

Др Марија Караникић Мирић*

ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА: ОСВРТ НА ЗОЈИН ЗАКОН

Недавно усвојеним Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, који је стручној и општој јавности познат још као Зојин закон, уведена су два за нас нова облика правом признате штете: штета услед нежељеног рођења и штета услед нежељеног живота. Предмет овога рада је упоредноправна анализа ових и неких сродних института те критичка анализа наших нових законских решења. Ауторка показује сложеност правних и моралних недоумица које настају при покушају да се уреде грађанскоправне последице нежељеног рођења и нежељеног живота, указује на мањкавости нових правила, али пре свега скреће пажњу на то да су она усвојена у атмосфери привидног политичког консензуса, без стварно вођене суштинске стручне и опште јавне расправе.

Кључне речи: *Зојин закон. – Грађанскоправна одговорност лекара. – Штета услед нежељеног рођења. – Штета услед нежељеног живота.*

1. УВОД

Народна скупштина Републике Србије усвојила је почетком 2015. године *Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести*,¹ стручној и општој јавности познат још као *Зојин закон*. Своје друго име закон

* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, marija@ius.bg.ac.rs

¹ *Службени гласник РС* бр. 8/2015. Први стручни текстови о новоме закону имали су за циљ да прикажу нова решења: Хајрија Мујовић-Зорнић, „Приказ Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон)“, *Правни инструктор* 86/2015 од 26. фебруара 2015, доступно у бази *ParagrafLex*.

је добио по девојчици која је преминула од Батенове болести, једног ретког и фаталног наследног неуродегенеративног поремећаја. Зојини родитељи су иницирали рад на овоме пропису, а одлука о његовом усвајању донета је једногласно, у атмосфери политичког консензуса.² Зојиним законом уређују се односи међу учесницима у медицинским поступцима превенције и дијагностиковања генетских и ретких болести те генетски условљених анормалија. Закон уводи важну новину у област деликтне одговорности у грађанскоме праву. Реч је о два за нас нова облика правом признате штете: *штети услед нежељеног рођења* и *штети услед нежељеног живота*.

Да видимо прво како гласе нова законска правила. У ст. 1, чл. 33 новог закона стоји: „Ако је дете рођено са генетички условљеном болешћу или анормалијом, што га чини особом са инвалидитетом, или га озбиљно и трајно онеспособљава, или му даје лошу животну прогнозу, а да такво стање код њега није било претходно медицински препознато нити дијагностиковано у току ембрионалног или феталног развоја, лекар који је поступао противно важећем стандарду медицинске струке или није поштовао медицински протокол и поступао противно правном стандарду дужне пажње у обављању професионалне делатности, одговара детету за тиме насталу штету“. По одредби става 2 истог члана ово дете има право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету, а према одредби става 3 „штета коју у том случају трпи дете не састоји се у откривеној генетичкој болести, генетички условљеној анормалији или реткој болести, нити у чињеници да је дете рођено, већ у последицама које због болести, односно анормалије нежељено рођење узрокује у виду повећаних трошкова лечења и неге за дете“.

Према ст. 1, чл. 34 новог закона, „лекар је одговоран за штету родитељима детета које је рођено генетички оштећено, због повреде њиховог права да буду обавештени о здравственом стању детета пре рођења, како би тако информисани дали свој пристанак на даљи третман, односно како би слободно одлучили да ли желе да такву трудноћу доведу до краја или да је превремено из тих разлога прекину, а све у оквиру законом допуштених индикација за прекид трудноће“. У ставу 2 стоји: „Штета коју у том случају трпе родитељи

² Према подацима Министарства здравља у првој години након усвајања Зојиног закона 188 узорака послато је о трошку државе у иностранство на генетичке анализе које нису могле да се обаве у земљи, www.zdravlje.gov.rs, 21. јануар 2016. С друге стране, стручњаци окупљени у Секцији за медицинску генетику Друштва генетичара Србије траже да се Зојин закон измени, јер је њиме „унета пометња у организацију служби за генетичке анализе у оквиру здравственог система“, www.politika.rs, 7. фебруар 2016. Предмет овога рада нису решења и учинци Зојиног закона у ширем смислу, већ само законска правила која се односе на грађанскоправну одговорност за штетне последице нежељеног рођења и нежељеног живота.

састоји се из душевних болова услед дететове онеспособљености, генетички условљене болести и аномалије, коју нису очекивали и на коју због изосталих лабораторијских претрага и генетичких информација нису били упозорени“. Одредбом става 3 прописано је да родитељи имају право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету.

Коначно, одредбом чл. 35 Зојиног закона прописано је да се одговорност лекара³ искључује „кад постоји техничка грешка у самом налазу издатом од лабораторије, кад постоји случај у смислу грађанског права, и кад су један или оба родитеља знали за ризик да ће дете бити рођено онеспособљено насталом болешћу или генетички условљеном аномалијом и на то су пристали“.

2. НЕЖЕЉЕНО РОЂЕЊЕ И НЕЖЕЉЕНИ ЖИВОТ

Штете услед нежељеног живота односно нежељеног рођења представљају део једног ширег корпуса губитака у имовинској или моралној сфери, који могу да настану услед нежељеног зачећа, прекида трудноће, рођења или живота.⁴ Реч је о морално осетљивим питањима која излазе из уобичајеног правног дискурса. Индивиду-

³ У чл. 35 помиње се и искључење одговорности *другог здравственог радника*. Наиме, глава VIII Зојиног закона носи наслов *Одговорност за штету коју претрпи пацијент* и уз све горе наведене чланове обухвата и чл. 32 који нисам цитирала. Чл. 32 изостављам због тога што се у њему налазе општа правила о вануговорној одговорности лекара и других здравствених радника за професионалну кривицу. Додуше, начин на који су ова правила изложена у чл. 32 може само да допринесе постојећем неразумевању о којем је у домаћој теорији већ писано. Вид. Миодраг В. Орлић, „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, посебан отисак часописа *Правни живот* 7–8/2012, 1–25; Марија Караникић Мирић, „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни живот* 10/2013, 623–638. У сваком случају, одговорност *другог здравственог радника* помиње се у чл. 35 највероватније зато што је интенција законодавца била да ослобађајући разлози из тога члана важе и у случајевима одговорности из чл. 32. Одговорност за штету услед нежељеног живота из чл. 33–34 Зојиног закона везује се само за лекаре као потенцијално одговорна лица.

⁴ Енглески називи *wrongful conception*, *wrongful birth* и *wrongful life* потичу из праксе судова Сједињених Америчких Држава и широко су прихваћени у правној теорији. Наравно, није реч о томе да су нечије зачеће, рођење или живот противни праву, него да је противправно односно скривљено понашање које је довело до нежељеног зачећа или рођења. Тако: Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2007, 156, 161. У овом контексту користим израз *нежељено зачеће, рођење и живот*, а не изразе *противправно* или *скривљено зачеће, рођење и живот*, зато што се онај први већ уврежио у домаћој теорији медицинског права (вид. радове Јакова Радишића и Хајрије Мујовић-Зорнић), али и зато што ми се чини да боље преноси суштину ових појава. Међутим, и израз *нежељен* (немачки – *ungewollt*) има своје недостатке: примерице, оставља отвореним питање да ли је зачеће односно рођење одувек било

ални ставови о њима укоренењени су у личним погледима на свет и тешко се мењају и усаглашавају с туђим ставовима. У упоредноме праву у овој области влада разноликост и неусклађеност решења чак међу правним системима европскога континента.⁵ Широки политички консензус који је постигнут приликом доношења Зојиног закона односио се, пре свега, на централна законска решења која се тичу: превенције генетских и ретких болести те генетски условљених аномалија, уређења предикативне, пренаталне, постнаталне и циљне дијагностике и, особито, услова под којима Републички фонд за здравствено осигурање сноси трошкове неопходног упућивања биолошког материјала или осигураног лица у инострану здравствену установу ради спровођења додатних дијагностичких поступака који не могу да се спроведу у Србији. Међутим, о правилима о одговорности лекара за штетне последице нежељеног рођења и нежељеног живота није се много расправљало. Чини се да је консензус о томе само привидан: Постојање законског решења не значи нужно и да постоји широка друштвена сагласност о овоме.⁶

Под *нежељеним* мисли се на зачеће или рођење противно слободној индивидуалној одлуци родитеља. Право на слободно одлучивање о рађању деце гарантовано је уставном нормом у српскоме праву.⁷ Међутим, уместо права на слободно одлучивање о рођењу детета понекад се у домаћој правној теорији, према немачкоме узору, помиње право на планирање породице односно само планирање породице као правом заштићено лично добро.⁸ У сваком случају, под нежељеним зачећем или рођењем не мисли се на негативан психички однос родитеља према нежељеној трудноћи или непланираноме детету, који може да буде заснован било на објективним животним околностима, било на субјективним, интимним преференцама.⁹ Нежељено зачеће или рођење јесте резултат повреде права на слобод-

нежељено или је накнадно постало такво. Тако: Basil S. Markesinis, Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford – Portland 2002, 180.

⁵ Barbara Steininger, „Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 125 и даље.

⁶ Република Србија преузела је на себе обавезу да основна питања која произлазе из развоја биологије и медицине буду предмет одговарајуће јавне расправе, посебно у светлу релевантних медицинских, социјалних, економских, етичких и правних импликација, те да њихова могућа примена буде предмет одговарајућих консултација. Вид. чл. 28 Закона о потврђивању Конвенције о људским правима и биомедицини, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/2006, чл. 63 (*Слобода одлучивања о рађању*).

⁸ Јаков Радишић, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд 2007, 94–95.

⁹ Вид. детаљније Хајрија Мујовић-Зорнић, *Одговорност за штету због нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life)* – Упо-

но одлучивање о рађању, до које је дошло скривљеним понашањем медицинског радника односно установе која пружа медицинску заштиту.¹⁰ Реч је о случајевима нежељеног зачећа или рођења детета који су узроковани изостанком медицинског третмана или погрешним медицинским третманом, укључујући пропуштање или погрешно обавештавање о чињеницама и околностима од значаја за доношење одлуке о репродуктивном здрављу. Као примери погрешног или изосталог медицинског третмана који представља повреду права на слободно одлучивање о зачећу или рађању обично се наводе: рђаво извршен или изостао абортус, непрописно обављена стерилизација, непотпуно обавештавање о ризику који остаје након стерилизације, закаснело уочавање непланиране трудноће, погрешно саветовање пре зачећа у области хумане генетике, изостанак обавештавања будућих родитеља о (могућем) инвалидитету зачетог детета, и тако даље.¹¹

3. ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА

Посматрано у најширем смислу, под штетом услед нежељеног рођења (*wrongful birth*) у литератури упоредног грађанског и медицинског права мисли се на правом признате губитке у имовинској или моралној сфери *родитеља* нежељеног детета. Рођење нежељеног детета у овим случајевима догодило се услед погрешног поступања лекара.¹² Другим речима, лекар је скривљено пропустио да спречи рођење детета које родитељ није желео. Ово обухвата случајеве рођења како здравог, тако и болесног детета. У позицији оштећеника налази се родитељ, а штета којој је изложен може да буде и материјална и морална.¹³ Лекар није проузроковао саму болест одно-

редноправни преглед, докторска дисертација, умножено за одбрану, Београд 2000, 15 и даље.

¹⁰ У овим најопштијим терминолошким разграничењима није особито важно да се разврстају и појмови лекара, здравственог радника, пружаоца медицинске услуге и томе слично. Важно је само да се уочи да је до нежељеног зачећа, рођења или живота дошло скривљеним понашањем медицинског стручњака у оквиру репродуктивне здравствене заштите.

¹¹ Х. Мујовић-Зорнић (2000), 17–18, Ј. Радишић, 95–98.

¹² О појму професионалне кривице лекара и другог медицинског особља вид. детаљно. М. Караникић Мирић (2013), 623–638.

¹³ Х. Мујовић-Зорнић (2000), 23; В. Steiningер, 126. Коциол (*Koziol*) истиче да нико од оних који заслужују да буду узети озбиљно не тврди да само дете односно чињеница његовог рођења представља штету. Личност односно постојање личности не може да се означи као штета. Зато је неопходно да мисаоно раздвојимо дете односно чињеницу рођења детета, с једне стране, од трошкова подизања детета, с друге стране. Вид. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Vienna 2012, 126–127; В. Steiningер, 129–130.

сно тежак инвалидитет, него је скривљеним понашањем пропустио да спречи рођење нежељеног детета. Другим речима, штета се не састоји у самом зачећу или рођењу, него у правом признатим губицима у моралној и имовинској сфери који су настали као последица нежељеног зачећа или рођења.

Наравно, већ овде је очигледна морална деликатност ових установа. Да би остварила право на накнаду штете услед нежељеног рођења, мајка мора да устврди или чак посведочи на суду да би изабрала абортус односно спречила зачеће да је имала прилику за то, то јест да је само знала да ће родити дете какво је родила.¹⁴ Међутим, холандски судови гледају другачије на ову ситуацију: Штета услед нежељеног рођења детета која се састоји у трошковима његовог подизања настаје баш зато што родитељи прихватају дете које је рођено. Мајка није оптирала за абортус у случају нежељеног зачећа; родитељи нису дали дете на усвојење иако нису желели да се оно роди. Другим речима, одштетни захтев родитеља не имплицира одбијање и негативан став према детету. Напротив, одштетни захтев је последица прихватања детета. Тог захтева не би било да су се родитељи одрекли родитељства.¹⁵

Поједини аутори праве разлику између нежељеног зачећа и нежељеног рођења, издвајајући као нежељено зачеће (*wrongful conception*) случај када је слободно одлучивање родитеља ометено погрешним поступањем лекара услед чега је дошло до нежељеног зачећа. Други, пак, резервишу појам нежељеног рођења за нежељено рођење тешко болесног детета или детета с инвалидитетом, а у случају рођења здравог детета говоре о нежељеном зачећу или нежељеној трудноћи (*wrongful pregnancy*).¹⁶ Свакако да разноликост теоријских ставова, правних решења, моралних и друштвених схватања иде руку под руку с терминолошком неусаглашеношћу.¹⁷ У сваком случају, захтевом родитеља за накнаду штете услед нежељеног рођења детета не оспорава се право детета на живот, него се штити право родитеља на слободно доношење одлуке о рађању.

¹⁴ Wendy F. Hensel, „The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions“, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1/2005, 171–172.

¹⁵ О ставу холандских судова: В. Steiniger, 130.

¹⁶ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean McHale, Ian Kennedy, *Principles of Medical Law*, Oxford 2010, 295 и даље.

¹⁷ Након једне одлуке Врховног суда државе Охајо из 1986. године (*Burr v. Board of County Commissioners*) у пракси судова Сједињених Америчких Држава јављају се и одштетни захтеви због нежељеног усвојења (*wrongful adoption*). У овим случајевима адоптивни родитељи захтевају накнаду штете од агенција за усвојење због прикривања информација о здравственом стању усвојеног детета. Према: Amanda Trefethen, „The Emerging Tort of Wrongful Adoption“, *Journal of Contemporary Legal Issues* 1/2000, 620–624.

У немачкоме праву одговорност лекара према родитељима за штету услед нежељене трудноће и нежељеног рођења заснива се на правилима о уговорној одговорности, без обзира на то да ли је дете рођено здраво или болесно. Ту се ради о одговорности за трошкове подизања детета. Ови трошкови су по природи ствари већи ако је дете рођено болесно или с инвалидитетом. Поред тога, према правилима о деликтној одговорности, мајка има посебно право на накнаду за душевни бол услед компликованог нежељеног порођаја.¹⁸

Француско право не признаје штету услед нежељеног рођења здравог детета. Примера ради, у случају неуспешно обављеног абортуса, мајка нема одштетни захтев према лекару ако се нежељено дете родило здраво. У случају рођења здравог детета, чак када то рођење није жељено, родитељ не трпи правом признату штету, него је изложен нормалним трошковима родитељства. Правом призната морална и имовинска штета у вези с нежељеним рођењем може да се састоји само у психичком болу и имовинским трошковима који превазилазе нормалне бриге и потешкоће родитељства (*dommage particulier excédant les charges normales de la maternité*). У случају нежељеног рођења детета с тешким инвалидитетом, правом призната штета састоји се у повећаним трошковима подизања таквог детета и у психичком болу родитеља због његовог здравственог стања.¹⁹

Право на накнаду штете услед нежељеног рођења *здрога детета* није признато ни у другим бројним европским државама, рецимо у Аустрији, Данској, Мађарској, Ирској, Норвешкој те Енглеској, Шкотској и Велсу. Насупрот томе, одштетни захтеви због нежељеног рођења здравог детета признају се, примера ради, у Немачкој, Белгији, Чешкој, Италији, Холандији, Пољској, Шпанији и Швајцарској.²⁰ У случају нежељене трудноће у Енглеској, Шкотској и Велсу признато је право мајке на накнаду медицинских трошкова трудноће и порођаја, али не и право на накнаду трошкова подизања детета које је здраво. Правило је установљено у чувеном случају *Macfarlane*

¹⁸ В. Markesinis, Н. Unberath, 179. Друго веће немачког Савезног уставног суда је 1993. године заузело став да се досуђивањем накнаде за трошкове издржавања нарушава људско достојанство детета. Међутим, немачки Савезни врховни суд остао је при своме ставу да трошкови издржавања нежељеног детета представљају правом признату штету. С тиме се 1998. сагласило и Прво веће Савезног уставног суда, заузевши став да рођење детета не представља штету, али да обавеза издржавања детета која је настала противно вољи родитеља то јесте, ако је до нежељеног рођења дошло грешком лекара (непрописном стерилизацијом, погрешним генетским саветовањем). Вид. Ј. Радишић, 96; В. Steining, 129; С. van Dam, 157, 159.

¹⁹ Француско право признаје и душевни бол услед рођења детета с обзиром на околности зачећа, као што су силовање или инцест. О францускоме праву овде према: Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006, 396.

²⁰ Вид. више код: Martin Hogg, „Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 158–161.

and Another v. Tayside Health Board из 1999, у којем је брачни пар нежељено зачео пето дете, пошто их је лекар уверавао у успешност извршене вазектомије.²¹ Међутим, у једном случају из 2003. године, слепа жена се подвргла стерилизацији, уверена да није у стању да обавља уобичајене родитељске дужности. Захват није спроведен онако како је требало, па је родила здраво дете. Највиши суд Енглеске, Шкотске и Велса потврдио је став из случаја *Macfarlane*, наиме, да се у накнади штете не могу захтевати трошкови подизања здравога детета, али је мајци ипак досудио симболичан износ накнаде (*nominal damages*), који треба да означи да је повређена у својим правима.²²

У случајевима нежељеног зачећа судови европских држава начелно *не допуштају* да се разматра питање доприноса оштећене која је могла да оптира за абортус и да на тај начин умањи штету која јој је претила, и то без обзира на допуштеност абортуса у конкретном случају.²³ Међутим, има и друкчијих примера: У једном случају нежељеног зачећа здравог детета до ког је дошло погрешним поступањем лекара, белгијски суд је одбио одштетни захтев мајке сматрајући да трошкови подизања детета којима је изложена произлазе из њене законске обавезе да издржава дете које је родила и из њене слободно донете одлуке да не прекине нежељену трудноћу.²⁴

4. ШТЕТА УСЛЕД НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

Посматрано такође у најширем смислу, под штетом услед нежељеног живота (*wrongful life*) у литератури упоредног грађанског и медицинског права мисли се на правом признате губитке у имовинској или моралној сфери *детета* које је рођено тешко болесно или с инвалидитетом, а које не би било рођено такво, или не би било рођено уопште,²⁵ да није било погрешног поступања лекара.²⁶ У

²¹ Одлука у случају *Macfarlane* доступна је на www.publications.parliament.uk, 27. март 2016.

²² *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] UK House of Lords 52. Одлука је доступна на www.publications.parliament.uk, 27. март 2016. Вид. такође код: C. van Dam, 160–161.

²³ C. van Dam, 158.

²⁴ Anne Keirse, Martien Schaub, „Self-Determination with a Price Tag: The Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 248–249.

²⁵ Касније ћу да покажем у чему се састоји разлика између активно изазване пренаталне штете и штете услед нежељеног живота, што се не види из овог најширег одређења.

²⁶ Остављам по страни разматрања о покушајима да се социјална стигма и друге животне потешкоће изједначе с болешћу и инвалидитетом, укључујући од-

позицији оштећеника налази се дете, а штета коју оно трпи може да буде како материјална тако и морална.²⁷ У позицији одговорног лица налази се лекар. Међутим, када рођење болесног детета односно детета с инвалидитетом није нежељено, него је родитељ слободно одлучио о рођењу знајући да ће се дете родити тешко болесно или с инвалидитетом, односно да постоји повећани ризик да дође до тога, отвара се и питање одштетног захтева детета према родитељу.²⁸ У сваком случају, одштетни захтев детета због нежељеног живота може да настане искључиво ако је дете рођено живо. Тек у том случају може и да се отвори питање његове наследивости.²⁹

Правни писци углавном сматрају да захтев за накнаду штете услед нежељеног живота неминовно почива на старијем схватању да постоје људска стања која су гора од тога да се уопште не буде рођен, односно на ставу самога детета да би му било боље да се није родило него што се родило с тако тешком болешћу или инвалидитетом.³⁰ Наиме, да се лекар понашао онако како је требало, односно да је

штетне захтеве здравог детета против оца због тога што је рођено ван брака, односно против староца пословно неспособне мајке зато што је непажњом омогућио контакт штићенице с оцем детета, па је за време тог контакта дошло до ванбрачног зачећа. Вид. Richard E. Wolff, „Wrongful Life: A Modern Claim Which Conforms to the Traditional Tort Framework“, *William & Mary Law Review* 1/1978, 125; W. Hensel, 152.

²⁷ X. Мујовић-Зорнић (2000), 23; B. Steininger, 125–126.

²⁸ X. Мујовић-Зорнић (2000), 25. У случају *Grodin v. Grodin* из 1980. године суд у Мичигену је први пут у праву САД разматрао захтев детета против мајке за накнаду штете услед трајног телесног оштећења изазваног немарним понашањем мајке у току трудноће. Bonnie Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, New York – Oxford 1992, 96. У енглеском праву прописано је одредбама Закона о одговорности за штете на рођењу да жена која управља моторним возилом а зна или се од ње може основано очекивати да зна да је трудна одговара по општим правилима о одговорности за штету од моторног возила у покрету своје нерођеноме детету које се, услед повреде у саобраћајном удесу, роди с инвалидитетом. Трудница дугује исти степен пажње према својој нерођеној детету и према другим учесницима у саобраћају. Наравно, реч је о активно изазваној пренаталној штети, а не о штети услед нежељеног рођења. Section 2, *Congenital Disabilities Act of 1976*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>, 22. март 2016 (прихватам превод назива овога закона који се уврежио у домаћој правној теорији, вид. радове J. Радишића и X. Мујовић-Зорнић). Ван Дам (*van Dam*) прави разлику између активно изазване пренаталне штете коју дете подноси током живота због неке повреде која му је проузрокована *in utero* и неспречене пренаталне штете коју дете подноси током живота због мајчине болести у трудноћи или зато што мајка није добила савет или је добила неадекватан савет у вези с ризиком да се дете роди тешко болесно или с инвалидитетом. C. van Dam, 161–162. Израз *пренатална* овде одређује време предузимања штетне радње, док се различити облици ових штета испољавају и после рођења детета.

²⁹ C. van Dam, 161.

³⁰ B. Steininger, 126, Albert Ruda, „*I Didn't Ask to be Born: Wrongful Life from a Comparative Perspective*“, *Journal of European Tort Law* 1/2010, 204 и даље.

мајка, знајући да ће се дете родити болесно или с инвалидитетом, одлучила да прекине трудноћу – детета не би ни било. Постојале су, дакле, само две могућности за ово дете: да се роди болесно односно с инвалидитетом, или да се не роди уопште. Само у том смислу и скривљено понашање лекара представља узрок нежељеног рођења детета: да се лекар није понашао на начин на који се понашао, мајка би одлучила да прекине трудноћу и дете не би ни било рођено.³¹ Ово је, наравно, могуће искључиво ако прекид трудноће није забрањен.³² И овде, као и у случају нежељеног рођења, реч је о морално деликатним ситуацијама: Да би остварило право на накнаду штете, дете треба да устврди или чак посведочи на суду да је његова мајка требало да спречи његово зачеће, односно, кад то већ није учинила, да се одлучи за абортус.³³

Ретки су правни системи у којима имовински и морални губици услед нежељеног живота представљају правом признату штету. Врховни суд Калифорније је 1980. године досудио накнаду девојчици рођеној с ретким наследним метаболичким поремећајем, познатим као Теј-Саксова (*Tay-Sachs*) болест, која изазива смрт у раноме детињству. Накнада је досуђена за душевни бол и повећане трошкове услед стања у којем дете проводи свој кратак живот. Суд је сматрао да је суштина концепта нежељеног живота у томе што човек и живи и пати туђом кривицом те да није неопходно, а ни правично, да се судови склањају иза медитација о мистеријама живота, јер одређене генетске аномалије више нису никаква мистерија.³⁴ Ипак, у највећем броју држава САД судови не признају захтеве због нежељеног живота, док истовремено досуђују накнаду штете услед нежељеног рођења. По једноме мишљењу то је зато што је прихватљивије да судови утврђују одговорност за штету која је изазвана повредом нечијег права на слободно одлучивање о властитој репродукцији (случајеви нежељеног рођења) него да одмеравају да ли би у конкретној ситуацији за оштећеника било боље да се није ни родио у односу на тегобну егзистенцију на коју је рођењем осуђен (случајеви нежељеног живота).³⁵

³¹ Има аутора за које је питање узрочности мање важно и који у центар расправе стављају питање овлашћења за доношење одлуке о рођењу. Право на слободно одлучивање о рођењу припада родитељима и условљено је њиховим располагањем свим релевантним медицинским подацима. Лекар који родитељима ускрати релевантне медицинске податке вређа њихово право на слободно одлучивање и практично доноси одлуку уместо њих, односно одлучује о судбини детета. Када се лекар тако понаша, онда треба узети да је његово скривљено поступање непосредан узрок штете. R. Wolff, 155.

³² A. Ruda, 207.

³³ W. Hensel, 171.

³⁴ Daniel J. Kevles, *In the Name of Eugenics. Genetics and the Uses of Human Heredity*, Berkeley – Los Angeles 1985, 293.

³⁵ W. Hensel, 143.

У правној теорији је уочено да се штета услед нежељеног рођења разликује од активно изазване пренаталне штете. Ову потоњу штету дете трпи након рођења из неког штетног догађаја који се десило док се налазило у мајчиној утроби. Реч је о повреди која је детету нанета *in utero* неком штетном радњом било одговорног лица било лица за које оно одговара а због које је дете након рођења изложено правом признатим губицима. У овакве штетне догађаје спадају неуспео абортус, повреда фетуса у саобраћајној несрећи или, рецимо, случај када жена неколико месеци пре зачећа прими трансфузију крви заражене сифилисом, па потом остане у другом стању и роди дете с конгениталним сифилисом.³⁶ У таквим ситуацијама обично се примењују општа правила о грађанскоправној одговорности за причињену штету. За разлику од активне пренаталне штете, за штету услед нежељеног живота не може да се каже да је активно проузрокована поступањем лекара. Лекар није изазвао тешку болест или инвалидитет детета, већ је својим погрешним поступањем спречио да мајка слободно одлучи о прекиду трудноће.

Да сажето изложим разлику између ова два облика штете: У случају активно изазване пренаталне штете може се казати да би се дете родило здраво да није било скривљеног поступка лекара. Другим речима, погрешно поступање лекара не представља *conditio sine qua non* рођења детета, него *conditio sine qua non* рођења болесног детета. Насупрот томе, у случају штете услед нежељеног рођења постојале су само две могућности: да се дете роди онакво какво се родило или да се уопште не роди. Другим речима, да се лекар није понашао онако како се понашао, дете се уопште не би родило. Може ли стога да се каже да је лекар проузроковао штету, то јест да је затечено или очекивано стање променио нагоре? И они писци који се залажу да се детету призна право на накнаду штете услед нежељеног рођења констатују да би то било одступање од класичног схватања о штети као погоршању затеченог стања нагоре, то јест да би то било прихватање да може да буде штете а да не буде губитка (*préjudice en l'absence de perte*).³⁷

Немачки судови не признају право детета на накнаду штете услед нежељеног живота. Већ је речено да у случајевима нежељене трудноће и нежељеног рођења одговорност лекара *према родитељима* може да се заснује на правилима о уговорној одговорности без обзира на то да ли је дете рођено здраво или болесно. Реч је о одговорности за трошкове подизања детета, који су већи уколико је дете рођено

³⁶ C. van Dam, 161–162: У последњем примеру који потиче из немачке судске праксе показало се да догађај којим је изазвана пренатална повреда може и да претходи зачећу повређеног детета.

³⁷ Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006, 26.

болесно или с инвалидитетом. Судови признају и посебно право мајке на накнаду за душевни бол услед компликованог нежељеног порођаја. Међутим, *deme* нема право на накнаду штете због тога што је рођено болесно или с инвалидитетом.³⁸ Не постоји дужност лекара према детету да спречи његово рођење када се очекује да се оно роди тешко болесно или с инвалидитетом. Живот човека је лично добро које ужива најснажнију и најпотпунију правну заштиту. Никома није допуштено да суди о вредности људске егзистенције с тешком болешћу или инвалидитетом, односно да негативно вреднује људски живот са здравственим тегобама и да донесе одлуку да такав живот није вредан живљења.³⁹ Када одричу могућност доношења правно релевантних одлука о вредности туђега живота, немачки судови изричито помињу искуство националсоцијалистичког режима.⁴⁰

Француски Касациони суд је 2000. године у чувеној одлуци *Perruche*⁴¹ признао право детета на накнаду имовинске и моралне штете коју само дете трпи услед сопственог тешког инвалидитета изазваног конгениталним рубеолама. Вануговорна одговорност лекара заснована је на чл. 1382 францускога Грађанскога законика. Кривица лекара састојала се у томе што је погрешно уверавао трудну жену да се није заразила богињама од свога старијег детета, па она због тог уверавања није оптирала за абортус. Суд је разумео штету као последицу инвалидитета, а не као последицу рођења.

Након бурне расправе која је поводом ове одлуке вођена у француској стручној и општој јавности,⁴² усвојен је 2002. године

³⁸ В. Markesinis, Н. Unberath, 179.

³⁹ С. van Dam, 163. Бројни су правни системи који одбијају да детету признају право на накнаду штете услед нежељеног живота. Руда (*Ruda*) је спровео темељну упоредноправну анализу и утврдио да се овакав захтев детета не признаје у: Аустралији, Аустрији, Белгији, Канади, Данској, Француској, Немачкој, Грчкој, Мађарској, Италији, Потругалу, Јужној Африци, Шпанији и Уједињеном Краљевству. У неким од ових земаља (Белгија, Француска, УК) захтев детета за накнаду из нежељеног живота забрањен је законском нормом. Насупрот томе, Израел и Холандија, уз неке државе САД, признају ово право детета. А. Ruda, 206–207.

⁴⁰ В. Markesinis, Н. Unberath, 161 (одлука немачког Савезног суда од 18. јануара 1983. године). Вид. кључне одлуке Савезног суда и Савезног уставног суда Немачке у овим питањима, *ibid.*, 156–178. Савезни суд је разматрао и могућност да се одговорност лекара заснује на правилима из уговора у корист трећег и закључио да таква могућност не постоји, и то не само због формално-логичких аргумената до којих особито држе нижи судови – рецимо, да правни субјект не може да заснива свој захтев на чињеници без које не би било ни његовога правнога субјективитета. Савезни суд се не ослања, дакле, на формално-логичке аргументе, него на принцип да човек мора да прихвати живот какав му је природа дала и да своје правне захтеве према другима не може да заснива на чињеници што је рођен. *Ibid.*, 162.

⁴¹ Cour de cassation, Assemblée plénière du 17 novembre 2000, 99–13.701. Интегрални текст ове одлуке доступан је на www.legifrance.gouv.fr, 24. март 2016.

⁴² Вид. Anne Morris, Severine Saintier, „To Be Or Not to Be: Is That the Question – Wrongful Life and Misconceptions“, *Medical Law Review* 2/2003, 168–169; о ар-

Закон (колоквијално познат као *la Loi anti-Perruche*), по којем нико нема право на накнаду штете коју трпи због властитог рођења. Тим законом је још прописано да дете рођено с инвалидитетом има право само на накнаду активно изазване пренаталне штете, што се своди на случајеве када је лекар својим скривљеним поступањем директно изазвао инвалидитет или га је погоршао или је спречио предузимање мера које би га ублажиле. На крају, родитељи имају право на накнаду за душевни бол услед рођења детета с инвалидитетом, али не и право на накнаду материјалне штете која би се састојала у повећаним трошковима подизања таквог детета. У погледу тих трошкова родитељи имају само захтев према фондовима националне солидарности.⁴³ Правна теорија посебно критикује законско укидање до тада признаваног права родитеља на накнаду имовинске штете услед нежељеног рођења у случајевима када је погрешним поступањем лекара ометено слободно одлучивање о прекиду трудноће. Наиме, до интервенције законодавца судови су признавали ово право родитељима деце рођене с инвалидитетом. У теорији се истиче да су ови родитељи обично принуђени да престану да раде и да зарађују у обиму у којем су то раније чинили управо да би се посветили бризи о детету с посебним потребама.⁴⁴

Ни енглеско право начелно не признаје право детета на накнаду штете услед нежељеног живота. Одговорност за штету услед непажљивог поступања у енглескоме праву може да постоји само ако одговорно лице има претходну обавезу да према оштећенику поступа с одређеним степеном разборитости и пажње (*duty of care*).⁴⁵ Тако је 1982. у једном случају конгениталних рубеола суд утврдио да лекар има обавезу савесног поступања према трудној жени, што значи и да је дужан да је обавести о инфекцији, ризицима и могућности преки-

гументима за одлуку *Perruche* и против ње вид. Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006, 397–398.

⁴³ Ова правила су иницијално усвојена 4. марта 2002 (вид. *Loi n° 2002–303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*), потом су мењана и коначно преузета 2005. године у Art. L114-5, *Code de l'action sociale et des familles*. Све је доступно на www.legifrance.gouv.fr, 24. март 2016. О сложеним условима под којима се остварује захтев родитеља према фонду солидарности вид. Philippe Brun, „France“, *European Tort Law 2002* (eds. Helmut Koziol, Barbara Steininger), Vienna 2003, 186–191. Касациони суд је заузео став да се изложена законска правила не примењују на децу која су се родила пре него што је закон донет, па тако деца која су рођена пре 4. марта 2002. имају право на накнаду штете услед нежељеног рођења. Вид. Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n° 1253 du 15 décembre 2011, 10–27.473. Интегрални текст ове одлуке доступан је на www.courdecassation.fr, 24. март 2016.

⁴⁴ Упор. Patrice Jourdain, „Loi anti-Perruche: une loi démagogique“, *Recueil Dalloz* n°11/7064, 14 mars 2002, 891–892.

⁴⁵ Вид. више: Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд 2009, 45 и даље.

да трудноће. Међутим, лекар нема такву обавезу према нерођеноме детету; он детету не дугује да обавести његову мајку о томе да је потребно да прекине трудноћу. Такав одштетни захтев детета према лекару био би противан јавном поретку због тога што вређа светост људског живота (*sanctity of human life*). Утврђивање штете у оваквом случају подразумевало би да се постави питање да ли је боље бити рођен с инвалидитетом или уопште не бити рођен.⁴⁶

Законом о одговорности за штете на рођењу⁴⁷ признато је у енглескоме праву право детета на накнаду активно изазване пренаталне штете. Тај закон није примењен у поменутом случају из 1982. из два разлога. Прво, Закон о одговорности за штете на рођењу примењује се само на децу која су рођена након његовог усвајања, што ће рећи након 1976. Друго, одговорност по овоме закону ограничена је на случајеве када је лекар својим скривљеним поступањем изазвао инвалидитет детета још док се налазило у мајчиној утроби.⁴⁸ Одговорност лекара може да се заснује само ако хипотетичка елиминација његовог поступања елиминише и инвалидитет детета, то јест само ако се дете не би родило с инвалидитетом да није било одређеног погрешног поступања лекара. Овај закон је допуњен 1990. правилима о одговорности за штету у контексту вантелесне оплодње. Тако је у енглеско право уведена одговорност лекара према детету за штету услед нежељеног живота у случају да је дете зачето поступком вантелесне оплодње. Према разумевању правне науке до овога је дошло грешком:⁴⁹ Законодавац је дефинисао штетну радњу као чињење или нечињење у поступку избора, чувања или употребе ембриона или гамета. У случајевима скривљеног чувања или употребе ембриона или гамета може да дође до активно изазване пренаталне штете. Ту је могуће да лекар оштети ембрион или гамете будућег ембриона детета које би се родило здраво да није дошло до поменутог оштећења. Међутим, у случајевима скривљене селекције ембриона односно гамета од којих се прави ембрион, конкретно дете могло је само да се роди с инвалидитетом или да се уопште не роди. Тако је – на мала врата и (судећи по забележеној дискусији у Парламенту) грешком – у енглеско право уведена одговорност лекара према детету за штету услед нежељеног живота која је изазвана скривљеном селекцијом ембриона или гамета у поступку вантелесне оплодње. Ово је инте-

⁴⁶ *McKay and Another v Essex Area Health Authority*, [1982] 1 Q.B. 1166. Ова позиција судова опстаје већ преко тридесет година. Упор. Rosamund Scott, „Reconsidering *Wrongful Life* in England after Thirty Years: Legislative Mistakes and Unjustifiable Anomalies“, *Cambridge Law Journal* 1/2013, 116. Вид. такође C. van Dam, 164.

⁴⁷ Вид. фн. 28.

⁴⁸ Romen Perry, „It’s a Wonderful Life“, *Cornell Law Review* 2/2008, 338–339.

⁴⁹ R. Scott, 118–123.

ресантно за српско право због тога што се у стручним коментарима Зојиног закона помиње да је управо енглески Закон о одговорности за пренаталне штете послужио као један од узора домаћем законписцу у овој области.⁵⁰

5. НОВИ ОБЛИЦИ ШТЕТЕ ПРЕМА ЗОЈИНОМ ЗАКОНУ

У српско право су одредбама Зојиног закона уведена два нова облика штете: *имовинска штета услед нежељеног живота* (чл. 33) и *морална штета услед нежељеног рођења* (чл. 34). Оба одштетна захтева признају се само ако је дете рођено тешко болесно или с инвалидитетом: родитељи нежељено рођеног здравог детета и само здраво нежељено рођено дете немају право на накнаду штете по Зојином закону. Законодавац не користи изразе *нежељеног рођења* и *нежељеног живота*, али из законских одредаба јасно произлази да се ново уређење односи управо на те животне ситуације. Појмови нежељеног рођења и нежељеног живота разјашњени су раније у овоме тексту. У Зојином закону нема посебних правила о одговорности за штету услед *нежељеног зачећа*.

Према одредбама чл. 33, ст. 2 и чл. 34, ст. 3 новог закона оштећеници имају право на накнаду штете по општим правилима о одговорности за штету. Шта значи ово упућивање на општа правила? Зојиним законом се на први поглед не прописују нови облици одговорности, него нови облици правом признате штете за коју лекар одговара по општим правилима о одговорности. Другим речима, новим законом је прописано да душевни бол родитеља услед нежељеног рођења болесног детета и повећани трошкови лечења и неге болесног детета услед нежељеног живота представљају нове правом признате облике штете у српскоме праву. За такве штете би онда требало да се одговара по општим правилима о одговорности. Међутим, Зојин закон уопште не уређује одговорност здравствене установе у којој је лекар запослен, већ само прописује директну вануговорну субјективну одговорност лекара према оштећенику. Заснивање те директне одговорности није условљено постојањем намере на страни лекара. Због тога се чини да Зојиним законом нису само уведени нови облици штете, већ је и одговорност лекара за те нове облике штете постављена строже него по општим правилима.

Да видимо прво општа правила о одговорности лекара и одговорности за лекара:⁵¹ Мерило професионалне кривице у српско-

⁵⁰ Х. Мујовић-Зорнић (2015). Реч је о електронском издању, па не може да се наведе страница.

⁵¹ Детаљно о општим правилима о одговорности лекара за професионалну кривицу М. Орлић, 1–25; М. Караникић Мирић (2013), 623–638.

ме праву јесте поступање разумног и пажљивог стручњака одређене специјализације. Професионална кривица се процењује *in abstracto*, према једном апстрактном, објективизованом, деперсонализованом критеријуму стручњачке разборитости и пажње. То значи да личне особине, стања и способности конкретног лекара начелно не утичу на мерило његове кривице, то јест на степен професионалне разборитости и пажљивости који се од њега основано очекује. Према општим правилима српскога права професионална кривица лекара представља услов за заснивање објективне одговорности његовог послодавца: За штету коју на раду или у вези с радом проузрокује лекар одговорна је здравствена установа у којој је он био запослен у време предузимања штетне радње. Установа одговара по правилима о одговорности за другога (чл. 170–171 ЗОО). Да би се ослободио одговорности за штету коју лекар проузрокује на раду или у вези с радом, послодавац мора да докаже одсуство професионалне кривице лекара, то јест да се лекар понашао као разуман и пажљив стручњак одговарајуће специјализације.⁵² Директна одговорност лекара према оштећенику условљена је постојањем намере, а намера лекара да причини штету не може да се претпостави, него мора да буде доказана. Исто тако, у регресном поступку против лекара здравствена установа која је исплатила накнаду оштећенику мора да докаже намеру или грубу непажњу лекара. Директна одговорност лекара према пацијанту по правилима о одговорности за скривљене последице властитог чина постоји само у случају да лекар ради у сопственој приватној пракси. Тако је, рецимо, један лекар у својој приватној пракси пацијенту уклонио тетоважу неком парамедицинском методом која је у званичној медицини већ била напуштена, па је третман био нарочито болан и за собом је оставио ружне, хипертрофичне ожиљке. Врховни касациони суд је утврдио директну одговорност тог лекара за претпостављену професионалну кривицу по општем правилу из чл. 154, ст. 1 ЗОО.⁵³

Да сумирам: Општим правилима је предвиђено да за штету коју лекар скривљено проузрокује своме пацијенту одговара здравствена установа у којој је лекар радио у часу предузимања штетне радње. Непосредна одговорност лекара према оштећенику може да се заснује само ако је лекар штету проузроковао намерно. Лекар који ради у сопственој приватној пракси директно је одговоран пацијенту

⁵² „Здравствена установа која врши медицинску интервенцију може да одговара само за оне последице те интервенције које настану услед нестручног, непажљивог или непрописног рада њених радника то јест за последице које могу да се припишу у кривицу лекара и другом медицинском особљу“. Врховни суд Србије Рев. 2066/1980 од 14. јануара 1981, *Билтен судске праксе*, јул-септембар 1981, 27.

⁵³ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 1296/2010 од 23. септембра 2010, *ParagrafLex*.

за обориво претпостављену професионалну непажњу. Зојиним законом је пак прописано да сваки лекар одговара директно оштећенику за оне штете услед нежељеног рођења и нежељеног живота које је изазвао професионалном непажњом. Одговорност здравствене установе ту се не помиње. За судове остаје питање може ли се по општим правилима о одговорности послодавца засновати одговорност здравствене установе за нове облике штете из Зојиног закона. У сваком случају, директна одговорност лекара према оштећенику за нове облике штете строже је постављена од општег случаја директне одговорности лекара. Наиме, по општим правилима оштећеник може да захтева накнаду директно од лекара само ако докаже његову намеру (*animus nocendi*). За заснивање директне одговорности лекара за нове облике штете по Зојиним законом не тражи се намера, већ је довољна професионална непажња лекара, која се обориво претпоставља по општим правилима на која нови закон упућује.⁵⁴

Штетна радња огледа се у скривљеном пропуштању лекара да благовремено препозна генетску болест или аномалију нерођеног детета и о томе обавести родитеље. На тај начин лекар спречава слободно одлучивање родитеља о рађању. Другим речима, лекар није изазвао стање у којем се дете родило, него је својим пропуштањем повредио право родитеља да располажући свим релевантним медицинским информацијама одлуче о прекиду трудноће. Овде се, дакле, не ради о активно изазваној пренаталној штети.⁵⁵ Наиме, случај је такав да се дете не би родило здраво ни да се лекар понашао онако како је требало да се понаша. Напротив, да се лекар понашао како је требало, родитељи би били у прилици да донесу одлуку да се дете уопште не роди.

У чл. 35 Зојиног закона прописано је неколико либераторних разлога који важе како у случају нежељеног живота тако и у случају нежељеног рођења: Прво, лекар се ослобађа одговорности за штету ако је у самом лабораторијском налазу постојала грешка услед које је погрешно информисао родитеље о генетској болести или аномалији. Зојиним законом није прописано да у том случају за штету одговара стручњак или установа која је сачинила лабораторијски налаз. Чини се да би лекар ипак требало да одговара ако су се доцније појавиле околности које доводе у сумњу основаност лабораторијског налаза, на шта лекар није адекватно реаговао, примерице, тако што би наложио да се понове лабораторијске анализе. Друго, одговорност лекара искључена је када постоји случај у смислу грађанског права.⁵⁶

⁵⁴ Вид. ЗОО, чл. 154, ст. 1 и чл. 170, ст. 1.

⁵⁵ На судовима је да размотре да ли се у случајевима активно изазване пренаталне штете примењују општа правила о грађанскоправној одговорности за професионалну кривицу. Мени се чини да не постоји сметња за то.

⁵⁶ Смисао овога правила није јасан. Ту се отварају питања: односа појмова више силе и случаја у грађанскоме праву; појавности случаја у контексту генетских

Треће, одговорност лекара је искључена ако је макар један родитељ знао да постоји ризик да ће дете бити рођено с генетском болешћу или аномалијом. Рецимо, родитељима је при рођењу првога детета саопштено да свако њихово заједничко дете сноси исти ризик, или један од родитеља и сам има одређену генетску болест или аномалију за коју зна да је наследива.

5.1. Имовинска штета услед нежељеног живота (чл. 33)

Новим правилима је прописано да лекар одговара *болесном детету* за *имовинску штету* услед нежељеног живота. У позицији оштећеника налази се дете рођено с неком генетски условљеном болешћу или аномалијом. Ту се не ради се о било каквој генетској болести или аномалији, него само о оној која озбиљно и трајно онеспособљава дете или га чини инвалидом или му даје лошу животну прогнозу. Лекар није изазвао ово стање код детета; не ради се о активно изазваној пренаталној штети: Инвалидитет, озбиљна и трајна онеспособљеност или лоша животна прогноза не представљају непосредне последице погрешног поступања лекара. Наведена стања су генетски условљена, а професионална кривица лекара се састоји у пропуштању да се она благовремено медицински препознају, то јест дијагностикују у току ембрионалног или феталног развоја оштећеника. Штета коју дете трпи не састоји се у пукој чињеници рођења, нити у самој болести или аномалији с којом је дете рођено, него у повећаним трошковима лечења и неге за такво дете.

Да укажем само на два питања која су спорна због начина на који су срочене одредбе чл. 33 Зојиног закона. Прво, у ст. 1 овога члана штетна радња лекара одређена је као пропуштање лекара да благовремено препозна, то јест дијагностикује генетску болест или аномалију код нерођеног детета. Међутим, штетну радњу је и овде требало дефинисати на начин на који је то учињено у чл. 34: као скривљену повреду родитељског права на слободно одлучивање. Наиме, и да је лекар на време препознао, то јест дијагностиковао генетску болест или аномалију, он би ипак био крив ако ту информацију није саопштио родитељима. Његова кривица није само у томе што није препознао медицинско стање ембриона односно плода, него и у томе што је пропустио да обавести родитеље о евентуално препознатом стању. Тек када се на овај начин разјасни шта је штетна радња у случајевима нежељеног рођења, постаје очигледно да одштетног захтева према лекару не може да буде ако су родитељи били инфор-

болести и аномалија које су по правилу случајне (изузетак може да постоји, рецимо, код селекције ембриона и гамета при вантелесној оплодњи, вид. излагање о енглеском Закону о одговорности за штете на рођењу); појавности случаја који би могао да оправда погрешно поступање лекара итд.

мисани о постојању генетске болести односно аномалије, то јест ако је мајка била у прилици да одлучи да због тога прекине трудноћу.

И друго, захтев за накнаду имовинске штете признат је детету, али не и његовим родитељима. Међутим, родитељи имају законом прописану обавезу да издржавају дете⁵⁷ и повећани трошкови лечења и неге за такво дете првенствено падају на њих. Домаћи законодавац није био спреман да трошкове подизања нежељеног здравог детета призна као вид имовинске штете. Имовинску штету стога не чине укупни трошкови подизања болесног детета, него само разлика између трошкова подизања здравог детета и трошкова подизања детета које је услед генетске болести или аномалије рођено с инвалидитетом, односно трајно и озбиљно онеспособљено.⁵⁸ Такав је став заузело и француско право: Као што смо видели, имовинска штета у вези с нежељеним рођењем и тамо може да се састоји само у имовинским трошковима који превазилазе нормалне трошкове родитељства (*dommage particulier excédant les charges normales de la maternité*). Међутим, право на накнаду повећаних трошкова подизања болесног детета француско право не признаје детету, него родитељима који те трошкове и носе. Исто је у немачкоме праву. Тако је требало да учини и домаћи законодавац: да захтев за накнаду повећаних трошкова призна ономе ко је тим трошковима стварно изложен. Наравно, родитељи заступају дете и управљају и располажу његовом имовином, што обухвата и старање о остваривању његовог захтева за накнаду имовинске штете услед нежељеног живота. Предност нашега решења огледа се у томе што одштетни захтев детета опстаје и пошто престане родитељско старање. С друге стране, решење је мањкаво јер допушта да се одштетни захтев детета заснује на чињеници која је услов његовог постојања и правног субјективитета. Уз то, да би признао право детета на накнаду имовинске штете услед нежељеног живота, законодавац је морао да одступи од класичног схватања о штети као погоршању затеченог стања нагоре.

Европски правни системи по правилу не признају право детета на накнаду штете услед нежељеног живота.⁵⁹ Због чега је то тако? Проузроковати штету значи променити постојеће или очекива-

⁵⁷ Вид. Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 (други закон) и 6/15, чл. 73.

⁵⁸ Нека питања намерно не отварам због ограничености обима овога текста. Једно од њих је питање разлике између инвалидитета, с једне стране, и трајне и озбиљне онеспособљености, с друге стране.

⁵⁹ Као што је речено, дете нема право на накнаду ни моралне ни имовинске штете услед нежељеног живота у следећим европским земљама: Аустрији, Белгији, Грчкој, Данској, Италији, Мађарској, Немачкој, Потругалији, УК, Француској и Шпанији. Изузетак је Холандија. А. Ruda, 206–207.

но стање нагоре.⁶⁰ За штету одговара онај ко је мешањем у редован след ствари изазвао штету, то јест погоршао затечено стање, скренуо ток догађаја на лошу страну и својим деловањем променио стање нагоре.⁶¹ У контексту одговорности за штету услед нежељеног живота потребно је, дакле, да се из прошлости хипотетички елиминише скривљени поступак лекара те да се утврди да ли би без тога поступка стање било боље него што је сада.

У случају *активно изазване пренаталне штете* то не представља проблем: скривљеним поступком лекара ембрион је оштећен, или је плод повређен *in utero*, услед чега је дете рођено тешко болесно или с инвалидитетом. Да лекар није погрешно, дете би се родило здраво, па није тешко утврдити да је поступком лекара постојеће или очекивано стање промењено нагоре. Међутим, у случају *штете услед нежељеног рођења* лекар није проузроковао повреду ембриона или плода, него је својим скривљеним поступањем онемогућио слободно одлучивање о прекиду трудноће. Лекар је одговоран управо зато што је погрешним поступањем осигурао да дете буде рођено.⁶² Европски судови одбијају одштетне захтеве из нежељеног живота углавном зато што сматрају да би негативно вредновање људског живота с тешком болешћу или инвалидитетом, па и само одмеравање постојеће тегобне људске egzистенције према могућности да човек не буде рођен, представљало повреду људскога достојанства.

Насупрот томе, када се захтев за накнаду имовинске штете услед нежељеног рођења призна родитељима, онда није неопходно да се одступи од традиционалних схватања о штети. Ту се имовинска штета састоји у разлици у имовинском стању родитеља пре и после нежељеног рођења детета. У неким правним системима то обухвата све трошкове подизања нежељено рођеног детета, понегде чак и нежељено рођеног здравог детета, док у другим правним системима родитељи могу само да захтевају разлику између трошкова подизања здравог детета и трошкова подизања детета које је нежељено рођено тешко болесно или с инвалидитетом.

5.2. Морална штета услед нежељеног рођења (чл. 34)

Новим правилима је прописано да лекар одговара *родитељима* за *моралну штету* услед нежељеног рођења болесног детета. Треба узети да је и овде реч о детету које је рођено с неком генетски

⁶⁰ Вид. Tony Honoré, *Responsibility and Fault*, Oxford – Portland 1999, 2; Tony Honoré, „Necessary and Sufficient Conditions“, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. David G. Owen), Oxford 2001, 385; Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford – Portland 2002, 120 и даље.

⁶¹ Вид. више М. Караникић Мирић (2009), 221–256.

⁶² В. Steininger, 152.

условљеном болешћу или аномалијом, која га чини инвалидом или озбиљно и трајно онеспособљеним или му даје лошу животну прогнозу. Законодавац га другачије описује у чл. 34, као дете које је *рођено генетички оштећено*; међутим, може се разумно претпоставити да и ту заправо мисли на исто оно дете према којем по чл. 33 може да постоји одговорност за штету услед нежељеног живота.

Када се чл. 34, ст. 1 чита изоловано, чини се да се правом призната морална штета коју трпе родитељи састоји у повреди права на слободно одлучивање о рођењу. Међутим, у чл. 34, ст. 2 разјашњено је да штету заправо представља душевни бол родитеља услед здравственог стања детета које нису очекивали и на које нису били упозорени. Ту су неопходна два разјашњења.

Прво, законодавац овде остаје при субјективној концепцији моралне штете.⁶³ У субјективној парадигми морална штета се не састоји у самој повреди права личности или личнога добра као објекта тога права, или уопште у повреди неког правом заштићенога неимовинскога интереса, него у интимном трпљењу (болу или страху) поводом неке од ових повреда. Другим речима, сама повреда права на слободно одлучивање о родитељству не представља правом признату моралну штету; морална штета је душевни бол који осећају родитељи поводом повреде тога права. Међутим, из начина на који је срочена одредба чл. 34, ст. 2 произлази да ни душевни бол због пуке повреде права на слободно одлучивање о рођењу детета не представља правом признату штету под условом да је дете рођено здраво. Душевни бол родитеља признаје се као штета само ако је дете рођено онеспособљено⁶⁴ а родитељи нису били благовремено упозорени на то да оно пати од генетски условљене болести или аномалије. Правила, дакле, нису кохерентна: По одредби чл. 34, ст. 1 повреда права на слободно одлучивање састоји се у ускраћивању медицинских информација које би омогућиле слободно доношење одлуке о прекиду трудноће. У том случају одштетни захтев треба усвојити само ако је прекид трудноће био могућ и допуштен. Насупрот томе, у чл. 34, ст. 2 душевни бол родитеља везује се за елемент неочекиваности, за то да нису благовремено упозорени па нису ни могли да се припреме за рођење трајно и озбиљно онеспособљеног детета. У овом потоњем случају право родитеља на накнаду штете требало би признати без обзира на то да ли је у конкретном случају било медицински могуће и правно допуштено да се трудноћа прекине.

⁶³ Детаљно о томе вид. Марија Караникић Мирић, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 3/2015, 487–503.

⁶⁴ Законодавац овде пропушта да каже да је реч о *трајној и озбиљној* онеспособљености из чл. 33. Због ограничености простора не упуштам се у могуће последице тог пропуштања. У сваком случају, неуједначеност и недоследна употреба речи и израза у правилима о одговорности представља једну од мањкавости Зојиног закона.

Друго разјашњење односи се на моралну штету коју трпи отац детета услед повреде права личности чији је титулар, свакако, искључиво мајка. Већ је речено да уставна норма штити право на слободно одлучивање о рађању. Титулар тога права може да буде и мушкарац: рецимо, и мушкарац има право на приступ техникама биомедицински потпомогнутог рађања. Међутим, повреда права на слободно одлучивање манифестује се у случају нежељеног рођења као повреда права мајке да донесе одлуку о прекиду трудноће.⁶⁵ За одштетно право се овде отвара питање могућности да се као морална штета призна душевни бол поводом повреде *туђега* права личности односно поводом повреде *туђега* личнога добра. У субјективној концепцији моралне штете ово не представља проблем. Како Карбоније (*Carbonnier*) каже: морална штета може да се односи и на повреду моралних интереса или осећања којима не одговара ниједно дефинисано право личности односно која нису објекат ниједног таквог права.⁶⁶ Као пример може да се наведе душевни бол услед тешког инвалидитета блиског лица, што је признато као вид моралне штете у српском праву.⁶⁷ Ту се ради о интимном трпљењу оштећеника услед повреде *туђега* личнога права.⁶⁸ По истоме принципу признаје се и душевни бол оца услед нежељеног рођења до којег долази повредом права мајке на слободно одлучивање о прекиду трудноће.

Конечно, Зојин закон упућује на примену општих правила о одговорности за штету, међу којима је и правило о подељеној одговорности из чл. 192, ст. 1 ЗОО, по којем оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била има право само на сразмерно смањену накнаду. Међутим, према схватању наших судова, одбијање оштећеника да се подвргне медицинском захвату не може да се квалификује као његов допринос штети, изузев кад је реч о захвату који није ризичан и којем би се према редов-

⁶⁵ Жена слободно одлучује о рађању, а прекид трудноће може да се изврши само на захтев трудне жене. Вид. Породични закон, чл. 5 ст. 1 и Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС* бр. 16/95 и 101/05 (други закон), чл. 2, ст. 1.

⁶⁶ Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations*, Paris 2004, 2273.

⁶⁷ Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 (одлука УСЈ) и 57/89, *Службени лист СРЈ* бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 (Уставна повеља), чл. 201.

⁶⁸ Овај облик неимовинске штете је тешко објаснити у оквирима објективне концепције, јер би за то било потребно да се туђи телесни интегритет сагледа као оштећениково лично добро, односно да се каже да оштећеник има лично право да не дође до повреде личног добра неког другог лица. Лакше је признати овај вид неимовинске штете у субјективној концепцији – као душевни бол који једно лице подноси због повреде која је нанета туђем личном добру. Детаљно о томе вид. код: М. Караникић Мирић (2015), 500.

ном току ствари подвргао сваки разуман човек. Од оштећеника се не може захтевати да умањује штету по цену захватања у његова уставна права, односно по цену задирања у његов телесни интегритет противно његовој вољи.⁶⁹ Прекид трудноће се ни у ком случају не може означити као неризичан захват којем би се у циљу умањења штете која прети подвргла свака разумна особа. Уз то, очекивање да жена прекине трудноћу да би умањила штету која јој прети рођењем болесног детета ишло би на уштрб њеног уставног права да слободно одлучи о рађању.

Питање да ли се пропуштање жене да се определи за прекид трудноће квалификује као допринос оштећеника из чл. 192 ЗОО може да се отвори код већ описане *активно изазване пренаталне штете*. Када мајка захтева накнаду штете услед нежељеног рођења, није могуће да се на овај начин отвори питање њеног доприноса штети због тога што одговорност лекара може да се заснује само ако је лекар био повредио право мајке на слободно одлучивање, то јест ако јој је ускратио информацију о генетској болести или аномалији. Ако је мајка била у прилици да слободно одлучује о прекиду трудноће, онда нема ни одговорности лекара у контексту које би мајчина одлука да не прекине трудноћу могла да се квалификује као допринос настанку штете. С друге стране, када отац захтева накнаду штете услед нежељеног рођења, као и када дете захтева накнаду штете услед нежељеног живота, пропуштање мајке да оптира за прекид трудноће не би смело да се квалификује као допринос трећег лица, из разлога због којих домаћи судови начелно одбијају да подвргавање медицинскоме захвату сагледају као допринос оштећеника.

6. ЗАКЉУЧАК

Зојиним законом уређују се односи међу учесницима у медицинским поступцима дијагностиковања и превенције генетских и ретких болести те генетски условљених аномалија. Атмосфера политичког консензуса у којој је тај закон усвојен представља праву реткост у савременим друштвима. При доношењу закона постигнута је потпуна сагласност о централним законским решењима, примерице, о томе да држава сноси трошкове упућивања биолошког материјала у иностранство ради спровођења дијагностичких поступака који не могу да се спроведу у Србији. Међутим, на ободима овога консензуса, без велике расправе и много промишљања, у српско право уведена су и два за нас нова облика правом признате штете: штета услед

⁶⁹ Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986, *ParagrafLex*.

нежељеног рођења и штета услед нежељеног живота. Ти нови институти покрећу осетљива морална питања која, као што је речено, излазе из уобичајеног правног дискурса. Садржина нових правила није без мана. Рецимо, прописана је директна одговорност лекара, а није уређена одговорност здравствене установе у којој он ради; није уређена одговорност стручњака који је сачинио лабораторијски налаз и установе у којој је он запослен; правила о штети услед нежељеног рођења пате од унутрашње некохерентности и тако даље. Међутим, то није основна замерка која може да се упути законодавцу. Старија и важнија замерка је што су нови институти усвојени без озбиљно вођене стручне и опште јавне расправе у супстанцијалном смислу. Схватање појединца о томе какве треба да буду правне последице догађаја као што су нежељено зачеће, нежељено рођење и нежељени живот дубоко је укорењено у лични поглед на свет. Површан политички консензус о овим питањима је могућ, али правила која их уређују требало би да се доносе темељним сагледавањем свих правних и моралних питања, узимајући у обзир и искуства других европских земаља.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Brun, P., „France“, *European Tort Law 2002* (eds. Helmut Koziol, Barbara Steininger), Vienna 2003.
- Cane, P., *Responsibility in Law and Morality*, Oxford – Portland 2002.
- Carbonnier, J., *Droit civil*, Tome 2, Les biens, Les obligations, Paris 2004.
- Viney, G., Jourdain, P., *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006.
- Grubb, A., Laing, J., McHale, J., Kennedy, I., *Principles of Medical Law*, Oxford 2010.
- Hensel, W. F., „The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions“, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1/2005.
- Hogg, M., „Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Honoré, T., „Necessary and Sufficient Conditions“, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. David G. Owen), Oxford 2001.
- Honoré, T., *Responsibility and Fault*, Oxford – Portland 1999.
- Jourdain P., „Loi anti-Perruche: une loi démagogique“, *Recueil Dalloz* n°11/7064, 14 mars 2002.

- Караникић Мирић, М., *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд 2009. (Karaničić Mirić, M., *Krivicica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Beograd 2009)
- Караникић Мирић М., „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни живот* 10/2013. (Karaničić Mirić M., „Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu“, *Pravni život* 10/2013)
- Караникић Мирић, М., „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 3/2015. (Karaničić Mirić, M., „Objektivizovanje moralne štete“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 3/2015)
- Keirse, A., Schaub, M., „Self-Determination with a Price Tag: The Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Kevles, D. J., *In the Name of Eugenics. Genetics and the Uses of Human Heredity*, Berkeley – Los Angeles 1985.
- Koziol, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Vienna 2012.
- Le Tourneau, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2006.
- Markesinis, B., Unberath, H., *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford – Portland 2002.
- Morris, A., Saintier, S., „To Be Or Not to Be: Is That the Question – Wrongful Life and Misconceptions“, *Medical Law Review* 2/2003.
- Мујовић-Зорнић, Х., *Одговорност за штету због нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life) – Упоредноправни преглед*, докторска дисертација, умножено за одбрану, Београд 2000. (Mujović-Zornić, H., *Odgovornost za štetu zbog neželjenog rođenja (wrongful birth) i zbog neželjenog života (wrongful life) – Upporednopravni pregled*, doktorska disertacija, umnoženo za odbranu, Beograd 2000)
- Мујовић-Зорнић, Х., „Приказ Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон)“, *Правни инструктор* 86/2015 од 26. фебруара 2015, доступно у бази ParagrafLex. (Mujović-Zornić, H., „Prikaz Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti (Zojin zakon)“, *Pravni instruktor* 86/2015 od 26. februara 2015, dostupno u bazi ParagrafLex)

- Орлић, М., „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, посебан отисак часописа *Правни живот* 7–8/2012. (Orlić, M., „Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu“, poseban otisak časopisa *Pravni život* 7–8/2012)
- Perry, R., „It’s a Wonderful Life“, *Cornell Law Review* 2/2008.
- Scott, R., „Reconsidering Wrongful Life in England after Thirty Years: Legislative Mistakes and Unjustifiable Anomalies“, *Cambridge Law Journal* 1/2013.
- Ruda, A., „I Didn’t Ask to be Born: Wrongful Life from a Comparative Perspective“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Радишић, Ј., *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд 2007. (Radišić, J., *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*, Beograd 2007)
- Steinbock, B., *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, New York – Oxford 1992.
- Steininger, B., „Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions“, *Journal of European Tort Law* 1/2010.
- Trefethen, A., „The Emerging Tort of Wrongful Adoption“, *Journal of Contemporary Legal Issues* 1/2000.
- Van Dam, C., *European Tort Law*, Oxford 2007.
- Wolff, R. E., „Wrongful Life: A Modern Claim Which Conforms to the Traditional Tort Framework“, *William & Mary Law Review* 1/1978.

Marija Karanikić Mirić, PhD

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE: AN OUTLOOK ON ZOJA'S ACT

Summary

This paper examines the controversial subject of pecuniary and non-pecuniary losses in wrongful birth and wrongful life cases. The author addresses these issues from a comparative perspective, presents the main arguments for and against awarding damages, and offers a critical analysis of the newly enacted rules of Serbian tort law concerning the birth of a child who would not have been born were it not for negligence on the part of a medical doctor.

Key words: *Zoja's Act. – Medical malpractice. – Wrongful birth. – Wrongful life.*

Article history

Received: 3. 4. 2016.

Accepted: 16. 5. 2016.