

Mr Vladislava Milić*

PARALELIZAM VIDOVA GRAĐANSKE ODGOVORNOSTI ZBOG LEKARSKE GREŠKE

Cilj ovog rada je komparativna analiza subjektivnog i objektivnog vida odgovornosti medicinskih poslednika sa akcentom na potonjem uz osvrt na sudsku praksu. Paralelno sa analizom subjektivne odgovornosti lekara za sopstveno pogrešno i nestandardno postupanje, u radu je razmatrano da li je to jedini mogući vid odgovornosti lekara ili bi se moglo odgovarat i prema pravilima objektivne odgovornosti za štetu kada se u procesu lečenja upotrebljavaju medicinska sredstva koja se mogu svrstati u opasne stvari, ko u tom slučaju odgovara i pod kojim uslovima. Izlagana je mogućnost otvorenog pitanja odgovaranja po objektivnom principu, kao i karakteristični slučajevi u kojima bi pravila te odgovornosti mogla da budu primenjena, što otvara mogućnost obvezivanja na naknadu štete pacijentima po tom principu.

Zaključeno je da iako je subjektivna odgovornost u našem pravu pravilo, u iznetim slučajevima upotrebe medicinskih sredstava od strane lekara, odgovaranje po objektivnom principu bi bilo osnovano, budući da naš pravni sistem tu odgovornost ne isključuje.

Ključne reči: Greška. – Odgovornost. – Non fault system.

1. UVODNE NAPOMENE

Greške radno angažovanih pojedinaca su neminovnost u obavljanju poslova koji proizlaze iz njihovog profesionalnog angažmana. Savremeni čovek obavljajući svoju profesionalnu delatnost primenjuje odgovarajuće postupke, propisane pravilima nauke i struke u kojoj se preduzimaju. Međutim i pored primene oprobanih pravila i standarda procedure, kao i stečenog iskustva, moguće su profesionalne greške.

* Autorka je doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i viši sudijski saradnik u građanskom odeljenju Višeg suda u Beogradu, vlatkamilic@yahoo.com (Republika Srbija)

Medicinska profesija je polje ljudskog delovanja u kome greške humanog faktora pogađaju jedno od najvrednijih ličnih dobara pojedinca – zdravlje. Niz dokumenata međunarodnog karaktera štiti zdravlje pojedinca, među kojima je i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, posmatrajući zdravlje čoveka kao deo ljudskog standarda koji treba da bude takav da obezbeđuje adekvatnu lekarsku negu. Zdravstvena zaštita je dalje konkretizovana Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, koji obavezuje na obezbeđivanje najvećeg mogućeg stepena zdravlja pojedinca, kao i ključnim dokumentima komunitarnog prava – Evropskom socijalnom poveljom i Evropskim kodeksom socijalne sigurnosti koji garantuju svakom pojedincu da će njegovo zdravlje biti zaštićeno i da će mu biti pružena adekvatna medicinska nega.¹ Adekvatnost medicinske nege se *a priori* dovodi u vezu sa pravilnim ili nepravilnim postupanjem lekara prilikom konkretnog medicinskog tretmana uperenog na zdravlje pacijenta, odnosno njegovo izlečenje ili ublažavanje tegoba, a pravilnost postupka lekara ceni se sa stanovišta da li je načinio stručnu grešku ili ne. Uprkos jednodušnom stavu, prihvaćenom na nivou država Evropske unije o značaju zaštite zdravlja pojedinca kao jedne od evropskih vrednosti, ne postoji jedinstven stav u komunitarnom pravu, ali i u nacionalnim zakonodavstvima, o ključnim pitanjima medicinskog prava. Tako se na primer, utvrđivanje lekarske greške razlikuje u pravnim sistemima Evropske unije na nacionalnim nivoima, a diferenciraju se i sistemi koji pored odgovornosti po osnovu krivice, uvode i mogućnost objektivne odgovornosti, primarno zdravstvenih ustanova, usled upotrebe opasnih medicinskih sredstava. Ono što je zajedničko na području država Evropske unije su učestali slučajevi tužbi pacijenata kojim traže naknadu štete usled lekarske greške, od kojih su najčešće one koje se događaju u bolničkim uslovima, neretko zbog različitih vidova infekcija za vreme hospitalizacije, a u samom vrhu su i greške nastale prepisivanjem pogrešnog leka.² Takođe se uočava i rastuća visina naknade štete koja se u sudskim postupcima dosuđuje, a samim tim su i opterećenja u pogledu isplate naknada iz fondova zdravstvenog osiguranja sve veća. U ravni komunitarnog prava, kada govorimo o odgovornosti za štetu u vidu opštećenog zdravlja

1 Jelena Simić, *Lekarska greška*, Beograd 2018, 241.

2 Zvanični podaci Svetske Zdravstvene Organizacije o statistici o lekarskim greškama, <http://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/patient-safety/data-and-statistics>, 16. april 2020.

pacijenta, a ujedno i u vezi sa načinom naknade štete, karakteristična su dva sistema odgovornosti. Takozvani sistem *of compensation of damage* koji se zasniva na klasičnim postulatima sistema *tort law*, gde se utvrđuje krivica medicinskih poslenika, kao neophodan uslov isplate naknade, a sama naknada štete se isplaćuje iz fonda zdravstvenog osiguranja i *non-fault compensation system* koji se ne zasniva na proceni krivice medicinskih poslenika. Paralelizam ukazanih sistema u postupku isplate štete iz osiguranog fonda, otvara pitanje postojanja dvaju sistema odgovornosti u medicinskom pravu, subjektivnom, koji se zasniva na krivici, koja je *conditio sine qua non* i objektivnom, za koji je pitanje krivice irelevantno.³

Pored varieteta regulative, problematika se nadalje u vezi sa lekarskom greškom koncentriše i oko determinisanja sadržine samog pojma, odnosno da li je greška objektivnog karaktera i svodi se samo na nepropisno postupanje lekara ili je pak ona subjektivne prirode i podrazumeva nepridržavanje depersonalizovanog standarda profesionalne pažnje koju je lekar bio dužan da ispolji.⁴ Definisanje sadržine pojma lekarske greške je istovremeno i određivanje postojanja štetnikove radnje, koja je pored štete, uzročne veze i osnova odgovornosti, neophodna za zasnivanje odgovornosti u bilo kojoj sferi ljudskog delovanja, pa samim tim i odgovornosti medicinskog radnika za vlastite profesionalne radnje.⁵ Lekarska greška pojmovno ukazuje na nepravilnosti u lekarevom profesionalnom angažmanu koje je on lično načinio, što *prima facie* dalje vodi u pravcu krivice kao osnova subjektivne odgovornosti. Međutim, da li je odgovornost po osnovu krivice jedini mogući vid odgovornosti proistekle iz postupanja medicinskih poslenika? Ukoliko uzmemo u obzir nezanemarljiv izvanredan rizik koji sa sobom nose pojedine medicinske intervencije, uslove pod kojima se obavljaju, i upotrebu medicinskih pomagala, koja često zaslužuju da ponesu „epitet opasnih stvari“, neizbežnih u savremenoj medicini, nezamislivoj bez primene medicinskih sredstava, ima mesta razmišljanju i o objektivnoj odgovornosti medicinskih poslenika, odnosno ustanova koje stavljaju na raspolaganje pacijentima navedena medicinska po-

3 OECD (2006), „Medical Malpractice: Prevention, Insurance and Coverage options“, 10.

4 Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Beograd 2008, 179.

5 Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd 2013, 114–136.

magala. U slučaju da rezonujemo u tom pravcu i dozvolimo postojanje pralelizma oba sistema odgovornosti, možda bi se rešio problem rastućeg broja sporova proisteklih iz lekarske greške kako na području Evrope, tako i na američkom kontinentu.⁶

2. POJAM POGREŠNOG, NESTANDARDNOG POSTUPANJA LEKARA, LEKAREVE ZLOUPOTREBE – LEKARSKE GREŠKE I NAČINI NJENOG NASTANKA

Pojam lekarske greške je medicinskopravni pojam, budući da je pitanje odgovornosti zbog lekarske greške pravno pitanje koje nastaje iz medicinskih činjenica. Svoj doprinos u njenom definisanju su dali prominentni stručnjaci iz obe sfere, te je pionirske korake u tom pravcu načinio *Rudolf Virchow*, nemački patolog, koji je jedan od najzaslužnijih teoretičara medicinskog prava, uviđajući potrebu uspostavljanja pravila o odgovornosti lekara, nepažljivog postupanja i baveći se tehničkim greškama, sve u cilju reforme zdravstva.⁷ Od početka dvadesetog veka, kada je on pisao, pa do danas, paralelno sa razvijanjem medicinske nauke, evoluirala je i pravnička misao o poimanju lekarske greške i gledištima na lekarsku grešku iz ugla nepropisnog postupanja, odnosno protivpravnosti. Tako je u pravni život, zahvaljujući intelektualnim poduhvatima *Sir Williama Blackstonea* koji je analizirao ponašanje lekara i apotekara, ceneći ih sa aspekta stručnosti njihovih postupakaka, uveden termin lekarska zloupotreba (*malpractice*) koji označava nesavestan i nestručan postupak ispoljen od strane lekara.⁸

Kada govorimo o izvoru pogrešnog i nestandardnog postupnja lekara i načinu njegovog nastanka, uočavamo da lekar može učiniti grešku koja sleduje iz varijeteta pravnih izvora, te tako može da proizlazi iz prethodno zaključenog ugovora o lečenju ili pružanju lekarske usluge,

- 6 Adam C. Schaffer *et al.*, „Rates and Characteristics of Paid Malpractice Claims Among US Physicians by Specialty“, 1992–2014 *JAMA Internal Medicine* 2017, Vol 177, No 5, 710 I dalje. Analiza sadrži grafikone koji prikazuju statističke podatke o tužbama prema kojima je dosuđivana naknada štete u pojedinim oblastima medicine u Americi.
- 7 George A Silver, „Virchow The heroic model in medicine, Health Policy by Accolade, Public health then and now“, *AJPH* 77(1)/1987, 84 fn. 7 i dalje.
- 8 Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, London 1988, 7.

nedozvoljenog postupanja i posloводства bez naloga.⁹ Ukoliko nastaje iz ugovora o pružanju lekarskih usluga, ona povlači sa sobom ugovornu odgovornost lekara, budući da on odgovara za neispunjenje svoje ugovorne obaveze pružanja adekvatne lekarske usluge. Međutim, kako je rečeno, greška lekara može proisteci i nezavisno od ugovora, kršenjem opšte norme o deliktnoj odgovornosti, oličenoj u principu *neminem laedere*, koji obavezuje na zabranu prouzrokovanja štete,¹⁰ te ogлуšenje o ovaj princip, prvu dužnost, prethodnici svim drugim dužnostima, pa i ugovornim obligacijama, vodi lekarevoj odgovornosti. Ono što je karakteristično za vanugovornu odgovornost je da se ona realizuje uvek kada su štetu nepropisnim postupanjem medicinskog osoblja i ustanove pretrpela treća lica, čiji krug nije uvek jednostavno utvrditi.¹¹

Celokupno evropsko-kontinentalno pravo, ali i englesko, ostrvsko *common law*, koje se bavi naknadom štete prouzrokovane iz varijeteta deliktних radnji, se zasniva na pravilima naknade štete sistema *tort law*.¹² Još je Justinijan, preuzevši početnu Gajevu podelu na obligacije koje potiču iz kontrakata i one koje izvorište imaju u deliktima, u svojim Institucijama, podelio obligacije koje nastaju iz različitih izvora, što je u osnovi današnje podele izvora obligacija, te su tako rimski pravници razlikovali obligacije iz kontrakata, kvazi kontrakata, delikata i kvazi delikata.¹³ U pogledu istorijskih začetaka instituta naknade štete i uopšte odštetnog prava, značajan je Akvilijev zakon o naknadi štete i Akvilijanska tužba koja je oštećeniku omogućavala dosuđivanje prava na naknadu štete. Zakon je uspostavio pravila o imovinskoj odgovornosti za štetu koja proističe iz deliktних radnji.¹⁴

9 Marta Ž. Sjeničić, *Pacijent kao oštećeni u građanskom pravu i njegova sukrivica*, Institut društvenih nauka, Beograd 2013, 43.

10 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78. U članu 16. proskribovana je dužnost učesnika u obligacionim odnosima da se suzdrže od postupaka kojima se drugima može prouzrokovati šteta. Ova norma se smatra jednim od načela našeg obligacionog prava.

11 Katarina Tasić, *Priroda i obim građanskopravne odgovornosti lekara za povredu ugovora o lečenju*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, doktorska disertacija, Beograd 2017, 168 fn. 11 i dalje.

12 Benedict Winiger *et al.*, *Digest of European Tort Law*, Voume 2, Essential Cases on Damage, Berlin/Boston 2011, 17 i dalje.

13 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996, 14.

14 Milena Polojac, „Akvilijev zakon u srpskovizantijskim kompilacijama“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, (ur. Slobodan Orlović), Vol. LIII, br. 1 tom, 2019, 38.

Bilo da je reč o ugovornoj ili deliktnoj odgovornosti medicinskih poslenika, najčešći vid obvezivanja medicinskih poslenika, i većinom prihvaćen, je po osnovu krivice, što vodi subjektivnoj odgovornosti.

3. SUBJEKTIVNA ODGOVORNOST ZBOG LEKARSKE GREŠKE – PRIMENA MEDICINSKIH STANDARDA I PRAVILA STRUKE

Obavljanje profesionalnog angažmana se nužno odvija prema određenim standardnim procedurama, u skladu sa kojima se upravljaju njegovi profesionalni delatnici, te je to slučaj i sa medicinom. Lekari su prilikom lečenja pacijenta dužni da primenjuju opše priznate medicinske postupke koji su prihvaćeni od strane većine lekara, kao radnika iste struke.¹⁵ U pitanju su uobičajene i oprobane procedure lečenja, uniformne za sve lekare opšte medicine ili pojedine specijalizovane oblasti medicinske nauke.

Kako bi se mogla konstatovati lekarska greška neophodno je da je lekar neosnovano odstupio od uobičajenog standarda lečenja, naučnih pravila i veštine, čineći lečenje pacijenta nesavesnim, što je prouzrokovalo štetu u vidu pogoršanja zdravstvenog stanja pacijenta i fatalnog ishoda. Odstupanje od standarda, naučnih pravila i veštine u sudskom postupku se utvrđuje posredstvom veštaka – lekara medicinske struke koji sa stanovišta medicinske nauke evaluira usklađenost postupka lekara sa standardizovanim profesionalnim pravilima i dužnostima.

Međutim, nije uvek jednostavno utvrditi da li je lekar propisno postupao ili ne, posebno što se medicinski naučni standardi i veštine razlikuju na nacionalnom i međunarodnom nivou, naročito ako se ima u vidu da su oni retko ujednačeni i dostupni svim lekarima. Brojni pokušaji i smernice u pogledu standardizacije medicinskih pravila su učinjeni na internacionalnom planu, a samim tim i u ravni komunitarnog prava.

Istorijski gledano, prvi dokument koji obavezuje lekara da prilikom pružanja medicinske usluge pacijentu postupi prema normama, pravilima profesije i standardima je Konvencija o dostojanstvu ljudskih bića i biomedicini, poznatija kao Konvencija iz Ovieda.¹⁶ Ova

15 Marta Sjeničić, „Lekarska greška – građansko pravni aspekt“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 59/2011, 125.

16 Santo Davide Ferrara, Rafael Boscolo Berto, Guido Viel, *Malpractice and Medical Liability, European State of the Art and Guidelines*, Berlin 2013, 5.

Konvencija je prvi internacionalni dokument koji je na međunarodni nivo podigao obavezu propisnog i savesnog lečenja od strane lekara, afirmišući svest o zdravlju pacijenta kao segmentu ljudskog dostojanstva i njegovom uvrštavanju u evropske univerzalne vrednosti.¹⁷

U novije vreme, posebno se ističu aktivnosti delatnika evropske akademije za medicinsko pravo.¹⁸ Tako na primer, u jednom od poduhvata u tom pravcu, definisani su vodiči koji treba da budu smernice prilikom procene pravilnosti medicinskog tretmana preduzetog od strane lekara, a samim tim i procene pažljivog i savesnog postupanja, odnosno njegove krivice. Prema tim vodičima, preporučeno je otpočeti evaluaciju postupanja od ažurnosti vođenja medicinske dokumentacije o svom pacijentu, počev od anamnestičkih podataka do lekarskog dnevnika stanja pacijenta, zatim je neophodno utvrditi da li se lekar konsultovao sa drugim lekarima specijalistama o zdravstvenom stanju svog pacijenta i daljim koracima u lečenju, a nakon toga se procenjuje da li je pažljivo izvršena klinička analiza svih prikupljenih podataka i testova o zdravstvenom stanju pacijenta. Potom se analizira instrumentalna dijagnoza i procenjuje sinteza svega preduzetog prilikom konačnog donošenja pravilnosti odluke o načinu lečenja pacijenta. Nakon toga se prelazi na fazu rekonstrukcije i utvrđivanja pravilnosti konkretne preduzete radnje od strane lekara, a sama evaluacija propisnosti lekareve radnje i pažljivog postupanja se obavlja poređenjem preduzete radnje i „idealne“ radnje koju je bilo potrebno preduzeti sa stanovišta referentnih naučnih izvora, kao što su vodiči, opšteprihvaćena stručna dokumenata, operativne procedre i

17 Konvencija je doneta 4.4.1997. godine i primenjuje se od strane zemalja članica Saveta Evrope i drugih države Evropske zajednice, a nastala je u cilju očuvanja jedinstva država članice u pogledu ljudskih prava i sloboda. Četvrti član se odnosi na obavezu država da se bilo kakva intervencija usmerena na zdravlje pacijenta mora preduzeti u skladu sa profesionalnim standardima i pravilima struke, dok dvadest i četvrti član reguliše pravo na naknadu štete koju je pacijent pretrpeo usled neželjenih dejstava intervencije. Više o tome, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>, 15. april 2020.

18 Akademija je kao nadnacionalno telo osnovana 1938. godine u Bonu zarad obavljanja međunarodne saradnje između stručnjaka na polju medicine i prava, održavanja kongresa, a naročito su značajne njene aktivnosti u pogledu formulisanja medicinskih vodiča – guideliness koji treba da budu smernica prilikom sprovođenja medicinskih procedura. Na taj način klinički vodiči koji se objavljuju u stručnim publikacijama postaju merilo pravilnosti postupanja medicinskih poslenika.

naučne publikacije, kako na nacionalnom, tako i na internacionalnom nivou. Drugim rečima, procenjuje se da li je lekar primenio standard pažnje, kako sa stanovišta medicinskih vodiča dobre kliničke prakse, tako i sa stanovišta svih raspoloživih naučnih izvora. Lekar je prema tome nepažljivo postupio i nesavesno lečio pacijenta ukoliko nije postupio prema opšte prihvaćenim i priznatim pravilima nacionalnih ili internacionalnih medicinskih udruženja. Sledeći korak u proceduri je identifikacija vrste greške, postojanje eventualnih ekspulpirajući razloga, potom se utvrđuje uzročno posledična veza između lekarske greške i nastale štete, a čitav postupak se okončava odmeravanjem visine naknade.¹⁹

Postupanje u načinu utvrđivanja lekarske greške i vida odgovornosti lekara u komunitarnom pravu, možemo najbolje uočiti analizirajući rezonovanje Evropskog suda za ljudska prava u pogledu lekarska zloupotrebe, povodom predavki podnosilaca u kojima navode kršenje ljudskih prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima, što za posledicu ima uništenje ili oštećenje zdravlja.

3.1. Utvrđivanje postojanja lekarske greške u karakterističnim slučajevima Evropskog suda za ljudska prava i nacionalna zakonodavstva država članica

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu svojim rezonovanjima povodom podnetih predavki upotpunjava pravni standard lekarske greške, određuje postojanje nesavesnog lečenja i kada se postupak lekara može smatrati nestručnim. Šarolika praksa suda na polju medicinske odgovornosti lekara i zdravstvenih poslenika, vodi upotpunjavanju pravnog standarda, ali i formiranju novog *case law* pravnog sistema koji treba da posluži kao ideja vodilja i u nacionalnim sudskim postupcima prilikom procene greške i odgovornosti u domenu medicinskog prava.

Tako na primer, u jednoj od presuda u slučaju *Byrzykowski v. Poland* sud je lekarsku grešku okarakterisao kao pogrešnu procenu učinjenu od strane zdravstvenog radnika o preduzimanju medicinske radnje i nepažnju u koordinaciji u procesu saradnje između medicinskih radnika koji učestvuju u sprovođenju zahvata. Odluka izlaže

19 Santo Davide Ferrara *et al.*, The EALM Working Group on Medical Malpractice, „Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods of Ascertainment and Criteria of Evaluation“, *Internacional Journal of Legal Medicine*, 2013, 546 i dalje.

relevantno nacionalno zakonodavstvo Poljske na polju lekarske greške i polazi od Akta lekarske komore Poljske iz 1989. godine koji regulište disciplinsku odgovornost lekara za stručnu grešku, dovodeći ga u vezu sa odgovornošću države za štetu koju prouzrokuju njeni organi, propisane članom 417 Poljskog građanskog zakonika. Sud je rezonovao da je u konkretnom slučaju povređen član 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima koji štiti i garantuje pravo na život, usled smrti supruge podnosioca predstavke koja je upala u komu prilikom porođaja putem carskog reza sa fatalnim ishodom.

Slučaj gledišta na lekarsku grešku kao nepažljivo postupanje lekara je izložen i u presudi *Calvelli and Ciglio v. Italy* gde je konstatovana lekarska greška načinjena prilikom porođaja pacijentkinje, kao i kršenje Ustava Republike Italije. Nepažnja se, prema stanovištu suda, ogledala u pogrešnoj proceni lekara, budući da lekar nije uzeo u obzir zdravstveno stanje porodilje čiji je sin preminuo dva dana nakon porođaja od komplikacija nastalih prilikom i nakon prirodnog porođaja, i to da je ista bila dijabetičar tipa A i imala niz drugih zdravstvenih komplikacija, što je prema zaključku veštaka medicinske struke bio lako predvidljiv i uočljiv rizik. Takođe ordinirajući lekar nije pregledao pacijentkinju i nije uočio da je fetus prevelik za porođaj prirodnim putem, a propustio je i da preduzme mere predostrožnosti. Lekar nije bio prisutan prilikom nastalih komplikacija za vreme porođaja, pri čemu nije bio ni dostupan kako bi ga medicinske sestre pronašle. Odsutnost lekara prilikom porođaja i poteškoće u njegovom pronalaženju u bolničkim okvirima su vodile neblagovremenom reagovanju koje, da je bilo pravovremeno preduzeto, fetus bi ranije bio izvađen iz utrobe, što bi povećalo njegove šanse da preživi.

Takođe, slučaj *Šilih v. Slovenia* govori o grešci usled nepažljivog postupanja lekara propisivanjem terapije lekom na koji je pacijent bio alergičan, što je dovelo do smrtnog ishoda. U odluci je referisano na Zakonik o obligacijama Republike Slovenije koji propisuje obavezu zdravstvenih ustanova i njihovih zaposlenih na naknadu materijalne i nematerijalne štete u slučaju smrti pacijenta uzrokovanu lekarskom greškom. Izdavaju se odgovornost zdravstvene ustanove kao poslodavca, čiji je preduslov da njegovi zaposleni nisu postupali sa dužnom pažnjom, i direktna odgovornost medicinskih poslenika u slučaju da su štetu prouzrokovali namerno, dok ukoliko je postojala njihova gruba nepažnja, poslodavac ima pravo regresa od medicinskog poslenika, ako je štetu prouzrokovao grubom nepažnjom. Sud ukazuje

i na Pravilnik o organizaciji i funkcionisanju sudova Medicinske Asocijacije Slovenije koji reguliše odgovornost lekara usled kršenja pravila struke i primenu disciplinskih mera. Nakon sumarnog referata o domaćem zakonodavstvu, preduzetim merama i analize činjeničnog stanja, sud je utvrdio da je i u ovom slučaju povređeno garantovano pravo na život iz Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁰

U iznetim slučajevima evropskih država, njihovom nacionalnom zakonodavstvu, i rezonovanju Evropskog suda za ljudska prava, zaključujemo da se prilikom konstatacije lekarske greške prepliću nepažljivo postupanje lekara koje se ogleda u širokom spektru propusta od pogrešne terapije pa do načina lečenja, kao i povrede pravila struke, što u sadejstvu vodi subjektivnoj odgovornosti lekara za sopstvenu grešku iz čega proizlazi da taj vid odgovornosti medicinskih poslenika dominira kako u nacionalnim jurisdikcijama, tako i u komunitarnom – precedentnom sistemu.

3.2. Pozitivno pravo Republike Srbije i teorijski stavovi u primeni subjektivne odgovornosti zbog lekarske greške

U domaćem pravu, nepropisno postupanje lekara vodi krivičnoj, građanskoj, prekršajnoj i disciplinskoj odgovornosti. Prva dva vida odgovornosti su u sudskoj praksi karakteristična, budući da jedno ponašanje može biti okvalifikovano kao krivično delo, a da istovremeno proizvodi posledice koje mogu biti kompenzovane kroz širu, građanskopravnu odgovornost, te se pravna zaštita pruža i sa stanovišta normi krivičnog i građanskog prava.²¹ U domenu krivičnog prava, nepropisno postupanje lekara je u važećem Krivičnom zakoniku definisano kao nesavesno lečenje koje nastaje tako što je lekar prilikom pružanja lekarske pomoći primenio očigledno nepodobno sredstvo ili način lečenja ili nije primenio potrebne higijenske mere ili je uopšte nesavesno postupao, usled čega je nastupila štetna posledica u vidu pogoršanja zdravlja ljudi. Važno je naglasiti da izvršilac ovog krivičnog dela može da bude kako lekar, tako i svaki drugi zdravstveni radnik. U očima zakonodavca, takođe je i neukazivanje lekarske pomoći protivno

20 European Court of Human Rights, „Thematic Report, Health-related issues in case-law of the European Court of Human Rights“, 2015, 5 i dalje.

21 Hajrija Mujović Zornić, *Medicinska nepažnja ili krivično delo? Različite odgovornosti*, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja Beograd, Knjiga sažetaka sa okruglog stola 2018, 21.

lekarskoj dužnosti razlog za krivičnu odgovornost lekara,²² te je, čini se, položaj lekara, kao potencijalnog okrivljenog u krivičnom postupku nezavistan sa stanovišta pluraliteta krivičnih dela pod čije biće može da se podvede njihovo nepropisno postupanje.

Međutim, za potrebe ovog rada značajno je analizirati odgovornost lekara u građanskim okvirima, a polazna tačka u tom smislu je zakonsko definisanje greške. Terminologija zakonodavca je takva da odmah na početku definiše lekarsku grešku kao „stručnu grešku“, što u etimološkom smislu ukazuje na profesionalnu odgovornost lekara, koja nastaje usled nesavesnog obavljanja zdravstvene delatnosti u vidu zanemarivanja profesionalnih dužnosti u pružanju zdravstvene zaštite, nepažnje ili propuštanja, odnosno nepridržavanja utvrđenih pravila struke i profesionalnih veština u pružanju zdravstvene zaštite, što je štetno po zdravlje pacijenta.²³ Dakle, uočavamo da zakonsko definisanje lekarske greške ukazuje na subjektivnu odgovornost lekara za vlastite radnje zasnovanoj na krivici, a sama krivica se u domaćoj teoriji posmatra objektivno, obzirom da se ponašanje lekara procenjuje prema standardu razumnog i pažljivog stručnjaka, obzirom da je reč o profesionalnoj odgovornosti, a dodatna objektivizacija pojma krivice je učinjena i sa stanovišta protivpravnosti postupanja. Stoga će jedno lice biti odgovorno po principu subjektivnog vida odgovornosti ukoliko se nije ponašalo onako kako bi se ponašao razuman i pažljiv čovek u datoj situaciji, odnosno razuman i pažljiv stručnjak u profesionalnoj delatnosti, što podrazumeva da je protivpravno postupalo.²⁴ Pored navednog, u domaćoj teoriji je zastupljen stav da je, čini se, subjektivni vid odgovornosti jedini mogući sistem prema čijim pravilima medicinski poslenici treba da odgovaraju. Pravni teoretičari diljem naše zemlje, smatraju subjektivnu odgovornost lekara za lekarske greške dominantnim vidom odgovornosti, pa je tako ova odgovornost zasnovana na kršenju dužnog ponašanja od strane lekara ili drugog

22 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 35/2019.

23 Zakon o zdravstvenoj zaštiti – ZZZ, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019. Zakon u članu 186. Govori o stručnoj grešci u sklopu disciplinske odgovornosti lekara u postupku za oduzimanje licence pred lekarskom komorom.

24 Miodrag Orlić, „Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornosti lekara za prouzrokovanu štetu“, *Pravni život*, (ur. Đorđe Đorđević), 7–8/2012, 4 i dalje. U članku je autor analizirao odgovornost lekara sa stanovišta Zakona o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2010 koji se u pogledu definisanja lekarske greške i vida odgovornosti lekara ne razlikuje u odnosu na važeći Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019.

profesionalca, odnosno ponašanje protivno dužnosti, što je u osnovi protivpravnost, te je uvek potrebno da je nešto pogrešno učinjeno, bilo to namerno ili ne.²⁵ Neophodno je da je greška iz koje je proistekla subjektivna odgovornost načinjena postupanjem lekara *contra legem artis* u procesu lečenja, odnosno delovanjem lekara protivno pravilima vlastite struke, prenebrežavanjem pravila koja čine medicinski standard, kao i nepoklanjenjem pažnje. Kumulativno postojanje dva elementa sadržine pojma lekarske greške, u vidu postupanja *contra legem artis* i nepoklanjanja profesionalne pažnje, odnosno činjenice da se lekar nije ponašao onako kako bi se ponašao dobar stručnjak, uobičajeno sposoban čovek koji obavlja tu profesiju, čine istovremeno elemente za definisanje skrivljenog postupanja lekara – krivice.²⁶ Lekarska greška je prema tome, kombinujući sve izneto, zbirni pojam koji najšire podrazumeva sve nepravilne, nekorisne ili štetne po zdravlje pacijenta radnje preduzete od strane lekara, shodno čemu se kao polazna osnova za utvrđivanje krivice, kao osnova subjektivne odgovornosti, procenjuje protivpravnost u postupanju lekara.²⁷ Razlozi odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova se, imajući u vidu izloženo, nalaze u skrivljenim povredama lekarskih obaveza koje podrazumevaju klasične greške – greške u postupanju koje se u osnovi svode na povredu dužne pažnje prilikom lečenja pacijenta i greške u informisanju pacijenta, koje u biti podrazumevaju preduzimanje medicinskih mera bez saglasnosti pacijenta.²⁸

Kao i pravni teoretičari, medicinari na teritoriji Republike Srbije sa druge strane iz svog profesionalnog ugla posmatraju lekarsku grešku, uz svest o tome da je za njeno determinisanje presudno nesavesno lečenje, odnosno povreda strukovnih pravila. Tako su dominantna gledišta na lekarsku grešku kao postupanje *contra legem artis*, odnosno kršenje medicinskih standarda i profesionalnih dužnosti na različitim poljima medicine, što opet ukazuje na subjektivnu odgovornost.²⁹

25 Hajrija Mujović Zornić, „Medicinske greške u okvirima građanskopravne odgovornosti“, *Strani pravni život*, 55(3)/2011, 98, 105.

26 M. Sjeničić, 125–127.

27 Jakov Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Institut društvenih nauka, 1986, 281.

28 Marta Sjeničić, *Profesionalna odgovornost kod obavljanja zdravstvenih delatnosti*, neobjavljeni tekst – mišljenje.

29 Valentina Opančina, Radiša Vojnović, „Lekarska greška – osnovni pojam i njen prikaz u radiologiji“, *Medicinski časopis*, 52 (1)/2018, 23. Pored definisanja lekarske greške u domenu medicinske nauke, poseban osvrt u radu je uči-

Prisutno je u delu medicinske literature i definisanje lekarske greške kao zablude bez elemenata nesavesnosti, iz čega proizlazi da je lekar primenio sve što je bilo moguće u okviru njegovih subjektivnih i datih objektivnih mogućnosti, ali je ipak došlo do greške, što je neminovni i tolerantni rizik u medicini.³⁰ Drugi medicinari, pak ukazuju na strogost pojmovnog određenja lekarske greške, budući da se lekaru pripisuju kvalifikacije u vidu namernog kršenja medicinskih pravila, svesnog postupanja suprotno dobroj medicinskoj praksi, nepoštovanje elementarne medicinske etike i neprofesionalan odnos prema pacijentu, kao i ponašanje protivno vlastitoj profesiji. Problem je ukazan i na aktuelno stanje da se lekari često okrivljuju za sve probleme pod okriljem zdravstvene ustanove u kojoj su zaposleni, odnosno neretko i za neodgovornost drugih zdravstvenih radnika, kao i na teškoće u pouzdanom dokazivanju lekarske greške, obzirom da nestručno preduzimanje zdravstvene radnje mora da bude utvrđeno od strane za to stručnih lica.³¹

Uviđamo da je iz ugla medicinara mogućnost činjenja njihove greške posmatrana sa stanovišta medicinskih standarda i pravila struke, koja nisu uvek saznanja i lako prepoznatljiva, a ni sama standardizacija nije ujednačena, ali bez obzira na to, ovakvo stanovište svakako ukazuje na subjektivnu odgovornost.

U pravcu bolje standardizacije postupanja, značajno je istaći da lekarima treba da pomognu Nacionalni vodiči dobre kliničke prakse, formulisani od strane Nacionalnog komiteta eminentnih stručnjaka, koji predstavljaju preporuke postupanja dobre kliničke prakse u pojedinim oblastima medicine. Iz ugla medicinara ovi vodiči su posmatrani kao putovođe u obavljanju njihove medicinske delatnosti i način da se zaštite od eventualne odgovornosti, dok iz ugla pravnika oni su *sui generis* kriterijumi, odnosno merila vrednosti standarda pažnje medicinskih poslenika.³²

Standardi postupanja medicinskih poslenika se temelje pre svega na obavezujućoj reči, datoj na osnovu Hipokratove zakletve, međutim,

njen na statistiku grešaka u radiologiji, za koje je zaključeno da su jedne od najčešćih na nivou Republike Srbije.

30 Slobodan Savić, „Krivična dela u vezi sa obavljanjem lekarske delatnosti“, *Naučni časopis urgentne medicine*, 16(2)/2010, 56.

31 Mirza Totić, „Pravno shvatanje namerne lekarske greške“, *Medicinski glasnik*, 22 (64)/2017, 34–35.

32 Sajt Ministarstva zdravlja Republike Srbije, <https://www.zdravlje.gov.rs/tekst/333325/nacionalni-vodici-dobre-klinicke-prakse.php>, 18. april 2020.

iako se medicinski poslenici prvenstveno rukovode njenim etičkim načelima, pre svega principom *primim non nocere*,³³ nije moguće izbeći abnormalni rizik koji nužno sa sobom nosi medicinska intervencija. Rizik se povećava usled upotrebe medicinskih sredstava čija je primena neizbežna kod gotovo svih invazivnih medicinskih poduhvata uperenih na zdravlje pacijenta, naročito kod operativnih zahvata. Nespojivost lekarske profesije koja u osnovi podrazumeva radnje preduzete u benefitu pacijenta i njegovog zdravlja sa mogućnošću naškodenja pacijentu, ne znači da nekontrolisani rizik ili bar onaj koga je teško kontrolisati ne mogu da budu osnov odgovornosti lekara i po objektivnom principu. Subjektivna odgovornost zasnovana na krivici obuhvata isključivo odgovornost medicinskih poslenika za vlastite radnje, ali isto tako savremena medicina nužno zahteva primenu medicinskih sredstava i pomagala u procesu dijagnostike i lečenja pacijenta, čija upotreba iako olakšava rad lekara i ima za cilj ozdravljenje pacijenta, nužno sa sobom nosi izvestan rizik od mogućeg škodljivog ishoda po zdravlje pacijenta, što povlači odgovornost onoga koji je u poziciji da taj rizik kontroliše. Imperativ iz Hipokratove zakletve u osnovi obavezuje lekare da primene načine lečenja prema svojim najboljim sposobnostima i znanju u cilju izlečenja pacijenata, kao i da primenjuju stečene sposobnosti na korist pacijenta, a naravno ostaje otvoreno pitanje da li se šteta po zdravlje pacijenta može izbeći čak i prilikom postupanja lekara u najboljoj nameri, sa stanovišta korisnosti postupka po zdravlje pacijenta. Pored nesporne korisnosti u procesu lečenja i izlečenja koje medicinski poslenici i medicinska nauka imaju od upotrebe medicinskih sredstava u procesu svog rada, rizici koji nastaju usled neželjenog delovanja njihove upotrebe čine citirani imperativ Hipokratove zakletve, nemogućom zakletvom.³⁴

33 Medicinsko pravo proizlazi iz odnosa na relaciji lekar – pacijent, koji se pre svega zasniva na poverenju, te je otuda ova oblast prožeta i meta pravnim pravilima u vidu moralnih principa i etičkih načela, prevashodno sadržanih u drevnoj Hipokratovoj zakletvi čiji je centralni imperativ da lekar ne sme nikome naškoditi.

34 Stručna korespondencija o korisnosti medicinskih tretmana po zdravlje pacijenta, <https://www.bmj.com/content/366/bmj.l4734/rr-2>, 15. april 2020.

4. OBJEKTIVNA ODGOVORNOST ZA ŠTETU IZAZVANU UPOTREBOM MEDICINSKIH SREDSTAVA

Iako iz prethodnih izlaganja gledišta pravnih teoretičara, medicinara i zakonske regulative možemo da naslutimo da je isključivo reč o subjektivnoj odgovornosti za lekarsku grešku jer se naglašava pogrešno postupanje u vidu kršenja pravila struke i standarda, što vodi profesionalnoj odgovornosti, u poslednje vreme u pravnoj nauci postoje tendencije da se odgovornost lekara pomeri ka objektivnim okvirima u slučaju sprovođenja medicinskih tretmana medicinskim sredstvima koje se zbog rizika kvalifikuju kao opasne stvari.

Mogućnost razmatranja uvođenja objektivne odgovornosti iskršava u vezi sa upotrebom medicinskih sredstava koja mogu biti okarakterisana kao opasne stvari zbog povećanog rizika od nastanka štete po zdravlje pacijenta. Savremena medicina je sofisticirana upravo zbog tehnizacije, odnosno primene najsavremenije medicinske opreme kako u dijagnostici, tako i u lečenju pacijenata. Međutim, iako se usled najsavremenije medicinske opreme smanjio rizik kojim prete bolesti, povećao se rizik usled izlečenja. Ovo se pre svega odnosi na upotrebu medicinskih sredstava čija primena nije sasvim pouzdana niti bezbedna, budući da se čak i primenom poslednje generacije tehničke opreme ne mogu uvek postići najbolji rezultati, te su česte lekarske greške koje nastaju primenom medicinskog sredstva.³⁵

Ova sredstva se razlikuju od lekova po tome što se njihovo delovanje postiže fizičkim putem, a sa fizičkim delovanjem usmerenim ka medicinskom sredstvu, nužno idu i rizici. U našem pravnom sistemu je značajna kategorizacija medicinskih sredstava prema stepenu rizika po korisnika zdravstvenih usluga, što se dovodi u vezu sa objektivnom odgovornošću za štetu od opasne stvari i opasne delatnosti, a po prethodnom svrstavanju medicinskih sredstava u pojam opasne stvari.³⁶ Prema važećem Zakonu o obligacionim odnosima pojam opasnih stvari i delatnosti nije definisan, već su pomenute u opštoj normi o

35 Mihajlo Cvetković, Đorđe Nikolić, „Gradanskopravna odgovornost zbog neprimene medicinskih sredstava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 68/2014, 352.

36 Samir O. Manić, „Objektivna odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 53 (2)/2019, 563–564.

objektivnoj odgovornosti,³⁷ za razliku od skice profesora Mihaila Konstantinovića koja je zakonski definisala opasnu stvar kao pokretnu ili nepokretnu koja svojim položajem ili upotrebom ili osobinama ili samim postojanjem predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu. Stoga je odgovornost za opasnu stvar suštinski odgovornost za stvoreni ili održavani rizik, a pojam opasne stvari u kontekstu te odgovornosti treba svrstati u pravne standarde, odnosno gipku direktivu sudiji koji dostvaruje važeću zakonsku normu u svakom konkretnom slučaju, određujući koju stvar će smatrati opasnom i rukovodeći se merilom abnormalnog rizika koji ona generiše.³⁸ Imajući u vidu da pojmove opasne stvari i objektivne odgovornosti povezuje abnormalni rizik, a ukoliko sa druge strane uzmemo u obzir da su sa stanovišta važećeg Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima ona razvrstana prema stepenu rizika po korisnika u različite grupe,³⁹ samo po sebi se nameće pitanje zašto ne bi ta sredstva bila svrstana u opasne stvari i samim tim vodila odgovornosti onog lica koje ih korisniku stavlja na raspolaganje ili koje je u poziciji da neposredno kontroliše rizik koji ona emituju?

Istorijski posmatrano, pod okriljem primene saveznog Zakona o obligacionim odnosima na teritoriji stare Jugoslavije, hrvatski sudovi su načinili pionirske korake u pokušaju obvezivanja na naknadu štete prouzrokovane pacijentu medicinskim sredstvom po objektivnom principu. Tako na primer, u slučaju telesnog povređivanja pacijenta izazvanog elektro šokovima, hrvatski sudovi su rezonovali da je lečenje elektrošokovima toliko opasno da bolnica, kao zdravstvena ustanova i imalac opasne stvari, odgovara za štetu po principu objektivne odgovornosti. Međutim, Savezni sud SFRJ je odlukom iz 1978. godine stao na put uvođenju objektivne odgovornosti u slučajevima primene opasnih medicinskih sredstava, ali je u delu jurisprudencije ipak ostala svest o korenima moguće objektivne odgovornosti. Tako je, nakon raspada bivše SFRJ, deo sudske prakse Republike Hrvatske zadržao sud o odgovornosti po objektivnom principu, te je, primera radi, aparat za sprovođenje terapije galvanskom strujom po svojim osobinama, nameni i položaju opasna stvar, zbog čega je bolnica pod čijim okriljem je sproveden postupak lečenja i koja je stavila na raspolaganje taj aparat obavezna da pacijentu naknadi štetu usled tako

37 Čl. 173. ZOO.

38 M. Karanikić Mirić, 70–72.

39 Čl. 175 Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima – ZLMS, *Službeni glasnik RS*, br. 105/17.

nastalih opekotina kože. Paralelizam između postupanja hrvatskog sudije i domaćeg može se naći u jednoj od presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, gde je aparat koji sprovodi lečenje kalkuloze žučne kese putem nisko naponskih struja podveden pod pravni standard opasne stvari, a zdravstvena ustanova je obavezana na naknadu štete zbog tako nastalih opekotina pacijenta po pravilima objektivne odgovornosti.⁴⁰ Na drugom mestu, Apelacioni sud u Beogradu suočio se sa činjeničnim stanjem gde je petitumom tražena naknada štete nastale zbog opekotina i degeneracije kolena koje je pacijent pretrpeo prilikom operativnog zahvata na žučnoj kesi, korišćenjem neispravnog aparata za zaustavljanje krvarenja, a koji funkcioniše po principu nisko naponskih struja. Prvostepeni sud je bio mišljenja da je reč o upotrebi opasne stvari utvrdivši uzročno-posledičnu vezu između povrede tužioca i neispravnog uređaja koji je korišćen prilikom operacije, te je naknada štete dosuđena primenom odredbe ZOO-a koji regulište pretpostavku uzročnosti između štete i opasne stvari. Drugostepeni sud je ceneći žalbene navode da je reč o kontradiktornosti u prvostepenoj presudi u pogledu osnova odgovornosti i to objektivne i subjektivne, nedvosmisleno zaključio da je tužena zdravstvena ustanova obavezna kao objektivno odgovorna u smislu odgovarajućih odredbi ZOO-a koje regulišu odgovornost zbog štete izazvane opasnom stvari i delatnošću, nezavisno od krivice, zbog čega je tužena ustanova oglašena odgovornom kao imalac opasne stvari – neutrala za dijatermiju.⁴¹

Kako u jurisprudenciji, tako i u novijoj hrvatskoj pravnoj doktrini takođe postoje zagovornici objektivne odgovornosti za štetu u iznetom smislu koji se oslanjaju na stavove Petra Klarića, a koji smatraju da subjekti koji imaju korist od sprovođenja izvesne aktivnosti koja je toliko opasna da sa sobom nosi rizik od škođenja drugima, treba da budu obavezni da naknade nastalu štetu u slučaju da rizik koji proizlazi iz te aktivnosti prevazilazi normalni stepen rizika.⁴²

40 Đorđe Nikolić, „Objektivna odgovornost medicinskih poslenika za štetu od opasnih medicinskih sredstava – argumenti pro et contra“, *Anali pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 66 (1)/2018, 76–79.

41 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 7912/13 od 12.12.2014. godine, <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/medicinsko-pravo/gz-7912-13.html>, 21. april 2020.

42 Davorin Pichler, „Objective liability for damages in medicine and prevention of violations of healthcare rules (medical errors)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 79/2018, 243–244.

I u domaćoj pravnoj teoriji koja se bavila analizom relevantnih zakonskih okvira, naglašava se dužnost zdravstvene ustanove da u lečenju pacijenata primenjuje medicinsku opremu i da raspolaze medicinskim sredstvima koja su neophodno potrebna za normalno obavljanje zdravstvene delatnosti, a iz te dužnosti postavlja se i pitanje odgovornosti za potencijalnu štetu nastalu njihovom primenom.⁴³ U vezi sa njihovom primenom, odnosno upotrebom u procesu lečenja pacijenata iskrstavaju i problemi koje medicinska sredstva sa sobom nose, a koji se pre svega koncentrišu oko pitanja njihove ispravnosti, čak i ukoliko su nova, odnosno skrivenih nedostataka, te ukoliko su starije generacije, pitanja se svode na njihovu bezbednost i pouzdanost usled visoke stope njihove amortizacije tokom vremena. Kako medicinska ustanova direktno stavlja na raspolaganje pacijentima ova sredstva, otvara se pitanje moguće odgovornosti zdravstvene ustanove po objektivnom principu u karakterističnim slučajevima, a posebno u slučajevima implantiranih sredstava u organizam pacijenta.

4.1. Objektivna odgovornost zdravstvene ustanove za štetu prouzrokovanu starim i istrošenim medicinskim sredstvom

Ukoliko uzmemo u obzir da postoje različite generacije medicinskih sredstava i da od nivoa ekonomske razvijenosti države zavisi količina izdataka za potrebe zdravstvenog sistema, nameće se pitanje odgovornosti za prouzrokovanu štetu upotrebom starih i istrošenih medicinskih sredstava? Ako dalje imamo u vidu da ista zbog svoja dva epiteta – starosti i istrošenosti, a samim tim i smanjene bezbednosti, emituju prekomernu opasnost od štete, onda ne bi postojale prepreke da se u konkretnom slučaju odgovara po objektivnom principu. Ovo naročito ako se uzme u obzir da medicinska sredstva nose sa sobom povećani rizik od otkazivanja u medicinskom tretmanu, kao i od davanja pogrešnih rezultata u procesu dijagnostike.

43 Đorđe Nikolić, Mihajlo Cvetković, „Objektivna odgovornost za štetu prouzrokovanu pacijentima primenom medicinskih sredstava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, XLII, 1/2018, 264 i dalje.

4.2. Objektivna odgovornost zdravstvene ustanove za štetu usled primene medicinskog sredstva sa nedostatkom

Nesporno je da u ovom slučaju u domaćem pravu,⁴⁴ kao i u pravu Evropske unije zasnovanom pre svega na relevantnim direktivama, proizvođač primarno odgovara za stavljanje u promet stvari koja ima nedostatak.⁴⁵ Međutim, sa proizvodnjom i stavljanjem u promet medicinskih sredstava, stvari stoje malo drugačije. Ukoliko uzmemo u obzir da je napušteno tradicionalno gledište na zdravstvene ustanove kao dobrotvorne ustanove i da se one danas posmatraju kao ustanove koje vrše medicinske „transakcije“ različitog karaktera čineći dostupnim zdravstvenu uslugu pacijentima i obezbeđujući njeno obavljanje uz upotrebu medicinskih sredstava, ne postoje prepreke njenoj odgovornosti po objektivnim principima. Ustanove kao davaoci zdravstvenih usluga se nalaze u istoj poziciji prema pacijentu kao i prodavac proizvoda prema potrošaču. Pacijent ne može da proceni kvalitet medicinske usluge i zdravstvenih proizvoda bez informacija koje mu nudi tržište medicinskih sredstava, te su u tom smislu ključne informacije koje pacijent dobije od lekara, shodno čemu lekar, ne pacijent, odlučuje koje usluge i medicinske proizvode treba obezbediti pacijentu. Kako bolnice imaju slobodan izbor u kupovini medicinskih sredstava, to bi i njihova odgovornost učinila da kupuju najkvalitetnije proizvode, a samim tim bi i proizvodnju od strane proizvođača podigla na viši nivo kvaliteta.⁴⁶

4.3 Objektivna odgovornost zdravstvene ustanove za štetu od implanta

U slučaju da se radi o implantabilnim medicinskim sredstvima, gde su takva sredstva predmet transakcija i gde je pacijent njihov krajnji korisnik, a njihova ugradnja jedina medicinska usluga koju pacijent dobija, otvara se mogućnost objektivne odgovornosti. Kod

44 Čl. 3 Zakona o opštoj bezbednosti proizvoda – ZOOBP, *Službeni glasnik RS*, br. 77/2019. Član izričito propisuje nemogućnost isključenja odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom.

45 Marija Karanikić Mirić, „Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde“, *Srpska politička misao*, 58(4)/2017, 144.

46 Samir O. Manić, *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, doktorska disertacija, 2015, 168–172, 199–2018.

ovih sredstava bolnice se pojavljuju u ulozi „prodavca na malo“ jer faktički prodaju ove proizvode pacijentima koji ih na drugi način ne mogu dobiti i samim tim na pacijente prenose pravo svojine na raznim implantima koji su predmet intervencije. Na taj način u slučaju njihove neispravnosti, bolnice i druge ustanove snabdeavju pacijente neispravnim medicinskim sredstvom umesto da ga koriste u cilju njihovog izlječenja. Zdravstvene ustanove se prema tome nalaze u središtu samog lanca distribucije između proizvođača tih sredstava i pacijenta, te je osnovano razmišljati u pravcu njihove odgovornosti prema objektivnom vidu.⁴⁷

4.4. *No fault compensation system (sistem naknade štete koji se ne zasniva na krivici) i veza sa objektivnom odgovornošću za štetu*

Kako je na početku navedeno, obavljanje svake profesije nosi sa sobom izvesne rizike od potencijalnih šteta koje mogu nastati u procesu rada profesionalnih delatnika. Stoga, nije redak slučaj da se zdravstveni radnici i ustanove putem ugovora o osiguranju koji zaključuju sa društvom za osiguranje, osiguravaju od profesionalne odgovornosti, odnosno od rizika obaveze naknade štete pacijentima. U sistemima evropskih država, ali i na teritoriji američkog kontinenta, prihvaćen je klasičan sistem osiguranja od odgovornosti koji se bazira na dokazivanju krivice štetnika, odnosno nepažljivog postupanja zdravstvenih radnika od strane pacijenta. Međutim, postoji tendencija da se šire prihvati sistem poznatiji pod nazivom *non fault compensation system* (sistem naknade štete bez obzira na krivicu), koji se ne zasniva na krivici štetnika. Drugim rečima, u ovom sistemu naknade štete iz fonda osiguranja, pacijent ne mora da dokazuje krivicu zdravstvenog radnika, već samo realizaciju osiguranog slučaja, odnosno uzročnu vezu između lekarskog tretmana i nastale povrede, što je uslov za isplatu naknade. Ovaj sistem je uveden i primenjiv mahom u skandinavskim državama – Švedskoj, Danskoj i na Novom Zelandu.

47 S. O. Manić, 209–211.

4.5. Prednosti *non fault compensation system-a*

Efikasnost sistema se ogleda u tome što se veliki broj nastalih šteta usled lekarskih grešaka upravo nadoknađuje u postupku pred organizacijama za osiguranje, a u slučaju nezadovoljstva visinom naknade, pacijentu je na raspolaganju redovan sudski postupak.⁴⁸ Brojne prednosti ovog sistema se odnose i na izbegavanje dugotrajnih i skupih sudskih postupaka zasnovanih na *tort law* sistemu odgovornosti, često emotivno teških po pacijente i uvođenju jeftinijeg i bržeg „administrativnog postupka“ koji omogućava *non fault compensation system* u kome se naknada štete može realizovati samo dokazom realizacije osiguranog slučaja, bez dokazivanja nepažnje medicinskog poslenika.⁴⁹ Manjkavost parnica zasnovanih na klasičnom sistemu deliktne odgovornosti koja se realizuje po principu dokazive krivice medicinskih poslenika kao potencijalnih štetnika se ogleda u tome što samo delimično ostvaruju dve značajne društvene funkcije – naknade štete usled lekarske greške i određivanje pogrešnog i nestandardnog postupanja medicinskih radnika. Stoga je ovaj model efikasnija alternativa klasičnim sudskim postupcima.⁵⁰

Ono što povezuje *non fault* sistem naknade štete u „administrativnim postupcima“, gde se šteta isplaćuje iz fonda osiguranja profesionalne odgovornosti medicinskih poslenika i mogućnost njihovog odgovaranja po principima objektivne odgovornosti u sistemu naknade štete u građanskim sudskim postupcima – „klasičnim parnicama“ jeste procesni položaj pacijenta kao oštećenog, a samim tim i njegova mogućnost realizacije naknade štete. Ukoliko pođemo od toga da su, kako smo gore videli, prema važećim propisima naše zemlje, ali i komunitarnim izvorima prava, zdravlje i bezbednost pacijenta u samom vrhu evropskih vrednosti, zašto onda ne učiniti tu zaštitu efikasnijom putem uvođenja odgovornosti po objektivnom principu? Iz iznetih izlaganja, zaključujemo da je procesni položaj pacijenta

48 Jocelyn Bogdan, *Medical Malpractice in Sweden and New Zeland: Shouduld There System Should Be Replaced Here?*, Center for Justice and Democracy, No 21, 2011, dostupno na sajtu: file:///D:/Downloads/WP_SwedenNZ_F.pdf, 20. april 2020.

49 Jackson Williams, *No-Fault Medical Malpractice Compensation: Policy Considerations for Design of a Demonstration Project*, AARP Public Policy Institute, Washington 2007, 1.

50 Jill Horwitz and Troyen A. Brennan, „No-fault Compensation for Medical Injury: A Case Study“, *Health Affairs*, 14(44)/1995, 165.

kao oštećenog u slučaju mogućnosti primene objektivne odgovornosti olakšan, budući da mora da dokaže realizaciju osiguranog slučaja i kauzalitet, odnosno uzročnost koja se u našem pravu pretpostavlja u slučaju štete izazvane opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću. U *non fault sistemu*, oštećeni bi samom realizacijom rizika koji predstavlja osigurani slučaj imao osnov da traži obeštećenje od obaveznog lica – organizacije za osiguranje, kojoj bi direktno podneo odštetni zahtev, dok kod subjektivne odgovornosti mora da dokaže, pored postojanja uzročne veze između radnje štetnika i same štete, i krivicu štetnika u vidu nestručnog postupanja medicinskog radnika. Dokazivanje krivice medicinskog radnika se obavlja putem veštaka medicinske struke, koji često iz razloga staleške solidarnosti i kolegijalnosti štite svoje kolege – medicinske poslenike ili medicinske ustanove. Procesni položaj pacijenta kao oštećenog je nezavidan upravo iz razloga što je medicinski veštak kolega tuženog zdravstvenog radnika ili je na neki drugi način profesionalnog povezan sa tuženom zdravstvenom ustanovom, te upravo iz tog razloga ne može objektivno da iznese svoj sud o pravilnosti postupka medicinskog poslenika, zbog čega je dokazivanje krivice u tom slučaju, čini se, *probatio diabolica*.⁵¹ Sa druge strane i zdravstveni radnici, kao i ustanove bi imali koristi od ovog sistema, budući da ne bi isplaćivali naknadu iz sopstvenih sredstava oštećenom pacijentu, već bi se oni namirivali na osnovu polise za osiguranje.

4.6. Uslovi za primenu *non fault compensation system-a*

Jedan od uslova za primenu ovog sistema je da se pacijent ne može obešteti od nekog trećeg lica ili da takva naknada ne odgovara stvarno pretrpljenoj šteti. Tako je u švedskom modelu ovog sistema neophodno kumulativno postojanje tri uslova: a) da se oštećenje zdravlja desilo u vezi sa zdravstvenom zaštitom koja je u toj zemlji priznata, b) da je oštećenje telesne ili mentalne prirode i c) da postoji uzročna veza između postupaka preduzetih pri lečenju i narušenja zdravlja. Nakon nastanka štete, pacijent se obraća zdravstvenoj ustanovi koja ga je lečila, obaveštava se i ordinirajući lekar i nakon popunjavanja upitnika se realizuje kompenzacija.⁵²

51 J. Simić, 228.

52 Petar Rakočević, „Odgovornost bez krivice medicinskih radnika“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 83(4)/2011, 23–24.

Istini za volju, osobenost ovog sistema je primena u postupku pred organizacijama za osiguranje, koji često prethode građanskom sudskom postupku, obzirom da neretko visina naknade koja se odmerava procenom cenzora pri organizaciji za osiguranje ne nadoknađuje štetu u potpunosti, odnosno ne zadovoljava načelo integralne naknade. Ali, zašto ne proširiti njegovu primenu i na građanski postupak, svrstavajući u isti i slučajeve štete nastale primenom medicinskog sredstva sa svojstvom opasne stvari koje se pod taj pojam podvodi zbog svoje visokorizičnosti – bilo zbog svoje starosti ili istrošenosti, neispravnosti ili pak nedostatka?

U domaćem pravu, zaključujemo, ne postoji definicija opasnih stvari i delatnosti, pa samim tim ni njihov *numerus clausus*, već u tom slučaju objektivne odgovornosti postoji pravni standard opasnih stvari i delatnosti, koji se dostvaruje upotpunjavanjem u sudskom postupku, rezonovanjem suda koje treba da ide u pravcu šta se smatra abnormalnim rizikom. Ukoliko sud na osnovu slobodnog sudijskog uverenja, rukovodeći se principom rizika, okvalifikuje medicinsko sredstvo kao opasno – kao opasnu stvar i konkretnu medicinsku radnju kao opasnu delatnost, nema prepreka objektivnoj odgovornosti medicinskih poslenika i ustanova.

Svetska pravna misao je uočila manjkavosti *tort law* sistema sa stanovišta bezbednosti samog pacijenta i ostvarivanja njegovih prava, pa ostaje neodgovoreno pitanje da li će i naša pravna misao poći u pravcu mogućnosti uvođenja objektivne odgovornosti, napustiti sistem dokazane krivice, makar u domenu prouzrokovanja štete primenom opasnih medicinskih sredstava. Konačno, imajući u vidu domaću i svetsku teorijsku diskusiju i analizirani paralelizam subjektivne i objektivne odgovornosti u medicinskom pravu, pitanje mogućnosti uvođenja objektivne odgovornosti medicinskih poslenika, izneto u radu, ostavljamo otvorenim, a završavamo rečima Hipokrata: „*Život je kratak, umetnost duga, prilika brza, pokušaj opasan, odluka teška.*“

5. UMEŠTO ZAKLJUČKA

Cilj rada nije bio da uzburka teoriju i podstakne žučnu raspravu, već da ukaže na moguće probleme u vezi sa ostvarenjem pravozaštitnih zahteva oštećenih pacijenata, a koji proizlaze iz poteškoća dokazivanja krivice medicinskih poslenika u sudskim postupcima,

ali i da ponudi moguća rešenja. U tom smislu je ukazano na primere prihvaćenih modela sistema naknade štete po principima objektivne odgovornosti, gde je pitanje krivice medicinskih poslenika irelevantno, a težište se prebacuje na ono što je zaista relevantno, a to je princip pravičnog obeštećenja. Samopomoć u ostvarivanju sopstvenog prava i preuzimanje „pravde u svoje ruke“ je istorijska kategorija, karakteristična za nerazvijene države, a ostvarivanje prava u efikasnom i ekonomičnom postupku je imeprativ kome teže savremene države. Put ka pravičnom obeštećenju je olakšani procesni položaj oštećenog, u konkretnom slučaju pacijenta, kome će afirmisanje objektivne odgovornosti medicinskih poslenika, poboljšati procesnu poziciju, a mogućnost realizacije svog prava na pravično i nadasve potpuno obeštećenje učiniti verovatnijom.

*Vladislava Milić, LL.M.
Higher Judge's Associate
Higher Court in Belgrade*

PARALEL EXISTANCE OF CIVIL LIABILITY SYSTEMS ON MEDICAL MALPRACTICE

Summary

The purpose of this papper is comparative analysis of system based on fault of medical workers and non fault system of liability, regarding medical workers, with accent on non fault system, in light of judicial practice. Paralel with the analysis of liability system based on fault for malpractice, this papper considered is this the only type of liability of physicians, or is there a possibility of theirs non fault system of liability, when damage occures by application of dangerous medical devices in medical treatment, who is responsible for compensation of damage, and under what kind of conditions. The papper also considered a possibility of a question that remains open, of non fault liability, typical casses in wich these type of liability could be applicated, that opens the possibility of compensation of damage under rules of that principle.

The paper concludes that, despite of the fact that system of liability based on fault of medical workers is accepted in domestic law sys-

tem, there is a possibility of application of non fault system in the cases of application of medical devices by medical practitioners, because that type of liability is not legally excluded.

Key words: *Error. – Liability. – Non fault system.*

LITERATURA

- Bogdan J. *Medical Malpractice in Sweden and New Zeland: Shoduld There System Should Be Replaced Here?*, Center for Justice and Democracy, No 21, 2011.
- Cvetković M., Nikolić Đ., *Građanskopravna odgovornost zbog nepri-
mene medicinskih sredstava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta
u Nišu, br. 68, 2014.
- Europaean Court of Human Rights, *Themtic Report, Health-related
issues in case-law of the European Court of Human Rights*, 2015.
- Ferrara S. D., Baccino E., Bojanowski T., Berto R. B., Castellano M., Angel
R. de, Pauliukevčius A., Ricci P., Vanezis P., Vieira D. N., Viel G.,
Villanueva E., *The EALM Working Group on Medical Malpractice,
Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods
of Ascertainment and Criteria of Evaluation*, International Journal
of Legal Medicine, 2013.
- Ferrara S. D., Berto R. B., Viel G., *Malpractice and Medical Liability,
European State of the Art and Guideliness*, Berlin 2013.
- Giesen D., *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law
Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, London, 1988.
- Horwitz J. and Brennan T. A., *No-fault Compensation for Medical
Injury: A Case Study*, *Health Affairs*, Vol 14, No 44, 1995, 165.
- Karanikić Mirić M., *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd, 2013.
- Karanikić Mirić M., *Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evrop-
skog suda pravde*, Srpska politička misao, Vol 58, br. 4, 2017.
- Manić S. O., *Objektivna odgovornost zbog štete izazvane upotrebom me-
dicinskih sredstava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,
Vol 53, br. 2, 2019.
- Manić S. O., *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih
sredstava*, Pravni fakultet univerziteta u Nišu, doktorska diserta-
cija, 2015.

- Mujović Zornić H., *Medicinska nepažnja ili krivično delo? Različite odgovornosti*, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja Beograd, knjiga sažetaka sa okruglog stola, 2018.
- Mujović Zornić H., *Medicinske greške u okvirima građanskopravne odgovornosti*, Strani pravni život, 55 br. 3/2011.
- Nikolić Đ., Cvetković M., *Objektivna odgovornost za štetu prouzrokovanu pacijentima primenom medicinskih sredstava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta univerziteta u Nišu, XLII, br. 1, 2018.
- Nikolić Đ., *Objektivna odgovornost medicinskih poslenika za štetu od opasnih medicinskih sredstava – argumenti pro et contra*, Anali pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Vol 66, br. 1, 2018.
- OECD (2006), *Medical Malpractice: Prevention, Insurance and Coverage options*, 10.
- Opančina V., Vojnović R., *Lekarska greška – osnovni pojam i njen prikaz u radiologiji*, Medicinski časopis, Vol 52, br. 1, 2018.
- Orlić M., *Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornosti lekara za prouzrokovanu štetu*, Pravni život 7–8/2012.
- Pichler D., *Objective liability for damages in medicine and prevention of violations of healthcare rules (medical errors)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 79, LVII, 2018.
- Polojac M., *Akvilijev zakon u srpskovizantijskim kompilacijama*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, Vol. LIII, br. 1 tom, 2019.
- Radišić J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008.
- Radišić J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Institut društvenih nauka, 1986.
- Rakočević P., *Odgovornost bez krivice medicinskih radnika*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i praksu, Vol 83, br. 4, 2011.
- Schaffer A. C., Jena A. B., Seabury S. A., Singh H., Chalasani V., Kachalia, A., *Rates and Characteristics of Paid Malpractice Claims Among US Physicians by Specialty, 1992–2014*, JAMA Internal Medicine, 2017, Vol 177, No 5.
- Simić J., *Lekarska greška*, Beograd, 2018.
- Sjeničić M. Ž., *Pacijent kao oštećeni u građanskom pravu i njegova sukrivica*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2013.
- Savić S., *Krivična dela u vezi sa obavljanjem lekarske delatnosti*, Naučni časopis urgentne medicine, vol 16, br. 2, 2010.

- Sjeničić M., *Lekarska greška – građansko pravni aspekt*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 59, 2011.
- Sjeničić M., *Profesionalna odgovornost kod obavljanja zdravstvenih delatnosti*, neobjavljeni tekst – mišljenje.
- Totić M., *Pravno shvatanje namerne lekarske greške*, Medicinski glasnik, Vol 22, br. 64, 2017.
- Tasić K., *Priroda i obim građanskopravne odgovornosti lekara za povredu ugovora o lečenju*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, doktorska disertacija, Beograd, 2017.
- Williams J., *No-Fault Medical Malpractice Compensation: Policy Considerations for Design of a Demonstration Project*, AARP Public Policy Institute, Washington, 2007, 1.
- Winiger B., Koziol H., Koch B. A., Zimmermann R., *Digest of European Tort Law*, Voume 2, Essential Cases on Damage, Berlin/Boston, 2011.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996.