

## ПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ЗАЧЕТОГ, А НЕРОЂЕНОГ ДЈЕТЕТА

doi: 10.7251/SPM1447263M

### Студентски рад

***Апстракт:** Савремено доба је окарактерисано све већим интересом правника, као и потребама самог друштва за правном регулативом положаја и заштите нерођеног дјетета. Да би се одредио овај правни положај, прво је потребно дати одговор на питање када започиње људски живот, тј. када заправо настаје човек, јер управо је настанак живота круцијалан за стицање правног субјективитета. У правној теорији доминантна су три становишта о правном статусу nasciturusa и то: правни субјективитет се стиче зачећем, правни субјективитет се стиче рођењем или треће рјешење које говори о специфичном правном положају nasciturus-a. У зависности од прихваћеног становишта, разликује се и обим правне, првенствено грађанскоправне заштите nasciturus-a.*

***Кључне ријечи:** nasciturus, правни положај nasciturus-a, правни субјективитет, право на живот, пренатална штета, абортус.*

### I УВОД

Положај неког лица са аспекта права, тј. његово мјесто у односу на конкретан правни поредак, означава се као правни поло-

---

\* Студент друге године Правног факултета у Бањој Луци.

жај или статус. Од тог положаја зависи могућност лица да ужива одређена права и да предузима правне послове, тј. да учествује у правном промету. Дакле, таквим лицима се признаје правни субјективитет и она се означавају као субјекти права, а њихова способност да буду носиоци права и обавеза означава се као правна способност.<sup>1</sup>

У савременим правима физичка лица стичу правни субјективитет рођењем, а губе га смрћу. Из овога слиједи да људски зачетак – *nasciturus*, односно човјек у настајању, нема својство субјекта права. Међутим, још су Стари Римљани зачетом а нерођеном дјетету, као будућем субјекту права, признавали специфичну, ограничену правну способност под одређеним условима. У том смислу је изграђено правило: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*.<sup>2</sup> Римљани су, наиме, сматрали да је зачетак дио тијела мајке, тако да се ово правило не може тумачити у смислу да је зачетак субјекат права, већ да се за њега задржавају и штите она (наследна) права која би му припала под условом да се роди жив.

Модерно право се може окарактерисати све већим занимањем за проблематику положаја и заштите нерођеног дјетета. На то су утицали многи друштвени и културолошки фактори: развој науке и медицине којим је, између осталог, омогућен олакшан прекид трудноће, као и откриће хумане асистираних репродукције; нови социокултуролошки погледи на људску сексуалност и уопште њено одвајање од прокреације, што је непосредно резултовало легализацијом абортуса у многим позитивним правима. То доводи до мноштва питања: Какву правну заштиту треба признати нерођеном дјетету? Како ријешити потенцијални сукоб између мајчиног права на тјелесни интегритет и права дјетета на живот? Да ли се нерође-

<sup>1</sup> „Субјекти грађанскоправног односа су имаоци правне способности“, цитирано према: Бабић, Илија. *Грађанско право - књига I, Увод у грађанско право*. Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2011. 63.

<sup>2</sup> „Зачето дијете сматра се већ рођеним ако је то у његовом најбољем интересу“, *sec. Paulus – Д. 1, 5, 7.3.*, преузето према: Хорват, Маријан. *Римско право*, десето издање, Школска књига, Загреб, 1980.42.

но дијете може сматрати човјekom, тј. да ли живот почиње рођењем или прије тога?

Уопштено говорећи, данашње право нерођеном дјетету признаје одређену, смањену, тј. ограничену правну способност. Међутим, споран је обим те способности, као и моменат њеног стицања. Управо истраживање наведене проблематике представља предмет овог рада, а све у циљу указивања на актуелна питања и проблеме везане за ову тематику, као и на могућа рјешења до којих је дошла правна наука. С обзиром на садржајну ограниченост ове врсте научно-истраживачког рада, као и на интердисциплинарност и ширину тематског оквира наведене проблематике, овај рад ће се ограничити на истраживање општег правног положаја нерођеног дјетета, док ће његова кривичноправна и грађанскоправна заштита бити обрађена у најопштијим цртама.

## II НАСТАНАК ЉУДСКОГ ЖИВОТА И ЉУДСКЕ ЛИЧНОСТИ

Право на живот јесте најзначајније лично право неодвојиво од човјекове личности. Прокламовање неприкосновености, урођености и неповредивости права на живот сваког човјека неизоставан је дио савремених устава. Међутим, кад се наводи титулар овог права, у уставима се јављају недовољно одређене формулације, као нпр: „свако“, „свако људско биће“, „човјек“ и сл. Управо из тих разлога правници се суочавају са дилемом да ли се и нерођено дијете може подвести под такве формулације. Уколико се узме да *nasciturus* није човјек, његов правни статус се поистовјећује са објектом права, док у супротном, уколико јесте човјек, *nasciturus* постаје носилац свих законом гарантованих личних права која припадају правно способним лицима (првенствено права на живот), што би се у одређеним ситуацијама косило са истим тим правима мајке.

Дакле, може се закључити да је одређење „Ко је човјек?“ од пресудног значаја за утврђивање правног положаја *nasciturus*-а-

као нерођеног човјека, односно човјека у настајању. Да би се дао одговор на ово питање, прво је потребно одредити када започиње људски живот, тј. када заправо настаје човјек, јер управо је настајак живота круцијалан за стицање правног субјективитета. Још од античког времена јављали су се различити покушаји проналажења одговора на ово питање, међутим, ни данас, уз сва открића модерне медицине, не може се са сигурношћу тврдити да је пронађено општеприхваћено и поуздано рјешење. Из мноштва различитих мишљења, могу се издвојити два супротстављена момента у генези људског бића релевантна за настанак живота: с једне стране зачеће, а с друге стране рођење. Између ова два екстрема постоји и треће рјешење по коме се узима да човјек стиче правни субјективитет у одређеном моменту између зачећа и рођења. Аналогно наведеним погледима, тј. У зависности од тога који тренутак се узима као тренутак стицања правног субјективитета, у наставку ће бити обрађена три различита схватања о правном статусу *nasciturus*-а.

### а) Зачеће као тренутак настанка живота

Зачеће представља моменат оплодње јајне ћелије када настаје нова јединка са јединственим и непоновљивим генетским кодом, који га чини различитим од свих осталих припадника исте врсте. Таква оплођена људска јајна ћелија, која се означава као заметак, ембриј или ембрион,<sup>3</sup> се од почетка свога постојања разликује од било које мајчине или очеве ћелије и расте слиједећи властити развојни пут, управљан самим собом, према властитом преживљавању и властитој зрелости. Људски ембрион није зрело људско биће, али је људско, комплетно биће које припада људској врсти. Наведене тврдње су резултат напретка науке и технологије захваљујући чему модерна медицина може да објасни развојне фазе, изглед и понашање људских бића у првим мјесецима пренаталног живота.<sup>4</sup>Упра-

<sup>3</sup> Оплођена људска јајна ћелија се од тренутка оплодње до краја 8. недјеље трудноће означава као заметак, ембриј или ембрион, након чега се назива фетус.

<sup>4</sup> Наука која се бави проучавањем заметака и њиховог развоја се назива ембриологија. Ембриологија спада у гране развојне биологије.

во те спознаје се узимају као тзв. „генетски аргумент“ у корист схватања да је оплодна, односно фертилизација тренутак настанка новог људског живота.<sup>5</sup>

Поред генетског аргумента могу се издвојити још два аргумента у корист наведеној тврдњи. Први је тзв. „аргумент дисконтинуитета-континуитета“ који се базира на ставу да спајање мушке и женске полне ћелије представља радикални дисконтинуитет, док су развојне фазе ембриона примјер континуитета.<sup>6</sup> Према наведеном, и рођење се сматра континуумом у развоју људског бића, па је према томе за почетак живота релевантан само моменат радикалног дисконтинуитета. Други аргумент који се наводи јесте аргумент индивидуалитета који је, аналогно претходним аргументима, базиран на ставу да људска индивидуа почиње постојати у тренутку фертилизације, те јој се, у складу с тим, као посебном индивидуалитету треба признати одговарајући правни и морални статус.<sup>7</sup>

Из горе наведеног слиједи да *nasciturus* стиче правни субјективитет у моменту зачећа. Ембрион је људско биће које има своју индивидуалност, право на живот и људско достојанство.<sup>8</sup> Није неопходно да ли је неко свјестан свога достојанства и да ли га може

---

<sup>5</sup> И између самих припадника медицинске струке постоје различитости у мишљењима по питању тога да ли је само зачеће моменат настанка новог живота или је то нека друга фаза ембриогенезе. У том смислу јављају се различите тврдње, од заговараоца наведеног става, до тога да неки нпр. узимају као релевантан 4. дан од зачећа, затим 12. дан од зачећа, 14. дан од зачећа, 40. дан од зачећа, *etc.*

<sup>6</sup> Живојиновић, Драгица. *Правни положај нерођеног дјетета*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.21.

<sup>7</sup> Кандић-Поповић, Зорица. *Правна заштита основних људских вредности у централној и источној Европи и модерна биотехнологија: Ка европској хармонизацији*, стр. 8, преузето са презентације на *web* адреси: <http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Ffrss.archives.ceu.hu%2Farchive%2F00001061%2F01%2F61.pdf&ei=0mCwUoOLOczHswaqr4G4Cw&usq=AFQjCNFhYMZ3a06hzfCFtWQfalJpYCuZSg&sig2=f0WhPEjUIbAia9h6OqTrug&bvm=bv.57967247,d.Yms>, датума: 17.12.2013.

<sup>8</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012.241.

заштитити, већ да друштво схвата да он заслужује одређену правну заштиту.<sup>9</sup>

Правне посљедице прихватања оваквог става су многобројне. Сваки иницирани прекид трудноће би био идентификован са кривичним дјелом убиства, што би даље утицало на повећање броја илегалних прекида трудноће са свим потенцијалним негативним посљедицама. То доводи у питање легалност абортуса и онда када трудноћа представља опасност по живот и здравље труднице. Такве ситуације, када се живот новорођенчета и живот мајке нађу у колизији, по принципу крајње нужде, би се морале разрјешавати допуштањем абортуса. Према томе, наведени примјер представља изузетак од правила да је сваки абортус кривично дјело.<sup>10</sup> Надаље, поједини методи хумане асистираних репродукције такође би били доведени у питање. Конкретно, судбина ембриона створених поступком фертилизације *in vitro*<sup>11</sup> била би оправдана једино уколико су они створени ради њиховог будућег трансфера у материцу у циљу изазивања трудноће. Из тога слиједи да се у потпуности искључује коришћење оваквих ембриона у неке друге сврхе (нпр. истраживачке, козметичке *etc.*), јер би располагање ембрионима представљало трговину људима, експериментисање ембрионима – експериментисање људима, уништење ембриона – убиство човјека и сл.

Стајалиште да зачеће представља почетак човјековог живота, а самим тим и моменат стицања правног субјективитета, је много критиковано, како у правној науци, тако и у окриљу медицинске науке. Као контра аргумент генетском аргументу наводи се чиње-

<sup>9</sup> Радишић, Ј., *Експерименти на човјечијем ембриону који је створен „in vitro“ – границе допуштеног, Анали*, бр. 4/1992, стр.227-229, преузето према наведеном дјелу.

<sup>10</sup> У савременим правима овакво рјешење познаје велики број Афричких и земаља Јужне Америке, а у Европи је присутно у праву Ирске.

<sup>11</sup> Лат. *in vitro* - унутар стакла (супр. *in vivo*): узгајање ћелија, ткива и других облика живота у контролисаној средини. Оплодња *in vitro* користи се у лијечењу неплодности: ван материце у лабораторијским, контролисаним условима оплођује се јајна ћелија сјеменом, па се тако оплођена враћа у материцу, да би се заметнуо плод.

ница да оплодња јајне ћелије уопште не мора да доведе до генетске структуре ембриона која је по својим карактеристикама људска, па су наведени примјери хромозомских аномалија попут триплоидног зигота које изазивају Даунов или Тарнеров синдром. Овај аргумент се доводи у питање и поводом става да фертилизацијом настаје уникатно генетско биће. Наиме, опште је познат примјер идентичних једнојајчаних близанаца са истом генетском структуром.<sup>12</sup> Надаље, аргумент „дисконтинуитета-континуитета“ оповргаван је, између осталог, и чињеницом што до развоја јајне ћелије не мора нужно доћи само њеном оплодњом, већ и мимо процеса фертилизације. Затим, аргументу индивидуалитета приговарано је у том смислу да фертилизацијом настаје само физичка могућност или потенцијал да се ембрион развије у људску индивидуу, а не и јединствена људска личност. Нарочито су значајне критике овом стајалишту у смислу да би се његовом досљедном примјеном зауставио досадашњи развој медицине у домену метода репродуктивне технологије и експерименталне медицине.<sup>13</sup> На основу наведеног може се закључити да је овакав став у много чему неприлагођен, и из тих разлога је у науци, у већини случајева, превазиђен.

### **б) Рођење као тренутак настанка живота**

Прихватањем дијаметрално супротног становишта претходном, да човјек тек рођењем стиче правни субјективитет, положај ембриона се поистовјећује са објектом права, тј. са стварју. Ембрион, чије је поријекло неспорно људско, не може се сматрати човјеком који је субјект права, из разлога што ембрион није у мо-

---

<sup>12</sup> Кандић-Поповић, Зорица. *Правна заштита основних људских вредности у централној и источној Европи и модерна биотехнологија: Ка европској хармонизацији*, стр. 8, преузето са презентације на *web* адреси: <http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fss.archives.ceu.hu%2Farchive%2F00001061%2F01%2F61.pdf&ei=0mCwUoOLOczHswaqr4G4Cw&usq=AFQjCNFhYMZ3aO6hzhfCFtWQfalJpYCuZSg&sig2=f0WhPEjUIbAIA9h6OqTrug&bvm=bv.57967247,d.Yms>, датума: 17.12.2013. 8.

<sup>13</sup> Живојиновић, Драгица. *Правни положај нерођеног дјетета*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.22-23.

гућности да аутономно и независно егзистира, већ све до рођења постоји једино као дио мајчиног тијела (уколико је у питању ембрион *in vivo*). Наиме, од момента зачећа па до момента рођења „[...] у питању је само „гомила ћелија“ обдарена биолошким животом насупрот људског, па као такав не заслужује још увек заштиту и може бити жртвован. Оно што се мора поштовати није живот сам по себи - биолошки живот, већ жива људска личност (човек)“.<sup>14</sup>

Како сваки појединац има апсолутно право да посједује и контролише своје тијело, тако и приступање, не само терапеутском, него и жељеном абортусу, у потпуности представља избор мајке, јер она при томе не располаже ни са чим другим него са дијелом свога тијела. Исто тако, уколико нпр. дође до повреде или уништења ембриона или фетуса радиће се о тјелесној повреди мајке, а не о убиству или тјелесној повреди ембриона или фетуса.<sup>15</sup>

Критике оваквог становишта најчешће су усмјерене против поистовјеђивања било којег аспекта људског живота са стварју. У том се смислу ембрион суштински разликује од других ствари у грађанскоправном смислу, али и од других продуката људског тијела (као што је нпр. крв, коса, мајчино млијеко, неоплођене репродуктивне ћелије и сл.) који представљају специфичне ствари у грађанскоправном смислу, јер је њихов промет строго контролисан и води се под посебним режимом.<sup>16</sup>

### **в) Специфични правни положај нерођеног дјетета**

Конструкција о специфичном, посебном правном положају нерођеног дјетета представља компромисно рјешење између прет-

<sup>14</sup> Поњавић, З., *Прекид трудноће – правни аспекти*, „*Notos*“ доо Београд и Правни факултет – Институт за правне науке Крагујевац, Крагујевац, 1997., 87-88.

<sup>15</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012. 241.

<sup>16</sup> Живојиновић, Драгица. *Правни положај нерођеног дјетета*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009. 24.



ходна два становишта. Није спорно да човјечји живот настаје зачећем, али је разлика у томе што се он штити тек од одређеног стадијума ембриогенезе. Фетус, односно ембрион, не може бити сматран стварју у грађанскоправном смислу јер носи потенцијал живота, али исто тако нема положај субјекта права и не посједује пуну правну способност. Дакле, нерођено дијете представља специфичну *sui generis* категорију, што значи да има право на посебну правну заштиту која одговара његовом посебном правном положају.

Проблематика која се јавља у вези са овом конструкцијом може се обухватити сљедећим питањима: Који се то тренутак у пренаталном развоју нерођеног дјетета има сматрати релевантним у смислу признања његове правне заштите? Да ли форма и обим те заштите од тог тренутка па све до рођења остаје статична, или је промјењива у складу са процесом градационог пренаталног развоја *nasciturus*-а? У том смислу, у Холандији је развијена теорија која је окупила велики број присталица-теорија тзв. „прогресивне правне заштите ембриона“, према којој различите фазе ембриогенезе (нпр. разлике између ембриона и фетуса) добијају на правном значају тако што имају различиту правну заштиту. Другачије речено, ова теорија објашњава да „[...]ембрион како се развија, постаје све мање и мање ствар, а све више и више особа“.<sup>17</sup> Међутим, приликом дефинисања критеријума за разликовање основних фаза ембриона који треба да буду полазиште различитим степенима заштите, показало се да је већина, од мноштва веома различитих понуђених критеријума, далеко од поузданих. Ипак, сматра се да је из мотива правичности потребно вршити градацију права која припадају нерођеном дјетету у различитим етапа развоја, тако што ће ембрион имати најмањи степен права, а тиме и заштите, фетус већи степен заштите, а живо новорођенче највећи степен заштите, дакле, пуну правну способност.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>18</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012.242.

Оваква конструкција, иако релативно<sup>19</sup> неутемељена са биолошког аспекта, налази своје оправдање у правно-политичком смислу које се огледа у потреби за помирењем два понекад супротстављена интереса – права дјетета на живот, са једне стране, те репродуктивних права жене (чији је саставни дио право на абортус), са друге стране. Компромисно рјешење између наведених интереса је одређено путем признавања права на жељени абортус, али само у првим седмицама трудноће, чији број варира у различитим законодавствима.<sup>20</sup> У одмаклој трудноћи абортус је, по правилу, дозвољен само уколико постоје медицинске индикације за побачај (нпр. опасност по здравље или живот мајке).

Од сва три наведена схватања о правном статусу *nasciturus*-а највише је прихваћено треће, компромисно рјешење. С обзиром на генералну уставну неодређеност титулара субјективних личних права, сматра се да је схватање нерођеног дјетета као субјекта права, па и уз одређена ограничења, најприхватљивије и најправичније у односу на остала рјешења.

### III ОГРАНИЧЕНА ПРАВНА СПОСОБНОСТ *NASCITURUSA*

Како је већ указано, утврђивање правног положаја нерођеног дјетета повлачи питање о његовом правном субјективитету, односно да ли је оно носилац личних права. Како у лична права спада и право које као објекат заштите има најзначајније лично добро – живот, поставља се питање да ли нерођено дијете има право на живот.

---

<sup>19</sup> Указано је већ да, иако је преовлађујући став науке да биолошки живот почиње зачећем, и у оквиру медицинске струке постоје ставови да живот почиње у некој од фаза ембриогенезе, који, уколико узети као тачни, могу да оправдају овакву конструкцију правног субјективитета *nasciturus*-а и са биолошког аспекта.

<sup>20</sup> Најчешће се као период дозвољеног жељеног, тј. нетерапеутског абортуса узима првих десет седмица трудноће, при чему се ишло ка томе да одређена граница коинцидира са преласком из ембрионалне у феталну фазу развоја нерођеног дјетета. Наведено рјешење је, уз још неке услове, прихваћено и у нашем праву.

Наиме, неприкосновеност личних права, првенствено права на живот, зајамчена је како у међународним конвенцијама, тако и Уставом Републике Српске,<sup>21</sup> у којем је то изричито наведено у члану 11. Међутим, чланом 16. Устава недовољно јасно се дефинише круг титулара ових права, тако што је регулисано да „Свако има право на једнаку заштиту својих права [...]“.<sup>22</sup> Управо таква неодређеност има за посљедицу питање да ли је оваквим уопштеним признавањем и заштитом „свачијег“ права на живот обухваћено и право на живот нерођеног дјетета.

Одговори су варирали претежно из двије групе разлога. Прво, садржина гарантованих репродуктивних права која укључују право на абортус (уз испуњење одређених услова) легализује уништење живота нерођеног дјетета. У вези с тим да право на живот као врховно људско право има карактер претпоставке уживања свих осталих личних права, друга група разлога указује на то да непризнавање права на живот *nasciturus*-а аутоматски негира и његова остала потенцијална права (нпр. имовинска права, као што је право на наслеђивање) која му се редовито признају.

Компромисно рјешење, како је већ изложено, огледа се у великој заступљености концепције о специфичном, *sui generis* статусу *nasciturus*-а, која пружа могућност теоријског појашњења његовог учешћа у разним врстама правних односа и добијање правне заштите проистекле из истих. Из тога проистиче да *nasciturus* ужива одговарајућу грађанскоправну и кривичноправну заштиту.<sup>23</sup>

У прошлости је даван већи значај правној заштити имовинских, у односу на заштиту неимовинских интереса нерођеног дјетета. Примјери зато су бројни, а најпознатија је свакако фикција о *nasciturus*-у према којој се зачето дијете сматра рођеним ако је то у његовом интересу, при чему се *nasciturus* није сматрао правно способним човјеком као субјектом права. Он је тзв. „будући

---

<sup>21</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр. 3/92.

<sup>22</sup> *Ibid.*, чл. 16.

<sup>23</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012. 244.

субјект“ коме је, да би се заштитила његова будућа права, могао бити постављен старалац (*curator ventris*).<sup>24</sup> Ово је до данас најраспрострањенија правна фикција којом је покривена заштита имовинскоправних интереса нерођеног дјетета, наравно, под условом – ако буде живо рођено.

По угледу на римско право, и у Српском грађанском законнику из 1844. године одређено је: „Дете зачето, али још нерођено, сматра се у призрењу права као да је и рођено, тако да ако се живо роди, добија сва припадајућа права, и та на другом пренаша, ако ли се мртво роди, сматра се као да никад ни зачето било није[...]“.<sup>25</sup> Према томе, зачетак је условни субјект права (ако се жив роди).

Може се закључити да је кроз историју заштита имовинских права *nasciturus*-а претходила признавању његовог правног субјективитета, при чему се уочава нелогичност у смислу да се прво штите његова имовинска права, а без да се штите и неимовинска права, првенствено право на живот. Како је личност виша вриједност од имовине, а живот претпоставка уживања свих осталих права, тако би било природно да заштита личности, тј. живота постоји барем истовремено са заштитом имовине.<sup>26</sup> Овакав јединствен режим правне способности *nasciturus*-а (по којем он истовремено постаје титулар личних и имовинских права), иако можда логичнији, у теорији је дискутабилан јер би се тиме довело у питање право жене на абортус. У том смислу, јавља се теоријски правац који овакву правну ситуацију објашњава постојањем двојног режима пренаталне способности *nasciturus*-а: једног када је у питању заштита личних, неимовинских права, и другог, када је ријеч о заштити његових имовинских интереса. Заштита његових имовинских права би по узору на римско право почињала самим зачећем и важила под већ поменутиим условом, док би заштиту личних права

<sup>24</sup> Бабић, Илија. *Грађанско право - књига I, Увод у грађанско право*. Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2011.66.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Ова нелогичност је још од римског права успјешно превазилажена постављањем резолутивног услова потребног за остварење дјететових имовинских права - да се дијете роди живо.

*nasciturus* стицао градуелно, у складу са етапама пренаталног развоја. Како је јединствени режим правне способности *nasciturus*-а више у складу са теоријом о зачећу као тренутку настанка живота, тако се, с обзиром на општеприхваћеност *sui generis* правног положаја *nasciturus*-а, чини да је став о двојној пренаталној способности, који је у складу с њим, прихватљивији.

Ограниченост личних права заметка највидљивија је у односу на мајку у погледу њеног права на абортус, које варира од потпуне забране, до потпуне легализације. Већина држава је, под утицајем концепције *osui generis* статусу *nasciturus*-а, прихватила компромисно рјешење по којем је абортус дозвољен уз испуњење одређених услова. Најважнији услов јесте временско ограничење које одређује до када се абортус може извршити на захтјев мајке. Тиме се тежи помирењу супротстављених интереса – с једне стране, мајке и њеног права на абортус, а с друге стране, нерођеног дјетета и његовог права на живот. Без временског ограничења права на абортус, зачетак фактички не би имао никакав правни субјективитет, јер би мајчино право на абортус било неограничено. Тумачећи из угла теорије о двојном режиму пренаталне способности *nasciturus*-а, постојање временски ограниченог права на абортус значило би да нерођено дијете стиче правни субјективитет протеклом одређеног рока. С друге стране, ако се прихвати стајалиште о јединственом режиму правне способности *nasciturus*-а, право на абортус, уколико прихваћено, било би изузетак од универзалног права на живот од самог почетка. У овом смислу је правно прихватљивије друго стајалиште о јединственом режиму правне способности.

Питања везана за абортус су у Републици Српској регулисана Законом о условима и поступку за прекид трудноће.<sup>27</sup> Тако се у члану 5, става 1 овог закона одређује да се прекид трудноће врши по захтјеву трудне жене, чиме је законски одређено право на жељени, односно нетерапеутски абортус. Надаље, у члану 8. Закона се предвиђају и ограничења наведеног права, па се тако захтијева

---

<sup>27</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр.34/08.

кумулятивно испуњење сљедећих услова: прво, трудноћа не смије бити старија од десет гестаацијских недеља, и друго, здравље или живот труднице не смију бити непосредно угрожени поступком прекида трудноће.

Изузетно, законом је дозвољено и одступање од првог услова, те се под одређеним околностима прекид трудноће може извршити и после је навршене десете гестаацијске недеље трудноће. У том смислу у члану 11. Закона алтернативно су постављени услови потребни за остварење права на прекид трудноће која је дужа од постављене „граничне тачке“ од десет недеља, те је она дозвољена у сљедећим ситуацијама: ако је на основу медицинских индикација утврђено да се на други начин не може спасити живот или отклонити тешко нарушавање здравља жене; ако се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће дијете бити рођено са тешким тјелесним или душевним недостацима; ако је до зачећа дошло извршењем кривичног дјела; ако је утврђено постојање психосоцијалних индикација за прекид трудноће.

У свим наведеним ситуацијама Закон је предвидио посебне поступке и процедуре неопходне за легално спровођење прекида трудноће. Тако се код нетерапеутског, жељеног абортуса, тражи самостални писани информисани пристанак пословно способне труднице (или пристанак њеног родитеља, старатеља или старатељског органа уколико је трудница пословно неспособна), док одлуку о терапеутском абортусу доноси првостепена и другостепена комисија, односно етички одбор здравствене установе. Предвиђене су и кривичноправне санкције у случајевима нелегалног поступања одговорних лица, као и новчане казне за здравствене установе у којима се врше нелегални прекиди трудноће.

#### **IV ЗАШТИТА ПРАВА НЕРОЂЕНОГ ДЈЕТЕТА**

С обзиром да је већ било ријечи о уставној заштити права нерођеног дјетета у смислу опште одредбе о неприкосновености права на живот (из које се екстензивним тумачењем дедукује и право

на живот нерођеног дјетета), у наредном дијелу ће бити обрађени основни аспекти кривичноправне и грађанскоправне заштите права нерођеног дјетета.

У случају нелегалног абортуса предвиђене су одређене законске посљедице тако што се за прекид трудноће без испуњења наведених услова предвиђа најјача, кривичноправна заштита.<sup>28</sup> У том смислу, путем инкриминације кривичног дјела противправног прекида трудноће у члану 154. Кривичног закона Републике Српске<sup>29</sup> регулисано је: „Ко противно прописима о прекиду трудноће трудној жени са њеним пристанком изврши прекид трудноће, започне да врши прекид трудноће или јој помогне да прекине трудноћу, казниће се [...]“. Обзиром да се у кривичном праву живот и здравље човјека штите тек од момента рођења, тако је и ова инкриминација управљена првенствено на заштиту живота и тјелесног интегритета труднице. Правац развоја правне науке јесте у смјеру све већег прихватања становишта да се као објекат кривичноправне заштите овог кривичног дјела одреди сам живот у настајању.

За разлику од кривичноправне заштите, грађанскоправна заштита је шира, и у смислу штете настале за вријеме трудноће, она штити и мајку, али и само нерођено дијете. Данас се у развијеним земљама свијета доносе прописи о заштити ембриона по којима он, уколико се жив роди, има право да захтијева накнаду пренаталне штете због повреда насталих *in utero*.<sup>30</sup> Поред тога, савремена законодавства се суочавају са захтјевима хендикепиране дјеце за накнаду штете према љекару који је због непажње пропустио да методама пренаталне дијагностике открије евентуалне недостатке фетуса, па таква дјеца трпе штету у виду живота са хендикепом.

Грађанскоправна заштита приликом вршења прекида трудноће усмјерена је првенствено на заштиту права труднице у односу на начин љекара који врши прекид трудноће. Наиме, између труднице и љекара, односно здравствене установе у којој је запо-

<sup>28</sup> Закон о условима и поступку за прекид трудноће, „Службени гласник Републике Српске“, бр.34/08, чл.18.

<sup>29</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр.49/03.

<sup>30</sup> Лат. *in utero*: у материци.

слен, закључује се уговор о прекиду трудноће. Постоји разлика између уговорних обавеза уколико је у питању терапеутски и нетерапеутски абортус. У првом случају, уговор је сличан свим другим уговорима о медицинском третману гдје се преузима обавеза лијечења, тј. гдје се ради о облигацији средства. Супротно томе, код нетерапеутског или жељеног абортуса ради се о облигацији циља гдје се преузима обавеза излијечења, а не лијечења (јер се ради о здравој трудници). Због тога се код жељеног абортуса захтијева већи степен информисања труднице због квалификованости њеног пристанка на абортус (слично као код естетских захвата). Грађанскоправна одговорност љекара и/или здравствене установе ће постојати уколико усљед неизвршења уговорне обавезе (прекид трудноће) дође до нежељеног рођења дјетета (*wrongful birth*) или рођења дјетета са тешким здравственим посљедицама (*wrongful life*). У таквим случајевима такође постоји и деликтна одговорност љекара јер се сматра да је прекршио правила медицинске струке (*lege artis*).<sup>31</sup>

Уколико љекар не изврши нетерапеутски прекид трудноће или успјешну стерилизацију, па усљед неизвршења ове уговорне обавезе дође до рођења нежељеног или непланираног дјетета, постоји грађанскоправни основ за накнаду штете. Титулари права на накнаду штете су родитељи, и то због болова и патњи које трпе, као и због трошкова издржавања дјетета. Иако је право на накнаду штете у колизији са правом дјетета на живот, јер се тиме његово постојање одређује као штета, преовладавајуће је мишљење да се у конкретном случају предност даје праву родитеља на планирање породице, односно праву на слободно родитељство, уз образложење да основ за накнаду штете није идентификација штете и постојања дјетета, већ обавеза његовог издржавања.

Право на накнаду штете на основу нежељеног живота постоји уколико љекар није извршио терапеутски прекид трудноће, или уколико није предузео потребне дијагностичке мјере (пренатална дијагностика) чиме је пропустио да утврди поремећај у

<sup>31</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012. 248.



развоју дјетета, доводећи тиме родитеље у стање неинформисаности, који би, да су знали право стање ствари, захтијевали прекид трудноће. Оваква одговорност љекара се може искључити уколико је мајка након претходног информисања својевољно одлучила да роди хендикепирано дијете. Поред душевних болова и материјалне штете коју трпи мајка, сматра се да право на штету због повећаних трошкова треба бити признато и самом дјетету јер оно трпи непосредну штету. Овдје се право дјетета на живот посматра у смислу права на одређени квалитет живота.<sup>32</sup>

Штета настала на *nasciturus*-у механичким, биолошким или хемијским путем у периоду од зачећа до рођења, означава се као пренатална штета и у модерном праву представља основ за накнаду штете. Могућа је и тзв. „генетска штета“, тј. пренатална штета у ширем смислу, која настаје прије зачећа у случају да је неко од родитеља заражен насљедном или заразном болешћу. Правно уређење овакве врсте захтјева за накнаду штете је наишло на одређене препреке, првенствено из разлога правне логике која налаже да повријеђено може бити само оно што постоји у моменту наношења повреде.<sup>33</sup>

Могуће је и да штета настане приликом рођења. Титулар права на накнаду штете је нерођено дијете, али то право може реализовати само након рођења. Одговорна лица за пренаталну штету могу бити различита, првенствено су то припадници медицинске струке, такође, треће лице може бити одговорно, што је случај уколико до оштећења плода дође нпр. приликом саобраћајне несреће коју је то лице скривило. Постоји и могућност да и сама мајка буде одговорна за пренаталну штету уколико је нпр. конзумирала дроге или друга опојна средства за вријеме трудноће и тако изазвала оштећења плода, мада је ово питање у правној науци прилично спорно.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Живојиновић, Драгица. *Правни положај нерођеног дјетета*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.109.

<sup>34</sup> Јотановић, Раденко. *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012.249.

Захваљујући првенствено судској пракси, накнада пренаталне штете прихваћена је како у *common law* правном систему, тако и у већини европских држава. У нашој судској пракси још нису забиљежени случајеви потраживања такве накнаде штете, мада се правни основ за такво потраживање може наћи у општем правилу забране проузроковања штете другоме регулисаног у Закону о облигационим односима, као и у одредбама Закона о здравственој заштити Републике Српске о правима пацијената.<sup>35</sup>

## V ЗАКЉУЧАК

Како је истакнуто у уводном дијелу овог рада, савремено доба је окарактерисано све већим интересом правника, као и потребама самог друштва за правном регулативом положаја и заштите нерођеног дјетета.

Актуелни правни положај нерођеног дјетета може се окарактерисати напорима законодавца да пронађе праву мјеру између научно-технолошког напретка и заштите појединих вриједности личности. Наиме, нерођено дијете нема правни субјективитет, оно није личност у правном смислу. Исто тако, оно није ни ствар, објекат права, јер носи у себи животни потенцијал који га одваја од свих осталих ствари у грађанскоправном смислу. Уважавајући универзалну вриједност људског живота који почиње зачећем, нерођеном дјетету је као неспорном припаднику људске врсте признат посебан, *sui generis* правни положај, којим му је обезбјеђено посједовање ограничене правне способности, и аналогно томе, уживање посебне правне заштите. Такав правни положај представља достигнути компромис између потенцијално супротстављених интереса - репродуктивних права мајке и права на живот нерођеног дјетета. Компромис се огледа у сљедећем: с једне стране, остваривање личних права нерођеног дјетета (првенствено права на живот) ограничено је у виду постојања права жене на жељени абортус, док је, с друге стране, и само то право на абортус временски ограни-

---

<sup>35</sup> *Ibid.*

чено, чиме је и праву на живот дјетета пружена правна заштита од одређене фазе пренаталног развоја.

У вези са заштитом права нерођеног дјетета може се закључити да је кроз историју заштита његових имовинских права претходила признавању неимовинских права, односно правног субјективитета. И данас је заштита имовинских права шире постављена од заштите личних права нерођеног дјетета. Наиме, истицање захтјева за накнаду штете начињене дјетету омогућено је без обзира у којој је фази пренаталног развоја штета настала, док му је право на живот ограничено мајчиним правом на жељени абортус које се може сматрати изузетком од универзалног права на живот од самог почетка.

Пратећи друштвене тенденције постављања све виших стандарда у смислу заштите и поштовања људских права, правац развоја правне регулативе положаја нерођеног дјетета јесте у смјеру његовог све већег проширења, а самим тим и загарантоване правне заштите.

**Petra Medakovic\***

## **LEGAL SUBJECTIVITY OF CONCEIVED, BUT UNBORN CHILD**

### *Summary*

*Modern age is characterised by increasing interest of jurist, as well as the need of the society itself, in terms of legal regulative of the subjectivity and the protection of an unborn child. In order to define legal status of an unborn child, it is necessary to first determine at what precise moment human life is created, because it is the moment in which life is created that is crucial for obtaining legal subjectivity. In the the-*

---

\* Second-Year Student University of Banjulaka, Law Faculty

*ory of law there are three dominant standings relevant for this matter: legal subjectivity is acquired at the time of human conception, legal subjectivity is acquired at the time of birth, and third solution according to which an unborn child has a specific, sui iuris legal subjectivity. Depending on which of these understandings is accepted, we can differentiate levels of protection that law provides, mainly in the terms of the protection of unborn child's civil rights.*

**Keywords:** *nasciturus (unborn child), legal position of an unborn child, legal subjectivity, right to live, prenatal damage, abortion.*

## ЛИТЕРАТУРА

- Бабић, Илија. Грађанско право - књига I, Увод у грађанско право. Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011.
- Живојиновић, Драгица. Правни положај нерођеног дјетета. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.
- Јотановић, Раденко. Право на физички интегритет личности у грађанском праву, љекарска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2012.
- Кандић-Поповић, Зорица. Правна заштита основних људских вредности у централној и источној Европи и модерна биотехнологија: Ка европској хармонизацији, преузетоса *web* адресе: <http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Frss.archives.ceu.hu%2Farchive%2F00001061%2F01%2F61.pdf&ei=0mCwUoOLOczHswaqr4G4Cw&usg=AFQjCNFhYMZ3aO6hzfCFtWQfalJpYCuZSg&sig2=f0WhPEjUIbAIA9h6OqTrug&bvm=bv.57967247,d.Yms>, датума: 17.12.2013.
- Хорват, Маријан. Римско право, десето издање, Школска књига, Загреб, 1980.

Петра Медаковић

ПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ЗАЧЕТОГ, А НЕРОЂЕНОГ ДЈЕТЕТА

---

Устав Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 3/92.

Закон о условима и поступку за прекид трудноће, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 34/08.

Кривични закон Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 49/03.

