

*Dietrich Weber, ARZTHAFTPFLICHT FÜR NACHKOMMENSCHAFTS-SCHÄDEN MEDR, SCHRIFTENREIHE MEDIZINRECHT, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokio: Springer-Verlag, 1988, IX + 98 стр.*

1. Одговорност за штету је цивилизацијска тековина, која се, као свака друга, непрестано усавршава. А усавршавање се одвија и тако што се одговорност стално шири, захватајући нова и нова подручја живота. Другим речима, правна заштита обухвата све већи број разноликих човекових интереса. Што је степен цивилизације већи, све је мање штета које имају судбинско значење. У високо цивилизованом свету сваку насталу штету ваља подмирити. То би био доказ да је друштвена брига о појединцима потпуна, да нико није препуштен самој себи ни у једној невољи. Међутим, толики степен цивилизације још није достигнут. Не бива намирена свака настала штета, него само она за коју је неко одговоран. Одатле произлазе многе тешкоће и несигурности јер „поље“ одговорности нема јасно повучене границе, него их ваља увек изнова утврђивати. Боље речено, границе одговорности су одређене сувише апстрактним мерилима које није увек лако конкретизовати. Истина, одговорност за многе облике штете толико је већ уобичајена да не изазива никакву сумњу, али није мало ни штета за чију се надокнаду правници не одлучују без колебања; просто зато што се у начину на који су оне изазване не да одмах препознати деликт, а ни одговорност независно од кривике није сасвим извесна.

Такве недоумице се јављају и код штета које се одражавају на човеково потомство. Те штете условљавају извесни нови медицински методи испитивања, нови медикаменти који се масовно употребљавају, као и коришћење атомске енергије у привредне сврхе. Посебан значај има распрострањена контрола рабања употребом средстава за спречавање зачећа и насилним прекидом трудноће. Судови у неким развијеним земљама често су доведени у ситуацију да одлучују о разлици између човекове судбине и скривљеног наношења штете по здравље. У такву ситуацију доводе их заправо тужбе којима се захтева имовинска одговорност лекара због медицинских промашаја контроле рабања, тј. због рабања нежељеног или болесног детета. Тужбе те врсте подносе родитељи детета које је уопште рођено захваљујући некој лекарској „грешци“ или је, због истог разлога, рођено са извесним телесним, односно духовним недостацима. Кад је посреди овај други случај, тада се дете јавља, обично, и само у улози тужиоца, тражећи надокнаду властите штете. Родитељи трпе штету због „несрећног рођења“ („wrongful birth“), а дете — због „несрећног живота“ („wrongful life“). Те се штете подударују са постигнутим напретком медицине која је у стању да утврди болест ембриона у мајчиној утроби. Тиме се омогућава да се мајка одлучи на легалан побачај, уколико не жели да роди болесно дете.

2. Веберова књига је посвећена одговорности лекара и медицинских установа за штете које се одражавају на човеково потомство. То је пишчева докторска дисертација, чији је ментор био веома познати немачки стручњак за медицинско право, професор Adolf Laufs. Вредно је рећи да то није први монографски рад, односно докторска дисертација, у немачкој правној литератури на ову тему, а неће, вероватно, бити ни последњи. Аутор је све штете које се тичу потомства разврстао у три групе и сваку од њих засебно изложио. Потанко је изнео становишта заступљена у правној пракси и теорији Савезне Републике Немачке, али се узгред осврнуо и на судску праксу у САД, Енглеској, Швајцарској и

ИДР. Потом је посебице говорио о преваљивању одговорности због нежељеног рођења детета на апотекара који неоправдано одбије налог лекара да изда жени антибеби пилуле („Pille danach“), да би завршио краћим разматрањем питања реда распореда терета доказивања услова одговорности медикаинара и питања застаривања потраживања надокнаде штете од њих. После закључка следује регистар одлука немачких и америчких судова, а потом исцрпан списак одговарајуће стручне литературе.

3. У прву групу случајева писац ће сврстати штете на заметку живота бића у мајчиној утроби које настају услед радње што пада у време између зачећа и рођења. Реч је, дакле, о ометању ембрионалног развоја детета. Он то илуструје овим примерима: трудници је дата крв заражена *hesom*, па је дете које је дошње родила већ у тренутку рођења захваћено том болешћу. У исту групу спада и случај у коме је трудница заражена давањем крви са вирусом *sиде* (AIDS). Или: трудница је настрадала у саобраћајној несрећи, па је услед тога родила дете са спазматичном одузетошћу, тзв. *паралисијом* (стр. 7 и 8).

У тим случајевима двоумљење правника изазива питање има ли дете право на надокнаду штете од починиоца, будући да је штетоносна радња извршена у време кад се оштећени налазио у утроби мајке. Пошто надокнаду дугује само онај ко штету узрокује „другоме“, може ли се ембрион сматрати „другим“ у смислу важећих прописа о одговорности за штету? У одговору на то питање писац ће истаћи чињеницу да је раније, у Немачкој и САД, важило становиште по коме се мислило да *nasciturus* нема правну способност јер је он део мајке, па стога не ужива засебну деликтноправну заштиту. Доцније ће, међутим, то гледиште бити одбачено као неправично, уз различита објашњења. Савезни уставни суд Немачке подржаће то схватање својим правним ставом да живот који се развио у утроби мајке представља самостално правно добро које је под заштитом Устава. Другим речима, ембриону се признаје право на телесни интегритет па самим тим и способност да претрпи телесну повреду. Међутим, пошто немачки Грабански законик (§ 1) прописује да пословна способност човека започиње са потпуним окончањем рођења, од тог тренутка њему припада и право на надокнаду штете (стр. 12).

Још веће тешкоће задају, међутим, случајеви у којима сам акт полног општења које учини дететов отац има карактер штетне радње. На пример, кад он полним сношајем зарази мајку *лесом* или *сидом* (AIDS), па се потом болест, за време трудноће, пренесе и на ембрион. По Веберу би појмовно изгледало немогуће да се дете сматра оштећеним самим полним чином оца коме треба да захвали за своје постојање. Но, Савезни суд Немачке не води о томе рачуна, јер детету признаје право на обештећење. По истој логици и дете зачето *in vitro*, од тренутка рођења, има право на надокнаду штете од лекара чијим је погрешним третманом оштећено у ембрионалном стадијуму (стр. 16).

4. У другу групу штета писац убраја уроне телесне, односно духовне мане детета узроковане оштећењем очевих или мајчаних полних жлезда (тзв. *генске штете*). Ту је битно да ембрион није погођен штетним утицајем околине (као у првој групи штета), него утицајем једног од својих родитеља. Нови живот је, дакле, оштећен од самог свога почетка. Оштећење полних жлезда родитеља могу бити изазвана јонским зрацима и извесним хемикалијама. По аутору, највећи број штета условљених зрачењем потиче услед рендгенске дијагнозе, а мањи део услед нуклеарне медицине и терапијског зрачења (стр. 17). Генска оштећења зрачане особе не настају на самој тој особи, него се, под одређеним неповољним условима, одражавају на њено потомство (стр. 5 и 17).

Будући да је код генских штета ембрион оштећен од самог свога зачетка, искрсава питање да ли зачињање детета са физичким, односно духовним недостацима треба поистовети са његовим оштећењем. Тај проблем може да се исказе и другачије: је ли „претходна егзистенција објекта“ претпоставка за признање права на надокнаду штете? Писац примећује да ту постоји несклад између правне политике, која настоји да се штета надокнади, и правне теорије, која, логичким резонувањем,

долази и до супротних закључака. Према пракси Савезног суда Немачке, човек не мора постојати у тренутку предузимања радње која изазива оштећење да би њоме био погођен; довољно је ако радња изазове штету човеку који се родио доцније. И тада он има право на надокнаду (стр. 18). Међутим, Вебер ће на то приметити да одговорност за генске штете прети да постане бескрајна, пошто се оштећења услед генских промена не ограничавају само на једну генерацију. По њему је такво стање неспојиво са важећим начелом о индивидуалној одговорности. Ипак, он не затвара очи пред чињеницом да друштво допушта употребу опасних средстава која и при прописноме руковању могу довести до несагледивих штета. То је нарочито случај код употребе нуклеарне енергије у привредне сврхе. Стога аутор сматра да решење ове проблематике ваља тражити у државној или колективној одговорности (стр. 22).

Као модеран правник, Вебер ће са посебним наглашавањем указати на околност да се питање одговорности због повреде родитељских гена може поставити и код вештачког оплођења. На пример: ако родитељске полне ћелије, добивене из здравих жлезда, лекар оштети непрописним третманом *in vitro*, па се оне потом оплоде. Од осталих генских штета овај случај се разликује утолико што је људски „грађевински материјал“ посебице изолован да би се њиме могао произвести нови човек. Писац сматра да дете зачето у реторти има право на надокнаду штете од лекара који је немарно поступао са полним ћелијама његових родитеља, ако је то условило и његову болест. Овде не важи идеја по којој човек свој живот има да прихвати као онакав какав му је природа дала. Јер, лекар се уздиже до „помоћника природе“, и има да одговара за грешке у области којом он господари (стр. 23).

5. Напослетку, у трећу групу случајева штета које се одражавају на потомство писац смешта штету због рођења детета противно уговору о медицинскоме третману. О она је позната под називом „несрећно рођење“ („wrongful birth“) и „несрећан живот“ („wrongful life“). Ради се о томе да лекар, услед мањкаво обављеног или пропуштеног испитивања ембриона у мајчиној утроби, не спозна штету која прети *nasciturus*. Особеност је ове групе да зачети живот није оштећен поступком лекара, него је његово проверавање обављено непрописно. Да је лекар радио како је требало, открио би да ће се дете родити са телесним, односно духовним недостацима, и тада би мајка имала законску могућност да своју трудноћу насилно прекине и „несрећно рођење“ предупреди. Могући захтев за надокнаду штете не оснива се, дакле, на повреди ембрионовог интегритета, него на неспречавању човековог живота. Ова група штета могла се сазнати тек пошто је медицина успела да постави дијагнозу плода у мајчиној утроби, тј. да утврди да ће се дете родити са телесним или духовним недостацима. Ту спадају особито *монголизам*, *Tay-Sachs Syndrom* и ембрионалне сметње условљене инфекцијом мајчиним богињама у време трудноће (стр. 6 и 24). Од лекара се не тражи да избегне шкођење ембриону, него да спречи рођење ембриона који је већ оштећен. Али, ова група обухвата и штету кад је мајка над којом је извршена мањкава стерилизација родила дете.

Пошто је разјаснио суштину ове штете, писац ће констатовати да су њоме погођени и родитељи и дете. Надокнаду захтевају, често, и једни и други, и то по основу кршења обавезе из уговора о медицинскоме третману, који је мајка закључила са лекаром. Мајка обично тражи надокнаду трошкова издржавања детета и обештећење због претрпаних болова приликом порођаја. У вези с тим писац ће на мноштву примера показати да немачки судови, већином, досуђују ту надокнаду. Савезни суд Немачке дели мишљење да рођење детета само по себи не представља штету у правном смислу, али обавезу издржавања нежељеног детета сматра штетом (стр. 41). Штавише, он се не поводи за становиштем правне теорије која, у случају рођења болесног детета, сугерише да се надокнаде само трошкови условљени повећаним потребама дететовим, него досуђује увек потпуно обештећење. Међу судовима који имају драгачију праксу доминира гледиште што га је исказао Врховни земаљски суд у Франкфурту. Њега писац излаже опширно и подвлачи његову идеју-

ну суштину: право детета на живот има предност над правом родитеља на обештећење. Ту поново оживљава идеја да се не може тражити надокнада штете због поступка који је условио један живот Признајући детету неограничено право на живот, Суд проширује уговорни однос лекар-пацијент и на интересе детета, сматрајући га, у неку руку, тространим односом (стр. 29). Аутор не дели ниједно од та два мишљења. Он се придружује оним немачким правницима који мисле да родитељима не треба гарантовати право на надокнаду штете у облику трошкова издржавања, него *правично обештећење* у новцу. По њему, живот детета представља за родитеље и материјалну и нематеријалну вредност, па би се досуђивањем правичног обештећења водило рачуна о оба та елемента (стр. 64).

Својим исцрпним излагањем писац ће показати да су захтеви болесног детета за властито обештећење знатно проблематичнији него одговарајући захтеви родитеља. Јер, ту се поставља питање треба ли лекар да заштити дете од живота ако се оно може родити само као инвалид. Другим речима, трпи ли дете штету уколико се у таквом случају побачај не изврши? Аутор сматра да је то и морални проблем те да се не може решавати искључиво са правног становишта (стр. 50). Пре него што ће изложити о томе гледиште немачке правне праксе и теорије, писац ће се осврнути на америчко и енглеско право. Са нескривеним симпатијама он ће истаћи схватање америчких и енглеских правника по коме се не може говорити о праву човека на живот без телесних и духовних недостатака. Уважава и њихово гледиште да је утврђивање штете у овом случају немогуће, јер би ваљало упоређивати живот болесног човека који постоји са животом здравог човека кога нема. Пошто нико не зна како би се овај други живот „осећао“, штета се не прихвата (стр. 51). Надовезујући се на то, аутор закључује да ни по немачком праву детету не би требало признати властито право на обештећење у смислу § 249. Грађанског законика. Просто зато што штету у значењу теорије диференције овде није могућно ни утврдити.

6. Веберова књига обухвата веома занимљиву и актуелну тематску област из медицинског права, коју је југословенска правна наука досад потпуно заобилазила. Утолико је њена информативна вредност за нас драгоценија. Она нама не показује само могућности избора алтернативног погледа на одређену правну проблематику, него нам помаже да формуирамо свој став који досад нисмо уопште имали. Своме читацу ова књига отвара „прозор“ у свет правних идеја које подстичу модерна медицинска наука и техника. Те би идеје наши правници морали што пре упознати и према њима се одредити. Досадашње доцњење у томе погледу већ је толико да га не можемо надокнадити, али бисмо могли барем да осујетимо његово продужавање у будућност. Дobar корак у томе правцу начиниће сви они који се упознају са садржином ове књиге. Јер, она импонује својом чињеничком грађом, литерарношћу, и обилним списком литературе из које је писац црпео „градитељски материјал“ и подастро га властитим закључцима и мишљењима. Веберова монографија је уверљив доказ како писац на релативно малом броју страница може много да каже а читалац да научи. Стога је велика штета што је она, због нашег економског сиромаштва, тако тешко доступна југословенском читаоцу.

Јаков Радишић