

Милица Вучковић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrgfni1776479V

UDK: 347.51:618.33

Рад примљен: 01.10.2017.
Рад прихваћен: 30.11.2017.

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕЖЕЉЕНИ ЖИВОТ**

Апстракт: Питање да ли насупрот човековом праву на живот стоји његово право на смрт, у правној теорији и пракси предмет је живе анализе (кроз питања самоубиства, које подлеже морално-религиозном санкционисању, и правно већ уобличене еутаназије). Правнику је неупоредиво теже да размишља о релацији права на живот и «права да се не буде рођен» и са њом повезаним проблемом одговорности једног лица за поступак који је довео до нежељеног живота другог лица. На граници права и метафизике, тврдња о непостојању права на непостојање користи се у аргументацији судова, доктрине и заинтересоване јавности против захтева за надокнаду штете због нежељеног живота. У овом раду се испитује позиција тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота у савременим правним системима.

Кључне речи: нежељени живот, грађанскоправна одговорност, пренатална штета.

1. Увод

Са развојем пренаталне дијагностике поставља се и питање права човека на живот без одређених врста хендикепа, као и права човека да има жељено потомство. Или, ако би се држали слова закона, права човека на живот без генетских болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту «Усклађивање права Србије са правом Европске уније», који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

условљених аномалија и ретких болести Републике Србије¹ прокламовано је начело заштите генетичког и репродуктивног здравља² са циљем «очувања и заштите наследног потенцијала сваког појединца као део опште друштвене бриге за здравље» и «улагања у будућност здравља свих.» Пренатална дијагностика има за циљ да се добије здраво и жељено потомство и, ради тога, у њеном спровођењу треба да се утврди или искључи постојање неке генетичке болести, генетички условљене аномалије или ретке болести код ембриона или фетуса³, а информисање трудне жене о чињеници да ће се дете родити са телесним или душевним недостатком једна је од законских индикација за прекид трудноће⁴. Такође, у контексту ове теме, говорило се и о праву човека на непостојање, односно интересу да се не живи са тешким хендикепом (Ruda, 2010: 228), као алтернативи посебно отежаном животу услед постојања одређеног типа хендикепа (Мујовић Зорнић, 2007: 449; Ruda, 2010: 215; Borghetti, 2008: 160; Reinhart, 2001: 1085–1087).

2. Пренатална штета

Пренатална штета је штета настала на нерођеном детету (насцитурусу) у периоду од зачећа до рођења, услед штетног деловања ендогених или егзогених фактора пре зачећа, приликом зачећа, током трудноће или приликом порођаја. Овако широко одређење појма пренаталне штете неопходно је, с обзиром на то да постоје три врсте ове штете. Прва врста, и најстарија спозната, пренатална штета у ужем смислу, представља оштећење насцитуруса у мајчиној утроби спољним утицајем на трудницу (повреда мајке и плода у саобраћајној незгоди, излагање мајке и плода радиоактивном зрачењу, подвргавање мајке терапији лековима опасним по плод, као што је познати случај „талидомида“, конзумирање алкохола и дроге од стране труднице итд.). Друга врста пренаталних штета су генетске штете – оштећења плода под утицајем наслеђа, услед оштећења жлезда једног или оба родитеља (Радишић, 2007: 98–99). Трећа група случајева пренаталне штете, новијег датума, препозната је са напретком у области пренаталне дијагностике и са легализацијом медицински индикованог прекида трудноће. То су случајеви штета због непажње медицинских

1 *Сл. гласник РС*, 8/15.

2 чл. 4 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

3 чл. 26, ст. 1 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

4 чл. 27 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

посленика који су пропустили да детектују штету на плоду или опасност будуће штете по плод, или су то учинили али су пропустили да о томе правилно и потпуно информишу родитеље. У ову трећу групу случајева спадају и штете које су, чињењем или пропуштањем медицинских посленика, у фази контроле трудноће или приликом порођаја, проузроковане на плоду (Мујовић Зорнић, 2007: 443–446).

Надокнађивање пренаталне штете омогућено је ослањањем на концепцију о изједначавању телесног интегритета ембриона са телесним интегритетом рођеног човека (Радишић, 2007: 99–100) и фикцију о насцитурусу (*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodis eius agitur* – Зачето а нерођено дете сматраће се рођеним када је то у његовом интересу) (Carbonnier, 1964: 171–172; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2011: 111). Када се ради о генетским штетама, правна заштита омогућена је на основу схватања о праву на несметани постанак човека (Радишић, 2007: 100).

3. Нежељени живот

Нежељени живот обухвата различите случајеве зачећа и рођења или рођења детета услед лекарске грешке, као што су рђаво извршен или неизвршен индиковани побачај, непрописна стерилизација, изостанак обавештења о преосталом ризику код стерилизације, непредузимање контролног прегледа после стерилизације, избор несигурне методе стерилизације, задоцнела дијагноза нежељене трудноће, неизвршење потребних пренаталних дијагностичких поступака које би довело до извршења индикованог побачаја, недавање савета трудници који би утицао на њену одлуку да се подвргне побачају, изостанак обавештења о ризику по фетус, недиагностиковање инфекције рубеоле код мајке током првих недеља трудноће или изостанак обавештења о уоченој инфекцији, односно невршење побачаја у таквим случајевима итд. (Мујовић Зорнић, 2002: 2). Термин нежељени живот (*wrongful life*) потиче из америчке судске праксе. Први пут се појавио у пракси апелационог суда Илиноиса, 1963. године, у случају *Zepeda v Zepeda*⁵, у ком је ванбрачно дете тужило свог оца за надокнаду штете коју је претрпело водећи нежељени живот ванбрачног детета, због чињенице да је његов отац дао лажно обећање његовој мајци да ће се оженити њоме иако је већ био ожењен (Ruda, 2010: 205; Чолаковић, 2008: 497). Широко је прихваћен у савременом праву (Мујовић Зорнић, 2002: 3), а означава нежељени тегобан живот детета зачетог и рођеног са хендикепом, односно зачетог здравог али рођеног са хендикепом због лекарске грешке (Мујовић Зорнић, 2002: 3–6; Steininger, 2010: 125–126).

5 41 Ill App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.ileagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

Захтев за надокнаду штете због нежељеног живота је захтев детета рођеног са хендикепом истакнут против медицинског посленика ради надокнаде штете због последица живота са хендикепом. Овај захтев поставља дететов законски заступник, најчешће родитељ, против медицинског посленика. Штета због нежељеног живота обухвата “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, да није било погрешног поступања лекара” (Караникић Мирић, 2016: 112). У оквиру овог захтева детета се тврди да би оно било поштеђено тешке егзистенције, било захваљујући одлуци његових родитеља да га уопште не зачну, било захваљујући њиховој одлуци да прекину трудноћу⁶, да није било непажње туженог медицинског посленика. Хендикеп детета које води нежељени живот није по себи последица лекарске грешке, већ је због лекарске грешке дошло до зачећа и рођења, односно рођења тог детета (Steininger, 2010: 150; Ruda, 2010: 204). Ради се о конгениталном хендикепу или генетској болести чије је постојање медицински посленик пропустио да констатује или је пропустио да о томе обавести другог медицинског посленика укљученог у процес здравствене заштите, односно пропустио је да о томе информише родитеље и тиме им ускратио сазнање које је могло бити одлучујуће по питању зачећа или доношења на свет тог детета (Giesen, 2012: 37–38).

4. Грађанскоправна одговорност за нежељени живот

У већини савремених правних система се овакви захтеви редовно одбијају, а у неким правима је чак законом забрањено њихово постављање. Наше законодавство је у том погледу изузетак, будући да је њиме регулисана грађанскоправна одговорност медицинских посленика за нежељени живот, иако не уз употребу тог термина.

4.1. Упоредно право

Већ је речено да је кованица “нежељени живот” (wrongful life)⁷ настала у америчком праву, где 60-их година 20. века почиње одисеја ових тужбених

6 Предуслов за правну прихватљивост тужби због нежељеног живота јесте допуштеност прекида трудноће из разлога еугеничке природе. У неким правима ови разлози за прекид трудноће нису признати законом (нпр. у немачком, италијанском и ирском праву) (Ruda, 2010: 207–208).

7 У правној теорији је указивано на неадекватност овог термина, за који се сматра да представља поједностављено виђење сукоба интереса правних субјеката у оваквим случајевима. Истиче се да се ради, не о вредновању живота, односно претпостављању непостојања тзв. нежељеном животу, већ оно што је у оваквим случајевима нежељено

захтева⁸, која се, изгледа, неславно завршила⁹. У само три државе се усвајају тужбени захтеви за *wrongful life* (Њу Џерси, Вашингтон и Калифорнија)¹⁰. У осам америчких држава (Ајдахо, Индијана, Мичиген, Минесота, Мисури, Пенсилванија, Јужна Дакота и Јута) законом је забрањено подизање и тужби за нежељено рођење и тужби за нежељени живот, док је у једној (Северна Дакота), забрањено само подношење тужби због нежељеног живота (Ruda, 2010: 206; Мујовић Зорнић, 2002: 55–58; Чолаковић, 2008: 497–498).

Немачка је такође једна од држава у којој у судској пракси постоји негативно опредељење спрам основаности тужбених захтева због нежељеног живота, са једнодушним образложењем да је одлучивање о њима супротно уставним одредбама о поштовању људског достојанства. Правна теорија се не одликује тим униформним скептицизмом судске праксе и износи и такве закључке као што је онај да медицински посленици имају дужност према нерођеном детету да његовим родитељима омогуће доношење одлуке која би спречила мучан и тегобан живот са озбиљним психичким и физичким оштећењима (Ruda, 2010: 206; Мујовић Зорнић, 2002: 58–59; Чолаковић, 2008: 499).

Израел је до 2012. године био један од ретких правних система са посебним местом за право болесног детета на надокнаду штете због нежељеног живота. И не само то. У овој држави су и мањи и не толико тешки конгенитални хендикепи бивали поводом за успешно утужење штете (Mor, 2014: 114). Маја 2012. године дошло је до изјашњења Врховног суда Израела којим је стављена тачка на ову правну реалност (Mor, 2014: 113). Овај суд је, у случају «Hammer»¹¹, коначно искључио могућност усвајања тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота. Тиме је

или погрешно (*wrongful*) јесте непажљиво поступање одговорног лица, којим је родитељима оштећеног детета ускраћена могућност одлучивања о незачећу, односно о прекиду трудноће. Верује се чак да је управо та терминологија, која носи са собом бреме емотивног реаговања и моралног и менталног шока, допринела садашњој судбини оваквих тужбених захтева, будући да се чини као да тужени доводи у питање сам људски живот и вредност постојања (Ruda, 2010: 205).

8 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

9 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

10 Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980), No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983), 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

11 CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

прекинуто вишедеценијско светско «лидерство» Израела у досуђивању надокнада штете у различитим случајевима нежељеног живота. Овоме је, симптоматично, претходило решење предложено од стране специјалног комитета израелског Министарства правде, усмерено на заснивање објективизираниог управноправног приступа, којим би биле замењене деликтне тужбе грађанског права за надокнаду штета због нежељеног живота и успостављен један вид система социјализације одговорности за случајеве нежељеног живота (Мог, 2014: 116).

У Француској је, након одлуке Касационог суда у случају «Perruche»¹² 2000. год, у којој је суд констатовао да дете рођено са хендикепом изазваним вирусом рубеоле има право на надокнаду како материјалне тако и нематеријалне штете, због тога што су лекар и лабораторија, скривљеним кршењем уговора у реализацији пренаталне дијагностике, спречили мајку детета да врши своје право на прекид трудноће, дошло до бурних реакција у стручној и широј јавности. Овом одлуком је започета судска пракса усвајања захтева за надокнаду штете због тзв. «нежељеног живота», која, међутим, није потрајала. На одлуку у случају „Perruche“ француска стручна и шира јавност је бурно реаговала. Резултат те друштвене реакције био је тзв. «Loi Anti-Perruche», Закон о правима пацијената и квалитету система здравствене заштите из 2002. године¹³, којим је забрањено подношење захтева за надокнаду штете због саме чињенице рођења. Ова забрана је постављена једном неспретном формулацијом, јер, како је примећено у правној теорији, она се може заобићи помоћу одговарајућег тумачења, ако се као штета не посматра само рођење, већ последице хендикепа по живот детета (Ruda, 2010: 228–235). Овим законом је било предвиђено успостављање посебног фонда за помоћ хендикепираној деци и њиховим родитељима, али у тај фонд се нису сливала никаква новчана средства, чак ни годину дана по његовом формирању (Giesen, 2012: 40). Европски суд за људска права је у више наврата одлучивао да је поменути закон било повређено право на имовину из чл. 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, тиме што је његовом применом низ особа био ретроактивно лишен права на обештећење за повреду имовинских интереса¹⁴. Услед тога, у Француској се

12 Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>, 26. 08. 2017.

13 Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&dateTexte=20170826>.

14 *Draon v France*, App. no 1513/03, 6. Oct. 2005 Retrieved 31, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe>, *Maurice v France*, App. no 11810/03, 6. Oct. 2005, Retrieved 31, August, 2017,

могу разматрати тужбени захтеви због нежељеног живота засновани на чињеничном стању оформљеном пре ступања на снагу «Anti-Perruche» закона (Giesen, 2012: 40).

У Холандији су захтеви за надокнаду штете због нежељеног живота допуштени почев од 2005. године и одлуке Врховног суда Холандије у случају “Кели”¹⁵, којом је детету рођеном са тешким хендикепом била досуђена надокнада штете за трошкове чувања и неге, са додатним трошковима условљеним хендикепом, као и надокнада нематеријалне штете за душевне болове (Giesen, 2012: 40; Ruda, 2010: 204).

4.2. Српско право

Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести Републике Србије из 2015. године је, у складу са прописаном сврхом пренаталне дијагностике (довођење до здравог и жељеног потомства, дакле, до здравог и жељеног новог живота), предвиђена дужност лекара да “процени да ли постоји и колики је степен вероватноће да ће се дете родити са генетичком болешћу или генетички условљеном аномалијом која је посебно тешка у време њеног откривања”¹⁶.

Прописана је и дужност лекара да упозна трудну жену са тим да има право на генетичко испитивање. Лекар утврђује потребу за генетичким саветовањем тако да се, између осталог, омогући процена ризика да нерођено дете пати од посебно тешке болести и да се трудна жена информише о карактеристикама те болести, начину откривања, терапијским могућностима и сл., имајући у виду и чињеницу да постојање такве болести или опасности њеног развоја код плода представља законску индикацију за прекид трудноће у поступку на захтев трудне жене, под условима предвиђеним законом¹⁷.

Дете рођено са генетички условљеном болешћу или аномалијом која га чини особом са инвалидитетом или га озбиљно и трајно онеспособљава, или му даје лошу животну прогнозу, има право на надокнаду штете. Услов је да поменуто стање код детета није било претходно медицински препознато нити дијагностиковано у току ембрионалног или феталног

from <http://hudoc.echr.coe>.

15 C03/206HR Parket bij de Hoge Raad Retrieved 31, August, 2017, from <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

16 чл. 26, ст. 1 и ст. 2. Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

17 чл. 26, ст. 5 и чл. 27, ст.1 и чл. 6 и 7 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Сл. гласник РС*, 16/95 и 101/05 - др. закон.

развоја. За штету одговара лекар који је поступао противно важећем стандарду медицинске струке или није поштовао медицински протокол и поступао је противно правном стандарду дужне пажње у обављању професионалне делатности. Наглашено је да се штета коју дете трпи у оваквим случајевима не састоји у откривеној генетичкој болести, генетички условљеној аномалији или реткој болести, нити у чињеници да је дете рођено, већ у последицама које због болести, односно аномалије нежељено рођење узрокује у виду повећаних трошкова лечења и неге за дете¹⁸.

Овим законом су у право Републике Србије уведена два нова облика правом признате штете, штета због нежељеног живота, као имовинска штета, и штета због нежељеног рођења, као неимовинска штета, али је и одговорност лекара за ове штете, као последице лекарске грешке, знатно поштрена у односу на општи режим одговорности медицинских посленика, иако закон у оба случаја упућује на примену општих правила о одговорности за штету (Караникић Мирић, 2016: 119–122; Радишић, 1986: 151).

Штетна радња се састоји у пропусту лекара да, у складу са медицинским стандардом, правилно, потпуно и благовремено постави дијагнозу у пренаталном дијагностичком поступку и правовремено и потпуно о њој информисе родитеље детета. Правом признати облик штете у случајевима нежељеног живота у праву Србије је имовинска штета, која се састоји у повећаним трошковима лечења и неге (Радишић, 2007: 98).

Предвиђено је и да се здравствена заштита деце код превенције, дијагностике и лечења генетичких болести и аномалија обезбеђује у најбољем интересу детета¹⁹. По овом закону, код пренаталне дијагностике пацијентом се сматра трудна жена, док нерођено дете ужива моралну и правну заштиту преко мајке²⁰.

18 чл. 33 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

19 чл. 4, ст. 3 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

20 чл. 3, тач. 14 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

5. Аргументи за и против грађанскоправне одговорности за штету у случајевима нежељеног живота

Аргументација присутна у готово свим одлукама које се одречно постављају у односу на тужбе за надокнаду штете због нежељеног живота јесте став да базична правила грађанскоправне одговорности онемогућавају чак и само разматрање захтева из ових тужби. Сматра се да је “класично” хипотетичко упоређивање стања пре и након штетне радње (Differenzhypothese) у овим случајевима неприменљиво. Најпре због тога што овде конкретно треба упоредити стање хендикепираног детета, тј. његов живот са конгениталним хендикепом, са стањем које би постојало да није било лекарске грешке – а то је непостојање²¹. Да није било лекарске грешке, родитељи би донели одлуку да се дете не зачне, односно да се прекине трудноћа која је у току. Самим тим је проблематична и узрочна веза.

Лекарска грешка је довела до зачећа и рођења, тј. до рођења детета. Оно тужи лекара тврдећи да трпи штету због отежаног живота услед присуства хендикепа (Ruda, 2010: 208–210). Потребно је да се испуне три услова да би се установила одговорност за лекарску грешку. Најпре, да постоји штета, затим, да је учињена лекарска грешка и треће, да постоји узрочна веза између штете и грешке (Feuillet, 2011: 141). Противници “wrongful life” тужби налазе да у овим случајевима та узрочна веза не постоји. Тако, у једној од критика чувене одлуке у случају “Perruche” тврди се да штета коју дете трпи није узрокована лекаревим пропустом да дијагностикује хендикеп, већ је штета узрокована вирусом рубеоле којим се дететова мајка заразила током трудноће, док је лекарска грешка довела до тога да се дете роди, уместо да се прекине трудноћа (Feuillet, 2011: 141–142). Међутим, треба имати у виду и то да штета не представља, нужно, погоршање ситуације, већ се може састојати у лишавању могућности добити, без реалног губитка (Ruda, 2010: 217). Такође се постављало питање постојања дужности пажње лекара према зачетом а нерођеном детету. Док су једни били на становишту да таква дужност не постоји и да дете није укључено у заштитно поље уговора о пружању медицинске услуге (Ruda, 2010: 222), други су бранили став да је у случајевима пренаталне и генетске дијагностике неспорно да је свака предузета радња вођена и да мора бити вођена у најбољем интересу детета (Ruda, 2010: 222). Чак и ако изађемо из заштитног поља уговора, преостали простор је покривен општом забраном доношења штете другима, а насцитурус је посебно заштићен у том погледу. У Холандији се судови позивају управо на обухваћеност насцитуруса

21 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

заштитним дејством уговора закљученог између лекара или медицинске установе и трудне жене, односно будућих родитеља (Ruda, 2010: 222). У америчким државама у којима судови усвајају овакве тужбене захтеве постоји став да се ради о “деривираној дужности” (derivative duty) према фетусу, јер дете касније пати због последица повреде дужности пажње лекара према родитељима, као и да се дужност обавештавања родитеља протеже и на личности које још увек нису зачете (Ruda, 2010: 224). На другој страни, у Енглеској се сматра да лекар не дугује никакву пажњу детету, јер се кршење дужности пажње његовим понашањем одиграва у време док је оно још увек фетус²² (Giesen, 2012: 40).

Затим, сматра се да би примена описаног хипотетичког поређења била у супротности са уставном заштитом људског достојанства (Ruda, 2010: 210, Giesen, 2012: 39) и да би такво једно поређење учинило људски живот релативним појмом и мерљивим економским еквивалентима, што би довело до нарушавања неповредивости људске личности (Picker, 1994: 540)²³. Сматра се да светост и неповредивост људског живота представља моралну и уставноправну препреку одлучивању о њима (Ruda, 2010: 208–210; Thiel, 2002: 5–7; Чолаковић, 2008: 499).

У правима у којима је допуштен прекид трудноће једна група индикација је, по правилу, еугеничке природе. Жени се допушта да одлучи да прекине трудноћу уколико се путем пренаталне дијагностике утврди да постоји опасност рођења детета са сметњама у развоју, са генетским аномалијама и сл. (Feuillet, 2011: 144). Тиме је имплицитно речено да неко може да спречи једно рођење и један живот уколико га не жели. Како је у питању законска норма, очигледно је да је друштво постигло консензус о томе да некада неки животи могу да не буду жељени. Уколико друштво и родитељи не желе да се такво дете роди и живи, поставља се питање зашто би требало очекивати да оно само прихвати такав живот. Осим тога, примера ради, тзв. “Anti-Perruche” закон је донет и одмах ступио на снагу највећим делом због штрајкова медицинских радника запослених у области пренаталне дијагностике и бојазни да ће таква судска пракса, покренута одлуком у случају “Perruche”, обесхрабрити будуће посленике медицинске праксе да се баве пренаталном дијагностиком. Ту, дакле, није био главни мотив универзална вредност људског живота.

22 *McKay v Essex Area Health Authority*, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>, Section 1 Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1>.

23 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Такође, у оним правима где је регулисана вештачки потпомогнута репродукција допуштено је, под одређеним условима, уништење ембриона код ког је, у поступку генетског скрининга (тестирања), спроведеног пре имплементације, откривен неки генетски недостатак (Feuillet, 2011: 144).

Поред тога, усвајање тужбеног захтева родитеља због нежељеног рођења потврђује тезу да живот ипак није “светиња” увек, већ да рођење и живот неке особе може, под одређеним околностима (иако посредно), представљати извор штете за неког (Ruda, 2010: 228–229).

Неки теоретичари истичу још и то да се може тврдити да је повређено достојанство личности детета тиме што медицински посленик није посветио дужну пажњу разарајућим последицама хендикепа по дете, те да тако нежељени живот представља повреду личности, односно права личности (Ruda, 2010: 214).

Аргументација против права на надокнаду штете за нежељени живот такође може бити спорна са становишта права на еутаназију (у оним правима где је еутаназија допуштена).

Међу најснажнијим аргументима против правног признавања штете у случајевима нежељеног рођења је бојазан од тзв. “дефанзивне” медицинске праксе и дестимулативног деловања на потенцијалне посленике у области пренаталне дијагностике и генетског саветовања и испитивања²⁴. Постоје изражени страхови од претеривања у спровођењу пренаталних дијагностичких поступака и генетског саветовања и саветовања прекида трудноће и у случајевима када није са сигурношћу утврђена еугеничка индикација. Иако може деловати као импулс параноидног ума (Giesen, 2012: 44), штрајкови медицинских радника у Француској после “Perruche” одлуке, показали су да те бојазни ипак имају чврсте темеље. Тврди се да су медицински посленици праксом усвајања одштетних захтева због

24 «Као што је свака медицинска интервенција скопчана са ризиком, тако је и сваки правни приступ њој такође ризичан. Упркос томе, и медицинске и правне интервенције су нужне. Оцењујући медицинску интервенцију, правник би морао имати на уму ону чувену Адлерову мисао да је лакше борити се за принципе него живети према принципима. Није неважна ни чињеница да правник суди већином *ex post*, кад је штетна последица већ настала, док лекар мора да процењује збивања унапред, да прогнозира. Сем тога, правници су у повољнијем положају, и због тога што се њихове пресуде, кад постану правноснажне, не могу више нападати ни кад су погрешне. Лекарске грешке не заклања правноснажност иако су оне у стању да узрокују још теже и далекосежније последице. Пацијенте и њихову родбину оне могу довести до огорчења, које се разбуктава и у судски процес. Лекари на тај начин бивају јавно жигосани због својих грешака, и испаштају много више него правници. То је наличје њихове цењене професије» (Радишић, 1986: 285).

нежељеног живота постављени у контрадикторну ситуацију, да учине све што могу да се не роди дете са хендикепом и да не чине ништа што би могло бити ризично, као и да је од обавезе средства настала обавеза резултата (Thiel, 2002: 17). Сматра се да се отварају врата лекарској одговорности без обзира на кривицу и да се појам грешке (error) замењује појмом ризика или “коцке” (alea) (Thiel, 2002: 18)²⁵.

Тврди се и да се усвајањем тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота “поручује” друштву да је штета родити се са хендикепом и да се формира условни рефлекс повезивања присуства хендикепа са прекидом трудноће (Feuillet, 2011: 143)²⁶. На супротној страни стоје чињенице. Већина хендикепа или болести у случајевима нежељеног живота (Теј Сакс, Батенова болест, Spina bifida...) су такве природе да је оболелој особи потребна константна и трајна нега и помоћ. Уз то, нада увек постоји, тако да су они и њихове породице приморани да троше велике суме новца на новооткривене третмане, лекове и сл. Такође, ту су увек присутни и физички и психички болови и страх. Досуђивање надокнаде штете у овим случајевима здравом разуму не може одаслати поруку да је живот са хендикепом мање вредан живљења. Напротив, досуђивањем надокнаде штете детету се омогућава да, и поред хендикепа, води нормалан живот (Giesen, 2012: 44–45).

При свему томе, мишљења смо да правнофилософске расправе о вредности људског живота морају остати по страни. Начелно, треће особе не могу да суде о вредности нечијег живота. Да је то тако, довољно нам говоре бројне санкције које се у праву надовезују на захвате у нечији телесни интегритет. Друштво не може рећи особи којој је живот знатно отежан због болести или генетске аномалије, да треба да ћутке прихвати такав живот и поред тога што је то њој неизмерно тешко, јер у супротном ће се сматрати да су она и они који су јој признали право на олакшавање таквог живота повредили идеал људског достојанства и светости и неприкосновености људског живота. Зар није вређање људског достојанства очекивање (захтев) од неког да ћутке подноси своју психофизичку ускраћеност?

25 Један од разлога брзог законодавног реаговања на пресуду «Perruche» били су штрајкови медицинских радника: видети аргументе француске владе у случају *Draon v France* пред Европским судом за људска права, од 6. октобра 2005. год., стр. 19, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70447>.

26 Након «Perruche» пресуде у Француској је стотинак породица са хендикепираном децом оформило удружење против «хендикобофије» (l'handiphobie), вршећи притисак на народне представнике у државним институцијама, окривљујући државу за случај «Perruche». То је, поред бројних других озбиљних и бурних реакција, и довело до усвајања поменутог закона (Thiel, 2002: 3).

6. Закључак

Тужбени захтеви због нежељеног рођења и нежељеног живота показатељи су и степена развијености правне свести и индивидуалне слободе, на једној страни, али и мањкавости система друштвене солидарности. Истичући овакве захтеве, и родитељи и дете заправо показују да живот са хендикепом представља велики терет у једном друштву које није довољно опремљено, али ни довољно спремно да омогући достојанствен живот таквим особама. Оштећени услед нефункционалног друштвеног система, појединци се обраћају грађанским судовима, да би у грађанском праву пронашли лек за подношење патњи свакодневице.

У оваквим случајевима такође долази до изражаја феномен стварања права кроз његову примену, у одступању од класичних схватања одређених појмова у грађанском праву.

Насцитурус ужива посебну правну заштиту. Штета се може нанети чињењем или пропуштањем. Професионална дужност лекара у односу на мајку и дете предвиђена је законом. Та дужност је прекршена. Неко трпи штету. Штета може бити материјална и нематеријална (морална). Погоршање ситуације која је постојала пре штетног догађаја и поређење стања након тог догађаја са стањем пре тог догађаја нису аксиоми. Ако је неко повредио дужност пажње, довољна је та чињеница, не морамо се освртати на оно што је било пре повреде те пажње. Могли бисмо рећи и приликом одмеравања будуће штете да нико није у стању да предвиђа будућност, исто као што не можемо спознати непостојање, те да стога будућа штета не треба да се надокнади, а она се ипак надокнађује. Емотивни шок који нас савлада пред “нежељеним животом” не треба да буде оправдање за посезање за метафизичком аргументацијом у грађанском праву, и да доведе до ускраћивања друштвене солидарности особама које живе тегобан живот са озбиљним оштећењима, у једном друштву које тежи да намени део својих ресурса заштити генетског здравља свих својих чланова. Прешироко постављање концепције нежељеног живота може значити стигматизацију хендикепираних лица, али то не значи да не треба пружити потребну материјалну помоћ и сатисфакцију онима који живе под нарочито тешким бременом хендикепа, нарочито када је читав један систем организован и усмерен на то да до таквих хендикепа не дође. Осим тога, стигма се у људском друштву, навикнутом да ставља етикете на различите појаве, одувек појављује уз хендикеп. За то није „иницијална каписла“ усвајање захтева за надокнаду штете због нежељеног живота.

Литература

- Borghetti, J.S. (2008). Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Ou M. Fabre-Magnan, J. Ghestin, P. Jourdain et C. Labrusse-Riou (eds), *Etudes offertes à Geneviève Viney* (p.145–171). Paris: L.G.D.J.
- Carbonnier, J. (1964). *Droit civil, tome premier*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Feuillet, B. (2011). The Perruche Case and French Medical Liability. *Drexel Law Review*. 4. 139–149.
- Giesen, I. (2012). The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases. *Utrecht Law Review*. 8. 35–54.
- Караникић Мирић, М. (2016). Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. 105–131.
- Ковачевић Куштримовић, Р, Лазић, М. (2011). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта.
- Mor, S. (2014). The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: a Disability Critique. *Studies in Law, Politics and Society*. 63. 113–146.
- Мујовић Зорнић, Х. (2002). *Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара*. Београд: Номос.
- Mujović Zornić, H. (2007). Prenatalne štete u medicini i odgovornost. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 5. 433–452.
- Picker, E. (1995). Schadensersatz für das unerwünschte Kind. *Archiv für die civilistische Praxis*. 540.
- Радишић, Ј. (1986). *Професионална одговорност медицинских посленика*. Београд: Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања.
- Радишић, Ј. (2007). *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и обавештавању пацијента*. Београд: Номос.
- Reinhart, A (2001). *Wrongful life*. Karlsruhe: VersR.
- Ruda, A. (2010). „I Didn't Ask to be Born”: Wrongful Life from a Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*. 2. 204–241.
- Steinger, B. (2010). Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*. 2. 125–155.
- Thiel, M-J. (2002). La jurisprudence Perruche ou la vie handicapée comme préjudice. *Revue des Sciences Religieuses*. 2. 218–245.

Čolaković, M. (2008). Neželjeni život (Wrongful life) kao osnov građanskopravne odgovornosti ljekara. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 8. 495–504.

Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. *Службени гласник РС*. Бр. 8 (2015).

Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама. *Службени гласник РС*. Бр. 16 (1995) и Бр. 101 (2005) - др. закон.

Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>.

Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved, 26, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

41 III App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legale.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Case 1513/03 *Draon v France* (2005) ECHR.

Case 11810/03 *Maurice v France* (2005) ECHR.

CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

C03/206HR Parket bij de Hoge Raad Retrieved 31, August, 2017, from <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

Arrete Perruche, Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved, 26, August, 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr>

McKay v Essex Area Health Authority. Retrieved, 26, August, 2017, <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>.

Milica Vučković, LL.B.

Teaching Assistant,

Law Faculty, University of Niš

CIVIL LIABILITY FOR WRONGFUL LIFE

Summary

In legal theory and practice, the controversial issue concerning the right to die, as opposed to the well-established right to live, has been the subject matter of vivid discussion and analysis involving the concepts of assisted suicide (which is deplored by moral and religious norms) and euthanasia (which has already been legally regulated). A legal practitioner may find it much more difficult to think about the relations between the right to life and the right “not to be born”. The latter implies personal liability for negligence (in wrongful birth), i.e. a negligent act or omission which has led to wrongful life of another person. Opinions on this matter are very much divided. In discussions in the field of pedagogy and children’s rights, as well as in everyday life, we can sometimes hear that “a child did not ask to be born”; this expression is intended to emphasize a highly vulnerable position of children in the society. In civil actions concerning claims for compensation of damage for wrongful life, both parents and the child may have the active legitimacy (legal standing as a party in the dispute), depending on the provisions envisaged in the specific legal system. In this paper, the author discusses the right of persons who “did not want to be born” the way they were born (wrongful life), focusing on the compensation for damage (particularly non-pecuniary damages) for living a kind of unwanted life.

Keywords: right to live, right to die, unwanted life, civil liability, wrongful life.