

Др Самир Манић,*
Доцент Департмана за правне науке,
Државни универзитет у Новом Пазару

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfno-22973

UDK: 347.56:614.25]:340.5(497.11)
Раd примљен: 30.08.2019.
Раd прихваћен: 26.10.2019.

УЗРОЧНА ВЕЗА КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА

Апстракт: Да би здравствени радник/здравствена установа одговарао за штету коју је пацијент претрпео, потребно је утврдити узрочну везу као један од сталних услова одговорности. Питање узрочне везе једно је од централних и најтежих питања одговорности здравствених радника/здравствених установа за штету. Реч је, заправо, о процени да је рђаво стање пацијентовог здравља узроковано лекарском грешком, а не природним исходом болести или самим лечењем. Имајући у виду околност да је сваки пацијент другачији, да различито подноси болест, обољења, само лечење, односно употребу лекова и медицинских средстава, не може се са сигурношћу констатовати шта је у конкретном случају прави узрок чињеници погоршања лечене болести или појави нове, односно зашто је тело претрпело оштећења или пак зашто је наступила смрт пацијента. Без обзира на све проблеме који постоје око утврђивања узрочности, задатак судија је да постојање узрочне везе прихвате или одбаце у зависности од уверења које стекну о њеном постојању. Предмет овог рада је управо приказ проблематике око утврђивања узрочне везе као услова одговорности здравствених радника/здравствених установа за штету, како у нашем, тако и у упоредном праву.

Кључне речи: узрочна веза, лекарска грешка, медицинска средства.

1. Уводна разматрања

На одговорност за штете у оквирима здравствене делатности примењују се општа правила о одговорности за штету. Да би пацијент имао право на накнаду штете морају се испунити сви неопходни услови одговорности. Међу условима одговорности централно место припада узрочној вези

* manicsamir@hotmail.com

као једном од најтежих питања одговорности здравствених радника/ здравствених установа. Задатак суда је да у сваком конкретном случају утврди узрок лошег стања пацијентовог здравља. Да ли се пацијент налази у таквом стању због чињенице да је здравствени радник направио грешку или је, можда, у таквом стању зато што је сама болест на то утицала или неки други процес из самог организма пацијента.

Када је у питању утврђивање узрочне везе за штете у оквирима здравствене делатности, положај суда није нимало једноставан, јер на штету пацијената може утицати велики број фактора. Мора се водити рачуна и о чињеници да се организми пацијената разликују међу собом, да иста болест може изазвати различите последице у зависности од тога каква је отпорност организма пацијената, као и да исти процес лечења, употреба истих лекова и медицинских средстава може изазвати различите ефекте код различитих пацијената. Све ово има за последицу да се не може са сигурношћу констатовати шта је у конкретном случају прави узрок чињеници погоршања лечене болести или појави нове, односно зашто је тело претрпело оштећења или пак зашто је наступила смрт пацијента (Putzo, 1979: 66).

Упркос свим проблемима који се везују за утврђивање узрочне везе, судија мора постојање узрочне везе или прихватити или одбацити. Истина, тај задатак није лак, јер судији не стоји на располагању математичка формула коју ће применити и на бази које ће утврдити постојање или непостојање узрочне везе. Ипак, судија „својим уверењем мора попунити и онај простор који се, у већој или мањој мери, медицински не може доказати“ (Радишић, 2007: 101).

Овим радом желимо ближе представити проблематику око утврђивања узрочне везе као услова одговорности за штету здравствених радника/ здравствених установа, како у нашем, тако и у упоредном праву.

2. Терет доказивања узрочне везе

Питање терета доказивања узрочне везе између штете и радње здравственог радника (активне или пасивне) једно је од најзначајнијих питања које се везује за узрочну везу. Ово питање има два аспекта, и то: процесно-правни и материјално-правни.

Ако проблематику терета доказивања посматрамо са процесно-правног аспекта, терет доказивања узрочне везе сноси пацијент. Пацијент, уколико жели да његов тужбени захтев буде усвојен, мора навести одређене

чињенице и понудити доказе у циљу утврђивања њихове истинитости.¹ Међутим, чињеница да је пацијент дужан доказати постојање узрочне везе у великој мери утиче на неравноправност учесника парничног поступка. Проблем је у томе што су пацијенти, у већини случајева, лаици који немају праву представу о болести, њеним узроцима, последицама, како се болест лечи, и како је, у конкретном случају, лечена. На противничкој страни су здравствени радници као медицински стручњаци који имају све неопходне информације о болести, шта је требало предузети да би болест била излечена, и шта се, у конкретном случају, предузело. Узимајући у обзир и околност да је вештачење, које по правилу обавља здравствени радник, основно доказно средство, неравноправност учесника парничног поступка је очигледна.

Уколико проблематику терета доказивања посматрамо са материјално-правног аспекта, одговор на питање ко сноси терет доказивања узрочне везе зависи од тога да ли на штету примењујемо правила субјективне или правила објективне одговорности за штету. Примена правила субјективне одговорности за штету за последицу има то да терет доказивања узрочне везе сноси пацијент. Пацијент је тај који мора доказати да постоји узрочна веза између штете коју је претрпео и радње здравственог радника. Али, његов положај зависи од тога да ли се у оквиру одређеног правног система примењује принцип претпостављене или принцип доказане кривице. У правним системима који примењују принцип доказане кривице положај пацијента је веома тежак због чињенице да он мора, поред узрочне везе, доказати и кривицу здравственог радника. У оквирима ових правних система, постоји тенденција побољшања положаја пацијента кроз преваљивање терета доказивања узрочне везе са пацијента на здравствене раднике (Кларић, 2011: 138). Немачка судска пракса нпр. увела је такву могућност у два случаја, један је тзв. *prima facie* доказ, а други када се ради о *грубој лекарској грешци*.

Смисао *prima facie* доказне олакшице је да суд утврди да је штета типичан исход одређеног тока догађаја, а да закључак о томе заснива на искуственом ставу који је стечен на основу довољне вероватноће (Милутиновић, 2004: 239–240). Једноставније речено, пацијентова штета, према медицинском искуству, представља типичну последицу грешке у лечењу (Радишић, 2007: 312). На пример, ако се пацијент, смештен у оквирима болнице заједно са болесником зараженим од одређеног вируса, разболи од истог вируса, има се узети да је заједнички смештај узроковао дату болест (слично. Радишић, 2007: 313). Да би се здравствени радник ослободио одговорности за штету,

1 Чл. 192 Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС», бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

он мора доказати да је у конкретном случају био могућ и атипичан догађај (Радишић, 2007: 314). Ако постоје одступања од општег животног искуства, примена *prima facie* доказне олакшице не долази у обзир (Милутиновић, 2004: 240).

Лекар сноси терет доказивања да штета није последица његове грешке у оном случају када се утврди да је лекарска грешка *груба*² и да је пацијент претрпео штету коју је прописно поступање лекара требало да спречи (Радишић, 1998: 242). Ради се о томе да у овом случају постоји претпоставка узрочности коју лекар мора оборити уколико жели да се ослободи од одговорности за штету.³ Међутим, скоро да је немогуће оборити претпоставку узрочности у таквим случајевима, па груба лекарска грешка, у циљу потпуног обештећења пацијента, компензира несигурност постојања узрочне везе (Радишић, 2010: 49). Терет доказивања непостојања узрочне везе пребацује се на здравственог радника увек када постоји велика вероватноћа да је груба лекарска грешка једини узрок штете, односно уколико нису изузетно мале шансе да је груба лекарска грешка узрок штете (слично. Милутиновић, 2004: 241). Такође, треба истаћи да примена ове доказне олакшице долази у обзир само за утврђивање узрочне везе између лекарске грешке и примарне штете коју претрпи пацијент – тј. штете која се налази у подручју које се штити нормом коју је лекар прекршио, јер је норма требала да спречи управо ту штету (Радишић, 2007: 315). Постојање узрочне везе између примарне повреде здравља пацијента и секундарне штете утврђује се на основу општих правила о доказивању (Радишић, 2007: 315–316).

За аустријско право карактеристична је тенденција одрицања од стандардног правила доказивања узрочне везе, ако постоји велика вероватноћа да нешто објективно није у реду у сфери штетника, и поред чињенице да није сасвим јасно, са доказног становишта, шта је узроковало настанак штете (Koch, 2010: 125). Такође, недостатак

2 „Грубом се сматра грешка која се ординирајућем лекару ни у ком случају не би смела поткрасти, јер је, већином, реч о занемаривању елементарних сазнања и искустава медицине“ (Радишић, 2007: 314).

3 Немачки судови су склони да релативно брзо и често квалификују лекарске грешке као грубе, нарочито у области дијагностике, нпр: Када лекар превиди знаке сепсе па, уместо бактеријске инфекције, сматра да је у питању запаљење зглобова; Када гинеколог на основу жуте боје тек рођеног детета не закључи да би се могло радити о неподношљивости резус фактора његових родитеља. Због те грешке, он је тек четвртог дана по рођењу детета извршио замену крви, али дете не спаси смрти. Савезни врховни суд Немачке сматрао је да се ради о грубој дијагностичкој грешци због које лекар треба да докаже да ни благовремена замена крви не би спречила дететову смрт (Deutsch, 1988: 2, наведено према Радишић, 2007: 315).

адекватне документације може бити од велике користи пацијенту. Ради се о томе да је здравствени радник у обавези да документује барем кључне аспекте дијагнозе и лечења, па кршење ове обавезе може преокренути терет доказивања узрочне везе (Koch, 2010: 124). Тако, нпр. ако не постоји документација о томе да су пацијенту саопштене одређене информације које се дају пацијентима, претпоставља се да нису предузети кораци да се он обавести (Koch, 2010: 125).

Када је у питању шпанско право, правила на основу којих се утврђује постојање узрочне везе су веома строга; узрочна веза се мора доказати са сигурношћу, а терет доказивања узрочне везе је на тужиоцу који се не може користити никаквом претпоставком узрочности (Casals, Jordi, Feliu, 2003: 161). Ипак, чини се да у одређеним случајевима шпански судови признају постојање узрочне везе. Тако, на имплицитан начин, када се примењује доктрина тзв. *непропорционалне штете* – претпостављајући кривицу – судови такође признају и постојање узрочне везе између таквог скривљеног понашања и штете (Rubio, Garcia, 2010: 179).

Узрочна веза је услов одговорности и кад се на одговорност здравствених радника примењују правила објективне одговорности за штету. Наравно, положај пацијената у оквирима различитих правних система није исти, већ зависи од правила којима је регулисана објективна одговорност за штету. Пацијенти су у најповољнијем положају у оквирима оних правних система који претпостављају постојање узрочне везе, где спада и наш правни систем. Тако, у оквирима нашег правног система примењује се, сада већ више од четрдесет година, правило да штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете.⁴ Стога, уколико је штета причињена употребом медицинског средства које се може подвести под појам опасне ствари, или применом одређене дијагностичке или терапијске мере која би се могла подвести под појам *опасне делатности*, задатак пацијента је само да докаже да је штета настала у вези са медицинским средством, односно дијагностичком или терапијском мером (Кларић, 2011: 140; види више. Манић, 2015: 151–161). Здравствени радник мора доказати да штета није последица употребе *опасне ствари* или обављања *опасне делатности* уколико се жели ослободити одговорности за штету која је причињена пацијенту.

4 Чл. 173 300.

3. Степен вероватноће као мерило узрочности

Услед одређених специфичности, које се везују за медицинску делатност, узрочну везу, у одређеним случајевима, веома је тешко, готово немогуће, утврдити. Ова околност посебно долази до изражаја када је штета пацијенту проузрокована пропуштањем одређене медицинске мере (Gross, 1987: 195; Koch, 2003: 92). Иста је ситуација и у случају када је штета узрокована инфекцијама, где код појединих инфекција инкубација може трајати и годинама, или када се ради о психичким штетама (Мујовић, 2012: 364). Збир веома сложених процеса људског организма, са једне стране, и истовременог супротног деловања болести и лечења, са друге стране, имају као последицу, у великом броју случајева, немогућност утврђивања са посебном сигурношћу конкретног тока нарушавања здравља због немогућности тзв. „реконструкције догађаја“ (Радишић, 2010: 48). У наведеним случајевима, суд доноси одлуку којом усваја или одбија тужбени захтев пацијента, а која се заснива на узрочној вези за коју постоји само одређени степен вероватноће постојања/непостојања. Пацијент је, стога, дужан показати постојање одређеног степена вероватноће да штету не би претрпео да је здравствени радник поступао онако како је требало у датој ситуацији (слично. Koch, 2010: 123). Међутим, поставља се питање који степен вероватноће постојања узрочне везе пацијент мора доказати да би суд прихватио да постоји узрочна веза између радње здравственог радника и штете пацијента?

У оквирима англо-америчког права, мерило доказа је *претежна вероватноћа* (Кларић, 2011: 140). Примена овог мерилa у медицини изискује од пацијента да покаже да је више вероватно, него што није, да је грешка здравственог радника узрок штете; ако то изразимо у процентима, пацијент ће доказати да узрочна веза постоји уколико је њено постојање више од 50 % вероватно (Кларић, 2011: 140).

Када је у питању немачко право, сходно владајућем мишљењу и судској пракси, за постојање узрочне везе потребно је постојање високог степена вероватноће или, прецизније речено, вероватноће на граници сигурности (Кларић, 2011: 140). У суштини, потребно је да је постојање узрочно-последичног односа између грешке здравственог радника и штете пацијента вероватније од његовог непостојања (Кларић, 2011: 140). Ради се о томе да више индиција говори у прилог узрочне везе, односно да постоји више од 50% вероватноће у прилог узрочној вези (Милутиновић, 2004: 240).

У француском праву, терет доказивања узрочне везе је на пацијенту који мора доказати да му је скривљено понашање здравственог радника

проузроковало штету, а узрочност се посматра као правна чињеница која се може доказивати свим средствима (G'Sell-Macrez, 2011: 1111). Француски судови у својим пресудама, углавном, користе формулацију „озбиљна, прецизна и истовремена претпоставка”.⁵ Треба нагласити да је „доказ искључењем“ облик претпостављеног резоновања; ако не постоје други фактори који би објаснили појаву штете, онда се узима да је понашање туженог узрок настанка штете – на пример, уколико пацијентова хипертензија не би могла бити објашњена ничим другим осим узимањем одређеног лека.⁶

У оквирима швајцарског права, захтева се да узрочни однос између радње здравственог радника и штете пацијента поприма димензију односа који преовладава и има, сходно животном искуству, снагу претежне, рационалне, корелације у односу на све друге узрочно-последичне релације. „Извесност о наступању неке чињенице која судији треба да пружи доказ не сме се идентификовати са апсолутном елиминацијом сваке друге могућности. За одржив каузални развој говори претежна вероватноћа, уколико такав развој, према животном искуству, претеже над могућношћу неког другог каузалног развоја, тако да разумно не треба мислити на неко друго узроковање”.⁷ За постојање узрочне везе довољан је висок степен вероватноће, а у случају нужде довољна је и пука индиција (Gross, 1987: 195).

У аустријском праву, уколико се узрочна веза не може утврдити са апсолутном сигурношћу, од пацијента се захтева да покаже велику вероватноћу да штету не би претрпео да није било грешке здравственог радника (Koch, 2010: 123). Са друге стране, здравствени радник се може ослободити одговорности уколико докаже постојање још неког узрока за који је више вероватно да је проузроковао штету (Koch, 2010: 124). Из новијих судских одлука може се видети да је стандард доказивања узрочне везе снижен, још више, у корист пацијента, и то у тој мери да је довољно да се докаже да грешка здравственог радника надмашује било који други могући разлог погоршања здравља пацијента; док здравствени радник са друге стране мора доказати, са највећом вероватноћом, постојање неког другог узрока који је проузроковао штету (Koch, 2010: 124). Ова стремљења

⁵ See Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 34; D. 2006, Pan., 1931, obs. P. Jourdain; JCP 2006, I, 10082, note L. Grynbaum; RCA 2006, No. 89, note C. Rad6; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

⁶ Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 35; JCP 2006, I, 166, No. 5, obs. Ph. Stoffel-Munck; JCP 2006, I, 10082, note L. Grynbaum; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

⁷ Став Савезног суда Швајцарске, наведено према (Gross, 1987: 195)

судске праксе подстакнута су чињеницом да пацијенти, у највећем броју случајева, нису у могућности да пруже тачан доказ узрочности (Koch, 2010: 124).

У циљу утврђивања узрочне везе, посебно у оним ситуацијама када више узрока може допринети настанку штете, што је посебно карактеристично за штете у медицини, правна теорија употребљава одређене теорије о узрочној вези, међу којима су најпознатије *теорија еквивалентности*, *теорија адекватне узрочности* и *теорија о циљу прекршене норме*.

За англо-америчко право карактеристична је употреба *but for* теста („да није било...“) или теорије узрока *sine qua non*, која узроком штете сматра само ону од више околности без које штета не може настати (Кларић, 2011: 141). Прецизније, узроком се сматра она околност коју није могуће искључити, а да због тога и последица не изостане (слично. Мујовић, 2012: 364). Врши се, заправо, поступак хипотетичке елиминације, и на основу тога се утврђује да ли грешка здравственог радника нужно изазива штету пацијента. Суштина је у томе да се цео ток, од радње здравственог радника па до оштећења здравља пацијента, посматра уназад, али на тај начин као да грешке здравственог радника није било, па ако се покаже да у тако претпостављеном току догађаја штета ипак настаје, за њу грешка здравственог радника не би била условљавајућа, па не би било нити одговорности здравственог радника. Ова теорија, која се назива још и *теорија еквиваленције*, служи претежно да се уз помоћ ње искључи радња туженог као узрок штете (Кларић, 2011: 141). Суштина ове теорије може се сагледати, дакле, кроз једноставно питање да ли би се штета догодила да није било грешке здравственог радника (слично. Кларић, 2011: 142). Такође, према *but for* тесту, уколико пацијент жели остварити свој тужбени захтев, он мора доказати да је за више од 50% већа вероватноћа да до штете не би дошло да није било грешке здравственог радника (Swain, 2010: 47). Главна мана *but for* теста је његова крутост која, посебно, долази до изражаја у оним случајевима кад делују више истовремених или сукцесивних чинилаца који доприносе настанку штете (Swain, 2010: 47; Кларић, 2011: 142). Тако, у једном случају пред енглеским судовима,⁸ превремено рођена беба патила је од ретроленталне фиброплазије, била је слепа на једном оку и делимично је видела на другом. Тужилац је тврдио да је штета настала као последица непажње здравственог радника. Међутим, проблем подносиоца тужбеног захтева састојао се у томе што су исте последице могле бити изазване различитим медицинским стањима која су уобичајена код превремено рођене деце. Према мишљењу Апелационог суда (*Court of Appeal*), тужбени захтев био је основан, али истог мишљења

⁸ Wilsher v. Essex Area Health Authority, [1988] AC 1074., наведено према (Swain, 2010: 47)

није био и Дом лордова (*House of Lords*), на бази разлике између случаја где постоји познати узрочник и овог случаја где је било неколико таквих узрочника (Swain, 2010: 47–48).

У француском праву, узрочна веза је услов који се мора доказати независно од тога да ли се накнада штете захтева према правилима уговорне или вануговорне одговорности, али је веома тешко дефинисати критеријуме на основу којих се доказује узрочна веза (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Сходно околности да се *теорија еквиваленције* често примењује у француском грађанском праву, одређена чињеница мора бити услов без кога штета не би настала како би се могла квалификовати као узрок штете (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Ово значи да узрочно-последични однос није утврђен уколико се не покаже да штета не би настала без одређене чињенице; нпр. нема узрочне везе уколико се докаже да би оштећени свакако пристао на одређену интервенцију чак и да је потпуно информисан о ризицима интервенције.⁹ Међутим, француски судови не примењују увек *теорију еквиваленције*, већ користе и теорију директне везе, односно *теорију адекватне узрочности* (G'Sell-Macrez, 2011: 1111).

У нашој судској пракси, као и у пракси немачких, аустријских и швајцарских судова, преовладава *теорија адекватне узрочности*. У складу са овом теоријом, грешка здравственог радника мора бити адекватна оштећењу здравља пацијента, односно радња (чињење или нечињење) мора бити објективно подесна да изазове оштећење здравља пацијента, да је типична за штету коју је пацијент претрпео (слично. Кларић, 2011: 143). Адекватна узрочна веза постоји уколико је поступак здравственог радника, према објективном мерилу, генерално подесан да изазове насталу штету, а не само благодарећи посебним и неочекиваним околностима о којима се, по редовном току ствари, не води рачуна.¹⁰ Здравственом раднику/здравственој установи могу се приписати само они узроци штете који су се у време здравствене интервенције могли уопште предвидети, а не невероватне околности, које се налазе ван медицинског искуства, јер се оне одговорном лицу, правично, не би смеле више приписати (Dieter, 1981: 153). Основни недостатак ове теорије огледа се у томе што је она превише субјективна, јер оставља суду да процењује типичност, односно нетипичност одређене узрочне везе, односно да ли је узрочна веза адекватна или није адекватна (Кларић, 2011: 143). Мишљења смо да се ово не може узети као недостатак *теорије адекватне узрочности*. Правна питања се, никако, не могу подводити под математичке формуле и увек ће

⁹ Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] Paris, Nov. 20, 2003, RCA 2004, Comm. No. 76, obs. Ch. Rad. наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1110).

¹⁰ Став Савезног суда Немачке, наведено према (Радишић, 1998: 242).

имати дозу субјективног у себи. Тешко је створити теорију узрочности која би дала одговор на сва могућа питања, а да се при томе не употребљава одређена доза субјективности. Једино је могуће успоставити критеријуме на бази којих би се та субјективност могла преиспитивати, односно ограничавати. Један од начина је, свакако, употреба других теорија путем којих би мане *теорије адекватне узрочности* биле надомештене. Једна од таквих теорија је и *теорија о циљу прекршене норме*.

Суштина *теорије о циљу прекршене норме* састоји се у томе да се право на накнаду штете мора прилагодити циљу норме која је прекршена (Радишић, 1998: 243). Реч је о норми која мора тежити заштити самог пацијента, односно штета која је настала и чија се надокнада тражи, мора бити обухваћена циљем прекршене норме (Koziol, 1980: 152). Суштински, да би здравствени радник/здравствена установа одговарао за штету, она мора пасти унутар подручја заштите прекршеног правила (Кларић, 2011: 148). Разлика између *теорије адекватне узрочности* и *теорије о циљу прекршене норме* је у томе што *теорија адекватне узрочности* инсистира на суду вероватноће у време извршења штетне радње, док *теорија о циљу прекршене норме* инсистира на општој предвидљивости штете у ранијем времену (Радишић, 1998: 244). Појам норме обухвата стандардна правила медицинске струке, која је, уз одређену пажњу, требало поштовати у одређеном случају (Радишић, 1998: 244). Тако, нпр. циљ правила да се труднице не смеју излагати одређеним средствима за снимање јесте да се избегну могуће последице радијације које су карактеристичне само за њих, па уколико здравствени радник не поштује ту норму, биће одговоран само за оне штете које су последица радијације.

Када је у питању непримена индикованог медицинског средства, услед које је пацијент претрпео штету, *теорија о циљу прекршене норме* може имати велику улогу у утврђивању узрочне везе. Тако, не постоји медицинско средство које није направљено са одређеним циљем, те у складу са тим има конкретно одређено поље своје примене, односно сврху коју му је наменио сам произвођач. У вези са сваким медицинским средством прецизно се зна: како се примењује, у којим случајевима се примењује, у којим условима, шта је циљ, односно сврха примењивања, да ли се примењује у сврху дијагнозе, превенције, лечења, или пак ублажавања болести или повреда. Сходно наведеном, поводом сваког медицинског средства постоји прецизна норма која одређује циљ његовог примењивања. Тај циљ је, најчешће, превенција, лечење и ублажавање разноврсних болести и обољења, па се у случају непримене медицински индикованог медицинског средства крши норма која је имала непосредно за циљ да одређену болест открије, спречи у њеном развоју, отклони или ублажи. Тако, нпр. основни циљ због којег се

примењује магнетна резонанца састоји се у јасном приказу структуре главе и кичменог стуба, мекоткивних структура, коштаног-зглобног система и структуре мале карлице (види више. Михаиловић, Даковић, 2019: 510–517). Ако се деси да пацијент са интензивним боловима у пределу главе или кичменог стуба, који трају дужи временски период, не буде прегледан путем магнетне резонанце, већ третиран одређеним лековима у циљу смањења болова, а касније се испостави да су болови последица тумора који да је откривен у раној фази, када је и требало користити магнетну резонанцу, успешно би се лечио, директно би дошло до кршења норме о циљу примењивања овог медицинског средства, а то је откривање болести или обољења у њиховој раној фази. Као последица кршења норме о циљу употребе магнетне резонанце, могла би се јавити материјална и нематеријална штета, како за пацијента, тако и за његове сроднике.

4. Начело „све или ништа“ или начело „изгубљене шансе“

У већини правних система, како континентално-европских, тако и оних *common law*-а, судови су приликом одлучивања о тужбеним захтевима пацијената, све до у скорије време, примењивали принцип *све или ништа*. Суштина овог принципа огледа се у томе да пацијент добија или потпуно обештећење или не добија ништа, у зависности од тога да ли је узрочна веза доказана или не (Радишић, 1998: 245). Ако се ближе анализира овај принцип, може се закључити да *све* значи да здравствени радник/ здравствена установа мора платити пуну накнаду штете и поред чињенице да узрочна веза није сигурна, а *ништа* да пацијент неће добити никакву накнаду штете упркос чињеници да је постојала грешка здравственог радника (Кларић, 2011: 144; Никшић, 2008: 284). За пацијента не постоји могућност да се позива на сазнања медицинске науке у складу са којима је ипак имао одређену шансу за оздрављење, а која је уништена услед грешке здравственог радника, нити постоји могућност да захтева накнаду штете која би била сразмерна изгубљеној шанси (Радишић, 1998: 245).

Несавршеност принципа *све или ништа* изродила је потребу за проналажењем принципа којим би се успоставила равнотежа у заштити интереса између здравствених радника/здравствених установа и пацијената. Француска судска пракса је решење овог проблема потражила у *теорији изгубљене шансе*.¹¹ Према овој теорији, уколико суд установи да је пацијент

11 Случај од ког је почела широка примена *теорије изгубљене шансе* одиграо се 1965. године када је здравствени радник починио грешку приликом дијагнозе над дететом, које је остало осакаћено, па је суд донео одлуку да здравствени радник плати накнаду штете због изгубљене шансе за излечење. Cass. 1^{er} civ., Dec. 14, 1965, Bull. civ. I, No. 707; JCP G, 1966, 11, 14753. наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1114).

због грешке здравственог радника изгубио одређену шансу да се излечи, односно одржи у животу, здравствени радник ће дуговати накнаду штете сразмерно свом доприносу у њеном проузроковању (Taylor: 2010, 83; G'Sell-Macrez, 2011: 1114). Суд ће досудити делимично обештећење, и поред чињенице да узрочна веза није сигурна, уколико установи да грешка здравственог радника није била без утицаја на нарушавање здравља пацијента (Taylor: 2010, 83). Односно, суд може донети судску одлуку којом ће огласити даваоца здравствене услуге одговорним на основу губитка шансе пацијента за оздрављење или преживљавање и у одређеним околностима када пацијент није у стању да докаже постојање узрочне везе (Taylor: 2010, 84).

Суштину *теорије изгубљене шансе* представимо на следећи начин: ако би нпр. пацијент, да здравствени радник није направио грешку, имао 30% шансе да се излечи или да остане у животу, у обиму од 30% имао би и право на накнаду штете, односно у случају смрти његови сродници (слично. Радишић, 1998: 245; Кларић, 2011: 144; Цветковић, 2011: 491).¹² Из наведеног се види да пацијент не добија потпуну накнаду штете, већ накнаду која је пропорционална величини шансе за оздрављење или преживљавање, а коју би пацијент, вероватно, имао да здравствени радник није направио грешку (Taylor: 2010, 84; Радишић, 2010: 50; G'Sell-Macrez, 2011: 1114). Међутим, да би суд донео овакву одлуку, он мора бити сигуран да је постојала истинска шанса пацијента за оздрављењем или преживљавањем, а која је уништена услед грешке здравственог радника (Taylor: 2010, 84).

Теорија изгубљене шансе није прихваћена од стране немачке судске праксе. Ипак, у новије време, појављују се радови у стручној литератури који се залажу за њену примену (Кларић, 2011: 144). Међутим, као што смо и видели, немачка судска пракса је развила друге олакшице којима се пацијенти могу служити у циљу утврђивања узрочне везе. Са друге стране, теорија *изгубљене шансе* прихваћена је од стране америчких судова, а на сличан начин и од стране швајцарских и аустријских (Радишић, 2010: 49). У оквирима судске праксе САД, *but for test*, који суштински представља начело *све или ништа*, полако али сигурно губи примат у односу на *теорију изгубљене шансе* (Кларић, 2011: 145). Заступници *теорије изгубљене шансе* у САД апострофирају чињеницу да се путем ње одмерава накнада штете пропорционално њеном проузроковању (Кларић, 2011: 145). Случај *Herskovits* је био познати случај поводом којег је донета одлука која је афирмисала *теорију изгубљене шансе* у судској пракси САД (Wurdeman, 2014: 604). Са

¹² Право на накнаду штете због уништене шансе да преживи пацијент стиче пре смрти, па је то разлог што оно може да пређе и на његове наследнике (Радишић, 1998: 245).

друге стране океана, енглеска судска пракса не прихвата теорију *изгубљене шансе*, мада је било неких покушаја да се овај принцип афирмише кроз одређене судске одлуке (види. Swain, 2010: 49). У аустријској судској пракси, када пацијент претрпи штету, али није јасно да ли се то догодило због одређених узрока који се везују за сам организам пацијента или услед грешке здравственог радника, обе стране ће морати делити последице несигурности узрочне везе, а самим тим и штету (Koch, 2010: 125).

И поред чињенице да постоје одређене тешкоће око утврђивања процента изгубљене шансе, а самим тим и висине накнаде штете, принцип *изгубљене шансе* правичнији је од принципа *све или ништа*, па га зато предлажемо као решење и за судску праксу у оквирима правног поретка Републике Србије. Наиме, са једне стране, сразмера између степена одговорности и висине накнаде штете у великој мери помаже пацијентима да савладају тешкоће везане за доказивање узрочне везе, а са друге стране, здравствени радници/здравствене установе не оптерећују се потпуном накнадом штете (исто. Радишић, 2010: 50).

5. Непрекидност узрочне везе

Једно од занимљивијих питања у вези са одговорношћу здравствених радника/здравствених установа је и питање прекида узрочне везе. Пошто узрочна веза између грешке здравственог радника и штете пацијента мора бити непрекинута, оправдано се може поставити питање да ли у случају када након грешке једног здравственог радника уследи грешка другог здравственог радника долази до прекида узрочне везе и ко одговара за причињену штету?

Према становишту немачког Савезног суда, до прекида узрочне везе, као и до одговорности другог здравственог радника, долази само у оном случају када је други здравствени радник поступао „против свих лекарских правила и искуства“, односно када је други здравствени радник у „необично високој мери занемарио захтеве савесног лекарског поступка“ или, прецизније речено, ако је други здравствени радник починио *грубу* лекарску грешку.¹³ На основу наведеног може се закључити да нема прекида узрочне везе уколико је и први здравствени радник починио *грубу* лекарску штету, па ће оба здравствена радника, у том случају, дуговати накнаду штете. Исто, уколико је након грешке једног здравственог радника уследила грешка другог здравственог радника која се поткрала као последица недовољне пажње (лакша грешка), нема прекида адекватне узрочне везе,

¹³ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, од 20. 09. 1988, *Medizinrecht* 2/1989, 78–81, наведено према (Радишић, 2007: 104).

па оба здравствена радника одговарају за проузроковану штету (слично. Кларић, 2011: 146).

Сасвим другачија ситуација је у случају када два или више здравствених радника направе грешку, а радили су симултано и заједнички. Здравствени радници одговарају солидарно уколико су штету проузроковали заједно.¹⁴ Такође, здравствени радници одговарају солидарно и у случају када су проузроковали штету пацијенту радећи независно један од другог, ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети.¹⁵ Здравствени радници одговарају солидарно и у случају када је несумњиво да је штету проузроковао неко од два или више здравствених радника, који су на одређени начин међусобно повезани, али се не може утврдити ко је од њих штету проузроковао.¹⁶ Колико износи удео сваког од здравствених радника у проузроковању штете суд одређује с обзиром на тежину њихове кривице, као и на тежину последица које су проистекле из деловања здравствених радника.¹⁷ Ако је немогуће утврдити уделе здравствених радника, на свакога од њих пада једнак део, осим ако правичност захтева да се у конкретном случају донесе другачија одлука.¹⁸

У енглеској судској пракси, поставило се питање да ли пацијент својим понашањем може прекинути узрочну везу? Понашање пацијента ће довести до прекида узрочне везе уколико је пацијент био свестан свог чина и његових последица, да чин није примерен и да се излаже ризику од штете, да је чин обавио свесно а не под утицајем притиска, као и да није било околности које би му смањиле могућност избора (Grubb, 2004: 462, наведено према Кларић, 2011: 147). Исто, може се поставити питање да ли одбијање третмана од стране пацијента, а након почињене грешке здравственог радника, може довести до прекида узрочне везе? Уколико пацијент одбије даљи третман, макар то било неразумно и ирационално, не прекида узрочну везу (Grubb, 2004: 462, наведено према Кларић, 2011: 147). Уколико пацијент може одбити предложену медицинску интервенцију,¹⁹ утолико пре може одбити медицинску интервенцију којом би се отклонила грешка здравственог радника (исто. Кларић, 2011: 147).

14 Чл. 206, ст. 1 ЗОО.

15 Чл. 206, ст. 3 ЗОО.

16 Чл. 206, ст. 4 ЗОО.

17 Чл. 208, ст. 2 ЗОО.

18 Чл. 208, ст. 3 ЗОО.

19 Види чл. 15–19 Закона о правима пацијената – ЗОПП, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон)

Прекид узрочне везе понашањем пацијента не треба мешати са доприносом пацијента у проузроковању властите штете. Пацијент је дужан да при остваривању здравствене заштите: активно учествује у заштити, очувању и унапређењу свог здравља; да у потпуности и истинито информише надлежног здравственог радника, односно здравственог сарадника о свом здравственом стању; да се придржава упутстава и предузима мере прописане од стране надлежног здравственог радника, односно здравственог сарадника.²⁰ Пацијент својим понашањем може допринети настанку штете или, штавише, може се узети да је његово понашање искључиви узрок штете уколико не поштује своје обавезе и тиме проузрокује штету по своје здравље (Кларић, 2011: 147). Уколико пацијент својим понашањем допринесе да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерно смањену накнаду.²¹

6. Закључак

Утврђивање узрочне везе у оквирима здравствене делатности је особено управо због чињенице да велики број фактора може утицати на настанак исте последице. Ради проналажења правог узрока за штету коју претрпи пацијент, судови се користе различитим теоријама о узрочној вези међу којима преовладава теорија о *адекватној узрочности*. Ипак, ниједна о теорија о узрочној вези не може дати одговор на сва питања која се могу јавити поводом утврђивања узрочне везе у медицини. Како би се побољшао положај пацијената поводом утврђивања узрочне везе, у оквирима различитих правних поредака, уведене су одређене олакшице за пацијенте, почев од пребацивања терета доказивања узрочне везе са пацијената на здравствене раднике, па све до принципа о *изгубљеној шанси*. И поред чињенице да није савршен, јер постоје одређене тешкоће око утврђивања процента изгубљене шансе, а самим тим и висине накнаде штете, принцип *изгубљене шансе* препоручујемо за нашу судску праксу, јер у великој мери помаже пацијентима да савладају тешкоће око доказивања узрочне везе, а са друге стране, здравствени радници/здравствене установе не оптерећују се потпуном накнадом штете.

Литература/References

Casals, M., Jordi I., Feliu, J. (2003), Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments, *European Journal of Health Law* 1/, Netherlands, Jun;10(2), 153–181.

²⁰ Чл. 33 ЗОПП.

²¹ Чл. 192, ст. 1 ЗОП.

Deutsch, E. (1988). *Versicherungsrecht*, 1.

Dieter, G. (1981). *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtlichve Verantwortlichkeit des Arztes in rechtsvergleichender Sicht*, Bielefeld.

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

Grubb, A. (2004). *Principles of Medical Law*, Oxford.

G'Sell-Macrez, F. (2011), *Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: the French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 86, Issue 3, 1093–1124.

Koch, B. (2003). Austrian Cases on Medical Liability, *European Journal of Health Law*, Vol. 10, Issue 2 , 91–114.

Koch, B. (2010). The development of medical liability in Austria, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 108–131.

Koziol, H. (1980), *Oesterreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien.

Кларић, П. (2011). Узрочна веза код одговорности за штете у медицини, *Зборник радова: Актуелности здравственог законодавства и приватне праксе*, II, Новаља-Сплит, П.Ф. у Сплиту, 137–148.

Miller, C. (2005). Gregg v. Scott: loss of chance revisited, *Law, Probability and Risk*, 4, 227–235.

Putzo, H. (1979). *Die Arzthaftung*, München.

Rubio, M., Garcia, B. (2010). The development of medical liability in Spain“, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 160–187.

Swain, W. (2010). The development of medical liability in England and Wales“, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 27–53.

Taylor S. (2010). The development of medical liability and accident compensation in France, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 70–107.

Wurdeman, M. (2014). Loss-of-chance doctrine in washington: from herskovits to mohr and the need for clarification, *Washington law review*, Vol. 89:603, 603–652.

Закон о правима пацијената – ЗОПП, Сл. гласник РС, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон).

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

Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, Бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

Манић, С. (2015), *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, докторска дисертација, Ниш.

Милутиновић, Љ. (2004). Накнада штете због лекарске грешке и проблем доказивања узрочности“, у: Здравко Петровић (ур.), *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*, [VII Редовно] саветовање са међународним учешћем, Удружење за одштетно право, Београд–Будва, 231–242.

Михаиловић, Ј., Даковић, М. (2019). Напредне технике магнетне резонанце у раном раздвајању псеудопрогресије од прогресије код болесника са глиобластомом мултиформе, *Војносанитетски преглед*, вол. 76, бр. 5, 510–517.

Мујовић, Х. (2012). Право, ментално здравље и накнада штете“, у: Петровић Здравко, Мрвић Петровић Наташа (урс), *Осигурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку*, Златибор, 356–372.

Никшић, С. (2008). Основна обиљежја одговорности за штете у медицини, *Лијеч Вјесн* 2008; годиште 130, 282–287.

Радишић Ј. (2008), *Облигационо право*, „Номос“ Београд, Београд.

Радишић, Ј. (1998). Узрочна веза као основ и као мера одговорности због лекарске стручне грешке, *Правни живот*, бр. 9. 239–251.

Радишић, Ј. (2004), *Медицинско право*, „Номос“ Београд, Београд.

Радишић, Ј. (2007), *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, „Номос“, Београд.

Радишић, Ј. (2010). Одговорност лекара у случају кад није довољно сигурно да је његова грешка нанела штету пацијентовом здрављу, *Ревизија за право осигурања*, бр. 3, 48–54.

Цветковић, М. (2011). Претпоставке одговорности за штету нанету пацијенту, у: Предраг Димитријевић (ур.), *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш, 485–502.

Doc. Samir Manić, LL.D.,
Assistant Professor,
Department of Legal Sciences,
State University in Novi Pazar, Serbia

CAUSATION AS A CONDITION FOR LIABILITY OF MEDICAL EMPLOYEES

Summary

In order to hold a health care worker or a health care institution liable for damage caused to the patient, it is necessary to determine the causation as one of the permanent conditions for establishing liability. The causation issue is one of the central and most difficult issues in determining liability of health workers or health care institutions for damage. In effect, it is a matter of estimating whether the patient's poor condition is a result of a medical error rather than a natural outcome of a disease or a treatment itself. Considering the fact that every patient is different and has a different response to various diseases, medical treatment, and the use of medicines and medical devices, it is impossible to conclude with certainty the real cause of the deterioration of the treated illness in a specific case, or the cause of emergence of a new one, or why the body has suffered damage or why the patient died. Regardless of all the problems arising in determining causation in court proceedings, the task of the judges is to establish the existence or non-existence of causation in a specific case, depending on the independent judicial assessment of relevant facts. The subject matter of this paper is the problem of determining causation as the condition for establishing liability of health care workers and/or health care institutions for damage, both in Serbian legislation and in comparative law.

Key words: causation, medical error, medical devices.