

Prof. dr Jakov RADIŠIĆ*

Građanska odgovornost zbog grešaka u lečenju i obaveštavanju pacijenata po nemačkom Zakonu o pravima pacijenata

UDK: 349:61(430)
Dostavljen: 9. 10. 2013.
Prihvaćen: 17. 11. 2013.
Pregledni naučni rad

Apstrakt

Ovaj rad se sastoji iz uvoda, četiri zasebna dela i zaključka. U uvodu je najpre izloženo stanje pacijentovih prava u Nemačkoj pre njihove kodifikacije, a potom se govori o opštim karakteristikama i pravno-političkim ciljevima Zakona o pravima pacijenata. Prvi deo rada posvećen je ugovoru o lečenju i njegovom mestu u nemačkom Građanskom zakoniku, koje mu je odredio zakonodavac. Tu je reč o tipičnim ugovornim obavezama njegovih strana i o posebnim obavezama lekara prema pacijentu. Drugi deo rada odnosi se na neobičnu obavezivanje lekara da pacijenta obavesti o vlastitim i tuđim greškama u lečenju. Treći deo rada obuhvata odgovornost zbog greške u lečenju pacijenta. Polazeći od stanovišta da greška predstavlja negativno odstupanje od medicinskog standarda, autor govori o pojmu medicinskog standarda i o načelu slobode izbora metoda lečenja, kao i o tome šta sve lečenje podrazumeva. Četvrti deo tiče se tereta dokazivanja kod odgovornosti za greške u lečenju i obaveštavanju pacijenta. Tu je, u stvari, reč o dokaznim olakšicama u korist pacijenta, što ih je utvrdila i razvila sudska praksa, a sada su te olakšice pretočene u zakonske norme u kojima je naročito vidljiva osobenost nemačkog medicinskog prava.

Ključne reči: pacijentova prava, lekarska greška, medicinski standard, odgovornost lekara, teret dokazivanja uslova odgovornosti

1. UVOD

1.1. Istorijski osvrt

Mnoge evropske zemlje imaju već poodavno svoje posebne zakone o pravima pacijenata, dok je Nemačka tek 20. februara 2013. godine izvršila sličnu kodifikaciju,

donevši Zakon o poboljšanju prava pacijentkinja i pacijenata (dalje u tekstu: Zakon o pravima pacijenata).¹ Sve do ovog zakona, u Nemačkoj je bilo samo nekoliko pojedinačnih i usamljenih normi o pravima pacijenata, smeštenih u zakonima iz raznih oblasti. Međutim, pravna pravila o najvažnijim stvarima, o lečenju i o odgovornosti lekara, nisu bila propisana nijednim zakonom, nego ih je utvrdila i razvila sudska praksa. Tumačeći opšta pravna pravila i primenjujući ih na konkretne odnose lekara i pacijenata, sudovi su stvorili tzv. „sudijsko pravo“, koje je imalo „vlastiti život.“ Prema oceni nemačkih stručnjaka, 80–90% pacijentovih prava počivalo je na sudskoj praksi (Thole, 2013, 146). Zato nedostatak pravnih normi u ovoj oblasti nije mnogo zabrinjavao nemačke pravnike. Jer i bez odgovarajuće kodifikacije, Nemačka je sa postojećim pravima pacijenata u znatnoj prednosti u odnosu na druge i ima vrhunski položaj među zemljama članicama Evropske unije (Katzenmeier, 2012, 576).

To, ipak, nije bio razlog pravnicima da ne razmišljaju i razgovaraju o potrebi za kodifikacijom pacijentovih prava. Zvanična, javna rasprava o tome otpočela je još 1978. godine na 52. Nemačkim pravničkim danima, ali se većina delegata izjasnila protiv kodifikacije (Thole, 2013, 145). Diskusija je nastavljena tek 1981. godine u okviru rada Komisije za preradu obligacionog prava. Dvojica njenih članova (*Deutsch* i *Geiger*) sačinili su predlog zakona kojim se odnosi između lekara i pacijenata regulišu posebnim ugovorom koji bi trebalo uneti u Građanski zakonik (*Deutsch, Geiger, 1981, 1049*). Time je postavljen kamen-temeljac za docnije rasprave o zakonskom regulisanju pacijentovih prava (Thole, 2013, 145).

Dalji korak u pravcu kodifikacije učinjen je tek 1989. godine. Na osnovu zaključka 72. Konferencije Ministarstva zdravlja, najvažnija prava pacijenata sažeta su i izložena u dokumentu koji je glasilo „Pacijentova prava

* Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet.

¹ Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2013, Teil I, Nr. 9, ausgegeben zu Bonn am 25. Februar 2013.

u Nemačkoj danas.” Njega su nazivali i „Poveljom pacijenata”, ali mu nije poklanjana veća pažnja (Thole, 2013, 145). Zatim je radna grupa Savezne vlade 2002. godine priredila i objavila brošuru pod naslovom „Pacijentova prava u Nemačkoj.” Ovom brošuricom prošireno je i aktualizovano izdanje Povelje pacijenata od 1999. godine. Brošura predstavlja kopiju važećih pravila koja se tiču ugovora o lečenju i o odgovornosti lekara, ali bez pravne snage (Katzenmeier, 2012, 577).

1.2. Opšte karakteristike i ciljevi Zakona o pravima pacijenata

Kao što se videlo iz prethodnih izlaganja, nemački Zakon o pravima pacijenata (dalje u tekstu: ZPP) donet je tek posle dugogodišnje i kontroverzne diskusije u kojoj su, pored pravnik, učestvovali i lekari. On neće imati zasebno mesto među nemačkim pravnim propisima, jer su njime izmenjeni i dopunjeni određeni delovi nekoliko drugih zakona, a naročito Građanskog zakonika (dalje u tekstu: GZ) i Socijalnog zakonika. Ovaj rad tiče se isključivo odgovarajućih odredbi GZ.

Najvažnije odredbe ZPP odnose se na ugovor o lečenju (*Behandlungsvertrag*). One su umetnute u GZ na prelazu od ugovora o službi u ugovor o delu, pa se zato i citiraju kao delovi GZ. U skladu sa dugogodišnjom sudskom praksom, zakonodavac je ugovor o lečenju klasifikovao kao specijalan oblik ugovora o službi. Njemu je posvećeno osam paragrafa koji imaju isti, zajednički broj ali različite slovne dodatke (GZ, par. 630a–630h). Suprotno očekivanju čitaoca, u većini odredbi ugovora o lečenju nije reč o pravima pacijenata, nego o obavezama lekara zbog čijih povreda sleduje odgovornost. Stoga je profesor Wagner zaključio da osam paragrafa o tom ugovoru sadrže, u suštini, kodifikaciju načela o lečenju i o odgovornosti lekara što ih je razvila sudska praksa (Wagner, 2012, 789).

ZPP nema za cilj reformu pacijentovih prava nego samo poboljšanje njihovog postojećeg stanja. To je istaknuto već u samom njegovom nazivu jer, do sada, najvažnija prava nemačkih pacijenata mogla su se čitati jedino iz nepreglednih sudskih odluka, pa je zato njihovo poznavanje bilo veoma otežano. Koja prava imaju pacijenti često nisu znali ni oni sami, ni lekari (*Drucksachen des Deutschen Bundestag, 17/10488, 9*).² Stoga je najvažniji cilj ZPP bio da važeća pravila o pravima pacijenata učini javnim i dostupnim svim učesnicima u zdravstvu, tako da ih oni mogu sami čitati. Javna za-

² Obrazloženje Vladinog Nacrta za Zakon o pravima pacijenata u dokumentu pod naslovom: *Drucksachen des Deutschen Bundestag, 17/10488* (u daljem tekstu skraćeno: BT-Dr 17/10488).

konska pravila garantuju svima njima pravnu jasnoću i pravnu sigurnost (BT-Dr 17/10488, 1, 9, 10).

Zakonodavac je posebno nastojao da utvrđena prava pacijenata budu odmerena, prihvatljiva i realna (BT-Dr 17/10488, 1, 9). Sem toga, ZPP teži da poboljša uslove za ostvarivanje prava kojima raspolažu pacijenti, da omogući bolje zdravstveno zbrinjavanje, da unapredi kulturu izbegavanja grešaka u lečenju i obaveštavanju pacijenata. Ali, pošto greške u lečenju ne mogu uvek da se izbegnu, pacijente pogođene njima ZPP ne ostavlja same, nego traži da ih, jače nego dosad, podrže nosioci zdravstvenog osiguranja (BT-Dr 17/10488, 1, 9). Naposljetku, smatra se da će zakonska pravila imati drugačiji pravni kvalitet nego serija sudskih odluka koje su proistekle iz pojedinačnih slučajeva. Zato se očekuje da funkcija apelovanja i preventivna funkcija prava o odgovornosti lekara dođu ubuduće više do izražaja (Thole, 2013, 149).

2. UGOVOR O LEČENJU

2.1. Tipične ugovorne obaveze kod ugovora o lečenju

ZPP definiše veoma uopšteno pojam ugovora o lečenju. Naime, on u par. 630a GZ određuje samo tipične ugovorne obaveze njegovih strana:

„1) Onaj ko ugovorom o lečenju obeća medicinsko lečenje pacijenta (lečilac) dužan je da obećano lečenje izvrši, a druga strana (pacijent) je dužna da plati ugovorenu nadoknadu, ukoliko na plaćanje nije obavezan neko treći.

2) Lečenje mora da usledi prema opštepriznatom stručnom standardu koji postoji u trenutku lečenja, ukoliko nije ugovoreno nešto drugo.”

Iz prvog stava ovog paragrafa jasno proističe da onaj ko lečenje treba da obavi, osim retkih izuzetaka, ne duguje pacijentu uspeh lečenja nego samo stručni rad u tom cilju. Zbog toga se ugovor o lečenju, po nemačkom pravu, i kvalifikuje kao posebna vrsta ugovora o službi, a ne kao ugovor o delu koji podrazumeva i rad i rezultat rada. Ovo drugo dolazi u obzir samo izuzetno kada su u pitanju, na primer, zubotehnički radovi (BT-Dr 17/10488, 17). Sem toga, biva jasno da se i lečenje pacijenata koji imaju zdravstveno osiguranje obavlja, takođe, na osnovu ugovora sa lekarom ili zdravstvenom ustanovom. Takvi pacijenti ne duguju nadoknadu za lečenje, jer za njih plaća „neko treći”, tj. nosilac zdravstvenog osiguranja. Naposljetku, pada u oči i činjenica da po ZPP ugovorni partner pacijenta nije lekar (*Arzt*), nego lečilac (*Behandler*). Ovo dolazi otuda što se zakonska pravila ugovora o lečenju ne odnose isključivo na lekare i stomatologe, nego i na ostale vršioce zdravstvenih

usluga, kao što su, na primer, babice, psihoterapeuti, fizikalni terapeuti, masažeri, logopedi i sl., ali se ne odnosi na veterinare i apotekare (BT-Dr 17/10488, 18).

ZPP traži da se lečenje mora obavljati prema savremenom opštepriznatom stručnom standardu, „ukoliko nije ugovoreno nešto drugo.” To odgovara dispozicionoj mogućnosti partnera da ugovore standard lečenja koji odstupa od priznatog stručnog standarda (BT-Dr 17/10488, 20). ZPP ostavlja „otvorena vrata” i za nove ili neisprobane metode lečenja za koje još ne postoji priznati standard, ali za čiju primenu pacijent vezuje svoje velike nade. Ugovaranje „inovativnih postupaka” lečenja u interesu je i medicinskog napretka, jer se smatra da se time izbegava nesigurnost onih koji lečenje obavljaju. U prilog tome izjasnila se i sudska praksa, tj. da odstupanje od priznatog standarda ne predstavlja nužno grešku u lečenju (Olzen, Uzunovic, 2012, 447).

Međutim, ugovorni partneri nisu potpuno slobodni da odstupe od svakog stručnog standarda. Sporazum o lečenju mimo standarda ne sme imati za posledicu umanjenje ili potpuno isključenje lekareve odgovornosti. To bi bilo protivno i par. 309, tačka 7 GZ, po kojem je nevažeće svako unapred ugovoreno ograničenje ili isključenje odgovornosti za štetu izazvanu nehatnim uništenjem života, povredom tela ili zdravlja. Ali je moguće sporazumno odstupanje od medicinskog standarda u smislu ograničenog pristanka pacijenta na određenu medicinsku meru. Takav je slučaj kad pacijent iz reda Jehovinih Svedoka ne pristane na transfuziju krvi (Spickhoff, 2013a, 271). Međutim, sporazum o lečenju bez transfuzije krvi ne sme predstavljati grubu grešku. Na primer, ako Jehovin Svedok ne pristane na operaciju koja je skopčana sa jakim krvarenjem, ali bez davanja eritrocita (Deutsch, Spickhoff, 2008, 170).

2.2. Posebne ugovorne obaveze lekara prema pacijentu

Pored tipičnih ugovornih obaveza, zakonskim normama koje se odnose na ugovor o lečenju posebno su utvrđene jednostrane obaveze lekara prema pacijentu. Reč je o uobičajenim lekarevim dužnostima (osim jedne – prim. aut.) koje sadrži i naš novi Zakon o pravima pacijenata,³ pa ćemo ih ovde samo poimenično nabrojati:

- obaveza informisanja pacijenta o grešci u lečenju (par. 630c, st. 2 GZ),
- obaveza da pribavi pristanak pacijenta (par. 630d GZ),
- obaveza da pacijenta obavesti (par. 630e GZ),
- obaveza vođenja dokumentacije o lečenju (par. 630f GZ),

³ Službeni glasnik RS, br. 45/2013.

– obaveza da dopusti uvid u pacijentovu dokumentaciju (par. 630g GZ),

– teret dokazivanja kod odgovornosti za greške u lečenju i obaveštavanju (par. 630h GZ).

Poslednja odredba, kao i ona o obavezi lekara da pacijenta informiše o grešci u lečenju, izražava specifičnost nemačkog prava koja se tiče građanske odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova. Zato ću o njima govoriti detaljnije u zasebnim odeljcima.

3. OBAVEZA LEKARA DA PACIJENTA OBAVESTI O GREŠCI U LEČENJU

3.1. Nova ili stara obaveza?

ZPP u par. 630c, st. 2, rečenica 2. GZ utvrđuje obavezu ordinirajućeg lekara da pacijenta informiše o svojoj ili tuđoj grešci u lečenju. Ovim je dugogodišnja diskusija o tome da li je lekar dužan da obelodani svoju grešku okončana u korist pacijenta (Olzen, Metzmacher, 2012, 273). Međutim, neki pravници sada zameraju zakonodavcu što je ovu obavezu ograničio na grešku u lečenju. Oni smatraju da je tom obavezom trebalo obuhvatiti i greške u obaveštavanju i u organizaciji rada, tim pre što se u Obrazloženju Vladinog Nacrta za ZPP organizacione greške podvode pod „lečenje” kao tipičnu ugovornu obavezu u smislu par. 630c, st. 2 GZ (Spickhoff, 2013a, 273).

Među pravnicima nema saglasnosti ni o tome da li se ovde radi o novoj ili o staroj lekarevoj obavezi. Većina smatra da obaveza obaveštavanja o grešci samo na prvi pogled može izgledati neobično, dok u suštini nije u pitanju nikakva novina (Thole, 2013, 146). Jer pre nekoliko godina u bolnicama su, na lokalnom i regionalnom nivou, uspostavljeni sistemi obaveštavanja o greškama (*Critical Incident Reporting System*) koji treba da doprinesu javnom i poučnom ophođenju prema njima. Na taj način lekari jedni druge obaveštavaju o greškama koje su im se potkrale i šta su iz njih naučili. Ali valja znati da se pri tom čuva anonimnost onih koji javljaju o svojim greškama, i time se oni štite od rizika građanske i krivične odgovornosti (Schelling, Warntjen, 2012, 507). I u Obrazloženju Vladinog Nacrta za ZPP kaže se, takođe, da se obaveza informisanja o grešci u lečenju suštinski nadovezuje na već važeću sudsku praksu. Ona je izraz zakonodavčevog održavanja ravnoteže između interesa lekara za zaštitu vlastite ličnosti i interesa pacijenta za zaštitu svog zdravlja (BT-Dr 17/10488, 21).

Manji broj pravnika misli da obaveza informisanja pacijenta o greškama u lečenju predstavlja **bitnu stvarnu novinu** (istakao autor) koja u praksi Saveznog vrhovnog suda Nemačke nije ranije bila priznata, ali nije

ni odbijena (Wagner, 2012, 795; Spickhoff, 2013a, 272–273). Oni smatraju da se ovaj propis oslanja na pravno stanje koje postoji u ugovorima između advokata i njihovih klijenata. Po tom ugovoru, advokat je dužan da klijenta obavesti o tome da je parnica izgubljena zbog advokatske stručne greške, kako bi se sprečilo zastarevanje potraživanja za obeštećenje (Wagner, 2012, 795). Međutim, obelodanjivanje pacijentima greške u lečenju nije uslovljeno sličnim ciljem, jer su i objektivni i subjektivni rokovi zastarevanja potraživanja, koje mogu imati pacijenti, znatno duži. Stoga, manjina pravnika zaključuje da cilj obaveze obaveštavanja o grešci u lečenju može biti samo u tome da se pacijentu olakša ostvarivanje prava na naknadu nastale štete, kao i prava na zaštitu zdravlja (Wagner, 2012, 795).

3.2. Pretpostavke i svrha obaveze obaveštavanja o grešci u lečenju

ZPP obavezuje lekara da o „saznatljivoj” grešci u lečenju informiše pacijenta u dva slučaja: kad ga pacijent o tome „pita ili radi otklanjanja opasnosti po zdravlje.” Pacijentovo pitanje ne mora biti direktno nego može biti i indirektno ili prećutno. Na primer: „Da li je bilo sve u redu?” (Spickhoff, 2013a, 273). Izvesni nemački pravници misle da obaveza informisanja o grešci u ova dva slučaja nema istu svrhu i sadržinu. Prema njihovom mišljenju, ako obaveštenje o grešci u lečenju sleduje kao odgovor na pitanje pacijenta, njegova je svrha da se pacijentu skrene pažnja na moguće postojanje prava na obeštećenje i da mu se olakša ostvarivanje tog prava (Wagner, 2012, 795). Stvar je složenija u slučaju kad lekar obaveštenje o grešci u lečenju daje samoinicijativno, bez odgovarajućeg pitanja, zato što misli da je to potrebno radi otklanjanja opasnosti po pacijentovo zdravlje. Ova situacija pretpostavlja, dakle, opasnost po zdravlje pacijenta koja se ne može otkloniti samim lečenjem. Naprotiv, otklanjanje te opasnosti iziskuje obelodanjivanje greške u lečenju (Wagner, 2012, 795). Treba očekivati da takvi slučajevi neće biti česti, nego retki. Po pravilu, za zaštitu pacijentovog zdravlja biće dovoljno učinjeno time što se on leči od bolesti ili povrede uslovljene greškom. Samo u izuzetnim slučajevima biće dodatno potrebno da se pacijent obavesti o tome da postojeća bolest ili povreda počiva na nekoj ranije načinjenoj grešci u lečenju (Wagner, 2012, 795). Ukoliko se to ipak dogodi, tada lekareva dužnost obaveštavanja služi primarno zaštitu zdravlja pacijenta. Ali, interes za ostvarivanje opravdanih zahteva za naknadu štete mogao bi, kao sekundarni cilj, igrati i tada samostalnu ulogu (Wagner, 2012, 795).

Drugi nemački pravници ne dele ovo mišljenje. Oni stoje na stanovištu da nema suštinske razlike između

dva izložena slučaja dužnog obaveštavanja o grešci u lečenju. Ako pacijent izričito pita lekara o mogućim greškama u lečenju, ovaj je dužan da mu istinito odgovori, tj. da mu saopšti svoju ili tuđu grešku. Dužnost lekara da pacijentu kaže istinu predstavlja njegovu sporednu ugovornu obavezu koja proističe iz načela savesnosti i poštenja (Schelling, Warntjen, 2012, 511). To odgovara i odnosu poverenja koji postoji između lekara i pacijenta, jer poverenje mora biti obostrano (Schelling, Warntjen, 2012, 507).

Međutim, pošto je nesumnjivo reč o terapijskom obaveštenju, njegova svrha nije zaštita pravnih (imovinskih) nego zdravstvenih interesa pacijenta. Lekar je, naime, dužan da pacijenta obavesti o neželjenim događajima tokom lečenja koji su bitni za dalje postupanje; o činjenicama, a ne i o njihovoj pravnoj oceni (Schelling, Warntjen, 2012, 507). Drugim rečima, lekar nije dužan da neželjeni događaj sa štetnim posledicama po pacijenta, u konkretnom slučaju, vrednuje kao posledicu nepažljivog i nepropisnog postupanja. Pri tome je svejedno da li je neželjeni događaj proizašao iz vlastitog postupka ili iz prethodnog postupka kolege. Pogotovo, ne može se tražiti da docniji lekar ocenjuje svog prethodnog kolegu i da pacijentu skreće pažnju na njegovu grešku. To bi vodilo stvaranju klime nepoverenja među lekarima i škodilo celoj lekarskoj profesiji (Schelling, Warntjen, 2012, 511–512).⁴

Pobornici ovog shvatanja pozivaju se i na *Uzorna pravila za nemačke lekarke i lekare* koja ih obavezuju da se jedni prema drugima ponašaju kolegijalno, te da u prisustvu pacijenata ili drugih lica koja nisu lekari ne prigovaraju određenom radu svog kolege ili ga podučavaju.⁵ Zato smatraju da pojam lekarske greške upotrebljen u par. 630c, st. 2, rečenica 2. GZ treba korigovati. Pošto se radi o terapijskom obaveštenju, ono podrazumeva samo informaciju o činjenicama koje su relevantne za dalji rad sa pacijentom. Ne može se zahtevati da se svaki neželjeni događaj, svaka neuspela medicinska mera tretira kao povreda obaveze pažljivog postupanja ili čak kao lekarska greška (Montgomery, Brauer, Hübner, Seebohm, 2013, 251). Iz svega rečenog sledi zaključak da ZPP ne menja dosad važeća načela sudske prakse koja se tiču terapijskog informisanja pacijenta o neželjenim dešavanjima u okviru lečenja, nego ih samo kodifikuje (Schelling, Warntjen, 2012, 508).

Ako pacijent izričito ne pita za grešku u lečenju, tada je ordinirajući lekar dužan da o saznatljivim greškama obavesti pacijenta samo onda kad je to potrebno radi otklanjanja opasnosti od štete po njegovo zdravlje.

⁴ Međutim, opšte je gledište da ova staleška zabrana ne važi ako je izjašnjenje potrebno radi zaštite opravdanih interesa pacijenta (Spickhoff, 2013a, 273).

⁵ *Uzorna pravila za nemačke lekarke i lekare*, Par. 29, st. 1 i 4.

Ukoliko takve opasnosti nema, tada nema ni obaveze obaveštavanja o grešci u lečenju, jer lekar ima samo dužnost da se stara o zdravlju pacijenta, a ne sveobuhvatnu obavezu staranja (BT-Dr 17/10488, 21).

3.3. Ograničenje na saznatljivu grešku u lečenju

ZPP obavezuje na obaveštenje o vlastitoj i tuđoj grešci samo onog ordinirajućeg lekara za koga su „saznatljive okolnosti koje opravdavaju pretpostavku greške u lečenju.” Ako lekar grešku u lečenju, odnosno bolje rečeno, neželjeni događaj ili komplikaciju nije spoznao, iako je ona bila možda saznatljiva, tada njemu nije moguće da je odgovarajućom informacijom potvrdi (Schelling, Warntjen, 2012, 508). Pozivanjem na ordinirajućeg lekara implicitno se razjašnjava da njegovo posebno znanje o toku lečenja treba uzeti u obzir i kad bi ono objektivnom posmatraču moglo biti nepoznato. U slučaju kad je reč o informaciji koja se tiče vlastite greške u lečenju, bitno je da li je ordinirajući lekar mogao spoznati da je on sam načinio grešku, a nije bitno da li bi neki drugi lekar, koji tok lečenja ne zna, grešku u lečenju spoznao. To znači da dužnost obaveštavanja o vlastitoj grešci u lečenju ima širi doseg nego dužnost takvog obaveštavanja o tuđim greškama (Wagner, 2012, 796). Po drugom gledištu, pretpostavke obaveštavanja su u oba slučaja identične (Spickhoff, 2013a, 273).

Opseg obaveštenja o tuđoj grešci u lečenju zavisi odlučujuće od toga da li je ordinirajući lekar dužan da trenutnu sumnju na grešku prati i da se aktivno trudi oko razjašnjenja stanja stvari. U Obrazloženju Nacrta za ZPP i u pravnoj teoriji na to pitanje je dat negativan odgovor. Jer ZPP kaže da greška za lekara mora biti „saznatljiva.” Saznatljivost greške u lečenju mora se ocenjivati na osnovu onih okolnosti koje su lekaru u toku lečenja postale poznate, bez daljih ispitivanja (Wagner, 2012, 796).

3.4. Podsticaj na ispunjavanje obaveze informisanja o grešci u lečenju

Lekar koji ne informiše pacijenta o grešci u lečenju, iako je bio pitan ili je to trebalo da učini u interesu pacijentovog zdravlja, ne snosi nikakve pravne posledice po ZPP. U slučaju kad postoji oštećenje zdravlja koje bi se obaveštenjem o vlastitoj grešci dalo otkloniti, lekar je inače odgovoran, ali njegova odgovornost ne biva jačom zbog propusta u obaveštenju (Wagner, 2012, 796).

Međutim, da bi podstakao lekare da obelodane vlastitu grešku u medicinskom tretmanu, zakonodavac je prihvatio načelo *Nemo tenetur seipsum accusare* (niko nije dužan da optužuje ili okrivljuje samog sebe). Naime, u kaznenom postupku protiv ordinirajućeg lekara

i njegovih srodnika, obaveštenje o njihovim greškama ne sme se koristiti kao dokaz. Ta odredba ZPP doslovice glasi: „Ako se ordinirajućem lekaru ili nekome od njegovih srodnika navedenih u par. 52, st. 1 Zakona o krivičnom postupku potkrala greška u lečenju, u krivičnom ili u prekršajnom postupku koji se vodi protiv ordinirajućeg lekara ili protiv njegovog srodnika, informacija iz rečenice 2. ovog stava može se upotrebiti u cilju dokazivanja samo uz saglasnost ordinirajućeg lekara” (par. 630c, st. 2, rečenica 3).

Smatra se da će ova procesnopravna privilegija biti podstrek ordinirajućem lekaru da ukaže na svoju grešku u lečenju. Veća spremnost da se greška obelodani vodi nužno ka poboljšanju kulture izbegavanja grešaka i, konačno, ka ciljanoj javnosti koja jača prava pacijenata (Thole, 2013, 147). Nekima, međutim, ova privilegija izgleda suviše mala da bi mogla podsticati na obaveštavanje o vlastitim greškama. Oni misle da je lekaru koji ukaže pacijentu na vlastitu grešku u lečenju zakonom trebalo garantovati zaštitu od krivičnog gonjenja ako je greška učinjena iz nehata (Wagner, 2012, 797). Drugi opet smatraju da ovom propisu o privilegiji nije bilo mesto u GZ, nego u Zakonu o krivičnom postupku, i ujedno postavljaju pitanje zašto nije regulisano koje pravne posledice ima informacija o lekarskoj grešci u parničnom postupku protiv lekara (Montgomery, Brauer, Hübner, Seebohm, 2013, 151). Pored toga, pitaju se: Treba li ovu informaciju ordinirajućeg lekara vrednovati kao priznanje? Domašaj i relevantnost zabrane korišćenja ove informacije u dokazne svrhe ostaju nejasni, prema njihovom mišljenju (Montgomery, Brauer, Hübner, Seebohm, 2013, 151).

4. ODGOVORNOST ZBOG GREŠKE U LEČENJU PACIJENTA

4.1. Pojam lečenja u užem i širem smislu

Pravni pojam lečenja podrazumeva sve zahvate i terapijske mere preduzete na čovečijem telu, da bi se bolest, patnje, telesna oštećenja ili duševne smetnje nebolesne prirode sprečile, prepoznale, izlečile ili barem ublažile (Laufs, Uhlenbruck, 2002, 106–107). To bi bilo stvarno lečenje ili lečenje u užem smislu, koje po par. 630a, st. 1 GZ čini tipičnu ili glavnu ugovornu obavezu lekara prema pacijentu.

Međutim, obaveza lečenja iziskuje i izvesne verbalne postupke lekara prema pacijentu, koji su, takođe, predmet ugovora o lečenju. Radi se, naime, o obavezi da se pacijent obavesti o određenim činjenicama. To obaveštenje može biti u funkciji lečenja ili u funkciji slobodne pacijentove odluke da na lečenje pristane ili da ga

odbije. Stoga se u teoriji i praksi pravi razlika **između obaveštenja radi sigurnosti ili terapijskog obaveštenja**, s jedne strane, i **obaveštenja radi samoodređenja**, s druge strane (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 45; BT-Dr 17/10488, 17).

Terapijsko obaveštenje shvata se kao nužan sastavni deo propisnog lečenja, kao sporedna ugovorna obaveza, čije neispunjenje ili neuredno ispunjenje predstavlja grešku u lečenju koju pacijent treba da dokaže (Laufs, Katzenmeier, Lipp, *op. cit.*; Geiß, Greiner, 2009, 113). Ono ima karakter saveta koji lekar daje pacijentu, uputstva kako da se pacijent ponaša za vreme i posle medicinskog tretmana, da bi se obezbedio uspeh lečenja (Giesen, 1995, 120–121). Pošto je pacijent dužan da saraduje sa lekarom u sprovođenju lečenja (par. 630c, st. 1 GZ), on mora znati šta sam treba da čini radi podrške lekarevim nastojanjima. Budući, međutim, da je pacijent laik, lekar je dužan da mu „na razumljiv način” razjasni šta treba da radi kako bi ispunio svoju obavezu saradnje (Giesen, 1995, 120–121). Savet koji lekar daje pacijentu predstavlja **terapiju u širem smislu** (Ankermann, 1995, 1–17). Iz ponašanja nepoučenog i neupozorenog pacijenta kojim se njegova saradnja sa lekarom odmaže, lekar ne sme zaključiti da se pacijent odriče lečenja: „Ako pacijent u ambulanti ne sačeka predviđeno naknadno ispitivanje i napusti bolnicu bez pouke o posledicama svog načina ponašanja, lekar može biti dužan da ga ponovo pozove da dođe, kako bi ga obavestio o potrebi i hitnosti određenih terapijskih mera.”⁶

ZPP stoji, takođe, na stanovištu da terapijsko obaveštenje valja tretirati kao sporednu ugovornu obavezu lekara, pa ga zato reguliše u par. 630c, st. 2 GZ. Tu je rečeno da obaveštenje lekar mora dati „na početku ili tokom lečenja.” I u obrazloženju Vladinog Nacrta za ZPP istaknuto je da se radi o posebnim informacijama koje potpadaju pod **lečenje u širem smislu** (podvukao aut.) (BT-Dr 17/10488, 21). Zato povreda obaveze terapijskog obaveštavanja vodi ka odgovornosti zbog greške u lečenju, a ne ka odgovornosti zbog greške u obaveštavanju (Wagner, 2012, 792).

4.2. Odstupanje od medicinskog standarda kao greška u lečenju

4.2.1 Pojam medicinskog standarda

Najvažniji osnov odgovornosti lekara čini greška u lečenju pacijenta. U najopštijem smislu, greška označava negativno odstupanje od medicinskog standarda. Drugim rečima, načelno je ispravno samo ono lečenje

koje odgovara medicinskom standardu. I ZPP (par. 630a, st. 2 GZ) propisuje da „lečenje mora da se vrši prema opštepriznatom stručnom standardu koji postoji u trenutku lečenja, ukoliko nije ugovoreno nešto drugo.” Zakon ne određuje bliže šta stručni standard znači, a u medicini i u pravnoj nauci pojam standarda je relativno neodređen (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 316). Najčešće se koristi definicija koju je dao čuveni nemački hirurk *Carstensen*: „Standard u medicini predstavlja svagdašnje stanje prirodnih nauka i lekarskog iskustva, koje je potrebno za postizanje cilja medicinskog tretmana i koje se potvrdilo u praksi” (Carstensen, 1989, 1737).

Međutim, za lečenje u svakoj oblasti medicine važi tzv. standard lekara specijaliste. Individualna znanja i sposobnosti lekara pojedinaca nisu od značaja. „Načelno, lekar ima da odgovara za svoj postupak koji protivreči medicinskom standardu i onda kad bi taj postupak, sa njegovog ličnog stanovišta, subjektivno mogao izgledati kao oprostiv... Nevođenje računa o medicinski potrebnom načinu ponašanja znači odstupanje od standarda lekara specijaliste koji je merodavan za odgovornost, i zasniva grešku u lečenju nezavisno od ličnih sposobnosti ordinirajućeg lekara.”⁷ Oprostaju po meri par. 280, st. 1, rečenica 2 GZ nema, dakle, mesta u pravu koje se tiče lekareve odgovornosti. Zato, da bi stekao znanja koja su mu potrebna, lekar mora, po pravilu, da se stalno usavršava i da čita stručne časopise merodavne za odgovarajuću oblast medicine (BT-Dr 17/10488, 19).

Naučno saznanje, lekarsko iskustvo i prihvatanje u okviru lekarske profesije čine, dakle, bitne elemente pojma medicinskog standarda. Međutim, taj pojam lekari opisuju i na mnogo jednostavnije načine: „ono što je u medicinskoj profesiji uobičajeno, poželjno ili potrebno”, „dobra lekarska praksa”, „kvalitetno lečenje” ili „savremena dostignuća medicinske nauke i tehnike” (Ulsenheimer, 2003, 18). U suštini, radi se o **normativnim stručnim pravilima**, koja pripadnici lekarskog zanimanja sami određuju. Za svaku zasebnu vrstu lečenja postoji zaseban medicinski standard. Zbog ograničene mogućnosti da se do njega dođe, postojeća medicinska znanja nisu uvek sigurna, nego se svode na čistu verovatnoću. Ali postupanje lekara i u oblasti nesigurnih znanja vezano je za standard (Velten, 2000, 126–127). Ocena šta se u slučaju spora može označiti kao standard jeste pravno pitanje koje treba da reši sud. Ali pošto sudiji nedostaju potrebna medicinska znanja, o tome će *de facto* odlučiti veštak, tj. specijalista za određenu oblast

⁶ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, *Medizinrecht*, 2/1991, 86.

⁷ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 6. 5. 2003, *Versicherungsrecht*, 26/2003, 1128–1130.

medicine. „Sudija ne sme bez veštaka da medicinski standard utvrdi sam, vlastitom pravnom ocenom.”⁸

Medicinski standard ispoljava se, u prvom redu, u jednoznačnim pravilima kojih se moraju pridržavati svi lekari. Takav je, na primer, slučaj sa pravilima o higijeni prilikom davanja injekcija i transfuzije ljudske krvi, kao i sa pravilima o organizaciji lečenja. Ta pravila čine tzv. „bazični” ili osnovni standard (Kresse, 2007, 394). Pored tih mera, osnovni standard obuhvata i one dijagnostičke i terapijske postupke koji važe kao „opštepriznati”, tj. čija je primena u sličnim situacijama prihvaćena barem od strane pretežnog broja lekara. Na postojanje određenog osnovnog standarda ukazuju odgovarajuća uputstva ili direktive stručnih medicinskih udruženja (Kresse, 2007, 394)

Bitno je da medicinski standard nije statička veličina koja u svako vreme, na svakom mestu i pod svim okolnostima ima istu vrednost. On je istorijski uslovljen i podleže stalnim promenama. Zato se obično kaže da je standard **dinamička kategorija**. Promenljivost je bitna odlika standarda. On se menja sa povećanim mogućnostima medicinske nauke i prakse, i u tom smislu predstavlja „veštinu mogućeg”, mada se ne može odrediti tačan dan ili sat od kada se neki nov postupak preobraća u standard (Schreiber, 1995, 4). Pored toga, standard lekara koji rade u naseljima drugačiji je od standarda lekara u bolnicama, a u regionalnoj bolnici drugačiji je nego li lekara u univerzitetskim klinikama (Franzki, 1994, 174).

4.2.2 Medicinski standard i načelo slobode izbora metoda lečenja

ZPP naređuje da se lečenje obavlja prema stručnom standardu, ali dopušta i mogućnost da se ugovori „nešto drugo.” Sem toga, nemačka teorija i praksa stoje na stanovištu da standard ne sme ograničavati lekarevu slobodu terapije. Za razliku od standarda industrijskih proizvoda, medicinski standard ne obavezuje lekare na bezuslovno poštovanje, jer bi to bilo nespojivo sa načelom slobode izbora metoda terapije (Laufs, 1999, 626). Odstupanje od standarda nema karakter greške u slučaju kad lekar smatra da stanje bolesti pacijenta to iziskuje. Slepno pridržavanje medicinskog standarda može čak predstavljati lekarevu grešku. Odlučujuća je medicinska uverljivost razloga zbog kojih se od standarda odstupa (Hart, 1998, 13). Lekar može da izabere one dijagnostičke i terapijske metode koji, po njegovom uverenju, obećavaju najveće koristi za pacijentovo zdravlje. Utoliko se može reći da medicinski standard ne dira u

kompetenciju i odgovornost lekara za ispravnu odluku. „Sloboda terapije i prostor za ocenu potrebni su kako radi zaštite bolesnika, tako i lekara da se obojica ne bi potčinili standardu koji ih uvek orijentiše samo prema statističkom tipu i iz kojeg, prema tome, ništa ne može neposredno sledovati za konkretan slučaj” (Buchborn, 1993, 330). Statistički standard kvaliteta industrijskih proizvoda nema svoj pandan u medicini. „Ne postoji standardni pacijent sa standardnom bolešću, koga bi mogao da izleči jedino standardni lekar, standardnim postupkom” (Seifert, 1999, 153, 161).

Međutim, lekareva sloboda terapije nije bezgranična. Sudska praksa je toj slobodi odredila uske granice, kako bi se garantovao minimalni medicinski standard i pacijent sačuvao od terapijskih pustolovina (Franzki, 1994, 173). Istina, sudovi se ne mešaju u sporove između lekara koji zastupaju stavove različitih medicinskih škola, ali se ipak može reći da važi ovo pravno stanovište: Ukoliko su saznanja medicinske nauke sigurnija, utoliko standardni terapijski postupak pouzdanije obećava uspeh, utoliko je lekar jače vezan za njega i ima jaču obavezu da navede razloge zbog kojih želi da od njega odstupi (Franzki, 1994, 173).

Medicinski standard ne obuhvata uvek samo jedno jedino pravilo ispravnog ponašanja, nego može ukazivati i na mogućnost različitih metoda lečenja. Lekar je slobodan da izabere one dijagnostičke i terapijske mere za koje veruje da su za konkretnog pacijenta najpodesnije i najdelotvornije. On ne mora uvek da izabere „najsigurniji put”, ali veći rizik mora imati svoje opravdanje u osobenostima konkretnog slučaja ili u povoljnijim prognozama izlečenja. Srž odgovornog izbora terapije čini savesno odmeravanje koristi i rizika (Laufs, Uhlenbruck, 2002, 19–20). Lekareva sloboda terapije ima svoje granice tamo gde je nadmoćnost nekog drugog postupka opštepriznata. Ne primeniti njega u takvom slučaju bila bi greška koju ni pristanak pacijenta ne bi mogao da isključi (Rumler-Detzel, 1989, 1008–1009).

Načelno, lekar može da primeni i nove metode lečenja koji se još nalaze u fazi ispitivanja, ako je u stanju da to opravda odgovornim odmeravanjem šanse i rizika za pacijenta. Ali ako ne primeni takve metode, ne čini grešku u lečenju jer pravo izbora metode lečenja ne pripada i pacijentu (Steffen, 2006, 93). S druge strane, ako je nova metoda sa manjim rizikom, ako manje opterećuje pacijenta ili obećava bolje šanse za izlečenje, a u medicinskoj nauci suštinski nije sporna, tada zastarela metoda više ne zadovoljava standard kvaliteta i njena primena ima se smatrati greškom (Ulsenheimer, 2003, 28).⁹

⁸ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 29. 11. 1994. godine, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1995, 777.

⁹ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 26. 11. 1991, *Medizinrecht*, 4/1992.

5. TERET DOKAZIVANJA KOD ODGOVORNOSTI ZA GREŠKE U LEČENJU I OBAVEŠTAVANJU PACIJENTA (PAR.630h GZ)

5.1. Teškoće dokazivanja u parnicama protiv lekara

Za pacijenta koji zahteva naknadu štete izazvane lekarskom greškom veliku teškoću predstavlja, po pravilu, dokazivanje uslova lekareve odgovornosti. On nema potpun uvid u rad svoga lekara, a kao medicinski laik nije u stanju ni da oceni čin lečenja. S druge strane, i lekarska iskustvena znanja su ograničena. Lekar svojim medicinskim merama deluje na živi čovekov organizam, čije biološke i fiziološke reakcije nisu potpuno predvidjive i savladive. One u mnogome izmiču pravilima strogih prirodnih zakona i mogu biti vrlo različite, u zavisnosti od konstitucije pacijenta, stadijuma bolesti i psihičkog stanja pacijenta (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 382).

Na osnovu mnogih nepoznanica, nije moguće da se već iz samog neuspeha lekarevih postupaka zaključi o njegovoj grešci, niti se iz dokazane greške može bez dvoumljenja steći uverenje o njenoj uzročnoj vezi sa nastalom štetom za pacijentovo zdravlje. Dokazivanje uzročne veze upravo je osobito teško, jer narušavanje pacijentovog zdravlja tokom medicinskog tretmana može počivati ne samo na grešci, nego i na bolesti ili na ostalim okolnostima čiji se uticaji ne smeju svaliti na lekara, kako bi se izbegla odgovornost za slučaj (Lufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 383).

Opšte je pravilo nemačkog prava da pacijent mora da dokaže grešku u lečenju, uzročnu vezu između greške i štete i krivicu lekara. Međutim, to je pravilo sudska praksa, tokom vremena, sve više modifikovala pomoću dokaznih olakšica, kako bi se sprečilo da materijalno opravdana potraživanja pacijenata propadnu zbog procesnih zahteva. Te dokazne olakšice, koje sežu sve do premeštanja tereta dokazivanja, igraju značajnu ulogu u parnicama protiv lekara i zdravstvenih ustanova (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 385–386).

5.2. Premeštanje tereta dokazivanja u korist pacijenta

Najvažnije dokazne olakšice u korist pacijenta sastoje se u premeštanju tereta dokazivanja (*Beweislastumkehr*). One su u celosti delo sudske prakse, i zakonodavac ih je sada objedinio u par. 630h GZ. Izložene su u pet stavova ovog paragrafa i raspoređene u šest grupa slučajeva, koje je odredio Savezni vrhovni sud Nemačke. On je za te slučajeve imao svoje čvrste pravne stavove, koji su važili kao posebna pravna pravila o premeštanju tereta dokazivanja u parnicama zbog grešaka u lečenju

i obaveštavanju pacijenta. Paragraf 630h GZ sadrži sažetu i sistematizovanu reprodukciju tih pravila koja su merodavna za sve ugovore o medicinskom tretmanu (BT-Dr 17/10488, 27). Njima je ozakonjena „procesna jednakost oružja” ugovornih strana putem odstupanja od opštih načela o teretu dokazivanja po par. 280, st. 1 GZ (Olzen, Metzmacher, 2012, 276).

Premeštanje tereta dokazivanja znači, u stvari, prenošenje tereta dokazivanja sa parnične strane koja je po opštevažećem pravilu dužna da ga snosi, na drugu stranu u sporu. Zakonodavac to može da učini propisujući pretpostavku da ono što tužilac treba da dokaže kao osnov svoje tužbe već postoji. Ta pretpostavka je relativna i protivna strana može je osporavati. Pošto te pretpostavke dopuštaju izuzetno odstupanje od opšteg pravila o dokazivanju, za njih važi princip enumeracije (Spickhoff, 2013, 278). Držeći se toga principa, ZPP propisuje u par. 630h GZ šest pretpostavki u korist pacijenta. Četiri od njih važe za odgovornost zbog grešaka u lečenju, a dve za odgovornost zbog grešaka u obaveštavanju pacijenta (Wagner, 2012, 791). Njihov zakonski redosled je sledeći:

5.2.1 Potpuno savladiv rizik lečenja

Par. 630h, st. 1 GZ propisuje da se greška ordinirajućeg lekara pretpostavlja „ako se ostvario opšti rizik lečenja,¹⁰ koji je za lekara bio potpuno savladiv i koji je doveo do povrede života, tela ili zdravlja pacijenta.” Bitno je da se radi o riziku kojim lekar objektivno može potpuno vladati, jer o tome postoje sigurna saznanja. Nije, međutim, bitno da li je rizik u konkretnom slučaju mogao da bude izbegnut. Stvarna mogućnost da se rizik izbegne, prema tome, je irelevantna. Odlučujuće je pridodavanje rizika području koje organizuje i njime gospodari lekar, odnosno zdravstvena ustanova (BT-Dr 17/10488, 28). Pojam „potpuno savladivog” rizika treba, dakle, shvatiti kao normativni pojam (Kunz-Schmidt, 2009, 519).

Da bi se aktivirala zakonska pretpostavka o grešci u lečenju, pacijent mora najpre dokazati svoju pretrpljenu štetu i da je ona nastala tako što se ostvario rizik lečenja koji je za lekara „potpuno savladiv.” Razlog za ovo pravilo jeste potreba za naročitom zaštitom pacijenta kome dešavanja u oblasti organizacije rada i rizika onoga što lečenje obavlja ostaju, po pravilu, nepoznata. Stoga on mora verovati da će onaj ko lečenje vrši učiniti sve što je

¹⁰ Zakonodavcu je posebno zamereno što nije uzeo u obzir i poseban rizik lečenja kao što je, na primer, rizik od krvarenja prilikom operacije krajnika kojim se može vladati. Ako dete posle operacije zbog krvarenja u oblasti krajnika umre, tada nije u pitanju „opšti”, već „posebni rizik lečenja” (Deutsch, 2012, 2011).

potrebno kako bi ga zaštitio od tipičnih opasnosti koje su povezane sa lečenjem (BT-Dr 17/10488, 28; Geiß, Greiner, 2009, 169).

Kao primeri „potpuno savladivih rizika” u praksi su priznati sledeći slučajevi: upotreba medicinsko-tehničkih sprava, opekotine pacijenta za vreme operacije, štete izazvane nepropisnim postavljanjem pacijenta na operacioni sto, neudaljavanje pribora za operaciju od operacionog područja, i nedostaci u oblasti higijene (Olzen, Metzmacher, 2012, 276).

Najveću grupu čine, dakle, rizici koji potiču iz oblasti koordinacije i organizacije samog lečenja, kao što su higijenski standard i sigurnost pomoćnog osoblja u bolnicama. Bezbednost tog područja dužan je da garantuje jedino lekar, odnosno zdravstvena ustanova. Ako tu dođe, na primer, do infekcije, odnosno oštećenja pacijenta, tada njega treba naročito zaštititi, jer kod nedostataka u oblasti higijene ili grešaka u koordinaciji i organizaciji toka lečenja, savladivost potencijalnih izvora opasnosti spada, po pravilu, isključivo u oblast organizacije i rizika one strane koja obavlja lečenje. Zato, u ovoj oblasti treba poći od pretpostavke da postoji povreda dužnosti ako se ostvari rizik i dođe do pacijentove smrti ili povrede tela ili narušenja njegovog zdravlja (BT-Dr 17/10488, 28). Međutim, stvar stoji drugačije u slučaju kad se oštećenje zdravlja, doduše, desilo u području čijim rizicima osoblje bolnice može i mora potpuno da gospodari, ali je dodatno postojala neka nepoznata i neočekivana dispozicija pacijenta (na primer, usled anatomske oblike) koja ga čini podložnim ostvarenom riziku. Tada je u pitanju područje opasnosti kojim se više ne može neograničeno vladati, pa zato dolazi do primene opštih pravila po kojima je pacijent dužan da snosi pun teret dokazivanja za povredu obaveze (Geiß, Greiner, 2009, 184).

Ako su se stekli uslovi iz par. 630h, st. 1 GZ tada, u stvari, postoji *prima facie* dokaz o lekarevoj nepažnji, koji se preobraća u pretpostavku o grešci u lečenju (Deutsch, 2012, 2011). Lekar, međutim, može tu pretpostavku da obesnaži suprotnim dokazom. Tačnije rečeno, on može da dokazuje da greška u lečenju koja predstavlja povredu dužnosti ne postoji ili da nedostaje osnov za pretpostavku o grešci (BT-Dr 17/10488, 28).

5.2.2 Pristanak i obaveštenje pacijenta

Par. 630h, st. 2 GZ uređuje teret dokazivanja u vezi sa obaveštenjem i pristankom pacijenta na određenu medicinsku meru. Lekar treba da dokaže da je pribavio pristanak pacijenta i da ga je propisno obavestio. Ovo pravilo važno je i ranije kod deliktne odgovornosti, jer se polazilo od shvatanja da je i medicinski zahvat u čovekovo telo protivpravan i da ga može opravdati samo

pristanak obaveštenog pacijenta. Novim propisom to je pravilo prilagođeno i ugovornoj odgovornosti, jer prema opštim načelima ugovorne odgovornosti iz par. 280, st. 1 GZ, pacijent bi morao dokazivati svoje tvrdnje da je obaveštenje izostalo ili da je bilo pogrešno, kao i tvrdnje da lekar nije pribavio pristanak na zahvat (BT-Dr 17/10488, 28). Pošto je novim propisom otklonjena nesaglasnost između ugovorne i deliktne odgovornosti lekara, omogućeno je da oba sistema odgovornosti mogu teći paralelno, jer jedan drugog ne isključuju (Olzen, Metzmacher, 2012, 276).

Međutim, držeći se ideje o „procesnoj jednakosti oružja” i dosadašnje sudske prakse, zakonodavac je priznao pravo lekaru da se pozove na „hipotetički pristanak” pacijenta. Naime, ako se utvrdi da obaveštenje nije bilo propisno, lekar se može braniti prigovorom da bi pacijent pristao na zahvat i da je bio propisno obavešten (par. 630h, st. 2, reč. 2 GZ). Teret izlaganja i dokazivanja tog hipotetičkog, u suštini psihičkog, kauzalnog premešta se sada na lekara. Radi se o veoma neobičnom procesnom prigovoru, koji sudiji nameće težak zadatak. On treba *ex ante* da oceni koji bi argumenti govorili za, a koji protiv odluke pacijenta da na zahvat pristane. Pritom se ne sme rukovoditi svojim vlastitim rešenjem hipotetičke dileme, umesto pacijentovog rešenja. Naprotiv, sud mora voditi računa o čisto ličnim pobudama konkretnog pacijenta. Ali, sudovi se uz to, rukovode ponekad i objektivnim kriterijumima, kao što je na primer, nesrazmera između hitnosti medicinske mere i težine rizika o kome je trebalo dati obaveštenje (Hassner, 2013, 33).

Dokazivanje hipotetičkog pristanka podleže vrlo strogim zahtevima, kako se ne bi potkopalo pacijentovo pravo samoodređenja. Ipak, ako lekar odlučno izloži okolnosti koje govore u prilog hipotetičkom pristanku, pacijent mora pokazati da bi se (i zašto) u slučaju urednog obaveštenja našao pred ozbiljnom dilemom kako da odluči. Međutim, nije potrebno da sud stekne uverenje da bi se pacijent odlučio protiv zahvata, kako bi se potvrdila uzročnost povrede obaveze obaveštavanja za zdravstvenu štetu (Hassner, 2013, 33–34). Pacijent mora samo da pokaže da bi ga uredno obaveštenje stavilo pred ozbiljnu dilemu da li da se saglasi sa zahvatom. Odgovarajuća tvrdnja ili puko ćutanje pacijenta nisu, doduše, dovoljni da bi se predupredilo njegovo zloupotrebljivo pozivanje na povredu obaveštavanja jedino radi lekareve odgovornosti (Hassner, 2013, 34).

Kad se sve izloženo ima u vidu, valja zaključiti da je lekareva odbrana pozivanjem na hipotetički pristanak pacijenta veoma teška. On može samo da pokuša da ukaže na neki pozitivan znak koji bi pacijenta privoleo da pristane na zahvat i pri propisnom obaveštenju. To bi mu moglo poći za rukom u slučaju kad je sprove-

dena medicinska mera bila „apsolutno indikovana”, a nije postojala druga povoljnija alternativa. Na primer: odstranjivanje zloćudnog tumora ili terapija zračenjem pacijenta kome je pretila rana i sigurna smrt (Hassner, 2013, 34). Razume se da lekar može i ovu pretpostavku da osporava suprotnim dokazima.

Lekarev trud da dokaže hipotetički pristanak pacijenta na zahvat, ma koliko bio težak, veoma se isplati. Jer ako u tome uspe, on biva oslobođen od odgovornosti za svaku vrstu štete. I upravo je to zamereno zakonodavcu, što nije prihvatio stanovište po kome povreda obaveze obaveštavanja sama po sebi predstavlja osnov građanske odgovornosti, te da nema mesta pozivanju lekara na hipotetički pristanak, kao što je slučaj po engleskom i francuskom pravu. Sankcionisanjem same povrede obaveze obaveštavanja pacijentova prava bila bi bolje zaštićena (Deutsch, 2012, 2013).

5.2.3. Nedovoljna medicinska dokumentacija

Par. 630h, stav 3. GZ propisuje dokaznopravne posledice povrede obaveze vođenja i čuvanja pacijentove medicinske dokumentacije u skladu sa par. 630f GZ. Ako lekar bitnu medicinsku meru i njen rezultat nije ubeležio u pacijentovu dokumentaciju ili ako pacijentove medicinske dokumente nije sačuvao u roku od deset godina po okončanju lečenja, „pretpostavlja se da on te mere nije ni preduzeo”. Saglasno praksi Saveznog vrhovnog suda Nemačke, kad lečenje obavlja lekar-početnik, radi se uvek o bitnim merama u smislu par. 630h, stav 3. GZ, tako da se i puki rutninski zahvati moraju tačno ubeležiti u dokumentaciju. Povreda te obaveze od strane početnika uslovljava potrebu za zaštitom pacijenta pomoću navedene pretpostavke (DT-Dr 17/10488, 27). Razume se, lekar može i ovu pretpostavku osporavati suprotnim dokazima.

Pretpostavka da određena medicinska mera nije preduzeta olakšava pacijentu dokazivanje lekarske greške u lečenju. Međutim, dokazne olakšice u pogledu uzročne veze između greške i štete po pacijentovo zdravlje ne nadovezuju se neposredno na manjkavost dokumentacije. „Izuzetno, nedostatak u dokumentaciji može posredno zadobiti značaj i za dokaz uzročne veze, ako se lekarska greška koju indikuje izostanak potrebne zabeleške ima vrednovati kao gruba ili ako predstavlja kršenje posebne lekareve dužnosti osiguranja nalaza, te iz tog razloga pacijentu treba priznati lakše dokazivanje uzročne veze”.¹¹ Uprkos svemu, dokazni značaj medicinske dokumentacije ne treba precenjivati. Određena zabeleška zadobija dokazni značaj samo ako je služila lečenju konkretnog pacijenta i odgovarajućem obave-

štenju lekara. Dokumentacija nije unapred određena da bude dokazno sredstvo u parnici protiv lekara. Ako zabeleška nekog podatka nije bila potrebna iz medicinskih razloga, što podleže oceni medicinskih veštaka, ona nije potrebna ni iz pravnih razloga.¹² Zato izostanak takve zabeležbe, sam po sebi, ne dovodi do dokaznih olakšica (Müller, 2001, 491).

Naposletku, treba istaći i činjenicu da nedostatak u dokumentaciji kao takav koristi pacijentu isključivo u pogledu dokazivanja. **On nije zaseban osnov odgovornosti lekara** (podvukao aut.), nije greška u lečenju jer vođenje dokumentacije nije lečenje. Ako je veza između greške u lečenju i štete po pacijentovo zdravlje malo verovatna, ne pomaže ni propust u dokumentaciji. Končno, da je medicinska mera obavljena kako treba, to se može dokazivati i drugim dokaznim sredstvima a ne samo medicinskom dokumentacijom (Deutsch, Spickhoff, 2008, 385).

5.2.4. Nedovoljna sposobnost, osobito operacija lekara-početnika

Par. 630h, st. 4 GZ reguliše slučaj lečenja od strane lekara koji nije dovoljno osposobljen. U stvari, reč je o lekaru-početniku i o njegovoj grešci, za koju se vezuje dokazna olakšica u korist pacijenta. Ovo pravilo se oslanja na par. 630a, st. 2 GZ, po kojem onaj ko drugom obeća lečenje dužan je da to učini prema opštepriznatom stručnom standardu. Ako lekar nije bio osposobljen za lečenje koje je obavio, tada već samo poveravanje lečenja lekaru-početniku predstavlja povredu dugovanog standarda. Lekar ne poseduje potrebnu osposobljenost ako ne raspolaže odgovarajućom stručnom kvalifikacijom. To se odnosi naročito na lekare koji se nalaze na specijalizaciji i na početnike u struci koji još nemaju dovoljno iskustvo (BT-Dr 17/10488, 30). Dopuštanje da operaciju sprovede lekar koji nije bio stručno osposobljen, nemački sudovi poistovećuju sa grubom greškom u lečenju, i za to vezuju iste procesnopravne posledice koje idu na ruku pacijentu. Tačnije rečeno, u nedostatku stručne kvalifikacije operatora, oni vide indiciju za zaključak da je šteta operisanog bolesnika proistekla iz tog nedostatka.¹³

Ako se utvrdi nedovoljna osposobljenost lekara, i ako pacijent dokaže da je pretrpeo povredu svoga tela ili zdravlja, tada postoji pretpostavka da je nedostatak sposobnosti bio uzrok nastale povrede. To odgovara dosadašnjoj sudskoj praksi o greškama početnika (BT-Dr 17/10488, 30). Zakonodavac nije, međutim, hteo da

¹¹ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke (Laufs, Uhlenbruck, 2002, 995).

¹² Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u Naumburgu od 12. 6. 2012, Medizinrecht, 5/2013, 303.

¹³ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 27. 9. 1983, *Arztrecht*, 5/1984, 131.

pretpostavkom o uzročnoj vezi obuhvati i greške pri operaciji uslovljene telesnom ili duhovnom prenapregnutošću lekara posle neprekidnog viščasovnog rada (Olzen, Uzunovic, 2012, 450).

Dopuštenje da lečenje sprovede lekar koji nije ni prosečno kvalifikovan spada u rizike kojima se može „potpuno vladati.” Savezni vrhovni sud Nemačke stoji na stanovištu da potreba za uključivanjem u lečenje lekara koji se nalazi na specijalizaciji ili na praksi nije rizik koji treba da padne na leđa pacijenta (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 413). Ukoliko nije utvrđeno da specijalizant određenom operacijom vlada i teorijski i praktično, nužno je da mu asistira lekar specijalista. Time se u svakoj fazi medicinskog tretmana osigurava standard iskusnog lekara specijaliste (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 413). Ako pacijent prilikom medicinskog tretmana od strane nedovoljno kvalifikovanog lekara pretrpi štetu na svom zdravlju, tada stupa u dejstvo dokazna olakšica u obliku pretpostavke o uzročnoj vezi. To znači da vlasnik bolnice, nadzorni lekar ili čak sam lekar-početnik snosi teret dokazivanja da nastala primarna šteta ne počiva na nedovoljnoj kvalifikaciji, uvežbavanju ili iskustvu lekara koji je lečenje obavio (BT-Dr 17/10488, 39).

Premeštanje ovog tereta dokazivanja na stranu koja je sprovedla, odnosno organizovala lečenje, Savezni vrhovni sud Nemačke obrazlaže osobito pogoršanim procesnim položajem pacijenta: oštećeni bi jedva mogao da izvede dokaz da se kod njega ostvario upravo specijalno povećani rizik od operacije lekara-početnika (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 414). Ali pretpostavku da je uzrok štete nedovoljna kvalifikacija operatora ovaj sud objašnjava, pre svega, time što rizik od operacije početnika stvaraju bolnica i lekari koji treba da se usavršavaju, i koji je podesan da izazove štetu kod pacijenta. A taj je rizik za njih potpuno savladiv rizik. Zato oni moraju, slično kao i u slučaju teške greške u lečenju, da snose rizik nemogućnosti razjašnjenja uzročne veze između nastale štete i povećanog rizika koji su stvorili svojom krivicom (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 414).

5.2.5 Gruba greška u lečenju i obična greška u prikupljanju nalaza

Par. 630h, st. 5 GZ sadrži pravila o premeštanju tereta dokazivanja uzročne veze u dva različita slučaja koje valja zasebno i izložiti.

a) *Premeštanje tereta dokazivanja uzročne veze u slučaju grube greške u lečenju*

U parnicama protiv lekara ovo je najpoznatiji slučaj koji dovodi do premeštanja tereta dokazivanja, i on je regulisan u par. 630h, st. 5, rečenica prva GZ. Po toj

odredbi, ako postoji gruba greška u lečenju određenog pacijenta, a nastupila je u isti mah i njegova smrt, oštećenje tela ili zdravlja, tada se pretpostavlja da je dotična greška bila uzrok tih stvarno nastalih posledica. Ali, uslov za ovu pretpostavku je da je greška bila „načelno podesna” da izazove takvu vrstu posledica. Međutim, nije nužno da je greška u stanju da izazove samo nastalu, niti samo dotle poznatu vrstu štete. „Ako je gruba povreda medicinskog standarda bila, načelno, podesna da prouzrokuje više poznatih ili još nepoznatih vrsta štete po zdravlje, izuzetak od načela premeštanja tereta dokazivanja zbog grube greške u lečenju, po pravilu, ne dolazi u obzir zbog toga što nastala šteta po zdravlje... u merodavnom trenutku još nije bila poznata.”¹⁴

Već je istaknuto da je dokazivanje uzročne veze između lekarske greške i štete po pacijentovo zdravlje posebno otežano. Zbog toga pretpostavka o uzročnoj vezi koja važi za grubu grešku ima veliki praktični značaj. Uprkos tome, pojam grube greške u lečenju je neodređen pravni pojam. Definicija tog pojma nikome nije pošla za rukom, pa ni Saveznom vrhovnom sudu Nemačke (Deutsch, 2012, 2012). U prošlosti je bilo javnih zahteva da ga treba definisati putem zakona, ali je takva definicija izostala. Ovaj neodređeni pravni pojam još nije postavljen na nesporne osnove i zato izaziva različita mišljenja pravnika. Pa ipak, svi se manje-više oslanjaju na mišljenje Saveznog vrhovnog suda Nemačke izraženo u njegovim brojnim odlukama. Evo jedne takve odluke iz novijeg vremena: „Greška u lečenju ima se vrednovati kao gruba ako se lekar nedvosmisleno ogrešio o potvrđena lekarska pravila lečenja ili sigurna medicinska saznanja, i načinio grešku koja, sa objektivnog stanovišta, ne izgleda više razumljiva, jer se ona lekaru apsolutno ne sme potkrasti... Ocena da li grešku u lečenju treba kvalifikovati kao grubu ili kao laku predstavlja **pravnu ocenu** (podvukao. aut.), koju je dužan da izvrši sudija, a ne veštak. Doduše, ocena toka lečenja kao grubo pogrešnog mora imati svoj činjenični osnov u izlaganjima veštaka; ona se ni u kom slučaju ne sme potvrditi protivno njegovim stručnim izlaganjima..., ali to ne znači da sudija ocenu sme prepustiti veštaku... Prihvatanje premeštanja tereta dokazivanja grube greške u lečenju nije sankcija za osobito tešku krivicu lekara, nego se ona vezuje za to što je razjašnjenje obavljenog lečenja, zbog težine greške i njenog značaja za lečenje, na poseban način otežano, tako da se prema načelu savestnosti i poštenja od pacijenta ne može očekivati dokaz kauzaliteta. Stoga je potrebno i dovoljno da pogrešan postupak ne izgleda više razumljiv sa objektivnog

¹⁴ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 19. 6. 2012, *Juristische Rundschau*, 10/2012, 366–368.

medicinskog stanovišta, a ne iz subjektivnih razloga koji leže u ličnosti ordinirajućeg lekara.”¹⁵

Ukoliko se utvrdi da je u pitanju gruba lekarska greška, i da je pacijent pretrpeo štetu na svom zdravlju koju je propisno lekarevo postupanje trebalo da spreči, tada lekar snosi teret dokazivanja da se šteta ne svodi na njegovu grešku (Deutsch, Spickhoff, 333). Drugim rečima, lekar treba da obori pretpostavku o uzročnoj vezi, ako hoće da izbegne odgovornost za štetu. On može da dokaže da njegova greška nije bila generalno podešna da izazove nastalo oštećenje pacijentovog zdravlja. Sem toga, premeštanje tereta dokazivanja ne dolazi u obzir ako lekar dokaže da je svaka uzročna veza između grube greške i povrede pacijentovog zdravlja, na osnovu posebnih okolnosti konkretnog slučaja, „krajnje neverovatna”.¹⁶

b) Premeštanje tereta dokazivanja u slučaju obične greške u prikupljanju nalaza

U par. 630h, st. 5, rečenica 2 GZ doslovce je preuzeto stanovište sudske prakse po kome, prema greškama u dijagnozi, treba imati blaži kriterijum nego prema greškama u prikupljanju i osiguranju medicinski potrebnih nalaza. Sudovi, naime, više zameraju lekarima što nisu prikupili ili osigurali izvesne medicinske nalaze, nego što su prikupljene nalaze pogrešno protumačili. Dijagnoza je, u stvari, **ocena simptoma** koji mogu ukazivati na različite bolesti; sud vrednosti koji zavisi od individualnih znanja i iskustva svakog lekara. S druge strane, prikupljanje i osiguranje medicinskog nalaza, koji prethode dijagnozi i čiji rezultati služe kao osnov za dijagnozu, podleže odgovarajućem stručnom standardu. Neprikupljanje i neosiguranje medicinskog nalaza koji treba da omogući tačnu dijagnozu, pouzdaniji je dokaz lekareve krivice nego li intelektualni promašaji u vidu pogrešne ocene bolesti. Zato pogrešne dijagnoze povlače **privilegovanu odgovornost** lekara, dok za greške u prikupljanju nalaza važe normalne pretpostavke odgovornosti (Bischoff, 2000, 347).

Ova razlika dolazi do izražaja i kad je reč o premeštanju tereta dokazivanja sa pacijenta na lekara zbog grube lekarske greške. Pri oceni težine greške u dijagnozi sudovi su veoma oprezni. Tako je Savezni vrhovni sud Nemačke, u više svojih odluka, istakao da greška u dijagnozi, u smislu interpretacije prikupljenih nalaza, važi kao gruba greška samo ako se radi o **fundamentalnom nerazumevanju** (Laufs, Katzenmeier, Lipp, 2009, 395). S druge strane, on je znatno češće dopuštao da se propusti u prikupljanju nalaza kvalifikuju kao grube

¹⁵ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 25. 10. 2012, *Juristische Rundschau*, 10/2012, 427–429.

¹⁶ Praksa Saveznog vrhovnog suda Nemačke, navedena po DT-Dr 17/10488, 31 (Olzen, Metzmacher, 2012, 277).

greške. Pored toga, više puta je isticao da u nekim slučajevima čak i obične greške u prikupljanju i osiguranju nalaza mogu usloviti premeštanje tereta dokazivanja. To biva u slučaju kad postoji dovoljna verovatnoća da bi se prikupljanjem potrebnog nalaza dobio pozitivan rezultat što obavezuje na reakciju, i ako bi neshvatanje tog nalaza kao fundamentalnog ili nereagovanje na njega predstavljalo grubu grešku (Deutsch, Spickhoff, 2008, 333). Tu praksu tolerisao je i Savezni ustavni sud Nemačke sa stanovišta „jednakosti oružja” (Deutsch, Spickhoff, 2008, 333).

Zato je i zakonodavac odlučio da ovo shvatanje uvrsti u dokazne olakšice koje idu na ruku pacijentu, i da ih spoji sa pravilom o pretpostavci uzročne veze između grube greške u lečenju i štete po pacijentovo zdravlje. Kao što je rečeno, ta pretpostavka iskazana je u par. 630h, st. 5, rečenica 1 GZ. Tu je, u drugoj rečenici, odmah istaknuto da pretpostavka o uzročnoj vezi „važi i onda kad je lekar propustio da medicinski potreban nalaz blagovremeno pribavi ili da ga osigura, ukoliko bi nalaz, sa dovoljnom verovatnoćom, pokazao rezultat koji bi dao povod za dalje mere, i ako bi propuštanje tih mera bili grubo pogrešno.” Naravno, i u ovom slučaju lekar može da osporava hipotetičku uzročnu vezi između svoje greške i pacijentove štete, ali je za uspeh potrebno potpuno uverenje suda, jer je praksa Saveznog vrhovnog suda Nemačke pokazala da čak ni postojanje 90% verovatnoće u uzročnu vezu nije dovoljno (Spickhoff, 2012, 69).

S druge strane, propuštanje da se prikupe potrebni medicinski nalazi može i samo predstavljati grubu lekarsku grešku. U tom slučaju moguće je direktno posegnuti za zakonskom pretpostavkom o uzročnoj vezi između greške i štete; nije potrebno pozivati se na pravilo iz par. 630h, st. 5, rečenica 2 GZ (Spickhoff, 2013b, 1720).

6. ZAKLJUČAK

Iako je članica Evropske unije, Nemačka ima svoje „posebne puteve ka odgovornosti lekara.”¹⁷ Idući tim putevima, ona je stekla vodeću ulogu u oblasti priznanja i zaštite pacijentovih prava, i to bez odgovarajućeg zakona. Mnogo godina pre zakonodavca, nemački sudovi su shvatili i odredili koja prava treba da imaju pacijenti kao korisnici lekarskih usluga, i kako im se može pomoći da ta prava ostvare. S toga ZPP i nije gotovo ništa drugo nego opis preovlađujuće sudske prakse, naročito Saveznog vrhovnog suda Nemačke.

¹⁷ Baš tako glasi naslov rada profesora *Deutsch-a* (Deutsch, 2012).

Zato što ZPP ne donosi ništa suštinski novo, izvesni nemački pravници kažu da je on za njih „veliko razočaranje”, da ne nudi nikakvu pomoć pravosuđu, i da sudije i advokati ne uviđaju potrebu za ovom kodifikacijom. Tvrdi da je „sudijsko pravo” znatno fleksibilnije od zakonskog. Sumnjaju čak i u najavljeni mogućnost ovog zakona da poboljša prava pacijenata, i smatraju da on pacijentima „ne škodi, ali i ne pomaže, on je kao placebo” (Thurn, 2013, 154–157). Međutim, te primedbe ne osporavaju činjenicu da su zakonska pravila, svim zainteresovanim licima, dostupnija od sudskih odluka, i da se njima „garantuje pravna jasnoća i pravna sigurnost učesnicima u zdravstvu.” Jer „samo onaj ko zna koja mu prava i obaveze pripadaju, može zdravstveni sistem osećati kao pravičan.”

Za naše pacijente, lekare i pravnike nemački ZPP posebno je interesantan. Baš zbog toga što je ogledalo sudske prakse koja bi mogla biti uzor našim sudovima, a do koje smo ranije teško dolazili. Naročitu pažnju privlače odredbe ugovora o lečenju, koje je zakonodavac smestio u GZ. One podstiču na razmišljanje da li bi

ugovoru o lečenju moglo biti mesta i u našem budućem Građanskom zakoniku, koji je još u pripremi. U odnosu lekar – pacijent, lekareva je uloga aktivna, a pacijentova manje-više pasivna. Lekarima je lakše da shvate i da rade ono što zakon nalaže kao njihovu obavezu, nego ono što određuje kao pacijentovo pravo. I pacijenti znaju da su lekareve obaveze poledina njihovih prava.

Ovo, međutim, nije jedina stvar na čije nas razmišljanje podstiče ZPP. Pažnju zaslužuju osobito njegove odredbe koje obavezuju lekare da pacijenta obaveste o svojoj i tuđoj grešci u lečenju, kao i odredbe o teretu dokazivanja kod grešaka u lečenju i obaveštavanju pacijenta. Ta pravila predstavljaju neuobičajenu pomoć pacijentima, ne samo u ostvarivanju njihovog prava na zaštitu zdravlja, već i imovinskih interesa povezanih sa lečenjem. Nemačka je, zasad, jedina zemlja u Evropi čiji zakonodavac vidi u tim pravilima sredstvo za održavanje ravnoteže interesa između pacijenta i lekara, put koji vodi smanjenju lekarskih grešaka. Onima koji još nisu spremni da krenu tim putem, ovo bi mogao biti barem ideal kome valja težiti.

Jakov RADISIĆ, PhD
Faculty of Law Kragujevac

Civil liability for mistakes in the treatment of patients and notification in German law on patients' rights

UDC: 349:61(430)
Systematic Scientific Work

SUMMARY

This paper contains an introduction, four separate parts and the conclusion. In the introduction was first exposed patients' rights in Germany before their codification, and then we talk about general characteristics and objectives of the political and legal rights of patients. The first part of paper is dedicated to the treatment contract and his place in the German Civil Code, that set by the legislature. This is about typical contractual obligations of its parties and special responsibilities of doctors to patients. The second part relates to the peculiar duty of doctors to inform patients about their own and others' mistakes in treatment. The third part includes responsibility for mistakes in patient care. Starting from the premise that the mistake is a negative deviation from the medical standard, the author talks about the concept of medical standards and the principle of freedom to choose the method of treatment, and what treatment means. The fourth section deals with the burden of proof for liability for negligent medical treatment and informing the patient. There is, in fact, a word of facilitating evidence in favor of the patient, as it has found and developed jurisprudence, and now these benefits translated into the legal standard which is particularly noticeable feature of the German health medical law.

The author concludes that the German law on patients' rights has a special meaning for patients, doctors and lawyers in Serbia. The special attention is drawn to its provisions regarding the treatment contract, which the legislator settled in the Civil Code. They encourage reflection on whether the contract of treatment has the place in the future Serbian Civil Code which is preparations are underway. In addition, special attention is given to the provisions of the new German law which obliges the doctors to inform the patient of his and someone else's mistakes in treatment,

as well as provisions on the burden of proof in lawsuits against doctors. The author states that Germany is the only one, so far, the country in Europe that legislators in the form of these rules means to maintain a balance of interests between doctors and patients. For those who are not ready to go down that path, this could be at least an ideal to be strived for.

Key words: patient rights, medical errors, medical standards, medical liability, the burden of proof requirements responsibilities

LITERATURA (REFERENCES)

- Ankermann, E. (1995). Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag*, Berlin – New York.
- Arztrecht* (1984), 5.
- Bischoff, R. (2000). Die Haftung des Arztes aus Diagnosefehler oder unterlassenen Untersuchungen, *Festschrift für Karlmann Geiss*, Köln.
- Buchborn, E. (1993). Ärztlicher Standard: Begriff-Entwicklung-Anwendung, *Medizinrecht*, 4, 328-333.
- Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2013, Teil I, Nr. 9, ausgegeben zu Bonn am 25. Februar 2013.
- Carstensen, G. (1989). Vom Heilversuch zum medizinischen Standard, *Deutsches Ärzteblatt*, B-1736.
- Deutsch, E., Geiger, M. (1981). Medizinischer, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, Köln.
- Deutsch, E. (2012). Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, *Neue Juristische Wochenschrift*, 28.
- Deutsch, E., Spickhoff, A. (2008). *Medizinrecht*, Berlin-Heidelberg.

- Drucksachen des Deutschen Bundestag*, 17/10488.
- Franzki, H. (1994). Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, *Medizinrecht*, 5, 171-179.
- Geiß, K., Greiner, P. (2009). *Arzthaftpflichtrecht*, München.
- Giesen, D. (1995). *Arzthaftungsrecht*, Tübingen.
- Hart, D. (1998). Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, *Medizinrecht*, 1, 8-16.
- Hassner, F. (2013). Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und zivilrechtliche Haftung – Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, *Versicherungsrecht*, (64)1, 23-34.
- Juristische Rundschau* (2013), 8.
- Juristische Rundschau* (2012), 10.
- Katzenmeier, C. (2012). Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie. Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz-Regierungsentwurfs, *Medizinrecht*, 9, 576-583.
- Kresse, B. (2007). Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen, *Medizinrecht*, 7, 393-400.
- Kunz-Schmidt, S. (2009). Bedienungsfehler beim Einsatz von Medizintechnik, voll beherrschbares Risiko und nichtärztliche Mitarbeiter, *Medizinrecht*, 27(9), 517-524.
- Laufs, A., Uhlenbruck, W. (2002) *Handbuch der Arztrechts*, 6. Auflage, München.
- Laufs, A. (1999). Zur Freiheit des Arztberufs, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln.
- Laufs, A., Katzenmeier, C. L. (2009). *Arztrecht*, 6. Auflage, München.
- Medizinrecht* (1991), 2.
- Medizinrecht* (1992), 4.
- Medizinrecht* (2013), 5.
- Montgomery, F.U., Brauer, D., Hübner, M., Seebohm, A. (2013). Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft, *Medizinrecht*, 31(3), 149.
- Müller, Gerda (2001). Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, *Medizinrecht*, 10, 487-488.
- Neue Juristische Wochenschrift* (1995), 12.
- Olzen, D., Metzmacher, A. (2012). Erste Überlegungen zum Referentenentwurf für ein Patientenrechtegesetz, *Juristische Rundschau*, 7, 271-278.
- Olzen, D., Uzunovic, H. (2012). Der Behandlungsvertrag im BGB – Ein Vergleich des Referenten und Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Stärkung der Patientenrechte, *Juristische Rundschau*, 11.
- Rumler-Detzel, P. (1989). Therapiefreiheit und Berufspflicht des Arztes, *Versicherungsrecht*, 28, 1008-1010.
- Schelling, P., Warntjen, M. (2012). Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern – Zugleich Überlegungen zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, *Medizinrecht*, 8.
- Schreiber, H.L. (1995). Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument, *Versicherungsrecht*, 1, 3-5.
- Seifert in Lippert, Wienke, Eisenberger (Hrsg) Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung, (Laufs, Adolf /1999/ „Zur Freiheit des Arztberufs“, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln.)
- Spickhoff, A. (2013a). Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, *Versicherungsrecht*, 64(7), 267-281.
- Spickhoff, A. (2013b). Die Entwicklung des Arztrechts 2012/2013, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. 1697-1760.
- Spickhoff, A. (2012). Patientenrechte und Gesetzgebung. Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 3, 65-70.
- Steffen, E., Pauge, B. (2006). *Arzthaftungsrecht*, 10. Auflage, Köln.
- Thole, L. (2013). Das Patientenrechtegesetz – Ziele der Politik, *Medizinrecht*, 31(3), 145-149.
- Thurn, P. (2013). Das Patientenrechtegesetz – Sicht der Rechtsprechung, *Medizinrecht*, 3, 153-157.
- Ulsenheimer, K. (2003). *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Auflage, Heidelberg.
- Velten, W. (2000). *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess*, Baden-Baden.
- Wagner, G. (2012). Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, *Versicherungsrecht*, 19, 789-802.
- Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013.