

Hajrija Mujović - Zornić:

Odgovornost za štetu zbog neželjenog rođenja (Wrongful Birth) i zbog neželjenog života (Wrongful Life) – uporedno pravni pregled

doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000, str. 225.

Dejan Pilipović

master prava iz uže građanskopravne naučne oblasti, student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, član Udruženja pravnika Republike Srpske, prijedor.dejan@gmail.com

Master of Law in narrow scientific civil justice field, a student of doctoral studies at the University of Belgrade, Faculty of Law, a member of the Republic of Srpska Lawyers Association, Prijedor, Bosnia and Herzegovina prijedor.dejan@gmail.com

Primljen / Received: 15. novembar 2015. / November 15, 2015

Prihvaćen / Accepted: 22. novembar 2015. / November 22, 2015

Iako se uobičajeno prikazuju knjige novijeg datuma, opravdanje za prikaz neke ranije publikacije se obično nalazi u njenoj aktuelnosti i potrebi da se afirmiše i stavi u centar naučne i stručne pažnje. Upravo zbog toga je pred nama doktorska disertacija, urađena pod mentorstvom prof. dr Perović Slobodana i odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, koja i dalje okupira pažnju svojom tematskom interesantnošću i saznajnom vrijednošću do kojih dolaze ljubitelji prava u ovoj oblasti. Naziv disertacije ukazuje na disciplinarnu raznolikost, pa zato ne čudi činjenica da se kroz istu prožimaju medicinsko, porodično i obligaciono pravo. Dr Hajrija Mujović - Zornić je viši naučni savjetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu i član udruženja čija polja djelovanja predstavljaju spoj prava i medicine. Želja nam je da prikazom ove disertacije zaintrigiramo naučnu i stručnu javnost u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini za specifična polja građanskog (odštetnog) prava, a posebno za medicinsko pravo koje nije u dovoljnoj mjeri razvijeno u BiH. Posebno interesantno na ovom području jeste činjenica da će se u parnicama za naknadu štete u oblasti medicine u ulozi tuženih i angažovanih vještaka javljati medicinski poslenici. Zbog toga, prethodno ćemo da kažemo nekoliko riječi o medicinskom pravu. Medicinsko pravo (*medical law, Artzrechts, droit medical*), kako to autorka ističe u jednom radu, predstavlja skup pravnih normi kojima se uređuje medicinska djelatnost, utvrđuju svojstva lica koja tu djelatnost obavljaju i njihov odnos prema korisnicima zdravstvenih usluga, a šire obuhvata i propise o lijekovima i medicinskim sredstvima. Često se koriste i nazivi ljekarsko pravo, zdravstveno pravo i sl. Postoje shvatanja da je zdravstveno pravo (*Health Law*) šire i da obuhvata sve propise vezane za zdravstvo. Medicinsko pravo treba razlikovati od sudske medicine, javnog zdravlja, zdravstvenog menadžmenta, kao

i medicinske (kliničke i bio) etike. Brojni su, pored domaćih, i međunarodni izvori medicinskog, odnosno zdravstvenog prava, a sudska praksa, koja je u BiH sporadična, treba da igra ključnu ulogu u pravnoj kontroli medicinske djelatnosti. Značajna je i uključenost poslenika medicinske struke, posebno u razvijanju odgovornosti za ljekarske greške s obzirom da se često u sredstvima informisanja mogu pročitati natpisi o događajima skopčanim sa tim slučajevima. U zemljama u okruženju, kao i evropskim i vanevropskim državama, se posvećuje dovoljna pažnja ovoj specifičnoj grani prava, pa se ista proučava i u okviru studija prava. Kod nas je svakako značajan opus prof. dr Radišić Jakova u oblasti medicinskog prava, ali i drugih autora. Medicinsko pravo bi proučavalo, na terenu građanskog prava, ugovorni i odštetni aspekt medicinske djelatnosti, ali i građanskopravni aspekt medicinski potpomognutog začeca, doniranje tkiva i organa, eutanaziju itd. Na terenu odgovornosti za štete se nalazi i sadržina ove disertacije, prožeta elementima medicinskog i porodičnog prava. Sadržaj disertacije, pored uvoda, zaključka i spiska literature, čine sljedeća poglavlja: Medicinski i pravni osnovi problematike, Razvoj pravne prakse, Pravna priroda odgovornosti, Uslovi odgovornosti i Naknada štete.

U prvoj glavi autorka prethodno definiše pojam neželjenog rođenja djeteta i pojam neželjenog života, navodi slučajeve koji se mogu podvesti pod ove dvije kategorije, a potom definiše zahtjeve za naknadu štete zbog neželjenog rođenja i zbog neželjenog života. Prema autorki, neželjeno rođenje se odnosi na osujećeno planiranje porodice (*wrongful birth* slučajevi), kao što je npr. pogrešan ljekarski savjet, informacija ili pregled u vezi sa trudnoćom, neuspješne kontraceptivne mjere i izostali zahvati pobačaja ili sterilizacije, dok neželjen (štetan) život (tzv. *wrongful life* slučajevi) se tiče nespriječenog rođenja bolesnog

ili invalidnog djeteta. Roditelji trpe štetu zbog neželjenog rođenja, a bolesno dijete (a i roditelji) zbog neželjenog života, a kao rezultat neke „ljekarske greške“ (ljekara, laboranta, apotekara) koje slučajeve u prethodno navedene dvije situacije autorka iscrpno nabraja. SAD, Nemačka i Francuska imaju bogatu sudsku praksu i pravnu teoriju, a sami nazivi zahtjeva na naknadu štete u ovim slučajevima potiču iz američkog precedentnog prava. U obzir autorka uzima i međunarodne i domaće propise. U ovu problematiku ne ulaze slučajevi u vezi sa rođenjem putem vještačke oplodnje. Autorka je razmatrala slučajeve imovinske odgovornosti medicinskih poslenika u okviru reproduktivne zdravstvene službe. U tom kontekstu, autorka je u prvom poglavlju razmotrila medicinski i pravni aspekt, odnosno osnov ove problematike. Sadržinu medicinskog osnova čini razmatranje: mjera nadzora trudnoće (genetska i prenatalna ispitivanja, prevencija i dijagnostikovanje prenatalnih oštećenja ploda, te oblici prenatalnih oštećenja ploda i faktori koji na to utiču: unutrašnji /nasljedna oboljenja/ i spoljašnji /oštećenja infekcijama, lijekovima i zračenjem/) i mjere zaštite od neželjene trudnoće (sterilizacija, kontraceptivna sredstva i pobačaj). Sa pravnog aspekta autorka je razmotrila genetska ispitivanja, prenatalnu dijagnostiku, dopuštenost prekida trudnoće, dopuštenost sterilizacije i pravo na planiranje porodice i mjere kontracepcije. Pored opšteg pogleda na pravno shvatanje navedenih kategorija, dato je i stanje jugoslovenskog, njemačkog, francuskog i američkog zakonodavstva.

U drugoj glavi je razmotren razvoj pravne prakse, od najranije do aktuelne. Istraživanje je diferencirano u dva pravca: razmatranje sudske prakse koja se tiče neželjenog rođenja i koja se tiče neželjenog života. U oba slučaja je razmotrena praksa američkih, njemačkih i francuskih sudova. Kada je u pitanju razmatranje sudske prakse koja se tiče neželjenog rođenja uočljivo je razdvajanje one koja se odnosi na neželjeno rođenje zdravog i na neželjeno rođenje bolesnog djeteta. Iste je izrodila raznovrsna sudska praksa, a autorka je prikazala veliki broj sudskih odluka (počev od slučaja sa pozitivnih ishodom *Custodio v. Vauer* iz 1967. godine i *Coleman v. Garison* iz 1975. godine u SAD-u, preko žive rasprave u oprečnim odlukama Saveznog ustavnog suda i Saveznog vrhovnog suda u Njemačkoj zbog pitanja da li su troškovi održavanja podobni za naknadu zbog porodično-pravne prirode i da li samo rođenje djeteta može predstavljati štetu, pa do odluka Kasacionog suda u Francuskoj i apostrofiranja pojma tzv. izgubljene šanse). Roditelji koji su željeli da izbjegniju rođenje bolesnog djeteta su u povoljnijem položaju nego roditelji neželjeno rođenog zdravog djeteta. Autorka zaključuje, proučavajući komparativnu sudsku praksu, da sudovi usvajaju odštetne zahtjeve roditelja u slučaju neželjenog rođenja, dok u slučajevima neželjenog života sudovi evropskih zemalja tužbe odbijaju, a američki sudovi počinju da istu priznaju.

U trećoj glavi je razmotrena pravna priroda odgovornosti za štetu zbog neželjenog rođenja i neželjenog života. U pogledu građanske odgovornosti ljekara primjenjuju se opšti propisi o odgovornosti za štetu svake države, jer nije posebno normirana odštetna odgovornost ljekara, već je ista plod sudske prakse. Odgovornost ljekara za štetu se temelji na pravilima o deliktnoj

odgovornosti za štetu, mada se dopušta i ugovorna odgovornost. Autorka je izložila oba vida odgovornosti u pogledu teme koju obrađuje. Kod deliktne odgovornosti je istakla faktički odnos ljekara i pacijenta kao pretpostavku odgovornosti (zaključujući da se istovremeno radi i o pravnom i etičkom odnosu), kao i osobenosti deliktne odgovornosti kod slučajeva neželjenog rođenja i neželjenog života. Na deliktnoj prirodi odgovornosti stoji i naš ZOO, zatim njemačko i američko pravo. Autorka navodi, na osnovu komparativno pravnog istraživanja, da se povrede u slučajevima *wrongful birth* i *wrongful life* različito deliktno pravno ocjenjuju, počev od povrede tijela ili zdravlja do povrede prava trudnice na samoodređenje, te obrazlaže ove slučajeve. U slučaju da se saglase pacijent i ljekar oko pružanja medicinske usluge, nastaje ugovor i tada se govori o ugovornoj odgovornosti za štetu. Autorka zbog toga posvećuje posebno poglavlje o ugovornom odnosu između ljekara i pacijenta, navodeći neke osobine ovog odnosa, odnosno ugovoru, npr. da je riječ o neimenovanom ugovoru, *sui generis* ugovoru, u kojem je bitno liječenje kao pružanje usluge, a ne uspjeh liječenja itd. Po francuskom pravu ugovorna odgovornost je jedini oblik odgovornosti u ovim slučajevima. Ugovorna odgovornost će egzistirati i u slučaju neispunjenja ili rđavog ispunjenja pojedinih ugovora, kao što su ugovor o sterilizaciji, o pobačaju, o postavljanju dijagnoze ili o prodaji sredstva za kontracepciju (npr. u ovom slučaju će se utvrđivati odgovornost apotekara zbog greške u izdavanju lijeka za kontracepciju). Zbog toga autorka razmatra ove ugovore u posebnom odjeljku o osobenostima slučajeva neželjenog rođenja i života.

U četvrtoj glavi se obrađuju uslovi odgovornosti, među koje spadaju: kršenje ljekarske dužnosti pažljivog postupanja (ljekarska greška), šteta i uzročna veza između nepropisnog postupanja i štete. Na sljedećim stranicama teksta disertacije su razmotreni osobeni slučajevi kršenja dužnosti pažljivog postupanja, uzročna veza i prekidanje iste, šteta, teret dokazivanja, te ovlašćena i odgovorna lica, a u kontekstu naslova disertacije. Nestručno obavljena sterilizacija, nestručno obavljen pobačaj, dijagnostičke greške, greške u obavještavanju i apotekarske greške su pojedinačni oblici kršenja navedene dužnosti koje se detaljnije razmatraju ukomponujući pravna shvatanja sa komparativnom sudskom praksom. Uzročna veza predstavlja ključni ali problematični uslov jer treba, kako autorka zapaža, razgraničiti tzv. sudbinske štete od ljekarskih grešaka. Nadalje, razmatra se teorija adekvatne uzročnosti i teorija o zaštitnom cilju norme kao dopuna prethodnoj teoriji (autorka tako ističe da je cilj norme da roditelji svojim ponašanjem i odlučivanjem kontrolišu rađanje i sami odlučuju o njemu). Specifično je sagledavanje uzročne veze između nedozvoljene radnje i tzv. izgubljene šanse u francuskom pravu gdje se za odgovornost ne traži sigurnost uzročne veze kod ljekarske greške. Autorka je posebno razmotrila okolnosti koje dovode do prekidanja uzročne veze, kao što su prihvatanje djeteta, polno opštenje i odustajanje od pobačaja. Kada je u pitanju šteta kao uslov odgovornosti, pred čitaoca se postavlja moralna dilema: kako rođenje djeteta može predstavljati štetu? Autorka upravo naglašava da zbog toga inostrana prava teorija smatra „da osnov odgovornosti lekara ne bi

Dejan Pilipović:

Odgovornost za štetu zbog neželjenog rođenja (Wrongful Birth) i zbog neželjenog života (Wrongful Life) – uporedno pravni pregled
Liability for Damage Due to Wrongful Birth and Wrongful Life – Comparative-Legal Overview

trebao biti u samoj činjenici da dete kao takvo egzistira, nego u činjenici njegovog neželjenog i neplaniranog rođenja i u teretu njegovog izdržavanja“ (str. 172. disertacije). Posebno i pregledno su izloženi argumenti za priznavanje i za nepriznavanje prava na naknadu štete zbog neželjenog rođenja i neželjenog života. Posebno je razmotreno pitanje tereta dokazivanja, apostrofirajući težak položaj tužitelja, olakšice u dokazivanju i nepostojanje ovakvih sporova u našoj praksi. Sa različitih aspekata su prikazani subjekti obaveze iz osnova odgovornosti za štetu, naglašavajući da je kod nas prevashodno odgovorna zdravstvena ustanova.

U petoj glavi su razmotreni vidovi obeštećenja: naknada materijalne (troškovi izdržavanja djeteta, ostali troškovi i oduzimanje koristi od štete) i naknada nematerijalne štete (zahtjevi majke i djeteta), uz navođenje subjekata prava na naknadu, uslova i drugih specifičnosti, naročito u proučavanim pravnim sistemima.

U zaključku je autorka iznijela rezultate istraživanja, a na većem broju stranica je naveden popis literature.

Materija obrađene teme je jasno, sažeto i u skladu sa pravopisnim i naučnim pravilima izložena. Stil je ujednačen, a disertacija nudi saznanja o odgovornosti za štetu u specifičnim, i donekle neobičnim, slučajevima. Izložena su saznanja na osnovu komparativnog istraživanja izabranih stranih prava i sudske prakse. Iako se radi o slučajevima kojih kod nas gotovo i nema, ona predstavlja podstrek za razvoj profesionalne odgovornosti poslenika medicinske struke u svim aspektima njihove djelatnosti, pa i ovim suptilnim slučajevima. Nesumnjivo je da ima osnova za razvijanje odgovornosti ljekara za ljekarske greške koje se dešavaju u svakodnevnom životu, a neke završavaju i sa sudskim epilogom. U tom kontekstu, značajna su saznanja ovog istraživanja o osnovama, uslovima odgovornosti, naknadi štete, teretu dokazivanja i sl. U svakom slučaju, ovo djelo predstavlja zanimljivo štivo koje se može preporučiti ljubiteljima pravne, ali i medicinske nauke i struke.

Hajrija Mujović - Zornić:

Liability for Damage Due to Wrongful Birth and Wrongful Life – Comparative-Legal Overview

Doctoral dissertation, Faculty of Law of the Belgrade University, Belgrade, 2000, page 225

Dejan Pilipović

Master of Law in narrow scientific civil justice field, a student of doctoral studies at the University of Belgrade, Faculty of Law, a member of the Republic of Srpska Lawyers Association, Prijedor, Bosnia and Herzegovina prijedor.dejan@gmail.com