

Јаков Радишић*

ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА ЗБОГ СМРТИ ПАЦИЈЕНТА ИЗАЗВАНЕ НЕХАТНИМ НЕЧИЋЕЊЕМ ПОГЛЕД У НЕМАЧКУ ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И СУДСКУ ПРАКСУ

Грешка у лечењу пацијента може бити у облику активног или пасивног понашања лекара, које није у складу са важећим медицинским стандардом или са обавезом пажљивог поступања. Али, без обзира на облик, грешка сама по себи не повлачи ни кривичну ни грађанску одговорност. Потребно је, наиме, да је из грешке проистекла извесна штета за пацијентово здравље или смрт. По правилу, таква узрочна веза међу њима се не претпоставља него се мора доказати. Тај је доказ тежак јер се не даде извести неком сигурном методом, него се темељи на медицинској процени вероватноће.

Доказивање узрочне везе између лекарске грешке у облику нечићења и штете по пацијентов живот или здравље особито је несигурно, јер је ту реч о односу између постојећег и непостојећег. Зато не може бити говора о узрочној вези у смислу природних наука и у логичком смислу, него само о правном вредновању, које допушта да се неспречавање штетног догађаја изједначи са његовим узроковањем позитивним чином. Јер лекар према пацијенту има положај гаранта, тј. дужан је да медицинским мерама штити његов живот и здравље. Ако пропусти да то учини, па пацијент умре или се његово здравље погорша, лекару се имају приписати те нежељене последице. Али, то бива само уколико се утврди да би предузимањем потребне мере те последице могле бити спречене. Не ради се, дакле, о утврђивању стварне него хипотетичке узрочне везе. О тој правној проблематици, а нарочито кад је у питању смрт пацијента, аутор говори са становишта немачке правне теорије и судске праксе.

Кључне речи: Лекарска грешка. Убиство. Узрочна веза. Одговорност.

* Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

1. УВОД

Лекар одговара, најчешће, због неке своје грешке у лечењу пацијента. Та се грешка може састојати из чињења или нечињења, из предузимања неиндикованог или непредузимања потребног медицинског захвата, из погрешних мера или диспозиција, приликом анамнезе, дијагнозе, профилаксе, терапије, и доцнијег старања о пацијенту.¹ Другим речима, у питању је *активно* или *пасивно* понашање лекара које није у складу са важећим медицинским стандардом или са обавезом пажљивог поступања. Примери лекарских грешака у облику активног понашања јесу: убризгавање погрешног медикамента, повреда једњака приликом *интубације* од стране анестезиолога, ампутација здравог уместо болесног органа.² У грешке у облику пасивног понашања спадају: неупућивање пацијента благовремено у болницу ради лечења, сувише касно препознавање запаљења слепог црева, непредузимање рендгенског снимања *абдомена*, неприкупљање дијагностичких налаза који су несумњиво потребни, и сл.³ Али, лекарево погрешно чињење и нечињење често се здружује и преплићу, па се тада одговорност може ослонити и на једно и на друго. Такав је, на пример, случај кад се пацијент сувише рано отпусти из болнице, те стога изостане потребно стационарно испитивање.⁴

Међутим, без обзира на то да ли се лекарска грешка састоји из чињења или нечињења, она сама по себи, најчешће, не повлачи одговорност. Потребно је, наиме, да је из грешке проистекла извесна штета за пацијентово здравље или да је наступила његова смрт. Но, оштећење здравља или смрт пацијента може имати различите узроке, а грешка лекара – различите последице. Чињеница да је до оштећења здравља или смрти пацијента дошло после лекарске грешке није доказ њихове узрочне повезаности. Узрочна веза међу њима се не претпоставља, него се мора доказати. Тај је доказ веома тежак, јер лекар делује на живи људски организам, чије се биолошке и физиолошке реакције не даду никад у пуној мери предвидети ни контролисати. Те реакције измичу строгим природним законима и могу бити веома различите, у зависности од конституције пацијента, стадијума његове болести и психичког стања.⁵ Стога се узрочна веза између

¹ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier, Volker Lipp, *Arztrecht*, München 2009⁶, 314 315.

² Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg 2003³, 48.

³ *Ibid.*

⁴ Hermann Lange, Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, Tübingen 2003, 154.

⁵ Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, 416; Hans Stoll, „Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender

грешке и штете по пацијентов живот или здравље мора утврђивати према критеријумима вероватноће. Такав доказ, по природи ствари, не може бити сасвим сигуран, него само више или мање вероватан. То важи за лекарске грешке у лечењу уопште, а нарочито за грешке у виду нечињења или пропуштања.

Нечињење лекара као узрок пацијентове смрти или оштећења здравља представља најсуптилније практично питање у области медицинског права. Њиме су се нарочито бавили немачки судови и правни теоретичари. Њихово вековно искуство могло би бити интересантно и поучно за наше правнике, којима медицинско право није „јака страна“. Зато сам одлучио да томе искуству посветим овај рад.

2. НЕЧИЊЕЊЕ КАО УЗРОК ШТЕТЕ УОПШТЕ

Узрочност као категорија претпоставља неку реалну снагу која је у стању да изазове извесну стварну последицу или резултат. У смислу природних наука и у физичком смислу, такву моћ могу имати само позитивне људске радње и природни догађаји. Човеково пасивно држање није за то способно, јер се стање спољњег света њиме не мења.⁶ Другим речима, из ничега не настаје ништа (*Ex nihilo nihil fit*).

Међутим, за правнички начин проматрања узрочност у смислу природних наука није меродавна. Нечињење не значи „непредузимање ништа“, него „непредузимање нечег одређеног“, што је требало да служи отклањању опасности од штете која прети другоме.⁷ Таква нечињења могу бити узрочна у правном смислу. Јер у праву није реч о логичком утврђивању узрока и последице него о нормативном вредновању, које допушта да се неспречавање неког штетног резултата изједначује са његовим узроковањем позитивним чином.⁸ Претпоставка је да је лице о чијем је пропуштању реч имало стварну могућност да сврсисходним чињењем штету која прети другоме спречи или барем умањи, и да је то од њега очекивано. То није, на пример, онај ко спава, а у његовој близини настане пожар, нити непливач пред чијим се очима човек дави у дубокој води.⁹ Само ако

Sicht“, *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag* (Hrsg. E. Deutsch, E. Klingmüller, H. Kullmann), Berlin New York 1995, 465.

⁶ Andreas von tuhr, Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, Zürich 1974³, 95; Hans Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1996⁵, 618.

⁷ H. Jescheck, T. Weigend, 615; Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin New York 1976, 271.

⁸ H. Lange, G. Schiemann, 153; A. Tuhr, H. Peter, 96.

⁹ Пример наведен код Josef Esser, *Schuldrecht*, I: *Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1968, 60.

је одређено лице било у стварној могућности да својом позитивном радњом пружи заштиту угроженом правном добру другога, околност да је оно остало пасивно представља услов настанка штете, али „негативан“.¹⁰ Такви негативни услови нису, додуше, карики у реалном узрочном ланцу, него их ми њему само у мислима додајемо. Њихово изједначавање са реалним узроцима бива само са становишта одговорности. Јер у одређеној ситуацији која својски препоручује ступање у акцију, пасивно држање као облик вољног човековог понашања може бити разлог за приписивање штетних последица.¹¹

Али, не постоји општа обавеза да се туђа правна добра, кад год је то могуће, заштите од штете сваке врсте, као што је свако дужан да се уздржи од поступака којима се може другоме нанети штета (*neminem laedere*).¹² У питању је искључиво посебна правна обавеза, која може проистећи из закона, правног посла или из претходног опасног чињења.¹³ Она почива на идеји да је одређено лице на посебан начин позвано да штити угрожено правно добро другога, и да ималац добра може рачунати са активним укључивањем тог лица.¹⁴ Онај ко има такву обавезу старања назива се обично *гарант*.

Положај гаранта има и лекар према своме пацијенту, јер је дужан да се стара о његовом животу и здрављу. Лекар постаје гарант чим пацијента узме под своју заштиту. Већ прва телефонска консултација може засновати гарантну обавезу лекара, уколико при том прихвата улогу заштите пацијентовог живота и здравља. За лекареву позицију гаранта није услов уговор о лечењу; довољно је што је *фактички* прихватио болесника као свог пацијента и што пацијент рачуна на његову заштиту па неће тражити помоћ другога.¹⁵ Ако лекар дуговану заштиту ускрати, па пацијент претрпи штету на своме здрављу, одговара исто онако као и лекар који, додуше, ту заштиту пружи али погрешно. Неспречавање штете изједначаје се, дакле, са њеним узроковањем позитивним чином.¹⁶ То је речено и у самом Кривичном законик у Србије: „Нечињењем може бити учињено и кривично дело које је законом одређено као чињење, уколико је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела“.¹⁷ Ту је реч о тзв. *неправом кривичном делу нечињења*, које има

¹⁰ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I: *Allgemeiner Teil*, München 1982, 423.

¹¹ *Ibid.*

¹² Чл. 16 Закона о облигационим односима, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

¹³ H. Lange, G. Schiemann, 154; J. Esser, 60.

¹⁴ H. Jescheck, T. Weigend, 620.

¹⁵ A. Laufs, C. Katzenmeier, V. Lipp, 89.

¹⁶ H. Jescheck, T. Weigend, 608.

¹⁷ Чл. 15, ст. 2. Кривичног законика Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

последницу и чији учиниоци се кажњавају зато што нису спречили наступање последице.¹⁸ Слично томе, Закон о облигационим односима прописује грађанску одговорност због ускраћивања неопходне помоћи лицу чији су живот или здравље очигледно угрожени.¹⁹ Но, та је одговорност ограничена: односи се само на оног ко је помоћ могао пружити без опасности по себе, и под условом да је насталу штету угроженог лица могао предвидети, а ако правичност захтева, суд га може и ослободити од обавезе да штету надокнади.²⁰

Лекарева позиција гаранта налаже му не само обавезу да пацијента штити од болести која угрожава његов живот и здравље, него и од свесних поступака пацијентових којима он, у оквирима прописане терапије, сам себе угрожава. Тако је, на пример, Савезни врховни суд Немачке, у једном случају, осудио лекара због нехатног убиства пацијента-зависника од дроге, који је, приликом обављања *терапије одвикавања*, свесно употребљавао више наркотика него што му је било одређено, па је тиме довео себе у опасност по живот. Суд је био мишљења да је лекар пропустио да контролише пацијента, и да је брижљивом контролом опасност од самоугрожавања могла бити избегнута.²¹

3. УТВРЂИВАЊЕ УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ ИЗМЕЂУ ЛЕКАРЕВОГ ПРОПУШТАЊА И СМРТИ ПАЦИЈЕНТА

Смрт пацијента као прва, директна последица лекаревог пропуста заснива, у првом реду, кривичну одговорност лекара, док се грађанска одговорност на њу тек надовезује. Стога је за обе ове врсте одговорности битно како се у кривичном поступку утврђује веза између лекарске грешке и пацијентове смрти. За утврђивање те везе немачки кривични судови користе, већином, *теорију услова*. По тој теорији, узроком неког резултата сматра се сваки услов који се не може апстраховати, а да конкретан резултат не изостане. Као узрок важи, дакле, сваки *condicio sine qua non*, тј. сваки услов без којег одређени резултат не би настао. Пошто се сви услови третирају као једнако вредни (еквивалентни), теорија услова назива се и *теорија еквиваленције*.²²

¹⁸ Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд 2009³, 85.

¹⁹ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 29/89, *Службени гласник РС* бр. 31/93.

²⁰ Чл. 182 Закона о облигационим односима.

²¹ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 18.7.1978, наведена према К. Ulsenheimer, 50.

²² Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München 2006⁴, 351; H. Jescheck, T. Weigend, 279.

Образац *condicio sine qua non* немачки судови примењују и кад су у питању лекарева пропуштања одређених радњи које дугује пацијенту.²³ При том се служе поступком тзв. *хипотетичке елиминације*.²⁴ По том поступку грешку у облику нечињења ваља занемарити и видети шта је била њена индикована алтернатива у конкретном случају, шта је лекар требало да учини с циљем спасавања живота пацијентовог. Ако се утврди да је лекар пропустио да уради оно што му налажу правила струке, тада се ваља *хипотетички* запитати какав би исход био да је он учинио то што се од њега очекивало? Другим речима, да ли би предузимање пропуштене медицинске мере спречило смрт пацијента? Само ако би се дало утврдити да би одговарајући подухват лекара био у стању да постигне жељени циљ, тада има места његовом кажњавању због убиства пацијента.²⁵ Али, ако би пацијент умро и да је лекар предузео потребне медицинске мере, тада се не би могло рећи да између његовог нечињења и смрти пацијента постоји узрочна веза у *правном смислу*.²⁶ Отуд ваља поуздано утврдити да ли би предузимање изостављене мере било у стању да спасе живот пацијенту.

Међутим, утврђивање овог услова одговорности није никад потпуно сигурно, пошто се ослања на хипотетички суд о физиолошким појавама који се не даде проверити неком сигурном методом. Јер није сасвим искључено да би пацијент умро и да је лекар пропуштену меру предузео.²⁷ Стога мишљења медицинских вештака о могућности повољног исхода лечења и нису, већином, категорична, него садрже само суд с различитим степеном вероватноће („статистичка вероватноћа“).²⁸ Пошто апсолутни доказ није могућ, судија се мора задовољити високим степеном вероватноће.

Кад се ради о кривичној одговорности лекара, немачки судови захтевају да узрочна веза између лекарске грешке и штете, односно смрти пацијента буде *сигурнија* него кад је у питању грађанска одговорност. Они, наиме, траже „степен вероватноће који се граничи са сигурношћу“.²⁹ Та вероватноћа не може се изједначити са „сто-процентном извесношћу“, нити се може изразити помоћу одређених процентних бројева. Она значи степен извесности који искључује сваку разумну сумњу, јер у случају сумње важи правило *in dubio*

²³ Karl Lackner, *Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen*, München 1983¹⁵, 46.

²⁴ H. Jescheck, T. Weigend, 280.

²⁵ K. Ulsenheimer, 209.

²⁶ K. Ulsenheimer, 209 210.

²⁷ Paul Bockelmann, „Das Strafrecht des Arztes“, u: Albert Ponsold, *Lehrbuch des gerichtlichen Medizin*, Stuttgart 1967³, 44.

²⁸ C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, 530 531.

²⁹ K. Ulsenheimer, 210; H. Jescheck, T. Weigend, 584.

pro reo.³⁰ Зато лекар који није учинио оно што је требало не може бити кажњен због нехатног убиства ако би, упркос његовом дужном чињењу, пацијент ипак умро са вероватноћом која се граничи са сигурношћу.³¹ Позитивна формулација тог става гласи: „Према чврстој пракси врховних судова и владајућем гледишту у правној теорији, пропуштање које је противно дужности може условити одговорност лекара само у случају кад би извршењем дуговане радње смрт пацијента била спречена са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“.³²

Али, поставило се питање како ваља поступити у случају кад се, на основу конкретних околности, узрочна веза између пропуштања лекара противно дужности и смрти пацијента не може поуздано ни да се потврди ни да се одбаца? То је најважније спорно питање међу немачким правницима у области каузалитета пропуштања.³³ По схватању које заступају присталице *теорије повећања ризика*, за кажњавање лекара довољно је ако би пропуштање потребне медицинске мере *знатно повећало нормалну опасност од пацијентове смрти*.³⁴ Савезни врховни суд Немачке и већина правних писаца стоје на супротном становишту. Они, наиме, сматрају да у случају кад, упркос поступању лекара сагласно обавези, постоји само „висока вероватноћа“ отклањања штетне последице или *озбиљна могућност* наступања пацијентове смрти, оптуженог треба ослободити од кривичне одговорности, ослањајући се на начело *in dubio pro reo*.³⁵ Али практични резултати ова два гледишта понекад се и не разликују. Зато поборници *теорије ризика* тврде да Савезни врховни суд, другачијим образложењем својих одлука, „често само прикрива чињеницу да у основи приписивања лекару негативних резултата лечења лежи, у ствари, повећање ризика“.³⁶

Пошто у кривичним поступцима пред немачким судовима често није било могуће извести доказ да би сврсисходне лекарево поступање спречило смрт пацијента „са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“, поступци су често обустављани или су доношене ослобађајуће пресуде. Стога је Савезни врховни суд Немачке ту *баријеру каузалитета* знатно помирио на штету лекара.³⁷ У многим

³⁰ K. Ulsenheimer, у: Laufs, Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München 2002³, 1279.

³¹ *Ibid.*, 1227.

³² *Ibid.*

³³ C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, München 2003, 642.

³⁴ H. Jescheck, T. Weigend, 585.

³⁵ K. Ulsenheimer, (2002), 1277.

³⁶ C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 397.

³⁷ K. Ulsenheimer, 216 217.

својим новијим одлукама он питање узрочности није доводио у везу искључиво са *спасавањем живота*, као што је чинио раније, него је то замењивао или допуњавао *продужењем живота*. То, на пример, значи да за потврду узрочне везе није битно „да ли би пацијенткиња због проширеног запаљења трбушне марамице можда иначе умрла, него је довољно што је њена смрт наступила пре него што би се то догодило без пропуштања противног обавези“.³⁸ Са овом аргументацијом Савезни врховни суд је, у два случаја, потврдио пресуде нижих судова којима је лекар осуђен због касне спознаје *перитонитиса*, јер би пацијенткиња при благовременој *релапаратомији*, у једном случају „живела најмање један дан дуже“, а у другом случају њен би живот „био продужен за неко битно време, најмање за два сата“.³⁹ Сходно томе, медицинским вештацима се често упућује питање „да ли би пацијент, у случају исправног лечења, преживео тренутак смрти са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“, али су они врло уздржани кад то потврђују.⁴⁰

Међутим, ова судска пракса изазвала је негативне реакције више немачких правника. Они сматрају да гледиште Савезног врховног суда претвара нехатно кривично дело *са последицом* у кривично дело *угрожавања*, што вређа начело *nula poena sine lege*.⁴¹ Сем тога, мисле да се могућност спасавања живота не сме изједначавати са могућношћу продужења живота за неко краће време. Тврде да то изједначење допушта да проузроковање пацијентове смрти од стране лекара које није доказано, бива замењено минималним скраћивањем живота, што је знатно лакше доказати. Тиме се, по њима, неоправдано повећава могућност кривичне одговорности лекара због нехатног убиства пацијента и дерогира начело *in dubio pro reo*, које изискује да у нејасним ситуацијама треба одлучити у корист оптуженог.⁴² Најпосле, критичари судске праксе истичу да се продужење живота не може тачно одредити емпиријско-научном методом, него се, у најбољем случају, може образложити као *прихватљиво промишљање*. То, додуше, не спори ни Савезни врховни суд Немачке, али сматра да временски размак може да процени искусан вештак.⁴³ Зато он остаје и даље при својим давно заузетим правним ставовима, а у томе га следе и врховни судови покрајина.

³⁸ К. Ulsenheimer, (2002), 1278.

³⁹ Одлука Савезног врховног суда наведена према К. Ulsenheimer, *ibid*.

⁴⁰ К. Ulsenheimer, 221.

⁴¹ *Ibid.*, 220.

⁴² Опширније о томе К. Ulsenheimer, 220 226.

⁴³ *Ibid.*, 220.

4. СЛУЧАЈЕВИ ИЗ ПРАКСЕ НЕМАЧКИХ СУДОВА

4.1. Први случај⁴⁴

4.1.1. Чињенично стање: Над дететом старим 3,5 месеца лекар је обавио амбулантну операцију киле у пределу десне препоне, а да пре започињања првог реза није дете темељно прегледао. Због тога је превидео да се увећани отвор киле налазио на левој страни. Пошто је спознао своју грешку, лекар је, један сат доцније, извршио нови хирушки захват и оперисао прописно леву препонску килу. То је учинио имајући у виду могућност да у случају новог изласка препонске киле дође до укљештења савијутка црева, које представља опасност по живот. После окончане друге операције, у детета је изненада наступио застој у раду срца. Због тога је оно подвргнуто мерама реанимације, вештачком дисању и интензивној медицинској нези, али је ипак умрло. Земаљски суд осудио је лекара због убиства из нехата, а ревизију против осуђујуће пресуде одбио је Савезни врховни суд Немачке.

4.1.2. Из образложења пресуде Савезног врховног суда: Савезни врховни суд сматра да се осуда окривљеног лекара због убиства из нехата не може оспорити. Окривљени је својим непрописним и скривљеним понашањем приликом прве операције узроковао смрт дојенчета у смислу § 222 Кривичног законика. Јер, његово непрописно понашање приликом прве операције, тј. пропуштање да пре започињања првог реза изврши поуздан преглед детета и на томе заснована операција погрешне стране стомака, били су узрок за смрт детета.

Приликом испитивања узрочности кршења дужности потребно је хипотетички поставити питање шта би се догодило у случају да је учинилац дела поступио сагласно својој дужности. На ово питање има се одговорити управо с обзиром на кршење дужности, које као (непосредни) узрок смрти долази у обзир, док у осталоме треба узети за основ стварни ток догађаја. Не треба се бавити тиме шта би се десило у случају да је окривљени прву операцију и потпуну наркозу која је уз то следовала пропустио и да није ништа даље предузео. Напротив, потребно је испитати шта би се десило у случају да је окривљени оперисао килу на правој страни, као што је био дужан.

Да је окривљени поступио према обавезама из уговора закљученог са родитељима детета, тада би он – и то је овде коначно одлучујуће – пре операције пажљиво прегледао стомак детета, да би дознао положај препонске киле. Он би већ приликом опипавања стомака морао сигурно утврдити да се отвор киле не налази на десној,

⁴⁴ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 12.11.1986, *Medizinrecht* 3/1988, 149 150.

него на левој страни. Тада би извршио операцију детета на правом месту и дете би, са вероватноћом која се граничи са сигурношћу, поднело ту операцију без штетних последица. Оно би, дакле, било излечено, тако да друга наркоза, која је довела до његове смрти, не би ни била потребна.

Између противправне телесне повреде детета, коју је окривљени лекар нанео оперативним резом на погрешном месту, и смрти детета постајала је „правна узрочна веза“, која води ка закључку да се смрт дететова може окривљеном уписати у кривицу. Јер окривљени је својим противправним поступком изазвао потребу да се дете у кратком року изложи додатном ризику од наркозе. Погрешном операцијом на десној страни стомака непосредно је повећана опасност по живот детета која долази од препонског бруха, тј. опасност да се брух укљешти. Да би се та опасност отклонила, било је сада, по нахођењу окривљеног, потребно спровести без одлагања операцију препонске киле на левој страни стомака.

Према томе, окривљени је својом противправном и скривљеном телесном повредом детета, тј. првим захватом у погрешно место, створио додатну опасност за живот детета. Та се опасност састојала у томе што је дете, у кратком временском размаку, без уобичајене паузе, морало бити оперисано други пут, па је том приликом изложено опасности по живот, која потиче од наркозе. Пошто се та опасност реализовала у смрт детета, то са правног становишта не постоји никакав разлог да се смрт изазвана противправним поступањем окривљеног њему не упише у кривицу по § 222 КЗ (нехатно убиство).

4.2. Други случај⁴⁵

4.2.1. Чињенично стање: У јануару месецу 1983. године, лекар је, путем операције, одстранио са десног семеника пацијентовог малигни тумор у првом стадијуму, али је нехатно пропустио да нареди зрачење пацијента, које је према правилима медицинске вештине било потребно. Дана 2. априла 1985. године пацијент је умро, па је против лекара покренут кривични поступак. Земаљски суд је био мишљења да је лекар крив што није спречио превремену смрт пацијента и осудио га је за кривично дело нехатног убиства. Међутим, Савезни врховни суд Немачке укинуо је пресуду земаљског суда и наредио ново суђење.

4.2.2. Из образложења одлуке Савезног врховног суда: Савезни врховни суд сматра да нижи судови нису несумњиво утврдили да

⁴⁵ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 8.7.1987, *Medizinrecht* 1/1988, 25 26.

би пацијент живео дуже у случају да је окривљени лекар поступио сходно својој дужности, тј. да је наредио зрачење. Земаљски суд је саслушао три медицинска вештака, од којих ниједан није дошао до закључка да би постоперативно зрачење продужило живот пацијенту са вероватноћом која се граничи са сигурношћу. По схватању вештака Н., постоперативно зрачење у најмање 90% случајева доводи до продужења живота од 5 до 10 година. Да је у спорном случају зрачење обављено хитно и прописно, оно би, по његовом мишљењу, одржало пацијента дуже у животу. Други вештак Р. сматра да су шанске за продужење живота конкретног пацијента биле 94–100%, док трећи вештак Ј. оцењује да су шанске пацијента да дуже живи биле 92–99%.

Имајући у виду ова вештачења, Земаљски суд је пошао од тога да би од 100 пацијената, после овакве операције, најмање 90 живело од 5 до 10 година, уколико би били подвргнути постоперативном зрачењу. Своје уверење да оптужени лекар заслужује кажњавање, јер конкретни пацијент не спада у оних 10% којима зрачење после операције не би помогло, земаљски суд је стекао на основу три околности. Прво, без обзира на његове патње изазване карциномом, пацијент се налазио у добром општем физичком и психичком стању, које би утицало на процес његовог брзог оздрављења. Друго, малигни тумор пацијента био је у раном стадијуму. Треће, да је оптужени наложио постоперативно зрачење, пацијент би био упућен у Универзитетску клинику у Мајнцу, где би имао оптимално медицинско старање.

Међутим, Савезни врховни суд стоји на становишту да је ово образложење пресуде земаљског суда правно погрешно. Тврдња да би пацијент, у случају исправног третмана од стране окривљеног преживео 2. април 1985. године, дала би се објаснити само на основу сигурних сазнања медицинске науке и праксе. Али, из мишљења медицинских вештака не проистиче да би такав сигуран закључак био у овом случају могућ. При том треба поћи од чињенице да су вештаци знали за све три околности које је навео земаљски суд и да су их узели у обзир.

Правни став Савезног врховног суда исказан је сентенцијом која гласи: „Лекару који, противно својој дужности, није наложио потребно лечење, смрт пацијента може се приписати само ако би његовим поступањем саобразно дужности пацијент преживео тренутак стварне смрти, са вероватноћом која се граничи са сигурношћу. Ако је преживљавање, према стању научних сазнања, само могуће или у већој мери вероватно, тада се преостала сумња не може отклонити промишљањем које та сазнања не узима у обзир“.

4.3. Трећи случај⁴⁶

Над девојком старом 15 година и органски потпуно здравом, тужени лекар хирург обавио је операцију слепог црева. Међутим, неколико дана после тога, у пацијенткиње су наступиле извесне стомачне тегобе праћене повишеном температуром. Пуних седам дана лекар је држао пацијенткињу у болници, а да ништа није предузео ради утврђивања њених постоперативних тегоба, иако су постојали јасни знаци који су указивали на запаљење трбушне марамице (*перитонитис*). Тек осмог дана, када се њено стање драматично погоршало, пацијенткиња је упућена у Универзитетску клинику. Ту су над њом извршене две операције због проширеног запаљења трбушне марамице, али је она после седам дана умрла.

Четири медицинска вештака једногласно су потврдила да понашање туженог лекара није било у складу са његовим професионалним дужностима, јер, упркос многих симптома тичичних за *перитонитис*, није обавио лабораторијско испитивање нити предузео остале мере ради постављања дијагнозе, па је пацијенткиња сувише касно упућена у универзитетску клинику. Али су вештаци, исто тако једногласно, дали *негативан* одговор на питање да ли би у случају благовремене операције у Универзитетској клиници живот пацијенткиње био спасен с вероватноћом која се граничи са сигурношћу. Међутим, поводом резултата овог доказивања кривично веће Земаљског суда поставило је питање да ли би, у случају благовремене накнадне операције, живот пацијенткиње био барем *продужен*? Двојица од тројице вештака хирурга означила су то као „врло вероватно“, док је трећи свако квантитативно мерење краткотрајног преживљавања сматрао залажењем у „подручје спекулације“. Али, лекар судске медицине, у улози вештака, заступао је гледиште да би пацијенткиња најмање један дан живела дуже да је била оперисана макар један дан раније.

Земаљски суд стао је на становиште да између лекарске грешке и смрти пацијенткиње постоји узрочна веза, па је оптуженог лекара осудио на годину дана затвора због убиства из нехата. Суд је прихватио мишљење лекара судске медицине да би пацијенткиња, у случају раније операције, живела дуже најмање један дан и да је њој живот скраћен за тај дан.

Савезни врховни суд Немачке потврдио је пресуду Земаљског суда, јер је био мишљења да за утврђивање узрочне везе није битно да ли би пацијенткиња због проширеног запаљења трбушне марамице и иначе можда умрла. Довољно је што је њена смрт наступила

⁴⁶ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 18. 5. 1980, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18/1981, 218 (наведено према К. Ulsenheimer, 217 218).

пре него што би се то десило да је окривљени лекар предузео на време потребне мере. Другим речима, Савезни врховни суд стао је на становиште да није важно да ли би окривљени својим прописним поступањем спасао живот пацијенткиње, него да ли би још живот продужио за неко битно време.⁴⁷

4.4. Четврти случај⁴⁸

4.4.1. Чињенично стање: Опијен алкохолом, пацијент је дошао кући и узео 18–19 таблета за спавање, у намери да изврши самоубиство. Тек трећег дана, његова је супруга приметила да се он не буди, али о томе није одмах обавестила кућног лекара, него сутрадан, кад је њен супруг још дубоко спавао. Кућни лекар је дошао и прегледао пацијента, дао му медикамент за подстицање крвотока и написао упут за болницу, јер је утврдио да се ради о тровању таблетама за спавање. Међутим, супруга пацијентова свесрдно је молила лекара да њеног мужа остави код куће. На њено инистирање, лекар је одустао од упућивања пацијента у болницу, али је наложио супрузи да га у случају погоршања пацијентовог стања допреми одмах у болницу. Сутрадан, лекар је опет посетио пацијента и том приликом је утврдио да је његово стање знатно погоршано, па га је одмах упутио у болницу. Ту су над пацијентом спроведене хитне терапијске мере, али је он наредног дана ипак умро услед тешког гнојног запаљења плућа, као последице тровања средствима за спавање.

Против кућног лекара покренут је кривични поступак, па га је Земаљски суд осудио због кривичног дела убиства из нехата. У пресуди тог суда стоји да је оптужени већ приликом своје прве посете пацијенту морао да га упутити у болницу, па би пацијент у том случају „живео дуже најмање неколико часова“. Против ове пресуде уложена је ревизија Врховном земаљском суду Баварске, али је он потврдио оспоравану пресуду. Исто тако, осуђена је правоснажно и супруга умрлог пацијента због неуказивања помоћи.

4.4.2. Из образложења одлуке Врховног суда Баварске: У образложењу своје одлуке овај суд каже да је осуђени као ординирајући лекар имао према своме бесвесном пацијенту положај гаранта, иако је он хтео да изврши самоубиство. Неспорно је исто тако да је неупућивање пацијента благовремено у болницу било узрок његове превремене смрти, као што је умесно утврдио Земаљски суд. Чак и радња самоубиства која је дошла у стадијум да успе, не ослобађа лекара од обавезе да поступи према правилима медицинске вештине. Јер и самоубица, све док је жив, налази се под заштитом закона. Пре-

⁴⁷ У раније наведеној одлуци истог суда речено је да је за продужење живота битно и време од два часа.

⁴⁸ Одлука Врховног земаљског суда Баварске, од 21.11.1972, *Juristenzeitung* 1/1973, 319–320, са критичком напоменом проф. Герда Геилена.

ма томе, убрзавање смрти човека уморног од живота пропуштањем потребне медицинске мере, остаје противправно. Кад је осуђени позван да дође пацијенту, пацијент је био без свести и неспособан да било шта учини. Од лекара је једино зависило да ли ће пацијент бити отпремљен у болницу, тако да је он „потпуно самостално створио услов за превремену смрт пацијента“. Стога се његово нехатно убиство нечињењем не може правно оспоравати.

5. ЗАКЉУЧАК

Одговорност због лекарске грешке у облику нечињења не утврђује се на основу ње саме, него на основу онога што представља њену супротност, тј. замишљеног исправног поступања лекара у конкретном случају. Настала смрт пацијента приписује се лекару који је погрешно само ако је он објективно и субјективно могао да је спречи. Пошто се објективна могућност спасавања пацијентовог живота не даде утврђивати неком сасвим поузданом методом, судија се мора задовољити великом вероватноћом. Појам велике вероватноће немачки судови су објаснили као „степен вероватноће који се граничи са сигурношћу“, и који искључује „сваку разумну сумњу“. Међутим, та мера није ни одређена ни лако одредљива, па су зато њени практични резултати спорни. Друкчије не може ни бити, јер се судија ослања на мишљење медицинских вештака, а медицина није математика.

Објективна могућност спасавања пацијентовог живота сврсисходном мером лекара значи исто што и продужење живота, док изазивање пацијентове смрти означава скраћивање живота. С тим у вези поставља се питање да ли та два супротна резултата треба временски одредити? Ако се сматра да треба, ваљало би рећи које је време правно битно, а које је небитно. Тако поступа Савезни врховни суд Немачке, али су вредна пажње и супротна мишљења извесних немачких правника. Није лако одлучити се за један од та два става, али је потребно о њима барем размишљати.

Наши правници и лекари требало би да посвете већу пажњу свим питањима која се тичу лекарске грешке у облику нечињења. Јер, и код нас се често дешава да пацијенти у здравственим установама напрасно умру, а њихова родбина сматра да је узрок томе неки пропуст лекара, тј. да би, на пример, хитна операција или нека друга медицинска мера могла, у конкретном случају, спасти живот пацијента. Из тих разлога већ се воде кривични поступци против више домаћих лекара, а од неких здравствених установа затражена је и надокнада штете. У таквим стварима нашим судијама може бити од помоћи искуство њихових немачких колега. Наиме, треба имати у виду чињеницу да о кривичној и грађанској одговорности због ле-

карских грешака у Немачкој одлучују искључиво судије које су се специјализовале за медицинско право. У нас такве специјализације судија још нема, али то не значи да она није ни потребна. Однос лекар-пацијент има пуно својих особености које условљавају и специфичне правне проблеме, за чије решавање опште образовање правника није довољно.

Dr. Jakov Radišić

Retired Full Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

DOCTORS' LIABILITY FOR DEATH CAUSED BY NEGLIGENT OMISSION A VIEW INTO GERMAN LEGAL THEORY AND JURISPRUDENCE

Summary

Medical error may come about as an action or omission of a medical doctor, which is contrary to the medical standard of conduct, or duty of care. Irrespective of its form and shape, an error in itself does not necessarily lead to either civil or criminal liability. Liability may be established only if medical error resulted in death of a patient, or if it caused harm to patient's health. This type of causation may not be legally presumed. The proof of causal link between medical error and death or harm to health is hard, as it is based on medical assumption of probability. The proof of causal link here boils down to the evidence of hypothetical causation. It reflects relation between *the existent* and *the non-existent*, and has nothing to do with the notion of causation in science and logic, but with *the legal assessment*, which allows the failure to prevent harm to be considered a cause of such harm.

Medical doctor has duty to protect patient's life and health, by employing proper medical measures and procedures. He is guarantor of patient's life and well-being. If doctor fails to abide by these measures and procedures, the unwelcome outcome of such omission shall be imputed to him. However, the imputation of negative consequences is conditional upon the proof of hypothetical causation, *i.e.* the evidence that the omitted measures would have prevented harm. The author makes an enquiry into the way in which these issues are understood in German legal theory and jurisprudence.

Key words: *Medical error. – Homicide. – Causation. – Liability.*