

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
TSIVILÕIGUSE ÕPPETOOL

Dina Sõritsa

TERVISHOIUTEENUSE OSUTAJA DELIKTIÕIGUSLIK VASTUTUS

Magistritöö

Juhendaja
dotsent Janno Lahe

Tartu
2012

Sisukord

Sissejuhatus.....	4
1. TERVISHOIUTEENUSE OSUTAJA JA TEMA DELIKTIÕIGUSLIKU VASTUTUSE ALUSEKS OLEVAD ASJAOLUD	8
1.1. Tervishoiuteenus ja tervishoiuteenuse osutaja.....	8
1.2. Deliktiõigusliku vastutuse võimalikkus lepingulise kohustuse rikkumise korral.....	12
1.3. Deliktiõigusliku vastutuse aluseks olevad asjaolud tervishoiuteenuse osutamisel ...	16
1.3.1. Raviviga.....	16
1.3.2. Diagnoosiviga.....	19
1.3.3. Teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse rikkumine.....	20
1.3.4. Tervishoiuteenuse osutamisel kasutatavate seadmete vead ja organisatoorsed vead.....	24
2. OBJEKTIIVNE TEOKOOSSEIS TERVISHOIUTEENUSE OSUTAJA DELIKTI ÜLDKOOSSEISUL PÕHINEVA VASTUTUSE KORRAL.....	27
2.1. Tervishoiuteenuse osutamine kui tegu.....	27
2.2. Õigushüve kahjustamine.....	28
2.3. Põhjuslik seos.....	31
2.3.1. Vajaliku põhjuse kindlakstegemine.....	31
2.3.2. Kahju põhjustamine mitme teoga.....	35
2.3.2.1. Kahju ühine põhjustamine.....	35
2.3.2.2. Alternatiivne põhjuslikkus.....	37
2.3.2.3. Ülevõttev põhjuslikkus.....	41
2.3.3. Õigusliku põhjuse kindlakstegemine.....	43
2.3.4. Hüvitis parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest ja..... proportsionaalne vastutus.....	45
3. ÕIGUSVASTASUS JA SÜÜ TERVISHOIUTEENUSE OSUTAJA DELIKTI ÜLDKOOSSEISUL PÕHINEVA VASTUTUSE KORRAL.....	49
3.1. Õigusvastasus.....	49
3.1.1. Õigusvastasuse eeldused.....	49
3.1.2. Õigusvastasust välistavad asjaolud.....	52
3.2. Süü.....	56
3.2.1. Süü vormid.....	56

3.2.2. Süü presumptsioon.....	60
4. SÜNNIEELSESED DELIKTID.....	62
4.1. Soovimatu rasedus.....	62
4.2. Puudega lapse sünd.....	66
4.3. Soovimatu elu.....	69
Kokkuvõte.....	72
Summary.....	79
Kasutatud kirjandus.....	86
Kasutatud normatiivaktid.....	89
Kasutatud kohtupraktika.....	89
Kasutatud muu materjal.....	91

Sissejuhatus

Tervishoiuteenuse osutamisega seonduv on ühiskonnas alati aktuaalne, sest olenemata tervislike eluviiside tähtsustamisest ja inimeste püüdlusest püsida tervena, on nõudlus tervishoiuteenuste järele alati suur. Tänu teabe kiirele levikule infoühiskonnas saavad inimesed üha enam teadlikuks oma õigustest ning seavad tehnoloogia kiire arengu ajastul kõrgemad ootused ka meditsiini valdkonnas. Ühiskonnas on pidevalt arutluse all tervishoiuteenuste kättesaadavus, tervishoiuteenuste kvaliteet ning patsientide ja tervishoiuteenuse osutajate omavahelised suhted. On arusaadav, et mida enam ühiskonnas tervishoiuteenuse osutamisega seotud teemasid tõstatatakse, seda enam saavad nii tervishoiuteenuse osutajad kui ka patsiendid oma õigustest teadlikuks ning suureneb ka nende tahe võidelda neid puudutava ebaõigluse vastu.

Pärast tervishoiuteenuse osutamise lepingu eriregulatsiooni sätestamist võlaõigusseaduses¹ on tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenev vastutus leidnud kajastamist õiguskirjanduses.² Seadusandja eelduse kohaselt on pooltevaheline lepinguline suhe olemuslikult spetsiifilisem ja võimaldab olukorda paremini arvesse võtta kui deliktiõiguslikud reeglid, milliseid saab kohaldada kõigi isikute vahel üldiselt.³ Käesoleva töö teemavalik on ajendatud sellest, et tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus ja sellega seonduvad probleemid on jäänud õigustamatult tagaplaanile. Samuti on Eestis võrdlemisi vähe väärravi puuduvat kohtupraktikat, milles oleks käsitletud erinevaid tervishoiuteenuse osutaja vastutusega seonduvaid probleeme. Arvestades teema aktuaalsust ühiskonnas võib arvata, et ka kohtusse jõudvate kaasuste arv suureneb, mis annab kohtutele võimaluse seadusandja mõtteid tõlgendada.

Tervishoiuteenuse osutamisele järgneva võimaliku tsiviilõigusliku vastutuse puhul tekib lepinguõiguse ja deliktiõiguse konkurents, sest tervishoiuteenuse osutamise lepinguga kaitstakse ka patsiendi deliktiõiguslikult kaitstavaid õigushüvesid.⁴ Et tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenevate lepinguõigusliku vastutuse probleemistik on juba

¹ Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 08.07.2011, 6.

² Nt on A. Nõmper ja J. Sootak käsitlenud põhjalikult mh tervishoiuteenuse osutaja lepingulist vastutust teoses „Meditsiiniõigus“, samuti on A. Nõmper koostanud VÕS 41. peatüki kommentaarid P. Varul (jt) koostatud VÕS kommenteeritud väljaandes. Ka I. Luik-Tamme on avaldanud tervishoiuteenuse osutamise lepingu kohta artiklite seeria ajakirjas *Lege Artis*.

³ M.Käerdi, T.Tampuu. VÕS § 1044, komm p 3.2.1. – Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.

⁴ M.Käerdi, T.Tampuu. VÕS § 1044, komm p 3.2.2.

õiguskirjanduses kajastamist leidnud, keskendub käesolev töö tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikule vastutusele ning sellega seonduvatele küsimustele. Töös käsitletakse tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikku vastutust üksnes delikti üldkoosseisust lähtuvalt, kuna muudel deliktilise vastutuse alustel tervishoiuteenuse osutaja vastutus üldjuhul ei tõusetu. Probleemide ringist on välja jäetud nõude ulatuse küsimus, mis tulenevalt oma mahukusest võimaldaks selle käsitlemist eraldi töös.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on pakkuda deliktiõiguse üldiste põhimõtete, mis on kirja pandud Euroopa Liidu tasandil tuginedes riikide deliktiõiguse võrdlusele, samuti Saksamaa ja Ameerika Ühendriikide kogemuse varal argumenteeritud lahendusi tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutusega seonduvatele probleemidele Eestis. Nimetatud eesmärgi saavutamiseks püstitab autor järgmise hüpoteesi.

Käesoleva töö autor püstitab hüpoteesi, mille kohaselt ei too tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse rikkumine automaatselt kaasa deliktiõiguslikku vastutust. Delikti üldkoosseisust tuleneva vastutuse jaatamiseks peab tervishoiuteenuse osutaja täitma delikti üldkoosseisu eeldused, mis aga ei pruugi olla täidetud isegi siis, kui on täidetud tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva vastutuse eeldused. Sellest tulenevalt on tervishoiuteenuse osutaja vastutuse puhul aktuaalne lepinguõiguse ja deliktiõiguse konkurentsi küsimus.

Et patsient puutub tervishoiuteenuse osutamisel kokku mitmete riskidega, mis tulenevad nii tema enda tervislikust seisundist, mis tingis tervishoiuteenuse osutaja poole pöördumise, kui ka tervishoiuteenuse osutaja tegevusest, on kahju tekitamise korral keeruline teha kindlaks, milline tegu või sündmus tekitas patsiendile kahju. Eeltoodu tõttu otsitakse töös vastust küsimusele, kas ja millal tuleks eeldada põhjuslikku seost tervishoiuteenuse osutaja õigusvastase käitumise ja patsiendil tekkinud kahju vahel. Kuna põhjuslik seos tervishoiuteenuse osutaja tegevuse ja patsiendile tekkinud kahju vahel on paljudel juhtudel vaid tõenäoline, arutletakse töös ka hüvitise parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest (ingl k *loss of chance*) ja proportsionaalse vastutuse põhimõtete kohaldamise võimalikkust.

Magistritöö põhiküsimuseks on aga küsimus sellest, millised tervishoiuteenuse osutaja eksimused täidavad õigusvastasuse eelduse ning kujutavad endast seetõttu delikti.

Samuti analüüsitakse töös nn sünnieelsete deliktidega seonduvat tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikku vastutust. Sünnieelsete deliktide all võib tuginedes levinud terminoloogiale välja tuua kolm kaasuste gruppi – soovimatu rasedus (ingl k *wrongful pregnancy* või *wrongful conception*), puudega lapse sünd (ingl k *wrongful birth*) ja soovimatu elu (ingl k *wrongful life*).⁵ Eesti õiguskirjanduses on sünnieelseid delikte käsitletud vaid põgusalt⁶ ja kohtupraktikat sünnieelsete deliktide osas veel ei ole. Küll on aga sünnieelsed deliktid leidnud käsitlemist mõnedes teistes Euroopa riikides ja Ameerika Ühendriikides ning kaasused on jõudnud ka kohtutesse. Sünnieelsete deliktide puhul on peamiseks probleemiks, kas ja millisel õiguslikul alusel tervishoiuteenuse osutaja nende eest vastutab.

Käesoleva töö kirjutamisel on kasutatud võrdlevat ja analüütilist meetodit. Lahenduste pakkumiseks tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutusega seonduvatele probleemidele Eestis on töös võrreldud selliste probleemide käsitlemist Saksamaa õiguses, Ameerika Ühendriikide õiguses, nende riikide kohtupraktikas ning Euroopa Liidu tasandil kirjapandud deliktiõiguse üldisi põhimõtteid.

Töö põhiallikaks on Eesti õiguse käsitlemisel VÕS ja selle kommentaarid, J.Lahe ja T.Tampuu deliktiõiguse alased teosed, samuti A.Nõmper'i ja I.Luik-Tamme meditsiiniõiguse alased artiklid ning A.Nõmper'i ja J.Sootak'i kokkuvõtlik teos meditsiiniõigusest. Eesti kohtupraktikast on peamiselt kasutatud asjakohaseid Riigikohtu lahendeid. Saksamaa õiguse käsitlemisel on põhiallikaks Saksa tsiviilseadustik⁷ (BGB), B.S.Markesinis'e Saksamaa deliktiõigust käsitlevad teosed ning Saksamaa Ülemkohtu lahendid. Ameerika Ühendriikide deliktiõiguse mõistmiseks kasutas autor D.B.Dobbs'i teost tervisekahjustusele järgnevast vastutusest, samuti asjakohaseid kohtute lahendeid ning õigusteadlaste avaldatud artikleid.

Deliktiõiguse üldiste põhimõtete, mis on kirja pandud Euroopa Liidu tasandil tuginedes riikide deliktiõiguse võrdlusele, allikaks on *Principles of European Tort Law*⁸ (PETL) ja *Draft Common Frame of Reference*⁹ (DCFR).¹⁰ Nimetatud allikate mõistmisel on abiks olnud

⁵ C. von Bar. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.). Sellier. European law publishers GmbH, Munich, Study Group on a European Civil Code 2009, DCFR art 2:101, märkus nr 95.

⁶ A.Nõmper, J.Sootak. Meditsiiniõigus. Juura 2007, lk 154-156.

⁷ Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, BGB. Tõlge inglise keelde. Arvutivõrgus: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (02.05.2012)

⁸ Principles of European Tort Law. – Arvutivõrgus: <http://www.egtl.org> (02.05.2012)

⁹ Draft Common Frame of Reference. Töös viidatud artiklid pärinevad DCFR VI raamatust. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (02.05.2012)

¹⁰ PETL on *European Group on Tort Law* Euroopa riikide deliktiõiguse harmoneerimise projekt eesmärgiga panna kirja deliktiõiguse aluspõhimõtted, deliktiõiguse ühine raamistik, millest oleks võimalik lähtuda

PETL kommenteeritud väljaanne ja C. von Bar'i teos deliktiõiguse printsiipidest Euroopas. Nimetatud teostes sisaldub ka Euroopa riikide deliktiõiguse võrdlev analüüs.

Käesoleva töö peamistel probleemidel põhineb ka töö struktuur. Töö on jaotatud neljaks peatükiks. Esimeses peatükis selgitatakse tervishoiuteenuse ja tervishoiuteenuse osutaja mõistet, seejärel analüüsitakse tervishoiuteenuse osutaja lepinguõigusliku ja deliktiõigusliku vastutuse piiritlemist ja nende konkurentsi. Samas peatükis on toodud ka deliktiõigusliku vastutuse aluseks olevad asjaolud – erinevad tervishoiuteenuse osutaja kohustuste rikkumised ning kuidas ja kas sellised rikkumised viivad deliktiõigusliku vastutuse tekkimiseni.

Teine ja kolmas peatükk käsitlevad tervishoiuteenuse osutaja vastutust delikti üldkoosseisu alusel selle kindlakstegemise etappide kaupa. Teises peatükis analüüsitakse objektiivset koosseisu – tervishoiuteenuse osutaja tegu, õigushüve kahjustamist ja põhjuslikku seost. Selles peatükis on analüüsitud ka põhjusliku seose probleeme. Eraldi alapunkti all leiab käsitlemist hüvitis parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest ning proportsionaalse vastutuse kohaldamise võimalikkus, kuna need seonduvad põhjusliku seose kindlakstegemise tulemusega. Kolmandas peatükis käsitletakse õigusvastasust ja süüd kui delikti üldkoosseisul põhineva vastutuse eeldusi.

Neljas peatükk käsitleb sünnieelseid delikte eelpool nimetatud sünnieelsete deliktide kaasuste gruppide kaupa ja nendele deliktiõigusliku vastutuse kohaldamise võimalusi.

deliktiõiguse edasisel arendamisel (vt ka European Group on Tort Law kohta lähemalt arutivõrgus: <http://www.egtl.org>). *Study Group on a European Civil Code* on aga töötanud välja DCFR-i, pannes kirja eraõiguse printsiibid, mida oleks võimalik kohaldada kõikides Euroopa Liidu riikides (vt ka Study Group on a European Civil Group kohta lähemalt arutivõrgus: <http://www.sgecc.net>). Õiguskirjanduses on sellist õiguse ühtlustamist võrreldud American Law Institute'i ettevõtmisega algatada 1920ndatel Ameerika Ühendriikides *Restatements of Torts*, kuid erinevus seisneb ühtlustatavas materjalis. Ehkki Ameerika Ühendriikides on igas osariigis oma deliktiõigus, ühendab kõiki osariike Ameerika Ühendriikide Ülemkohus, mis menetleb apellatsioonikohtuna föderaalkohtu otsustele esitatud kaebusi. Euroopa tasandil on aga sisuliselt kakskümmend kolm erinevat deliktiõigust, mis „räägivad erinevat keelt“ (M. Infantino. Making European Tort Law: the game and its players. lk 5-6 – *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18, Issue 1 (Winter 2010)).

1. Tervishoiuteenuse osutaja ja tema deliktiõigusliku vastutuse aluseks olevad asjaolud

1.1. Tervishoiuteenus ja tervishoiuteenuse osutaja

Tervishoiuteenuste korraldamise seadus¹¹ (TTKS) defineerib tervishoiuteenust kui tervishoiutöötaja tegevust haiguse, vigastuse või mürgituse ennetamiseks, diagnoosimiseks ja ravimiseks eesmärgiga leevendada inimese vaevusi, hoida ära tema tervise seisundi halvenemist või haiguse ägenemist ning taastada tervist (TTKS § 2 lg 1). Nimetatud sätte alusel kehtestatud määruse¹² kohaselt käsitletakse tervishoiuteenustena rahvusvahelises haiguste ja tervisega seotud probleemide statistilise klassifikatsiooni kümnendas väljaandes (RHK-10) loetletud haiguste diagnoosimise ja ravimisega seotud tervishoiuteenuseid (määruse § 1 p 1) ja Põhjamaade Meditsiinistatistika Komitee kirurgiliste protseduuride klassifikatsioonis loetletud kirurgilisi protseduure (määruse § 1 p 2).

Samas on Riigikohus asunud seisukohale, et igasugust tegevust, mille eesmärk on ennetada, diagnoosida või ravida mõnd RHK-10-s loetletud haigust, ei saa veel käsitleda tervishoiuteenusena TTKS § 2 lg 1 mõttes. Lisaks RHK-10 loetelus paiknemisele peab diagnostiline- või ravitegevus toimuma esiteks majandus- või kutsetegevuses ning teiseks eeldama vältimatult arstiteaduslikke teadmisi ja oskusi. Samuti peab diagnostilise- või ravitegevuse võimalik mõju organismile olema sedavõrd intensiivne, et selle toiminguga ebaõige läbiviimine võib tuua kaasa meditsiinilisi komplikatsioone.¹³ Nimetatud seisukoha valguses ei ole tervishoiuteenuse osutamisenähtetav nt juhuslikult õnnetuspaigale sattunud meditsiinialase haridusega isiku poolt osutatud esmaabi või meditsiinialase hariduseta isiku poolt sõbrale antud nõu juua külmetuse korral kuuma teed.

VÕS-is käsitletakse tervishoiuteenust eelkõige kui patsiendi läbivaatamist arstiteaduse reeglite järgi tema tervise huvides, patsiendi nõustamist ja ravimist või temale sünnitusabi pakkumist, samuti patsiendi teavitamist tema tervisest ja ravi käigust ning tulemustest (VÕS § 758 lg 1 ls 1). Tervishoiuteenuse osutamine VÕS mõttes hõlmab ka patsiendi hooldamist tervishoiuteenuse osutamise raames, samuti muud tervishoiuteenuse osutamisega otseselt seotud tegevust (VÕS § 758 lg 1 ls 2). Seega tuleneb ka VÕS-is sätestatud tervishoiuteenuse regulatsioonist, et tervishoiuteenuse osutamine ei hõlma üksnes patsiendi ravimise protseduuri

¹¹ Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I 2001, 50, 284 ... RT I, 10.03.2011, 1.

¹² Tervishoiuteenuste loetelu kehtestamine. SMm 10.01.2002 nr 13. – RT I 2001, 50, 284.

¹³ Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 29.06.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-1-1-46-06, p 12.

kui sellist, vaid ka kõike ravimisele eelnevat alates patsiendi nõustamisest ja teavitamisest kuni patsiendi hooldamiseni pärast ravi. Käesoleva töö seisukohast on oluline rõhutada, et tervishoiuteenusena tuleb käsitleda ka patsiendi suhtes teavitamiskohustuse täitmist VÕS § 766 lg 1 kohaselt.

Ehkki eelpool toodud Riigikohtu kriminaalkolleegiumi seisukoht puudutas TTKS-s sätestatud tervishoiuteenuse regulatsiooni, tuleks eeldada, et ka VÕS-is sätestatud tervishoiuteenus peab vastama Riigikohtu nimetatud eeldustele. Tervishoiuteenus VÕS mõttes on tegevus tervishoiuteenuse osutamise lepingu täitmisel.¹⁴ Sellest võib järeldada, et silmas peetakse tervishoiuteenuse osutajat kui lepingu poolt ja lepingu täitjat majandus- ja kutsetegevuses. Samuti eeldab VÕS-is sätestatud regulatsioon vältimatult arstiteaduslikke teadmisi ja oskusi tervishoiuteenuse osutamisel, sest seob tervishoiuteenuse osutamise arstiteaduse üldise tasemega (VÕS § 762). Seega saab asuda seisukohale, et eelpool nimetatud Riigikohtu otsuses loetletud tervishoiuteenust iseloomustavad kriteeriumid sisalduvad VÕS-is sätestatud tervishoiuteenuse regulatsioonis.

Kuna käesolevas töös analüüsitav tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutuse alus tuleneb VÕS-ist ning enamikel juhtudest eksisteerib kõrvuti lepingust tuleneva vastutusega (VÕS § 1044 lg 2 ja 3), on käesoleva töö kirjutamisel lähtutud VÕS-is sätestatud tervishoiuteenuse mõistest.

VÕS-is on tervishoiuteenust defineeritud kui tervishoiuteenuse osutaja tegevust. Erinevalt VÕS-ist sätestab TTKS § 2 lg 1, et tervishoiuteenuse osutamine on üksnes tervishoiutöötaja tegevus. TTKS § 2 lg-s 1 sätestatust võiks järeldada, et tervishoiuteenuse osutaja on justkui teenuse vahendaja, kes faktiliselt teenust ei osuta. Samas tuleneb TTKS §-st 4, et tervishoiuteenuse osutaja on nii tervishoiutöötaja (arst, hambaarst, õde ja ämmaemand, kui nad on registreeritud Tervishoiuametis (TTKS § 3 lg 1)) kui ka tervishoiuteenuseid osutav juriidiline isik, mis viitab tervishoiuteenuse osutamisele mõlema poolt. Õiguskirjanduses on viitega Riigikohtu praktikale leitud, et TTKS-is sätestatud tervishoiuteenuse osutaja regulatsioon on ebaõnnestunud ja segane.¹⁵

Erinevalt TTKS-is sätestatust ei ole VÕS kohaselt tervishoiutöötaja tervishoiuteenuse osutaja.

¹⁴ A.Nõmper. VÕS § 758, komm p 3.1.

¹⁵ A.Nõmper, J.Sootak, *op. cit.*, lk 57.

VÕS § 758 lg 1 kohaselt on tervishoiuteenuse osutajaks isik, kes teisele isikule (patsiendile) osutab oma kutsetegevuses tervishoiuteenust. VÕS käsitleb arsti, hambaarsti, iseseisvalt tervishoiuteenust osutavat õde või ämmaemandat tervishoiuteenuse osutamisel osaleva isikuna (VÕS § 758 lg 2). VÕS tähenduses on tervishoiuteenuse osutaja juriidiline isik või füüsiline isik. Juriidiline isik võib olla tervishoiuteenuse osutajaks nt mõnes äriühingu vormis, samuti võib tervishoiuteenuse osutaja olla ka Eesti Vabariik, kui tegemist on kinnipidamiskohas osutatava tervishoiuteenusega. Füüsilist isikut saab käsitleda tervishoiuteenuse osutajana juhul, kui isik tegutseb füüsilisest isikust ettevõtjana või juhul, kui faktiliselt tervishoiuteenust osutav tervishoiutöötaja tegutseb tervishoiuteenuse osutajaga sõlmitud muu lepingu alusel kui töölepingu või muu sellesarnase lepingu alusel.¹⁶

Kuna tervishoiuteenuse osutamisel tehtud veale järgnevale vastutusele kohaldub võlaõiguslik regulatsioon ja tulenevalt asjaolust, et TTKS-is sätestatud tervishoiuteenuse osutaja mõistet ei saa pidada õnnestunuks, lähtutakse käesolevas töös VÕS-is sätestatud tervishoiuteenuse osutaja mõistest.

Analoogselt Eestile käsitletakse ka Saksamaal tervishoiuteenuse osutajat kui juriidilist isikut (nt riiklikud haiglad, erahaiglad) ja füüsilist isikut (nt erasektoris iseseisvalt tervishoiuteenust osutav isik).¹⁷

VÕS kohaselt vastutavad tervishoiuteenuse osutamisel osalevad isikud lepingu täitmise eest tervishoiuteenuse osutaja kõrval ka isiklikult (VÕS § 758 lg 2), seega solidaarselt tervishoiuteenuse osutajaga. Tervishoiuteenuse osutaja kõrval tervishoiutöötaja lepingulise vastutuse eelduseks on omakorda tervishoiutöötaja ja tervishoiuteenuse osutaja vahel sõlmitud tööleping või muu teenuse osutamise leping, samuti tervishoiutöötaja kvalifitseeritus ja iseseisvus.¹⁸ Sellisel juhul on patsiendil võimalik esitada lepingulise kohustuse rikkumisest tulenev nõue korraga tervishoiuteenuse osutaja ja tervishoiutöötaja vastu ning nõude põhjendatuse korral on nende vastutus solidaarne. Ka juhul, kui nõue esitatakse üksnes tervishoiuteenuse osutaja vastu, on viimasel solidaarvõlgniku tagasinõue kohustust rikkunud tervishoiutöötaja vastu.¹⁹ Tervishoiuteenuse osutaja ja tervishoiutöötaja kui tööandja ja töötaja

¹⁶ A. Nömper, J. Sootak. *op. cit.*, lk 57.

¹⁷ M.S. Stauch. Medical malpractice and compensation in Germany. lk 1140. – Chicago-Kent Law Review, Vol. 86, Issue 3 (2011).

¹⁸ A. Nömper. VÕS § 758, komm p 3.3.

¹⁹ A. Nömper. VÕS § 770, komm p 3.1.

vahelises suhtes kohaldub töölepingu seaduse²⁰ regulatsioon, mis piirab töötaja vastutuse ulatust (TLS § 72-78).²¹

Tervishoiutöötaja vastutus on oluline tervishoiuteenuse osutaja vastutuse seisukohast, sest tervishoiuteenuse osutaja vastutab teda abistavate isikute tegevuse eest VÕS § 770 lg 2 alusel. Sisuliselt kordab VÕS § 770 lg 2 üle TsÜS §-s 132 sätestatu.²² Tervishoiutöötaja tegevus tuleb vastavalt TsÜS § 132 lg-le 1 omistada tervishoiuteenuse osutajale. Kui tervishoiuteenuse osutajal ja tervishoiutöötajal on töösuhe või muu taoline suhe, mille alusel tervishoiutöötaja osutab tervishoiuteenuse osutajale teenust, siis tähendab see tervishoiutöötaja pidevat kasutamist tervishoiuteenuse osutaja majandus- või kutsetegevuses. Teiseks eelduseks tervishoiutöötaja tegevuse omistamiseks tervishoiuteenuse osutajale on omistatava teo või tegevusetuse seos majandus- või kutsetegevusega.²³ Kui tervishoiutöötaja osutab tervishoiuteenuse osutaja töötajana patsiendile tervishoiuteenust, siis ei ole kahtlust, et tervishoiuteenuse osutamine on seotud selle tervishoiuteenuse osutaja majandus- või kutsetegevusega, sest see on tervishoiuteenuse osutaja ja tervishoiutöötaja vahelisest lepingust tuleneva kohustuse täitmisega vahetult seotud tegu. Vastavalt Riigikohtu seisukohale tsiviilasjas nr 3-2-1-92-05 TsÜS § 132 lg 1 kohaldamiseks peab isik olema käitunud sellisel viisil, mida saaks ette heita seda isikut majandus- või kutsetegevuses kasutavale isikule nende vahel sõlmitud lepingu raames.²⁴

Kui majandus- või kutsetegevuses kasutatava isiku käitumine ei seonu teda kasutava isiku lepinguliste kohustuste täitmisega ega too kaasa nende rikkumist, tuleb deliktilise vastutuse eelduste täitmisel omistada tegevust VÕS § 1054 lg 1 alusel.²⁵ Seega juhul, kui tervishoiutöötaja tegevus ei seonu tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vahelisest lepingust tuleneva kohustuse täitmisega ning sellise tegevusega tekitatakse kahju kolmandale isikule, mis aga ei too kaasa tervishoiutöötaja ja tervishoiuteenuse osutaja vahel sõlmitud lepingu rikkumist, tuleb tervishoiutöötaja tegevus omistada tervishoiuteenuse osutajale VÕS § 1054 lg 1 alusel. Näitena võiks tuua olukorra, kui tervishoiutöötaja tekitab tervisekahjustuse patsienti vaatama tulnud lähedastele, kes ei ole tervishoiuteenuse osutamise lepingu pooleks. Kui tervishoiutöötaja täidab oma käitumisega deliktilise vastutuse eeldused, tuleb

²⁰ Töölepingu seadus. – RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 10.02.2012, 1.

²¹ A. Nõmper. VÕS § 758 lg 2, komm nr 3.3.

²² I. Luik. Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXII. lk 34. – Lege Artis 11/2004.

²³ M. Käerdi. TsÜS § 132 lg 1, komm nr 3.3.1, 3.3.2. (a) – Varul, P. jt (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

²⁴ RKTko 3-2-1-92-05 p 17.

²⁵ M. Käerdi. TsÜS § 132 lg 1, komm nr 3.3.2. (b)

tervishoiutöötaja tegevus omistada VÕS § 1054 lg 1 alusel tervishoiuteenuse osutajale. Asjaolu, et vastavalt nimetatud sättele vastutab tervishoiuteenuse osutaja tervishoiutöötaja „eest“, ei tähenda tervishoiutöötaja enda vastutuse välistamist. Kuna tervishoiutöötaja tegevus omistatakse tervishoiuteenuse osutajale ning ta vastutab tekitatud kahju eest nagu enda tekitatud kahju eest, tuleks asuda seisukohale, et sellisel juhul vastutavad tervishoiutöötaja ja tervishoiuteenuse osutaja tekkinud kahju eest solidaarselt.²⁶ Kuna delikti saab toime panna nii füüsiline kui ka juriidiline isik (nt läbi juhatuse liikme või töötaja tegevuse), saavad mõlemad vastutada ka deliktiõiguslikul alusel.²⁷

I.Luik on oma artiklis leidnud, et tervishoiutöötaja isiklik vastutus on õigusliku iseloomu poolest lepinguväline ehk deliktiõiguslik vastutus.²⁸ Käesoleva töö autori arvates ei saa seda öelda aga VÕS § 758 lg 2 kontekstis. Tervishoiutöötaja ei ole küll tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vahel sõlmitud lepingu pooleks, kuid ta vastutab tervishoiuteenuse osutamise lepingu täitmise eest tervishoiuteenuse osutaja kõrval ka isiklikult. Seega võiks asuda seisukohale, et tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vahel sõlmitud tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenevad kohustused ka tervishoiutöötajale, kes nende kohustuste rikkumise korral vastutab VÕS § 758 lg 2 järgi ka isiklikult. Loomulikult ei välista tervishoiutöötaja vastutus VÕS § 758 lg 2 alusel tema vastu deliktiõiguslikul alusel esitatavat nõuet, kuid on leitud, sellist nõuet tuleb pidada pigem erandlikuks, sest delikti üldkoosseisust tuleneva vastutuse korral esitatakse nõue üldiselt tervishoiuteenuse osutaja, mitte aga tervishoiuteenuse osutamisel osaleva tervishoiutöötaja vastu.²⁹

1.2. Deliktiõigusliku vastutuse võimalikkus lepingulise kohustuse rikkumise korral

Deliktiõiguse eesmärk on kannatanule kahju heastamine ehk kahjustatud isiku asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud (nn *restitutio in integrum*, VÕS § 127 lg 1).³⁰ Kuna tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vahel on üldreeglina sõlmitud tervishoiuteenuse osutamise leping, võivad tervishoiuteenuse osutaja eksimused patsiendi

²⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 09.04.2008. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-19-08, p 11.

²⁷ M. Käerdi, T. Tampuu. VÕS § 1043, komm p 3.4.1.

²⁸ I. Luik. Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXI. lk 34. – Lege Artis 9/2004.

²⁹ A. Nömper, J. Sootak, *op. cit.*, lk 137.

³⁰ A. Dorfman. What is the point of the tort remedy? lk 105. – American Journal of Jurisprudence, Vol. 55, Issue 1 (2010).

ravimisel kujutada endast lepinguliste kohustuste rikkumist. Lepingu rikkumine ei kujuta aga endast õigusvastast tegu deliktiõiguse tähenduses, kuid tegu, millega tervishoiuteenuse osutaja rikub lepingut, võib samal ajal olla ka delikt. Seega tekib tervishoiuteenuse osutaja vastutuse puhul lepinguliste ja deliktiõiguslike nõuete konkurents.³¹

Õiguskirjanduses ollakse seisukohal, et kui kannatanu ja kahju tekitaja vahel on lepinguline suhe, on lepingulise vastutuse reeglid deliktiõigusliku vastutuse suhtes erisätted. Selle põhjenduseks on pooltevahelise lepingulise suhte spetsiifilisus, mis võimaldab poolte huve ja olukorda paremini arvesse võtta kui üldiselt kohaldatavad deliktiõiguslikud reeglid.³² Sellest võiks järeldada, et poolte vahel lepingulise suhte olemasolu korral tuleks lepingu rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõue esitada lepingulisel alusel.

VÕS § 1044 lg 2 ls 1 kohaselt ei või lepingulise kohustuse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamist VÕS 53. peatükis sätestatud alusel nõuda, kui seadusest ei tulene teisiti. Nimetatud sättest teeb erandi VÕS § 1044 lg 2 ls 2, mis võimaldab lepingulise kohustuse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõudmist VÕS 53. peatükis sätestatud alusel juhul, kui rikutud lepingulise kohustuse eesmärk oli muu, kui sellise kahju ärahoidmine, mille hüvitamist nõutakse. See tähendab, et deliktiõiguslikud kahjuhüvitisnõuded on välistatud juhul, kui kahju hüvitamist saab rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärgist tulenevalt nõuda lepinguõiguslikul alusel.³³ Seega tuleb deliktiõigusliku vastutuse võimalikkuse kindlakstegemiseks esmalt tuvastada rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärk.

Tervishoiuteenuse osutajal on patsiendi ees mitmeid lepingulisi kohustusi, mille puhul võib välja tuua erinevaid kaitse-eesmärke. Ilmselt ei saa olla kahtlust selles, et patsiendile tervishoiuteenuse osutamise kui tema kehasse sekkuva ravi (nt operatsiooni) eesmärgiks on ära hoida patsiendi surma põhjustamine ja patsiendile kehavigastuse või tervisekahjustuse tekkimine. Selliste tagajärgede korral vastutab tervishoiuteenuse osutaja nii lepinguõiguslikult (VÕS § 770 lg 1) kui ka deliktiõiguslikult (VÕS § 1044 lg 3). Samas on vaieldav, kas nt teavitamiskohustuse eesmärgiks on patsiendi surma või talle tervisekahjustuse või kehavigastuse tekitamise ärahoidmine. Ehkki nimetatud eesmärk võib teavitamiskohustuse täitmisel olla, sest tervishoiuteenuse osutaja peab patsiendi suhtes kohustusi täites silmas patsiendi terveksravimise ja mittekahjustamise eesmärki, tuleb teavitamiskohustuse kui sellise eesmärgiks pidada üksnes patsiendi teavitatud otsustuse tegemise võimaldamist oma ravimise

³¹ T. Tampuu. Lepinguväliste võlasuhete õigus. Juura 2007, lk 116-117.

³² M. Käerdi., T. Tampuu. VÕS § 1044, komm p 3.2.1.

³³ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 117.

osas.³⁴ Teavitamiskohustuse kui sellise rikkumise korral on deliktiõiguslik vastutus harv, sest sellise kohustuse rikkumine ei too kaasa patsiendi surma või temale tervisekahjustuse põhjustamise. Järelikult jääb teavitamiskohustuse rikkumise korral patsiendile üksnes lepingulise kohustuse rikkumisest tulenev nõue vastavalt VÕS § 770 lg-le 1, kuna teavitamiskohustuse rikkumine kujutab endast lepingulise kohustuse rikkumist. Kui aga patsient annab mittenõuetekohase teavitamise tulemusel nõusoleku operatsiooniks, on võimalik VÕS § 1044 lg 3 alusel ka deliktiõiguslik vastutus.

Samas võimaldab VÕS § 1044 lg 2 nõuda kahju hüvitamist deliktiõiguslikul alusel siis, kui sellise kahju hüvitamine lepingulisel alusel võimalik ei oleks. Näiteks juhul kui patsiendi kehasse sekkuva protseduuri läbiviimisel realiseerub oht, millest tervishoiuteenuse osutaja on jätnud patsiendi teavitamata, ning patsient oleks vastava teavitamise korral sellisest protseduurist loobunud, on teavitamiskohustuse kaitse-eesmärgist tulenevalt ilmselt välistatud kahju hüvitamise nõue lepinguõiguslikul alusel.

Kui lepingulise kohustuse rikkumise tulemusena põhjustatakse isiku surm või tekitatakse talle kehavigastus või tervisekahjustus, võimaldab VÕS § 1044 lg 3 deliktilise nõude esitamist. Seega kui tervishoiuteenuse osutaja teeb patsiendi ravimisel vea, millega põhjustatakse tervisekahjustus või surm, vastutab tervishoiuteenuse osutaja nii lepingulisel kui ka deliktiõiguslikul alusel ning patsiendil on võimalik valida, millisel alusel nõue esitada. Alternatiivsete nõuete esitamine on võimalik vastavalt tsiviilkohtumenetluse seadustik³⁵ (TsMS) § 370 lg-le 2. Tuleb aga silmas pidada, et iga tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse kaitse-eesmärgiks ei ole patsiendil tervisekahjustuse või tema surma põhjustamise ärahoidmine. Sellist kaitse-eesmärki tuleks ilmselt eitada teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse puhul, aga ka nt dokumenteerimiskohustuse ja saladuse hoidmise kohustuse puhul.³⁶

Eesti õiguse kohaselt on deliktiõigusliku nõude esitamise üldiseks aluseks VÕS § 1043, mille kohaselt teisele isikule (kannatanu) õigusvastaselt kahju tekitanud isik (kahju tekitaja) peab kahju hüvitama, kui ta on kahju tekitamises süüdi või vastutab kahju tekitamise eest vastavalt seadusele. Nimetatud sättest tulenevad ka deliktilise üldkoosseisu eeldused – nendeks on

³⁴ A. Nõmper. VÕS § 766, komm p 3.1.

³⁵ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 28.12.2011, 1.

³⁶ Dokumenteerimiskohustuse eesmärgiks on tagada tervishoiuteenuse osutamiseks vajalike andmete kogumine ja säilitamine ning tervishoiuteenuse osutamise kvaliteedi maksmapanemise võimalikkus (A.Nõmper. VÕS § 769, komm p 1). Saladuse hoidmise kohustuse eesmärgiks on tagada patsiendi ja tervishoiuteenuse osutaja usaldussuhe (A. Nõmper. VÕS § 768, komm p 1).

objektiivne teokoosseis (tegu, õigushüve kahjustamine ja nendevaheline põhjuslik seos), õigusvastasus ja süü. Selleks, et tervishoiuteenuse osutajat saaks võtta deliktiõiguslikule vastutusele, peavad tema käitumises esinema nimetatud deliktiõigusliku vastutuse eeldused.

BGB sätestab kolm deliktiõigusliku vastutuse alust. BGB § 823 lg 1 kohaselt isik, kes hooletusest või tahtlikult tekitab kahju teise isiku elule, kehale, tervisele, vabadusele, varale või muule õigusele, peab kahju hüvitama. BGB § 823 lg 1 on objektiivselt kitsam kui BGB § 826, mille kohaselt vastutab isik teisele isikule heade kommete vastase käitumisega tahtlikult tekitatud kahju eest, kuna BGB § 823 lg 1 puhul on vastutus piiratud järgnevas sättes nimetatud kaitstavate õigushüvedega. Samas ei ole BGB § 823 lg 1 kaitsealas puhtmajandusliku kahju tekitamine, mida tavaliselt hüvitatakse BGB § 826 alusel. BGB § 823 lg 2 sätestab süülise vastutuse kahju tekitamise korral seadusest tuleneva kohustuse rikkumisega.

Ameerika Ühendriikides on kolm deliktilise vastutuse alust. Esiteks on vastutus tahtliku kahju tekitamise eest, teiseks kahju tekitamine hooletusest ning kolmandaks nn süüta vastutus (ingl k *strict liability*), mille korral vastutab isik oma tegevuse eest ka siis, kui ta ei ole süüdi kahju tekitamises (nt tootjavastutus).³⁷

Nagu VÕS deliktilise vastutuse üldsätte puhul, on ka PETL art-s 1:101 (1) vastutus seotud teatud eelduste täitmisega. Analoogselt VÕS-ile sätestab PETL art 1:101 (1) põhimõtte, mille kohaselt peab kahju hüvitama isik, kellele on omistatav teisele isikule kahju tekitamine. Sätte teises lõikes on täpsustatud, et kahju tekitamine on isikule omistatav siis, kui kahju on tekitatud süülise käitumisega, isiku erakordselt ohtliku tegevusala tõttu või kui selle isiku töötaja on tekitanud kahju tööülesannete täitmise käigus.³⁸

DCFR-is on sõnastatud lepinguvälise vastutuse üldine reegel selliselt, et isikul, kes kannab hüvitamisele kuuluvat kahju, on õigus nõuda kahju hüvitamist isikult, kes tekitas kahju tahtlikult või hooletusest või on muul moel vastutav kahju tekitamise eest (DCFR (siin ja edaspidi VI raamat) art 1:101 (1)).³⁹

³⁷ D.B. Dobbs. Torts and compensation. Personal accountability and social responsibility for injury. Second Edition. American Casebook Series. West Publishing Co, St, Paul, Minn., 1993, lk 5-6.

³⁸ Vastavalt PETL art 1:101 kommentaarile on "isiku" all peetud silmas nii füüsilist kui ka juriidilist isikut (European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Springer-Verlag/Wien 2005. PETL art 1:101, komm vnr 8).

³⁹ Põhireegel ja õigus ennetada võimalikku kahju tekkimist on rakendatavad ainult kooskõlas DCFR VI raamatu teiste sätetega. Reeglid on kohaldatavad nii füüsilistele kui ka juriidilistele isikutele. Nimetatud reeglite

Õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on selgitatud, et kahju hüvitamise nõude rahuldamiseks deliktiõiguse alusel tuleb kindlaks teha, kas esinevad deliktilise kahju hüvitamise nõude üldised eeldused ehk delikti üldkoosseis, mille elementideks on objektiivne teokoosseis, õigusvastasus ja süü. Kahju õigusvastasest põhjustamisest tuleneva deliktilise vastutuse kohaldamiseks peab hageja seega tõendama kostja teo, kahju, põhjusliku seose kostja teo ja kahju vahel (objektiivse teokoosseisu) ning teo õigusvastasuse. Kui hageja on tõendanud kahju õigusvastase põhjustamise kostja poolt, vabaneb kostja vastutusest, kui ta tõendab mõne õigusvastasust välistava asjaolu esinemise või süü puudumise.⁴⁰

1.3. Deliktiõigusliku vastutuse aluseks olevad asjaolud tervishoiuteenuse osutamisel

1.3.1. Raviviga

Viga võib defineerida kui ebaõnnestumist planeeritud tegevuse täideviimisel või vale meetme valikut eesmärgi saavutamiseks.⁴¹ Ravimisel tehtavate võimalike vigade nimekiri on pikk. Raviveana võib käsitleda valet ravivõtet, raviga hilinemist, valesid laboris tehtud analüüside tulemusi, valesid (tehnika) vahendeid või vahendite mittetöökorras olekut. Näiteks patsiendi opereerimisel võib raviveaks olla vale organi opereerimine, kurioosematel juhtudel opereerimisel kasutatud eseme unustamine patsiendi kehasse, tuimestuse vale hulk, vale veretüübi ülekannet jm.⁴²

Tervishoiuteenuse osutamine on alati seotud kvaliteedinõuetega. Sotsiaalministri 15.12.2004. a määruse nr 128 „Tervishoiuteenuse kvaliteedi tagamise nõuded“ § 2 p 1 kohaselt on tervishoiuteenuse kvaliteet tervishoiuteenuse omaduste kogum, mis iseloomustab teenuse vastavust kehtestatud nõuetele, kaasaja teadmistele, olemasolevatele ressurssidele, kutse- ja erialastele nõuetele ning patsiendi rahulolule ja tervise seisundi vajadustele. Samas määruuses on kehtestatud tervishoiuteenuse osutaja vastutus tervishoiuteenuse kvaliteedi eest ja kohustus

kohaldamine ei või olla vastuolus teiste eraõiguse reeglitega. Samuti ei mõjuta lepinguväline vastutus VI raamatu alusel muid õiguskaitsevahendeid muudel alustel (DCFR art 1:103).

⁴⁰ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 20.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-19-11, p 12.

⁴¹ L.T. Kohn jt. To err is human: building a safer health system. The National Academies Press 1999, lk 28. – Arvutivõrgus: http://www.napedu/catalog.php?record_id=9728#toc (02.05.2012)

⁴² Meditsiiniliste vigade tüübid (Types of medical mistakes). – Arvutivõrgus: <http://www.rightdiagnosis.com/mistakes/types.htm> (02.05.2012)

tagada tervishoiuteenuse kvaliteet, töötades välja kvaliteedijuhtimissüsteemi, mis lähtub heast teenindus- ja meditsiinitavast (määruse § 3 lg-d 1-2). Ühtsete kvaliteedinõuete kehtestamine tagab patsiendi õiguse saada kvaliteetset tervishoiuteenust olenemata sellest, kas ta pöörduv tervishoiuteenuse saamiseks suuremas linnas tegutsevasse haiglasse või väiksemasse maakonnhaiiglasse. Sotsiaalministri 16. mai 2008. a määruse "Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjoni töökord, tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmise kord ja komisjoni moodustamine"⁴³ § 2 lg 1 p 4 näeb ette, et tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjon lähtub tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmisel ka üldtunnustatud heast meditsiinitavast ja meditsiinieetika põhimõtetest.

VÕS § 762 kohaselt peab tervishoiuteenus vastama vähemalt arstiteaduse üldisele tasemele, seda tuleb osutada tervishoiuteenuse osutajalt tavaliselt oodatava hoolega ning vajadusel peab tervishoiuteenuse osutaja suunama patsiendi eriarsti juurde või kaasama eriarsti. Arstiteaduse üldine tase tähendab ravimeetodeid, mida käsitletakse arstide väljaõppes ja täiendkoolituses ja millest madalamal tasemel ravimine on raviviga.⁴⁴

Saksamaa Ülemkohus on tervishoiuteenuse osutamisel pidanud hooletuse hindamisel hoolsusstandardiks keskmise kogemusega, auväärse ja kohusetundliku arsti käitumist vastavas valdkonnas. Juhul kui arst viib läbi protseduuri, mille tegemiseks puudub tal piisav kompetents, jääb ta Saksa õiguse kohaselt üldjuhul vastutama. Ühes Saksamaa juhtivas kaasuses, mis puudutas noore arsti vastutust, asus Saksamaa Ülemkohus seisukohale, et noorele arstile kohaldub samasugune hoolsusstandard ja hoolsuskohustus nagu kõigile teistele arstidele. Kui noor arst tervishoiuteenust osutades tunneb ära või peaks ära tundma, et ta oma kogematusesest seab patsiendi elu ohtu, ei peaks ta jätkama tervishoiuteenuse osutamist, kui see räägib vastu tema südametunnistusele ja paremale äranägemisele. Samas võidakse noor arst vabastada vastutusest põhjusel, et ta ei saanudki teada seda, et tal ei ole piisavalt vajalikke oskusi.⁴⁵ Analoogselt noorele arstile ei saa ka väike kohalik haigla tugineda vastutusest vabanemiseks ressursi puudusele, vaid peab osutama tervishoiuteenust samal tasemel kui ülikooli juures tegutsev kliinik.⁴⁶

Ka Ameerika Ühendriikides on hinnang tervishoiuteenuse osutaja tegevusele seotud teatud hoolsusstandardiga. Hageja peab tõendama, et temale tekkinud kahju on põhjustanud

⁴³ Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjoni töökord, tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmise kord ja komisjoni moodustamine. SMm 16.05.2008. nr 27. – RTL 2008, 41, 575.

⁴⁴ Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 29.11.2010. a otsus kohtuasjas nr 3-1-1-79-10, p 15

⁴⁵ BGH 27.09.1983, NJW 655 (657), 1984.

⁴⁶ BGH 22.09.1987, NJW 1988, 763.

tervishoiuteenuse osutaja nõuetele mittevastav ja hooletu tegevus ravimisel. Hoolsusstandardi kindlakstegemisel on vajalik eksperdi ärakuulamine tunnistajana, välja arvatud juhul, kui arst on ilmselgelt käitunud hooletult ning see on vandemeeste kogu jaoks ilmne ka ilma eksperdi ütlusteta.⁴⁷

Seega võib teha järelduse, et raviveana tuleb käsitleda arstiteaduse üldisest tasemest madalamal tasemel tervishoiuteenuse osutamist. Samas ei tähenda ravivea tegemine tervishoiuteenuse osutaja poolt tema automaatset vastutust ja kohustust hüvitada kahju. Kui tervishoiuteenuse osutaja teeb ravivea, millest patsiendile kahju ei teki, siis vastutust ei tõusetu. Kui aga patsiendi tervis halveneb tervishoiuteenuse osutamise käigus, ei pruugi tegemist olla tervishoiuteenuse osutaja eksimuse tagajärjega.

Patsiendi tervisliku seisundi halvenemisel tervishoiuteenuse osutamisel tuleb eristada juhtumeid, mille puhul on tervishoiuteenuse osutaja tegutsemine õiguspärane, aga patsiendil tekib tüsistus, ning raviviga, mille põhjustas tervishoiuteenuse osutaja hooletus. Patsiendil tekkiv tüsistus on tavaliselt iseloomuliku riski realiseerumine ega sõltu tervishoiuteenuse osutaja tegevusest. Raviveaga on tegemist aga juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja pole tegutsenud nii, nagu see oleks kohane mõistlikult kogunud ja kompetentsele spetsialistile.⁴⁸

Tüsistuse ja ravivea eristamist on käsitletud Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 3. oktoobri 2006. a otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-78-06. Riigikohus viitas kohtuarstliku ekspertiisiaktile, mille kohaselt on paravertebraalse blokaadi tegemisel alati risk lahuse sattumiseks seljaaju ümbritsevasse ruumi. Kuna raviarsti eesmärk ei olnud viia lahust seljaaju kanalisse, ei pidanud ta ka protseduuri tegemise ajal vajalikuks röntgenoloogiliselt kontrollida nõela asendit ega aspiratsiooni teel sattumist lülisamba kanalisse. Kolleegiumi arvates oli antud kaasuses oluline tuvastada, kas vastava eriala haritud ja kogunud arst oleks sellise riski puhul nõela asendit kontrollinud (pidanud kontrollima).⁴⁹ Ülaltoodust saab järeldada, et raviveaga oleks tegemist juhul, kui arst jätab tegemata midagi, mis võib vähendada riski realiseerumise tõenäosust.

⁴⁷ D.B. Dobbs. *op. cit.*, lk 353.

⁴⁸ J.K. Mason, R.A. McCall Smith. *Õigus ja meditsiinieetika*. Juura. 1996, lk 104.

⁴⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-78-06, p 12.

1.3.2. Diagnoosiviga

Diagnoosiviga saab defineerida kui ebatäpset hinnangut patsiendi tervislikule seisundile.⁵⁰ Diagnoosi andmine ei ole raviprotseduur, kuid sellesse tuleb suhtuda sama tõsiselt kui ravimisesse. Diagnoosi paneku puhul peab arst eelkõige selgitama välja patsiendi varem pöetud haigusi, tegema teste ja tuvastama haiguse.⁵¹ Diagnoosi andmise kui sellisega ei sekkuta küll otseselt patsiendi kehasse (võimalik sekkumine patsiendi kehasse võib küll toimuda enne diagnoosi andmist uuringute tegemisel, nt vereproovi andmine), kuid diagnoosimine on esimene ja oluline samm patsiendi edasise ravimise suuna valikuks. Valediagnoosi andmise tagajärjel võib patsiendile tekkida tervisekahjustus või kaasneda tema surm nagu ka konkreetse raviprotseduuri tegemisel tehtud eksimuse korral, sest valediagnoosile võib järgneda patsiendi tegelikule tervislikule seisundile mittevastav ravi.

Diagnoosiviga võib seisneda diagnoosi andmisega hilinelemises, tehtud uuringu tulemuste kasutamata jätmises, vanamoodsa uuringu või ravi kasutamises või uuringu tulemuste kasutamata jätmises.⁵² Rõhutamist väärrib asjaolu, et diagnoosivea (või ka ravivea) ilmnemisel tekib patsiendil nõue tervishoiuteenuse osutaja vastu siiski üksnes siis, kui vea tagajärjel tekib patsiendile kahju. Nii ei järgne tervishoiuteenuse osutajale etteheidetavatele eksimustele diagnoosi andmisel (ja ka muude ravivigade korral) deliktiõiguslikku vastutust, kui nende tagajärjel ei ole tekkinud patsiendil tervisekahjustus või põhjustatud tema surm.

Diagnoosi andmine varajases staadiumis on äärmiselt oluline näiteks vähi puhul. Arstid ja eriala spetsialistid on veendunud, et mida varem vähk avastada, seda tulemuslikum on selle ravi. Vähktõve ennetamine ja vähi varajane avastamine (sh sõeluuringud, inimeste teavitamine varajastest sümptomitest) on esimesed vähitõrje etapid.⁵³ Kui vähki ei avastata varajases staadiumis, mis on sisuliselt käsitletav valediagnoosina (nt arsti hinnang, et patsient on terve või et patsiendi tervislikku seisundit mõjutab muu haigus), siis see lühendab ravimise aega, mis jätab patsiendi ilma tervenemise võimalusest, mis on vähi puhul võimalik üksnes ravi teel.⁵⁴

⁵⁰ Medical dictionary. – Arvutivõrgus: <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/misdiagnosis> (02.05.2012)

⁵¹ J.K. Mason, R.A. McCall Smith, *op. cit.*, lk 104.

⁵² L.T. Kohn jt. *op. cit.*, lk 36.

⁵³ Vähitõrje- ja ravi. Eesti Vähiliit. Arvutivõrgus: <http://www.cancer.ee/?op=body&id=116> (02.05.2012)

⁵⁴ A.L. Zarick. Damage deferred: determining when a cause of action begins to accrue for a cancer misdiagnosis claim. lk 4 – University of Toledo Law Review, Vol. 41, Issue 2 (Winter 2010).

Ühte diagnoosiveaga seonduvat kaasust on menetlenud ka Riigikohus. Patsiendi (hageja) väitel tekkis tal tervishoiuteenuse osutaja (kostja) poolt ehhinokokoosi diagnoosimata jätmise tõttu mittevaraline kahju. Kuna kostja hindas valesti patsiendi tervislikku seisundit, valis ta sellest tulenevalt vale ravimeetodi, ja jättis hageja haiguse lõpuni ravimata, mistõttu arenes haigus edasi ja põhjustas hagejale hiljem hingelisi üleelamisi ja kannatusi, mida oleks saanud ära hoida, kui kostja oleks määranud hagejale õige diagnoosi ja ravi. Riigikohus märkis muu hulgas, et kohtud on jätnud arvestamata asjaolu, et haiguse diagnoosimata jätmine võis tuua kaasa haiguse süvenemise ning haiguse õigel ajal diagnoosimine oleks saanud ära hoida kopsutsüsti lõhkemise ja selle tagajärjed.⁵⁵

Nimetatud Riigikohtu otsuses on Riigikohus möönnud, et lisaks tervishoiuteenuse osutamise lepingu rikkumisest tulenevale nõudele võib patsiendil olla tervishoiuteenuse osutaja vastu nõue ka deliktiõiguslikul alusel, ning viidanud kahju tekitamise õigusvastasusele mh juhul, kui see tekitati kannatanule kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamisega.⁵⁶ Samas ei ole Riigikohus andnud hinnangut sellele, kas valediagnoosi andmine, isegi kui selle tagajärjel tekib patsiendil tervisekahjustus, on delikt. Nimetatud asjaolu omab tähtsust deliktiõigusliku vastutuse seisukohalt, sest diagnoosivea tegemine, mida Riigikohtu hinnangul saab pidada tervishoiuteenuse osutamise eesmärgist tulenevalt tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse rikkumiseks (otsuse p 14), ei pruugi kujutada endast delikti. Probleemi analüüsitakse pikemalt käesoleva töö p-s 3.1.1.

1.3.3. Teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse rikkumine

Tervishoiuteenuse osutajal on vastavalt VÕS §-le 766 kohustus teavitada patsienti muu hulgas tervishoiuteenuse osutamisega kaasnevatest ohtudest ja tagajärgedest. VÕS § 766 lg-s 3 on sätestatud keeld osutada tervishoiuteenust ilma nõusolekuta. Nõusolek on kehtiv juhul, kui sellele on eelnenud patsiendi teavitamine.⁵⁷ Andmaks nõusolekut temale tervishoiuteenuse osutamiseks peab patsiendil olema ülevaade sellest, kuidas on võimalik tema tervislikku seisundit parandada ning millised riskid kaasnevad tema ravimisega. Kui patsienti ei teavitata mõnest tervishoiuteenusega seonduvast riskist ja selline risk realiseerub, siis on ka patsiendi antud nõusolek puudulik, sest see nõusolek ei hõlmanud võimalikku riski, millest

⁵⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 08.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-171-10, p 16

⁵⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 08.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-171-10, p 12, 18.

⁵⁷ A. Nömper. VÕS § 776, komm p 3.4.

tervishoiuteenuse osutaja on jätnud patsiendi teavitamata. Seega on patsiendi nõusoleku andmine tihedalt seotud teavitamiskohustuse täitmisega tervishoiuteenuse osutaja poolt.

Teavitamise eesmärgiks on anda patsiendile võimalus teha teavitatud otsustus.⁵⁸ Õiguskirjanduses on välja toodud kolm teavitamise liiki ning nende vastu eksimine toob kaasa erinevad õiguslikud tagajärjed. Enesemääramisteavitamisega kaitstakse patsiendi otsustusõigust ning sellise teavitamise ärajätmisel on tegemist omavolilise raviga. Majandusliku teavitamisega kaitstakse patsiendi majanduslikke huvisid ning sellise teavitamise ärajätmisel võib patsiendil tekkida varaline kahju, sest ta ei saanud teavet tervishoiuteenusega kaasnevatest kuludest ning võimalikest kompensatsioonimehhanismidest. Eluviisiteavitamise ärajätmine on aga võrreldav raviveaga, sest kui tervishoiuteenuse osutaja ei teavita patsienti, kuidas ta peaks tervishoiuteenuse järel käituma, ja patsient käitub teadmatuses selliselt, et tema tervislik seisund halveneb, siis on tervise kahjustajaks ikkagi tervishoiuteenuse osutaja.⁵⁹ Eelnevast tulenevalt on teavitamise maht üsna suur, kuid deliktiõigusliku vastutuse seisukohast omavad tähtsust eelkõige enesemääramisteavitamine ja eluviisiteavitamine, sest nende teavitamisliikide puhul saab rääkida patsiendile tekitatud tervisekahjustusest.

Kui tervishoiuteenuse osutajale on teada patsiendi eriline huvi mõne asjaolu suhtes, peab patsienti selle asjaolu suhtes põhjalikumalt teavitama.⁶⁰ Näiteks on Harju Maakohus leidnud, et kuna esteetilis-plastilise kirurgilise operatsiooniga saavutatav esteetiline tulemus on patsiendile oluline, pidi tervishoiuteenuse osutaja suhtuma erilise hoolsusega patsiendile teabe andmise kohustusse ning selgitama patsiendile erinevaid võimalusi soovitud esteetilise tulemuse saavutamiseks. Kohus leidis, et tervishoiuteenuse osutaja vastutuse aluseks on patsiendi igakülgsest teavitamata jätmise, millest tulenevalt ei olnud patsiendi valitud kirurgiline meetod edukas.⁶¹

Tervishoiuteenuse osutaja vastutab teavitamiskohustuse rikkumise eest vastavalt VÕS § 770 lg-le 1, seega lepingulisel alusel. Teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse rikkumine võib viia deliktiõigusliku vastutuse juhu, kui nimetatud kohustuse rikkumise tõttu tekib patsiendil tervisekahjustus või põhjustatakse tema surm. Sellisel juhul on lepingulisel alusel

⁵⁸ A. Nõmper. VÕS § 766, kamm p 3.1.

⁵⁹ A. Nõmper, J. Sootak, *op. cit.*, lk 73-75.

⁶⁰ A. Nõmper. VÕS § 766, kamm p 3.1.

⁶¹ Harju Maakohtu 15.02.2010. a otsus tsiviilasjas nr 2-09-15036.

kahju hüvitamise nõude esitamine välistatud, sest teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse kaitse-eesmärgiks ei ole patsiendil tervisekahjustuse ärahoidmine.

Teavitamiskohustuse rikkumisele tuginemist on peetud patsiendi jaoks alternatiivseks aluseks ravimisest põhjustatud tervisekahjustusest tingitud kahju hüvitamise nõude esitamiseks. Saksamaal on sellised nõuded saanud niivõrd populaarseteks, et koguni kolmandikus kohtule esitatavates väärarvust tingitud kahju hüvitamise nõuetes tugineb patsient tervishoiuteenuse osutaja poolt teavitamiskohustuse rikkumisele. Sellisele alusele tuginemisel peab patsient ära näitama, et isegi kui temale tekkinud tervisekahjustus oli ravi loomuliku riski realiseerumine, ei ole tervishoiuteenuse osutaja sellest patsienti eelnevalt teavitanud, mistõttu patsiendi nõusolek on puudulik ning tervishoiuteenuse osutaja peab vastutama teavitamiskohustuse rikkumise tagajärjel patsiendile tekitatud tervisekahjustuse eest.⁶² Siinkirjutaja arvates on patsiendi tervise kahjustamise korral delikti üldkoosseisust tuleneva nõude esitamisel tuginemine tervishoiuteenuse osutaja teavitamiskohustuse rikkumisele hea alternatiiv juhul, kui tervishoiuteenuse tagajärjel patsiendi tervis halveneb.

Ülaltoodust tulenevalt võiks asuda seisukohale, et kui teavitamiskohustuse rikkumine kui selline üldjuhul deliktiõiguslikku vastutust kaasa ei too, on deliktiõiguslik vastutus siiski võimalik vastavalt VÕS § 1044 lg-le 2 juhul, kui teavitamiskohustuse rikkumise tagajärjel kahjustatakse mõnda VÕS § 1045 lg-s 1 nimetatud õigushüve, nt tekitatakse patsiendile tervisekahjustus või põhjustatakse tema surm. Selliste tervishoiuteenuse tagajärgede korral on patsiendil võimalik tugineda ebapiisavale teavitamisele, põhjendades, et piisava teavitamise korral ei oleks patsient vastavaks tervishoiuteenuseks nõusolekut andnud.⁶³ Kui teavitamiskohustuse rikkumisega kaasneb patsiendile tervisekahjustuse tekitamine või tema surm, siis kohaldubki üldjuhul üksnes deliktiõiguslik vastutus, sest lepinguliste kohustuste kaitse-eesmärk selliseid kahjustusi ei kata.

⁶² M.S. Stauch. *op. cit.*, lk 1156.

⁶³ Teavitamise ja nõusoleku saamise kohustuse rikkumisele järgneval vastutusel võib leida ühiseid jooni dokumenteerimiskohustuse ja saladuse hoidmise kohustuse rikkumisele järgneva vastutusega. Ei ole kahtlust selles, et kuna tegemist on lepinguliste kohustustega, vastutab tervishoiuteenuse osutaja nende kohustuste rikkumise eest lepinguõiguslikul alusel (VÕS § 770 lg 1). Kõikide eelnimetatud kohustuste kaitse-eesmärgiks on ilmselt midagi muud kui kaitsta patsienti temale tervisekahjustuse tekkimise või surma põhjustamise eest. Dokumenteerimiskohustuse rikkumise puhul on kaheldav ka deliktiõiguslikult kaitstava hüve kahjustamise võimalikkus. Dokumenteerimiskohustus ja saladuse hoidmise kohustus on tervishoiuteenuse osutaja lepingulised kohustused, mitte aga seaduses sätestatud kaitsekohustused, mille rikkumise tagajärjel võiks patsiendile tekkinud kahju olla õigusvastane (VÕS § 1045 lg 1 p 7, § 1045 lg 3). Sellest tulenevalt nimetatud kohustuste rikkumisele deliktiõiguslikku vastutust reeglina ei järgne.

Lisaks sellele, et patsiendi nõusolek on õigusvastasust välistav asjaolu (vt lähemalt p 3.1.2) nende tervishoiuteenuse osutaja tegevuste osas, mille osas nõusolek antakse, võib nõusoleku saamise kohustuse rikkumisele järgneda tervishoiuteenuse osutaja vastutus.⁶⁴

Nõusoleku saamise kohustuse rikkumisel on tegemist nõusolekuta raviga, millega tervishoiuteenuse osutaja rikub vastavat seaduses sätestatud keeldu (VÕS § 766 lg 3). Nõusolekuta ravi keelu suhtes on sätestatud mitmeid erandeid. VÕS § 767 lg-st 1 tulenevalt võib osutada tervishoiuteenust patsiendi nõusolekuta, kui see on patsiendi huvides, vastab patsiendi varem avaldatud või eeldatavale tahtele ning tervishoiuteenuse viivitamatu osutamata jätmine oleks ohtlik patsiendi elule või kahjustaks oluliselt tema tervist. Samuti on võimalik tervishoiuteenuse osutamine ilma patsiendi nõusolekuta psühhiaatrilise ravi korral. Isiku või tema seadusliku esindaja nõusolekuta kohaldatakse kohtumääruse alusel isikule tahtest olenematut vältimatut psühhiaatrilist abi, mille korral võetakse isik ravile seaduses sätestatud asjaolude koosesinemise korral (psühhiaatrilise abi seadus⁶⁵ (PsAS) § 11 lg 1). Ilma kohtu loata võib haigla psühhiaatriaosakonna psühhiaater kohaldada patsiendile tahtest olenematut ravi 48 tunni jooksul tahtest olenematu haiglaravi algusest (PsAS § 11 lg 3 ja lg 4). Samuti ei ole isiku nõusolekut vaja karistusseadustiku⁶⁶ § 86 lg 1 alusel määratava psühhiaatrilise sundravi korral (PsAS § 17 lg 1) ja nakkushaiguste ennetamise ja tõrje seaduse⁶⁷ alusel kohaldatava nakkushaige tahtest olenematu ravi korral (NETS § 4 lg 1).

Riigikohus on tsiviilasja nr 3-2-1-83-07 otsuses muuhulgas märkinud, et puudutatud isik võib nõuda esialgse õiguskaitse korras kinnisesse asutusse paigutamise kohaldamise määranud kohtulahendi kontrollimist ning nõuda kinnisesse asutusse paigutamise eelduste puudumise tuvastamist. Juhul, kui sellised eeldused puudusid, võib see anda Riigikohtu hinnangul aluse kahju hüvitamise nõude esitamiseks.⁶⁸ Riigikohus ei ole seejuures märkinud, millisel alusel tuleks selline kahju hüvitamise nõue esitada. Ilmselt ei saaks sellises kaasuses tugineda nõusoleku saamise kohustuse rikkumisele, sest tahtest olenematu ravi kohaldamisel ja kinnisesse asutusse paigutamisel ei ole isiku nõusolek nõutav, vaid hinnatakse tema tervislikku seisundit, mille põhjal tehakse kindlaks ravi vajadus ilma isikult nõusolekut küsimata.

⁶⁴ I. Luik. Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXI, lk 35 – Lege Artis 9/2004

⁶⁵ Psühhiaatrilise abi seadus. – RT I 1997, 16, 260 ... RT I, 23.02.2011, 1.

⁶⁶ Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 04.04.2012, 1.

⁶⁷ Nakkushaiguste ennetamise ja tõrje seadus. – RT I 2003, 26, 160 ... RT I, 29.12.2011, 1.

⁶⁸ RKTko 3-2-1-83-07 p 11.

Kuna nõusolekuta ravi on tulenevalt VÕS § 766 lg-st 3 keelatud ning arvestades asjaolu, et nõusolek on ka õigusvastasust välistav asjaolu, on nõusolekuta ravi korral tegemist deliktiga. Kuna patsiendi kehasse sekkutakse ilma temalt nõusolekut saamata, on tegemist tervisekahjustuse tekitamisega, mille õigusvastasuse välistamiseks puudub nõusolek kui õigusvastasust välistav asjaolu vastavalt VÕS § 1045 lg 2 p-le 2

Teavitamiskohustuse rikkumine ja nõusoleku saamise kohustuse rikkumine kujutavad endast tervishoiuteenuse osutamise lepingu rikkumist, mille eest tervishoiuteenuse osutaja vastutab lepingulisel alusel (VÕS § 770 lg 1). Deliktiõiguslik vastutus tuleks nimetatud vigade puhul kõne alla üksnes juhul, kui teavitamise või nõusoleku saamise vea tagajärjel on patsiendil tekkinud tervisekahjustus, kehavigastus või põhjustatud tema surm. Sellisel juhul kohalduksi üksnes deliktiõiguslik vastutus, kuna lepinguliste kohustuste kaitse-eesmärk üldjuhul selliseid kahjustusi ei kata. Seega saab deliktiõiguslikust vastutusest rääkida alles juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on ravinud patsienti nõusoleku alusel, mis on saadud teavitamiskohustust rikkudes. Samas on deliktiõiguslik vastutus teavitamise või nõusoleku saamise kohustuse rikkumise korral pigem harv nähtus, sest üldiselt nende kohustuste rikkumine ei tekita patsiendile tervisekahjustust ega põhjusta tema surma.

1.3.4. Tervishoiuteenuse osutamisel kasutatavate seadmete vead ja organisatoorsed vead

Tervishoiuteenuse osutamist mõjutab nii tervishoiuteenuse osutaja konkreetne tegevus patsiendi suhtes kui ka tervishoiuteenuse osutamise kohas töö organiseerimine. Vigu seoses tervishoiutöötajate valve ebaõige korraldamisega, haiglanakkusi, vajalike seadmete puudumist või puudusi võib käsitleda organisatoorsete kohustuste rikkumisena, millele järgneb tervishoiuteenuse osutaja lepinguline vastutus vastavalt VÕS § 770 lg-tele 1 ja 2.⁶⁹ Nõude võimalikkuse deliktiõiguslikul alusel kindlakstegemiseks vastavalt VÕS § 1044 lg-le 2 tuleb esmalt teha kindlaks nimetatud kohustuste kaitse-eesmärk.

Ei ole uudiseks, et tervishoiutöötajale on tervishoiuteenuse osutamisel abiks erinevad tehnilised seadmed. Seaduses on eraldi sätestatud, et tervishoiuteenuse osutaja vastutab ka tervishoiuteenuse osutamisel kasutatavate seadmete vigade eest (VÕS § 770 lg 2). Seadmete vigade puhul tuleb eristada seadmest endast tulenevat viga (nt seadmest on ehitusviga) ja

⁶⁹ A. Nõmper. VÕS § 770, komm p 3.2.

tervishoiutöötaja poolt seadme ebaõiget kasutamist (nt kasutab tervishoiutöötaja vastavale protseduurile mitesobivat programmi seadmel). Seadmest endast tuleneva vea puhul vastutab tervishoiuteenuse osutaja⁷⁰, tervishoiutöötaja poolt tehtud vea puhul aga ka tervishoiutöötaja isiklikult.⁷¹

On üldteada fakt, et tervishoiuteenuse osutamine eeldab steriilset keskkonda. Tervishoiuteenuse kvaliteedi üheks nõudeks on ka haiglanakkuste kontrollimine ja vältimine.⁷² Tervishoiuteenuse osutajale määratud kohustuse tagada tervishoiuteenuse osutamise kvaliteet ning vastavate nõuete eesmärgiks on nõuda tervishoiuteenuse osutajatelt tähelepanu pööramist erinevatele probleemidele ning välja töötada tegevusjuhiseid ja ametijuhendeid nende probleemide lahendamiseks. Seega on tegemist pigem formaalsete nõuete kehtestamisega, mis ei ole tervishoiuteenuse osutaja tsiviilõigusliku vastutuse aluseks.⁷³ Sellest võiks teha järelduse, et tegemist ei ole seadusest tuleneva kohustusega, mille rikkumise korral võiks patsient tugineda rikkumise õigusvastasusele vastavalt VÕS § 1045 lg 1 p-le 7.

Tervishoiuteenuse osutaja kvaliteedi tagamise kohustuse täitmine väljendub tegelikult käitumises patsiendi suhtes, sest patsient on tervishoiuteenuse saaja. Seega olukorras, kus patsiendi tervislik seisund haiglas tervishoiuteenuse saamisel halveneb näiteks haiglanakkuse⁷⁴ saamise tõttu, tõusetub küsimus tervishoiuteenuse vastavusest kvaliteedile ja seega tervishoiuteenuse osutaja vastutusest. Võiks asuda seisukohale, et haiglanakkuste ärahoidmise kui tervishoiuteenuse osutaja kohustuse kaitse-eesmärgiks on patsiendil tervisekahjustuse või tema surma põhjustamise ärahoidmine. Seega tuleks kõne alla nii tervishoiuteenuse osutaja lepinguline vastutus VÕS § 770 lg 1 alusel kui ka deliktiõiguslik vastutus vastavalt VÕS § 1044 lg-le 3.

⁷⁰ Vigase seadme kui puudustega toote tõttu isiku surma või isikule kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamise eest vastutab ka tootja vastavalt VÕS § 1061 lg-le 1. Seega võiks öelda, et vigasest seadmest tuleneva kahju korral on patsiendil nõue nii tervishoiuteenuse osutaja kui ka tootja vastu. Tervishoiuteenuse osutajal võib olla ka nõue seadme müüja vastu nende vahel sõlmitud müügilepingu alusel, sest müüdüd asi ei vasta lepingutingimustele (I. Luik. Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXII. lk 35. – Lege Artis 11/2004).

⁷¹ I. Luik. Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXII. lk 35. – Lege Artis 11/2004.

⁷² Tervishoiuteenuste kvaliteedi tagamise nõuded. SMm 15.12.2004 nr 128. – RT I 2001, 50, 284.

⁷³ A.Nõmper, J.Sootak, *op. cit.*, lk 88.

⁷⁴ Haiglanakkus on nakkus, mida patsiendil ei olnud enne haiglasse või teise tervishoiuteenust osutavasse ettevõttesse minekut või mis ei ole eelmises sellises asutuses viibimise jääknäht, vaid on tekkinud patsiendil seal viibimise ajal või seal saadud ravi tagajärjel ja mille tunnused ilmnevad kas seal viibimise ajal või pärast sealt lahkumist (NETS § 23 lg 1).

Ameerika Ühendriikides on jaatatud nõude esitamist haigla või muu meditsiinilise keskuse vastu, kus patsient saab tervishoiuteenust, juhul kui patsient saab tervishoiuteenuse osutamise käigus haiglanakkuse. Seejuures tuleb kõne alla nii haigla kui juriidilise isiku vastutus kui ka haigla vastutus tema töötaja hooletu käitumise eest. Nt on haigla võetud vastutusele organisatoorse vea eest kaasuses, kus haigena tööl olnud meditsiiniõde nakatas vastsündinute intensiivravi osakonnas töötades vastsündinut. Haigla organisatoorne viga seisnes selles, et ta võimaldas meditsiiniõdel töötada ohustatud immuunsüsteemiga lastega, jättes eelnevalt kontrollimata õe enda tervislikku seisundit.⁷⁵

Saksamaal on peetud organisatoorseks veaks ja ühtlasi nõude esitamise aluseks haigla kui juriidilise isiku vastu muuhulgas mittetöökorras olevaid vahendeid, haiglanakkusi, samuti olukorda, kus tervishoiuteenuse osutamisel teeb vea noor arst, keda ei ole piisavalt juhendatud.⁷⁶ Samuti võib organisatoorseks veaks pidada olukorda, kui erakorralises olukorras ei tagata tervishoiuteenuse osutamist, sest vajalik arst on ülekoormatud ja haigla teine osakond ei saa piisavalt kiiresti aidata.⁷⁷

Organisatoorsete kohustuste täitmine patsiendi suhtes toetab temale kvaliteetse tervishoiuteenuse osutamist. Organisatoorse kohustuste rikkumise puhul tuleb enamikel juhtudel kõne alla pigem tervishoiuteenuse osutaja vastutus, kuid tervishoiutöötaja vastutab vastavalt VÕS § 758 lg-le 2 tervishoiuteenuse osutamise lepingu täitmise eest ka isiklikult.

⁷⁵ B.A. Barnes. Negligence, Medical Malpractice, Vicarious Liability, or Patient Responsibility: Who Should Pay When a Patient Contracts MRSA From a Healthcare Facility? Lk 348. – Indiana Health Law Review, Vol. 7, Issue 2 (2010).

⁷⁶ M.S. Stauch. *op. cit.*, lk 1149-1150.

⁷⁷ C. von Bar 2009, *op. cit.*, lk 275.

2. Objektiivne teokoosseis tervishoiuteenuse osutaja delikti üldkoosseisul põhineva vastutuse korral

2.1. Tervishoiuteenuse osutamine kui tegu

Deliktiõigusliku vastutuse tekkimise esimeseks eelduseks on tegu, mille tagajärjel kahjustatakse isiku õigushüve, millele seadusandja pakub kaitset. Isiku tegu, mis kahjustab teise isiku õigushüve, võib väljenduda tegevuses või tegevusetuses. Tegevuseks võib pidada igasugust aktiivset käitumist, taatele allutatud tegevust. Tegevusetus võib seisneda millegi tegemata jätmises või puudustega tegemises või passiivseks jäämises olukorras, kus on vaja tegutseda, et teisele isikule ei tekiks kahju.⁷⁸

Ka Saksa õiguses on võimalik delikti toime panna nii tegevuse kui ka tegevusetusega. Viimane on üldjuhul õigusvastane ainult siis, kui kahju tekitanud isik rikkus tegutsemiskohustust, mis tuleneb seadusest, lepingust või ka üldisest põhimõttest, et iga isik, kes loob ohuallika, peab tegema kõik vajaliku, et hoida ära ohuallikast tuleneva ohu realiseerumine.⁷⁹ Tervishoiuteenuse osutaja puhul ei saa aga lähtuda üldisest käibekohustusest, sest tervishoiuteenuse osutaja käitumisstandard on kõrgem kui lihtsalt mõistliku inimese käitumisstandard (vt nn „kutsealase hooletuse“ kohta ka p 3.2.1.).

Tegevusetuse eest vastutusele võtmise üheks eelduseks võib pidada tervishoiuteenuse osutaja kui kahju tekitaja kohustust tegutseda, mis tuleneb tervishoiuteenuse osutamise lepingust. Samas ei pruugi sellise lepingulise kohustuse olemasolu tekitada veel tegutsemiskohustust deliktiõiguse mõttes. Tervishoiuteenuse osutajate puhul on iseenesestmõistetav, et haigla personalil on tegutsemiskohustus nende haiglas olevate patsientide suhtes, eriarstidel tegutsemiskohustus nende juurde vastuvõtule tulnud patsientide suhtes jne.⁸⁰ Selle valguses, et tervishoiutöötaja vastutab tervishoiuteenuse osutaja kõrval nagu lepingupool, tuleks asuda seisukohale, et ka tervishoiutöötajal on patsiendi suhtes tegutsemiskohustus, isegi kui ta ei ole patsiendi ja tervishoiuteenuse osutaja vahel sõlmitud lepingu pooleks.

Tervishoiuteenuse osutaja tegutsemiskohustus võiks seisneda tervishoiuteenuse osutamises. Samas ei saa tervishoiuteenuse osutaja puhul tegutsemiskohustus tähendada mingi eesmärgi saavutamist, sest tervishoiuteenuse osutaja ei või reeglina lubada patsiendi paranemist või

⁷⁸ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 163.

⁷⁹ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 3:102, märkus nr 21.

⁸⁰ J. Herring. Medical law and ethics. Oxford University Press 2006, lk 40.

operatsiooni edukust (VÕS § 766 lg 2). Kui tervishoiuteenuse osutaja osutab tervishoiuteenust, siis sellega ta täidab tegutsemiskohustuse. Tervishoiuteenuse osutaja vastutuse aluseks ei ole mitte tervishoiuteenuse osutamise negatiivne tagajärg, vaid kohustuse rikkumine.⁸¹

Riigikohus on väljendanud seisukohta, et tulenevalt VÕS § 770 lg-st 1 peab tervishoiuteenuse osutaja hüvitama patsiendile mh kahju, mis tekkis haiguse diagnoosimata jätmisest, kui haiguse diagnoosimine oli arstiteaduse üldist taset arvestades ja tavalist hoolsust järgides võimalik.⁸² Nimetatud seisukohast tulenevalt võiks valediagnoosi kui haiguse diagnoosimata jätmist pidada tegevusetusega toimepandud diagnoosiveaks, mis kujutab endast tervishoiuteenuse osutamise lepingu rikkumist. Samas ei kujuta lepingulise kohustuse rikkumine endast delikti (isegi kui tervishoiuteenuse osutaja tegutsemiskohustus tuli lepingust – D.S.), mistõttu on sellisel juhul deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine kaheldav. Diagnoosiviga kui tegevusetusdelikti või tegevusdelikti on pikemalt analüüsitud käesoleva töö p-s 3.1.1.

2.2. Õigushüve kahjustamine

Tervishoiuteenuse osutaja tegevuse või tegevusetuse negatiivne tagajärg, millele võib järgneda deliktiõiguslik vastutus, on surma põhjustamine või kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamine (VÕS § 1045 lg 1 p 1 ja 2). Ka BGB § 823 lg 1 alusel on inimese elu ja tervis kaitstavateks õigushüvedeks. Järgnevalt käsitletakse ainult nimetatud õigushüvede kahjustamist, sest tervishoiuteenuse osutamise kui inimese tervendamise eesmärki silmas pidades kaitstaksegi tervishoiuteenuse osutamisel nimetatud õigushüvesid (ja mitte nt inimese varalisi hüve vm).

Tervise kahjustamise all tuleb mõista igasugust tervisliku seisundi halvenemist, mis on tingitud välisest tegurist.⁸³ Välise tegurina tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi suhtes tuleb käsitleda tervishoiuteenuse osutaja tegevust, mis mingil viisil mõjutab patsiendi tervislikku seisundit. Lisaks mõistetavale sekkumisele patsiendi kehasse raviprotseduuri läbiviimisel mõjutab patsiendi tervislikku seisundit ka nõustamine ja diagnoosi andmine, sest eelduslikult laseb patsient oma tervist mõjutada, st järgib tervishoiuteenuse osutaja poolt antud soovitusi

⁸¹ A. Nõmper. VÕS § 766, komm p 3.3.

⁸² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 08.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-171-10, p 14.

⁸³ B.S. Markesinis. VOLUME II. The Law of Torts: A Comparative Introduction. Clarendon Press. Oxford 1997, lk 37.

temal esineva haiguse puhul vajalike ravimite ja lubatud/keelatud käitumise osas. Samuti mõjutab patsiendi tervislikku seisundit tervishoiuteenuse osutaja poolt teavitamiskohuse täitmine, kuna patsiendi poolt teavitatud nõusoleku andmine on eelduseks ravi alustamiseks ja läbi selle ka patsiendi tervisliku seisundi mõjutamiseks.

Samas ei saa vastutuse kindlakstegemisel unustada, et osa kahjust võib olla omistatav kahju saanud isikule endale (nn sisemiseks teguriks võib olla isiku tervislik seisund enne välise teguri sekkumist, nt mõne latentse vähi liik). Nimetatud asjaolu on oluline põhjusliku seose kindlakstegemisel, mida analüüsitakse käesoleva töö vastavas peatükis.⁸⁴

Sõltuvalt kahjulikust tagajärjest tekib kahju kas kahju saanud isikule endale või tema lähedastele – nt surma põhjustamise korral võib mittevahalise kahju hüvitamise nõudeõigus olla lähedastel (VÕS § 134 lg 3).

PETL-i regulatsiooni kohaselt eeldab isiku kahju hüvitamise kohustuse tekkimine teise isiku õiguslikult kaitstud hüve kahjustamist.⁸⁵ PETL art 2:102 sätestab olulised faktorid, mis aitavad kindlaks teha normi kaitseala. PETL-is on eraldi sätena välja toodud, et kõige ulatuslikumalt kaitstavateks hüvedeks on elu, kehaline ja vaimne terviklikkus, inimväärikus ja vabadus (art 2:102 (2)). Samas ei kaasne tervisekahjustuse tekitamisega alati kahju hüvitamise kohustus.⁸⁶

DCFR art 2:201 (1) kohaselt on hüvitamisele kuuluvaks kahjuks füüsilisele isikule tema keha vigastamisega või tervise kahjustamisega tekitatud kahju ja kahjustus kui selline. Hüvitamisele kuuluva kahju sätestamisega ei ole püütud luua deliktiõiguslikult kaitstavate abstraktsete huvide loetelu ning igas kaasuses tuleb vastavalt asjaoludele hinnata, kas tegemist on hüvitamisele kuuluva kahjuga. Hüvitamisele kuuluv kahju tähendab sisuliselt kahju, mida tunnustatakse kui ühte alustest deliktilise vastutuse tekkimiseks.⁸⁷

DCFR-is on eraldi sätestatud *de minimis* reegel (nn vähese tähtsuse reegel), mille kohaselt tuleb tühine kahju jätta tähelepanuta (DCFR art 102). Triviaalseks tuleb pidada sellist kahju, mis on kõrgelt tsiviliseeritud ühiskonnas vastuvõetav – nt külmetuse saamine bussis sõitvalt

⁸⁴ B.S. Markesinis. *op. cit.*, lk 37.

⁸⁵ European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Springer-Verlag/Wien 2005, PETL II ptk, komm vnr 1.

⁸⁶ European Group on Tort Law, *op. cit.*, PETL art 2:102, komm vnr 5.

⁸⁷ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR II ptk, komm p 1.

haigelt kaasreisijalt ei ole aluseks nõude esitamiseks.⁸⁸ Tervishoiuteenuse osutamine, kui sellega sekkutakse patsiendi kehasse, kujutab endast sekkumist isiku kehalisesse tervikusse ja on seetõttu hüvitatav kahju DCFR mõttes, ehkki sekkumine toimub tervise parandamise eesmärgil. Tervishoiuteenuse seisukohast tuleb triviaalseks kahjuks pidada nt sinika tekkimist pärast süsti tegemist.⁸⁹ Saksamaa Ülemkohus on väljendanud seisukohta, et kohus ei peaks rahuldama kahju hüvitamise nõuet, kui isiku kahjustatud seisund on ajutine ja isikut ei ole kahjustatud märkimisväärses ulatuses.⁹⁰ Olgu öeldud, et Eesti õiguses *de minimis* reeglit seaduses sätestatud ei ole, kuid mitteolulise kahju hüvitamata jätmist võiks põhjendada rikutud kohustuse eesmärgist (VÕS § 127 lg 2) tulenevalt sellega, et elu ja tervise kui õigushüvede kaitsmise eesmärgiks ei saa olla selliste tagajärgede ärahoidmine, mis iseenesestmõistetavalt kaasnevad tervishoiuteenuse osutamisega (nt eelpool nimetatud süsti tegemisel sinika tekkimine, operatsioonijärgne haava veritsemine ja valu), isegi kui sellistest tagajärgedest ei ole patsienti teavitatud.

Deliktiõiguslikult õigustatud isikuks ehk isikuks, kes võiks esitada nõude tervishoiuteenuse osutaja vastu on tavapäraselt isik, kelle õigushüve on kahjustatud. Tervisekahjustuse tekkimisel on nõue kahjusaanud isikul endal, tema surma põhjustamisel või ka kehavigastuse tekkimisel võib nõue olla ka kolmandatel isikutel (VÕS § 134 lg 3). Tervishoiuteenuse osutamise puhul on patsiendiks füüsiline isik ning selleks, et olla kannatanu deliktiõiguse mõttes, ei pea tal olema teo- ega otsusevõimet, küll aga õigusvõime, mis algab tema elusalt sündimisega ja lõpeb surmaga (tsiviilseadustiku üldosa seadus⁹¹ (TsÜS) § 7 lg 2).⁹²

Tervishoiuteenuse osutaja poole pöördudes on patsiendi eesmärk parandada oma tervislikku seisundit, seega on tervishoiuteenuse osutamise järel tervisliku seisundi halvenemine ilmselgelt soovimatu tagajärg. Samas ei too ainuüksi õigushüve kahjustamine, antud juhul tervise kahjustamine või surma põhjustamine, automaatselt kaasa tervishoiuteenuse osutaja vastutust.

⁸⁸ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 6:102, komm nr 2.

⁸⁹ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 2:201, komm nr 7, 8.

⁹⁰ BGH 14.01.1992, NJW 1992, 1043.

⁹¹ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216. ... RT I, 06.12.2010, 1.

⁹² T. Tampuu., M. Käerdi. VÕS § 1043, komm p 3.4.2.

2.3. Põhjuslik seos

2.3.1. Vajaliku põhjuse kindlakstegemine

Pärast tervishoiuteenuse osutaja teo ja patsiendi õigushüve kahjustamise kindlakstegemist on järgmiseks sammuks selgitada välja, kas teo ja õigushüve kahjustamise vahel on põhjuslik seos. Kõikides õigussüsteemides on põhjuslik seos üks eeldustest deliktilise vastutuse tekkimiseks.⁹³ VÕS § 127 lg 4 kohaselt isik peab kahju hüvitama üksnes juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg (põhjuslik seos).

Teo ja kahju vahel põhjusliku seose tuvastamisel lähtutakse nii Euroopas kui ka Ameerika Ühendriikides nn *conditio sine qua non* (Ameerika Ühendriikides ja teistes *common law* maades tuntud ka kui *but-for* test) põhimõttest, mille kohaselt ajaliselt eelnev sündmus loetakse hilisema sündmuse põhjuseks, kui ilma esimese sündmuseta poleks ajaliselt hilisemat sündmust toimunud. Kahju tekitanud teo väljaselgitamiseks saab kasutada nn elimineerimise meetodit, mille abil jäetakse kostja väidetav tegu mõtteliselt kõrvale ja uuritakse, kas kahjulik tagajärg oleks ilma selleta saabunud. Kui kahjulik tagajärg oleks saabunud ka ilma kostja väidetava teota, pole kostja tegu kahju põhjuseks. Põhjuslik seos ei pea VÕS § 127 lg 4 järgi olema alati vahetu, st tekkinud kahju ei pea igal juhul olema kohustuse rikkumise vahetu tagajärg.⁹⁴

DCFR järgi on tegu põhjuslikus seoses tekitatud kahjuga, kui kahju on teo või ohu allika, mille eest isik vastutab, tagajärg (art 4:101 (1)). PETL art 3:101 kohaselt on tegu tagajärje põhjuseks, kui teo puudumisel kahju ei tekiks (*conditio sine qua non*).

Nii Saksamaal kui Ameerika Ühendriikides lähenetakse põhjuslikule seosele etapiviisiliselt. Tekkinud kahju ei ole teo tagajärg, kui ei ole kindlaks tehtud, et tegu on vähemalt eelduseks sellise kahju tekkimiseks. Esiteks tuleb kindlaks teha, kas kostja tegu mängis mingit rolli hagejale kahju tekitamisel, ja teiseks, kas üks mitmest kahju tingimustest on ka õiguslikult käsitletav teo tagajärjena.⁹⁵

⁹³ J. Spier (ed). *Unification of Tort Law: Causation* (2000), lk 127.

⁹⁴ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 18.06.2008. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-45-08, p 17.

⁹⁵ B.S. Markesinis, *op. cit.*, lk 95.

Ameerika Ühendriikide kohtuotsuses *Stevens v Secretary of Health and Human Services* käsitletud põhjusliku seose eelduste analüüs on lahendi järgi saanud nimeks Stevensi test, mille järgi tuleb põhjusliku seose tuvastamiseks selgitada välja järgnev:

- põhjusliku seose meditsiiniline usutavus,
- meditsiinilise usutavuse tõestus arstidelt ja asjakohasest kirjandusest,
- vigastuse tekkimine,
- meditsiiniliselt vastuvõetav ajaline seos teo ja tagajärje vahel,
- teiste võimalike põhjuste elimineerimine.⁹⁶

Tegevusetuse juhtumitel kasutatakse asendamismeetodit – asendatakse kahju väidetava põhjustaja tegevusetus oodatava käitumisega ja vaadatakse, kas kahjulik tagajärg oleks saanud ka sellisel juhul.⁹⁷ Seega tuleb hinnata hüpoteetilist situatsiooni, kui tervishoiuteenuse osutaja oleks tegevusetuks jäämise asemel tegutsenud. Kui tegutsemise korral ei oleks patsiendile tervisekahjustust tekkinud, on tegevusetus põhjuslikus seoses tekkinud tervisekahjustusega. Tuleb hinnata mitte seda, kas tegutsemine antud olukorras oleks suurema tõenäosusega aidanud vältida kahju kui tegevusetuks jäämine, vaid seda, kas on tõenäoline, tuginedes absoluutsele tõenäolisusele, et kahju oleks saanud ära hoida ärajäetud tegevusega.⁹⁸

Riigikohtu praktika näitab, et arst vastutab juba siis, kui lepingulise kohustuse rikkumine on olemas (silmas peetase ravi- või diagnoosiviga) ning patsient ei pea tõendama põhjuslikku seost arsti tegevuse ja patsiendile tekitatud kahju vahel. Kui näiteks hageja tervisekahjustus võis alternatiivselt tekkida ravivea või muu asjaolu (nt tema enda tervisliku seisundi) tõttu, mille eest arst ei vastuta, tuleb põhjuslikku seost ravivea ja kahju vahel eeldada, st hageja ei pea tõendama, et muu asjaolu polnud kahju põhjuseks. Kui hageja tervisekahjustuse ja kahju põhjuseks oli nii raviviga kui ka muu(d) asjaolu(d), mille eest arst ei vastuta, siis see ei vabasta kostjat vastutusest, sest ka tema tegu põhjustas kahju.⁹⁹ Õiguskirjanduses on selgitatud, et ravivea eeldamine on põhjendatud, sest patsiendil on raske tõendada, et nõuetekohasel teenuse osutamisel oleks tekkinud kahju ära jäänud.¹⁰⁰

⁹⁶ Ameerika Ühendriikide 6. ringkonna apellatsioonikohtu 05.11.1985. a otsus kohtuasjas *Stevens v Secretary of Health and Human Services*. 780 F2d 1023 – Arvutivõrgus: <http://openjurist.org/780/f2d/1023/phillip-stevens-v-secretary-of-health-and-human-services> (02.05.2012)

⁹⁷ T. Tampuu. *op. cit.*, lk 175.

⁹⁸ B. Winiger (eds.). *Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*. Springer-Verlag/Wien 2007, lk 107.

⁹⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-78-06, p 13.

¹⁰⁰ A.Nömper. VÕS § 770, komm p 3.4.

Põhjusliku seose eeldamine diagnoosi- või ravivea puhul, kui patsiendil tekib terviserike, mida oleks saanud tavapärase raviga ilmselt vältida, tuleneb VÕS § 770 lg-st 4. Ehkki nimetatud säte puudutab tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenevat vastutust, saab siinkohal rääkida tervishoiuteenuse osutaja lepingulist vastutust reguleerivate sätete võimalikust kohaldamisest deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel. Riigikohus on põhjendanud, et juhul, kui isiku surma põhjusteks on alternatiivselt kas hagejale kehavigastuse tekitamine kostja poolt või asjaolu, mis ei ole seotud kostja tegevusega (nt isiku halb tervislik seisund), ei saa hea usu põhimõttest lähtudes panna hagejale kohustust tõendada, et kahju põhjuseks polnud kostja tegevusega mitteseotud asjaolu.¹⁰¹ Nimetatud seisukohast võiks teha järelduse, et tegemist on üldise (nii lepinguõiguses kui deliktiõiguses) kohaldatava põhimõttega, mille kohaselt tuleks tervisekahjustuse tekitamisel või surma põhjustamisel alternatiivse põhjuslikkuse korral pöörata tõendamiskoormis ümber. Kuna tervishoiuteenuse osutamise puhul sisaldub selline põhimõte VÕS § 770 lg-s 4, oleks iseenesest võimalik kohaldada ka nimetatud sätet, ehkki VÕS § 770 lg 4 kohaldamine ning Riigikohtu poolt sõnastatud üldpõhimõtte kohaldamine ilmselt ei viiks erinevate tulemusteni. Analoogne olukord on patsiendi nõusoleku puhul, mis on nii tervishoiuteenuse osutamise lubatavuse eeldus lepinguõiguses kui ka õigusvastasust välistav asjaolu deliktiõiguses. Et nõusoleku puhul on õiguskirjanduses leitud, et VÕS §-s 766 sätestatud nõuded on kohaldatavad deliktiõiguses, võiks ka VÕS § 770 lg-s 4 sätestatud tõendamiskoormise ümberpööramise põhimõtet põhjusliku seose osas kasutada ka tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutuse juures.

Tõendamiskoormis pööratakse tervishoiuteenuse osutaja lepingulise vastutuse kindlakstegemisel ümber ka juhul, kui patsiendile tervishoiuteenuse osutamine on jäetud nõuetekohaselt dokumenteerimata (VÕS § 770 lg 3). Tervishoiuteenuse osutaja lepingulise vastutuse juures põhjendatakse tõendamiskoormise ümberpööramist dokumenteerimiskohustuse rikkumise korral sellega, et mittenõuetekohane dokumenteerimine teeb tihti patsiendi nõude maksmapanemise kohtus võimatuks, sest peamiselt aitavad tervishoiuteenuse osutaja poolt koostatud dokumendid patsiendil oma väiteid tõendada.¹⁰² Deliktiõiguses sellist põhimõtet sätestatud ei ole. Seetõttu mittenõuetekohase dokumenteerimise korral ei ole patsiendil tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutuse tõendamiseks vajalikku materjali, mistõttu võib tema väiteid pidada paljasõnaliseks ja seetõttu võib patsiendi nõue deliktiõiguslikul alusel jääda piisava tõendusmaterjali puudumise tõttu

¹⁰¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 26.09.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-53-06, p 11.

¹⁰² A. Nõmper. VÕS § 770, p 3.3.

rahuldamata. Sellisel juhul on patsient ebaõiglaselt väljapääsmatus olukorras, kuna tõendite puudumine on patsiendist sõltumatu asjaolu, sest dokumenteerimiskohustuse täitmine on tervishoiuteenuse osutaja kohustus. Patsiendi jaoks niivõrd ebaõiglase olukorra lahendamiseks võiks ka deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel kaaluda VÕS § 770 lg-s 3 nimetatud tõendamiskoormise ümberpööramise põhimõtet.

Nagu eelpool öeldud, kasutatakse põhjusliku seose kindlakstegemisel *conditio sine qua non* testi ning seda nii Mandri-Euroopas kui ka *common law* õiguses. Samas on õiguskirjanduses leitud, et testi kasutamine on paljudel juhtudel problemaatiline.¹⁰³

Arvestades mitmeid võimalikke põhjusi tervisekahjustuse tekkimiseks või surma põhjustamiseks on paljudes vääravi kaasustes *conditio sine qua non* test tagaplaanil. Kohtud on põhjendanud, et esiteks on testi kaudu põhjuslikkusele raske läheneda, kui põhjuslikku seost toetavad vaieldavad teaduslikud tõendid, st kui teo elimineerimine või tegevusetuse asendamine ei näita tervisekahjustuse tekkimise tegelikku põhjust. Teo elimineerimine on võimalik üksnes siis, kui teo põhjuslik panus tervisekahjustuse tekkimiseks on piisavalt tuntud ja seda ei pea eraldi näitama konkreetsetes kaasustes. Teiseks võib *conditio sine qua non* test anda paljudes kaasustes ebatäpseid tulemusi. Testi tuleb kontrollida teiste faktorite suhtes, arvestades tsiviilõigusliku vastutuse kahju ennetamise ja hüvitamise funktsiooni. Ekslikud tulemused testi rakendamisel tulevad eelkõige kõne alla kaasustes, kus on kahju tekkimiseks enam kui üks võimalik põhjus.¹⁰⁴ Kolmandaks ei arvesta *conditio sine qua non* test vastutuse ulatust. Vastutuse piiramiseks on võimalik kasutada adekvaatse põhjuse testi. Samas kohtud mõnnavad, et ka õigusvastase käitumise kaudsete tagajärgede eest saab isikut võtta vastutusele, kui on olemas põhjuslik seos, mis ühendab tegu ja tekkinud kahju.¹⁰⁵

Tulenevalt TsMS § 232 lg-st 1 peab kohus hindama kõiki tõendeid igakülgselt, täielikult ja objektiivselt ning otsustama oma siseveendumuse kohaselt poolte väidete tõendatuse üle. Samamoodi tuleb hinnata tõendeid kogumis põhjusliku seose tuvastamisel. Kui põhjuslik seos on teaduslikel alustel vaieldav – nt ei ole ka ekspertidel võimalik kindlalt väita, mis on tekkinud tervisekahjustuse põhjuseks –, peab põhjusliku seose hindamisel tuginema rohkem intuitsioonile või tervele mõistusele. Näiteks kriminaalasjades on vajalik põhjusliku seose tuvastamine kõrge veendumusega, seega statistilised tõendid ei saa automaatselt õigustada süüdimõistmist, vaid tuleb hinnata asjaolusid ja teisi võimalikke tõendeid. Selline põhimõte

¹⁰³ B.S. Markesinis. *op. cit.*, lk 98.

¹⁰⁴ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 47.

¹⁰⁵ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 100.

kohaldub ka tsiviilasjadele, kuid tsiviilkohtumenetluses on tähtis roll tõenäosuslikel järeldustel ja eeldustel, tõendamiskoormis võib nihkuda kostjale ja põhjuslik seos võib erinevate kaasuste puhul olla erinev. Harvad on juhud, kui saab ilmselgelt kinnitada põhjusliku seose olemasolu või selle puudumist. Lõppkokkuvõttes tuleb kaaluda poolte seisukohti ja hinnata tõendeid kogumis. Kui põhjusliku seose tuvastamisel saab rääkida vaid tõenäosusest, on üheks võimaluseks patsiendi jaoks *loss of chance* nõude esitamine, mida analüüsitakse lähemalt p-s 2.3.4.

DCFR-is on eraldi sätestatud, et kehavigastuse või surma puhul ei arvestata kannatanu soodumust kantud kahju liigi või ulatuse suhtes (DCFR art 4:101 (2)). Sätte eesmärgiks on muuta võimatuks argument, et tervisekahjustus või surm on tingitud kannatanul olemasolevast tervislikust seisundist ja mitte kahju tekitaja tegevusest. Seejuures ei ole välistatud, et eelnevalt eksisteeriv kahju on aluseks kahju tekitanud isiku vastu esitatud kahju hüvitise nõude vähendamiseks.¹⁰⁶

2.3.2. Kahju põhjustamine mitme teoga

2.3.2.1. Kahju ühine põhjustamine

Kahju võib olla tekitatud ühe või mitme isiku poolt. Nii võib patsiendile tekitatud tervisekahjustus olla põhjustatud näiteks anestezioloogi poolt, kes kontrollis operatsiooni ajal hingamisorganite funktsioneerimist ja raske hooletuse tõttu põhjustas hingetoru rebendi, ja ka günekoloogi poolt, kes ei olnud kohal patsiendi operatsiooniks ettevalmistamise juures anesteesia protseduuri läbiviimise ajal võimalike tüsistustega tegelemiseks.¹⁰⁷

Kahju ühise põhjustamise korral on mõlemad teod või sündmused vajalikud kahjuliku tagajärje saabumiseks – see eristabki kahju ühist põhjustamist alternatiivsest põhjuslikkusest.¹⁰⁸ Oluline ei ole ka see, kas kahju põhjustanud isikute omavaheline tegevus oli kooskõlastatud.¹⁰⁹ Eelmises lõigus toodud näite puhul oli kahju tekkimiseks vajalik nii anestezioloogi tegevus kui ka günekoloogi tegevusetus.

¹⁰⁶ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 4:101, komm p-d 10,18.

¹⁰⁷ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 281.

¹⁰⁸ H.L.A. Hart, T. Honoré. Causation in the law. Oxford University Press, 1985, lk 205-207. – Arvutivõrgus: <http://books.google.ee/books?id=4BRiVCxE3OoC&printsec=frontcover&hl=en#PPA205,M1> (02.05.2012)

¹⁰⁹ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 165.

Tulenevalt VÕS § 137 lg 1 kui mitu isikut vastutavad samal või erinevatel alustel kolmanda isiku suhtes viimasele tekitatud sama kahju eest, vastutavad nad hüvitise maksmise eest solidaarselt. Erinevalt nimetatud VÕS-i sättest, mis üksnes viitab samadele või erinevatele alustele solidaarse vastutuse tekkimiseks, PETL art 9:101 (1) täpsustab, millistel juhtudel on vastutus solidaarne. Esiteks on solidaarse vastutusega tegemist juhul, kui isik teadlikult osaleb kahju tekitamisel või õhutab või julgustab õiguserikkumise toimepanemist, mis tekitab kahju (PETL art 9:101 (1) (a)), teiseks kui isiku iseseisev käitumine tekitab teisele isikule kahju, mis on omistatav ka teisele kahju tekitajale (PETL art 9:101 (1) (b)) ning kolmandaks kui isik vastutab tema abilise tekitatud kahju eest olukorras, kus abiline samuti vastutab (PETL art 9:101 (1) (c)).

DCFR nimetab solidaarse vastutuse tekkimise aluseks isikute vastutamist sama hüvitamisele kuuluva kahju eest (DCFR art 6:105). DCFR alusel loetakse isik, kes osaleb või oluliselt aitab teist isikut hüvitamisele kuuluva kahju tekitamisel või kihutab teda sellele, sellise kahju tekitajaks (DCFR art 4:102). Artikli kohaldamine eeldab isiku teadlikku ja tahtlikku osalemist kahju tekitamisel, mistõttu kuulub artikkel kohaldamisele üksnes tahtliku kahju tekitamise korral.¹¹⁰ DCFR art 4:102 puudutab üksnes neid kaasuseid, milles mitu inimest tekitavad ühe ja selle sama kahju. Kui nende vahel puudub koostöö, siis on nad iseseisvad kahju tekitajad ja vastutavad solidaarselt.¹¹¹

Nii VÕS kui ka PETL kohaselt võib kahju saanud isik esitada nõude kas ühe või mitme kahju tekitaja vastu (VÕS § 65 lg 1, PETL art 9:101 (2)).

BGB § 830 lg 1 kohaselt kui mitu isikut on põhjustanud kahju ühiselt toimepandud deliktiga, vastutab iga isik tekkinud kahju eest. Sama kohaldub juhul, kui ei ole võimalik kindlaks teha, kumb isikutest tekitas kahju oma teoga. Esiteks tuleb kindlaks teha, kas kumbki kahju tekitajatest oleks selle kahju tekitanud ka siis, kui teine kahju tekitaja poleks lisandunud. Kui vastus on jaatav, siis on vastutavad mõlemad kahju tekitajad. Kui aga on ebaselge, kas üks või mitu kahju tekitajat tegelikult käitusid viisil, mis kahju tekitas, tuleb nad deliktilisest vastutusest vabastada.¹¹²

¹¹⁰ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 4:102, komm p-d 1, 3.

¹¹¹ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 4:102, komm p 5.

¹¹² B. Heiderhoff, G. Žmij. Tort law in Poland, Germany and Europe. Sellier. European law publishers GmbH, Munich 2009, lk 10.

Ka Ameerika Ühendriikides kehtib põhimõte, et kui mitu isikut vastutavad kahju tekitamise eest, vastutavad nad solidaarselt (ingl k *jointly and severally liable*).¹¹³

Et tervishoiuteenuse osutamisel osaleb tihti mitu isikut, on kahju tekitamisel tavapärane nende solidaarne vastutus. Samuti tekib solidaarvastutus seetõttu, et alati kui vastutab tervishoiutöötaja, vastutab ka tervishoiuteenuse osutaja.¹¹⁴ Patsiendi jaoks tähendab see seda, et vastavalt VÕS § 65 lg-le 1 võib ta nõuda kohustuse täitmist (nt kahju hüvitamist) solidaarvõlgnikelt ühiselt, igäühelt või mõnelt neist. Solidaarvõlgnikud saavad oma vastutuse ulatuse selgitada nende sisesuhtes vastavalt nende „panusele“ tekkinud kahjusse (VÕS § 137 lg 2). VÕS § 69 lg 2 kohaselt solidaarkohustuse täitnud võlgnikule läheb üle võlausaldaja nõue teiste võlgnike vastu (solidaarvõlgniku tagasinõue), välja arvatud talle endale langevas osas. Kuid nagu eelpool öeldud, võib töötaja vastutuse ulatus olla piiratud töölepingu regulatsiooniga (TLS § 72-78).¹¹⁵

2.3.2.2. Alternatiivne põhjuslikkus

Patsiendi tervise halvenemisel võib olla mitmeid alternatiivseid põhjusi. Lisaks tervishoiuteenuse osutamisel tehtud võimalikele vigadele võivad ravimise tulemust mõjutada ka varasemad osutatud tervishoiuteenused, patsiendist tulenevad asjaolud või muud asjaolud. Alternatiivse põhjuslikkusega ongi tegemist juhul, kui on olemas mitu tegu või sündmust, mis võisid põhjustada kahjuliku tagajärje.

Ka VÕS § 138 lg 1 kohaselt kui tekkinud kahju eest võivad vastutada erinevad isikud ja on kindlaks tehtud, et kahju võis tekitada neist igaüks, võib kahju hüvitamist nõuda neilt kõigilt.

Ameerika Ühendriikides võimaldab alternatiivse põhjuslikkuse doktriin hagejal, kes tõendab, et vigastuse tekitas temale üks või mitu isikut, kuid tekkinud situatsiooni olemus ei võimalda tuvastada, kes konkreetselt vigastuse põhjustas, esitada nõue mõlema võimaliku vigastuse põhjustaja vastu ning nõuda nende vastutusele võtmist kogu tekkinud kahju ulatuses.¹¹⁶ Ameerika Ühendriikide juhtivas kaasuses alternatiivse põhjuslikkuse valdkonnas *Summers v Tice* kohus selgitas, et juhul, kui üks võimalikest kahju tekitajatest vastutusest vabastada,

¹¹³ D.B. Dobbs. *op. cit.*, lk 200.

¹¹⁴ A. Nõmper. VÕS § 770 lg 1, komm p 3.1.

¹¹⁵ A. Nõmper. VÕS § 758 lg 2, komm nr 3.3.

¹¹⁶ R.W. Wright. Liability for possible wrongs: causation, statistical probability, and the burden of proof, lk 1299. – Loyola of Los Angeles Law Review. 1295 (2008). – Arvutivõrgus: <http://digitalcommons.lmu.edu/lr/vol41/iss4/5> (02.05.2012)

tuleks vabastada ka teine ja nii jääks hageja ilma õiguskaitsevahenditeta. Tavaliselt on just kostjad tunduvalt paremal positsioonil esitamaks tõendeid, et kohtul oleks võimalik kindlaks teha, kumb neist põhjustas vigastuse.¹¹⁷

Ameerika Ühendriikide kohtupraktikas on veel mitmeid kaasuseid, milles käsitletakse alternatiivset põhjuslikkust just meditsiini valdkonnas. Kaasuses *Walther v Secretary of Health and Human Services* halvenes hageja tervis pärast seda, kui ta oli end lasknud vaktsineerida erinevate haiguste vastu. Hagejal tekkis osaline halvatus ning arst diagnoosis tal katarraalpõletiku. Hageja tõendas põhjuslikku seost eksperdi arvamusega, kes leidis, et 1) meditsiinalane kirjandus kinnitas, et teetanuse-difteeria vaktsiin võib tõenäoliselt endaga kaasa tuua katarraalpõletiku, 2) hagejal tekkisid haiguse sümptomid meditsiiniliselt vastuvõetaval ajal – 6 päeva jooksul pärast vaktsiini saamist ja 3) teiste hageja poolt saadud vaktsiinide puhul ei olnud tõenäoline, et need võivad põhjustada sellise tagajärje. Ka teine ekspert leidis oma arvamuses, et mõistliku meditsiinilise veendumusega võib öelda, et katarraalpõletiku põhjustas hagejale just nimetatud vaktsiin. Kohus leidis, et hageja peab tõendama:

- meditsiinilise kausaalsuse olemasolu,
- loogilise järgnevuse teo ja tagajärje vahel,
- ajalise seose teo ja tagajärje vahel.¹¹⁸

Antud kaasuses väitis kostja, et hageja vigastuse võis põhjustada ka mõni teine vaktsiin, seega ei ole tõendatud, et hageja tervise halvenemise põhjustas just teetanuse-difteeria vaktsiin. Kohus rõhutas, et alternatiivse kahju tekitaja olemasolu tõendamise kohustus lasub kostjal, kuna Ameerika Ühendriikide õigussüsteem paneb harva menetlusosalisele kohustuse tõendada negatiivset, s.o antud juhul alternatiivse teo puudumist.¹¹⁹ Selline põhimõte on kasutusel ka Eesti tsiviilkohtumenetluses. Kumbki pool peab tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema nõuded ja vastuväited (TsMS § 230 lg 1). Nii on hageja ülesanne tõendada põhjuslikku seost ja kui kostja tugineb vastuväitele, et kahju võis tekkida ka millestki muust kui kostja teost, siis peab kostja sellist väidet tõendama.

¹¹⁷ California Ülemkohtu 17.11.1948. a otsus kohtuasjas *Summers v. Tice*. (1948) 33 C2d 80. – Arvutivõrgus: <http://online.ceb.com/calcases/C2/33C2d80.htm> (02.05.2012)

¹¹⁸ Ameerika Ühendriikide föderaalringkonna apellatsioonikohtu 01.05.2007. a otsus kohtuasjas *Walther v Secretary of health and human services*. 2006-5056. – Arvutivõrgus: <http://www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/fed/opinions/06opinions/06-5056.pdf> (02.05.2012)

¹¹⁹ Ameerika Ühendriikide föderaalringkonna apellatsioonikohtu 01.05.2007. a otsus kohtuasjas *Walther v Secretary of health and human services*. 2006-5056. – Arvutivõrgus: <http://www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/fed/opinions/06opinions/06-5056.pdf> (02.05.2012)

PETL kohaselt tuleb alternatiivse põhjuslikkuse korral lugeda kumbki alternatiivne kahju põhjustaja vastutavaks ulatuses, mis vastab tõenäosusele, et tema tegu võis tekitada kahju (PETL art 3:103 (1)). Sarnane põhimõte mõlema alternatiivse kahju tekitaja vastutusest sisaldub DCFR-is. Täpsemalt öeldes juhul, kui hüvitamisele kuuluva kahju võisid põhjustada üks või mitu sündmust, mille eest vastutavad erinevad isikud, ning on selgeks tehtud, et kahju põhjustas üks nimetatud sündmustest, kuid ei teata, missugune neist, siis eeldatakse, et iga isik, kes vastutab mõne nimetatud sündmuse eest, põhjustas nimetatud kahju (DCFR art 4:103). Seega võib öelda, et nii PETL kui DCFR loevad alternatiivse põhjuslikkuse korral vastutavaks mõlema teo toimepanijad.

DCFR-i alternatiivse põhjuslikkuse regulatsiooni on põhjendatud õigluse kaalutlusega – isik, kes tekitab teisele isikule kahju, ei tohiks vabaneda vastutusest üksnes seetõttu, et lisaks temale oli veel üks kahju tekitaja ning ei ole selge, kumb neist kahju tekitas. Riski, et põhjuslikku seost ei õnnestu kindlaks teha, peaksid kandma kahju tekitanud isikud, mitte kannatanu.¹²⁰

Saksamaa Ülemkohtu praktikas olnud alternatiivset põhjuslikkust käsitlevas kaasuses oli hageja lämbumiseks sünni ajal kaks alternatiivset põhjust – hageja sünnitanud ema platsenta puudulikkus või nabanööri kahekordne keerdumine ümber sündinu kaela. Kui põhjuseks oleks olnud platsenta puudulikkus, oleks lämbumist saanud ära hoida, kui hageja ema oleks jäänud haiglasse, kuhu ta võeti vastu 12 päeva enne sünnitamist, kuid kirjutati välja 10 päeva hiljem, kuigi testidest ilmnis platsenta puudulikkus. Ekspertide hinnangul ei saanud kindlalt öelda, kas nabanööri keerdumist ümber kaela oleks saanud vältida, kui hageja ema ei oleks haiglast välja kirjutatud 2 päeva enne sünnitust. Saksamaa Ülemkohus andis selles kaasuses madalama astme kohtule järgmised juhised lahendi tegemiseks: kui üks võimalik põhjus oli haigla ainuvastutus (platsenta puudulikkuse mittemärkamine), kuid teine võimalik põhjus oli hageja mõjualas (nabanöör), ja kui on võimatu otsustada, kumb põhjus oli valdav, siis vastutus kahju tekitamise eest patsiendile tuleb jagada kostja ja patsiendi enda vahel võrdsetes osades.¹²¹

Ka Eesti Riigikohtu praktikas leiab kajastust alternatiivne põhjuslikkus väärravi kaasuses. Tsviilasjas nr 3-2-1-78-06 tehtud otsuses leidis Riigikohus, et kui hageja tervisekahjustus võis alternatiivselt tekkida ravivea või muu asjaolu (nt tema enda tervisliku seisundi) tõttu,

¹²⁰ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 4:103, komm nr 2.

¹²¹ BGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207.

mille eest arst ei vastuta, tuleb põhjuslikku seost ravivea ja kahju vahel eeldada, st hageja ei pea tõendama, et muu asjaolu polnud kahju põhjuseks. Kui hageja tervisekahjustuse ja kahju põhjuseks oli nii raviviga kui ka muu(d) asjaolu(d), mille eest arst ei vastuta, siis see ei vabasta kostjat vastutusest, sest ka tema tegu põhjustas kahju.¹²² Riigikohtu otsuses väljendatud seisukoht, et patsient ei pea tõendama, et muu asjaolu polnud kahju põhjuseks, haakub ka Ameerika Ühendriikides alternatiivse põhjuslikkuse kaasustes kehtiva tõendamiskoormise ümberpööramise põhimõttega.¹²³

Käesoleva töö autor leiab, et iseenesest on põhjendatud patsiendi tõendamiskoormise kergendamine diagnoosi- või ravivea korral, sest võrreldes tervishoiuteenuse osutajaga on patsient nendevahelises suhtes nii ressursi kui ka olemasoleva teabe valdamise seisukohast nõrgemal positsioonil. Seega juba siis, kui patsiendil õnnestub tõendada, et tervishoiuteenuse osutaja on teinud ravivea või diagnoosivea, võiks eeldada, et kahju tekkis nimetatud vea tagajärjel. Kui kahju võis tekkida ka mingil muul põhjusel või kui kahju tekkimist mõjutas mingi muu sündmus, peaks vastutusest vabanemiseks selle tõendama tervishoiuteenuse osutaja. Analoogselt eelpool toodud Saksamaa Ülemkohtu seisukohale vastutuse jagamisest ebakindla põhjusliku seose korral võiks olukorras, kus kahju on põhjustatud nii raviveast kui ka patsiendi tervislikust seisundist, arvestada tervishoiuteenuse osutaja vastutuse ulatuse kindlakstegemisel patsiendist endast tulenevat asjaolu ning selle võrra tervishoiuteenuse osutaja vastust vähendada, st jätta patsiendi kanda kahju ulatuses, mis on põhjustatud patsiendi enda tervislikust seisundist.

Eeltoodud ettepaneku arvestamise kaalumisel Eesti kohtupraktikas võib näha probleemi VÕS § 139 lg-s 3, mille kohaselt isiku surma põhjustamise või tema tervise kahjustamise korral võib kahjuhüvitist VÕS § 139 lg-s 1 nimetatud alusel (s.o kui kahju tekkis osaliselt kahjustatud isikust tulenevatel asjaoludel või ohu tagajärjel, mille eest kahjustatud isik vastutab) vähendada üksnes juhul, kui kahju tekitamisele aitas kaasa kahjustatud isiku tahtlus või raske hooletus. Nimetatud probleemi oleks võimalik lahendada aga põhjusliku seose kindlakstegemise juures. Kuna puudub põhjuslik seos tervishoiuteenuse osutaja tegevuse ja patsiendil veel enne tervishoiuteenust olnud tervisliku seisundi vahel, siis ei vastuta tervishoiuteenuse osutaja kahju eest, mis tekkis patsiendil tema enda tervisliku olukorra tõttu.

¹²² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-78-06, p 13.

¹²³ K. Oliphant. Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes. lk 1603.– William Mitchell Law Review, Vol. 37, Issue 3 (2011).

Alternatiivse põhjuslikkuse kaasustegrupile lähenemisel ongi Euroopa riigid läinud erinevat teed. Enamasti kasutatakse põhimõtet „kõik või mitte midagi“, st kohtud ei rahulda nõuet, kui kannatanu ei tõenda põhjuslikku seost. Tõdetakse aga, et kõik variandid, mis eemalduvad üldisest reeglist ja mis on kannatanule kasulikud, ei muuda „kõik või mitte midagi“ põhimõtet, vaid ainult tulemust, et kostja, kuid mitte kannatanu, peab vastutama ebakindla põhjusliku seose eest.¹²⁴ Ühest küljest on „kõik või mitte midagi“ põhimõte kannatanu suhtes ebaõiglane – kui kohtul on kahtlus põhjuslikus seoses, ta nõuet ei rahulda ning kannatanule tekitatud kahju ei hüvitata. Samas võimaldab „kõik või mitte midagi“ põhimõte ka vastupidist lahendit, arvestades veel asjaoluga, et väärravi kaasustes ongi paljudel juhtudel põhjuslik seos ebakindel või ainult tõenäoline.

Samas ei poolda käesoleva töö autor absoluutset „kõik või mitte midagi“ põhimõtet. Oleks ebaõiglane jätta patsient ilma igasugusest võimalusest kahju hüvitamiseks juhul, kui põhjusliku seose tõenäosus on olemas. Tervisekahjustuse tekkimisel võiks ka Eestis nõuda alternatiivselt kahju hüvitamisega hüvitist parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest (nn *loss of chance*) või proportsionaalset vastutuse kohaldamist. Lähemalt on nimetatud võimalusi analüüsitud p-s 2.3.4.

2.3.2.3. Ülevõttev põhjuslikkus

Ülevõtva põhjuslikkusega (ingl k *overtaking causation*) on tegemist juhul, kui esimesest sündmusest küll piisab kahjuliku tagajärje saabumiseks, kuid kausaalahelasse sekkub veel üks sündmus, mis kiirendab negatiivse tagajärje saabumist. Tervishoiuteenuse osutamise seisukohalt on ülevõtva põhjuslikkuse kaasusega tegemist näiteks siis, kui kahju tekitanud operatsioonile järgneb teine operatsioon, millega ei õnnestu esimese operatsiooni tagajärgi parandada.¹²⁵

Kui esimest tegu ei oleks olnud, oleks sama kahjulik tagajärg saanud ka järgneva teise teo tagajärjel. Hinnang saab olla puhthüpoteetiline ja see on ülioluline sellistes kaasustes, kui on selge, et teine tegu ei olnud tegelik põhjus. Selle tõttu ei leia nendes kaasustes abi *conditio sine qua non* testi rakendamisest. Nimetatud kaasustes käib vaidlus selle üle, kas vastutama peaks vaid esimese teo tegija või ainult teise teo tegija või mõlemad eraldi või solidaarselt. Akadeemiline debatt mitmetes Euroopa riikides ei ole leidnud universaalset vastuvõetavat

¹²⁴ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 436-437.

¹²⁵ H.L.A. Hart, T. Honoré. *op. cit.*, lk 205-207.

vastust vastutuse küsimusele taolistes kaasustes. Ka Saksamaal vaieldakse palju ülevõtva põhjuslikkuse võimalike lahenduste üle, sest BGB ei paku ühest vastust ülevõtva põhjuslikkuse kaasustes.¹²⁶

Ülevõtva põhjuslikkuse kaasustes jõuavad kohtud erinevatele arvamustele. Mõned kohtud kohaldavad sellistel juhtudel solidaarset vastutust. Kõige sagedamini aga asutakse seisukohale, et loeb esimene tegu või sündmus, sest teisel teol ei saanud olla mingit mõju kahjulikule tulemusele, mille oli juba põhjustanud esimene tegu. Samuti põhjendatakse seda väidet läbi nõude esitamise õiguse esimese teo tegija vastu. Pärast kahju tekitanud esimest tegu on kannatanul juba nõue esimese teo tegija vastu. Teine tegu ei saa annulleerida esimese teo tagajärge.¹²⁷

Oluline on aeg, millal teo tagajärg ilmneb, millal tegu hakkab mõjuma, isegi kui tegu tehakse palju varem kahjuliku tagajärje saabumisest. Kui varasem sündmus on juba andnud aluse kahjulikule tagajärjele ja teine sündmus vaid kiirendab kahjuliku tagajärje saabumist, siis ei saa teine sündmus olla kahju, mille tekitas esimene sündmus, põhjuseks. Sellest vaatenurgast tuleks kahju hüvitamise nõue jagada kahe kahju tekitaja vahel sõltuvalt nende süüst. Samas kohaldavad mõnede Euroopa riikide kohtud ühist vastutust, eirates sündmuste kronoloogilist järjestust.¹²⁸ Siinkohal on oluline rõhutada, et esimene sündmus või tegu, mis algatab põhjuslikkuse ahela, võib olla küll põhjustatud patsiendist endast (nt õnnetusjuhtum), kuid välja tuleb jätta need kaasused, mille korral on patsient omal süül kehvas tervislikus seisundis (nt alkoholihoobes).¹²⁹

PETL kohaselt tuleb ülevõtva põhjuslikkuse korral (PETL-is nimetatud konkureeriv põhjuslikkus) lugeda kahju põhjustavaks teoks nii esialgse teo, mis algatab põhjuslikkuse ahela, kui ka põhjusliku seose ülevõtva teo (PETL art 3:102). Nimetatud sätte puhul on määrav kahju ilmnemine ühel ajal.¹³⁰ See tähendab, et kahju tekitanud tegevused võivad olla toimunud erineval ajal, aga kahjulik tagajärg peab olema saabunud mõlema teo puhul üheaegselt või peaaegu samal ajal.

¹²⁶ B.S. Markesinis, *op. cit.*, lk 99.

¹²⁷ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 502.

¹²⁸ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 503-504.

¹²⁹ B.S. Markesinis, H. Unberath. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4th Ed. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2002, lk 111.

¹³⁰ European Group on Tort Law, *op. cit.*, lk 45

DCFR-is ei ole erisätet ülevõtva põhjuslikkuse reguleerimiseks. On selgitatud, et DCFR-i VI raamatu 4. peatükk, mis käsitleb põhjuslikkust, on teadlikult jäetud lühikeseks ning selles on sätestatud ainult kolm spetsiifilist reeglit.¹³¹ Ülevõtva põhjuslikkuse korral tuleks ilmselt kohaldada üldsätet (art 4:101 (1)) ning asuda seisukohale, et nii esialgne teo toimepanija, kes algatab põhjuslikkuse ahela, kui ka põhjusliku seose ülevõtva teo toimepanija vastutavad kahju tekitamise eest, sest mõlema teo tagajärjel tekib kahju.

Siinkirjutaja arvates ei ole põhjendatud ülevõtva põhjuslikkuse korral ühise vastutuse kohaldamine. Juhul, kui patsient on juba enne tervishoiuteenuse osutamist eluohtlikus seisundis, siis oleks ebamõistlik panna ka tervishoiuteenuse osutaja vastutama juba tekkinud kahju eest ühiselt patsiendi endaga. Probleem tõusetub juhul, kui õnnetuskohalt patsiendi haiglasse toimetamisel kiirabi arsti eksimuse tõttu patsiendi tervis halveneb veelgi, st kui teise sündmusega suurendatakse juba esimese sündmuse tõttu tekkinud kahju. Samas juhul kui patsiendile kiirabiautos osutatav esmaabi ei vasta nõutavale kvaliteedile, siis tuleks vastutuse kindlaksmääramisel kindlasti arvestada ka patsiendi enda tervislikku seisundit, arvestades tekkinud kahju kronoloogilist järjestust. Teise teo tegija, s.o esmaabi osutaja, tuleks sellisel juhul panna vastutama vähemalt kahju suurendamise eest, isegi kui teda ei saa panna vastutama „aluseks olnud kahju“ (esimese teo tagajärje) eest.

2.3.3. Õigusliku põhjuse kindlakstegemine

Saksa õiguses eristatakse vajaliku ja õigusliku põhjuse kindlakstegemist põhjusliku seose tuvastamisel. Õigusliku põhjuse kindlakstegemiseks kasutatakse seejuures adekvaatsusteooriat ning normi eemärgi teooriat.¹³² Sisuliselt tähendab adekvaatsusteooria hinnangut, kas kahju väidetava põhjustaja teoga sarnane tegu suurendab tavaliselt ja seejuures märgatavalt kahju tekkimise objektiivset võimalust, st põhjuslik seos peab olema mõistlikult ettenähtav.¹³³ Samuti eeldab põhjusliku seose kindlakstegemine rikutud kohustuse või sätte eesmärgi arvestamist (VÕS § 127 lg 2). Kahju hüvitamise kohustust tuleb jaatada üksnes juhul, kui kahju tekkis sellise riski realiseerumise tulemusena, mille vältimiseks vastav

¹³¹ C. von Bar. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR. 14.08.2008. ERA 2008, lk S37. – Arvutivõrgus: <http://www.springerlink.com/content/y54768t4rm032200/fulltext.pdf> (02.05.2012)

¹³² P. Schlechtriem. Võlaõigus. Eriosa. Tallinn 2000.lk 258-259.

¹³³ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 176.

lepinguline kohustus oli võetud või norm kehtestatud.¹³⁴ Kui kannatanule on tekitatud tervisekahjustus või põhjustatud tema surm, on normi kaitseala märgitud VÕS §-des 129-130.

Analoogselt Eestile ning Saksamaale ei piisa ka Ameerika Ühendriikides põhjusliku seose kindlakstegemiseks vajaliku põhjuse olemasolust. Ameerika Ühendriikides lähenetakse põhjusliku seose kindlakstegemisele samuti kahes etapis: lisaks faktilisele põhjusele (ingl k *factual cause*) tuleb kindlaks teha ka nn ligilähedane põhjus või vastutuse ulatus (ingl k *proximate cause, scope of liability*).¹³⁵ Seejuures on oluline hinnata, kas seadus pakub konkreetse kaasuse asjaolusid arvestades õiguskaitsevahendit.¹³⁶

Ka PETL sätestab vastutuse ulatuse kindlakstegemise põhjusliku seose hindamise staadiumis. PETL art 3:201 kohaselt sõltub vastutuse (millele annab aluse vajaliku põhjuse olemasolu, kusjuures see võib olla ka alternatiivne põhjuslikkus) ulatus mitmetest asjakohastest faktoritest. Kuna need faktorid on tuletatud riikide kohtupraktikast, ei ole tegemist ammendava loeteluga.¹³⁷ PETL art-s 3:201 on nimetatud selliseid faktoreid nagu kahju ettenähtavus, kaitstud hüve loomus ja väärtus, vastutuse alus, elu loomulike riskide ulatus ja normi kaitse eesmärk. Seega PETL art-s 3:201 nimetatud faktorite hindamisel on sisuliselt tegemist kahju õigusliku põhjuse kindlakstegemisega.

DCFR ei erista vajaliku ja õigusliku põhjuse kindlakstegemise vajadust, vaid jätab selle edasiseks aruteluks. DCFR ei eita ega kinnita asjaolu, et tuleb arvestada ka normi kaitsealaga.¹³⁸

Õigusliku põhjuse kindlakstegemine on oluline tervishoiuteenuse osutaja vastutuse korral, sest see võimaldab hinnata tervishoiuteenuse osutaja tegevuse eesmärki ja tervishoiuteenust reguleerivate normide kaitseala. Kui vajaliku põhjuse kindlakstegemisest piisaks põhjusliku seose olemasolu mõõnmiseks, saaks vastutus järgneda ka sellistele tervishoiuteenuse osutaja eksimustele, millel on küll patsiendi tervisele negatiivne tagajärg, aga milliste tegevuste eesmärgiks ei ole patsiendi vastavate õigushüvede kaitse.

¹³⁴ K. Sein. VÕS § 127 lg 2, kamm p 4.6. – Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.

¹³⁵ K. Oliphant. *op. cit.*, lk 1600.

¹³⁶ Ameerika Ühendriikide 2. ringkonna apellatsioonikohtu 16.09.2003. a otsus kohtuasjas *Blue Cross & Blue Shield of New Jersey Inc. v. Philip Morris Inc.* 178 F.Supp. 2d 198. – Arvutivõrgus: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1370811.html> (02.05.2012)

¹³⁷ European Group on Tort Law, art 3:201, kamm vnr 4, 6.

¹³⁸ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 4:101, kamm nr 13.

2.3.4. Hüvitis parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest ja proportsionaalne vastutus

Põhjusliku seose tõendamine tekitab enamikes olukordades raskusi ja enamasti saab rääkida mitte selgest kindlakstehtavast põhjuslikust seosest, vaid üksnes tõenäosusest, et tervishoiuteenuse osutaja tegevuse tagajärjel tekkis patsiendile kahju. Seetõttu ebakindla põhjusliku seose korral printsiibi „kõik või mitte midagi“ (vt lähemalt p 2.3.2.2.) kohaldamine võib tuua kaasa ebaõiglase tulemuse nii tervishoiuteenuse osutaja kui ka patsiendi seisukohast. Ebaõiglus seisneb selles, et „kõik või mitte midagi“ põhimõtte korral ei arvestata juba kindlakstehtud tõenäosust, et tervishoiuteenuse osutaja tegevus tekitab patsiendile kahju või suurendas tervishoiuteenuse osutaja oma hooletu käitumisega patsiendile kahju tekkimise tõenäosust.¹³⁹ Kui patsient on tõendanud, et tervishoiuteenuse osutaja oli hooletu, on *loss of chance* alusel hüvitise väljamõistmine õiglasem, kui kogu kahju väljamõistmine (või välja mõistmata jätmine) tuginedes ebakindlale põhjuslikule seosele.

Õiguskirjanduses on „kõik või mitte midagi“ printsiibi leevendamiseks pakutud võimalust esitada hüvitise nõue parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest (ingl k *loss of chance of a better outcome* või *loss of chance*) või arvestada proportsionaalse vastutuse põhimõttega.¹⁴⁰

Loss of chance nõude esitamisel heidetakse õigusrikkujale ette seda, et tema tegevuse tõttu kaotas kannatanu võimaluse sündmuste edasise arengu käigus kahju mitte saada.¹⁴¹ Sisuliselt tähendab nõue seda, et kahju tekitaja peab hüvitama kahju, mis on võrdne kahju tekitaja hooletuse tõttu kahju tekkimise suurenenud tõenäosuse korrutisega kannatanul tekkinud kahjuga.¹⁴² Kui patsient tõendab tervishoiuteenuse osutaja hooletuse, siis piisab hüvitise saamiseks üheprotsendilisest tõenäosusest, et patsient kaotas võimaluse saada paremat ravitulemust. Kostja peab hüvitise nõudest vabanemiseks näitama, et parema tulemuse võimalust ei olnudki.¹⁴³ Ameerika Ühendriikide kohtupraktikas on asunud seisukohale, et *loss*

¹³⁹ L. Bieri, P. Marty. The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System, lk 24. – Journal of European Tort Law. 2011 Vol 2 No 1.

¹⁴⁰ L. Bieri, P. Marty. *op. cit.*, lk 25.

¹⁴¹ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 174.

¹⁴² L. Bieri, P. Marty. *op. cit.*, lk 24.

¹⁴³ J. Tibballs. Loss of chance: a new development in medical negligence law. The Medical Journal of Australia. 2007; 187 (4), lk 235. – Arvutivõrgus: http://www.mja.com.au/public/issues/187_04_200807/tib10462_fm.html#0_pgflid-1091805 (02.05.2012)

of chance nõude esitamine on aktuaalne ainult väärravi kaasustes ning üksnes juhul, kui patsiendi tervist on kahjustatud.¹⁴⁴

Ühte Saksamaa Ülemkohtu menetluses olnud kohtuasjas tehtud otsust on kritiseeritud just seetõttu, et kohus ei rakendanud *loss of chance*'i põhimõtet, ehkki see oleks olnud antud kaasuses kohane.¹⁴⁵ Kostja arst tegi hageja abikaasale pimesoole operatsiooni. Operatsioon teostati nõuetekohaselt ja vastavalt arstiteaduse üldisele tasemele, kuid pärast operatsiooni suri patsient sisemise verejooksu tagajärjel, mida arst ei diagnoosinud. Eksperdi hinnangul olid sisemise verejooksu sümptomid märgatavad. Samas ei olnud võimalik kindlaks teha, kas patsiendi oleks päästnud sisemise verejooksu diagnoosimine ja teistkordse operatsiooni läbiviimine. Sõltuvalt verejooksu põhjusest oleks võib-olla saanud seda peatada. Kohus asus seisukohale, et kostja vastutab ravivea eest, kuna ta ei diagnoosinud sisemist verejooksu.¹⁴⁶ Nimetatud kohtuasja kommentaarides on leitud, et ei ole võimalik tuvastada, kas arst põhjustas patsiendi surma, mistõttu puudub veendumus põhjusliku seose olemasolus. Samas on kindel, et kuna arst ei diagnoosinud sisemist verejooksu, jättis ta patsiendi ilma võimalusest jääda ellu. Siinkohal oleks kohus võinud rakendada *loss of chance*'i põhimõtet.¹⁴⁷

Loss of chance nõue ei ole asjakohane juhtudel, kus ei ole võimalik kindlaks teha, kas arst põhjustas tervisekahjustuse või oli patsient juba enne haige. Kui puue oli lapsel juba enne sündi ja kui selle ravimine ei ole enam võimalik, siis ei jätnud tervishoiuteenuse osutaja lapse ilma võimalusest saada paremat ravi tulemust ja seega ei ole *loss of chance*'i põhimõte kohaldatav. Kui aga loode oli terve kuni sünni momendini, siis võib öelda, et sünni momendil lapse tervise kahjustamisega jättis tervishoiuteenuse osutaja lapse ilma võimalusest saada paremat ravitulemust.¹⁴⁸

Parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest hüvitise väljamõistmist on peetud võimalikuks juhul, kui patsiendil ei õnnestu tõendada põhjuslikku seost.¹⁴⁹ *Loss of chance*'i põhimõtet ei rakenda siiski kõik kohtud. Kuna põhimõte on võrdlemisi uudne, siis paljudes riikides alles diskuteeritakse selle üle.¹⁵⁰ Näiteks Eesti kohtutes ei ole analüüsitud *loss of chance* nõude esitamise võimalikkust. Ka DCFR-is ei ole mainitud võimalust esitada nõue

¹⁴⁴ K. Oliphant. *op. cit.*, lk 1606-1607.

¹⁴⁵ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 548

¹⁴⁶ BGH VI ZR 116/67 - VersR 1968, 850, 851.

¹⁴⁷ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 548

¹⁴⁸ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 591-592.

¹⁴⁹ J. Tibballs. *op. cit.*, lk 233.

¹⁵⁰ B. Winiger (eds.) 2007, *op. cit.*, lk 589.

loss of chance alusel, kuid on leitud, et DCFR-i hüvitatava kahju kontseptsioon jätab ruumi iseloomustamiseks *loss of chance* kui eraldi hüvitatava kahju liiki.¹⁵¹

Loss of chance'i on kritiseeritud kahju õiguslikku mõistesse ebakindluse toomise tõttu. Samuti ollakse ühel meelel selles, et kahju hüvitamise nõue tekib üksnes siis, kui on tekitatud tegelik tervisekahjustus või kehavigastus ja mitte siis, kui on pelgalt vähendatud vigastuse vältimise võimalust.¹⁵²

Alternatiivselt *loss of chance* nõudele arvestab vastutuse ulatusega ka proportsionaalse vastutuse põhimõte. Erinevus *loss of chance*'i ja proportsionaalse vastutuse süsteemi vahel seisneb selles, et kahju tekkimise tõenäosuse suurendamine ja tõenäosus, et kahju tekkis konkreetse kahju tekitaja tegevuse tõttu, ei pruugi olla võrdsed.¹⁵³

Proportsionaalse vastutuse põhimõtet kasutab kahjuhüvitise väljamõistmiseks Euroopas vähemus riike, kuna enamasti lähenetakse põhimõttega „kõik või mitte midagi“ (ning seda nii Euroopas kui Ameerika Ühendriikides).¹⁵⁴ Tõuke proportsionaalse vastutuse arendamiseks on andnud PETL. PETL art-tes 3:102, 3:105, 3:106 ja mõningal määral art 3:104 sätestatu eesmärgiks on arvestada kahju tekitaja panust kahju tekkimisesse. Proportsionaalne vastutus seisnebki selles, et isik peab vastutama ainult selle kahju eest, mille tema on tekitanud, mitte aga sellise kahju eest, mis võib olla või on põhjustatud muude sündmuste tõttu, olenemata sellest, kas need muud sündmused on teiste isikute või kannatanu enda teod.¹⁵⁵ PETL art 3:106 kohaselt peab kannatanu kandma temale tekkinud kahju selles ulatuses, mis võib tõenäoliselt olla põhjustatud asjaolust, mis on kannatanu enda mõjusfääris. Näiteks juhul, kui patsient jääb haigeks, siis on olemas tõenäosus, et haiguse põhjus on „loomulik“, st patsiendist endast tulenev, ning tervishoiuteenuse osutaja peaks vastutama ainult selles ulatuses, millises ta võib olla põhjustanud patsiendi haiguse.¹⁵⁶

Õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et juba väike muutus kahju tekitaja hooletuse tõenäosuses mõjutab märkimisväärselt kahju hüvitise suurust *loss of chance* süsteemi kohaldamisel, mistõttu ei ole *loss of chance* süsteem järjepidev. Proportsionaalse vastutuse rakendamisel on tõenäosuse muutumisel väljamõistetava hüvitise erinevus samuti olemas,

¹⁵¹ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 2:201, komm nr 3.

¹⁵² K. Oliphant. *op. cit.*, lk 1623.

¹⁵³ L. Bieri, P. Marty. *op. cit.*, lk 24.

¹⁵⁴ K. Oliphant. *op. cit.*, lk 1624.

¹⁵⁵ European Group on Tort Law. *op. cit.*, PETL art 3:102, komm vnr 8.

¹⁵⁶ European Group on Tort Law. *op. cit.*, PETL art 3:106, komm vnr 13.

kuid see erinevus ei ole nii suur kui *loss of chance* puhul.¹⁵⁷ Ilmselt ei ole võimalik siinkohal tuua ainuõiget lahendust. Nimetatud põhimõtete kohaldamise võimalikkust tuleks igakordselt hinnata vastavalt kaasuse asjaoludele.

Ehkki tulenevalt VÕS § 770 lg 4 ja Riigikohtu sõnastatud üldpõhimõtte kohaselt tuleb patsiendile tervisekahjustuse tekkimisel või tema surma põhjustamisel eeldada, et nende põhjustajaks on tervishoiuteenuse osutaja, isegi kui tervisekahjustuse või surma põhjuseks oli ka mõni alternatiivne põhjus või asjaolu (vt p 2.3.1), jätab see tervishoiuteenuse osutajale võimaluse tõendada, et tegelikult oli tekkinud kahjul ka teine (teised) põhjus(ed). Seetõttu võib tekkida olukord, kus põhjuslik seos patsiendile tekkinud kahju ja tervishoiuteenuse osutaja tegevuse vahel on vaid tõenäosuslik. Sellisel juhul võiks patsiendil olla võimalus nõuda hüvitist parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest või proportsionaalse vastutuse kohaldamist.

¹⁵⁷ *Loss of chance*'i järjepidevusetust näitab järgmise arvutuskäigu tulemus. Oletame, et põhjuslik seos on olemas juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on oma tegevusega tekitanud patsiendile kahju 90 %-lise tõenäosusega. Esimese näitena, oletame, et patsiendil on iseenesest olemas 2 % tõenäosus tema tervisliku seisundi halvenemiseks ja 30 % tõenäosus tervisliku seisundi halvenemiseks juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on tervishoiuteenust osutades hooletu. Kui tekib kahju, siis tõenäosus, et kahju tekkis tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu, on $(30\% - 2\%)/30\% = 93\%$, seega on põhjuslik seos kindel (ületab 90 %) ning *loss of chance*'i süsteemi ei saa kohaldada. Teise näitena, oletame, et patsiendist tulenev tõenäosus tema tervisliku seisundi halvenemiseks on 4 % ning tervishoiuteenuse osutaja hooletusest tulenevalt jätkuvalt 30 %. Kui tekib kahju, siis tõenäosus, et kahju tekkis tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu, on $(30\% - 4\%)/30\% = 87\%$ ning seetõttu ei ole põhjuslik seos kindel (on alla 90 %). Kui tervishoiuteenuse osutaja ei oleks olnud hooletu, oleks patsient jäänud terveks 96 % tõenäosusega, tervishoiuteenuse osutaja hooletuse puhul 70 % tõenäosusega. Seetõttu on *loss of chance* kui nn „kaotatud võimalus“ $96\% - 70\% = 26\%$, mille peaks hüvitama tervishoiuteenuse osutaja. Seega esimeses näites oleks tervishoiuteenuse osutaja pidanud hüvitama 100 % kahjust (sest põhjuslik seos on kindlakstehtud) ning teises näites üksnes 26 %. Eeltoodust tulenevalt mõjutab juba väike muutus kahju tekkimise tõenäosuses märkimisväärselt lõppkokkuvõttes tervishoiuteenuse osutajalt *loss of chance* alusel väljamõistetavat kahjuhüvitist, seevastu proportsionaalse vastutuse kohaldamisel oleks tervishoiuteenuse osutaja eeltoodud näidete põhjal pidanud hüvitama esimesel juhul 100 % ja teisel juhul 87 % kahjust (näited arvutuskäigu põhjal L. Bieri, P. Marty. *op. cit.*, lk 25-26, lk 28).

3. Õigusvastasus ja süü tervishoiuteenuse osutaja delikti üldkoosseisust tuleneva vastutuse korral

3.1. Õigusvastasus

3.1.1. Õigusvastasuse eeldused

Kahju tekitamine on õigusvastane muu hulgas siis, kui kahju tekitati kannatanu surma põhjustamisega (VÕS § 1045 lg 1 p 1) ning kui see tekitati kannatanule kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamisega (VÕS § 1045 lg 1 p 2). Nimetatud hüved on nn absoluutsed õigushüved, mille kahjustamisel tuleb eeldada, et selliseid õigushüvesid kahjustanud tegu või tegevusetus on õigusvastane.¹⁵⁸ Ka Saksa õiguses võib õigusvastasus sõltuda teo kahjulikust tagajärjest ning tegu on automaatselt õigusvastane, kui kahjustatakse ühte BGB § 823 lg-s 1 nimetatud hüve, seal hulgas elu, keha või tervist, ning õigusvastasuse kõrvaldab üksnes õigusvastasust välistav asjaolu.¹⁵⁹ VÕS § 1045 lg 1 p-des 1-2 sätestatud tagajärgi võib pidada Saksa õiguskirjanduses nimetatud tagajärje ebaõigsuse teooria väljenduseks, mille kohaselt tuletatakse teo õigusvastasus saabunud tagajärjest.¹⁶⁰

Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, mille kohaselt meditsiiniline operatsioon on osa patsiendi tervendamise protsessist, see tehakse patsiendi huvides ning juba selle pärast ei saa arsti ja patsiendi suhtes rääkida õigusvastasusest.¹⁶¹ Nimetatud seisukohta toetab mingil määral ka teo ebaõigsuse teooria, mille kohaselt ei ole alati õige pidada deliktiõigusega kaitstud õigushüvede mittetahtlikku kahjustamist tegevusetusega piisavaks selleks, et lugeda kostja käitumine õigusvastaseks. Teo ebaõigsuse teooria omab tähtsust hindamisel, kas diagnoosivea tõttu patsiendile tekitatud tervisekahjustuse või patsiendi surma põhjustamine toob kaasa deliktiõigusliku vastutuse (nimetatud probleemi on analüüsitud allpool – D.S.).

PETL ega DCFR nagu ka mõned riigid (nt Prantsusmaa) ei kasuta mõistet „õigusvastasus“, samuti ei ole Euroopa riikides kasutusel olev mõiste „õigusvastasus“ ühtse tähendusega, samas on õigusvastasuse kindlakstegemine vastutuse määratlemisel otsustava tähendusega.¹⁶² Õigusvastasust hinnatakse kas teo tagajärje põhjal või kahju tekitaja käitumise põhjal.¹⁶³

¹⁵⁸ M.Käerdi, T.Tampuu. VÕS § 1045, komm p 3.1.2.

¹⁵⁹ B.S. Markesinis, *op. cit.*, lk 68.

¹⁶⁰ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 182.

¹⁶¹ B.S. Markesinis, H. Unberath, *op. cit.*, lk 80.

¹⁶² H.Koziol (ed.). *Unification of Tort law: Wrongfulness*, lk 129 jj.

¹⁶³ European Group on Tort Law, *op. cit.*, PETL II ptk, kott nr 8.

Õigusvastasuse mõiste kui sellise kasutamata jätmise¹⁶⁴ või sellele erineva tähenduse andmine aga ei tähenda, et õigusvastasuse sisuga nii või teisiti ei arvestataks deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel. Nii on PETL-is ja DCFR-is reguleeritud Eesti ja Saksamaa mõttes õigusvastasuse sisu selliselt, et PETL-is on sätestatud õiguslikult kaitstavad hüved (art 2:102 (2)) ja DCFR-is hüvitatav kahju (nn õiguslikult relevantne kahju) (art 2:201 (1); art 2:202 (1)).¹⁶⁵

Kõikidest eelpool nimetatud allikatest tulenevalt kaitstakse isikule kuuluvatest hüvedest kõige enam elu, keha ja tervist. Samas olgu rõhutatud, et see ei tähenda, et surma põhjustamisele või tervisekahjustuse tekitamisele järgneb automaatselt kahju tekitaja kahju hüvitamise kohustus.¹⁶⁶

Tervisekahjustuse tekitamisel või surma põhjustamisel, kui see on tingitud tervishoiuteenuse osutaja poolt tehtud raviveast, ei tekita õigusvastasuse kindlakstegemine ilmselt erilist raskust. Küll on aga keerulisem olukord diagnoosivea puhul, kui valediagnoosi tagajärjel on tekitatud tervisekahjustus (kui antakse valediagnoos, kuid tervisekahjustust ei teki, siis deliktiõigusliku vastutuse küsimust ei tõusetugi – D.S.). Nagu eelpool märgitud, ei ole Riigikohus hiljutises diagnoosiveaga seonduvas kaasuses väljendanud seisukohta, kas diagnoosiviga on delikt, ehkki on möönnud, et lisaks tervishoiuteenuse osutamise lepingu rikkumisest tulenevale nõudele võib patsiendil olla tervishoiuteenuse osutaja vastu nõue ka deliktiõiguslikul alusel ning viidanud kahju tekitamise õigusvastasusele mh juhul, kui see tekitati kannatanule kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamisega.¹⁶⁷ Pelgalt nõude esitamise võimalusele osutamisest oleks ilmselt ennatlik eeldada, et Riigikohus peab sellist nõuet ka perspektiivikaks.

Analüüsimeks, kas diagnoosivea tegemisele võiks järgneda tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus, tuleb esmalt vastata küsimusele, kas diagnoosiviga võiks kujutada endast delikti. Olgu öeldud, et deliktiõiguslik vastutus tuleb diagnoosivea puhul kõne alla üksnes siis, kui sellise tegevusega põhjustatakse patsiendi surm või tekitatakse temale tervisekahjustus. Valediagnoosi andmine, kui sellega ei kaasne patsiendi tervist kahjustavaid tagajärgi, st diagnoosiviga kui pelgalt lepingulise kohustuse rikkumine, ei ole ilmselt käsitletav deliktina ning deliktiõiguslikku vastutust sellele ei järgne.

¹⁶⁴ Nt Prantsusmaal puudub õigusvastasuse mõiste, mis aga ei tähenda, et õigusvastasuse kindlakstegemise vajadust eitatakse. (European Group on Tort Law, *op. cit.*, PETL II pkt, komm vnr 2).

¹⁶⁵ Vt õigushüve kahjustamise kohta lähemalt käesoleva töö p 2.2.2.

¹⁶⁶ European Group on Tort Law, *op. cit.*, PETL art 2:102, komm vnr 5.

¹⁶⁷ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 08.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-171-10, p 12, 18.

Kui käsitleda diagnoosiviga kui haiguse diagnoosimata jätmist tegevusetusdeliktina, siis tähendaks see asumist seisukohale, et tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenevalt on tervishoiuteenuse osutajal kohustus anda õige diagnoos. Asjaolu, et vastav kohustus võis tuleneda tervishoiuteenuse osutamise lepingust, ei anna aga õigusvastasuse alust deliktiõigusliku vastutuse tähenduses. Kui juhinduda pelgalt sellest, et diagnoosivea tagajärjel on patsiendil tekkinud tervisekahjustus või põhjustatud tema surm, mis on õigusvastased VÕS § 1045 lg 1 p-de 1 ja 2 alusel (st lähtudes ainult diagnoosivea negatiivsest tagajärjest patsiendi jaoks – D.S.), võib see kaasa tuua vastutusele võetavate isikute laia ringi. Nt kui patsient pöördub erinevate tervishoiuteenuse osutajate poole diagnoosi saamiseks, kuid patsiendi haigus jääb diagnoosimata ning patsient sureb, siis see tähendaks tagajärje ebaõigsuse teooriast lähtudes deliktilist vastutust kõikide tervishoiuteenuse osutajate puhul, kes jätsid selle patsiendi haiguse diagnoosimata. Teo ebaõigsuse teooria kohaselt tuleb tegevusetuse juhtudel hinnata ka seda, kas kahju tekitaja oli lepinguväliselt kohustatud tegutsema selleks, et kahju ei tekiks.¹⁶⁸ Patsiendil võib olla keeruline leida VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes õigusnormi, mida tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud. On vaieldav, kas selliseks kohustusteks saaks olla üldine käibekohustus. See tähendaks möönmist, et tervishoiuteenuse osutajal on üldine käibekohustus patsient terveks ravida. Kuna tervishoiuteenuse osutaja ei sekku patsiendi kehasse (nt annab diagnoosi, mis osutub küll valediagnoosiks, kuid faktiliselt ravima ei asu), on vaieldav, kas diagnoosiveale järgneb deliktiline vastutus, kui käsitleda diagnoosiviga kui tegevusetusdelikti.

Käsitledes diagnoosiviga kui haiguse diagnoosimata jätmist tegevusetusdeliktina, st tervishoiuteenuse osutaja aktiivse käitumisena (nt kui valediagnoosi alusel annab tervishoiuteenuse osutaja patsiendile ravimeid, mis tekitavad temale tervisekahjustuse või põhjustavad patsiendi surma), võib tervishoiuteenuse osutaja tegevus olla õigusvastane vastavalt VÕS § 1045 lg 1 p-dele 1 ja 2. Samas võiks tervisekahjustuse tekkimist või surma põhjustamist pidada tervishoiuteenuse osutaja tegevuse kaudseks tulemiks, sest ta ei sekku faktiliselt patsiendi kehasse. Seetõttu on jällegi vaieldav, kas õigusvastasuse tuvastamiseks piisab üksnes tuginemisest § 1045 lg 1 p-le 1 või 2 või on lisaks tarvis leida mingi kohustus, mida tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud. Ei ole välistatud, et selliseks kohustuseks võib olla ka tervishoiuteenuse osutaja üldine käibekohustus. Õigusvastasuse olemasolus ei saa ilmselt olla kahtlust aga juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja teatab patsiendile teadlikult vale

¹⁶⁸ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 183.

diagnoosi. Kui selle tagajärjel tekib patsiendil kahju, on tervishoiuteenuse osutaja tegevus õigusvastane VÕS § 1045 lg 1 p 8 järgi.

Patsiendi seisukohast on arusaadav eeldus ja ootus, et tervishoiuteenuse osutaja teeb kõik endast oleneva ja endast parima selleks, et patsient terveks ravida. Samas, kui pärast tervishoiuteenuse osutaja poole pöördumist on patsiendi tervislik seisund kehvem kui enne pöördumist, siis tekib kahtlus, et tervishoiuteenuse osutaja on teinud vea. Sellisel juhul tuleb mõistagi esmalt tõstatada küsimus võimalike raviriskide realiseerumisest (millest ilmselt on patsienti ka teavitatud), kuid õigusvastasuse kõrvalejätmine pelgalt tulenevalt tervishoiuteenuse osutaja kui tervendaja ja patsiendi huvides tegutseja rollist on käesoleva töö autori seisukohalt ennatlik. Kuid nagu eelpool toodud, on deliktiõiguslik vastutus diagnoosivea tõttu (kas siis tegevusega või tegevusetusega) tekitatud kahju eest vaieldav.

3.1.2. Õigusvastasust välistavad asjaolud

Kostja ei vastuta õigusvastaselt tekitatud kahju eest, kui ta tõendab mõne VÕS § 1045 lg-s 2 nimetatud õigusvastasust välistava asjaolu esinemise.¹⁶⁹ VÕS § 1045 lg-s 2 sätestatud õigusvastasust välistavate asjaolude seas on tervishoiuteenuse osutamisel tekitatud kahju puhul aktuaalne patsiendi nõusolek. Enamus riikides on põhireegel, millest tulenevalt on tervishoiuteenuse osutamine õigusvastane, kui sellele ei eelne patsiendi nõusolek.¹⁷⁰ Tervishoiuteenuse osutamisel, eelkõige keha puutumatusse sekkuva ravi puhul rakendab tervishoiuteenuse osutaja toiminguid, mis ilma patsiendilt nõusolekut saamata vastaks kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamisele (nt patsiendi opereerimine).

Informeeritud nõusolekut käsitleti Ameerika Ühendriikides esmakordselt 1957. aasta kohtuasjas *Salgo v Leland Stanford Junior University Board of Trustees*, milles kohus leidis, et arst peab patsienti teavitama mistahes vajalikest asjaoludest, et patsient saaks anda pakutavaks raviks aruka nõusoleku. Termin „arukas nõusolek“ asendati sama kohtuotsuse lõpus „informeeritud nõusolekuga“.¹⁷¹

¹⁶⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 26.09.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-53-06, p 12.

¹⁷⁰ M.S. Stauch. *op. cit.*, lk 1156.

¹⁷¹ California 2. ringkonna apellatsioonikohtu 22.10.1957. a otsus kohtuasjas *Salgo v Leland Stanford Junior University Board of Trustees*. Civ. No. 17045 154 Cal.App.2d 560 – Arvutivõrgus: <http://www.stanford.edu/group/psylawseminar/Salgo.htm> (02.05.2012)

Saksamaa kohtupraktikas on rõhutatud, et patsiendi nõusolek välistab õigusvastasuse üksnes juhul, kui tegemist on teavitatud nõusolekuga, st tervishoiuteenuse osutaja peab patsiendile andma vajaliku informatsiooni, et patsient saaks teha teadliku otsuse. Informatsiooni vähesust operatsiooni võimalike riskide kohta ei õigusta ka tervishoiuteenuse osutaja vastuväide, et ta andis patsiendile võimaluse küsitleda tervishoiuteenuse osutajat võimalikest riskidest.¹⁷² Patsienti tuleb teavitada eriti põhjalikult juhul, kui tervishoiuteenusel võivad olla eriti tõsised tagajärjed.¹⁷³

Patsiendi teavitamise maht ja nõusoleku saamise kohustus on sätestatud VÕS-is tervishoiuteenuse osutamise lepingu regulatsiooni juures. Õiguskirjanduses on kinnitatud, et VÕS §-s 766 sätestatud nõusolek on sisuliselt ka nõusolek § 1045 lg 2 p 2 tähenduses ning nõusolekule deliktiõiguslikus mõttes tuleb kohaldada VÕS §-s 766 sätestatud nõuded nõusoleku saamisele.¹⁷⁴ Sisuliselt tähendab nimetatud seisukoht seda, et lepinguõiguslik säte kohaldub deliktilise vastutuse eelduste kindlakstegemisel. Nimetatud asjaolu on tähelepanuväärne, arvestades lepinguõigusliku vastutuse ja deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemiseks sätestatud eraldi regulatsioone. VÕS § 1045 lg 2 p 2 kohaldamisel deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel tuleks hinnata nõusoleku kui tahteavalduse kooskõla seaduse ja heade kommetega, samuti kannatanu vaimset ja psüühilist seisundit arvestades tema võimet hinnata nõusoleku tagajärgi deliktiõiguslikus mõttes.¹⁷⁵ Nende asjaolude hindamine tähendaks sisuliselt sarnast õiguslikku hinnangut patsiendi nõusolekule nagu tervishoiuteenuse osutaja lepingulise vastutuse kindlakstegemisel vastavalt VÕS §-s 766 sätestatule.

Õiguskirjanduses väljendatu alusel võiks aga väita, et tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel omavad VÕS § 766 sätestatud nõuded patsiendi nõusolekule olenemata nende paiknemisest lepinguõigusliku regulatsiooni juures erisätte staatust, mistõttu VÕS § 1045 lg 2 p-s 2 sätestatud nõusoleku kehtivus ja nõuetelevastavus tuleb kindlaks teha tervishoiuteenuse osutamise lepingu regulatsiooni alusel.

Nõusoleku andmiseks peab patsient olema teavitatud sellest, millised tagajärjed kaasnevad tervishoiuteenuse osutamisega. Samuti peaks patsient mõistma fakti, et ta annab nõusoleku tervishoiuteenuse osutamiseks temale ning aru saama, millele konkreetselt ta nõusoleku

¹⁷² BGH 02.11.1993, NJW 1994, 793.

¹⁷³ BGH 17.12.1991, BGHZ 116, 379.

¹⁷⁴ M. Käerdi, T. Tampuu, VÕS § 1045. kumm p 3.10.2., A. Nõmper. VÕS § 766, kumm p 1.

¹⁷⁵ M. Käerdi, T. Tampuu, VÕS § 1045. kumm p 3.10.2.

annab. Käesoleva töö autori seisukohast ei saa tervishoiuteenuse osutamisel kohaldada avatud nõusoleku kontseptsiooni, ehkki seda võiks pidada teavitatud nõusoleku alaliigiks, nagu on leidnud A. Nõmper oma doktoritöös.¹⁷⁶ A. Nõmper käsitleb geenivaramut kui pankat, mis korjab elanikkonnalt andmeid ja koeproove ning hiljem jagab neid isikutele, kes neid pangast taotlevad.¹⁷⁷ Tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi suhtes, mille eesmärgiks on patsiendile tervishoiuteenuse osutamine, tähendaks avatud nõusoleku andmine seda, et patsient annab tervishoiuteenuse osutajale loa teha patsiendi tervise parandamiseks kõiki protseduure, mida tervishoiuteenuse osutaja peab vajalikuks. Sellise üldise nõusoleku puhul oleks patsient jäetud ilma võimalusest kaaluda iga protseduuriga seonduvaid riske. Kui patsient aga soovib loobuda teabe saamise võimalusest, on tal see õigus vastavalt VÕS § 766 lg-le 5. Sellisel juhul tervishoiuteenuse osutaja loobuda patsiendi teavitamise kohustuse täitmisest.

Nõusoleku andmiseks peab isikul olema nõusolekuvõime, mis hõlmab inimese õigusvõimet, teovõimet ja otsustusvõimet.¹⁷⁸ TsÜS § 7 lg 1 ja 2 mõttes on igal elus füüsilisel isikul õigusvõime, seega saab iseenesestmõistetavalt anda nõusolekut elus inimene. Tervishoiuteenuse osutamiseks võib kehtiva nõusoleku anda ka piiratud teovõimega patsient (s.o vastavalt TsÜS § 8 lg-le 2 alla 18-aastane isik või isik, kes vaimuhaiguse, nõrgamõistuslikkuse või muu psüühikahäire tõttu kestvalt ei suuda oma tegudest aru saada või neid juhtida), kui ta on võimeline vastutustundeliselt kaaluma poolt- ja vastuväiteid. Kui patsient on piiratud teovõimega ega ole võimeline kaaluma poolt- ja vastuväiteid, siis täidab tervishoiuteenuse osutaja teavitamiskohustust selle patsiendi osas tema seaduslikule esindajale, kellele kuulub ka õigus anda teavitatud nõusolek (VÕS § 766 lg 4). TsÜS § 13 lg-st 1 tulenevalt on isik otsusevõimetu, kui ta on ajutiselt vaimutegevuse ajutise häire või muu asjaolu tõttu seisundis, mis välistab tema võime õigesti hinnata seda, kuidas mingi tehing mõjutab tema huve. Tervishoiuteenuse osutamise puhul on otsustusvõime puhul oluline inimese faktiline võimekus oma tahet väljendada (VÕS § 767 lg 1). Seega võib teha järelduse, et tervishoiuteenuse osutaja peab piiratud teovõimega või otsusevõimetu patsiendi puhul hindama, kas patsient on võimeline saama aru ja hindama adekvaatselt seda, millised tagajärjed kaasnevad temale seoses tervishoiuteenuse osutamisega.

Ülaltoodust lähtudes võib teha järelduse, et patsiendi teavitatud nõusolek on eelduseks tema kehalisse terviklikusse sekkumise lubatavuseks. Patsiendi nõusolek välistab temale kahju

¹⁷⁶ A. Nõmper. Open Consent – a New Form of Open Informed Consent for Population Genetic Databases. Doktoritöö. Budapest/Oxford/Tallinn 2005, lk 96 – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/818/nomper.pdf?sequence=5> (02.05.2012)

¹⁷⁷ A. Nõmper 2005, *op. cit.*, lk 206.

¹⁷⁸ A. Nõmper, J. Sootak, *op. cit.*, lk 66.

tekitamise õigusvastasuse juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja sekkub patsiendi terviklikkuse ja tekitab temale tervisekahjustuse (nt viib läbi operatsiooni), tegutsedes seejuures vastavalt arstiteaduse üldisele tasemele.

Nõusolek välistab õigusvastasuse ka DCFR ja PETL alusel. DCFR art 5:101 (1) mõtte kohaselt ei vastuta isik teisele isikule tekitatud kahju eest, kui kahju saanud isik on andnud kehtiva nõusoleku õiguslikult relevantse kahju tekitamiseks ning oli teadlik või pidi olema teadlik sellise nõusoleku andmise tagajärgedest. Sama rakendub juhul, kui kahju saanud isik teadis olemasolevast riskist sellise kahju tekkimiseks ja võttis vabatahtlikult selle riski (art 5:101 (2)).

PETL art 7:101 (1) (d) kohaselt välistab vastutuse kannatanu nõusolek või see, kui kannatanu teadvustas kahju saamise riski. Seejuures on oluline hinnata, millise kahju saamise riski kannatanu teadvustas ja millega kannatanu nõustus.¹⁷⁹ Sellest võib teha järelduse, et nõusolek saab välistada tervishoiuteenuse osutaja kui kahju tekitaja tegevuse õigusvastasuse üksnes juhul, kui tekkinud kahju vastab sellise riski realiseerumisele, millele patsient andis nõusoleku.

Ameerika Ühendriikide kohtupraktikas on tervishoiuteenuse osutamise puhul viidatud ka riski eeldamisele (ingl k *assumption of risk*), st kui patsienti teavitatakse tervishoiuteenuse osutamise riskidest ning ta nõustub tervishoiuteenuse osutamisega, ei saa ta hiljem nõuda kahju hüvitamist tuginedes nende riskide realiseerumisele, isegi kui tervishoiuteenuse osutaja kasutas ebatraditsionaalseid ravivõtteid.¹⁸⁰ Saksamaa kohtupraktikas kohaldatakse riski eeldamise kontseptsiooni eriti ohtlike spordialade harrastamisel tekkinud tervisekahjustuste või põhjustatud surma korral.¹⁸¹ Eesti õiguses ei ole aga vastavat sätet, mis käsitleks riski eeldamist õigusvastasust välistava asjaoluna.

¹⁷⁹ European Group on Tort Law, *op. cit.*, PETL art 7:101, komm vnr 16.

¹⁸⁰ Ameerika Ühendriikide 2. ringkonna apellatsioonikohtu 14.04.1992. a otsus kohtuasjas *Boyle v. Revici*, 961 F.2d 1060 (2d Cir. 1992) – Arvutivõrgus: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19922021961F2d1060_11821.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 (02.05.2012)

¹⁸¹ BGH 14.03.1961, BGHZ 34, 355, 363.

3.2. Süü

3.2.1. Süü vormid

Deliktilisele üldvastutusele tuginemiseks peab lisaks põhjuslikule seosele (VÕS § 127 lg 4) ja õigusvastasusele (VÕS § 1045 lg 1) olema kostja süüdi kannatanu surma põhjustamises või temale tervisekahjustuse või kehavigastuse tekitamises (VÕS § 1050). Vastavalt VÕS § 1050 lg-le 1 eeldatakse kahju tekitaja süüd. Ka PETL, DCFR ja BGB sätestavad süü kui ühe eelduse deliktilise vastutuse tekkimiseks.

Süü vormideks VÕS järgi on hooletus, raske hooletus ja tahtlus (VÕS § 104 lg 2). Samuti eristatakse Saksa õiguses süü vormidena tahtlust ja hooletust (BGB § 276) ning nende seas eristatakse veel omakorda otsest tahtlust, kaudset tahtlust, rasket hooletust, tavalist hooletust ja kerget hooletust.¹⁸² Ka DCFR ja PETL eristavad tahtlust ja hooletust (DCFR art 3:101, 3:102, PETL art 4:101).

Kui tervishoiuteenuse osutaja kahjustab tahtlikult patsiendi tervist või põhjustab tahtlikult tema surma, ei teki ilmselt küsimust tervishoiuteenuse osutaja järgnevast vastutusest, olgu see lepingust tulenev, lepinguväline või karistusõiguslik vastutus. Tervishoiuteenuse osutaja eemaldumist oma tervendaja rollist, asudes hoopis kahjustaja rolli, tuleks pidada erandlikuks. Enamikul juhtudest, kus deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel on läbitud objektiivse teokoosseisu ja õigusvastasuse määratlemise etapp, on süü juures peamiseks küsimuseks küsimus hooletusest. Sellest tulenevalt on käesolevas töös keskendunud süü vormide analüüsimise juures hooletuse analüüsimisele.

BGB § 278 lg 2 sätestab analoogselt VÕS § 104 lg-le 3, et isik käitub hooletult, kui jätab käibes vajaliku hoole järgimata. BGB kohaselt tõstavad isikult oodatava hoolsuse taset tema erilised teadmised või oskused.¹⁸³

Hooletus DCFR mõttes on isiku tegevus, mis ei vasta seaduses sätestatud hoolsusnormile, mille eesmärgiks on kahjustatud poole kaitse tekkinud kahju eest või mis muul viisil ei vasta sellisele hoolsusele, mida võiks eeldada mõistlikult hoolsalt isikult vastavas olukorras (DCFR art 3:102 (a) (b)). Seega eristatakse seadusest tulenevat hoolsusstandardit ja üldist hoolsuskohustust. Seadusest tuleneva hoolsusstandardi all peetakse silmas ka määrusi.¹⁸⁴

¹⁸² B.S. Marquesinis. *op. cit.*, lk 72.

¹⁸³ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 3:102, märkus nr 7.

¹⁸⁴ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 3:102, komm nr 3.

Üldise hoolsuskohustuse all peetakse silmas objektiivset standardit, isikult mõistlikult eeldatavat käitumist.¹⁸⁵

Ka PETL käsitleb süüd kui tahtlikku või hooletut eemaldumist sellisest käitumisest, millist võib isikult antud olukorras mõistlikult eeldada (PETL art 4:101). Nõutav käitumisstandard on mõistliku inimese käitumine teatud olukorras. Standard sõltub asjakohase õigushüve loomusest ja väärtusest, tegevuse ohtlikkusest, isikult eeldatavast asjatundlikkusest, kahju ettenähtavusest jm (PETL art 4:102).

Riigikohus on leidnud, et tervishoiuteenuse osutaja hoolsusstandard tuleb teha kindlaks selle järgi, kuidas oleks samas olukorras käitunud vastava eriala haritud ja kogenud arst.¹⁸⁶ Ehkki Riigikohus lahendas kohtuasja küll Eesti NSV tsiviilkoodeksi¹⁸⁷ kahju tekitamisest tulenevat vastutust reguleerivate sätete alusel, on oluline asjaolu, et Riigikohtu hinnangul tuli arsti hoolsuse hindamisel võtta standardina aluseks vastava eriala haritud ja kogenud arst, mitte aga tavaline mõistlik inimene. Seega on tegemist nn „kutsealase hooletuse“ mõistega, mis on mis on tavalisest käibes nõutavast hoolsuskohustusest (VÕS § 104 lg 3) kõrgem hoolsuskohustus.¹⁸⁸ Ka tervishoiuteenuse osutamise lepingu regulatsioonist tulenevalt peab tervishoiuteenus vastama vähemalt arstiteaduse üldisele tasemele teenuse osutamise ajal ja seda tuleb osutada tervishoiuteenuse osutajalt tavaliselt oodatava hoolega (VÕS § 762). Tegemist on tervishoiuteenuse osutaja lepingulise vastutuse kindlakstegemiseks seadusest tuleneva hoolsusstandardiga, mis täpsustab VÕS § 104 lg-s 3 sätestatud üldist hoolsusstandardit. Deliktilise vastutuse kindlakstegemisel tuleks lähtuda nn „kutsealase hooletuse“ mõistest, mis iseenesest ühtib VÕS §-s 762 sätestatud nõudega osutada tervishoiuteenust tervishoiuteenuse osutajalt tavaliselt oodatava hoolega.

Siinkohal tekib küsimus, kas tervishoiuteenuse osutamise lepingut reguleeriv VÕS § 762 võiks olla kohaldatav deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel süü hindamisel nagu on patsiendi nõusolekule VÕS §-s 766 kehtestatud nõuded kohaldatavad nõusolekule deliktiõiguslikus mõttes. Iseenesest ei pruugi deliktiõiguses nt süü hindamisel „kutsealase hooletuse“ mõiste kohaldamine viia teistsugusele tulemusele kui VÕS §-s 762 sätestatud tervishoiuteenuse osutaja hoolsusstandardi kohaldamine. Ilmselt jääb lepinguõiguslike sätete kohaldamise võimalikkus deliktiõiguses kohtupraktika kujundada.

¹⁸⁵ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 3:102, komm nr 17.

¹⁸⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-78-06, p 12.

¹⁸⁷ Eesti NSV tsiviilkoodeks. - ENSV ÜVT 1968, 46, 341, ... RT I 2001, 47, 260.

¹⁸⁸ M. Käerdi., T. Tampuu. VÕS § 1050, komm p 3.1.

Eestis annab patsiendile osutatud tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjon vastavalt TTKS § 50² lg-le 1.¹⁸⁹ Patsiendil on võimalik esitada komisjonile avaldus tervishoiuteenuse kvaliteedi hindamiseks¹⁹⁰, samuti on kohtul vastavalt TsMS § 293 lg-le 1 õigus menetlusosalise taotlusel küsida eksperdi arvamust asjas tähtsate ja eriteadmisi nõudvate asjaolude selgitamiseks.

Komisjoni ettepanek, nõuanne või soovitus ei kohusta tervishoiuteenuse osutajat hüvitama patsiendile arstliku vea tagajärjel tekkinud tervisekahju, samuti ei ole komisjon tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vaheliste vaidluste lahendaja.¹⁹¹ Seevastu Saksamaal tegutseb ekspertidest koosnev komisjon kui tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vaidlusi lahendav organ (saksa k *Gutachterkommissionen* ja *Schlichtungsstellen*). Ehkki ka nimetatud organi otsused ei ole pooltele siduvad, on pooled selliste vaidlusi lahendavad institutsioonide otsuseid usaldanud, kuna komisjonis olevad eksperdid teevad iga kaasuse puhul põhjalikku tööd tegemaks kindlaks, kas tervishoiuteenuse osutaja on eksinud. Otsuste usaldamist näitab kas see, et 70 % kaasustest, kus on kindlaks tehtud tervishoiuteenuse osutaja vastutus, jätkab vaidlusega tegelemist tervishoiuteenuse osutaja kindlustusandja, ning kui komisjon asub seisukohale, et tervishoiuteenuse osutaja ei ole teinud viga, loobuvad enamused patsientidest oma nõuetest.¹⁹²

Ka Ameerika Ühendriikides ollakse seisukohal, et tervishoiuteenuse osutajale ei saa tema tegevuse hindamisel kohaldada mõistliku inimese standardit. Tervishoiuteenuse osutajal kui vastava hariduse omandanud isikul on hoolsuskohustus kõrgem kui mõistlikul inimesel. Seega on tervishoiuteenuse osutajal professionaalne hoolsuskohustus.¹⁹³

Tervishoiuteenuse osutaja käitumist ei pruugi vaadelda kui hooletut, kui ta väljub tunnustatud ravivõtete piirest. Selline juht on näiteks siis, kui tervishoiuteenuse osutaja kombineerib omavahel mõlemat võimalikku ravivõtet, leides, et hiljutise uuringu tulemustele tuginedes on

¹⁸⁹ Vt ka Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjoni töökord, tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmise kord ja komisjoni moodustamine. SMm 16.05.2008 nr 27. – RTL 2008, 41, 575.

¹⁹⁰ Sotsiaalministeerium. Tervishoiuteenuste kvaliteet. – Arvutivõrgus: <http://www.sm.ee/tegevus/tervis/tervishoid-ja-ravimid/tervishoiuteenuste-kvaliteet-ja-jarelevalve.html> (02.05.2012)

¹⁹¹ Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjon menetles 2011. aastal 128 arstiabi osutamise kvaliteedi kohta esitatud ekspertiisitaotlust. Sotsiaalministeeriumi analüüs. – Arvutivõrgus: http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Tervisevaldkond/Tervishoid/TKE_2011_t%C3%B6C3%B6_kokkuv%C3%B5te.pdf (02.05.2012)

¹⁹² M.S. Stauch. *op. cit.*, lk 1160-1162.

¹⁹³ D.B. Dobbs. *op. cit.*, lk 362,

antud situatsioonis kahe ravivõtte koosmõju efektiivsem. Kui tekivad probleemid ning patsient pöördub kohtusse, siis on tervishoiuteenuse osutaja ülesanne õigustada ja tõendada tavakohasest ravivõttest eemaldumise põhjendatust.¹⁹⁴ Vastavalt VÕS § 763 lg-le 1 on patsiendi ravimisel võimalik kasutada ka üldtunnustamata ennetus-, diagnostilist- või ravimeetodit, kui patsienti on sellest teavitatud ning patsient on andnud nõusoleku. Sisuliselt tähendab see võimalust kalduda kõrvale VÕS §-s 762 sätestatud arstiteaduse üldisest tasemest.¹⁹⁵ Arstiteaduse üldisest tasemest eemaldumise põhjendatuse väljaselgitamisel tuleb vaidluse korral kasutada ekspertide abi.¹⁹⁶

Kui tervishoiuteenuse osutaja kui füüsilise isiku puhul või tervishoiutöötaja puhul saab rääkida ülalnimetatud eriala haritud ja kogenud spetsialisti hoolsuskohustusest, siis tervishoiuteenuse osutaja kui juriidilise isiku puhul on asjakohane rääkida organisatoorsest kohustusest kui hoolsuskohustusest.¹⁹⁷ Tervishoiuteenuse osutaja on kohustatud välja töötama ja rakendama tervishoiuteenuste kvaliteedijuhtimissüsteemi, mis peab käsitlema teenindamiskvaliteedi tagamist, patsientide rahulolu hindamist, professionaalse kvaliteedi tagamist ning organisatsiooni töökorralduse ja juhtimise kvaliteedi tagamist (määruse „Tervishoiuteenuste kvaliteedi tagamise nõuded“¹⁹⁸ § 5 lg 1-2). Vastavalt TTKS-ile teostatakse tervishoiuteenuse osutajatele sätestatud nõuete täitmise üle järelevalvet ning vajadusel võidakse teha ettekirjutisi (TTKS § 60 lg 1, § 61 p 4).

VÕS-i hooletuse mõiste sisaldab deliktiõiguse kontekstis nii objektiivseid kui ka subjektiivseid elemente. Vastavalt VÕS § 104 lg-le 5 ja 3 ning VÕS § 1050 lg-le 2 on süü õigusvastase tagajärje soovimine võlasuhte tekkimisel, täitmisel või lõpetamisel või käibes vajaliku hoole järgimata jätmine, mille hindamisel arvestatakse muu hulgas kahju tekitaja olukorda, vanust, haridust, võimeid ja muid võimalikke omadusi.

Sisemine hooletus on kahju tekitanud isiku subjektiivsetele võimetele ja võimalustele mittevastav väliselt hooletu käitumine. VÕS § 1050 lg 2 järgi arvestatakse isiku süü hindamisel muu hulgas tema olukorda, vanust, haridust, teadmisi, võimeid ja muid isiklikke omadusi. Seega hinnatakse kahju tekitaja poolt hoolsusnormi rikkumise subjektiivset

¹⁹⁴ J.V. McHale, J. Tingle. Law and Nursing. Second Edition. Elsevier Science Limited 2002, Edinburgh. – Arvutivõrgus:
<http://books.google.com/books?id=79CKyGXkybQC&pg=PA40&dq=Loss+of+chance&lr=#PPA28,M1>
(02.05.2012)

¹⁹⁵ A.Nömper, VÕS § 763, komm p 1.

¹⁹⁶ J.V. McHale, J. Tingle. *op. cit.*

¹⁹⁷ C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR art 3:102, komm p 20.

¹⁹⁸ Tervishoiuteenuste kvaliteedi tagamise nõuded. SMm 15.12.2004 nr 128. – RT I 2001, 50, 284.

vabandavust. Oleks aga ebaõige kohaldada nimetatud sätet kutsealase hooletuse juhtudel. VÕS § 1050 lg-s 2 sätestatud subjektiivseid asjaolusid süü hindamisel on selle sätte mõtte kohaselt võimalik arvestada üksnes füüsilisest isikust kostja puhul.¹⁹⁹ Tervishoiuteenuse osutaja on aga üldreeglina juriidiline isik, mistõttu VÕS § 1050 lg 2 ei oma sisulist tähendust tema süü kindlakstegemisel. Samuti ei tohiks VÕS § 1050 lg 2 kohaldada füüsilisest isikust tervishoiuteenuse osutaja puhul, kuna ta tegutseb oma kutsetegevuses. Samas on J. Lahe oma doktoritöös leidnud, et kui kahju tekitajaks on oma valdkonnas paremate ekspertide hulka kuuluv eriarst, siis tuleks hinnata kahju ettenähtavust mitte keskmise eriarsti arusaama kohaselt, vaid lähtudes sellest, mis oli ettenähtav vastava valdkonna tippspetsialistile.²⁰⁰

Kuna tervishoiuteenuse osutajale on kehtestatud hoolssustandard, siis ei ole võimalik arvestada konkreetse tervishoiuteenuse osutaja kui füüsilise isiku subjektiivseid võimalusi (nt asjaolu, et perearstil on vähe kogemust konkreetse protseduuri läbiviimisel). Seetõttu ei saa autor nõustuda I.Luik'i väljendatud seisukohaga, nagu võiks VÕS § 1050 lg 2 mõttes olla noore ja kogenematu arsti süü väiksem ja kogenud arsti süü suurem või vastupidi.²⁰¹ Süü suurus või väiksus ei oma deliktiõigusliku vastutuse tekkimise seisukohalt tähtsust.

3.2.2. Süü presumptsioon

Süü presumptsiooni sätestab VÕS § 1050 lg 1, mille kohaselt kahju tekitaja ei vastuta kahju tekitamise eest, kui ta tõendab, et ei ole kahju tekitamises süüdi, kui seadusega ei ole sätestatud teisiti. Eeldatakse tavalist hooletust ning kostjal lasub üksnes hoolika käitumise tõendamise koormus juhul, kui kannatanu on tõendanud põhjusliku seose kostja teo ja kahju vahel ning teo õigusvastasuse.²⁰² Nagu eelmises peatükis märgitud, on ebaõige kohaldada VÕS § 1050 lg-t 2 kutsealase hooletuse korral, mistõttu ei ole tervishoiuteenuse osutajal võimalik süüst vabanemiseks tugineda hoolsusnormi rikkumise subjektiivsele vabandavusele.

Riigikohus on rõhutanud, et süü presumptsioon VÕS § 1050 lg 1 järgi ei tähenda õigusvastase teo toimepanemise eeldamist. Kahju saanud isik peab tõendama, et kahju tekitaja tekitas talle

¹⁹⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.05.2007. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-57-07, p 12.

²⁰⁰ Lahe, J. Süü deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu 2005. lk 54. – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/686/lahejanno.pdf?sequence=5> (02.05.2012)

²⁰¹ I.Luik. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXI, lk 35. – Lege Artis 9/2004.

²⁰² T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 200

kahju, ning kui kahju tekitamine on tõendatud, peab kahju tekitaja vastutusest vabanemiseks tõendama süüd välistavad asjaolud.²⁰³

Saksamaal kehtib põhimõte, mille kohaselt nn *prima facie* kaasustes kergendatakse hageja tõendamiskoormist kuni tõendamiskoormise ümberpööramiseni. Tõendamiskoormise ümberpööramist kasutatakse ka tervishoiuteenuse osutaja vastu esitatud nõuete puhul, välja arvatud kaasustes, milles patsient tugineb teavitamiskohustuse rikkumisele tervishoiuteenuse osutaja poolt.²⁰⁴

Süü presumptsiooniga on sarnane *res ipsa loquitur* põhimõte, mida kasutatakse mitmetes õigussüsteemides. Selle põhimõtte kohaselt loetakse kahju põhjustaja hooletult käitunuks, kui kahju tekkis tema kontrolli all olnud tegevuse käigus ning kahju täpne põhjus pole teada. Tavaliselt on sarnastel juhtudel kahju põhjuseks hooletus.²⁰⁵

Missouri osariigi apellatsioonikohtu otsuses kohtuasjas *Zumwalt v Koreckij* käsitletakse *res ipsa loquitur* põhimõtte rakendamist. Hagejale tehti üldnarkoosi all parema põlve artoplastia. Narkoosist toibunud, tundis hageja valu paremas käes ja paremas õlas. Hageja esitas nõude arsti vastu, leides, et arst oli olnud hooletu. Hageja ei suutnud aga tõendada arsti hooletust ning tugines seejärel *res ipsa loquitur*'i doktriinile. Kohus selgitas, et selleks, et nõude esitamisel ravivea korral saaks tugineda *res ipsa loquitur*'i põhimõttele, peab hageja tõendama, et:

- 1) selline tervisekahjustus ei ilmne hooletuse puudumisel,
- 2) tervisekahjustuse põhjustanud vahendit (arsti puhul nt operatsiooni sooritamiseks kasutatud instrumendid) juhtis kostja, vahend oli kostja mõju all,
- 3) kostja omab eriteadmisi või vastavaid abinõusid vajaliku informatsiooni saamiseks.²⁰⁶

Süü tähendab sisuliselt eemaldumist konkreetsetes olukorras kehtivast hoolsusstandardist, oodatud käitumisest, kuid süü ei ole iseenesest seotud konkreetse standardiga.²⁰⁷ Süüst vabanemiseks peab tervishoiuteenuse osutaja vastutusest vabanemiseks tõendama, et ta ei ole olnud hooletu.

²⁰³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 12.01.2009. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-127-08, p 15.

²⁰⁴ van Gerven, W., Larouche, P., Lever, L. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Oxford, Hart Publishing, 2000, lk 428 4.G.19. – Arvutivõrgus: <http://www.casebooks.eu/documents/tortLaw/heading4.2.3.pdf> (02.05.2012)

²⁰⁵ T. Tampuu 2007, *op. cit.*, lk 201

²⁰⁶ Missouri apellatsioonikohtu 25.04.2000. a otsus kohtuasjas *Zumwalt v Koreckij*, 24 S.W.3d 166 (Mo. Ct. App 2000) - Arvutivõrgus: http://biotech.law.lsu.edu/cases/mo/res_ipsa/zumwalt_v_koreckij.htm (02.05.2012)

²⁰⁷ A, Calnan. The Fault(s) in Negligence Law. lk 700 – *Quinnipiac Law Review*, Vol. 25, p. 695, 2007.

4. Sünnieelsed deliktid

4.1. Soovimatu rasedus

Soovimatu raseduse (ingl k. *wrongful pregnancy* või *wrongful conception*) kaasuste puhul heidavad vanemad tervishoiuteenuse osutajale ette viimase hooletuse tõttu soovimatu, ehkki terve lapse sündimist. Hooletus võib seisneda rasedumisvastase vahendi puudustes, steriliseerimise või raseduse katkestamise ebaõnnestumises.²⁰⁸ Soovimatu raseduse kaasuste puhul ei soovi vanemad last algusest peale, samuti ei ole oluline, kas laps sünnib tervena või on tema tervis kahjustatud.²⁰⁹

Saksamaa Ülemkohus menetles kaasust, milles arsti hooletuse tõttu ebaõnnestus steriliseerimine naisel, kellel oli juba kolm last ning kes ühe sünnituse ajal ilmnunud komplikatsioonide tõttu ei soovinud enam lapsi saada. Steriliseerimise ebaõnnestumise tõttu hageja rasedus taas ning sünnitas terved kaksikud. Kohus käsitles steriliseerimise ebaõnnestumist füüsilise tervisekahjustusena, millega kostja rikkus lepingulist kohustust steriliseerida hageja ja vastutab ka lepinguväliselt, sest ta kahjustas hageja keha, jättes ennetamata tema raseduse. Kohus leidis, et last tuleb antud juhul käsitleda kui hüvitatavat varalist kahju, sest vanematel on kohustus last ülal pidada. Varaline nõue soovimatu lapse saamisel on kostja vastu üksnes siis, kui steriliseerimise eesmärk oli ära hoida hageja rasedumine. Nõue puudub, kui steriliseerimise eesmärk oli lihtsalt hoida ära võimalikud komplikatsioonid uue raseduse kestel, sest siis ei ole laps soovimatu.²¹⁰ Samas on vaieldud selle üle, kas käsitleda soovimatu lapse olemasolu ja ülalpidamiskohustust ning sellest tulenevaid kulusid eraldi. Kohustus last ülal pidada tuleneb lapse olemasolust, mis on esmane kahju tekkimise allikas. Saksamaa Ülemkohus on seisukohal, et lapse ülalpidamiskulude hüvitamise nõue soovimatu raseduse kaasuses on võimalik üksnes lepingulisel alusel.²¹¹

PETL-i järgi põhineb kahju hüvitamine diferentsihüpoteesil: kui steriliseerimine oleks õnnestunud, ei oleks paar pidanud kandma lapse ülalpidamise kulusid ja teisi kulutusi seoses

²⁰⁸ K. Wevers. Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis. lk 262-263. – Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, No 1 Fall 2010.

²⁰⁹ B. Winiger (eds.). Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages. Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston 2011, lk 901.

²¹⁰ BGH 18.03.1980, NJW 1980, 1452, 1453.

²¹¹ BGH 27.06.1995, NJW 1995, 2407, 2408.

lapse kasvatamisega. Samas kahju ei seisne soovimatu lapse saamises kui sellises, vaid just ülalpidamiskulude tekkimises.²¹²

DCFR jätab vastutuse sünnieelsete deliktide kaasustes kohtute otsustada – DCFR art 2:101 (1) (c) jätab kohtutele lepinguvälise õiguse arendamise ruumi. Sünnieelsed deliktid on DCFR-is jäetud teadlikult reguleerimata, DCFR ei käsitle sünnieelseid delikte tervise kahjustamise ja sellest tingitud kahjuna.²¹³

Sünnitamisega seotud kahju võib seisneda sissetuleku kaotuses raseduse ajal, kulutustes ravile sünnituseelisel ajal, valus ja kannatustes sünnituse ajal. Vanemlike kohustustega seotud kahju võib seisneda lapse ülalpidamise kuludes, lisakulutustes seose lapse tervisliku seisundiga (nt kui laps sünnib tervisekahjustusega), mittevaralises kahjus seoses „soovimatu“ lapsega, mittevaralises kahjus seoses pere planeerimisesse sekkumisega.²¹⁴ P. Schlechtriem on arvamisel, et pealesünnitud raseduse korral, mida tuleks käsitleda kehavigastusena, on hüvitatavad kõik sellest tekkivad kahjud, kaasa arvatud ülalpidamiskulud. Valediagnoosi või ebaõnnestunud abordi puhul on rikutud õigushüveks perekonnaplaneerimine. Deliktalise vastutuse kohaldamiseks tuleb kindlaks teha, kas rikutud kohustuse eesmärgiks on ka kaitse soovimatute ülalpidamiskulude vastu.²¹⁵

Seevastu Ameerika Ühendriikide enamikes jurisdiktsioonides peetakse soovimatust rasedusest tulenevat nõuet põhjendatuks ulatuses, mis puudutab ebaõnnestunud protseduuri maksumust ning raseduse ja sünnitamisega seotud kulusid, kuid eitatakse lapse ülalpidamisega seotud kulude väljamõistmise põhjendatust.²¹⁶

Kohtuasjas *Emerson v. Magendantz* käsitles kohus küsimust, kas tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu steriliseerimise ebaõnnestumise tagajärjel uue raseduse tekkimine ja lapse sünnitamine on aluseks nõude esitamiseks tervishoiuteenuse osutaja vastu. Hageja otsustas finantsilistel kaalutlustel pärast ühe lapse saamist läbida steriliseerimise protseduur, et hoida tulevikus ära uut rasestumist. Kostja viis läbi steriliseerimise protseduuri, kuid sellegipoolest jäi hageja uuesti rasedaks ning sünnitas lapse, kellel oli kaasasündnud puue. Pärast teise lapse

²¹² B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 898-899.

²¹³ Samas ei eitata seda, et juhul kui last kahjustatakse enne tema sündi, võib lapsel õigusvõime saavutamisel olla nõue isiku vastu, kes talle kahju tekitas. Kui veel sündimata lapsele tekitatakse kahju, mille tagajärjel sünnib laps surnuna, võib seda käsitleda kahjuna surnud lapse sünnitanud ema kehalisele terviklikkusele, mis on aluseks nõude esitamiseks (C. von Bar 2009, *op. cit.*, DCFR 2:201, kamm nr 1).

²¹⁴ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 901.

²¹⁵ P. Schlechtriem. *op. cit.*, lk 251 nr 747.

²¹⁶ K. Wevers. *op. cit.*, lk 263.

sünnitamist läbis hageja uue steriliseerimise protseduuri. Kohtule esitatud nõudes hageja leidis, et kostja hooletuse tõttu steriliseerimise protseduuri läbiviimisel sündis hagejale laps, samuti ei täitnud kostja teavitamiskohustust. Kostja hooletuse tõttu pidi hageja kannatama valu ning vajab täiendavat invasiivset ravi, samuti langes soovimatu raseduse tõttu hageja ja tema abikaasa sissetulek ning nende kulutused suurenesid teise lapse saamise tõttu. Kohus jaatas hageja nõude olemasolu, tuginedes teistes kohtuasjades väljendatud seisukohtadele ja asjaolule, et selline nõue on patsiendil olemas 35-s jurisdiktsioonis. Kohus leidis, et tervishoiuteenuse osutajal oli steriliseerimise protseduuri läbiviimisel hoolsuskohustus patsiendi suhtes. Kuna patsient tõendas hoolsuskohustuse rikkumise ja põhjusliku seose tervishoiuteenuse osutaja tegevuse ja tekkinud kahju vahel, on patsiendi soovimatust rasedusest tulenev nõue põhjendatud nagu ka muude väärravi kaasuste puhul nimetatud eelduste täitmisel. Kohus rõhutas, et kahju hüvitamise nõuete käsitlemisel tuleb olla järjepidev ja mitte diskrimineerida ühte väärravi kaasuste gruppi teiste suhtes, samuti tuleb austada naise õigust otsustada, kas ta soovib last saada või mitte. Kui tervishoiuteenuse osutaja jätab naise ilma sellest õigusest, peab ta hüvitama patsiendile tekkinud kahju. Kohus väljendas kriitilist suhtumist teiste kohtute põhjendustesse, nagu oleks lapse sündimine rõõm olemas ka soovimatu raseduse korral, mistõttu kaalub rõõm üles kulutuste ja kahju tekkimise kui negatiivse tagajärje. Lisaks muudele nõuete rahuldas kohus tulenevalt kahju ettenähtavusest ka lapse ülalpidamiskulude nõude.²¹⁷

K. Sein on oma doktoritöös leidnud, et soovimatu lapse ülalpidamiskulusid Eesti kohtud ilmselt hüvitatava kahjuna ei käsitleks ja kuna tegemist on eetilise aspektist väga problemaatilise küsimusega, siis ei peaks selline kahju olla väljamõistetav.²¹⁸ Käesoleva töö autor nõustub K.Seina seisukohaga selles osas, mis puudutab problemaatilisust eetika seisukohast.

VÕS-i alusel deliktiõigusliku vastutuse kohaldamiseks tuleb esmalt võtta seisukoht selles, kas raseduse katkestamise või steriliseerimise protseduuri ebaõnnestumine võiks kujutada endast delikti.

Raseduse katkestamise või steriliseerimise protseduuri ebaõnnestumisel saab olla tegemist deliktiga juhul, kui tervishoiuteenuse osutamine ei vastanud arstiteaduse üldisele tasemele

²¹⁷ Rhode Island'i Ülemkohtu 26.02.1997. a otsus kohtuasjas *Emerson v. Magendantz*, No. 95-306 – Arvutivõrgus: <http://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1280627.html> (02.05.2012)

²¹⁸ K. Sein, Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus 2007, lk 39. – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/1813/seinkarin.pdf> (02.05.2012)

teenuse osutamise ajal ja tervishoiuteenust ei osutatud tervishoiuteenuse osutajalt tavaliselt oodatava hoolega. Kui tervishoiuteenuse osutaja teeb nimetatud protseduuride läbiviimisel ravivea, siis protseduuride ebaõnnestumise tagajärjel raseduse jätkumisel (raseduse katkestamise ebaõnnestumise korral) või raseduse ärahoidmata jätmisel (steriliseerimise ebaõnnestumise korral) on tegemist soovimatu rasedusega, P. Schlechtriem'i käsitluses „pealesunnitud“ rasedusega. Ei ole välistatud, et patsiendi kehalise heaolu halvendamise tõttu saaks soovimatut rasedust käsitleda tervisekahjustusena. Kuna tervist kahjustati ravivea tagajärjel, tuleb põhjuslikku seost tekkinud tervisekahjustuse ja tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu ebaõnnestunud protseduuri vahel eeldada. Soovimatu rasedus kui tervisekahjustus oleks õigusvastane vastavalt VÕS § 1045 lg 1 p-le 2. Õigusvastasust ei välistaks ka patsiendi nõusolek vastavalt VÕS § 1045 lg 2 p-le 2, sest ta ei andnud nõusolekut mitte raseduse jätkumiseks, vaid nõustus ja soovis raseduse katkestamist. Tervishoiuteenuse osutaja süüd tuleb eeldada.

Samuti võib soovimatu raseduse puhul tulla deliktiõiguslik vastutus kõne alla juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on küll viinud raseduse katkestamise protseduuri läbi vastavalt arstiteaduse üldisele tasemele, kuid ei ole täitnud nõuetekohaselt teavitamiskohustust. Raseduse katkestamise ja steriliseerimise seadus²¹⁹ (RKSS) sätestab eriregulatsiooni teavitamiskohustuse täitmisele rasedust katkestada sooviva naise suhtes. RKSS § 12 lg 1 kohaselt peab rasedust katkestav arst enne raseduse katkestamist selgitama rasedust katkestada soovivale naisele või teovõimetu naise raseduse katkestamist taotlevale eestkostjale raseduse katkestamise bioloogilist ja meditsiinilist olemust ning sellega seonduvaid riske, sealhulgas võimalikke tüsistusi. Nt võib teavitamiskohustuse rikkumine seisneda selles, et tervishoiuteenuse osutaja ei ole teavitanud patsienti järelkontrolli vajadusest.²²⁰ Seetõttu ei tulnud patsient järelkontrolli, mille käigus oleks välja tulnud asjaolu, et tegelikult ei ole rasedus katkenud. Sellisel juhul on tervishoiuteenuse osutaja jätnud teavitamiskohustuse rikkumise tõttu patsiendi ilma temale vajalikust korduvast raseduse katkestamise protseduurist. Kui aga asuda seisukohale, et RKSS § 12 lg 1 puhul on tegemist kaitsenormiga, võib selle rikkumine olla õigusvastane VÕS § 1045 lg 1 p 7 kohaselt.

²¹⁹ Raseduse katkestamise ja steriliseerimise seadus. – RT I 1998, 107, 1766 ... RT I 2009, 60, 395.

²²⁰ A. Nömper, J. Sootak. *op. cit.*, lk 155.

Lisaks võib teavitamiskohustuse rikkumine viia soovimatu raseduse kui tervisekahjustuseni juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja ei teavita patsienti rasestumisvastase vahendiga seonduvatest riskidest.²²¹

4.2. Puudega lapse sünn

Puudega lapse sünni (ingl k *wrongful birth*) kaasuse puhul heidavad vanemad tervishoiuteenuse osutajale viimase hooletuse tõttu ette puudega lapse sündimist.²²² Diagnoosivea tõttu ei hoiata tervishoiuteenuse osutaja vanemaid ette, et laps võib sündida puudega. Võtmeküsimuseks on küsimus sellest, kas vanemad oleksid sellel põhjusel otsustanud raseduse katkestada või mitte. Kui vanemad oleksid teinud otsuse aborti kasuks, ei oleks neil tekkinud kulutusi seoses puudega lapse ülalpidamisega. Oluline on märkida, et nendes kaasustes ei ole tervishoiuteenuse osutaja põhjustanud lapse puuet, vaid tekkiv kahju seisneb selles, et tervishoiuteenuse osutaja jätab vanemad teavitamata lapse tervislikust seisundist.²²³

Lapsevanemate soov saada terved lapsed on iseenesestmõistetav. Sünnieelne diagnostika võimaldab juba üsasiseselt diagnoosida mitmesuguseid pärilikke haigusi ja sellest tulenevalt määrata, kas oodatav laps on antud haiguse suhtes terve või mitte. Kasutatakse patsiendi kehasse mittesekkuvaid meetodeid (näiteks ultraheliuuring) ja patsiendi kehasse sekkuvaid meetodeid (nt amniotsentees, koorioni biopsia).²²⁴ Samuti on tavaline loote tervisliku seisundi hindamine raseduse ajal.²²⁵ Kunstliku viljastamise korral on viimasel ajal tavapärane siirdamiseelne geneetiline diagnoosimine (ingl k *preimplantation genetic diagnosis*)²²⁶, mida kasutatakse embrüo võimalike geneetiliste puuduste ja siirdamiskõlblikkuse väljaselgitamiseks.²²⁷

Ühes puudega lapse sünni kaasuses jäi Saksamaa Ülemkohus varasemas õigusvastase sünni kaasuses (vt p 4.1.) väljendatud seisukoha juurde. Hagejad kui puudega tütre vanemad kartsid

²²¹ Kui aga rasestumisvastane vahendil on puudus, siis sellise rasestumisvastase vahendi kui toote tõttu tervisekahjustuse (soovimatu raseduse) põhjustamise eest vastutab ka tootja vastavalt VÕS § 1061 lg-le 1.

²²² K. Wevers. *op. cit.*, lk 262.

²²³ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 932-933.

²²⁴ Sünnieelne diagnostika. Tartu Ülikooli kliinikumi geneetikakeskus. – Arvutivõrgus: <http://www.kliinikum.ee/geneetikakeskus/suennieelne-diagnostika> (02.05.2012)

²²⁵ K. Wevers. *op. cit.*, lk 257-258.

²²⁶ K. Wevers. *op. cit.*, lk 258.

²²⁷ A. Corveleyn (eds.). Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe. European Communities, 2007, lk 5.

kaasasündinud defektide eelsoodumust ning palusid kostja arstil end nõustada pärilike haiguste edasikandumise osas. Arsti sõnul oli kaasasündinud haiguse esinemine oli tema sõnul üsna ebatõenäoline ning paar ei peaks seetõttu loobuma lapse saamisest. Hagejad said veel ühe lapse, kellel olid samad kaasasündinud defektid nagu nende tütrelgi. Hagejad ei oleks otsustanud lapse saamise kasuks, kui nad oleksid informeeritud kaasasündinud haiguse esinemise tõenäosusest. Kohus rahuldab hagejate nõude lapse ülalpidamiskulude hüvitamiseks ja leidis, et tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud oma lepingulist kohustust.²²⁸

Saksamaa Ülemkohus on rõhutanud, et puudega lapse saamine kui selline ei ole iseenesest kahju hüvitamise aluseks.²²⁹ Nüüdseks on puudega lapse sünni kaasustes Saksamaa kohtupraktika ühtlustunud ning tervishoiuteenuse osutaja vastutust jaatatakse juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud tervishoiuteenuse osutamise lepingut, mille eesmärgiks oli ära hoida puudega lapse sünd. Samuti ollakse seisukohal, et erinevalt soovimatu raseduse kaasustest ei ole kahju hüvitis piiratud keskmise lapse ülalpidamiskuludega, vaid õigusvastase sünni kaasuste puhul arvestatakse puudest tulenevate lisakulutustega.²³⁰

Ameerika Ühendriikide kohtud on kirjeldanud õigusvastase sünni kaasustes lapsevanematele tekkivat kahju mitte kui puudega lapse sündimist vaid kui võimaluse kaotamist teadliku otsuse tegemiseks, kas katkestada rasedus või sünnitada potentsiaalselt puudega laps.²³¹ W.F. Hensel on leidnud, et kohtute selline seisukoht võib olla tingitud asjaolust, et kohtud peavad lihtsalt vastuvõetavaks vanemate valikuõiguse käsitlemist kahjuna, selle asemel et vastata metafüüsilisele küsimusele mitte-eksisteerimise eelistamisest elule, kui tahes vaevaline see tulenevalt tervislikust seisundist ka ei oleks. Samas on mitmed õigusteadlased on leidnud, et puudega lapse sünni kaasustes tuleb kohaldada tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikku vastutust, sest puudega lapse sünd kui delikt on vastavuses hooletuse traditsionaalse käsitlusega.²³² W.F. Hensel leiab aga, et deliktiõigus ei peaks olema ebaõigluse vahend puudega inimeste ellu heatahtliku sekkumise varjus ning deliktiõiguslikku vastutust tuleks eitada.²³³

²²⁸ BGH 16.11.1993, NJW 1994, 788

²²⁹ BGH 18.01.1983, BGHZ 86, 240, 248.

²³⁰ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 906.

²³¹ K. Wevers. *op. cit.*, lk 263.

²³² W.F. Hensel. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. lk 143. – Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 40, 2005. – Arvutivõrgus: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/hensel.pdf (02.05.2012)

²³³ W.F. Hensel. *op. cit.*, lk 145.

PETL-i alusel puudub alus puudega lapse sünni korral nõude esitamiseks, kuna PETL ei käsitle sündimist õiguslikult kaitstava hüvena (vt art 2:101). Nagu eelnevalt öeldud (vt p 4.1.), ei ole DCFR käsitletud sünnieelseid delikte tervise kahjustamise ja sellest tingitud kahjuna. Seetõttu ei ole ka DCFR-is alust puudega lapse sünnist tuleneva nõude esitamiseks.

Küsimus sellest, mis ulatuses tuleks lapse ülalpidamise kulud hüvitada, lähevad kohtute arvamused lahku. Kui vanemad ootavad terve lapse sünni, kuid laps sünnib puudega, siis kaasnevad sellega täiendavad kulutused. Ühest küljest ei ole see laps soovimatu, kuna vanemad vähemalt algselt soovisid last saada ja seetõttu olid ka valmis lapse kasvatamiseks, sh kulutuste kandmiseks lapse ülalpidamiseks. Seega oleks põhjendatud hüvitada üksnes täiendavad kulutused seoses puudega. Teisalt kui vanemad oleksid teadlikud lapse puudest, ei oleks nad last alles jättnud, mistõttu ei oleks nad pidanud kandma kulusid lapse kasvatamiseks. Nimetatud lähenemine räägib ülalpidamiskulude täieliku hüvitamise poolt.²³⁴

Võib teha järelduse, et puudega lapse sünni kaasustes lähevad kohtute seisukohad nõude põhjendatuse osas lahku ning ühtne seisukoht sellistes kaasustes deliktiõigusliku vastutuse kohaldamise võimalikkuse osas puudub.

Kohtuasjas *Flanagan v. Williams* esitasid hagejad nõude tervishoiuteenuse osutaja vastu tulenevalt tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu hagejatel sündinud lapsel raske puude diagnoosimata jätmisest. Kohus leidis, et tuleb jaatada hagejate nõude olemasolu ning eitada lapse nõude olemasolu tervishoiuteenuse osutaja vastu. Hooletuse tõttu ei diagnoosinud tervishoiuteenuse osutaja lapse puuet, samuti jättis tervishoiuteenuse osutaja täitmata teavitamiskohustuse, millega tervishoiuteenuse osutaja jättis hagejad ilma võimalusest otsustada raseduse katkestamise kasuks.²³⁵

Eestis on lubatud vastavalt RKSS § 6 lg 1 rasedust katkestada, kui see ei ole kestnud kauem kui 11 nädalat. Samas võimaldab RKSS § 6 lg 2 p 2 katkestada ka kauem kui 11 ning kuni 21 nädalat kestnud raseduse, kui sündival lapsel võib olla raske vaimne või kehaline tervisekahjustus. Võib vaielda selle sätte põhjendatuse üle eetilise aspektist, kuid puudega lapse sünni kaasustes pakub säte vastava nõude esitajatele tuge. Et seadus annab võimaluse katkestada ka kauem kui 11 nädalat kestnud raseduse juhul, kui sündiv laps võib olla

²³⁴ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 960.

²³⁵ Ameerika Ühendriikide Ohio osariigi apellatsioonikohtu 08.07.1993. a otsus kohtuasjas *Flanagan v. Williams*. No 92CA27. 87 Ohio App.3d 768 (1993). – Arvutivõrgus: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199385587OhioApp3d768_1748.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 (02.05.2012)

puudega, viitab see seadusandja tahtele võimaldada naisel teha otsustus raseduse katkestamise kasuks lapse tervislikust seisundist tulenevalt ajal, mil tavapärane raseduse katkestamise läbiviimine ei ole lubatud. Sellise võimaluse andmine tähendab naise valikuõigust potentsiaalselt raske tervisekahjustusega lapse kandmisel otsustada kas lapse sünnitamise või raseduse katkestamise kasuks.

Käesoleva töö autori arvates ei ole VÕS-i alusel ilmselt võimalik puudega lapse sünni kaasustes deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine. RKSS § 6 lg 2 p 2 tuletatavast valikuõigusest ilmajätmist võiks iseenesest pidada isiku määramisõiguse oma keha üle kui isikuõiguse rikkumiseks.²³⁶ Samas on vaieldav, kas sellist valikuõigust on üldse võimalik kaitsta.

Samuti ei saa lapsevanematel olla seadusega kaitstud õigust saada terve laps, mistõttu ei saa puudega lapse sündimist käsitleda ei kehavigastusena või tervisekahjustusena, sest tervishoiuteenuse osutaja ei ole põhjustanud lapse puuet. Kuna tervishoiuteenuse osutaja ei sekku patsiendi kehasse, siis puudega lapse sündimise kaasuses tehtud diagnoosiveale VÕS alusel ilmselt deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine võimalik ei ole.

Kui käsitleda puudega lapse sünni puhul tervishoiuteenuse osutaja eksimusest diagnoosiviga, võib sellele järgneda tervishoiuteenuse osutaja lepinguline vastutus vastavalt VÕS § 770 lg-le 1.

4.3. Soovimatu elu

Soovimatu elu (ingl k *wrongful life*) kaasustes on nõude esitajaks puudega laps, kes heidab tema ema raseduse ajal või enne rasedust läbi vaadanud tervishoiuteenuse osutajale ette seda, et kui tervishoiuteenuse osutaja ei oleks olnud hooletu, poleks laps sündinud ega poleks pidanud kannatama oma tervisliku seisundi tõttu.²³⁷ Nagu ka puudega lapse sünni kaasuses seisneb soovimatu elu kaasuses etteheide tervishoiuteenuse osutajale selles, et ta ei teavitanud vanemaid lapse tervislikust seisundist ja nii jättis nad ilma võimalusest otsustada abordi

²³⁶ P. Schlechtriem. *op. cit.*, lk 253.

²³⁷ K. Wevers. *op. cit.*, lk 262.

kasuks. Soovimatu elu kaasustest tuleb eristada neid kaasusi, kus lapse tervisekahjustus tekib tervishoiuteenuse osutaja süül.²³⁸

Saksamaa Ülemkohus menetles kaasust, milles kostja arst jättis diagnoosimata lapse ema haiguse ning laps (hageja) sündis raske puudega. Kui hageja ema oleks teadnud haigusest ja riskist lootele, oleks hageja ema teinud aborti. Saksamaa Ülemkohus leidis, et nõue on põhjendamatu, sest kostja ei põhjustanud hagejale rasket puuet. Puudub kohustus hoida ära puudega lapse sündi, sest ei ole olemas õigust mitte sündida.²³⁹

PETL-i alusel puudub alus soovimatu elu kaasuses nõude esitamiseks, kuna PETL ei käsitle sündimist õiguslikult kaitstava hüvena (vt art 2:101). Nagu eelnevalt öeldud (vt p 3.1.), ei ole ka DCFR käsitletud sünnieelseid delikte tervise kahjustamise ja sellest tingitud kahjuna. Seetõttu ei tulene ka DCFR-ist alust soovimatu elu kaasuses nõude esitamiseks.

Üldiselt Euroopas ei kuulu sellised nõuded rahuldamisele. Lootel puudub õigus otsustada aborti kasuks, see puudutab tema ema enesemääramise õigust, mitte aga loote oma. Samuti ei ole kellegi õigust nõuda enda „mittesündimist“ või õigust nõuda enda elu lõpetamist.²⁴⁰ Kui, siis saaks kahju hüvitada selles osas, mis puudutab lapse tervislikku seisundit pärast sündi.²⁴¹

Ka Ameerika Ühendriikide kohtud jätavad üldiselt soovimatu elu kaasuses nõuded rahuldamata. Esiteks ei pea kohtud õigeks lugeda, et lapsele on tekitatud tervisekahjustus, millest tulenevalt peaks kahju hüvitama. Ainus alternatiiv lapse jaoks on üldse mittedündimine, sest sündides on temal puude olemasolu paratamatu. Kohtuasjas *Becker v. Schwartz*²⁴², ühes enim tsiteeritud otsuses soovimatu elu kaasustest, väljendas kohus seisukohta, et kohtul puudub pädevus otsustamaks, kas on parem üldse mitte sündida või sündida puudega. Teine põhjendus nõude rahuldamata jätmiseks tuleneb esimesest põhjendusest, sest *but-for* testi rakendamisel naastakse taas küsimuse juurde, kas mittedündimine on parem kui sündimine puudega: kostja hooletuse puudumisel ei oleks laps üldse sündinud.²⁴³ Need üksikud kohtud, mis selliseid nõudeid rahuldavad, mõistavad hageja kasuks välja ainult erakorralised kulutused seoses ravi ja õppimisega, mis tulenevad otseselt

²³⁸ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 958.

²³⁹ BGH 18.01.1983, BGHZ 86, 240, 248.

²⁴⁰ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 960.

²⁴¹ B. Winiger (eds.) 2011, *op. cit.*, lk 959.

²⁴² New York'i apellatsioonikohtu 27.12.1978. a otsus kohtuasjas *Becker v. Schwartz*. 386 N.E.2d 807, 813 (N.Y. 1978).

²⁴³ K. Wevers. *op. cit.*, lk 265.

lapse puudest.²⁴⁴ Olgu öeldud, et üheksa Ameerika Ühendriikide osariiki on seaduses sätestanud keelu soovimatu elu kaasuses nõude esitamiseks.²⁴⁵

Samas nagu ka puudega lapse sünni kaasuste puhul, on ka soovimatu elu kaasuste puhul mitmed õigusteadlased leidnud, et soovimatu elu kaasustes tuleb kohaldada tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikku vastutust tulenevalt puudega lapse sündimise kui delikti vastavusest hooletuse traditsionaalsele käsitlusele.²⁴⁶ Ameerika Ühendriikide nendes jurisdiktsioonides, kus on lubatavad soovimatu elu nõuded, vaatavad kohtud läbi sõrmede nendes kaasustes sisalduvatele filosoofilistele probleemidele ning seavad prioriteediks hoopis sündinud puudega lapse meditsiinilised vajadused. Samuti põhjendatakse nõuete lubatavust üldise püüdlusega hooletu tervishoiuteenuse osutamise ärahoidmiseks.²⁴⁷

Kohtuasjas *Procanik v. Cillo* esitas laps nõude tema emal haiguse diagnoosimata jätnud tervishoiuteenuse osutaja vastu, mille tõttu sündis hageja kaasasündinud haigusega. Hageja leidis, et haiguse diagnoosimata jätmisega jättis tervishoiuteenuse osutaja hageja vanemad ilma võimalusest otsustada raseduse katkestamise kasuks. Hageja nõudis valust ja kannatustest tuleneva kahju hüvitamist, samuti tekkinud kahju tulenevalt hageja vanemate piiratud võimest tegeleda hageja terviseprobleemidega ning kahju, mille toob kaasa hageja tervislik seisund. Kohus asus seisukohale, et põhjendatud on üksnes hageja erakorralised kulutused tervishoiule, mitte aga üldise kahju hüvitamine valu ja kannatuste eest.²⁴⁸

Eesti õiguse kontekstis deliktiõigusliku vastutuse kohaldamisel soovimatu elu kaasuses on esimeseks takistuseks kahjustatava õigushüve leidmine. Ehkki lapse tervis on kahjustunud, ei ole tervishoiuteenuse osutaja seda põhjustanud. Võib öelda, et lapse tervist on kahjustanud hoopis tema vanema(te) tervislik seisund, mis on tervishoiuteenuse osutaja hooletuse tõttu jäänud diagnoosimata. Ülaltoodust tulenevalt tuleks asuda seisukohale, et deliktiõiguslik vastutus VÕS-i alusel ilmselt selle kaasustegrupi puhul kõne alla ei tule.²⁴⁹

²⁴⁴ K. Wevers. *op. cit.*, lk 266.

²⁴⁵ F. Sohn, Products Liability and the Fertility Industry: Overcoming Some Problems in „Wrongful Life“. lk 156. – Cornell International Law Journal, Vol. 44, Issue 1 (Winter 2011).

²⁴⁶ W.F. Hensel. *op. cit.*, lk 143.

²⁴⁷ K. Wevers. *op. cit.*, lk 266.

²⁴⁸ New Jersey Ülemkohtu 01.08.1984. a otsus kohtuasjas *Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (1984). – Arvutivõrgus:

https://mywebspace.wisc.edu/rstreiffer/web/CourseFolders/BioandLawF99Folder/Readings/Procanik_v_Cillo.pdf (02.05.2012)

²⁴⁹ Tervishoiuteenuse osutaja lepinguline vastutus ei ole soovimatu elu kaasustes täielikult välistatud, kui tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud oma lepingulist kohustust (nt teinud diagnoosivea). Lepingulise kohustuse rikkumisest tuleneva nõude maksmapanek peaks sõltuma eelkõige rikutud kohustuse kaitse-eesmärgist ning sellest, kas laps saab kohustuse rikkumisele tugineda (A. Nömper, J. Sootak, *op. cit.*, lk 156).

Kokkuvõte

Tervishoiuteenus on tervishoiuteenuse osutaja tegevus, mis hõlmab lisaks raviprotseduurile kui sellisele ka paljusid teisi tervishoiuteenuse osutaja tegevusi alates patsiendi pöördumisest tervishoiuteenuse saamiseks. Tervishoiuteenuse osutamisenä tuleb käsitleda kõike alates ravimisele eelnevast nõustamisest ja teavitamisest kuni taastusravini (VÕS § 758 lg 1). Seetõttu saab ka tervishoiuteenuse osutamisel tehtavate vigadena käsitleda paljusid tervishoiuteenuse osutaja eksimusi. Kuid tervishoiuteenuse osutaja eksimus, mis võib kujutada endast lepingulise kohustuse rikkumist, ei kujuta endast automaatselt delikti.

Käesoleva töö autor püstitas eesmärgi pakkuda deliktiõiguse üldiste põhimõtete, mis on kirja pandud Euroopa Liidu tasandil tuginedes riikide deliktiõiguse võrdlusele, samuti Saksamaa ja Ameerika Ühendriikide kogemuse varal argumenteeritud lahendusi tervishoiuteenuse osutaja deliktiõigusliku vastutusega seonduvatele probleemidele Eestis. Nimetatud eesmärgi saavutamiseks püstitas autor hüpoteesi, mille kohaselt ei too tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse rikkumine automaatselt kaasa deliktiõiguslikku vastutust.

Autor jõudis järeldusele, et tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse rikkumine ei pruugi kujutada endast delikti. Samuti ei tähenda lepingulise vastutuse eelduste täitmine seda, et täidetud on ka deliktilise vastutuse eeldused.

Tervishoiuteenuse osutaja mõiste määratlemisel lähtus autor VÕS regulatsioonist, mille kohaselt on tervishoiuteenuse osutajaks isik, kes teisele isikule (patsiendile) osutab oma kutsetegevuses tervishoiuteenust (VÕS § 758 lg 1). Tervishoiuteenuse osutajana on võimalik käsitleda juriidilist isikut (nt äriühingud, samuti Eesti Vabariik) ja füüsilist isikut (nt tervishoiuteenust osutav füüsilisest isikust ettevõtja). Arst, hambaarst, iseseisvalt tervishoiuteenust osutavat õde või ämmaemand on tervishoiuteenuse osutamisel osalevad isikud, kes vastutavad tervishoiuteenuse osutamise lepingu täitmise eest tervishoiuteenuse osutaja kõrval ka isiklikult (VÕS § 758 lg 2). Sellest on autor järeldanud, et tervishoiuteenuse osutaja ja patsiendi vahel sõlmitud tervishoiuteenuse osutamise lepingust tulenevad kohustused ka tervishoiutöötajale, kes nende kohustuste rikkumise korral vastutab ka isiklikult. Tervishoiutöötaja vastutus VÕS § 758 lg 2 alusel ei välista tema vastu deliktiõiguslikul alusel esitatavat nõuet, kuid sellist nõuet tuleb pidada pigem erandlikuks.

Tervishoiuteenuse osutaja vastutab teda abistavate isikute eest (VÕS § 770 lg 2, TsÜS § 132 lg 1). See tähendab, et kui tervishoiutöötaja tegevus seondub tervishoiuteenuse osutamise lepingust tuleneva kohustuse täitmisega patsiendi ees, omistatakse tervishoiutöötaja tegevus tervishoiuteenuse osutajale.

Kuna tervishoiuteenuse osutaja eksimus võib olla üheaegselt nii lepingulise kohustuse rikkumine kui ka delikt, tekib tervishoiuteenuse osutaja vastutuse puhul lepinguliste ja deliktiõiguslike nõuete konkurents. Kuna leping on eelduslikult spetsiifilisem ning kaitseb poolte õigusi paremini kui üldised deliktiõiguslikud sätted, tuleks poolte vahel lepingulise suhte olemasolu korral lepingu rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõue esitada lepingulisel alusel. VÕS § 1044 lg 2 võimaldab lepingu olemasolul esitada nõue ka deliktiõiguslikul alusel, kuid selleks tuleb esmalt tuvastada rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärk. Deliktiõiguse ja lepinguõiguse konkurentsi on autor analüüsinud teavitamiskohustuse rikkumisele järgneva vastutuse näitel. Teavitamiskohustuse kui sellise rikkumise korral on deliktiõiguslik vastutus harv, sest sellise kohustuse rikkumine ei too kaasa patsiendi surma või temale tervisekahjustuse põhjustamise. VÕS § 1044 lg 2 alusel on kahju hüvitamise nõue deliktiõiguslikul alusel juhul, kui selline nõue on tulenevalt kohustuse kaitse-eesmärgist välistatud lepingulisel alusel (nt kui teavitamiskohustuse rikkumisega põhjustatakse patsiendi surm või tervisekahjustus). Seega kui nt patsient nõustub puuduliku teavitamise tõttu protseduuriga, millest ta olemasoleva riski tõttu oleks keeldunud ning risk realiseerub, ei saaks tervisekahjustusest tuleneva kahju hüvitamist nõuda lepingulisel alusel, küll aga on võimalik vastavalt VÕS § 1044 lg-le 2 deliktiõiguslik nõue.

Kuna tervishoiuteenuse osutamine on seotud kvaliteedinõuetega nii Eestis, Saksamaal kui ka Ameerika Ühendriikides, tuleb raviveana käsitleda arstiteaduse üldisest tasemest madalamal tasemel tervishoiuteenuse osutamist. Tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmiseks tuleb võtta aluseks arstiteaduse üldine tase, mistõttu ei pruugi pelgalt patsiendi tervisliku seisundi halvenemisel olla tegemist tervishoiuteenuse osutaja eksimusega. Teisalt tuleb rõhutada, et ravivea tegemisega ei kaasne tervishoiuteenuse osutaja vastutust, kui vea tõttu ei teki patsiendil kahju. Kui tervishoiuteenuse osutaja teeb ravivea, mille tagajärjel tekib patsiendil tervisekahjustus või kehavigastus või põhjustatakse patsiendi surm, ei saa autori arvates olla kahtlust selles, et patsiendil on tulenevalt VÕS § 1044 lg-st 3 võimalik valida lepinguõigusliku ja deliktiõigusliku nõude esitamise vahel.

Raviveast hoopis keerulisem on diagnoosiveale järgneva deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemine. Autor peab vaieldavaks, kas diagnoosiveale saab üleüldse järgneda deliktiõiguslik vastutus. Valediagnoosi andmine, kui sellega ei kaasne patsiendi tervist kahjustavaid tagajärgi, ei ole ilmselt käsitletav deliktina ning deliktiõiguslikku vastutust sellele ei järgne. Kui käsitleda diagnoosiviga kui haiguse diagnoosimata jätmist tegevusetusdeliktina, siis võib see kaasa tuua vastutusele võetavate isikute laia ringi, st vastutusele tuleks võtta kõik tervishoiuteenuse osutajad, kelle poole on patsient diagnoosi saamiseks pöördunud ning kellel ei ole õnnestunud patsiendile diagnoos anda. Järelikult tuleb hinnata, kas kahju tekitaja oli lepinguväliselt kohustatud tegutsema selleks, et kahju ei tekiks. Patsiendil võib olla aga keeruline leida VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes õigusnormi, mida tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud ning on vaieldav, kas selliseks kohustusteks saaks olla üldine käibekohustus. Kui aga käsitleda diagnoosiviga tegevusdeliktina, st tervishoiuteenuse osutaja aktiivse käitumisena (nt valediagnoosi alusel annab tervishoiuteenuse osutaja patsiendile ravimeid, mis tekitavad temale tervisekahjustuse või põhjustavad patsiendi surma), võib jaatada deliktiõiguslikku vastutust, kui diagnoosivea tagajärjeks on patseindi surm või tervisekahjustus. Ehkki on autori arvates jällegi vaieldav, kas õigusvastasuse tuvastamiseks piisab üksnes tuginemisest § 1045 lg 1 p-le 1 või 2 või on lisaks tervis leida mingi kohustus, mida tervishoiuteenuse osutaja on rikkunud. Ei ole aga välistatud, et selliseks kohustuseks võib olla ka tervishoiuteenuse osutaja üldine käibekohustus.

Dokumenteerimiskohustuse või saladuse hoidmise kohustuse rikkumise puhul on autori arvates kaheldav deliktiõiguslikult kaitstava hüve kahjustamise võimalikkus. Nimetatud kohustused on tervishoiuteenuse osutaja lepingulised kohustused, mitte aga seaduses sätestatud kaitsekohustused, mille rikkumise tagajärjel võiks patsiendile tekkinud kahju olla õigusvastane (VÕS § 1045 lg 1 p 7, § 1045 lg 3). Sellest tulenevalt on autor järeldanud, et nimetatud kohustuste rikkumisele deliktiõiguslikku vastutust reeglina ei järgne. Organisatoorsete vigade puhul, nt haiglanakkuse tagajärjel patsiendile tekkiva tervisekahjustuse korral võiks aga autori arvates jaatada nii lepingulist (VÕS § 770 lg 1) kui deliktiõiguslikku vastutust (VÕS § 1044 lg 3), sest haiglanakkuste ärahoidmise kui tervishoiuteenuse osutaja kohustuse kaitse-eesmärgiks on patsiendil tervisekahjustuse või tema surma põhjustamise ärahoidmine.

Autor on jõudnud järeldusele, et lepinguõigusel ja deliktiõigusel on tervishoiuteenuse osutaja vastutuse puhul võimalik leida ühiseid jooni ja võiks isegi öelda, et teatud juhtudel võib olla võimalik lepinguõiguslike sätete kohaldamine deliktiõigusele. Selliseks väiteks loob aluse

õiguskirjanduses väljendatud seisukoht, et VÕS §-s 766 sätestatud teavitatud nõusolek on ka nõusolek õigusvastasust välistavaks asjaoluks VÕS § 1045 lg 2 p 2 mõttes ning nõusolekule deliktiõiguslikus mõttes tuleb kohaldada VÕS §-s 766 sätestatud nõudeid. Samuti sätestab VÕS § 770 lg 4 tõendamiskoormise ümberpööramise, mis on küll lepinguõiguslik säte, kuid ka siinkohal saab rääkida tervishoiuteenuse osutaja lepingulist vastutust reguleerivate sätete võimalikust kohaldamisest deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel. Riigikohus on põhjendanud, et juhul, kui isiku surma põhjusteks on alternatiivselt kas hagejale kehavigastuse tekitamine kostja poolt või asjaolu, mis ei ole seotud kostja, ei saa hea usu põhimõttest lähtudes panna hagejale kohustust tõendada, et kahju põhjuseks polnud kostja tegevusega mitteseotud asjaolu. Sellest seisukohast on autor järeldanud, et tegemist on üldise (nii lepinguõiguses kui deliktiõiguses) kohaldatava põhimõttega, mille kohaselt tuleks tervisekahjustuse tekitamisel või surma põhjustamisel alternatiivse põhjuslikkuse korral pöörata tõendamiskoormis ümber. Kuna tervishoiuteenuse osutamise puhul sisaldub selline põhimõte VÕS § 770 lg-s 4, oleks iseenesest võimalik kohaldada ka nimetatud sätet ka deliktiõiguses, ehkki VÕS § 770 lg 4 kohaldamine ning Riikohtu poolt sõnastatud üldpõhimõtte kohaldamine ilmselt ei viiks erinevate tulemusteni. Veel üheks ühiseks jooneks tervishoiuteenuse osutaja lepingulisel ja deliktiõiguslikul vastutusel on hoolsusstandard. Deliktilise vastutuse kindlakstegemisel tuleks lähtuda nn „kutsealase hooletuse“ mõistest, mis iseenesest ühtib VÕS §-s 762 sätestatud nõudega osutada tervishoiuteenust tervishoiuteenuse osutajalt tavaliselt oodatava hoolega. On oluline asjaolu, et Riigikohtu hinnangul tuli arsti hoolsuse hindamisel võtta standardina aluseks vastava eriala haritud ja kogenud arst, mitte aga tavaline mõistlik inimene ja tavaliselt käibes nõutav hoolsuskohustus (VÕS § 104 lg 3).

Eelpool toodud näidetest tulenevalt saab autori arvates järeldada, et tervishoiuteenuse eriregulatsioonist tulenevalt võivad lepinguõiguse sätted olla kohaldatavad deliktiõigusliku vastutuse kindlakstegemisel, mis iseenesest ei viiks küll erinevale tulemusele võrreldes deliktiõiguslike sätete ja põhimõtete kohaldamisega. Kas ja kui, siis millisel määral võiksid lepinguõiguse sätted olla kohaldatavad deliktiõiguses, tuleb ilmselt selgitada kohtupraktikas.

Tervishoiuteenuse osutamisel puutub patsient kokku erinevate riskidega, mis tulenevad nii tema enda tervislikust seisundist kui ka tervishoiuteenuse osutaja tegevusest, mistõttu on patsiendil tervisekahjustuse tekitamise või tema surma põhjustamise korral oluline hinnata, mis on tekkinud kahju põhjuseks. Põhjusliku seose kindlakstegemisel on võimalik kokku puutuda erinevate põhjuslikkuse liikidega. Et tervishoiuteenuse osutamisel osaleb tihti mitu isikut, on kahju tekitamisel tavapärane nende solidaarne vastutus. Samuti tekib

solidaarvastutus seetõttu, et alati kui vastutab tervishoiutöötaja, vastutab ka tervishoiuteenuse osutaja. Solidaarse vastutuse korral on patsiendil võimalik nõuda kohustuse täitmist (nt kahju hüvitamist) solidaarvõlgnikelt ühiselt, igäühelt või mõnelt neist (VÕS § 65 lg 1) ning vastutuse ulatuse saavad solidaarvõlgnikud selgitada nende sisesuhtes vastavalt nende „panusele“ tekkinud kahjusse (VÕS § 137 lg 2).

Kui kahju ühise põhjustamise korral on põhjendatud solidaarne vastutus, siis ülevõtva põhjuslikkuse korral oleks ühise vastutuse kohaldamine autori arvates ebamõistlik. Tervishoiuteenuse osutaja ei peaks vastutama juba tekkinud kahju eest, mis võib olla nt patsiendil juba olemasolev tervisekahjustus, mis tuleneb temast endast (nt õnnetusjuhtum) või ka mõne teise tervishoiuteenuse osutaja tegevusest (nt eelmise tervishoiuteenuse osutaja ebaõnnestunud raviprotseduur). Kui tervishoiuteenuse osutaja suurendab juba olemasolevat kahju, siis peaks ta vastutama ainult kahju suurendamise eest, mitte aga „aluseks olnud kahju“ (esimese teo tagajärje) eest.

Alternatiivse põhjuslikkuse korral on autori arvates iseenesest põhjendatud patsiendi tõendamiskoormise kergendamine diagnoosi- või ravivea korral, sest võrreldes tervishoiuteenuse osutajaga on patsient nendevahelises suhtes nii ressursi kui ka olemasoleva teabe valdamise seisukohast kindlasti nõrgemal positsioonil. Samas ei poolda käesoleva töö autor absoluutset „kõik või mitte midagi“ põhimõtet, mis on levinud mitmetes Euroopa riikides põhjusliku seose kindlakstegemisel (st kohtud ei rahulda nõuet, kui kannatanu ei tõenda põhjuslikku seost). Ehkki tulenevalt VÕS § 770 lg 4 ja Riigikohtu sõnastatud üldpõhimõtte kohaselt tuleb patsiendile tervisekahjustuse tekkimisel või tema surma põhjustamisel eeldada, et nende põhjustajaks on tervishoiuteenuse osutaja, isegi kui tervisekahjustuse või surma põhjuseks oli ka mõni alternatiivne põhjus või asjaolu, jätab see tervishoiuteenuse osutajale võimaluse tõendada, et tegelikult oli tekkinud kahjul ka teine (teised) põhjus(ed). Seetõttu võib tekkida olukord, kus põhjuslik seos patsiendile tekkinud kahju ja tervishoiuteenuse osutaja tegevuse vahel on vaid tõenäosuslik. Autori arvates oleks ebaõiglane jätta patsient ilma igasugusest võimalusest kahju hüvitamiseks juhul, kui põhjusliku seose tõenäosus on olemas. Seetõttu võiks tervisekahjustuse tekkimisel ka Eestis nõuda alternatiivselt kahju hüvitamisega hüvitist parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest (nn *loss of chance*) või proportsionaalse vastutuse kohaldamist.

Kui kahju tekitamise tõenäosus on tõendatud, kuid puudub kindel põhjuslik seos, oleks autori arvates ühest küljest ebaõiglane välja mõista kogu kahju tuginedes ebakindlale põhjuslikule

seosele ning teisest küljest oleks ebaõiglane jätta kahju üldse väljamõistmata. Autor leiab, et isik peab vastutama ainult selle kahju eest, mille tema on tekitanud, mitte aga sellise kahju eest, mis võib olla või on põhjustatud muude sündmuste tõttu. Kahju tekitamise tõenäosusega ja vastutuse ulatusega arvestavad hüvitise parema ravitulemuse saamise võimaluse kaotamise eest ja ka proportsionaalse vastutuse põhimõte. Autori arvates tuleks nimetatud põhimõtete kohaldamise võimalikkust igakordselt hinnata vastavalt kaasuse asjaoludele.

Sünnieelsete deliktide puhul puudub riikides ühtne seisukoht tervishoiuteenuse osutaja vastutuse osas. Eestis võiks tulla kõne alla tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus soovimatu raseduse eest, kui tervishoiuteenuse osutaja ravivea tõttu on ebaõnnestunud raseduse katkestamise või steriliseerimise protseduur. Ei ole välistatud, et patsiendi kehalise heaolu halvendamise tõttu saaks soovimatut rasedust käsitleda tervisekahjustusena, mis oleks õigusvastane vastavalt VÕS § 1045 lg 1 p-le 2. Õigusvastasust ei välistaks ka patsiendi nõusolek vastavalt VÕS § 1045 lg 2 p-le 2, sest ta ei andnud nõusolekut mitte raseduse jätkumiseks, vaid nõustus ja soovis raseduse katkestamist. Tervishoiuteenuse osutaja süüd tuleb eeldada. Samuti võib deliktiõiguslik vastutus tulla kõne alla juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja on küll viinud raseduse katkestamise protseduuri läbi vastavalt arstiteaduse üldisele tasemele, kuid ei ole täitnud nõuetekohaselt teavitamiskohustust, millega on jätnud patsiendi ilma nt temale vajalikust korduvast raseduse katkestamise protseduurist. Lisaks võib teavitamiskohustuse rikkumine viia soovimatu raseduse kui tervisekahjustuseni juhul, kui tervishoiuteenuse osutaja ei teavita patsienti rasestumisvastase vahendiga seonduvatest riskidest.

Puudega lapse sünni või soovimatu elu kaasuste korral on deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine vaieldav. RKSS § 6 lg 2 p-s 2 on sätestatud võimalus teha otsustus raseduse katkestamise kasuks lapse tervislikust seisundist tulenevalt ajal, mil tavapärane raseduse katkestamise läbiviimine ei ole lubatud. Sellest on autori arvates võimalik tuletada naise valikuõigust potentsiaalselt raske tervisekahjustusega lapse kandmisel otsustada kas lapse sünnitamise või raseduse katkestamise kasuks. Kui tervishoiuteenuse osutaja jätab diagnoosimata, et sündiv laps võib olla puudega, jätabki ta patsiendi ilma valikuõigusest loobuda puudega lapse sünnitamisest. Samas on autori arvates vaieldav, kas sellist valikuõigust on üldse võimalik kaitsta. Kuna tervishoiuteenuse osutaja ei sekku puudega lapse sünni korral otseselt patsiendi kehasse, siis VÕS-i alusel ei saa tervishoiuteenuse osutajat sellist kaasuste puhul üldjuhul deliktiõiguslikule vastutusele võtta. Samuti ei saa lapsevanematel olla seadusega kaitstud õigust saada terve laps, mistõttu ei saa puudega lapse sündimist käsitleda ei kehavigastusena või tervisekahjustusena, sest tervishoiuteenuse osutaja

ei ole põhjustanud lapse puuet. Kuna tervishoiuteenuse osutaja ei sekku patsiendi kehasse, siis puudega lapse sündimise kaasuses tehtud diagnoosiveale VÕS alusel ilmselt deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine võimalik ei ole.

Ka soovimatu elu kaasustes on Eesti õiguse kontekstis deliktiõigusliku vastutuse kohaldamisel esimeseks takistuseks kahjustatava õigushüve leidmine. Ehkki lapse tervist on kahjustatud, ei ole seda põhjustanud tervishoiuteenuse osutaja. Seetõttu autor nn soovimatu elu kaasustes tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslikku vastutust ei toeta.

Et sünnieelsete deliktide kaasustes on võimalik deliktiõiguse kohaldamiseks leida nii poolt- kui vastuargumente, on keeruline rääkida ainuõigest suunast selliste kaasuste lahendamisel. Seisukoht deliktiõigusliku vastutuse kohaldamise võimalikkusest sünnieelsete deliktide kaasustes tuleb iga riigi puhul jätta kohtupraktika kujundada.

The Health Care Provider's Delictual Liability

Summary

Health care services are always highly demanded in the society, regardless of the trend for healthy lifestyle and the human effort to stay healthy. Due to the rapid growth of information in the information society, people are increasingly aware of their rights and set higher expectations for health care services.

After the regulation of the contract for provision of health care services in Estonian Law of Obligations Act (LOA) the health care provider's contractual liability has been discussed in legal literature. The legislator has presumed that the parties' contractual relationship is of more specific nature and therefore enables to take the current situation into account in a better way than general regulation of delictual liability, which can be applied to all persons in general. This choice of topic is motivated by the fact that health care providers' delictual liability and the related problems have been unjustly overlooked. There is also a lack of court practice concerning medical malpractice in Estonia, so that matters concerning health care provider's delictual liability have not been disserted sufficiently. Due to high demand for health care and people's increased awareness of their rights, the growing number of cases reaching the courts can be expected, which will give the courts the opportunity to interpret the law.

The provision of health care services includes different activities performed by health care provider. Everything from consultation and informing patient about his/her state of health up to post-treatment rehabilitation can be regarded as provision of health care service (LOA § 758 (1)). This means that many defectively performed activities may constitute a medical error, which could be regarded as a breach of the contract for provision of health care services. However, a breach of contract *per se* is not a delict and a medical mistake which brings along contractual liability does not necessarily bring along delictual liability.

The goal of this work is to suggest reasoned solutions to different problems concerning the health care provider's delictual liability in Estonia on the basis of a comparison of tort law principles in Europe, as well as Germany's and the United States of America's experience. To reach this goal, the author set the hypothesis according to which the breach of contract for provision of health care services does not automatically lead to delictual liability.

The author concludes that the breach of contract for provision of health care services does not necessarily constitute a delict. Nor does the existence of prerequisites for contractual liability mean that the same are met for delictual liability.

According to LOA § 758 (1), the health care provider is a person who provides health services. The health care provider could be a legal entity (e.g. companies, as well as the Republic of Estonia) and physical entities (e.g. self-employed person providing the health care). Doctor, dentist, nurse or midwife independently providing health care services are persons, who participate in the provision of health care services and are personally liable for the performance of a contract for the provision of health care services (LOA § 758 (2)). From this the author has concluded that even if the health care worker is not a party of the contract for the provision of health care services, the health care worker has the duties deriving from that contract. Also, the health care worker's liability under LOA § 758 (2) does not exclude his/her delictual liability, but the health care worker's delictual liability should be regarded as rather exceptional.

Providers of health care services shall also be liable for the activities of persons assisting them (LOA § 770 (2), General Part of the Civil Code Act § 132 (1)). If the health care worker's activities are related to providing health care services to meet the obligation under the contract in front of the patient, then health care worker's activity is attributed to the health care provider.

As the health care provider's error may be the breach of a contractual obligation as well as delict, there is a competition in respect to contractual and delictual claims. Since the contract is more specific and is expected to protect the rights of the parties in a better way than the general provisions of delictual liability, then in case of existence of contract the claim for damages should be presented on a contractual basis. However, LOA § 1044 (2) allows to file a claim in the presence of contract also on the basis of delictual liability, if the objective of the violated contractual obligation was other than to prevent the damage for which compensation is claimed. As an example of competition of contractual and delictual liability, the author analyzed the possible liability following breach of the duty to inform patient and obtain his or her consent. By the implementation of this duty the patient's right to make a decision is protected. As the delictually protected rights are not protected by the implementation of this duty, the delictual liability for breach of this duty should probably be denied on the basis of LOA § 1044 (2). At the same time LOA § 1044 (2) allows a delictual claim if the claim is

denied on the contractual basis due to the duty's objective. For example, if as a result of the lack of information the patient agrees to the procedure, which he/she would otherwise have refused, knowing about the possible risks, and the risk materializes as an injury to the patient, then the patient would not be allowed to file a claim on the basis of contract, because the implementation of duty to inform does not protect the patient's health or life. In this case, the claim is possible in accordance with LOA § 1044 (2).

As the health care services are related to quality standards in Estonia, Germany and the United States, the deviation from that standard shall be treated as medical error. The general level of medical science should be taken as a basis while evaluating the quality of the health care service. So the deterioration in the patient's health does not mean that the health care provider has made an error. On the other hand it should be emphasized that even if the health care provider has made an error, but it has not resulted in damage to the patient's health, the patient's claims should be denied. But if the health care provider makes an error, which results in an injury or the patient's death, the delictual liability should follow according to LOA § 1044 (3). In this case, there is no doubt that the patient's delictually protected interest has been violated, namely life or health.

In the case of misdiagnosis the establishment of delictual liability is more complicated. It is debatable whether misdiagnosis should be followed by health care provider's delictual liability. Obviously, misdiagnosis does not constitute a delict, if no harm is caused to the patient, so the delictual liability must be denied. If the harm has occurred, then as an option, if the harm to the patient is caused by misdiagnosis, the misdiagnosis could be regarded as a delict committed by passive behaviour. It will result in a wide range of possible tortfeasors, i.e. all the health care providers, who the patient has contacted to obtain the diagnosis and who failed in diagnosing the patient's disease, should be liable. It is therefore necessary to assess whether the tortfeasor was under contract obligation to act in order to avoid damage. However, the patients may have difficulties in finding a duty arising from the law (LOA § 1045 (1) p 7) which the health care provider has breached and it is debatable whether this could be a general duty of care. As another option, if the misdiagnosis could be regarded as a delict committed by active behaviour (e.g. on the basis of wrong diagnosis the health care provider prescribes the drugs, which cause an injury or death to the patient), the delictual liability could follow. Although, again, it is debatable whether it is sufficient to establish the unlawfulness under LOA § 1045 (1) p 1 or 2, or there should additionally the violation of duty

deriving from the law. In such case, it is possible that such obligation may also be the health care provider's general duty of care.

In case of breach of duty to maintain confidentiality or duty to document, the author considers doubtful the violation of delictually protected interest. These obligations are contractual obligations of the health care provider and not the statutory duty (LOA § 1045 (1) p 7, § 1045 (3)). Consequently, the author has concluded that a breach of those obligations is not generally followed by delictual liability. Organizational mistakes, such as hospital infection and the injury resulting to the patient could, however, in the author's opinion, be followed by both contractual liability (LOA § 770 (1)) and delictual liability (LOA § 1044 (3)), because the objective of the prevention of the hospital infection is to prevent the injury or death of the patient.

It is possible to find common threads between the health care provider's contractual and delictual liability. It could even be said that in some cases the contractual provisions could be applied in establishing delictual liability. For example, it has been said in the legal literature that the patient's informed consent (LOA § 766) is also a consent, which excludes the unlawfulness under LOA § 1045 (2) p 2. Also, LOA § 770 (4) regulates the reversal of burden of proof, which is contractual regulation, but could also be applied to establishment delictual liability. The Supreme Court of Estonia has reasoned that if the injury or death could have been caused alternatively by tortfeasor or by a circumstance that is not related to the tortfeasor, it is against the good faith to impose an obligation on tortfeasor to prove that a circumstance not related to him/her was not the reason of the injury. From this the author has concluded that this is a general principle, which could be applied to both contractual and delictual claim. As for health care provider's contractual liability, such a principle is contained in LOA § 770 (4) and it could be possible to apply it to delictual liability. Still, the latter and the application of general principle formulated by the Supreme Court would probably not lead to different results. Another common thread between the health care provider's contractual and delictual liability is the standard of care. In case of delictual liability, the professional standard of care should applied and the same is enacted in case of contractual liability (LOA § 762). The professional standard of care is higher than the general standard of care of a prudent person (LOA § 104 (3)).

From the examples given above it can be concluded that the specific rules of health care provider's contractual liability could be applicable to establishment of the delictual liability,

but it would not lead to different results than when applying general principles of delictual liability. Whether and to what extent the provisions of contract law could be applied in the law of delicts, should be probably explained in court practice.

During provision of health care service the patient can be exposed to different risks arising from his/her own state of health and from the activity of a health care provider. It is important to establish, which event or circumstance caused the damage. There can be different types of causation. Usually several people take part in the provision of health care so if damage is caused, they are often jointly and severally liable, i.e. they are solidary obligors. In such case the patient may require performance of the obligation from all the obligors collectively, from any one obligor or from some of the obligors separately (LOA § 65 (1)). There is joint and several liability also in case of health care worker's liability, because when he/she is liable, the health care provider is also responsible for the damage. The scope of liability of any of the obligors will be evaluated in their inner relationship in accordance with their contribution to the injury (LOA § 137 (2)).

If in case of damage by several tortfeasors the joint and several liability is reasoned, then in case of overtaking causation the application of the joint and several liability is unwise. The health care provider should not be liable for already existing damage, which could be related to the patient's state of health or to the previous procedure by other health care provider. If a health care provider increases the existing damage, he/she should be liable to the extent that the damage increased and should not be liable for the consequences of the first act which gave rise to the injury.

In the author's opinion, in case of alternative causation the reversal of burden of proof is reasoned, because in comparison to the patient, the health care provider has the prevalence both in knowledge and resource. The author is not in favour of the principle of „all or nothing“, which is common in several European countries for the establishment of the causation (i.e. the courts do not satisfy the claim if the victim does not prove the causal link). Even though in case of alternative causation according to LOA § 770 (4) and the general principle expressed by Supreme Court the burden of proof is reversed, it leaves the health care provider the possibility to prove, that the damage had occurred to other reasons than health care provider's activity. This can result in situation where the causation is only probable. The author believes that it would be unfair to leave the patient without any possibility of compensation of damage, if there is a probability of causation. Therefore, it could be made

possible in Estonia to issue a loss of chance of a better treatment claim or the application of proportionate liability. If the probability of causing injury is proved, but there is uncertainty about the causation, it would be unfair on the one hand to compensate the damages on the basis of this uncertain causal link, and on the other hand, it would be unfair to dismiss the claim. The author finds that the person should be responsible only for damage which he has caused, but not for the damage that may have caused by other events. The probability of causing damage and the scope of liability is considered by the claim of loss of chance of a better outcome and the application of proportional liability. The application of principles should be evaluated each time according to the circumstances of the case.

In case of prenatal torts there is no uniform standpoint among the countries concerning the possible liability. In Estonia the health care provider's delictual liability could arise in wrongful conception cases, if the abortion or sterilization procedure has failed due to medical error. It is not excluded that unwanted pregnancy could be regarded as an injury, which is unlawful under LOA § 1045 (1) p 2. Unlawfulness would not be excluded by consent, because the patient did not give consent to continuation of pregnancy, but to its abortion. The health care provider's fault should be presumed. Also the delictual liability could arise out of breach of duty to inform even if the procedure of abortion was carried out without a medical error. Due to breach of duty to inform the health care provider may have left the patient without the possibility to repeat the abortion. In addition, the breach of duty to inform may lead to unwanted pregnancy and therefore to injury, if the health care provider does not inform the patient of the risks related to contraceptive methods.

In case of wrongful birth or wrongful life the application of delictual liability is disputable. The Abortion and Sterilisation Act § 6 (2) 2 stipulates the possibility to make the decision to abort the pregnancy in case of possible severe health problems of a child at the time when normally the abortion is not permitted (i.e. after 11th week). In the author's opinion, a woman's right to choose an abortion if the child has potentially serious health problems, could be derived from the abovementioned provision. If the health care provider fails to diagnose the possible health problems of the child, the health care provider deprives the patient of the possibility to choose in favour of abortion. On the other hand it is disputable, whether such right to choose could be protected. The delictual liability could not be applied, because the health care provider does not intervene actively into the patient's body. Also, the parents cannot have the legally protected right to a healthy child, and therefore a disabled child cannot be regarded as an injury, because the health care provider has not caused the impairment. As

the health care provider does not intervene actively into the patient's body, the delictual liability for wrongful birth as a misdiagnosis should also be probably denied.

In case of wrongful life, the first obstacle to establish delictual liability under LOA is to find a violation of legally protected interest. Though the child has serious health problems, they were not caused by the health care provider. Therefore the author does not support the possibility to apply delictual liability in the cases of wrongful life.

In case of prenatal delicts, both for and against arguments can be found for application of delictual liability. The standpoint whether or whether not to allow delictual liability in case of wrongful conception, wrongful birth or wrongful life, should be left to be decided by the court practice.

Kasutatud kirjandus

1. **von Bar, C.** Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR. 14.08.2008. ERA 2008. – Arvutivõrgus: <http://www.springerlink.com/content/y54768t4rm032200/fulltext.pdf>
2. **von Bar, C.** Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.). Sellier. European law publishers GmbH, Munich, Study Group on a European Civil Code 2009.
3. **Barnes, B.A.** Negligence, Medical Malpractice, Vicarious Liability, or Patient Responsibility: Who Should Pay When a Patient Contracts MRSA From a Healthcare Facility? – Indiana Health Law Review, Vol. 7, Issue 2 (2010).
4. **Bieri, L., Marty, P.** The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System. – Journal of European Tort Law. 2011 Vol 2 No 1.
5. **Calnan, A.** The Fault(s) in Negligence Law. – Quinnipiac Law Review, Vol. 25, p. 695, 2007.
6. **Corveleyn, A. jt.** Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe. European Communities, 2007.
7. **Dobbs, D.B.** Torts and compensation. Personal accountability and social responsibility for injury. Second Edition. American Casebook Series. West Publishing Co, St, Paul, Minn., 1993.
8. **Dorfman, A.** What is the point of the tort remedy? – American Journal of Jurisprudence, Vol. 55, Issue 1 (2010).
9. **European Group on Tort Law.** Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Springer-Verlag/Wien 2005.
10. **van Gerven, W., Larouche, P., Lever, L.** Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Oxford, Hart Publishing, 2000, lk 428 4.G.19. – Arvutivõrgus: <http://www.casebooks.eu/documents/tortLaw/heading4.2.3.pdf>
11. **Hart, H.L.A., Honoré, T.** Causation in the law. Oxford University Press, 1985. - Arvutivõrgus: <http://books.google.ee/books?id=4BRiVCxE3OoC&printsec=frontcover&hl=en#PPA205,M1>
12. **Heiderhoff, B., Żmij, G.** Tort law in Poland, Germany and Europe. Sellier. European law publishers GmbH, Munich 2009.

13. **Hensel, W.F.** The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. – Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 40, 2005. – Arvutivõrgus: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/hensel.pdf
14. **Herring, J.** Medical law and ethics. Oxford University Press 2006.
15. **Infantino, M.** Making European Tort Law: the game and its players. – Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 18, Issue 1 (Winter 2010)
16. **Kohn, L.T. jt.** To err is human: building a safer health system. The National Academies Press 1999. – Arvutivõrgus: http://www.napedu/catalog.php?record_id=9728#toc
17. **Koziol, H. (ed.).** Unification of Tort law: Wrongfulness. Kluwer Law International 1998, The Hague, The Netherlands.
18. **Lahe, J.** Süü deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu 2005. – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/686/lahejanno.pdf?sequence=5>
19. **Luik, I.** Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXI. – Lege Artis 9/2004
20. **Luik, I.** Tervishoiuteenuse osutaja ja arsti vastutus. Tervishoiuteenuse osutamise leping XXII. – Lege Artis 11/2004.
21. **Markesinis, B.S.** VOLUME II. The Law of Torts: A Comparative Introduction. Clarendon Press. Oxford 1997.
22. **Markesinis, B.S., Unberath, H.** The German Law of Torts. A Comparative Treatise. 4th Ed. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2002
23. **Mason, J.K., McCall Smith, R.A.** Õigus ja meditsiinieetika. Juura. 1996.
24. **McHale, J.V., Tingle, J.** Law and Nursing. Second Edition. Elsevier Science Limited 2002, Edinburgh. – Arvutivõrgus: <http://books.google.com/books?id=79CKyGXkybQC&pg=PA40&dq=Loss+of+chance&lr=#PPA28,M1>
25. **Nõmper, A.** Open Consent – a New Form of Open Informed Consent for Population Genetic Databases. Doktoritöö. Budapest/Oxford/Tallinn 2005. – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/818/nomper.pdf?sequence=5>
26. **Nõmper, A., Sootak, J.** Meditsiiniõigus. Juura 2007.
27. **Oliphant, K.** Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes. – William Mitchell Law Review, Vol. 37, Issue 3 (2011).
28. **Schlechtriem, P.** Võlaõigus. Eriosa. Tallinn 2000.

29. **Sein, K.** Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö. Tartu Ülikoori Kirjastus 2007. – Arvutivõrgus: <http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/1813/seinkarin.pdf>
30. **Sohn, F.** Products Liability and the Fertility Industry: Overcoming Some Problems in „Wrongful Life“. – Cornell International Law Journal, Vol. 44, Issue 1 (Winter 2011).
31. **Spier, J (ed.).** Unification of Tort Law: Causation. Kluwer Law International 2000, The Hague, The Netherlands.
32. **Stauch, M.S.** Medical malpractice and compensation in Germany. – Chicago-Kent Law Review, Vol. 86, Issue 3 (2011).
33. **Zarick, A.L.** Damage deferred: determining when a cause of action begins to accrue for a cancer misdiagnosis claim. – University of Toledo Law Review, Vol. 41, Issue 2 (Winter 2010).
34. **Tampuu, T.** Lepinguväliste võlasuhete õigus. Juura 2007.
35. **Tibballs, J.** Loss of chance: a new development in medical negligence law. – The Medical Journal of Australia. 2007; 187 (4). – Arvutivõrgus: http://www.mja.com.au/public/issues/187_04_200807/tib10462_fm.html#0_pgfid-1091805
36. **Varul, P. jt (koost).** Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.
37. **Varul, P. jt (koost).** Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.
38. **Varul, P. jt (koost).** Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
39. **Wevers, K.** Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis. – Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, No 1 Fall 2010.
40. **Winiger, B. jt (eds.).** Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Cases on Natural Causation. Springer-Verlag/Wien 2007.
41. **Winiger, B. jt (eds.).** Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages. Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston 2011.
42. **Wright, R.W.** Liability for possible wrongs: causation, statistical probability, and the burden of proof. – Loyola of Los Angeles Law Review. 1295 (2008). – Arvutivõrgus: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss4/5>

Kasutatud normatiivaktid

43. Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 04.04.2012, 1.
44. Nakkushaiguste ennetamise ja tõrje seadus. – RT I 2003, 26, 160 ... RT I, 29.12.2011, 1.
45. Psühhiaatrilise abi seadus. – RT I 1997, 16, 260 ... RT I, 23.02.2011, 1.
46. Raseduse katkestamise ja steriliseerimise seadus. – RT I 1998, 107, 1766 ... RT I 2009, 60, 395.
47. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I 2001, 50, 284 ... RT I, 10.03.2011, 1.
48. Tervishoiuteenuste loetelu kehtestamine. SMm 10.01.2002 nr 13. – RT I 2001, 50, 284.
49. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 28.12.2011, 1.
50. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216. ... RT I, 06.12.2010, 1.
51. Tervishoiuteenuste kvaliteedi tagamise nõuded. SMm 15.12.2004 nr 128. – RT I 2001, 50, 284.
52. Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjoni töökord, tervishoiuteenuse kvaliteedile hinnangu andmise kord ja komisjoni moodustamine. SMm 16.05.2008 nr 27. – RTL 2008, 41, 575.
53. Töölepingu seadus. – RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 10.02.2012, 1.
54. Saksa tsiviilseadustik. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, BGB. Tõlge inglise keelde. – Arvutivõrgus: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html
55. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 08.07.2011, 6.

Kasutatud kohtupraktika

56. Harju Maakohtu 15.02.2010. a otsus kohtuasjas nr 2-09-15036.
57. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 13.10.2005. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-92-05.
58. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 29.06.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-1-1-46-06.
59. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 26.09.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-53-06.
60. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2006. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-78-06.
61. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 03.10.2007. a määrus kohtuasjas nr 3-2-1-83-07.
62. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.05.2007. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-57-07.
63. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 09.04.2008. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-19-08.

64. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 18.06.2008. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-45-08.
65. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 12.01.2009. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-127-08.
66. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 29.11.2010. a otsus kohtuasjas nr 3-1-1-79-10.
67. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 08.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-171-10.
68. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 20.04.2011. a otsus kohtuasjas nr 3-2-1-19-11.
69. BGH 14.03.1961, BGHZ 34, 355, 363.
70. BGH 11.06.1968, VI ZR 116/67 - VersR 1968, 850, 851.
71. BGH 22.09.1987, NJW 1988, 763.
72. BGH 18.01.1983, BGHZ 86, 240, 248.
73. BGH 27.09.1983, NJW 1984, 655, 657.
74. BGH 22.11.1983, BGHZ 89, 95, 104.
75. BGH 18.03.1980, NJW 1980, 1452, 1453.
76. BGH 27.06.1995, NJW 1995, 2407, 2408.
77. BGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207.
78. BGH 16.11.1993, VI ZR 105/92.
79. BGH 02.11.1993, NJW 1994, 793.
80. BGH 14.01.1992, NJW 1992, 1043.
81. BGH 17.12.1991, BGHZ 116, 379.
82. California Ülemkohtu 17.11.1948. a otsus kohtuasjas *Summers v. Tice*. (1948) 33 C2d 80. – Arvutivõrgus: <http://online.ceb.com/calcases/C2/33C2d80.htm>
83. California 2. ringkonna apellatsioonikohtu 22.10.1957. a otsus kohtuasjas *Salgo v Leland Stanford Junior University Board of Trustees*. Civ. No. 17045 154 Cal.App.2d 560 – Arvutivõrgus: <http://www.stanford.edu/group/psylawseminar/Salgo.htm>
84. New Jersey Ülemkohtu 01.08.1984. a otsus kohtuasjas *Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (1984). – Arvutivõrgus: https://mywebspace.wisc.edu/rstreiffer/web/CourseFolders/BioandLawF99Folder/Readings/Procanik_v_Cillo.pdf
85. Ameerika Ühendriikide 6. ringkonna apellatsioonikohtu 05.11.1985. a otsus kohtuasjas *Stevens v Secretary of health and human services*. 780 F2d 1023 – Arvutivõrgus: <http://openjurist.org/780/f2d/1023/phillip-stevens-v-secretary-of-health-and-human-services>
86. Ameerika Ühendriikide 2. ringkonna apellatsioonikohtu 14.04.1992. a otsus kohtuasjas *Boyle v. Revici*, 961 F.2d 1060 (2d Cir. 1992) – Arvutivõrgus: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19922021961F2d1060_11821.xml&ocbase=CSLWAR2-1986-2006

87. Ameerika Ühendriikide Ohio osariigi apellatsioonikohtu 08.07.1993. a otsus kohtuasjas *Flanagan v. Williams*. No 92CA27. 87 Ohio App.3d 768 (1993). – Arvutivõrgus:
http://www.legale.com/xmlResult.aspx?xmldoc=199385587OhioApp3d768_1748.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006
88. Rhode Island'i Ülemkohtu 26.02.1997. a otsus kohtuasjas *Emerson v. Magendantz*, No. 95-306 – Arvutivõrgus: <http://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1280627.html>
89. Missouri apellatsioonikohtu 25.04.2000. a otsus kohtuasjas *Zumwalt v. Koreckij*, 24 S.W.3d 166 (Mo. Ct. App 2000) - Arvutivõrgus:
http://biotech.law.lsu.edu/cases/mo/res_ipsa/zumwalt_v_koreckij.htm
90. Ameerika Ühendriikide 2. ringkonna apellatsioonikohtu 16.09.2003. a otsus kohtuasjas *Blue Cross & Blue Shield of New Jersey Inc. v. Philip Morris Inc.* 178 F.Supp. 2d 198. – Arvutivõrgus: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1370811.html>
91. Ameerika Ühendriikide föderaalringkonna apellatsioonikohtu 01.05.2007. a otsus kohtuasjas *Walther v Secretary of health and human services*. 2006-5056. – Arvutivõrgus:
<http://www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/fed/opinions/06opinions/06-5056.pdf>

Kasutatud muu materjal

92. European Group on Tort Law. – Arvutivõrgus: <http://www.egtl.org>
93. Study Group on a European Civil Code. – Arvutivõrgus: <http://www.sgecc.net>
94. Types of medical mistakes. – Arvutivõrgus:
<http://www.rightdiagnosis.com/mistakes/types.htm>
95. Medical dictionary. – Arvutivõrgus: <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/misdiagnosis>
96. Vähitõrje- ja ravi. Eesti Vähiliit. – Arvutivõrgus:
<http://www.cancer.ee/?op=body&id=116>
97. Tervishoiuteenuse kvaliteedi ekspertkomisjon menetles 2011. aastal 128 arstiabi osutamise kvaliteedi kohta esitatud ekspertiisitaotlust. Sotsiaalministeeriumi analüüs. – Arvutivõrgus:

http://www.sm.ee/fileadmin/meedia/Dokumendid/Tervisevaldkond/Tervishoid/TKE_2011_t%C3%B6%C3%B6_kokkuv%C3%B5te.pdf

98. Sünnieelne diagnostika. Tartu Ülikooli kliinikumi geneetikakeskus. – Arvutivõrgus:
<http://www.kliinikum.ee/geneetikakeskus/suennieelne-diagnostika>