечења. Оне се изводе из уговора, принципа савесности и поштења, или генералне забране повређивања апсолутних права уговорних страна.

Наш Закон о здравственој заштити не уређује све, већ само поједине дужности сарадње пацијента. Њиме се, пре свега, на један општи начин обавезује појединца на пажљиво поступање и то кроз члан 15, који уређује друштвену бригу за здравље на нивоу појединца. Члан 15, став 1, гласи: „Појединац је дужан да се у границама својих знања и могућности укључи у друштвену бригу за здравље, као и да повређеном или болесном у хитном случају пружи прву помоћ и омогући му доступност до хитне медицинске службе.“

Став 2, члана 15. обавезује појединца да чува сопствено здравље, здравље других људи, као и животну и радну средину.

Закон о здравственој заштити, потом, ове одредбе конкретизује кроз став 3. који уређује обавезује појединца да се подвргне обавезној вакцинацији.

²⁷¹ *Ibid.*, 344.

Неке конкретне дужности пацијента на сарадњу уређене су и члановима 42. и 43. ЗЗЗ. Члан 42. обавезује пацијенте да се, за време лечења и остваривања здравствене заштите у здравственим установама, придржавају општих аката здравствене установе о условима боравка и понашања у њој.

Пацијент је, сходно члану 42., дужан да дâ писмену изјаву, уколико захтева да прекине лечење и поред упозорења доктора на могуће последице због овакве одлуке. Уколико он то одбије, о одбијању ће се сачинити службена белешка, која се уписује и чува у медицинској документацији пацијента.

Сходно члану 43. ЗЗЗ, пацијент је дужан да при остваривању здравствене заштите у здравственој установи и приватној пракси: 1. активно учествује при заштити, очувању и унапређењу свог здравља; 2. у потпуности информише надлежног здравственог радника о истинитим подацима о свом здравственој стању; и 3. да се придржава упутстава и предузима мере прописане терапије од стране надлежног здравственог радника.

Иако не уређује све дужности сарадње пацијента, корак напред важећег Закона у односу на претходне је у томе што дужности пацијента посебно уређује.

Спремност пацијента да своје понашање усагласи са мерама лечења, односно (и шире од тога), било који облик сарадње пацијента који је нужен за успех лечења, у упоредно-правној теорији назива се *compliance*.²⁷² *Compliance* није нови феномен, већ само новији појам за описивање старог проблема заједничког рада, сарадње између лекара и пацијента. Готово сваки лекарски труд остаће без успеха, уколико пацијент не садејствује у лекарској активности.

Пацијент има два разлога да сарађује у постизању уговореног резултата. Један је да ће путем сарадње поспешити остварења резултата.

²⁷² С. Conti, 84.

Други повод је што уколико се пацијент противи спровођењу лекарског налога, тада он, у принципу, не може касније да захтева накнаду штете због грешке у лечењу. Оштећени, дакле, сам сноси штету насталу због ометања лечења, односно због неучествовања у лечењу. Такође, опште је правило да је, у случају доцње повериоца, његова могућност истицања уговорног или деликтног захтева за накнаду штете од стране дужника, уколико дође до случајне пропасти или оштећења дуговане ствари, искључена или редуцирана, па се то може применити и на однос лекар-пацијент.²⁷³

Сарадња у остваривању успешног лечења почиње већ у тренутку појављивања код лекара, пошто овај само у врло ретким случајевима може да постави дијагнозу без испитивања пацијента. Дужност сарадње се појачава приликом узимања анамнезе, где пацијент мора да опише своје тегобе и њихову размеру онолико прецизно колико је њему то могуће. Сарадња је важна и код праћења лекарских (медикаментозних, дијететских и других) препорука.²⁷⁴ Пацијент који тражи да га лекар лечи је, дакле, дужан да учини све што је потребно да би омогућио успешно лечење. Ако се огреши о ту дужност, ако не саделује у властитом лечењу онако како се од њега очекује, може тиме допринети настанку штете на своме здрављу или имовини и, у том случају, може бити речи о сакривци пацијента.²⁷⁵

Сарадња пацијента значи више од простог слеђења лекарских упутстава о понашању. Оно, наиме, треба да представља свеобухватну подударност животних навика пацијента са медицинским саветима лекара. Међутим, од лекара зависи да ли ће пацијента успети да увери у то да је дијагноза тачна и да преписани лекови представљају делотворну терапију. Различита емпиријска истраживања показала су да пацијенти који су незадовољни својим лекаром или лечењем, у мањој мери следе лекарска

²⁷³ Тако члан 326, став 1. ЗОО; слично и став 1, параграфа 300 НГЗ, који гласи: „У случају доцње повериоца, дужник одговара само за немару и груби нехат“.

²⁷⁴ С. Conti, 84.

²⁷⁵ Ј. Радишић, (2007), 110.

упутства од оних који су задовољни. Пацијенти, такође, радије прате упутства која су једноставна и која не захтевају велику промену постојећих животних навика. Тако ће пацијент радије прихватити упутства која су усмерена на узимање одређених доза лекова, него она управљена на одвикавање од пушења, придржавање одређене дијете или апстинирање од алкохола. Често је несарадња пацијента последица саме болести или њених симптома, на пример – великог бола или непостојања болова. О овим субјективним моментима код пацијената треба водити рачуна приликом одмеравања удела у узрочности и кривици.²⁷⁶

Б. Правни основ и правна природа обавезе сарадње пацијента

I. Правни основ обавезе сарадње пацијента

Правни основ обавеза сарадње пацијента је, у принципу, уговор о лечењу. Лице које од лекара захтева предузимање мера лечења, уговорно је обавезно да учини све да би омогућило успешно лечење или операцију.

У литератури се повремено поставља питање правног карактера обавеза сарадње пацијента, и оне се означавају као споредне уговорне обавезе пацијента. Ускраћивање сарадње представља скривљену повреду уговора онда, када и ако би се тиме онемогућило испуњење уговора о лечењу од стране лекара.

II. Правна природа обавезе сарадње пацијента

Код уговора о лечењу, основна уговорна обавеза је обавеза лекара на испитивање и лечење пацијента. Уговорна обавеза пацијента је да плати хонорар (уколико исти није подмирен осигурањем), а споредне обавезе су

²⁷⁶ J. Göben, 45.

обавезе сарадње (саделовања), односно да извршава наредбе лекара и да подноси испитивање, лечење и лекарске захвате.²⁷⁷ Сарадња пацијента се, међутим, не може третирати као права правна обавеза, већ као обавеза у сопственом интересу. Ова обавеза јесте дугована, али није утужива, нити изнудљива на други начин. Осим тога, дужност саделовања пацијента у сопственом лечењу је увек ограничена његовим правом на самоодређење, као аспектом права личности. Заштита општег права личности у форми права самоодређења налаже да се пацијенту мора дозволити да се, са медицинске тачке гледишта, понаша чак и неразумно.

Чак и уколико би се обавези пацијента на сарадњу признао значај праве правне обавезе, вредност овог признања није велика, и последице су, у пракси, исте као код обавеза које се не сматрају правим правним обавезама. Лекар не би био овлашћен да своје уговорно право принудно спроводи. Најчешћа санкција пацијенту за несарадњу у поступку лечења било би то што у случају манљивог лекарског поступања не би могао да очекује потпуно остварење захтева за накнадом штете.²⁷⁸

Постоје случајеви када је обавеза сарадње експлицитно прописана законом. Међутим, и тада она може бити обавеза у сопственом интересу. Тада ова обавеза не може бити принуђена и као последицу има једино губитак права због кога је прописана. Параграфи 61-64 немачког *Социјалног законика*, на пример, изричито уређују обавезе сарадње лица које захтева или прима социјална давања и то: да се лично појави на усменом разговору, да се подвргне лекарским мерама испитивања, да узме учешћа у професионалном животу у циљу реализације своје радне или комуникационе способности, итд. Овај законик уређује и услове под којима лице нема обавезу сарадње и то су следећи: кад испуњење обавеза тога лица не стоји у одмереном односу према социјалном давању; кад се испуњење обавеза из важног разлога не може очекивати. Пацијент може

²⁷⁷ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 598.

²⁷⁸ J. Göben, 48-49.

одбити оно лечење и испитвање код којег, у појединачном случају, штета за живот или здравље не може са већом вероватноћом бити искључена, које је повезано са значајним боловима, или које представља знатан захват у телесну целовитост. Овде се, додуше, ради о односу пацијента и даваоца социјалних примања, али је садржина пацијентових обавеза донекле слична садржини обавеза у односу лекар-пацијент.

Део швајцарске правне литературе не прихвата опис обавезе сарадње пацијента као обавезе у сопственом интересу, која није права правна обавеза. Појам обавезе у сопственом интересу, према овом схватању, нема одговарајућу оштрину, нема адекватну дефиницију, а ограничења обавезе понашања, која се уводе појмом обавезе у сопственом интересу, сам тај појам чине излишним. Сматра се да је обавеза сарадње пацијента, која представља камен темељац успеха лечења, заправо права обавеза понашања, иако није утужива, нити принудно остварива. Њена права правна природа огледа се у ситуацији када пацијент одбија да плати лекарски хонорар због лошег испуњења обавеза лекара. Лекар тада може као приговор да истакне несарадњу пацијента.²⁷⁹ Ово схватање, међутим, није већински прихваћено у правној литератури.

V. Врсте, опсег и стадијуми сарадње пацијента

Треба правити разлику између терапеутске и правне сарадње пацијента. Прва обухвата *сваки чин сарадње пацијента* у оквирима лекарског третмана. Друга подразумева испуњење правних претпоставки за спровођење лечења или операције. Правна сарадња подразумева, наиме, *давање сагласности на медицинске мере лечења*, као конкретизацију пацијентовог права самоодређења.²⁸⁰

²⁷⁹ C. Conti, 86.

²⁸⁰ *Ibid.*, 85.

Опсег сарадње зависи од индивидуалних особина пацијента: профила личности, предзнања, степена образовања и тежоба које пацијент има. Он зависи много и од врсте лечења. На пример, код кућне дијализе (која се обавља ван централне станице за дијализу), пацијент мора сам да спроведе терапију. Допринос лекара овде се ограничава на инструкције и надзор над болесником, као и над евентуалним дијализним партнером.

Треба правити основну разлику између шест стадијума сарадње пацијената: дужност пацијента да пружи информације о историји болести (анамнеза); дужност пацијента да сарађује при спровођењу дијагностичких мера; дужност пацијента да сарађује при избору мера лечења; дужност саделовања пацијента у спровођењу терапије и поштовања лекарских упутстава и препорука; општа дужност пацијента на накнадну бригу о сопственом здрављу; и, поштовање уговорених термина лечења. Сви ови стадијуми сарадње су терапеутског типа, сем сарадње при избору мера лечења, односно давања сагласности, који представља правну сарадњу пацијента. Да би лечење било крунисано успехом, сарадња пацијента је у свих шест стадијума нужна. Успешно лечење је искључено без сарадње пацијента. Већ воља да се поново буде здрав, представља пола успеха лечења.²⁸¹

I. Дужност пацијента да пружи информације о историји болести (анамнеза)

Давање података за анамнезу је прва дужност пацијента у хронологији лекарског рада. Она значи да пацијент треба лекара да обавести о неким својим особеностима као што су претходне болести, генетске штетне карактеристике, склоности алергијама и слично. У односу лекар-пацијент, ова је дужност сагласна са садржином опште дужности оштећеног да штетника упозори на опасност једне неуобичајено високе

²⁸¹ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 598.

штете, за коју овај није знао нити је морао знати. Прећуткивање анамнестички значајних околности, упркос питањима лекара, доприноси настајању штете.²⁸² Тиме што лекара лишава овако битних, а њему познатих информација, пацијент проиграва лекарско поверење у безбедност сопственог понашања, нарочито уколико се ради о околностима због којих, и према представи једног лаика, може настати нарочито велика штета.

Тако је, на пример, једном немачком пацијенту са знатним стомачним тегобама три месеца раније, у једној болници, у стомак био имплантиран силиконски балон напуњен кухињском сољу, у циљу редукције тежине. Балон се спонтано одвојио и узроковао затварање танког црева. Када се појавио у другој болници ради разјашњења и лечења стомачних тегоба, пацијент је прећутао имплантацију. Услед тога је дошло до операције, која се, иначе, могла избећи. Виши земаљски суд у Келну је, додуше, потврдио да је повређена обавеза првог лекара да информише пацијента о постојању ретког ризика затварања танког црева. Са друге стране, и пацијенту је урачуната сакривица од 2/5, јер, након имплантирања балона, није ишао на договорена контролна испитивања, нити је приликом пријема у другу болницу, упутио лекара на постојање балона. Дакле, у овом случају је пацијент имао, у односу на другог лекара, сазнајно преимућство.²⁸³

И један аустријски суд потврдио је сакривицу пацијенткиње због пропуштања давања одговарајуће информације лекару. Кућни лекар је пацијенткињи убризгао инјекцију лека – Волон А 40. Том приликом га је она питала, на општи начин, да ли лек има нека споредна дејства. Лекар је дао негативан одговор и није препоручио никаква посебна правила понашања. Лек је проузроковао одлагање месечног циклуса. Ово је довело до нежељене трудноће пацијенткиње, која је користила природну заштиту од

²⁸² К. Geiß, Н. P. Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 3. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1999, 32 ; тако и: С. Conti, 122, J. Göben, 48.

²⁸³ J. Göben, 50.

зачећа, дакле водила рачуна о данима месечног циклуса. Аустријски Врховни суд одбацио је захтев пацијенткиње за накнаду штете. У образложењу одлуке, суд је навео да би обавеза лекара да информише пацијенткињу о дејствима лека, постојала само у случају да је пацијенткиња лекара упутила на своју потребу за тиме да јој се месечни циклус не помера или да је лекару позадина њеног питања о споредним дејствима лека била на други начин позната.²⁸⁴

Следећи је пример пацијента са тешким срчаним обољењем, који је био дужан да свог зубара, пре лечења, обавести о својим кардиолошким проблемима. Овде нарочита опасност произилази из нервног оптерећења пацијента, повезаног са будућим стоматолошким третманом и из могуће примене анестетика.²⁸⁵

Затим, пре вакцинације, пацијент је дужан да лекара обавести о алергији и обољењу срца и крвотока. Али, када пацијент у оквиру предоперативне дијагностике да информацију да има слабу циркулацију крви, не треба да о појачаној осетљивости на хладноћу обавештава и постоперативно.²⁸⁶

Пацијент је дужан да, пре сваке, па и рутинске операције, обавести лекара да је раније у свом животу имао сметње у згрушавању крви. Уколико заборави да каже да је раније добијао хематоме по телу кад год би се ударио, то му се може приписати у сакривицу, нарочито уколико му је на то скренута пажња од стране кућног лекара. Наравно, може се десити да пацијент нехатно такву информацију прећути, јер он, као медицински лаик, не може из случајног наступања хематома, извући тако важне закључке.

²⁸⁴ Одлука Врховног суда Аустрије, од 12.7.1990, бр. 7 Об 593/90, према: М. Memmer, „Rechte und Pflichten – Patient und Behandler“, у: Aigner, Kletečka, Kletečka-Pulker, Memmer, *Handbuch medizinrecht für die Praxis*, Wien 2007, 46.

²⁸⁵ J. Göben, 50.

²⁸⁶ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 600.

Због тога треба ценити сваку конкретну ситуацију и околности те ситуације да би се утврдила или одбила кривица пацијента због несаделовања.²⁸⁷

Обавеза обавештавања око које нема дилеме постоји када пацијент из религиозних разлога („Јеховин сведок“) одбија трансфузију крви. Он мора пре операције то свом хирургу да саопшти, јер у току сваке операције може настати потреба за трансфузијом.²⁸⁸

Наравно, до штете, услед непружања информација од стране пацијента, не би требало да дође, јер лекар свакако има правну обавезу да пацијенте, пре дијагностичких или терапијских мера, на сваки начин анамнестички испита. Лекар је обавезан да узме личну, медикаментну и социјалну анамнезу.²⁸⁹ Он, захваљујући свом образовању, располаже предношћу у знању и информацијама. Лекар зна узроке и последице могућих компликација. Због тога њега погађа правна обавеза да пацијента пре дијагностичких и терапеутских захвата, испита и да прибави информације релевантне за постављање дијагнозе. Пацијент, по правилу, не зна који су подаци лекару потребни. У процесу информисања је, дакле, примарно питање лекара, пошто пацијент не зна који су подаци за лекара важни, а који нису²⁹⁰, али ток информација иде од пацијента. Лекар је тај који код узимања анамнезе поставља питања и тражи прецизирања, а пацијент тај који је дужан да даје одговоре.

Тако, немачка судска пракса сматра да је задатак лекара да пацијента испита о ранијим болестима, као нпр. о евентуалној тромбози, уколико постоји сумња да би могло и сада до ње доћи.²⁹¹ У том смислу, нема сакривце пацијента када он не упућује лекара на ранију тромбозу, а уједно, управо због ње, носи потпорну чарапу, која би у лекару могла

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ J. Göben, 49.

²⁹⁰ M. Memmer, 46.

²⁹¹ C. Conti, 121.

побудити сумњу о постојање тромбозе. Уколико, међутим, разлога за такву сумњу нема, пацијент је дужан да први лекара обавести о сметњама у згрушавању крви које је имао током неке раније операције.

Лекар је посебно заинтересован за податке који олакшавају постављање дијагнозе. Пацијент може, пак, имати друге интересе, као, на пример, да своје конкретне потребе учини разумљивим. Лекар, међутим, мора пацијенту да објасни да су одређена обавештења за њега од посебне важности и да је битно да пацијент тачно опише своје симптоме. У случају да пацијент ове информације не може уопште или не може довољно прецизно да изрази, лекар мора, путем постављања прецизно формулисаних питања, да дође до жељених података.²⁹²

Када се ради о обавештавању о преосетљивости на лекове, немачка судска пракса је уздржана. Сматра се, у начелу, да није задатак пацијента да лекара сваки пут обавештава о преосетљивости на лекове.²⁹³ Уколико лекар пре операције пита пацијента да ли узима лекове, а овај то негира, а да при томе узима препарате који садрже ацетилсалицилну киселину, прећуткивање ове чињенице не представља нужно повреду обавезе. Наиме, ова врста медикамената најчешће се не преписује на рецепт и може се једноставно прибавити, а одређена врста пацијената је узима редовно и за све могуће индикације. Ови препарати, због тога, за ову врсту пацијената, врло брзо губе карактер медикамената.²⁹⁴

Лекар мора да поставља што прецизнија питања у вези са коришћењем лекова и да пре операције за ово обезбеди довољно време, у циљу избегавања накнадних неспоразума. Он треба да, поред генералних питања о узимању лекова, постави и конкретнија питања о специфичним

²⁹² *Ibid.*, 92.

²⁹³ J. Göben, 51.

²⁹⁴ C. Conti, 124.

лековима. То, наравно, не мења ништа у чињеници да пацијент, за време разговора са лекаром, мора што потпуније и ваљано да одговара.²⁹⁵

Лекар је тај који поставља питања, али само је пацијент у могућности да даје информације. Пацијент је обавезан да одговара на питања јасно и да да информације о релевантним чињеницама, када се то очекује према околностима датог случаја, односно када је способан да то чини.²⁹⁶ Уколико не може да добије прикладан одговор, лекар конкретан проблем треба да остави отвореним. Лекар треба одговор, након консултација, да допуни коришћењем средстава која су му на располагању: картон вакцинација, разговор са члановима породице, итд.²⁹⁷

Дужност сарадње обеју страна код анамнезе јасно је видљива у одлуци Вишег земаљског суда у Кобленцу.²⁹⁸ Овај суд у изреци своје одлуке каже да ако пацијент, пре операције, прећути тешко срчано обољење које је контраиндиковано за предстојећи захват, али је и видљиво из ЕКГ-а, пацијента погађа „половична сакривица“.

Разговор лекар-пацијент, зависно од пацијента и болести, протиче различито. Може се радити о особама које се одавно познају и већ су изградиле однос поверења, или о особама које се срећу први пут. Даље, разговор са пацијентом који тражи помоћ због менталне болести или са депресивном особом протиче другачије него са пацијентом који се лекару обраћа због грипа. Колико ће разговор бити информативан за лекара, зависи и од тога да ли је пацијент млад или стар, хронично болестан или се ради о терминалној фази болести. При процени да ли постоји несарадња пацијента код обавештавања лекара, у обзир треба узети и индивидуалне

²⁹⁵ *Ibid.*, 125.

²⁹⁶ M. Memmer, 46.

²⁹⁷ C. Conti, 129.

²⁹⁸ Одлука Вишег земаљског суда у *Koblenz*-у, бр. 5 U 47/06, *Medizinrecht* 25/2007, 363-364.

способности пацијента, као што су интелигенција, моћ увиђања чињеница, степен образовања.²⁹⁹

Неке дужности пацијента да обавести лекара могу представљати праве правне обавезе, за чију је повреду прописана санкција. Такве обавезе имају дупло штитеће дејство: према самом пацијенту и према осталим члановима друштва. Тако, на пример, ако пацијент болује од болести која угрожава заједницу (ХИВ-инфекција или хепатитис), обавештавање лекара о тој болести чини се у интересу обезбеђивања успеха сопствене терапије, као и у интересу друштва.³⁰⁰ Овде, међутим, постоје два супротстављена схватања. Једно је управо то да је откривање ризика инфекције пре операције очекивано и да не представља задирање у право личности пацијента, јер за оперативни тим постоји сувише висок ризик који није безусловно познат и од кога се човек само специјалним мерама може ефикасно заштитити.³⁰¹ Са друге стране, постоји схватање да персонал у здравственим установама мора увек да предузима опште мере предострожности. То схватање се заснива на претпоставци да је свака крв потенцијално инфективна, без обзира да ли потиче од пацијента или од здравственог радника, и без обзира да ли је познат њихов ХИВ-статус. Ове опште мере обликоване су програмом *Светске здравствене организације* од 1995. године. Ово схватање штити „право на приватност“, на супрот „праву на спознају“.³⁰²

²⁹⁹ C. Conti, 122.

³⁰⁰ J. Göben, 52.

³⁰¹ C. Conti, 123.

³⁰² *Guidelines for Prevention of Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B Virus to Health-Care and Public-Safety Workers*, Article, <http://aepo-xdv-www.epo.cdc.gov/wonder/prevquid/p0000255/body0001.htm>, 1.

II. Пацијентова дужност сарадње при спровођењу дијагностичких мера

Оптимална терапија могућа је само онда када је пацијент схватио смисао предложених дијагностичких мера и када спремно прихвата да се на њему, у случају нужде, предузму и инвазивна испитивања, као и она која су повезана са специфичним ризицима. Наравно, снагом свог права самоодређења, пацијент може и да одбије дијагностичке захвате. У принципу, дакле, пацијентово право на одустанак од лечења много мање је ограничено, него што је то лекарево. Пацијент не мора посебно да води рачуна о пословним интересима лекара. У том смислу се може говорити само о ограниченој обавези пацијента на трпљење.³⁰³

III. Пацијентова дужност сарадње при избору мера лечења

Слобода лекара да изабере терапију има свој уставни основ у слободи вршења лекарског позива. Није, међутим, реч о неограниченој слободи избора лечења. Право сваког грађанина на заштиту здравља и право сваке државе да законски уређује здравствену заштиту становништва, постављају границе самовољи лекара.³⁰⁴

Пацијенти, са своје стране, имају не само право, него и дужност да учествују у избору лечења.

Када путем основне анамнезе сазна за тегобе, симптоме и особености пацијента, и након предузимања потребних дијагностичких испитивања, лекар пацијенту саопштава тренутну дијагнозу и предлог лечења. На основу налаза, лекар може пацијенту дати и више предлога лечења. Уколико постоје алтернативне мере које могу водити ка циљу лечења, лекар је обавезан да их све наведе. Пацијент, дакле, одлуку о лечењу мора донети свестан свих релевантних чињеница. Пре него што

³⁰³ С. Conti, 129.

³⁰⁴ Н. Ђурђевић, 279.

одлучи, он може постављати питања у циљу употпуњавања свога знања и може од свог лекара тражити савет. Пацијент може тражити и друго мишљење (*second opinion*). Уколико претходно обавештавање од стране лекара изостане, пацијенту се не може ставити на терет то што он о ризицима лечења уопште није постављао питања. Овде је, због информативних преимућстава лекара, у првом плану његова обавеза да упозори и испита пацијента.³⁰⁵ Ако пацијент изрази жељу да лекар сам донесе одлуку о лечењу, опет је само он овлашћен да се са датом одлуком сагласи. Дакле, пацијент је тај који доноси коначну одлуку и који може да одбије чак и лечење које је витално индиковано. Закон о здравственој заштити у члану 31, став 1 каже да пацијент има право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица. Чланом 33 став, 1 333 установљава право пацијента да предложеној медицинској мери одбије, чак и у случају када се њоме спасава или одржава његов живот.

При избору лечења лекар и пацијент, воде рачуна и о томе да, у оквиру здравствено прихватљивих врста лечења, изаберу ону врсту која ће бити покривена здравственим осигурањем. Уколико тај критеријум није испуњен, институција здравственог осигурања ће одбити накнаду хонорара/трошкова медикамената.

IV. Дужност саделовања пацијента у спровођењу терапије и поштовања лекарских упутстава и препорука

а) Суштина и значај

Да би лекар могао да спроведе одговарајуће лечење, саделовање пацијента је нужан део концепта лечења. Терапију је, у болничким

³⁰⁵ E. Deutsch, (2003), 228.

условима, лакше спровести, јер је и степен сарадње пацијента већи. Када се, међутим, ради о терапији у ванболничким условима, тј. о држању дијете, спровођењу гимнастичких вежби и слично, лекар има превасходно улогу давања инструкција и надгледања болесника и, евентуално, његовог партнера, у циљу спровођења редовног лечења. То је тако и код спровођења кућне дијализе или убризгавања инсулина (код дијабетеса или хипертоније). Лекар мора, с обзиром на вишеструке ризике који су повезани са овим болестима, да, на интензиван начин, мотивише пацијента на сарадњу и поступање на сопствену одговорност. Болеснику је потребно јасно предочити да успех терапије битно зависи од његових животних навика. Игнорисање лекарских упутстава и информација у овом случају представља прекршај обавезе пацијента на сарадњу. Ради се, на пример, о држању дијете, спровођењу гимнастичких вежби, или физиотерапији. Како је, по правилу, реч о мање тешким мерама него што је подвргавање операцији, од пацијента се очекује да се у већој мери придржава ове дужности него код операције.³⁰⁶ Уколико пацијент лечење самовољно прекине (јер, на пример, у том тренутку, има утисак да је здрав), тада он сноси сакривицу у односу на евентуалну лекарску грешку. Исто важи и за лекарски савет пацијенту да се уздржи од пушења, када је пацијенту дато објашњење о штетности пушења за излечење.

Уколико се пацијент усагласио са уговореним програмом лечења, одбијање трпљења ипак може да представља скривљену повреду уговора. Лекар, у овим околностима, задржава право на хонорар. Ово право лекара нарочито долази до изражаја онда када он, због лечења једног пацијента, није био у могућности да у том термину лечи другог.³⁰⁷ Ако се пацијент не придржава лекарских налога и лечење па због тога изостане успех, лекар, и тада, упркос неуспеху, задржава своје право на хонорар. Неуспех лечења

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ C. Conti, 129.

није „доказ на први изглед“ грешке лекара.³⁰⁸ Пацијент, осим постојања неуспеха лечења, мора да докаже да, и поред неслеђења лекарских налога, постоји погрешно лечење.³⁰⁹ Пацијент мора да сноси последице ненаступања успеха лечења у случајевима своје сакривице, јер лекар не може принудно спровести забрану пушења пацијента, смањење тежине или пацијентово кретање. Па ипак, недостајућа сарадња пацијента не ослобађа лекара уговорне обавезе да испитује разлоге обољења и да захтева од пацијента већу меру сарадње.³¹⁰

Оштећени пацијент скривљено поступа када се не држи терапеутских упута лекара и тиме доприноси настајању штете.³¹¹ И поред тога, статистике показују да пацијенти релативно ретко следе предлоге лекара о начину лечења. Ово нарочито важи за узимање медикамената. Пацијенти, наиме, редовно редукују узимање лекова без консултација са лекаром. Због тога постоји обавеза лекара да пацијента упути на значај саделовања у свим стадијумима лечења и на то да се мора терапијски правилно понашати. Ова обавеза се назива „обавештење ради сигурности или терапеутско обавештење“ и о њој је већ било речи. Уколико лекар пропусти терапеутско обавештење, он чини лекарску грешку.³¹² Непоштовање лекарских савета и препорука, дакле, није основ за приговор саделујуће кривице онда када, у недостатку меродавног објашњења о дијагнози и

³⁰⁸ Доказ „на први изглед“ је доказна олакшица установљена у корист оштећеног. Овај доказ се ослања на типичан ток догађаја и применљив је онда када је утврђено чињенично стање које, на основу животног искуства, упућује на одређени узрок или одређени исход. Закључак се, дакле, доноси на основу искуственог става, чија вероватноћа може бити довољна да суд, путем слободне оцене доказа, стекне потребно уверење.

³⁰⁹ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 612.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ K. Geiß, H. P. Greiner, 32.

³¹² C. Conti, 132.

терапији, пацијенту није сасвим јасно да његово понашање повећава ризик.³¹³

Исто тако, евентуалне нејасноће у информисању пацијента не могу ићи на његов терет. Овакав став заузела је немачка судска пракса у случају пацијенткиње која је донела на свет дете са неоуролошким дефектом (*spina bifida*). Пацијенткиња је у трудноћи третирана од стране клиничког лекара, као и од лекарке нижег нивоа здравствене заштите. Испитивања обављена на клиници нису дала никакав необичан налаз, али је клинички лекар указао својој колегиници са нижег нивоа здравствене заштите на нужност спровођења интензивне дијагностике за утврђивање деформитета плода. Лекарка је трудници саопштила садржај лекарске преписке и спровела само сонографска испитивања (преглед унутрашњих органа путем ултразвука). *Spina bifida* обољење детета је утврђено тек у тренутку када прекид трудноће, сходно параграфу 218а, став 4, реченица 1 немачког *Кривичног законика*, више није био могућ. У нижим инстанцама, суд утврђује сакривцицу пацијенткиње, јер је она морала инсистирати на бољем објашњењу лечења, и накнадно се распитати. Савезни врховни суд, међутим, инсистира на „сазнајној и информативној“ предности лекара у односу на пацијента, као медицинског лаика. Наиме, уколико су пацијенту, из усмених или писмених извора, информације о поступању ординирајућег лекара биле познате, он нема никакву дужност накнадног истраживања.³¹⁴

б) Вођење рачуна о околностима конкретног случаја

Лекар, по правилу, након терапеутског обавештења, може поћи од претпоставке да се пацијент држи његових налога. Али, он, тек узимајући у обзир околности појединог случаја, сме да очекује да ће пацијент показати

³¹³ J. Göben, 57.

³¹⁴ Пресуда немачког Савезног врховног суда бр. VI ZR 133/95, од 17. 12. 1996, *Medizinrecht* 1997, 319.

ону пажњу коју показује разуман човек у циљу умањења сопствене штете. Приликом одређивања и спровођења терапије, лекар треба да има у виду, пре свега, врсту и тежину болести, хитност лекарског упута, духовну слабост пацијента, његову видљиву незрелост, психичку болест, и слично. Ако у пацијента постоје посебне околности, лекар скривљено повређује уговорну обавезу контроле и надзора, када безрезервно верује да ће његов пацијент дате лекове, у преписаним дозама, редовно узимати, односно да ће се на други, очекивани начин, понашати. Дакле, обавези пацијента да саделује у спровођењу терапије и поштује лекарска упутства и препоруке претходи обавеза лекара да приликом преписивања терапије и давања упутстава узме у обзир околности конкретног случаја, тј. профил конкретног пацијента.

Добар пример за ову спрегу пацијентове и лекареве дужности и потребу њиховог накнадног одмеравања, садржан је у случају у коме је немачки Савезни врховни суд³¹⁵, вратио предмет на првостепено одлучивање, јер, због недостатка довољних доказа, није био сагласан са ставом да постоји сакривица пацијента. Пацијент се због рецидивирајуће психотичне реакције и сумње на почетну шизофренију (а након узимања веће количине ЛСД-а), нашао на психијатријском одељењу болнице. Он је напустио своју собу, са оgrade степеништа на другом спарту болнице стрмоглавио се у степенични шахт и том приликом се повредио. Тада му је његово здравствено осигурање надокнадило штету која му је настала стационарним и амбулантним лечењем, као и нематеријалну штету. Након тога је, приликом даљег стационарног лечења, у истом делу болнице, пацијент поново скочио са другог спрата. Од последица другог скока лечен је на хируршком одељењу, а његово осигуравајуће друштво морало је опет да плати трошкове лечења. Осигуравајуће друштво је тужило државу за

³¹⁵ Пресуда немачког Врховног суда бр. VI ZR 114/84 (KG), од 8.10.1985, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 12, 775-776.

накнаду поднетих трошкова. Првостепени суд је одбио тужбу, тврдећи да постоји претежна сакривица повређеног. Он, наиме, аргументује да скок у степенични шахт почива на вољном понашању повређеног, а не на његовој потреби за лечењем, те да тужилац није доказао да се пацијент налазио у стању болесне ометености која искључује слободну вољу. Другостепена инстанца потврђује одлуку првостепеног суда.

По ревизији, Савезни врховни суд, међутим, супротно нижим судским инстанцама, доноси одлуку да се случај врати на поновно пресуђивање, јер сматра да, у одговорност болнице, код оваквог пацијента, спада и заштита од постојеће опасности од самоубиства. Покушај самоубиства пацијента не може бити основ за сакривицу. Садржај уговора о лечењу, код овог пацијента, није било само лечење психотичних реакција, већ и спречавање опасности од самоубиства која постоји код пацијента, односно заштита пацијента од самог себе. Ово није била споредна обавеза болнице, већ једна од основних: да пацијента, за време лечења, штити од самооштећујућег поступања. Она је морала пацијента да заштити од радњи којима пацијент „хоће“ да нашкоди самом себи. При таквом стању ствари, тежња и воља пацијентова, која се супротставља лечењу и старању о њему, правно је безначајна. Пацијенту који пати од психозе, болница не може да приговори да је саодговоран за штету узроковану покушајем самоубиства, јер је једино болница имала обавезу да насталу штету спречи. Сам пацијент никако није могао да потисне своју унутрашњу болесну присилу, за коју је управо лекарска помоћ била потребна. Овакво душевно стање пацијента искључује његову слободну вољу. Другачије би се могло судити, сматра Савезни врховни суд, онда када би се здравствено стање пацијента лечењем толико поправило, да опасност од суицида условљеног болешћу више не постоји, али он, из „нормалних психолошких мотива“ жели да свој живот прекине, тј. да изврши „билансно самоубиство“.

Постоје случајеви у којима је пацијент из ирационалних разлога, али субјективно дубоко уврежених, одбијао лечење и где суд то није сматрао противним дужности сарадње. Тако се, на пример, једна пацијенткиња у

болници на сопствени захтев подвргла третману избацивања глиста. Како је том приликом дошло до реакције због преосетљивости на средство за избацивање глиста, пацијенткињи је препоручено узимање лаксатива ради убрзаног избацивања препарата. Пацијенткиња је одбила узимање лаксатива и то је резултирало последицом трајног оштећења слуха. Немачки Савезни врховни суд у томе није видео повреду дужности сарадње. Одбијање лаксатива, према процени Савезног врховног суда, није било у области озбиљног одлучивања, већ у области инстинктивног одлучивања и страха. Лекар је овакав мотив морао препознати и пацијенткињу на енергичан начин упутити на нужност предузимања лечења и на последице пропуштања истог.³¹⁶

в) Дужности у руковању ортопедским справама и помагалима

Када се ради о ортопедским справама и помагалима, сарадња пацијента је нарочито наглашена и представља нужну претпоставку за успешно лечење. Ово се односи, пре свега, на одржавање апарата и опхођењу према њима, одласку на редовне контроле, коректно укључивање помоћних средстава, итд. Дужност пацијента не лебди у слободном простору, већ је врло конкретна. Тој дужности, међутим, мора да претходи детаљно информисање од стране лекара о последицама погрешног постављања апарата, о посебним деловима лечења и о целокупном терапијском концепту.³¹⁷

³¹⁶ Пресуда немачког Савезног врховног суда, *Versicherungsrecht* 1954, 89, према: J. Göben, 59.

³¹⁷ J. Göben, 54.

г) Дужност слеђења упутстава о начину узимања лекова

У област прихватања терапеутских савета и препорука потпада и дужност слеђења лекаревих упутстава о начину узимања преписаних лекова. И овде се преплићу лекарева обавеза одређеног понашања и дужност пацијента. Лекар, пре свега, мора, ако је потребно и писменим путем, да пружи јасна и прегледна упутства, уколико постоји компликован ритам узимања лекова или уколико треба да се примени комбинација препарата. Он, при томе, мора узети у обзир и да пацијенти повремено самоиницијативно смањују дозу узиманих лекова. Због тога, имајући у виду слику болести и личност пацијената, лекар има обавезу да примени различит интензитет контроле и обавештавања или распитивања.

Став је немачке судске праксе, међутим, да обавештење о ризику прописаног лека не треба, без даљњег и увек, да уследи од стране лекара. Тако је, пред Земаљским судом у Дортмунду тужилца од лекара захтевала накнаду штете због тога што је није обавестио да је лек који је преписао (Примосистон) праћен ризиком изазивања тромбозе (нежељено споредно дејство). Земаљски суд је, међутим, одбио тужбени захтев, уз образложење да је тужилца могла и морала сама да се обавести о општем ризику од тромбозе који прати прописани лек, јер је то било јасно назначено у упутству за употребу лека који је био у паковању. Овај суд полази од става да пацијент мора, од стране лекара, бити обавештен о штетним споредним дејствима медикамента. Обавештење о ризику прописаног лека, међутим, не треба, без даљега, да уследи од стране ординирајућег лекара. Ако произвођач лека упакује уз лек и упутство за употребу, које се разликује од стручне информације у смислу параграфа 11а *Закона о лековима* (немачког), тада пацијент о ризику треба да се обавести из упутства за употребу. Параграф 10, став 1 *Закона о лековима*, који садржи обавезу да се подаци у прилогу уз паковање дају на разумљивом немачком језику, био би непотребан кад би адресат упутства за употребу био лекар. Суд сматра да је лекар приликом прописивања лека начелно дужан да пацијента

обавести о ризику само уколико обавештење о томе није дао произвођач лека. Небитно је да ли се лечење обавља у амбуланти или стационарно.³¹⁸

Пацијент мора са своје стране да пази на упозорења у упутству за употребу. Схватање тужиоца да он не мора да пази на то која споредна дејства има медикамент, неспојиво је са очекиваном самоодговорношћу. Тужилац не мора имати детаљна медицинска знања, јер је појам тромбозе додатно и јасно описан у прилогу уз паковање, на разумљив начин, као „формирање запушача крви“.³¹⁹

Може се десити да информација о употреби у одређеним случајевима не може да замени лекарско обавештење, на пример, кад су у питању агресивно делујући медикаменти. Информација о тромбози је, међутим, у овом случају, била потпуна и јасна.

Одговорност лекара би отпала и на основу претпостављеног пристанка пацијенткиње, јер тужиља није уверљиво изложила да би се двоумила у случају да ју је лекар обавестио о ризику од тромбозе или да јој је тај ризик био познат.³²⁰

Исто тако до приговора саделујуће кривице пацијенткиње може доћи и када лекар препише или апотекар дâ погрешна или погрешна контрацептивна средства, па дође до зачећа. Приликом процене кривице лекара/апотекара, треба узети у обзир и сакривицу пацијентиње због непромишљеног узимања препарата.³²¹

Пацијент има дужност да води рачуна о упутствима за примену лека, али то није само дужност према лекару, већ и према произвођачу лека.

Параграф 84 немачког Закона о лековима каже да произвођач лекова одговара по принципу објективне одговорности уколико лек приликом

³¹⁸ Пресуда Земаљског суда у *Dortmund*-у од 6.10.1999, *Medizinrecht* 7/2000, 331-333.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*

употребе покаже штетна дејства, која превазилазе ону меру коју заступа медицинска наука, а узроци тих дејстава су у области развоја или производње лека. Међутим, одредба § 85. немачког Закона о лековима упућује на § 254 немачког Грађанског законика који обрађује сакривицу оштећеног. Област примене параграфа 254 НГЗ код лекова је, додуше, уска. Наиме, сакривице пацијента у настанку штете коришћењем манљивог лека, још увек нема, када је штета повећана одређеним телесним стањем оштећеног пацијента. Саделовање у настанку штете је најочигледније онда када је пацијент узроковао штету од лека његовим прекомерним коришћењем или ако је путем истовременог узимања опојних средстава (нпр. алкохола) појачао дејство лека. Уколико пацијент игнорише упозорења која су, у упутству приложеном у паковању, срочена у форми која је разумљива лаику, односно игнорише контраиндикације, он тиме повређује своју дужност одстрањивања, односно умањења штете (нарочито ако би штета поштовањем ових упозорења била заиста умањена, што фармацеутски произвођач мора да докаже). Произвођач лека је, дакле, објективно одговоран. Али ако оштећени не води рачуна о упутству приложеном уз лек и препарат користи супротно том упутству, одговорност произвођача је искључена.³²²

Наш Закон о здравственој заштити чланом 28. уређује да пацијент има право да од надлежног здравственог радника благовремено добије обавештење које му је потребно како би донео одлуку да пристане или не пристане на предложену медицинску меру. То обавештење, сходно ставу 2, тачка 6, истог члана, треба да обухвати и „дејство лекова и могуће споредне последице тог дејства“.

³²² J. Göben, 60.

V. Општа дужност пацијента на накнадну бригу о сопственом здрављу

Сродна претходној дужности је *општа дужност* пацијента на накнадну бригу о сопственом здрављу. И без посебног уговарања термина контроле или преписивања лекова и давања упутстава од стране лекара, пацијент је дужан да се, након лечења, даље стара о свом здрављу.

Пацијентима се, са друге стране, према ставу немачког Савезног врховног суда не може, као правило, на терет ставити *посебна обавеза контролисања* резултата претходно спроведеног захвата. Тако је у једном случају немачки Савезни врховни суд негирао повреду дужности пацијенткиње која је осам недеља после киретаже у циљу прекида трудноће, због неуспостављене менструације, отишла на преглед код другог лекара. Овај је дијагностификовао напредујућу трудноћу. Иако је у том тренутку (21. недеља трудноће) прекид био још могућ, пацијенткиња је одлучила да изнесе трудноћу. Први лекар је истакао приговор повреде дужности пацијенткиње, јер му се није поново обратила. Суд је, међутим, сматрао да трудници која је медицински лаик не мора пасти на памет помисао да трудноћа напредује, ако јој је лекар на општи начин указао да ће се редовна менструација успоставити четири недеље после операције.³²³ У неким случајевима се пропуст пацијента да примети необичне симптоме може, додуше, протумачити као нехат у односу на општу постоперативну бригу, али не у случају опасности напредовања трудноће.³²⁴ Тиме немачки Савезни врховни суд указује на општу дужност накнадне бриге као врсту сарадње, као и на посебну обавезу контроле, која, међутим, може постојати само у малом броју изузетних случајева.

³²³ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2749 и даље.

³²⁴ J. Göben, 68.

VI. Поштовање уговорених термина лечења

Дужност је пацијента да поштује уговорене термине лечења. Поштовање термина који је уговорен са лекаром, односно болницом, одговара као одраз у огледалу, лекарској обавези да заврши непотпуно лечење или да спроведе контролно испитивање или накнадну негу. Уколико пацијент самовољно прекине лечење, или не води рачуна о заказаним терминима, односно то не чини редовно, у таквом понашању се, у случају спора поводом грешке у лечењу, огледа правно релевантна сакривица. Увек, наравно, треба ценити околности појединог случаја, односно тежину слике болести и уверљивост лекарског обавештења. Треба, такође, имати у виду и то да, онда када је пацијент погрешно лечен, од њега не треба очекивати да се поново стави у руке истог лекара.

Не може се генерално прихватити да је пацијент у доцњи увек кад се не појави код лекара у заказано време. Врло се ретко догађа да је уговором утврђен тренутак испуњења, и тиме тренутак обавезе саделовања пацијента. Лекар пацијента, обично приликом прегледа, изричито упућује на то да овај мора у тачно време да се појави или да би лечење могло да уследи и после договореног термина. Постоје случајеви у којима врста лечења захтева знатан трошак планирања. Ово су, међутим, изузетни случајеви, и редовно, договор око термина служи само обезбеђивању уредног тока лечења. У пракси су типични случајеви да лекар заказује прегледе пацијената у врло кратким роковима, јер управо рачуна са оним пацијентима који ће изостати. У овим случајевима заказивање термина представља упутство пацијенту да до одређеног тренутка може консултовати лекара. Уколико пацијент тај тренутак пропусти, не постоји ни дужничка, ни поверилачка доцња.³²⁵

³²⁵ J. Göben, 105.

За разлику од наше, немачка судска пракса има доста случајева у којима је стављан приговор сакривице пацијента због непоштовања заказаног термина лечења. По том приговору судови су у различитим случајевима различито одлучивали.

У случају-Чодсон против Ратре³²⁶- пацијенткиња је тужила гинеколога зато што није на време дијагностификовао и лечио карцином дојке. Тужба је одбијена са образложењем да је пацијенткиња са битним закашњењем омогућила лекарско поступање. Да пацијенткиња није одлагала, шанса за успешно лечење карцинома била би већа.

Исто тако је Виши земаљски суд у Цвајбрукену³²⁷ потврдио постојање сакривице пацијенткиње која је након позитивног теста на трудноћу и упркос даљем изостајању месечног циклуса, савет лекара потражила тек након три месеца. Она је подигла тужбу против лекара за накнаду штете због издржавања нежељеног детета. Суд је прихватио лекарев приговор сакривице пацијенткиње.

Повреда дужности постоји и у случају када је пацијент након неуспеле стерилизације (путем вазектомије, односно пресецања семеновода) постао отац. Он је, наиме, игнорисао лекарско упутство да је неопходно да дође на контролно испитивање (спермограм) у року од шест недеља након интервенције. Лекар је, поред тога, пацијенту јасно ставио на знање да би овај, до коначних резултата овог испитвања требало, из опрезности, да се понаша као да је и даље способан за оплођење. Стога је немачки Савезни врховни суд сматрао да према параграфу 254, став 1 немачког Грађанског законика постоји сакривица пацијента.³²⁸

³²⁶ Пресуда – Chodson v. Ratra, 548 A.2d 172 (Maryland Court of Appeal), према E. Deutsch, (2003), 228.

³²⁷ В. *Medizinrecht* 5/2000, 233.

³²⁸ Пресуда немачког Савезног врховног суда од 30.7.1992, *Medizinrecht*. 2/1993, 70 и даље.

Има, међутим, и случајева у којима суд није прихватио приговор сакривице пацијента због пропуштања термина лечења. Тако, на пример, Виши земаљски суд у Минхену није сматрао правно релевантном сакривицу пацијента који је пропустио заказани термин у коме је требало да му се терапијски обради жариште гноја на левој руци. Наиме, када се накнадно, али касно, појавио код лекара, овај је морао да му прст ампутира. Суд је одбио приговор сакривице пацијента *због непојављивања у заказаном термину*. Он је образложио да лекар, додуше, јесте пацијента усмено и писмено упутио да дође следећег дана, али му при томе није указао на то да ће изгубити прст уколико му се интервенција тада не обави. Сакривице пацијента, према мишљењу суда, има у томе што је он, упркос постојању великих болова чекао и није се раније појавио на клиници.³²⁹

У другом је случају пацијенту била дијагностификована подколенична фрактура. Како је конзервативно лечење било безуспешно, предложена је медицински индикована остеосинтеза, коју је требало обавити најкасније у року од 10 до 12 недеља након повреде. Пацијент, међутим није информисан да се остеосинтеза може обавити само у том року. Он је одбио медицински захват и напустио клинику противно лекарском савету. Виши земаљски суд у Штутгарту је сматрао да не постоји сакривица пацијента због одбијања остеосинтезе, јер овај *није био обавештен о томе* да је та интервенција стриктно везана за рок. Суд сматра да је у овом случају лекар погрешио, јер није испунио своју обавезу обавештења ради сигурности. Пацијент је, сматра суд, ипак поступао скривљено, тиме што је, противно изричитом лекарском савету, напустио клинику. Тако је у овом случају ипак утврђена сакривица, а лекар ослобођен дела одговорности.³³⁰

³²⁹ J. Göben, 56.

³³⁰ Пресуда Вишег земаљског суда у *Stuttgart*-у, *Medizinrecht* 4/1985, 175 и, накнадно, потврђујућа одлука немачког Савезног врховног суда, *Medizinrecht* 1/1987, 42.

Последица непоштовања уговореног термина, у принципу, погађа пацијента и огледа се у томе што он није адекватно лечен. Лекар, и поред неадекватног лечења, може тражити исплату свог хонорара. Приликом одлучивања о захтеву за хонораром треба водити рачуна о томе да ли је лекар у спорном уговореном термину лечења третирао другог пацијента или је то могао да учини.³³¹

Код поверилачке доцње пацијента поставља се питање да ли је лекар, у случају несарадње пацијента, овлашћен, осим хонорара, да захтева и накнаду штете. Уколико би то био случај, овде би се радило о правом кршењу обавезе пацијента, односно о успостављању његове одговорности, што, код кршења уговорених термина лечења, није случај.

Г. Учесталост несарадње пацијента и њени узроци

Сарадња пацијента је потребна у сваком стадијуму односа са лекаром. Иако се без сарадње пацијента не може рачунати ни на какав задовољавајући резултат лечења, различита истраживања показују да је квота несарадње, често, врло висока. Подаци о размери несарадње у литератури варирају између 25 и 50%, па понегде и преко 60%, при чему мера индивидуалне несарадње иде од 0 до 100%. Овакве разлике делимично проистичу из различитих метода које су примењене за одређивање мере несарадње. Индиректни поступци који су примењивани у одређивању мере несарадње су: испитивање пацијента, „*pill-counting*“ (саопштавање лекару на контролном прегледу колико таблета није узето) и „*appointment-keeping*“ (саопштавање процента не(одржаних) контролних посета). Директне методе које су примењиване у одређивању мере (не)сарадње пацијента су праћење лекова или маркер-супстанци у серуму или урину.³³²

³³¹ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 601.

³³² C. Conti, 87.

Несарадња није релевантна само за однос лекар-пацијент, већ представља и проблем здравствене политике. Тако је узрок око 30% свих упућивања у болницу нередовно или прекинуто узимање лекова код куће. Вредност лекова које пацијенти нису искористили, а прописани су, је 1987. године у Немачкој била процењена на око 6-7 милиона немачких марака. У том смислу, несарадња пацијента није штетна само за пацијента, већ и за читаво друштво.³³³

Узроци несарадње пацијента су вишеструки. Њих треба првенствено тражити у личности пацијента. У великом броју случајева до несарадње долази тако што се пацијент, након одређеног трајања терапије, „субјективно“ поново осећа здравим, па самовољно одређује количину медикамената коју ће узимати, без консултације са лекаром. Битну улогу, такође имају одједном наступела споредна дејства медијације. Затим, конфузију код пацијента уноси и узимање бројних медикамената у различито време током дана, или промена животних навика. Често се дешава и да се лекарска упутства погрешно разумеју или су недовољно убедљиво дата. Упутства се, такође, могу заборавити или их пацијент може игнорисати из разлога ирационалне природе.

Проблеми у комуникацији између лекара и пацијента су битан фактор за недовољну сарадњу пацијента. Садржини лекарских упута треба дати велики значај, јер ће пацијенти радије следити упутства која су једноставнија и која не захтевају много промена у њиховим животним навикама. Установљено је и да пацијенти који су незадовољни личним контактом са лекаром или предложеним лечењем, мање следе лекарске упуте него задовољни пацијенти.³³⁴ Лекар треба да предузима мере усмерене на подржавање и бодрење пацијента на правилно терапијско понашање. Ради се о мерама којима лекар практично иницира и захтева сарадњу пацијента. Лекар мора да пацијента упуту на значај саделовања у

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*, 88.

свим стадијумима лечења. Када постави дијагнозу, лекар мора пацијента да придобије за давање сагласности на ону меру лечења која, од свих теоретски могућих терапија, код пацијента има највеће шансе у побољшању његовог здравственог стања. Задовољан пацијент, који у свога лекара има поверења, активно ће узети учешћа у процесу лечења. Лекару стоје на располагању и друге мере за подстицање саделовања пацијента: предлагање што простије терапије (нпр. преписивање лека који се узима једанпут дневно, детаљна писмена упутства) и добра организација накнадних контрола са чврсто утврђеним терминима и кратким временом чекања пријема код лекара. И у области надзора лечења, лекар може да подстакне сарадњу пацијента, тиме што ће, на пример, пацијента који има висок крвни притисак упознати са начином коришћења апарата за кућно мерење притиска.³³⁵

У немачкој судској пракси постоји спор око тога да ли лекар треба да енергично захтева од пацијента, који одбија лечење упркос лекарским препорукама, да ипак прихвати лечење као нужно. Према једном схватању, лекар мора да употреби сву своју преговарачку умешност у циљу изазивања сагласности пацијента. Према другом ставу, од лекара се може захтевати да настоји да прибави сагласност код пацијента, али се од њега не може тражити да инсистира на прихватању терапије која има нежељене последице. Пацијент, са своје стране, може једну, медицински апсолутно индиковану терапију да одбије, односно може донети одлуку која, са лекарског становишта, изгледа апсолутно неразумна.³³⁶ Судска пракса, поставља, у том смислу, захтев сваком лекару да поштује право самоодређења пацијента.

³³⁵ *Ibid.*, 89.

³³⁶ Овде се говори о пацијентовом „праву на неразумно“, односно о „праву на болест“.

Супротно од тога, међутим, лекар не сме да се упусти у потпуно бесмислено лечење, само зато што је пацијент то захтевао и дао своју сагласност на то изричито или, чак, писменим путем.³³⁷

Д. Случајеви у којима пацијент нема обавезу сарадње

Постоје две врсте изузетака код којих пацијент не дугује обавезу сарадње са лекаром: прави и неправи. „Прави“ постоји код лечења које је наметнуто и нормирано одредбама јавног права. Овде не настаје никакав уговорни однос са пацијентом, већ се, обично, ради о принудној хоспитализацији у циљу збрињавања, као и у циљу борбе против епидемија. Како се овде не заснива однос поверења између лекара и пацијента, за пацијента нема дужности. Он мора да трпи лекарске захвате или карантин, али, уколико даје отпор, не може му се приговорити недостатак кооперативности коју дугује лекару.³³⁸ Обавезе трпљења испитивања, надзора и имунизације су, као императивне норме, уређене члановима 19-25 нашег *Закона о заштити становништва од заразних болести*.³³⁹ Тако и немачки *Закон за заштиту и борбу од инфективних болести код људи*, из 2000., налаже да болесник, лице за које се сумња да је болесно, лице за које се сумња да је заражено и изолована лица, морају бити подвргнута посматрању, те да та лица морају истрпети захтевана испитивања.

Неправи“ изузеци од потребе за сарадњом пацијента су они код којих пацијент није способан за расуђивање. Ако пацијент има законског заступника, овај је обавезан на сарадњу, а нарочито на изјављивање

³³⁷ Пресуда Врховног суда Немачке, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, 1206.

³³⁸ С. Conti, 138.

³³⁹ Закон о заштити становништва од заразних болести, Службени гласник РС, бр. 125/2004.

сагласности након обавештења (уколико, уопште, има времена за то). Када се ради о кривици законског заступника, она нема увек карактер пацијентове кривице, јер заступник мора делати искључиво у пацијентовом интересу. Стога, ако лекар сматра да заступник малолетног пацијента или пацијента лишеног пословне способности одбија неку медицински индиковану меру, дужан је да о томе обавести орган старатељства, како би се та мера ипак спровела. То значи да лекар као медицински стручњак има јачу обавезу да води рачуна о пацијентовом здрављу него сам пацијент или његов законски заступник.

Уколико нема довољно времена да се законски заступник консултује или он није доступан, лекар мора да одлучи сходно претпостављеној вољи заступаног. Немачки Савезни врховни суд је у једној својој одлуци изнео став да би лекар морао, у случају пролазне неспособности за расуђивање пацијента који нема законског заступника (нпр. одрасло лице без свести), да прибави мишљење рођака.³⁴⁰ Неки швајцарски правници, напротив, сматрају да, у таквом случају, лекар мора да пође од прећутне воље пацијента, која се, у недостатку других тачака ослонца, мора дефинисати у складу са добробити за пацијента. Сходно томе, сматра се да се, у таквом случају, мора претпоставити прећутна сагласност пацијента на телесни захват. Наравно, том ће приликом лекар прибавити и мишљење породице или ванбрачног партнера, али ће, на крају, ипак, одлуку лекар да донесе. Као пример за ово се може навести случај припадника Јеховиног сведока који је донет у болницу у бесвесном стању и коме одмах, као мера од животне важности, мора да буде трансфундирана крв. Лекар, у том случају, међутим, мора да поштује претходно изражен став пацијента, из кога је јасно да он не жели трасфузију крви (он, нпр., при себи може имати ознаку о томе). Напротив, уколико је брачни друг бесвесног пацијента против траснфузије крви, а не може се утврдити противљење пацијента траснфузији крви, тада лекар не чини повреду обавезе, када узима да

³⁴⁰ Пресуда немачког Савезног врховног суда, BGE 114 Ia 364=Pra 78 Nr.266, 960.

пацијенткиња прећутно претпоставља трансфузију крви сигурној смрти.³⁴¹ У таквим случајевима не треба да одлучују рођаци, већ лекар, као гарант права самоодређења пацијента.³⁴²

Уколико је пацијент, у тренутку када је још био способан за расуђивање, за случај сопствене неспособности за расуђивање, одредио заступника, тада овај одлучује за пацијента.

У описаним случајевима сарадња пацијента је потребна, али не постоји у директном облику. Уместо ње постоји претпоставка прећутне сагласности пацијента или замена пацијентове сарадње у виду изјаве његовог заступника.

333 чланом 34. регулише да се над пацијентом који је без свести, или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, може, и без његове сагласности, предузети хитна медицинска интервенција. Ако је пацијент без свести, или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, медицинске мере над њим у здравственој установи могу се предузети на основу конзилијарног налаза.

Члан 35. регулише случај када је пацијент малолетан или лишен пословне способности. Тада се медицинска мера над њим може предузети уз обавештење или пристанак његовог законског заступника. Уколико надлежни здравствени радник сматра да законски заступник пацијента не поступа у најбољем интересу детета или лица лишеног пословне способности дужан је да о томе одмах обавести орган старатељства (члан 35, став 1. и 2. 333). Дете које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање, може само дати пристанак на предложену медицинску меру (члан 35, став 3. 333). Пословно неспособан пацијент треба и сам да буде укључен у доношење одлуке о пристанку на предложену медицинску меру,

³⁴¹ C. Conti, 137.

³⁴² P. Ramer, J. Rennhard, *Patienterecht. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, 2.Auflage, Zürich 1998, 56.

у складу са његовом зрелошћу и способношћу за расуђивање (члан 35, став 4. 333).

§ 3 Обавеза пацијента да штету отклони или умањи

Дужност отклањања или умањења штете подразумева укупне напоре за спречавање директног оштећења уговорног партнера, односно предузимање свега очекиваног, да би се након наступања штетног догађаја ограничио развој штете.³⁴³ Ова дужност пацијента условљена је постојањем једне већ проузроковане штете, која се лекару може ставити на терет. Од пацијента се, у овој ситуацији, очекује предузимање мера које штету са великом вероватноћом уклањају или умањују. У дужности пацијента да своју штету отклони или умањи спадају: 1) тражење лекарске помоћи у случају телесне повреде коју је оштећеном настала грешком у лечењу; 2) дужност подвргавања операцији; 3) дужност дошколовања и остваривања зараде; 4) дужност коришћења одговарајућих правних средстава; и, 5) учешће пацијента у поступку за утврђивање лекареве одговорности.

Део немачких правних писаца под дужношћу отклањања штете подразумева и укупне напоре за спречавање директног оштећења уговорног партнера, односно *предупређивање штете лекара*. Ова дужност не спада у обавезе пацијента на отклањање или умањење штете, у ужем смислу речи, јер је та група обавеза уперена на отклањање/умањење сопствене штете, а тек индиректно, евентуално, на умањење обавезе лекара на накнаду штете. Дужност предупређивање лекареве штете има другачији

³⁴³ С. Conti, 139; исто и Одлука Врховног суда Аустрије бр. 3 Об 2121/96з, од 28.8.1997, *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen* 1998/24.

циљ, а то је избегавање штете лекара. Како, међутим, потпада у шири круг обавеза пацијента, и о њој ће, у даљем тексту, бити речи.

A. Тражење лекарске помоћи у случају телесне повреде коју је оштећеном нанео лекар грешком у лечењу

За пацијента, у принципу, не постоји обавеза подвргавања терапији. Отуда му се не може налагати општа дужност лечења. Међутим, према упоредној судској пракси, међутим, онај чије је тело или здравље знатно повређено туђом грешком у лечењу, дужан је да захтева лекарску помоћ, уколико жели да се накнадно његов захтев за накнаду штете у потпуности реализује. Понашање које се захтева од оштећеног пацијента у циљу умањења штете, цени се према интересима обеју страна, принципима поштеност промета и околностима појединачног случаја.³⁴⁴ Уколико се пацијент не понаша на очекивани начин из самовоље, различитог погледа на свет или из других разлога и уколико тиме погоршава постојеће стање, тада он мора рачунати на саделујућу кривицу.

Тако је у једном случају аустријски Врховни суд сматрао да постоји сакривица пацијента због непоштовања рока и неподвргавања накнадном лечењу. Наиме, након операције зуба, код пацијента је дошло до компликација. Он, међутим није испоштовао већ уговорени термин за накнадно лечење. Затим, и поред тога што су наступиле компликације, пацијент, упркос савету свог лекара, није се обратио лекару за хитне случајеве или клиници, и одбио је коришћење сваке лекарске помоћи. Иако је утврђено да је ординирајући лекар начинио грешке које заснивају одговорност, аустријски Врховни суд је касније понашање пацијента оквалификовао као крајњу непажњу.³⁴⁵

³⁴⁴ M. Memmer, 48.

³⁴⁵ Одлука аустријског Врховног суда бр. 3 Об 2121/96з, од 28.8.1997., *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen*, 1998/24.

У другом случају (где штета, додуше, није настала лекарском грешком) лице запослено на железници је тешко нервно оболело услед несрећног случаја на раду. Према процени лекара, лечење у установи за лечење нервних обољења требало је да доведе до потпуног излечења или, у најмању руку, до битног побољшања његовог стања. То лечење је повређени, међутим, одбио са образложењем да има право на слободу избора лекара и терапије. Суд је накнадно одбио да му досуди потпуну ренту због неспособности привређивања, са образложењем да би код сваког разумног човека природно постојећа одбојност према одређеној врсти лечења морала да узмакне пред циљем који је вредан труда.³⁴⁶

Данас, међутим, судска пракса не може да иде далеко због све шире заштите слободе пацијента. Пацијенти, у принципу, имају право на слободан избор лекара. Ипак, уколико изабрани лекар пацијента упути своје колеги или у болницу, тада пацијент треба да прати след догађаја.

Један део теоретичара заступа став да, у принципу, нема сакривице пацијента онда када он, уместо званичне лекарске помоћи, изабере лице вично природном лечењу (хомеопата). Сматра се, наиме, да као што лекар није обавезан да пацијента лечи према једном одређеним поступку, не може се ни избор одређеног начина лечења од стране пацијента сматрати занемаривањем његове дужности. Наравно, случај је другачији када тежина обољења или повреде, према медицинској одлуци, неспорно захтева лечење од стране лекара или када су мере које би лекар предузео на основу постављене дијагнозе, за пацијента од одлучујућег значаја. Тако је Виши земаљски суд у Брауншвајгу једном пацијенту урачунао као делимичну сакривицу то што се он, након погрешне дијагнозе „преканцерозног тока“ дате од специјализанта, превремено погрешно увео у стање мировања, без даље консултације лекара.³⁴⁷ Може се, дакле, рећи да

³⁴⁶ Пресуда немачког *Reichsgericht*-а 69, 149, према: J. Göben, 82.

³⁴⁷ Пресуда Вишег земаљског суда у *Braunschweig*-у, бр. 4 U 2/88, од 7.10.1988, *Arzt und Recht* 1990, 13.

одлука о сакривизи пацијента због избора хомеопатског начина лечења, зависи од конкретних околности.³⁴⁸

Судска пракса сматра да пацијент није обавезан да се у сваком случају лечи на терет и у границама права из обавезног здравственог осигурања, да би трошкове што више смањео. Много је меродавније то како би се понашао разуман оштећени у истој ситуацији. У највећем броју случајева, он се, као осигурано лице (односно корисник обавезне болесничке касе, у Немачкој) не би лечио као приватни пацијент на трошак штетника.³⁴⁹ Али с обзиром на то да је каталог услуга које су покривене средствима здравственог осигурања ограничен, у одређеним случајевима се сматра оправданим да лице обавезано на накнаду штете преузме трошкове лечења код приватног лекара, односно ове трошкове предујми.³⁵⁰

Лечењем у иностранству пацијент не повређује нужно дужност умањења штете, већ то зависи од свеукупних околности, односно врсте и тежине повреде. У принципу, лечење у иностранству долази у озбир само у изузетним случајевима, када је медицински индиковано или оправдано на основу других нарочитих околности.³⁵¹ Наш Закон о здравственом осигурању на општи начин регулише могућност осигураног лица да се лечи у иностранству и упућује на општи акт Републичког Завода за здравствено осигурање, као на детаљну регулативу. Према Правилнику о условима и начину упућивања осигураних лица на лечење у иностранство³⁵² „осигураном лицу може се изузетно одборити лечење у иностранству на терет средстава обавезног здравственог осигурања за лечење обољења, стања или повреде који се не могу успешно лечити у Републици Србији, а у

³⁴⁸ H. Lange, G. Schiemann, 578.

³⁴⁹ J. Göben, 83.

³⁵⁰ H. Lange, G. Schiemann, 579.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Правилник о условима и начину упућивања осигураних лица на лечење у иностранство, Службени гласник РС, бр.44/2007, 65/2008 и 36/2009.

земљи у коју се осигурано лице упућује постоји могућност за успешно лечење тог обољења, стања или повреде“ (члан 2 Правилника). Члан 9 истог Правилника је детаљнији у набрајању услова под којима лице може бити упућено у иностранство на лечење. Услови су кумулативни и то су: 1) да су исцрпљене све могућности лечења у Републици Србији, укључујући и довођење иностраног медицинског стручњака; 2) да је лечење које се препоручује научно доказано и прихваћено у пракси, као и да не представља експериментални облик лечења; 3) да ће предложено лечење довести до значајног продужења и побољшања квалитета живота осигураног лица; и 4) да су трошкови лечења финансијски прихватљиви, с обзиром на укупна средства утврђена финансијским планом Републичког завода за текућу годину и потребе финансирања других захтева за упућивање на лечење у иностранство.

Б. Дужност подвргавања операцији

Наступела штета, узрокована лекарском грешком може понекад, путем оперативног захвата, бити уклоњена или битно умањена. Поставља се питање да ли пацијент мора, у сопственом интересу, да подноси операцију такве врсте. О овом питању се, у страној судској пракси и литератури, доста дискутовало. Још је немачки Рајхсгерихт примењивао опште правило да се пацијент мора сагласити са таквом операцијом онда када она, према тренутном становишту науке, изгледа безопасна, ако није повезана са нарочитим боловима и када нуди излечење или, у најмању руку, битно побољшање. Операцију, која има извесних ризика, која може водити само олакшавању тегоба, захтева стационарно и вишенедељно лечење,

пацијент може да одбије.³⁵³ Судска пракса СФРЈ била је мишљења да се неће сматрати да је оштећени својим понашањем допринео повећању штете, односно да је спречио њено умањење, само због тога што је одбио да се подвргне одређеним медицинским захватима, уколико се не ради о лечењу којем би се сваки човек по редовном току ствари подвргао без ризика од штетних последица самог лечења.³⁵⁴

У даљем тексту ће бити речи о претпоставкама чијим испуњењем настаје дужност пацијента да се подвргне операцији, а то су: непостојање опасности, одсуство болова, излечење или битно побољшање здравственог стања и обезбеђење трошкова накнадног лечења. Посебно ће бити речи о прекиду трудноће као специфичној дужности подвргавања операцији.

На крају овог дела биће говора и о правној природи дужности подвргавања операцији, правним последицама одбијања, као и о правним питањима доказивања везаним за ову дужност.

I. Непостојање опасности

Непостојање опасности интервенције је најнижи праг за одлучивање о дужности операције. Операцијом не сме бити угрожена ни једна битна телесна функција, живот или здравље лица обавезаног на трпљење. Наравно, у обзир може бити узето само релативно непостојање угрожавања. Оно се цени пажљивим одмеравањем укупних околности, уз усаглашавање мишљења медицинских стручњака, а према тренутном

³⁵³ E. Deutsch, (2003), 229; тако и аустријски Врховни суд, одлука бр. 8 Об 34/63, од. 12.3.1963, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* 36/37.

³⁵⁴ Закључак са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења, Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. 10. 1986. године, објављен у зборнику – *Проузроковање штете и њена накнада II*, Будва 1999, 168.

становишту медицинске науке.³⁵⁵ Онај ризик који је повезан са сваком операцијом је прихватљив.³⁵⁶

Као релативан критеријум, непостојање опасности зависи од постављених индикација, трајања операције, старости и адаптивне способности пацијента. Нарочито је важан циљ операције: ако је операција једино средство да се, са већом вероватноћом, погоршавање патњи или животна опасност избегне, непостојању опасности поставиће се мањи захтеви, него у случају да је потребно да се способност зараде пацијента одржи или поврати.³⁵⁷

Ако лекари имају различито мишљење о ризицима или изгледима на успех операције, то иде на терет штетника. Од пацијента се не очекује да се повинује владајућем медицинском схватању или да се прикључи мишљењу специјалиста, када га лекар од поверења, из релативно оправданих разлога, одвраћа од операције.

Неки правници сматрају да је критеријум „непостојања опасности“ неупотребљив, јер се не може унапред јемчити. Чак и код најједноставнијих операција могу наступити компликације са тешким последицама. Атипични, непредвидљиви ризици, као тромбозе или емболије су, наиме, врло чести у оперативној медицини. У том смислу не може се говорити уопште о „непостојању опасности“. Па ипак, морају се изложити случајеви када је накнадна операција „очекивана“. Треба, пре свега, поћи од принципијелне очекиваности другог захвата од стране оператера кога пацијент изабере, након одмеравања предности и мана у односу на прву операцију. Операцију не би требало сматрати очекиваном када на располагању стоји неоперативна алтернатива лечења са сличним изгледима на успех као код операције (нпр. терапија или физиотерапеутско лечење).³⁵⁸

³⁵⁵ J. Göben, 85.

³⁵⁶ H. Lange, G. Schiemann, 579.

³⁵⁷ C. Conti, 145.

³⁵⁸ *Ibid.*

Аустријска судска пракса сматра да, приликом процене очекиваности подвргавања накнадној операцији, треба узети у обзир не само размеру опасности по телесне функције, живот или здравље пацијента, већ и аспекте његове савести. Уколико пацијент – јеховин сведок – одбија хитну операцију (која захтева и трансфузију крви), а трпи повећане болове, тада његово понашање не може да се третира као повреда обавезе умањења штете. Виши земаљски суд у Инсбруку сматра да у овом случају нема сакривице пацијента и да он може добити потпуну накнаду штете због повећаних болова, који су последица претходног поступања лекара.³⁵⁹

II. Одсуство болова

Критеријум *одсуства болова* не представља асполутно мерило. Болови се, зависно од конституције и диспозиција пацијента, индивидуално различито осећају. Због тога се очекиваност операције мора ускладити и са психофизичким стањем појединачног пацијента, као и са циљем операције. Приликом оцене, треба, пре свега, узети у обзир интензитет постоперативних болова. Болови за време предузимања захвата, захваљујући локланом или тоталној анестезији, по правилу, нису релевантни.³⁶⁰

III. Излечење или битно побољшање здравственог стања као резултат

Да ли се прихватање здравствених мера може очекивати од пацијента, процењује се и према томе шта мере нуде као резултат, односно да ли нуде *излечење или битно побољшање* здравственог стања, као и

³⁵⁹ Одлука Вишег земаљског суда у *Innsbruck*-у, бр. 1 Р 159/94, од. 16.8.1994, према: М. Memmer, 48а.

³⁶⁰ С. Conti, 145.

осетно ублажавање постојећих болова.³⁶¹ Тако, на пример, одлука о ампутацији ноге у пределу бутине од пацијента се не очекује, када води само ка побољшању радне способности и тиме ка умањењу штете на заради. Стављање протезе на зглоб кука не треба захтевати од 46-огодишњег пацијента, уколико би то само битно побољшало способност на зараду и умањило болове. Од тешко повређеног пацијента не треба очекивати да буде сагласан са оперативном ревизијом нервних лезија у палијативне сврхе, када би ово захтевало трајније гипсано фиксирање карличне кости. Насупрот претходном, ортопедске рутинске захвате који резултирају вероватним излечењем, пацијент мора поднети.³⁶²

Кад се ради о предузимању оперативног захвата у циљу олакшања (ублажавања) последица повреде, немачка судска пракса нема дефинитиван став. Тако, погрешно стерилизован пацијент, према мишљењу суда, не мора да се подвргне операцији рестерилизације када су изгледи на успех вредновани са 50%.³⁶³ У принципу се, међутим, не може захтевати сигурност, већ само довољна вероватноћа побољшања здравственог стања.³⁶⁴

IV. Трошкови накнадног лечења

Да би се пацијент подвргао операцији или предузео другу врсту накнадног лечења у циљу умањења штете, потребно је да буде испуњен још један услов, а то је да лекар који је нанео штету обезбеди трошкове накнадног лечења, као и накнаду зараде пацијента која је изостала управо због накнадног лечења. Понекад ће, чак, бити оправдано да се лечење

³⁶¹ H. Lange, G. Schiemann, 579.

³⁶² Conti, Исто, стр. 145.

³⁶³ Пресуда Вишег земаљског суда у *Oldenburg-у*, *Arzthaftpflicht-Rechtsprechung, Rechtsprechungssammlung zum gesamten deutschen Arzthaftpflichtrecht* 1993, 2495.

³⁶⁴ C. Conti, 146.

предузме у иностранству, уколико то даје више изгледа на успех, или уколико пацијент у домаћег лекара више не може имати поверења. Тада ће лекар, који је нанео штету, бити обавезан да обезбеди и поменуте трошкове, с тим што они ипак морају стајати у „разумном односу“ са очекиваним побољшањима из другог захвата.³⁶⁵

V. Прекид трудноће као посебна дужност подвргавања операцији

Прекиду трудноће, као дужности подвргавања операцији, придаје се посебан значај, јер због грешке лекара, није настала штета на пацијентовом телу/здрављу у правом смислу речи, већ се ради о сасвим специфичној ситуацији, која се огледа у одржавању нежељене трудноће.

Немачки Савезни врховни суд је одлучивао у случају у којем је трудница, којој, због лекарске грешке, није успео први прекид трудноће, одбила да се упусти у други покушај прекида. Након порођаја, она је захтевала од лекара, који је скривљено поступао, накнаду штете у виду издржавања детета. Према објашњењу Савезног врховног суда, прекид трудноће не представља прихватљиву опцију у смислу планирања породице, те нема ни кршења дужности пацијенткиње због тога што се не подвргава другом захвату. Суд, ипак, образлаже да, уколико би захват био медицински *могућ и очекиван*, пацијенткиња поступа „противречно и подмукло“ када грешку лекара, која се још увек може исправити, користи да од њега захтева накнаду штете у виду издржавања детета.³⁶⁶

Иако се не ради о дужности подвргавања другом захвату, овде, због сродности материје, треба поменути и потенцијалну дужност родитеља да нежељено рођено дете, непосредно након рођења, дају на усвојење. По мањинском схватању, одбијање родитеља да дете дају на усвојење је

365 Пресуда Вишег земаљског суда у *Köln*-у, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 1547.

³⁶⁶ J. Göben, 68.

противречно и у колизији са дужношћу отклањања штете. Немачки Савезни врховни суд, међутим, сматра да штета родитеља не постоји у, често жељеном, „имању“ детета *in personam*, већ само у кореспондирајућем терету издржавања. Осим тога, евентуална дужност родитеља на „отклањање штете“, односно на давање нежељено рођеног детета на усвојење, била би у супротности са уставним одребама, којима се уређују право и обавеза родитеља на негу и подизање детета.³⁶⁷ Због тога, у овом случају, не постоји повреда дужности сарадње родитеља.

Слична је и ситуација када намеравна стерилизација или примена других контрацептивних средстава није успела, те дође до рођења нежељеног детета. Тада су родитељи, противно њиховој вољи, оптерећени обавезом издржавања детета.³⁶⁸

Према неким немачким ауторима, у овим случајевима акценат је на врсти штете која се може захтевати. У случају да су узроци који заснивају захтев за накнадом штете били трудници „добродошли“, она може захтевати само накнаду материјалне, а не и нематеријалне штете. То је последица одвајања рођења као персоналног остварења вредности са једне стране и штетног догађаја са друге.³⁶⁹

Веза између грешке лекара и штете, у оваквим случајевима, свакако не постоји, када је жени очигледно да у будућности неће моћи да има деце, па услед тога више не жели да прекине трудноћу. Она тиме показује да више нема потребе за заштитом која јој је дугована на основу уговора о лечењу³⁷⁰, и утолико нема основа да тражи накнаду штете.

³⁶⁷ Члан 65 Устава РС; члан 6. немачког Устава.

³⁶⁸ J. Göben, 61.

³⁶⁹ *Ibid.*, 71.

³⁷⁰ *Ibid.*, 68.

VI. Правна природа дужности подвргавања операцији

Уколико оперативна грешка, која прети да узрокује штету пацијенту, може правовременим противпоступањем бити отклоњена или штета умањена (ако је већ наступила), ординирајућег лекара погађа правна обавеза корекције претходног поступка. Ако он ово пропусти, може се поставити питање његове одговорности. Уколико је, на пример, дошло до дислокације костију, захтева се поновни преглед, рутинско преиспитивање, као и евентуална накнадна операција. Ако је дошло до трансфузије крви погрешне крвне групе, лекар мора хитно да предузме радње које исправљају такву грешку. Те радње имају за последицу да штета, која је настала из грешке у поступању лекара, њему касније више не може *per se* да буде урачуната. Ако лекар начини скривљено грубу грешку у лечењу, тако да се терет доказивања обрће у корист оштећеног, ублажавање грешке у лечењу путем накнадно „исправљене грешке“ води ка томе, да се та грешка више не може квалификовати као груба. Тиме би и олакшице у доказивању у корист пацијента у облику *prima facie* доказа биле небитне, јер би типичност тока догађаја била пољуљана.³⁷¹

Питање је, међутим, да ли обавеза „исправљања грешке“ значи и обавезу пацијента да се подвргне операцији. Уколико би постојала правна обавеза подвргавања операцији, онда би, као њен одраз, морало постојати и право лекара да од пацијента захтева да трпи покушај поновног успостављања здравља. Ако би „исправљање грешке“ било, не само лекарска обавеза, већ и његово право, то би значило да би пацијент, у принципу, морао пристати на „коректурно лечење“ оног лекара који је првобитно погрешно делао, што није случај. Поверење, које је у основи односа лекар-пацијент, може тако трајно бити изгубљено, да је могуће само корективно поступање од стране другог лекара. Утолико пацијент, ако су

³⁷¹ *Ibid.*, 89.

испуњени сви претходно наведени услови, има обавезу да се подвргне захвату, али не истог лекара.³⁷²

Уколико је прва операција предузета у болници, директор болнице не може пацијенту, који је одбио други захват, да стави приговор да он, на основу „тоталног“ уговора о пријему у болницу (који постоји у Немачкој и обухвата лечење и потпуно болничко збрињавање), нема право да захтева лечење од стране другог лекара.³⁷³

Ако је пацијент оштећен операцијом која је предузета у јавној болници, тада се он, под одређеним околностима може за коректурну операцију обратити приватном лекару. Такво понашање пацијента је, независно од његовог животног стандарда, оправдано и не повређује пацијентову обавезу умањења штете, када лечење у јавној болници не води никаквом побољшању тегоба.³⁷⁴

Тако је у једном случају аустријски Врховни суд потврдио право пацијенткиње да се лечи у приватној клиници, након лечења у јавној болници. Пацијенткиња је годинама трпела болове у пределу крсног дела кичменог стуба, до листа десне ноге. У јавној болници је била предузета конзервативна терапија у виду инфузије и инфилтрације медикамента близу мождине. При отпуштању из болнице, пацијенткињи је дат савет да се подвргне амбулантној физиотерапији. Због појачаних болова, пацијенткиња је, неколико недеља касније, поново примљена на стационарно лечење у исту болницу. Лекари су јој тада саветовали операцију кичменог диска. Алтернатива у виду операције дистракционе спондилозе (укочења) није била споменута. Пацијенткиња је пристала на операцију кичменог диска. Захват је изведен сходно правилима, али успех коме се тежило није наступио. Пацијенткиња се, због тога, обратила приватној клиници, где јој је

³⁷² *Ibid.*, 90.

³⁷³ *Ibid.*, 89.

³⁷⁴ Одлука аустријског Врховног суда, бр. 10 Об 24/05к, од 28.6.2005, *Österreichisches Recht der Medizin* 106/2005, 151.

лекар објаснио могућност алтернативног лечења у виду операције дистракционе спондилозе. Након спроведене операције, пацијенткиња је само спорадично осећала болове, али их је већи део времена била ослобођена. Пацијенткиња се, потом, обратила суду за накнаду болнине и трошкова боравка и лечења у приватној клиници. Аустријски Врховни суд је њен захтев потврдио са образложењем да „накнаду трошкова лечења у приватној клиници треба дозволити, независно од животног стандарда, када су, са медицинског становишта посматрано, одређене мере нужне или, у најмању руку, дају основа за повољнији исход лечења.“ Обраћање приватним лекарима је оправдано када лечење у јавној болници не води умањењу тегоба. Пацијент треба, поред тога, да докаже и да је приватни лекар поставио одговарајућу дијагнозу и успешно предузео одговарајуће лечење. Тада се може сматрати да пацијент не повређује обавезу умањења штете тиме што се обраћа приватном лекару. С обзиром да се, у овом случају, пацијенткиња прво лечила у највише рангираној болници те врсте у земљи, од ње се није могло захтевати да се обрати другој јавној болници у земљи, како би тиме омогућила „кориговање“ објективно погрешног поступања ове прве.³⁷⁵

VII. Последице одбијања очекиване операције

Пацијент може силом права самоодређења да располаже сопственим телом, те тиме, и да одбије очекивану операцију. Неоправдано одбијање ће, међутим, довести до тога да пацијент не може захтевати да лекар сноси штету која је путем одговарајућих мера могла бити уклоњена или битно смањена. Судија ће у конкретном случају поћи од умањеног степена оштећења који би вероватно постојало након спровођења захвата. Уколико утврди сакривницу пацијента, и након тога треба да одмери обавезу накнаде

³⁷⁵ Одлука аустријског Врховног суда бр. 10 Ов 24/05к, од 28.6.2005, *Österreichisches Recht der Medizin* 106/2005, 151.

штете лекара, судија ће упоредити понашања оба учесника у односу, и при томе ценити колики удео у одговорности кога погађа.³⁷⁶

VIII. Очекиваност операције и правна питања доказивања

Лекар мора да докаже да је накнадни (оперативни) захват био очекиван и да је он одлучио да предујми трошкове истог. Он мора доказати да је пацијент повредио обавезу коректног понашања, ако није био спреман да се подвргне очекиваној мери умањења штете. Лекар, између осталог, подноси и доказ о изгледу на успех предложене операције. У једном случају, пацијент се лечио стационарно у клиници након саобраћајне несреће. Упркос томе што је указивао на болове у левом раменом зглобу, није примећено потпуно прскање истог. То је примећено тек од стране кућног лекара. Накнадну операцију, коју је, неколико недеља касније, предложио други лекар, пацијент је одбио, иако би ово вероватно довело до битног побољшања налаза. Лекар је, међутим, морао да докаже да би накнадна операција заиста довела до успеха. Према мишљењу немачког Савезног врховног суда, лекар мора да докаже претпоставке за кршење дужности подвргавања операцији, без обзира да ли одговара због доказаног узроковања штете или на основу претпостављеног каузалитета због преваљивања терета доказивања на основу грубе грешке у лечењу.³⁷⁷

Пацијент мора, са своје стране, да докаже да му се не може приговорити сакривица. Критеријум „очекиваности“ операције утврђује се, наиме, у односу на „разумног пацијента“, што представља објективизован критеријум. Треба се, међутим, осврнути и на индивидуална својства пацијента, ако он може да изнесе због чега управо у његовом случају треба да се одступи од објективног критеријума. Као пример овакве „субјективне

³⁷⁶ С. Conti, 148.

³⁷⁷ Пресуда немачког Савезног врховног суда, *Medizinrecht* 5/1989, 238.

очекиваности“, може се навести сасвим разумљива аверзија и одбијање пацијента да прихвати поновну операцију, када је он, због ранијег несрећног случаја, већ морао да се подвргне већем броју операција.³⁷⁸

Мањи део немачких правника заступа став да, уколико се не подвргне очекиваној операцији, пацијент сноси терет доказивања за то да се захватом не би постигао никакав бољитак.³⁷⁹

В. Дужност остваривања зараде и дошколовања

Уколико пацијенту, због повреде, прети престанак радног односа, он мора допринети минимизирању штете, тако што ће ону радну способност, која му је преостала, корисно употребити. Ради се о дужности привређивања, која се, у принципу, тиче сваког оштећеног у оквиру законске обавезе умањења штете.

Пацијент мора, уколико је у стању, најпре поново да прихвати делатност коју је обављао пре повреде. Уколико ово није могуће, поставља се питање до које границе се може захтевати прихватање другог посла који одговара ограниченој способности зарађивања. Захтеви који се овде постављају битно су мањи него код дужности подвргавања операцији. Пацијент не треба да улази у значајне здравствене и привредне ризике.³⁸⁰ Од пацијента који је оштећен лекарским погрешним поступањем, не захтева се да уложи никакву додатну снагу када се ради, нпр., о предузимању занатских активности.³⁸¹ Али власник предузећа не сме дићи руке од свог предузећа, уколико би га и даље могао водити уз очекивано ангажовање додатне помоћне радне снаге.

³⁷⁸ H. Lange, G. Schiemann, 580.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ C. Conti, 143.

Уколико се оштећени, ипак, не одлучи на предузимање активности у циљу остваривања зараде, на штетнику је терет доказивања да је оштећени могао своју радну снагу да искористи на други начин него што је то до тада чинио.³⁸²

Пацијент мора на промену школе увек бити спреман када постоји вероватноћа да ће наћи службу у новом послу. По једном мишљењу, ствар је штетника који сноси трошкове дошколовања, да ли он у ризик погрешне инвестиције жели да уђе. По другом мишљењу, пацијент је обавезан да се подвргне највише једном покушају дошколовања и тада је лице обавезно на накнаду штете дужно да средства за дошколовање унапред стави на располагање.³⁸³ Обавеза на дошколовање не би требало да буде истицана као апсолутно средство које умањује штету.³⁸⁴

Уколико оштећени, након дошколовања, боље зарађује него пре штетног догађаја, његова већа зарада му не може ићи на штету, односно његов захтев за накнаду штете не може бити умањен. Исто важи и за случај када оштећени уложи више напора него што му дужност на умањење штете налаже. Користи које произађу из „активности пацијента преко његових дужности“ не умањују његов захтев на накнаду штете.³⁸⁵

Такође се поставља питање да ли се може од радно неактивног супружника пацијента, који је усмрћен грешком у лечењу, захтевати предузимање радне активности. У немачкој судској пракси расправљало се, пре свега, о захтеву за накнаду удовице која је до тада била домаћица. Судови, при одлучивању, воде рачуна о годинама, образовању, социјалном статусу удовице, врсти посла који долази у обзир, да ли је она за време трајања брака била „обавезна“ да се запосли, али и о обавезама

³⁸² H. Lange, G. Schiemann, 580-581.

³⁸³ *Ibid.*, 582.

³⁸⁴ J. Göben, 91.

³⁸⁵ *Ibid.*, 92.

удовице.³⁸⁶ Овде се конкретно мисли на њену породичну ситуацију, тј. да ли она има једно или више малолетне деце којима је потребна брига и васпитање или се ради о младој удовици без деце.³⁸⁷ Тако обавеза запошљавања не постоји за двадесетшестогодишњу удовицу која мора да се стара о шестогодишњем детету.³⁸⁸ Удовица не мора, као активност у циљу остваривања зараде, да предузме вођење туђег домаћинства, јер оно није исто као старање о сопственом домаћинству. Четрдесетшестогодишња удовица која је 30% радно онеспособљена, није дужна да ради.³⁸⁹ Од педесетдвогодишње жене, која је, као домаћица, одгајила троје деце, не очекује се да се врати ранијем послу конобарице.³⁹⁰ Удовица закупца бензинске пумпе, која има четворогодишњег сина, не мора да предузме вођење пумпе са потпуним радним улагањем.³⁹¹

Г. Дужност коришћења одговарајућих правних средстава

Пацијент, изузетно, може бити дужан да уложи правно средство онда када би, у каснијем току поступка, адвокату било отежано установљење чињеничних претпоставки захтева за обештећење или би му било отежано прибављање доказних средстава.

Од пацијента се, међутим, не може, као генерално правило, захтевати да се упушта у предузимање правних средстава и у судске поступке са сумњивим изгледима на успех. Дакле, пацијентова дужност да уложи правно средство због грешке у лечењу или повреде обавезе

³⁸⁶ Н. Lange, G. Schiemann, 583.

³⁸⁷ J. Göben, 91.

³⁸⁸ Став немачког Савезног врховног суда, према: Н. Lange, G. Schiemann, 583.

³⁸⁹ Одлука Вишег земаљског суда у *Hamm-у*, *Versicherungsrecht* 1971, 914.

³⁹⁰ Став немачког Савезног врховног суда, *Zeitschrift für Das Gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1962, 517.

³⁹¹ Став немачког Савезног врховног суда, *Versicherungsrecht* 1967, 259.

обавештавања, зависи од конкретних изгледа на успех тог правног средства.

Део немачких правника, као дужност лекара и пацијента третира покретање поступка поравнања пред лекарском комором, пре подношења тужбе суду. Овде се не ради о „правном средству“, већ о примени сталешког права које обавезује само лекаре који су чланови коморе. То, међутим, представља и пацијентову дужност, чији је карактер лако схватити: ангажовање комисије вештака и покретање поступка поравнања је, пре свега, у интересу пацијента. Он добија мишљење, помоћу кога има увид у то да ли би његов захтев пред судом био основан, делимично основан или потпуно неоснован, тако да пацијент може надаље, у складу са тим, да усмерава своје процесно понашање. Евентуално поравнање је, такође, у интересу ординирајућег лекара, јер се, у случају успеха вансудског поравнања, приговор лекарске грешке не би износио пред суд.³⁹²

Други део немачких правника, међутим, сматра да поступци вештачења и поравнања немају утицај у правосуђу, јер не могу ни на који начин да ограниче приступ судовима. Осим тога, у поређењу са поступком поравнања, директан пут ка цивилном правосуђу је много ефикаснији. Начин заузимања става вештака остаје, често, за лекара и пацијента непознат, и не може бити подвргнут ближем разматрању. Странке, у већем броју случајева, на избор вештака немају никакав утицај. Поступци поравнања понекад трају дуже од годину дана, па је немогућност финансирања оваквих поступака, често мотив пацијената да покрену одговарајући судски поступак. На крају, уколико би се покретање поступка поравнања пред лекарском комором квалификовало као дужност у циљу минимизирања штете, тада би се лекарима омогућила привилегија

³⁹² J. Göben, 90.

упућивања пацијента на институцију у оквиру које лекари имају сопствени сталешки надзор.³⁹³

Сходно члану 16. нашег Закона о коморама здравствених радника³⁹⁴ органе коморе чине: 1) скупштина; 2) управни одбор; 3) надзорни одбор; 4) директор; 5) етички одбор коморе; 6) комисија за посредовање; 7) суд части првог и суд части другог степена; 8) одбори коморе. У органе коморе ЗКЗР убраја и комисију за посредовање, али не објашњава ни какав је њен састав, ни који су јој задаци. Тек из Статута Лекарске коморе Србије (члан 44.) бива јасно да комисија за посредовање ила три члана и да је њен задатак да посредује у вансудској решавању спорова између чланова коморе, као и спорова између члана коморе и пацијената насталих у вези са обављањем здравствене делатности. Поступак за посредовање покреће се на захтев страна у спору. Сем тога, стране треба да се сагласе и о личности посредника. Поступак посредовања окончава се измирењем, односно споразумом страна у спору, или констатацијом да посредовање није успело. На који је од ових начина поступак у конкретном случају окончан, то посредник утврђује закључком (члан 38. ЗКЗР). Из свега произилази да поступак посредовања код нас није обавезан степеник на путу ка правосуђу.

Д. Дужност саделовања пацијента у поступку за утврђивање одговорности лекара

Од пацијента се, у најширем смислу, захтева да учествује у судском поступку за утврђивање одговорности лекара. У том поступку, на пацијенту је терет доказивања, на пример: да је он већ пре лечења имао индивидуалне потребе за обавештењем, које су биле веће него потребе просечног пацијента; да једна накнадна операција није очекивана у његовом

³⁹³ Matthies Karl-Heinz, „Anmerkung zu LG Aurich“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 792 и даље.

³⁹⁴ Закон о коморама здравствених радника - ЗКЗР, Службени гласник РС, бр. 107/2005.

случају, и слично. Он, дакле, сноси терет доказивања својих индивидуалних особености.

У поступку за утврђивање лекареве одговорности може, међутим, бити потребно и да вештак прегледа пацијента у циљу процене потребе за конкретним мерама за умањење штете. Лекар мора доказати постојање одговарајућих претпоставки, те пацијентово одбијање прегледа може битно отежати или онемогућити извођење доказа. Пацијент може испитивање од стране медицинског вештака одбити само у случају када његово спровођење представља опасност по његово здравље. Уколико се ради о релативно *безопасном* испитивању пацијент неће моћи да га одбије. Пацијент, додуше, силом свога права самоодређења може одбити испитивање, јер свако, па и безопасно, испитивање представља захват у његов телесни интегритет (са којим се он, у принципу, мора сагласити). Због тога, саделовање, не може бити изнуђено, али пацијентово несаделовање битно отежава или чини немогућим извођење доказа.³⁹⁵ Стога, уколико се одбијању пацијента може ставити приговор, његово понашање се може и мора санкционисати на други начин. Терет доказивања чињенице да је саделовање пацијента потребно, подељен је. Лекар сноси терет доказивања за објективну потребу захвата. Онда када је доказ успешно поднет, пацијент може изнети субјективне околности, односно због чега је, управо у његовом случају испитивање од стране вештака непотребно.³⁹⁶

Принцип слободног судијског уверења приликом оцене доказа важи у великом броју европских процесних закона.³⁹⁷ Судија треба према свом слободном уверењу да одлучи да ли ће чињенице у поступку које су

³⁹⁵ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 602.

³⁹⁶ C. Conti, 156.

³⁹⁷ Став 1, параграфа 286 немачког Zivilprozessordnung гласи: „Суд ће, узимајући у обзир целокупан садржај поступања и резултате доказивања, одлучивати према слободном уверењу, да ли чињенична тврдња треба да се сматра за истиниту или не. У пресуди треба дати разлоге који су били одлучујући за судскијско уверење.“

релевантне за одлучивање, посматрати као истините. Он, при томе, може понашање странака у процесу (нпр. одбијање да се саделује у прикупљању доказа) да узме у обзир приликом вредновања. Тиме је судији дат у руке инструмент којим може да санкционише понашање странака које нису оптерећене ризиком, а чије понашање осујећује доказивање: некооперативно понашање странке суд може вредновати на њену штету, што значи да је овлашћен да крене од чињеничног стања које је неповољно за ту странку. Овај принцип се нарочито учестало спроводи код одбијања испитивања крви или код разјашњавања генетског порекла. Исто важи и када странка неоправдано одбија да сведока ослободи обавезе чувања тајне (када нпр. тужени лекар позива колегу као сведока, а пацијент одбија да овога ослободи од обавезе чувања тајне).³⁹⁸

Закон о парничном поступку Републике Србије³⁹⁹ од фебруара 2005. прихвата принцип изношења доказа *ex privato* – односно, према члану 220. и даље, ЗПП-а, странке пружају шта имају од доказа (раније је суд материјалну истину утврђивао *ex officio*). Које ће чињенице узети као доказане одлучује суд по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка (члан 8, ЗПП).

Ђ. Дужност предупређења лекареве штете

Штета лекару може настати ако пацијент болује од тешке болести која угрожава заједницу, а о томе не обавести лекара, па се и овај зарази. Дужност предупређења лекареве штете не спада стриктно у опсег дужности пацијента да штету отклони или умањи, јер њена сврха није подударна са сврхом осталих пацијентових дужности. Циљ претходно наведених пацијентових дужности је да умање директну штету пацијента, а тек

³⁹⁸ С. Conti, 157.

³⁹⁹ Закон о парничном поступку - ЗПП, Службени гласник РС, бр. 125/2004.

индиректно, евентуално, и штету лекара. Па ипак, иако јој је циљ отклањање директне штете лекара, и дужност предупредјења лекареве штете ће бити разматрана на овом месту, односно у склопу ових обавеза, јер је садржински слична претходно наведеним дужностима.

Део немачких правних писаца под дужношћу отклањања штете подразумева укупне напоре за спречавање директног оштећења уговорног партнера, односно предупредјевање штете лекара. Уколико је пацијент носилац ХИ-вируса или хепатитиса, према једном схватању, он је обавезан да о томе информише лекара. Лекар би тако био у могућности да себе и трећа лица боље заштити, односно могао би да предузме повећане мере предострожности.⁴⁰⁰

Према другом схватању, дужност пацијента на упозорење овде није велика. Он би, наиме, морао да упозори само на ризик нарочито велике штете, односно оне која се никако не може предвидети. Лекар, наиме, мора да прихвати пацијента онаквим какав он јесте и да, при томе, рачуна да је увек изложен професионалним ризицима. Он познаје опасности свог посла боље него други налогопримци и у таквој је позицији да може да предузме заштитне мере и да се обезбеди против настанка штете. У сукобу ова два схватања ради се, заправо, о сукобу „права на спознају“ и „права на приватност“, односно права трећих лица да знају за опасност, и права инфицираних лица да се заштите од стигматизације која би уследила након сазнања друштва о, нпр., ХИВ-инфекцији пацијента.⁴⁰¹

Извесни правници мире два претходна становишта, заступајући став да се дужности упозорења у односу лекар-пацијент не могу једнострано ограничавати. У суштини обавеза заштите управо лежи то, да обе стране треба да предузму све што је могуће да одбране свог уговорног партнера од штете. Пропуштање одговарајућег упозорења лекару може битно да штети,

⁴⁰⁰ C. Conti, 138.

⁴⁰¹ *Guidelines for Prevention of Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B Virus to Health-Care and Public-Safety Workers*, 1.

за шта пацијент у датом случају мора да одговара. Али то, истовремено, не искључује лекареву сакривцу, ако је он, са своје стране, пропустио да предузме елементарне мере предострожности.⁴⁰²

Овакво релативизовано схватање је прихватљивије од других, екстремнијих схватања. Међутим, и њега треба опрезно примењивати, водећи при томе рачуна о околностима случаја, и о различитим, а уједно оправданим, интересима учесника у односу. Овде се конкретно мисли на оправдан интерес лекара да знају за инфекцију пацијента смртоносним вирусом („*right to know*“), али истовремено имају могућност да примене универзалне мере заштите у односу на сваког пацијента (полазећи од претпоставке да је свака крв потенцијално инфективна). С друге стране, треба узети у обзир и оправдан интерес пацијента да се не зна за његову инфекцију („*right to privacy*“), јер то сазнање иницира друштвено одбацивање инфицираних лица. Суд, у сваком конкретном случају, треба да цени који ће од ових оправданих интереса да помери језичак на ваги.

⁴⁰² C. Conti, 140.

Глава друга: НЕПРИДРЖАВАЊЕ ОБАВЕЗА КОЈЕ СЕ ТИЧУ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА

До сада посматране дужности пацијента покривене су прописима обликованим у законске норме (члан 192 ЗОО, параграф 254 НГЗ) и као такве, могу условити смањење накнаде коју лекар као штетник дугује. Поред ових, постоје и дужности пацијента, као уговарача осигурања, односно (шире) осигураног лица, из односа осигурања. Мада су и тим дужностима својствене идеје члана 192 ЗОО, односно параграфа 254 НГЗ, материја која се бави осигурањем уређена је на другом месту.

§ 1 Добровољно здравствено осигурање

Наш Закон о осигурању⁴⁰³ чланом 13. и Закон о здравственом осигурању чланом 4. дефинишу и, на општи начин, уређују добровољно здравствено осигурање. Уредба о добровољном здравственом осигурању⁴⁰⁴ детаљније уређује услове, начин и поступак организовања и спровођења, као и врсте овог осигурања. Уредбом се, међутим не уређују обавезе, односно дуговано понашање осигураног лица. Давалац осигурања (осигуравач), сходно члану 14. Уредбе, има право да раскине уговор пре истека рока на који је уговор закључен само у случају неплаћања уговорене премије и у случају да је осигураном лицу у току трајања уговора престао статус обавезно осигураног лица за одређене врсте добровољног осигурања. Сва детаљнија регулатива препуштена је општим и посебним

⁴⁰³ Закон о осигурању, Службени гласник РС, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 85/2005 и 101/2007.

⁴⁰⁴ Закон о здравственом осигурању, Службени гласник РС, бр. 108/2008.

условима добровољног осигурања који су саставни део уговора о добровољном здравственом осигурању (члан 15. Уредбе).

У земљама где је више заживело добровољно (приватно) здравствено осигурање, у неким случајевима се прописима ограничава обавеза осигуравача. Ови прописи, у немачком праву, су *Закон о уговору о осигурању, Општи услови одговорности за трошкове болести и осигурање за болнички дан* (у даљем тексту: *МВ/КК*), као и *Општи услови одговорности за осигурање за болнички дан* (у даљем тексту: *МВ/КТ*), и уговори о осигурању упућују на њих.⁴⁰⁵

Према прописима параграфа 5, став 16 *МВ/КК* и *МВ/КТ*, осигуравач не дугује осигуранику лицу осигурну суму код „болести и несрећних случајева и њихових последица, који почивају на намери, као ни код прекида лечења“. Довољно је да је осигурано лице примарну болест намерно изазавало. Последице не морају бити предвидљиве. Тако је, на пример, обољење јетре, као последица прекомерног конзумирања алкохола, намерно изазвано, када осигурано лице које је бивши алкохоличар, упркос свести о болести која га угрожава, поново почне да пије алкохол. Исто тако, сматра се да је осигурани пацијент, који, упркос лекарском савету и већ спроведеном стационарном лечењу, поново покаже нездраве склоности ка храни, намерно проузроковао поново наступелу гојазност. Прекомерно уживање никотина које почне да се развија у патолошком смеру, може се третирати као намерно узроковање болести.⁴⁰⁶ Уколико осигурано лице избегава „контраиндиковани начин живота“, сматра се да сарађује у превенцији болести. Треба, међутим, имати у виду да забрана одређеног начина живота осигураног лица, односно условљавање права из здравственог осигурања оваквом врстом сарадњом осигураника, подлеже уставном ограничењу. Већ у својим првим редовима, уставни имају и одредбу којом прокламују да су сви људи пред законом једнаки (члан 21.

⁴⁰⁵ J. Göben, 108.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

Устава РС; члан 3., став 1 немачког Устава, итд.). У том смислу, неприхватљиво је прописивање строгих правила понашања у личној сфери појединца (ограничавање конзумирања никотина, регулисање навика у исхрани, ограничавање конзумирања алкохола, ограничавање стреса, санкционисање недостатка физичких активности, итд.). У том смислу треба наћи праву меру регулативе и њене примене у овој области.

Дужност осигураног лица сходно параграфу 9, став 3 *МВ КК/КТ* је и да се, на захтев, осигуравача, подвргне лекарском испитивању, чији опсег установљава осигуравач. Међутим, испитивања која подразумевају интервенције које превазилазе нормалне лекарске дијагностичке и терапијске активности, по правилу се не очекују.⁴⁰⁷

Када се ради о осигурању трошкова болничког дана, уговара се додатна изричита дужност пацијента да поново зарађује. Постоји, наиме, опасност да ће осигурано лице одржавати болест и инкасирати дневне трошкове. Отуда се он обавезује да настоји да обнови своју радну способност. Услови *МВ КК/КТ* наводе да осигурано лице мора савесно да следи упутства ординирајућег лекара. Ово, додуше, не обавезује осигурано лице да улаже неке посебне напоре ка оздрављењу, већ само да не предузима радње које успоравају оздрављење. Лекарске забране, међутим, у појединим случајевима, могу бити далекосежне: оне чак, у складу са сликом болести и под одређеним околностима, искључују могућност великих напора, путовања, интензивних и трајних кућних активности. Поступање осигураног пацијента противно наведеним дужностима, које узрокује настанак осигураног случаја или погоршање здравственог стања, може се квалификовати као кривица и тада осигурано лице трошкове лечења мора само да сноси.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 109.

Параграф 6. немачког *Закона о уговору о осигурању*⁴⁰⁹ указује на то да о дужностима осигураног лица треба водити рачуна након наступања осигураног случаја. Да би се сматрало да је осигурано лице прекршило своју дужност захтева се да је саделовање ускратило намерно или грубом непажњом.

§ 2 Обавезно здравствено осигурање

Дужности осигураног лица постоје и према осигуравачу у обавезном („законском“) здравственом осигурању. *Закон о здравственом осигурању* Србије, у члану 85. набраја случајеве у којима осигуранику, привремено спреченом за рад, не припада право на накнаду зараде. Ови случајеви везани су и за ситуације где су осигураници саодговорни или искључиво одговорни за настанак привремене спречености за рад. Члан 85. ЗЗО гласи: „Осигуранику привремено спреченом за рад у складу са овим законом не припада право на накнаду зараде, без обзира на исплатиоца: 1) ако је намерно проузроковао неспособност за рад; 2) ако је неспособност за рад проузрокована акутним пијанством или употребом психотропних супстанци; 3) ако је намерно спречавао оздрављење, односно оспособљавање за рад; 4) ако се без оправданог разлога не подвргне лечењу, осим ако за лечење није потребан пристанак предвиђен законом; 5) ако се без оправданог разлога не јави изабраном лекару за оцену привремене спречености за рад или се не одазове на позив лекарске комисије, у року од три дана од дана настанка привремене спречености за рад, односно од дана добијања позива за излазак на лекарску комисију, односно од престанка околности које су га у томе спречавале; 6) ако се за време привремене спречености за рад бави привредном или другом активношћу којом остварује приходе; 7)

⁴⁰⁹ *Versicherungsvertragsgesetz – VVG*, донет 23.11.2007, са последњим променама од 29.7.2009, <http://beck-online.beck.de/default.aspx?bcid=Y-100-G-VVG2008>.

ако без дозволе стручно-медицинског органа матичне филијале, односно Републичког завода отпутује из места пребивалишта, односно боравишта или ако изабрани лекар, односно орган надлежан за контролу остваривања права из обавезног здравственог осигурања, утврди да не поступа по упутству за лечење; 8) ако прима накнаду зараде по другим прописима; 9) ако злоупотреби право на коришћење одсуствовања са рада због привремене спречености за рад на неки други начин. Осигуранику не припада накнада зараде од дана када су утврђене околности из става 1. овог члана, за све време док трају те околности или њихове последице.....“.

Члан 245. 330 предвиђа и новчано кажњавање осигураника који поступа противно прописима из члана 85. 330, и то у износу од 30.000 до 50.000 динара.

Дужности осигураника према осигуравачу код обавезног здравственог осигурања су, у немачком праву, сличне онима из приватног осигурања. Тако се већ у петој књизи немачког *Социјалног законика*⁴¹⁰, која се односи на законско здравствено осигурање, у параграфу 1., реченица 2, установљава да су осигурана лица за своје здравље саодговорна и да треба, кроз здрав живот и учествовање у здравственим мерама предострожности, да допринесу спречавању болести. Ова одредба представља програмски позив на здрав живот.

Прва књига немачког *Социјалног законика*, у трећем одељку, под трећим насловом, уређује саделовње лица које прима или захтева социјална давања. Овде се, између осталог, уређује и његова обавеза да се, на захтев осигуравача, подвргне лекарским и психолошким испитивањима, ако су те мере потребне за одлучивање или испуњење обавезе (параграф 62.). Уређује се и обавеза лица да саделује у поступцима лечења, уколико оно, због болести или ометености, захтева или

⁴¹⁰ Немачки *Социјални законик I - SGB*, од 31. јула 2004. (BGBl. I Nr. 40/2004).

прима социјална давања. Параграф 63., на име, прописује да се такво лице на захтев осигуравача, мора подвргнути лечењу, када се може очекивати да ће лечење имати за резултат побољшање пацијентовог здравственог стања или да ће спречити погоршање. Обавеза лечења овде проистиче из јавноправног односа давања између даваоца и примаоца услуге, који јемчи једнострану социјалну давања, али је, са друге стране, упоредив са приватним дужничким односом.

Осигурано лице, сходно ставу 2, параграфа 65., може одбити сарадњу приликом лечења и испитивања, уколико: 1) у току лечења и испитивања, у појединачном случају, штета за живот и здравље не може бити искључена са већом вероватноћом; 2) ако је лечење и испитивање повезано са знатним боловима; или 3) ако лечење и испитивање представљају знатан захват у телесну целовитост. Став 2, параграфа 65. је, заправо, конкретизација принципа сразмере нормираног у ставу 1 истог параграфа. Став 1, параграфа 65., између осталог, каже да обавеза сарадње не постоји уколико њено испуњење није у сразмери са захтеваним социјалним давањем. На пример, краткотрајно примање болесничког додатка не оправдава дуготрајно и мучно лечење. Што су захтевана социјална давања већа, уколико се од примаоца давања може захтевати да трпи „болније“ лечење.⁴¹¹

Параграф 52. петог дела немачког *Социјалног законика* прописује ограничавање извршења здравственог осигурања код постојања кривице осигураника. Уколико је осигураник намерно узроковао болест, здравствено осигурање може у трошковима да учествује само делимично, у одмереној висини, или у потпуности да одбије исплату износа трошкова, односно да захтева повраћај истих.

⁴¹¹ J. Göben, 112.

Глава трећа: УСЛОВИ ПРАВНО РЕЛЕВАНТНЕ ПОВРЕДЕ ДУЖНОСТИ ПАЦИЈЕНТА И ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ТЕ ПОВРЕДЕ

§ 1 Услови правно релевантне повреде пацијентових дужности

Поред чина повреде дужности у сопственом интересу, потребно је да се испуне још неки услови да би таквој повреди следовала одговарајућа правна последица. Ради се о *постојању узрочне везе између повреде дужности и штете* и *одређеним субјективним својствима пацијента (кривица пацијента)*. У мањој мери, а зависно од конкретног случаја, улогу у утврђивању удела оштећеног у настанку штете могу имати и неке *друге околности*, о којима ће такође бити речи. У одређеним ситуацијама, и понашање противно *друштвено уобичајеном поступању* представља кршење дужности пацијента. Постојање ових услова треба ценити у сваком конкретном случају.

А. Адекватна узрочна веза

У одмеравању накнаде штете битно је проценити колико је штета била претежно *узрокована* поступцима једне или друге стране. Између штете и повреде обавезе пацијента мора постојати правно релевантна узрочна веза. Погрешно понашање пацијента (које се цени према уобичајеном току ствари и према општем животном искуству) мора бити адекватно узрочно за настанак или опсег његове штете. Швајцарска и немачка судска пракса држе да се, у случају обостране повреде уговорних обавеза, одлучује на основу интензитета обеју узрочних веза. Када, поред основних узрока оштећења, наступе и други, остају основни узроци штете

адекватно узрочни, све док додатни узроци нису подобни за урачунавање.⁴¹²

Дакле, кршење правних обавеза или обавеза у сопственом интересу оштећеног, правно је релевантно само онда када би поступање у складу са њима предупредило насталу штету или би је барем смањило.⁴¹³ Сваки човек, па и оштећени, оптерећен је оним последицама поступања које стоје у оквиру способности предвиђања, односно адекватне узрочности.⁴¹⁴ Као и код повреде обавезе штетника, и код оштећеног се примењује теорија по којој узроци штете нису сви једнако вредни, већ се одмеравају. Мерило при одмеравању је вероватноћа изазивања штете. Један узрок има тим већу тежину, што је вероватније да је он штету изазвао.

Код питања каузалитета небитно је да ли допринос пацијента временски следи пре или после штетног поступања лекара. Судска пракса, додуше, прави разлику између тога да ли је настала повреда дужности у уговорном или у деликтном праву. У првом случају, треба узети у обзир саделовање настало након закључења уговора, јер дужности које се могу повредити настају тек са закључењем уговора. Ипак, са друге стране, уколико се пацијент пре закључења уговора о лечењу изложио повећаном ризику на начин да се то код узрочности може узети у обзир, онда се тај ризик мора урачунати у његову каснију штету.⁴¹⁵

Треба поменути и став дела немачких правника, који сматрају да код самооштећења, односно самоугрожавања треба одустати од примене теорије адекватности. По њима, суштина ове теорије је у томе да оштећени треба сам да сноси последице које су изван сваке вероватноће. Примена принципа адекватности код сакривице може, међутим, довести до сумњивих резултата, јер то што је пацијент изазвао нужност медицинског збрињавања

⁴¹² C. Conti, 168.

⁴¹³ D. Medicus, 336.

⁴¹⁴ J. Göben, 133-134.

⁴¹⁵ *Ibid.*, 134.

не треба да растерећује лекара, односно сакривица пацијента не може водити до прекида узрочне везе између штетне радње лекара и штете.⁴¹⁶

Овакво образложење наведеног става је неприхватљиво, јер изазивање нужности медицинског збрињавања, односно претежна сакривица пацијента може прекинути узрочну везу штетникове радње и штете, и онда лекар више није тај који се може третирати као штетник.

Друго образложење, које се даје у корист овог мањинског става немачке теорије, је да, ако оштећени одговара само за последице које су адекватне његовом понашању, онда неадекватне падају на штетника, што је такође неприхватљиво. Штетник, наиме, сходно теорији адекватне узрочности, не мора да сноси неадекватне последице свог понашања, па ни оштећениковог. Осим тога параграф 254. немачког Грађанског законика (који уређује сакривицу оштећеног) говори о претежном, а не о адекватном узроковању.⁴¹⁷ Стога, према овој теорији, уместо принципа адекватности, треба применити објективно вредновање укупног тока догађаја, односно узрока и последица, без обзира да ли је неко понашање са већом или мањом вероватноћом довело до одређене последице.⁴¹⁸

Када се, међутим, ради о неадекватним последицама понашања оштећеног, њих свакако неће сносити штетник (ако му се не могу приписати), већ потпадају у домен случаја. За случај важи правило – *Casum sentit dominus* - те ће последице, без обзира на непостојање адекватне узрочне везе, пасти на пацијента, који је, у овој ситуацији, *dominus* посла.

⁴¹⁶ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 600.

⁴¹⁷ H. Lange, G. Schiemann, 561-562.

⁴¹⁸ *Ibid.*, 612.

Б. Кривица пацијента

I Општи поглед

Повреда обавезе сарадње пацијента, у страном законодавству и правној теорији, често се назива сакривицом. Сходно параграфу 254. немачког Грађанског законика, код сакривице треба одмеравати ког учесника у односу погађа већи удео у штети.⁴¹⁹ При том одмеравању треба, дакле, ценити узрочност и кривицу.⁴²⁰ И немачки Социјални законик (Део I) у параграфу 66, који уређује последице непостојања сарадње, узима у обзир кривицу лица које захтева или прима социјална давања.⁴²¹

Немачки судови, такође, приликом одлучивања о накнади штете цене удео *кривица* обе стране, дакле, лекара и пацијента. Кривица једне стране

⁴¹⁹ Параграф 254 НГЗ гласи: „ 1) Уколико је при настајању штете саделовала кривица оштећеног, тада обавеза на накнаду, као и опсег накнаде коју треба извршити, зависи од околности, нарочито од тога колико је штета претежно од једне или друге стране узрокована. 2) Ово важи и онда, када се кривица оштећеног ограничава на то, да је он пропустио да упозори штетника на опасност једне неуобичајено високе штете за коју штетник није знао нити је морао знати, или је он пропустио штету да отклони или умањи...“

⁴²⁰ E. Deutsch, (2003), 227.

⁴²¹ Став 1, параграф 66, немачког *Социјалног законика I*, гласи: „(1) Уколико онај, који захтева или прима социјално давање, крши своје обавезе судјства према параграфима 60. до 62., и 65. и тиме битно отежава разјашњење чињеничног стања, обвезник испуњења може, без даљњег, сасвим или делимично одбити или избећи испуњења до пружања саделовања, уколико није доказано да постоје претпоставке за извршење. Ово важи и када лице које поставља захтев или овлашћени на извршење, на други начин, намерно знатно отежава разјашњење чињеничног стања“.

не искључује могућност кривице друге стране.⁴²² Када су удели у узроковању и удели у кривици једнако вредновани, ни једна страна не мора извршити накнаду штете.

ЗОО, као што је већ речено, чланом 192 даје основа за утврђивање подељене одговорности, ако постоји допринос оштећеног у настанку или увећању штете, али не укључује у то процену кривице. И наша судска пракса се, при одлучивању о уделима у штети, руководи искључиво постојањем узрочне везе.

Треба још истаћи да се под сакривицом оштећеног не подразумева „кривица“ за сам настанак штете, пошто он лежи изван области која се штити успостављањем дужности пацијента. Уколико је пацијенту потребно лечење због скривљеног саобраћајног удеса, алкохолизма или занемаривања неге зуба, лекар не може да стави приговор скривљено узроковане потребе за терапијом.⁴²³ Тако је Савезни врховни суд Немачке⁴²⁴ одбио приговор лекара (коме се поткрала грешка у лечењу) да је пацијент своју потребу за лечењем сам скривио. Наиме, након саобраћајне несреће коју је пацијент скривљено узроковао, у његову леву бутну кост лекар је морао да угради метални шраф. Лекар је, при томе, превидео ишчашење кука, које у току накнадног лечења није могло у потпуности да буде октлоњено. Пацијент је тужио лекара за грешку у лечењу и суд је усвојио његов захтев, а одбио је напред наведени приговор лекара да је пацијент сам изазвао саобраћајни удес, са објашњењем да оваква сакривица не лежи у заштитној области норме о сакривици пацијента.

⁴²² C. Conti, 169.

⁴²³ E. Deutsch, (2003), 227.

⁴²⁴ B. *Versicherungsrecht* 1971, 1123.

II. Мерило (не)пажње

Овде ће бити речи о мерилу непажње, онако како то види немачка правна теорија, с обзиром да је у нашој теорији и пракси ово питање дискутовано, али у мањој мери.

Када се ради о кривизи штетника непажљиво поступање је у (параграфу 276., став 2 НГЗ) дефинисано као пропуштање пажње која се захтева у саобраћању. Судска пракса и литература изградиле су објективно типичну теорију непажње. Наиме, док кривично-правна теорија нехата узима у обзир индивидуалне карактеристике особе, цивилно-правна теорија је објективног карактера. Она не узима у обзир индивидуалне особености поступајућег лица, него, уместо тога, гради типове група, па кроз њих објективизује све индивидуалне особености. Објективна теорија непажње је, дакле, субјективизована утолико што узима у обзир типичне недостатке појединих групација људи.⁴²⁵ Карактеристике појединца се врло ограничено узимају у обзир.

Уколико лекар истакне приговор сакривце пацијента, овај мора да докаже да њега не погађа кривица за штету. Због тога се овде поставља питање да ли напред поменуто мерило пажње које се примењује на кривицу која је основ одговорности лекара, без даљњег може да се пренесе на кршење дужности оштећеног пацијента.

Према претежном мишљењу немачких правника, објективно мерило непажње треба да важи и за повреду обавезе пацијента као оштећеног, јер не постоји никакав основ за то да се од оштећеног захтева мање него од штетника. По овом мишљењу, начин размишљања, односно понашање оштећеног треба просуђивати тако, као да је он неког другог оштетио, односно као да је он сам штетник.⁴²⁶ То, дакле, подразумева примену објективног мерила (не)пажње и на оштећеног. Пацијент својом

⁴²⁵ Н. Lange, G. Schiemann, 616.

⁴²⁶ *Ibid.*, 615.

сагласношћу диспонира својим телесним интегритетом и тако сопственом одлуком прихвата да се изложи једној перманентној „принуди“. Због тога, се сматра да би, за повреде дужности од стране пацијента, као и за повреде обавеза од стране лекара, непажњу требало објективно одредити. То би значило да би пацијенту његов страх или недостатак воље исто тако мало био од помоћи, као и лекару његова неспособност.⁴²⁷ Од лекара, као и од пацијента се захтева пажња коју би применио један савестан и разборит човек под истим околностима. Судска пракса негдашњег немачког Рајхсгерихта дефинише да лице дела скривљено против себе самог када не поступа као разуман човек у циљу избегавања сопствене штете.⁴²⁸ Пажња разборитог, разумног човека подразумева типична знања и способности припадника исте професије, старосне групе, итд. За различите групе пацијената се, дакле, примењује различито мерило пажње, али, ипак, стандардизовано на нивоу одговарајуће групе. На пример, од млађих људи може се захтевати већа пажња него од старијих, од нормалних већа пажња него од ометених у развоју, или од нарочито болесних пацијената мања пажња него од мање болесних, те се и нередовно узимање лекова или необавештавање лекара о предиспозицијама за болести, различито цени. У том смислу се, дакле, објективни критеријум пажње, „субјективизује“ с обзиром на категорију људи којој оштећени припада.⁴²⁹

Треба, надаље, рећи да оштећени, који је индивидуално способан за виши степен пажње, мора исти и да покаже: нпр. од лекара, који је у конкретној ситуацији пацијент, очекује се повећана способност и спремност на сарадњу, него од пацијента – медицинског лаика.

И поред извесне „субјективизације“ објективног критеријума путем увођења различитог мерила пажње за различите групе људи, ипак се, у дискусији везаној за мерило пажње, поставља питање да ли се

⁴²⁷ J. Göben, 129.

⁴²⁸ Пресуда немачког *Reichsgericht*-а 149, 6 и даље, према: J. Göben, 126.

⁴²⁹ H. Lange, G. Schiemann, 615.

индивидуална својства конкретних пацијената могу узети у обзир. У прилог ублажавања мерила пажње путем прихватања субјективних својстава конкретног пацијента, може се навести то да пацијент свој телесни интегритет ставља на располагање и излаже се потенцијално опасним ситуацијама (непоузданој лекарској дијагнози и терапији које су повезане са врстом болести, боловима или одређеним последицама). Он је често у њему страној и тешкој ситуацији, коју му је штетник наметнуо. Због тога се кривица пацијента има ценити према субјективном мерилу за пажњу. Као медицински лаик, он се може сматрати кривим само ако је, према својим личним способностима и индивидуалним знањима, био способан да се понаша онако како се од њега очекује.

Члан 158 ЗОО⁴³⁰, као и параграф 276 НГЗ⁴³¹ „ степене непажљивог поступања опредељују намеру и непажњу. Уколико су удели у узроковању истог ранга, одлучује се према степену кривице. Према владајућој судској пракси, моменат кривице доминира онда када је једна страна поступала са намером. Наиме, намера једне стране најчешће искључује удео у одговорности друге.⁴³² Према намери једне стране, нехат друге стране је у оквирима саодговорности у настајању штете од малог значаја. Страна која жели штету не може се позивати на то да ју је друга страна могла избећи уз примену одговарајућег степена пажње. То важи за намеру штетника, као и за намеру оштећеног.⁴³³

Ако су обе стране поступале са непажњом и ако је допринос настанку штете исти, тада штету треба да сnose обе стране. Уколико се, међутим,

⁴³⁰ Члан 158 ЗОО гласи: „Кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом.“

⁴³¹ Параграф 276, став 1 НГЗ гласи: „Дужник мора да одговара за намеру и нехат, када већа или мања одговорност не треба, нити може да се отклони из садржаја дужничког односа.....“

⁴³² H. Lange, G. Schiemann, 615.

⁴³³ J. Göben, 147.

ради о грубој непажњи једне стране, она тада потискује удео у узроковању, односно допринос настанку штете друге стране која је поступала са лако непажњом.⁴³⁴ Овде је, наравно, наведено неколико типичних констелација случајева. Поред њих, међутим, живот доноси различите ситуације и свака од њих је специфична на свој начин. Због тога закони садрже широке дефиниције, које остављају суду могућност различитог одлучивања с обзиром на конкретне околности појединог случаја. Треба водити рачуна и о томе да пацијент штетнику који је поступао са намером, принципијелно, остаје дужан на даљу сарадњу, односно да штету умањи (на пример, подвргавањем операцији). Судови бивших југословенских република сматрали су да чак и умишљајна кривица починиоца не може потпуно неутралисати кривицу оштећеног, већ да и у том случају може бити места раздљивању штете између њих.⁴³⁵

III. Применљивост правила о искључењу или умањењу одговорности

У упоредноправној теорији и у судској пракси често је искрсавало питање да ли у случајевима постојања сакривце треба примењивати правила о искључењу или умањењу одговорности лица неспособних за расуђивање или малолетника.

Још је немачки Рајхсгерихт одлучивао у оваквим стварима. Тако је у једном случају душевно болесно лице које је стављено под старатељство, било упућено у установу за лечење и негу. Тамо је он полно општио са својом неговатељицом, што је резултирало рођењем детета. Као отац ванбрачног детета, судски је обавезан на плаћање издржавања. Пацијент је онда, такође, судским путем, од директора установе у којој се лечио, захтевао накнаду штете која му је настала услед зачећа детета, а на основу

⁴³⁴ Н. Lange, G. Schiemann, 623.

⁴³⁵ Одлука Врховног суда Хрватске Гж. 2297/71 од 8.12.1972, објављена у *Прегледу судске праксе* 1973, 3, одлука 64.

скривљене повреде обавезе заштите и старања. Врховни суд је потврдио деликтни, као и уговорни захтев за накнаду штете тужиоца против директора установе, јер је овај збрињавањем тужиоца, у исто време преузео и обавезу заштите и старања за имовину тужиоца.⁴³⁶

Применљивост прописа који уређују искључење и умањење одговорности код постојања сакривице малолетних и других пословно неспособних лица је, у немачкој судској пракси највишег нивоа, као и у претежном делу немачке литаратуре стално потврђивана. Њихова примена се, ипак, не подразумева и у сваком појединачном случају цене се околности појединог случаја.

Судске праксе на тему кривице пацијента као оштећеног код нас још увек нема. Како ЗОО, међутим, уређује утврђивање удела у штети, без узимања у обзир кривице, тако и судска пракса, у области саделовања оштећеног уопште, приликом одмеравања удела, у принципу, не примењује правила о искључењу или умањењу одговорности лица неспособних за расуђивање или малолетника.

В. Друге околности

Поставља се питање да ли при процени удела у настајању штете треба, осим узроковања и кривице, водити рачуна и о *другим околностима*. Под другим околностима треба подразумевати релевантне сродничке везе између учесника, имовинске односе и заштиту путем осигурања. Према већинском ставу немачке правне теорије, законодавац је у параграфу 254. став 1 НГЗ прецизно испољио своју намеру тиме што је навео и „околности“ уопште, а није меродавним оставио само узроковање и кривицу. Према мањинском гледишту⁴³⁷, о даљим околностима, мимо узрочности и кривице,

⁴³⁶ Одлука немачког *Reichsgericht*-а 108, 68, према: J. Göben, 130.

⁴³⁷ С. Conti, 170.

не треба водити рачуна, јер оне немају битан утицај на настанак штете. Оне су важне само са гледишта правичности која је регулисана другим одредбама (параграф 829. НГЗ, односно члан 169. ЗОО, који уређују обавезу накнаде на основу правичности).

Овај спор је, међутим, само теоријске природе, јер и прво гледиште истиче да је при процени удела релевантно одмеравање узрочности и, делимично, кривице. Разлика је само у томе што оно не инсистира на суженом броју критеријума, тј. допушта да и друге околности могу имати извесну тежину.⁴³⁸

Г. Пацијентова дужност као одраз поступања у складу са друштвено прихватљивим нормама понашања

Признавањем постојања дужности пацијента за отклањање штете, њему се намећу одређене границе друштвено прихватљивог понашања. То значи да се оштећеном не допушта да захтевом према штетнику наплати животне трошкове који очигледно прекорачују друштвено уобичајене оквире.⁴³⁹ Као пример за то може послужити одлука Земаљског суда у Дизелдорфу.⁴⁴⁰ Суд је, наиме, одбио захтев тужиоца за накнаду знатних трошкова опоравка. У образложењу одлуке наведено је да су трошкови настали сакривицом тужиоца, јер се овај, као жртва несреће, ослонио на исправност одлуке свог кућног лекара, који му је преписао изразито скупе мере лечења. Кућни лекар је, наиме, тужиоцу након саобраћајне несреће у којој је овај претрпео потрес мозга и повреду колена, преписао лекове, као и лечење у две бање. Суд сматра да је тужилац морао, након одлуке свог лекара, да се посаветује са лекаром специјалистом. Дакле, суд ставља акценат на повређену дужност контроле преписаних мера, као на дужност

⁴³⁸ J. Göben, 149.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ Одлука Земаљског суда у *Düsseldorf*-у, *Versicherungsrecht* 1996, 94 и даље.

умањења штете. Параграф 249. став 2 НГЗ⁴⁴¹ уређује да поверилац (овде оштећени пацијент) може да тражи потребан износ новца, уместо реституције. Међутим, суд сматра да се овде, када се ради о бањским трошковима, не може говорити о „потребним“ трошковима. Јер када се ради о накнади штете, захтевани су само они трошкови који према датом стању ствари и при разумном просуђивању изгледају нужни за отклањање штете.

У немачкој судској пракси постоје и друге одлуке у којима је накнада штете оштећеном умањена због тога што он није поступао „друштвено сходно“. Такав је пример повређеног лица, које од штетника тражи накнаду трошкова изнајмљивања једнокреветне собе у приватној болници, а да за то није било медицинске индикације.⁴⁴²

Друштвено неадекватно је поступао и човек који је наложио таксисти да га вози брзином од 250 км, јер је журио на скупштину извесног удружења која је за њега била специјалан годишњи догађај. Том приликом је доживео саобраћајну незгоду, и због тога тражио обештећење. Исто, међутим, није добио, јер је суд проценио да оштећени, тражећи да возач вози већом брзином од дозвољене, није поступао у складу са друштвено прихватљивим нормама понашања.⁴⁴³

У свим овим случајевима, оштећени поступа у оквиру слободе која му припада, и не може му се ставити приговор кривице против самога себе. Међутим, право оштећеног на накнаду штете не гарантује неограничено испољавање његових индивидуалних захтева. Располагања оштећеног се могу толерисати онда када се не удаљавају превише од друштвеног

⁴⁴¹ Параграф 249 НГЗ гласи : “1) Онај ко је обавезан да штету надокнади дужан је да успостави стање које би постојало кад не би наступила околност која обавезује на надокнаду. Ако треба накнадити штету због повреде лица или због оштећења ствари, поверилац може, уместо успостављања претходног стања, захтевати новчани износ који је за то потребан.”

⁴⁴² Н. Lange, G. Schiemann, 553.

⁴⁴³ *Ibid.*

просека. Због тога је правна наука за ову групу случајева увела споран појам „друштвено сходног поступања“, односно „друштвеног ограничења“.⁴⁴⁴

Уколико поступање пацијента није у складу са друштвено прихватљивим нормама понашања, он чини повреду своје дужности. Чињеница да су трошкови настали, често у потпуности, у сфери пацијента и да штетник њихово настајање није могао да спречи, налаже да се, код одмеравања удела у штети, одреди другачија размера поделе, него код оних трошкова који следују из поступања штетника, уз учешће пацијента. Пацијентов удео је, у првом случају, већи.⁴⁴⁵

§ 2 Правне последице несарадње пацијента

Кад се говори о одређеним захтевима пацијентовом понашању, треба размотрити и која санкција погађа поступање супротно тим захтевима. Уколико се пацијент не понаша у складу са обавезом сарадње која се од њега очекује, он повређује своју обавезу и мора сносити одређене последице. У обзир долазе различите санкције: захтев да се обавеза сарадње испуни; редукција лекарске обавезе на накнаду штете у складу са утврђеним уделом пацијента у штети; овлашћење лекара да одустане од уговора са пацијентом; и, врло ретко, обавеза накнаде штете.

А. Захтев да се обавеза сарадње испуни

Свака уговорна страна, у принципу, може да захтева испуњење обавеза од друге стране. Однос лекар-пацијент је, међутим, другачији од

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ J. Göben, 150.

осталих уговорних односа. Овде захтев лекара за испуњењем обавезе сарадње може да буде у колизији са апсолутним правима пацијента, тј. са његовим правом на телесни интегритет и са правом самоодређења. Пацијент може слободно да одлучи да ли хоће да се подвргне лечењу или не. Он, такође, има право да се препусти лечењу, а да се при томе, ипак, понаша некооперативно. Лекар не може, због тога, сарадњу пацијента судски да изнуди, чак и када би то било процесноправно замисливо. Изузеци од тога постоје тамо где се дужност сарадње не базира на савесности и поштењу, већ је прописана специјалним законом. То је, на пример, случај са обавезом трпљења испитивања, према *Закону о заштити становништва од заразних болести*.

Ни лекар није претерано мотивисан да захтева реално испуњење од пацијента. Његови интереси, а нарочито интерес наплате хонорара, довољно су заштићени и без захтева за испуњењем. Лекар није принуђен да, без потребне сарадње пацијента, буде активан. Када одбије да сарађује, пацијент долази у поверилачку доцњу, што лекару даје могућност да одустане од уговора и, евентуално, захтева накнаду штете.⁴⁴⁶

Захтев лекара за реалним испуњењем обавезе сарадње пацијента није, дакле, честа, нити лако остварљива последица повреде пацијентових обавеза.

Б. Редукција лекарске обавезе на накнаду штете у складу са уделом пацијента у настанку или увећању штете

Данашњи закони одбацују принцип тоталне репарације и дозвољавају деобу штете. Раздељивање штете треба да уследи сразмерно уделу у штети, односно водећи рачуна о околностима случаја (члан 192 ЗОО).

⁴⁴⁶ С. Conti, 159.

Одмеравање удела у штети је изузетно важно питање за судску праксу због утврђивања обима накнаде штете.

Лекар кроз несарадњу пацијента, још не трпи никакаву штету. Уколико, пак, пацијент тужи лекара и од њега захтева потпуну накнаду штете, тада има изгледа да и лекар буде оштећен. Ако пацијент истакне своје право на обештећење, мора се узети у обзир и његово претходно поступање. Штета лекара постоји у износу, који би лекар био обавезан да плати, ако се не би узео у обзир удео пацијента у настанку или увећању штете. Докле год пацијент не поставља захтеве за накнаду штете према своме лекару, овај, најчешће, не трпи никакву штету.

Редукција лекарске обавезе на накнаду штете, односно деоба штете између штетника и оштећеног је најчешћа последица „скривљеног“ поступања оштећеног пацијента. То је уједно и најлогичнија и најлакше остварива последица. Лекар ће, наиме, тешко принудити пацијента на сарадњу, а обично нема ни интереса за тако нешто. Он, такође, неће лако моћи ни да одустане од уговора у случају пацијентове несарадње, због осетљивости односа лекар пацијент. Накнаду штете може да захтева само ако штете по њега има, што није чест случај, с обзиром да је његов материјални интерес задовољен хонораром. Дакле, најреалније је да лекар захтева деобу штете, чију би накнаду он у целости морао да сноси, ако не би ставио приговор „подељене одговорности“, односно „сакривице пацијента“. О овој последици и условима за њено остварење већ је било речи раније, те нема потребе да се то поново излаже.

В. Овлашћење лекара да одустане од уговора с пацијентом

Уколико из одређених разлога не жели да сарађује, пацијент има право и да у свако време откаже уговор и при томе не мора да води рачуна о посебним пословним интересима налогопримца (лекара). Ограничења права одступања од уговора за пацијента су далеко мања него за лекара.

У случају недовољне сарадње пацијента, лекар, по правилу, неће имати интерес да одустане од уговора. Он је више заинтересован за то да буде плаћен за конкретно лечење, чак и када очекивани успех лечења није наступио. Ипак, овој правној последици кршења обавеза од стране пацијента треба посветити пажњу, јер се дешава у неким случајевима.

Швајцарска правна теорија уговору о лечењу даје карактер налога, те лекару коме је дат налог, као и пацијенту, припада истовремено и неорочено право отказивања уговора.⁴⁴⁷ Уколико пацијент одбије да сарађује, лекар је овлашћен да уговор о лечењу откаже.⁴⁴⁸ Право отказа је, међутим, у поређењу са пацијентовим истоветним правом, ограничено лекаревом обавезом савесног поступања. Као налогопримац, лекар, пре свега, не сме да откаже налог у невреме, односно у моменту који је неповољан за пацијента, без правог оправдања. Он има и јачу обавезу од других налогопримаца: и када нема пацијентове сарадње, лекар мора још неко време да буде спреман на лекарски рад, у случају да пацијент своју дужност сарадње ипак накнадно почне да испуњава. Јер преузимањем налога, он се обавезује да интересе пацијента у сваком случају брани. У противном, лекар би био дужан да пацијенту накнади штету. Он може да откаже налог у случају када је пацијенту још увек могуће да своје интересе сам брани или да дâ налог другом лекару.⁴⁴⁹

Уговор о лечењу се, у немачком праву, подводи под уговор о слободној служби. Свака уговорна страна може да откаже уговор без отказног рока, због важног разлога, узимајући, при том, у обзир све околности случаја и уз процену интереса обеју страна (параграф 626. НГЗ). Када се ради о уговору о служби заснованом на односу посебног поверења, лице обавезано на извршење може отказати уговор без рока, али само уколико лице овлашћено на услугу исту може другим путем да оствари (сем

⁴⁴⁷ Тако и швајцарски *Законик о облигацијама* чланом 404, као и пара. 627 НГЗ.

⁴⁴⁸ A. Laufs, W. Uhlenbruck, 599-600.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

када постоји важан разлог за отказ у невреме) (параграф 627. НГЗ). У случају оваквог отказа НГЗ уређује две ситуације. У првој, лице овлашћено на пријем чинидбе није понашањем противним уговору узроковало отказ. Тада лицу обавезаном на извршење чинидбе не припада захтев на плаћање дотадашњег извршења, сем уколико оно за другу страну није од користи. Ако је отказ, међутим, узроковала уговорна страна овлашћена на извршење, тада је она дужна да накнади штету страни обавезаној на испуњење (параграф 628. НГЗ).

Аустријска правна теорија сматра да лекар, у случају недостатка сарадње пацијента, сме лечење раније завршити, а да, при томе, задржи свој захтев за хонораром.⁴⁵⁰

Наша правна теорија уговор о лекарској услузи подводи под уговор о делу, имајући у виду да ЗОО не прави разлику између дела и услуге него оба ова посла обухвата уговором о делу.⁴⁵¹ Право раскида, сходно одредбама које уређују уговор о делу, има само наручилац посла, уз одређене последице. Међутим, члан 43. нашег Закона о здравственој заштити даје надлежном здравственом раднику право да откаже пружање даље здравствене заштите пацијенту (изузев хитне медицинске помоћи) у случају да се овај, при остваривању здравствене заштите у здравственој установи и приватној пракси, не придржава следећих својих обавеза: 1) да активно учествује у заштити, очувању и унапређењу свог здравља; 2) да у потпуности информише надлежног здравственог радника о истинитим подацима о свом здравственој стању; и 3) да се придржава упутстава и предузима мере терапије прописане од стране надлежног здравственог радника.

Питање хитног отказа лечења од стране лекара, због непостојања сарадње пацијента, остаје, ипак, углавном теоријске природе. У пракси,

⁴⁵⁰ М. Memmer, 46.

⁴⁵¹ Чл. 600 ЗОО; Ј. Радишић, (1996), 342.

лекар, из професионално-етичких разлога, свог болесног пацијента не оставља на цедилу.⁴⁵²

Г. Право лекара на накнаду штете због повреде пацијентове дужности сарадње

Уколико пацијент повреди своју дужност сарадње, па то резултира мањим успехом лечења, он је, ипак, обавезан да лекару исплати његов хонорар. Накнада хонорара зависи само од тога да ли је *лекар своју обавезу правилно изршио*. У случају да је пацијент повредио своју дужност, лекар, поред хонорара, може имати и право на накнаду штете која му је настала понашањем пацијента.

Лекар од свога пацијента може захтевати накнаду штете онда када је испуњено неколико услова: 1) да је дошло до повреде дужности сарадње, и то конкретно дужности предупредјења штете; 2) да је настала штета по лекара; 3) да постоји адекватна узрочна веза; и 4) да постоји кривица пацијента.⁴⁵³

Када се ради о *штети по лекара*, треба разликовати две групе случајева. Прву групу чине случајеви из двостраног односа лекар-пацијент где пацијент повређује обавезу предупредјења штете и узрокује штету лекару. Ради се о ситуацији у којој пацијент лекару прећути да болује од инфективне болести коју је тешко дијагностификовати, иако за њу зна и уколико може претпоставити да би лекар или треће лице инфекцијом били знатно оштећени, па до тога и дође. Када је оштећен повредом обавезе понашања пацијента, лекар може захтевати: накнаду трошкова лечења, трошкова транспорта, и даље издатке (за радну неспособност и неостваривање очекиваног напретка).⁴⁵⁴

⁴⁵² C. Conti, 171.

⁴⁵³ *Ibid.*, 160.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, 165.

Швајцарско право уговор о лечењу подводи под регулативу уговора о налогу. Члан 402. швајцарског *Законика о облигацијама* обавезује налогодавца, на накнаду штете коју је претрпео прималац налога, сем уколико налогодавац не докаже да је до штете дошло без његове кривице. Када се ради о теретном налогу, што је случај код уговора о лечењу, постоји субјективна одговорност налогодавца. Сходно томе, пацијент би био дужан да лекару накнади штету, ако ју је нанео скривљеним поступањем.⁴⁵⁵

Често се, међутим, поставља питање да ли уговор о лечењу треба другачије третирати него обичан уговор о налогу. Наиме, у бићу лекарског поступања леже „специфични ризици активности“, тј. ради се о активности од које лако може доћи до штете по налогопримца. Лекар, а нарочито хирург, у сваком тренутку, ризикује да претрпи штету, тј. да буде заражен. Према делу швајцарске теорије, питање сакривнице пацијента не треба нужно повезивати са нарочитом опасношћу која из налога произилази по налогопримца. Лекар мора овај ризик да предупреди одговарајућим заштитним мерама. Када је лекар, упркос тим мерама, оштећен, он, у принципу, ову штету сам сноси, јер одређени професионални ризик увек постоји. Осим тога, лекар ретко своју вештину примењује у искључивом интересу пацијента. Он је за извршење услуге, по правилу, адекватно награђен.⁴⁵⁶

Као што је већ раније речено, решење је негде између ова два супротстављена схватања. Увек треба ценити околности појединог случаја, односно тежину пацијентових радњи и мере предострожности које је лекар предузео.

Другу групу у којој, такође, може доћи до реалне штете по лекара чине случајеви из троструког односа: лекар – пацијент – здравствено осигурање. Пацијент, у тим случајевима, нема обавезу плаћања хонорара,

⁴⁵⁵ Напротив, код доброчиног налога, налогодавац треба да накнади штету и онда када га, у њеном настајању, не погађа никаква кривица.

⁴⁵⁶ С. Conti, 163.

али има обавезу сарадње ради наплате хонорара од здравственог осигурања, те потом и обавезу накнаде штете у случају да не сарађује. Наиме, када је осигуравалац, на основу уговора са лекаром, његов дужник хонорара, лекар према пацијенту нема директно право на хонорар. Уколико здравствено осигурање одбије да надокнади хонорар лекару, може бити потребна сарадња пацијента у разјашњавању ствари од стране вештака осигурања. Уколико одбије да сарађује, пацијент може спречити лекара да оствари своје право на накнаду хонорара од здравственог осигурања. Тада се лекару може одобрити захтев за накнаду штете према пацијенту.⁴⁵⁷

⁴⁵⁷ *Ibid.*, 160.

Закључак

Претходно излагање је показало да се кривица оштећеног пацијента као правни институт не разликује суштински од кривице оштећеног у грађанском праву уопште. Другим речима, и за њу важе правила о тзв. „подељеној одговорности“, коју уређује члан 192. ЗОО. То, међутим, не значи да кривица пацијента као оштећеног нема својих особености.

Специфичност кривице пацијентове огледа се у њеној садржини. Она се своди на кршење обавеза које пацијент има у властитом интересу, и чије испуњење лекар не може захтевати путем тужбе. Претходно излагање је, наиме, доказало полазну хипотезу да се код дужности пацијента ради о обавезама у властитом интересу и да њиховим кршењем бива, по правилу, погођен сам пацијент, а не лекар који га је лечио. Те обавезе нису унапред одређене, јер постоји мноштво разних болести и болесника. Међутим, оне су одредљиве и дају се конкретизовати у свакој појединачној ситуацији.

Уопштено се може рећи да је пацијент дужан да учини све оно од чега зависи успех његовог лечења, али и да се уздржи од свега што тај успех спречава или отежава. Другим речима, пацијент је дужан да **сарађује** са ординирајућим лекаром, јер без те сарадње лекар не би био у могућности ни да му постави дијагнозу болести нити да га лечи. Сарадња подразумева обавезу да следи упутства и налоге лекара, те да се тако и сам осећа одговорним за своје здравље и успех лечења. То је оно што се од сваког разумног пацијента може очекивати.

Пацијент који се не понаша онако како се од њега очекује има се сматрати кривим у смислу правила о одговорности, и зато мора да сноси одређене правне последице. Међутим, те последице зависе и од понашања ординирајућег лекара: да ли је он учинио све што је требало у конкретном случају или је неким својим пропустом отворио или барем „одшкринуо“ врата пацијентовој кривици. Ако се утврди да пропусти на страни лекара није било, пацијент би морао сам да сноси своју штету. У супротном, ваљало би сматрати да је кривица обострана, па је зато заједничка и

одговорност за штету коју је претрпео пацијент. То практично значи да се лекарева дужност да штету надокнади умањује сразмерно пацијентовој кривици.

Међутим, приликом утврђивања кривице једне и друге стране не би требало поступати на исти начин. Кривицу лекара у облику непажње не би требало поимати као лични укор, него као објективну категорију, тј. ценити је према објективном мерилу за пажњу. Приликом оцене кривице не води се рачуна о личним способностима и знањима туженог лекара, него се судија увек пита како би се на месту туженог понашао искусан и савестан лекар исте струке. Индивидуална незнања или слабости дотичног лекара нису у стању да га оправдају. Супротно томе, кривица пацијента има се ценити према субјективном мерилу за пажњу. Као медицински лаик, он се може сматрати кривим само ако је, према својим личним способностима и индивидуалним знањима, био способан да се понаша онако како се од њега очекује.

Субјективно мерило за пажњу коју дугује пацијент има велики практичан значај. То се огледа нарочито у случају кад он одбије да се подвргне медицинској мери коју му лекар предложи и која је витално индикована. Јер ако није свестан последица своје одлуке о одбијању, оно му се не може уписати у кривицу. Штавише, његово одбијање може се уписати у кривицу лекару, ако му није указао на штетне последице којима се због одбијања излаже.

Слично томе, пацијент није крив ни кад приволи лекара да му да одређени лек који није индикован или да спроведе неку другу медицински неоправдану меру. Иако је то учињено на његов захтев, пацијент не губи због тога право на накнаду евентуалне штете. За њега, дакле, не важи правило о забрани противречног поступања (*Venire contra factum proprium*). Пацијент као медицински лаик не може преузети на себе ризик неиндикованог захвата у његово тело. Његов пристанак не важи за захват који није индикован, а оцена индикације припада искључиво лекару.

Кривица законског заступника нема увек карактер пацијентове кривице, јер заступник мора делати искључиво у пацијентовом интересу. Стога, ако лекар сматра да заступник малолетног пацијента или пацијента лишеног пословне способности одбија неку медицински индиковану меру, дужан је да о томе обавести орган старатељства, како би се та мера ипак спровела. То значи да лекар као медицински стручњак има јачу обавезу да води рачуна о пацијентовом здрављу него сам пацијент или његов законски заступник. Његова кривица у стању је да неутралише или да умањи њихову кривицу за пацијентово здравље.

Напослетку, о правно релевантној кривици оштећеног пацијента може бити речи само ако се поуздано утврди да је пацијентов погрешан поступак изавао или допринео настанку штете по његово здравље. А питање узрочне везе између грешке и штете јесте најтеже питање у споровима против лекара. Да ли је погрешан поступак пацијента онемогућио његово излечење или погоршање стања његовог здравља, то је веома тешко проценити, јер су реакције пацијената и на индиковане и на контраиндиковане мере различите. Не каже се узалуд да је „сваки пацијент случај за себе“.

Крајњи закључак могао би да гласи: У парницама против лекара, кривица оштећеног пацијента има веома мали простор. Она је стешњена правним и етичким прописима који лекару налажу ригорозне дужности старања о пацијентовом животу и здрављу, али и пацијентовим сувереним правом на самоодређење. Стога кривица оштећеног пацијента, у судској пракси, игра знатно мању улогу него кривица других оштећених лица која траже да им неко други надокнади насталу штету. Тај однос не треба мењати, јер човеков живот и здравље представљају најважнија правна добра, па они који се професионално о њима старају треба да буду подстицани на максималну пажњу. Чести непожељни исходи лечења пацијената у здравственим установама озбиљан су сигнал да ниво оптималне пажње медицинских посленика још није достигнут. Зато правна политика и судска пракса морају стално бити на опрезу.

Списак наведене и коришћене литературе

Монографије

1. Антић Оливер, *Облигационо право*, 3. измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.
2. Artmaier Edwin, *Die Haftung des Kraftfahrzeugeigentümers in den USA*, Diss., München, 1966.
1. Бабић Момчило (главни уредник), *Медицински лексикон*, Београд, 1999.
2. Balthasar Klaus-Peter, *Der allgemeine Informationsanspruch des Betriebsrats*, München, 1986.
3. Beaucham Tom, Childress James, *Principles of Biomedical Ethics, fifth edition*, Oxford, 2001.
4. Colin – Capitant, *Cours élémentaire de droit civil, II*, Paris, 1915.
5. Conti Christian, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Stämpfli Verlag AG Berlin, 2000.
6. Deutsch Erwin, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht*, 5. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, NewYork, 2003.
7. Deutsch Erwin, Schreiber Han-Ludwig (уредници), *Medical Responsibility in Western Europa*, Heidelberg-New York 1985.
8. Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1987.
9. Eisner Beat, *Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Diss. Basel, 1992.
10. Geiß Karlmann, Greiner Hans-Peter, *Arzthaftpflichtrecht*, 3. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München 1999.
11. Giesen Dieter, *Arzthaftungsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1990.

12. Glatz Christian, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, Berlin, 1889.
13. Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
14. Gross Jost, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Bern, 1987.
15. Häberlin Fritz, *Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerisches Schadenersatzrecht*, Bern, 1924.
16. Heinrich Honsell (уредник), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994.
17. Helmut Koziol, *Oestereichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil*, 2. Auflage, Wien, 1984.
18. Holzer Wolfgang, Posch Willibald, Schick J. Peter, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, Wien, 1992.
19. Јакшић Стеван, *Облигационо право*, Сарајево, 1962.
20. Каличанин Предраг, *Медицинска етика и медицинско право*, Београд, 1999.
21. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Auflage, München, 1989.
22. Katzenmeier Christian, *Arzthaftung*, Tübingen, 2002.
23. Koziol Helmut, *Oesterreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil*, Wien, 1973.
24. Koziol, Welser, *Grundniss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 8. Auflage, Wien 1987.
25. Lange Herman, Gottfried Schiemann, *Schadenersatz*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2003.
26. Larenz Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, München, 1982.
27. Laufs Adolf, Uhlenbruck Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002.
28. Leyden, *Die sogennante culpa-kommpensation im BGB*, Berlin, 1902.
29. Mazeaud Henri et André Leon-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome II*, Paris, 1958.

30. McHale Jean, Fox Marie, *Health Care Law*, second edition, Sweet&Maxwell, London, 2007.
31. Medicus Dieter, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, München, 2004.
32. Medicus Dieter, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München, 1983.
33. Mémenteau Gerard, *Cours de droit médical*, troisième édition, Les Études Hospitalières, 2006.
34. Memeteau Gérard, *Traité de la responsabilité médicalé*, Les Etudes Hospitlières, 1996.
35. Мијачић Мирса, *Кривица оштећеника у домену вануговорне одговорности*, докторска дисертација, Ниш, 1978.
36. Мујовић-Зорнић Хајрија, *Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара*, Номос, Београд, 2002.
37. Oftinger Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Zürich, 1958.
38. Перовић Слободан и други, *Коментар Закона о облигационим односима, I књига*, Савремена администрација, Београд, 1995.
39. Радишић Јаков, *Медицинско право*, 2. прерађено и допуњено издање Номос, Београд, 2008.
40. Радишић Јаков, *Медицинско право*, Београд, 2004.
41. Радишић Јаков, Мујовић-Зорнић Хајрија, *Помоћ пацијентима у остваривању њихових права: западна Европа као узор Србији*, Југословенско удружење за медицинско право, Београд, 2004.
42. Радишић Јаков, *Облигационо право, Општи део*, Шесто прерађено и допуњено издање, Номос, Београд, 2000.
43. Радишић Јаков, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд, 2007.
44. Радишић Јаков, *Професионална одговорност медицинских посленика*, Институт друштвених наука, Београд, 1986.

45. Ramer Paul, Rennhard Josef, *Patientenrecht. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, 2. Auflage, Zürich, 1998.
46. Rother Werner, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München, 1965.
47. Rummel Peter, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, 3. Auflage, Manz'sche Verlag, Wien, 2007.
48. Салма Јожеф, *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007.
49. Savatier R., Auby J.-M., Savatier J., Péquignot H., *Traité de droit médical*, Paris, Libraries Techniques, 1956.
50. Stauch Marc, Wheat Kay, Tingle John, *Sourcebook on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999.
51. Steffen Erich, *Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht*, 6. Auflage, Köln, 1995.
52. Стојчевић Драгомир, Ромац Анте, *Dicta et regulae iuris*, треће допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 1980.
53. Taupitz Jochen, *Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhalten*, Tübingen, 1989.
54. Тороман Марија, *Одмеравање накнаде штете у грађанском праву*, Београд, 1969.
55. Von Tuhr-Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, Lieferung 1, Zürich, 1974, 2. Liefereung Zürich, 1979.
56. Waibel Erich, *Die Verschuldenfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht*, Berlin, 1970.
57. Wiegand Wolfgang, Abegglen Sandro, *Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Modalitäten der Aufklärung und folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht*, 1993.
58. Zitelmann Ernst, *Des Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1900.

Чланци

1. Daar Judith, "Medical Futility and Implications for Physician Autonomy", *American Journal of Law and Medicine*, Volume XXI, Nos. 2-3, 1995.
2. Deutsch Erwin, "Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten", *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 24/1983.
3. Deutsch E., Geigel M., „Medizinischer Behandlungsvertrag“, у: *Gutachten und Vorschläge zur Ueberbearbeitung des Schuldrechts, Band II*, Köln 1981.
4. Dunz, „Wesen und Grenzen des „eigenen Mitverschuldens“, *Juristen Zeitung*, 1961.
5. Ђурђевић Ненад, „Слобода лекара да изабере терапију и њена ограничења“, у: Цековић-Вулетић С. и други, *Медицинско право*, Институт друштвених наука, Београд, 1998.
6. Franzki Harald, «Behandlungsfehler», у: Eser/Lutterotti/Sporcken, *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, Freiburg, Basel, Wien, 1989.
7. Ehman Horst, „Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 188 (1988).
8. Hart Dieter, „Patient Information on Drug Therapy. A problem of Medical Malpractice Law: Between Product Safety und User Safety“, *European Journal of Health Law*, Volume 14, no.1, 2007.
9. Клајн-Татић Весна, „Нека медицинска, етичка и правна питања која покреће доктрина о информисаноме пристанку пацијента на медицинску интервенцију“, у: Клајн-Татић Весна и други, *Медицинско право и медицинска етика*, Институт друштвених наука, Београд, 1994.
10. Kulmann Hans Josef, "Übereinstimmungen und Untersciede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicgerungsrechtlichen Beriff des medizinischen Standards", *Versicherungsrecht*, бр. 13/1997.

11. Lippert Hans Dieter, "Die Mitwirkungspflicht von Ärzten bei der Schandensaufklärung nach Fehlbehandlungen im Krankenhaus", *Medizinrecht*, бр. 4/1987.
12. Marcos A. « La double dimension de la faute en responsabilité médicale (Commentaire de l'arrêt C : A amiens, 1^{re} ch, Octobre 2001, Gomez c/Vuillieme et atures) », *Médecine et Droit*, 59/2003.
13. Matthies Karl-Heinz, „Anmerkung zu LG Aurich“, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 792 и даље
14. Memmer Michael, „Rechte und Pflichten – Patient und Behandler“, у Aigner, Kletečka, Kletečka-Pulker, Memmer, *Handbuch medizinrecht für die Praxis*, Wien, 2007.
15. Мујовић-Зорнић Хајрија, „Лекарска грешка – медицински или правни појам?“, *Свет рада*, Вол. 1, бр. 6/2004.
16. Мујовић-Зорнић Хајрија, «Уговор о медицинском третману – Пример холандског права», *Страни правни живот*, Београд, 1-3/2001.
17. Мујовић-Зорнић Хајрија, «Уговор пацијента са лекаром», *Правни живот*, Београд, 9/2003.
18. Радишић Јаков, „Лекар и пацијент као уговорни партнери“, у: Круљ Љиљана и други, *Актуелни правни проблеми у медицини*, Институт друштвених наука у Београду, Београд, 1996.
19. Радишић Јаков, „Правна квалификација медицински неиндикованог хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента“, *Радни односи и управљање*, Правно економски центар, Београд, бр. 6/2003.
20. Schick Peter, «Die ärztliche Behandlungsfehler in strafrechtlicher Sicht», у: *Haftung des Arztes in zivil-und strafrechtlicher sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts*, Graz, 1983.
21. Schreiber H.L., „Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehler“?, *Der medizinische Sachverständige*, бр. 4/1976.
22. Schreiber H.L., «Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Hafungsinstrument», *Versicherungsmedizin*, 1/1995.

23. Stoll Hans, „Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr als Argument gegen die Haftung. Zur Entwicklung der neueren Rechtsprechung“, *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft I*, München, 2000.
24. Stürner Rolf, „Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich“, y *Süddeutsche Juristische Zeitung*, 1984.
25. Taupitz Jochen, „Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992.
26. W.Wachsmuth, „Zur Begriffsbestimmung und Problematik des sogenannten Kunstfehler“, *Der Krankenhausarzt*, бр. 9/1975.

Закони и декларације

1. Аустријски Општи грађански законик, 1811.
2. *Declaration on the Promotion of the Patients' Rights in Europe*, World Health Organisation, Copenhagen, 1994.
3. Декларација о независности и професионалној слободи лекара (Rancho Mirage, California, 1986)
4. Декларација о правима и личној слободи медицинских посленика (BriseI, Belgium, 1985)
5. Закон о коморама здравствених радника, Службени гласник РС, бр. 107/2005.
6. Закон о заштити становништва од заразних болести, Службени гласник РС, бр. 125/2004
7. Закон о здравственој заштити, Службени гласник РС, бр. 107/2005
8. Закон о здравственом осигурању, Службени гласник РС, бр. 107/2005 и 109/2005
9. Закон о облигационим односима, Службени Лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља
10. Немачки Грађански законик, од 18. августа 1896, последње измене: 2. јануар 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), 10. децембар 2008. (BGBl. I S. 2399)
11. Немачки Устав, од 23. маја 1949 (BGBl. S. 1), измене: 28. августа 2006 (BGBl. I S. 2034)
12. Немачки Социјални законик I, од 31. јула 2004. (BGBl. I Nr. 40/2004)
13. Немачки Закон о уговору о осигурању - *Versicherungsvertragsgesetz – VVG*, донет 23.11.2007, са последњим променама од 29.7.2009, <http://beck-online.beck.de/default.aspx?bcid=Y-100-G-VVG2008>,
14. Општи имовински законик за Црну гору, 1888.
15. Српски Грађански законик, 1844.
16. Устав РС, Службени гласник РС, бр. 98/2006

17. Швајцарски Законик о облигацијама, од 30. марта 1911.

18. Холандски Закон о медицинском Уговору о третману - *Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst*, донет крајем 1994, а ступио на снагу 1995. године, *Bulletin of acts and decreets of the Kingdom of Netherlands 1994/837*.

Судска пракса

1. Закључак са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења, Савезног суда, Врховних суда и Врховног војног суда од 15. и 16. 10. 1986. године., објављен у зборнику – *Проузроковање штете и њена накнада II*, Будва, 1999.
2. Одлука аустријског Врховног суда бр. 10 Ов 24/05к, од 28.6.2005, *Österreichisches Recht der Medizin*, 2005/106
3. Одлука аустријског Врховног суда бр. 3 Об 2121/96з, од 28.8.1997., *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen*, 1998/24
4. Одлука аустријског Врховног суда, бр. 10 Об 24/05к, од 28.6.2005, *Österreichisches Recht der Medizin*, 2005/106
5. Одлука аустријског Врховног суда, бр. 8 Об 34/63, од. 12.3.1963, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* 36/37.
6. Одлука Вишег земаљског суда у *Hamm-у*, *Versicherungsrecht*, 1971, 914
7. Одлука Вишег земаљског суда у *Innsbruck-у*, бр. 1 Р 159/94, од. 16.8.1994, према: Aigner, Kletečka, Kletečka-Pulker, Memmer, *Handbuch Medizinrecht für die Praxis*, Wien, 2007.
8. Одлука Вишег земаљског суда у *Koblenz-у*, бр. 5 U 47/06, *Medizinrecht*, бр. 25/2007
9. Одлука Врховног суда Аустрије бр. 10 Об 24/006, *Österreichisches Recht der Medizin*, бр. 2001/1
10. Одлука Врховног суда Аустрије бр. 3 ОБ 17/02з, од 27.2.2002, *Sammlung von Entscheidungen in Krankenstaltenfragen*, 2002, 1825
11. Одлука Врховног суда Аустрије бр. 3 Об 2121/96з, од 28.8.1997, *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen*, 1998/24

12. Одлука Врховног суда Аустрије, од 12.7.1990, бр. 7 Об 593/90, *Versicherungsrecht*, 1991, 659, и *Medizinrecht* 1991, 349, према: Aigner, Kletečka, Kletečka-Pulker, Memmer, *Handbuch medizinrecht für die Praxis*, Wien, 2007.
13. Одлука Врховног суда Србије, Рев. 464/85, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
14. Одлука Врховног суда Србије, Рев.302/07, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
15. Одлука Земаљског суда у *Düsseldorf*-у, *Versicherungsrecht*, 1996, 94
16. Одлука немачког *Reichsgericht*-а 108, 68, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
17. Одлука Окружног суда бр. Гж. 12567/06, од 1.11.2006, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
18. Одлука Окружног суда у Београду Гж.бр.396/03, од 29.10.2003.године
19. Одлука Рев.302/07, од 22.2.2007, предузето из архиве Другог општинског суда у Београду
20. Одлуке немачког Врховног суда 11-80, 50-175, 1963-160, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
21. Одлуке немачког Савезног суда 105 II 287 E. 6с=Pra 69 Nr.135, 108 II 61 E.2=Pra 71 nr. 122
22. Пресуда – 548 A.2d 172 (Maryland Court of Appeal), према: E. Deutsch, *Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht*, 2003, Springer, Berlin, Heidelberg, NewYork.
23. Пресуда Вишег земаљског суда у Брауншвајг-у, бр. 4 U 2/88, од 7.10.1988, *Arzt und Recht* 1990, стр. 13
24. Пресуда Вишег земаљског суда у Франкфурт-у, *Medizinrecht* 4/1987
25. Пресуда Вишег земаљског суда у Хамбург-у, *Versicherungsrecht*, 1989, стр. 1268 и даље

26. Пресуда Вишег земаљског суда у *Karlsruhe*-у, од 11.9.2002, бр. 7 U 102/01 (Земаљски суд *Baden-Baden*), *Medizinrecht*, бр. 2/2003
27. Пресуда Вишег земаљског суда у *Koblenz*-у, *Versicherungsrecht*, 1987, стр. 1225, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
28. Пресуда Вишег земаљског суда у *Kolmar*-у, од 20.04.1916, према: Laufs Adolf, Uhlenbruck Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999.
29. Пресуда Вишег земаљског суда у *Köln*-у., *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 1547
30. Пресуда Вишег земаљског суда у *Oldenburg*-у, према: *Arzthaftpflicht-Rechtsprechung, Rechtsprechungssammlung zum gesamten deutschen Arzthaftpflichtrecht*, 1993, 2495
31. Пресуда Вишег земаљског суда у *Stuttgart*-у, *Medizinrecht*, 4/1985
32. Пресуда Врховног земаљског суда у *Saarbrücken*-у, објављена у *Neue Juristische Wochenschrift*, бр.12/1999, стр. 871-873
33. Пресуда Врховног суда Немачке, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, 1206
34. Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П.-4212/02, од. 19.10.2005. године, и пресуда Округног суда у Београду, бр. Гж-993/06, од. 22.03.2006.године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
35. Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П-2805/05, од. 28.12.2006. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
36. Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П-620/03, од 25.12.2006. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
37. Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр.П- 6941/2005, од 20.06.2006., преузето из архиве Другог општинског суда у Београду

38. Пресуда Другог општинског суда у Београду, бр.П-7412/00, од 30.01.2006. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
39. Пресуда Другог општинског суда у Београду, П.бр.3215/99, од 8.02.2002. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
40. Пресуда Другог општинског суда у Београду, П.бр.7741/99, од 22.10.2002. године и решење Округног суда у Београду Гж.бр.396/03, од 29.10.2003. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
41. Пресуда Земаљског суда у *Dortmund*-у од 6.10.1999, објављена у *Medizinrecht*, 7/2000.
42. Пресуда немачког *Reichsgericht*-а 149, 6 и даље, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
43. Пресуда немачког *Reichsgericht*-а 69, 149, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
44. Пресуда немачког Врховног суда бр. VI ZR 114/84 (KG), од 8.10.1985, *Neue Juristische Wochenschrift* 12/1986.
45. Пресуда немачког Савезног врховног суда бр. VI ZR 133/95, од 17. 12. 1996, *Medizinrecht*, 7/1997.
46. Пресуда немачког Савезног врховног суда од 30.7.1992., објављена у *Medizinrecht* 2/1993.
47. Пресуда немачког Савезног врховног суда, *Medizinrecht* 5/1989.
48. Пресуда немачког Савезног врховног суда, *Versicherungsrecht* 1954, стр. 89, према: Göben Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
49. Пресуда Округног суда у Београду, бр.Гж.-4799/07, од. 18.12.2007. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду

50. Пресуда Окружног суда у Београду бр. Гж.-10942/02, од 23.01.2003.године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
51. Пресуда Окружног суда у Београду бр. Гж-6572/06, од. 06.06.2007. године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
52. Пресуда Окружног суда у Београду Гж.бр.3746/02, од 30.08.2002.године, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
53. Пресуда Окружног суда у Београду, бр. Гж. 396/03, од 29.10.2003., којом се укида пресуда Другог општинског суда у Београду, бр. П.7741/99, од. 22.10.2002.,- преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
54. Пресуда Окружног суда у Београду, бр.Гж. 7306/08, од. 11.09.2008., којом се потврђује одлука Другог општинског суда у Београду, бр. П.567/08, од. 02.04.2008., преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
55. Пресуда Окружног суда у Београду, бр.Гж-9087/07, од 15.08.2007, преузето из архиве Другог општинског суда у Београду
56. Пресуда Првог општинског суда у Београду П.бр.595/00, од 4.2.2004, године, пресуда Окружног суда у Београду, Гж.бр.8096/04, од 18.11.2004.године, и пресуда Врховног суда Србије Рев.бр.680/05, од 15.6.2006.године, преузето из архиве Првог општинског суда у Београду
57. Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2749.
58. Пресуда Савезног врховног суда Немачке, од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978, према Радишић Јаков, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд, 2007.
59. Став немачког Врховног суда, *Versicherungsrecht* 1960, 479.
60. Став немачког Савезног врховног суда, *Versicherungsrecht*, 1967, 259.

61. Став немачког Савезног врховног суда, *Zeitschrift für Das Gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1962, 517.

62. Став немачког Савезног врховног суда, према: Lange Herman und Gottfried Schiemann, *Schadenersatz*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2003.



Прилог 2.

Изјава о коришћењу

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

Кривица пацијента као оштећеног у грађанском праву

која је моје ауторско дело.

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

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

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

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

Потпис

У Београду, 12.02.2014.

Марија Сремичић

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Марта Ж. Сјеничић

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Кривица пацијента као оштећеног у грађанском праву

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

Потпис

у Београду, 12.02.2014.

Марта Сјеничић