

**PRAVNI PROBLEMI DEFINISANJA POLJA PRAVNE ZAŠTITE
NONDUM CONCEPTUS-a***Apstrakt*

Zaštita nerođenog života, kako onog nastalog in vivo, prirodnim začećem, tako i onog nastalog in vitro, posredstvom metode vantelesne oplodnje, odavno je predmet interesovanja u oblasti pravne nauke i prakse. Usled ubrzanog razvoja biomedicinske tehnologije sve više upoznajemo faktore rizika koji mogu prouzrokovati fizičke i psihološke posledice po dete kao što su na primer ozbiljna genetska oboljenja ili zarazne bolesti koje majka, preko svoga krvotoka, prenese na dete već u trenutku začeća. Pošto se ovi vidovi rizika mogu sprečiti samo pre začeća deteta, jedini način da se spreče eventualna oštećenja jeste da se interesi deteta uzmu u obzir pre njegovog začeća. Zato je cilj ovog rada utvrditi kakav status ima još nezačeti čovek, nondum conceptus. Iako on egzistira kao jedna od tri pravno prepoznate faze u vezi sa nastankom čovekove pravne sposobnosti, brojne su dileme u vezi toga šta zapravo on predstavlja, koje su njegove karakteristike i kako on funkcioniše u pravu. Autorka zaključuje da je status nondum conceptus-a potrebno analizirati mimo postavljenih granica tradicionalnog shvatanja pravne sposobnosti fizičkih lica te da je potrebno definisati nove koncepte i konstrukte za subjekte kao što je još nezačeti čovek.

Ključne reči: pravna sposobnost, nasciturus, nondum conceptus, pravo na život, ljudsko dostojanstvo.

1. Uvodne napomene

Postoji više različitih shvatanja o tome koji je trenutak u razvoju embriona presudan i validan da se baš od njega krene štiti život. Član

* Docentkinja na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: jelena.simic@pravnofakultet.rs

24. Ustava Republike Srbije naslovljen je sa „Pravo na život“, a u prvom stavu ovog člana stoji da je „ljudski život neprikosnoven“. ¹ Ustav, dakle garantuje pravnu zaštitu ljudskog života, ali on ne kaže od kada se može smatrati da ljudski život postoji. O tome postoje razna shvatanja. ² Prema tradicionalnom shvatanju „ljudsko biće“ postoji tek onda kad se formiraju određeni delovi tela i kad je embrionu „udahnuta duša.“ ³ Prema drugoj teoriji, obzirom da je jedan od glavnih kriterijuma za utvrđivanje smrti prestanak moždanih funkcija, pa se život čoveka uglavnom i izjednačava sa životom njegovog mozga, smatra se da bi taj isti kriterijum mogao poslužiti i za definisanje početka života. Početak života bi predstavljao onaj period kada započinju moždane funkcije. ⁴ Moždane aktivnosti se objektivno mogu dokazati 40 dana nakon začeća, pa se tako i za početak života može uzeti 40. dan od začeća. ⁵ Ukoliko prihvatimo ovakvo definisanje početka života, moramo prihvatiti i mogućnost da u slučaju stvaranja još naprednijih tehnologija u medicini, postoji mogućnost novog pomeranja granice početka života. Na taj način dolazimo i do zaključka da što naprednija tehnologija, to ranije započinje i život. Pojedini teoretičari smatraju da makar i samo začeće, oplodnja, bila na ispravnom putu razvoja, još ne može biti govora o pojedincu ni u kom smislu. ⁶ Pravi ljudski život čoveka pojedinca može se prema tom shvatanju utvrditi tek nakon nidacije (usađivanja oplodjenog jajašca u maternicu), tj. dve nedelje nakon oplodnje. ⁷ Razlozi za takvu tvrdnju višestruki su i medicinske su prirode. Na prvom mestu tu su *rani spontani pobačaji*, kojih majka često uopšte nije svesna, događaju se u toku prve dve nedelje pre nidacije. Velik procenat gubitaka već oplodjenih jajašca prema jednim 30%, prema drugima čak do 50% — upućuje na zaključak da u tom vremenskom periodu ne bi moglo biti govora o pravom ljudskom životu. ⁸ Zatim, mogućnost *identičnih blizanaca*, tj. mogućnost deobe jednoga oplodjenog jajašca u dva nova

¹ Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

² V. V. Vodinelić, „Moderni okvir prava na život“, *Pravni život* 9/1995, 13 i dalje.

³ L. Bockemuhl, *Schutz und Recht des Ungeborenen im deutschen und angloamerikanischen Recht*, Aachen 1995, 11.

⁴ I. Kostović, M. Judaš, „Neurobiološki temelji funkcije mozga tokom prenatalnog razvitka čoveka“, u: *Etika i pravo u humanoju reprodukciji* (ur. A. Kurjak, Z. Šeparović), Zagreb 1990., 29-30. Vidi detaljno o tome u: J. Simić, *Pravna zaštita nasciturus-a i nondum conceptus-a*, magistrski rad, Pravni fakultet Univerzitet Union u Beogradu, Beograd 2009, 11-16.

⁵ *Ibid.*

⁶ J. Harris, *The Value of Life*, Routledge, London 1985, 11-12.

⁷ Za tok razvoja oplodnje vidi: A. Novakov Mikić, „Razvoj bebe po nedeljama“, u: *Opstercija* (red. D.S. Dinulović), Beograd 1996, 121.

⁸ V. Pozaić, „Rasprava o početku ljudskog života“, *Obnovljeni život*, vol. 42, 1/1987, 47-60.

života, takođe dovodi u pitanje vremenski početak pojedinačnog života. Takva je deoba moguća u prve dve nedelje nakon oplodnje, ali ne više nakon nidacije. Zaključak bi bio da početak pojedinačnog, uistinu ljudskog života, čoveka, možemo naći tek nakon nidacije.⁹ Uz spomenute teškoće, može se navesti i činjenica da se oplođeno jajašce u trenutku oplodnje ne nalazi u maternici, nego u jajovodu, da je još *slobodno telo*, nevezano uz majku, te da majka još nije *majka*. Tek nakon prihvatanja embriona u maternicu, tj. nakon nidacije, „žena postaje majka u punom smislu“.¹⁰ Iz toga može slediti zaključak da ni novozačeti život nije u punom smislu ljudski život pre nego je *vezan* uz majčino telo, pre nidacije.

Međutim, ljudski život je neprekidan proces, pa prema tome tačan trenutak u kom je osoba u potpunosti formirana ne može se definisati u čisto naučnim okvirima. Pravo se za razliku od medicine može zadovoljiti većim brojem odgovora na isto pitanje, pa tako i danas ne postoji u pravu jedinstven stav o tome kada počinje život, već ta definicija spada u polje slobodne procene svake države (tzv. *margin of appreciation*).¹¹ Međutim, danas ipak prevlađuje stanovište po kome ljudski život započinje oplodnjem: “Oplodnjem je dato sve što spada u čovečije biće: bitnost, oblik, različitost od majke, telesna i duhova građa (njihova vrsta i jačina) temperament i karakter, identitet sa samim sobom i sudbina.”¹² U trenutku stapanja jajne i semene ćelije nastaje dakle novo biće koje odmah započinje da raste i samim tim da živi. To prirodno stanje stvari ne dopušta da se biće pre rođenja deli na bitno različite faze, kao što je bio slučaj u kanonskom ili opštem pravu.¹³ Sve ovo ukazuje da se pravi razlika između čovekovog života i čoveka: čovekov život postoji i pre čoveka, tj. čovek nastaje kasnije nego čovekov život.¹⁴ Čovek se dakle postaje već sa oplodnjem, svejedno da li je do oplodnje došlo *in utero* (u utrobi majke) ili *in vitro* (u veštačkoj sredini), jer je već tad, začetom, određena genetska šifra ljudskog života, koja je različita od genetske šifre

⁹ *Ibid.*, 51.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sud ostavlja diskreciono pravo svakoj državi članici da reguliše pitanje abortusa sve dok je u zakonodavstvu uspostavljen pravičan balans između potrebe da se obezbedi zaštita fetusa i interesi žena. Iz presude ECHR: *Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, 05.09.2002.

¹² H. Naujoks H, E.Wolf, *Anfang und Ende der Rechtsffahigkeit des Menschen*, Klosterman, Frankfurt a.m 1955, 144.

¹³ D. Weber, *Arzthafipflicht für Nachkommenschaftsschaden*, Berlin 1988, 10.

¹⁴ H. Merz, „Anfang und Ende der Persönlichkeit“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 6/1957, 325 i dalje. U: V. V. Vodinelić, *Građansko pravo - Uvod u građansko pravo i Opšti dio građanskog prava*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Union i Službeni glasnik, Beograd 2014, 344.

svih drugih živih bića.¹⁵ Tako je na primer *nasciturus* od samog početka živo biće, sa vlastitim zdravljem, povredljivošću, on nije sasvim ni otac ni majka već, potpuno on, sam.¹⁶ Čovek ne postaje čovek, nego je čovek upravo u svakoj fazi svoga razvoja.¹⁷

Pravo danas prepoznaje tri faze u vezi sa nastankom čovekove pravne sposobnosti: rođeni čovek, začeti a još nerođeni čovek (*nasciturus*), i još nezačeti čovek (*nondum conceptus*). Međutim, upravo ova treća faza u nastanku čovekove pravne sposobnosti izaziva najviše kontroverzi što naročito dolazi do izražaja u oblasti medicinskog prava i bioetike. Napretkom asistirane reproduktivne tehnologije koncept još nezačetog deteta (*nondum conceptus-a*), sve se više pominje u kontekstu zaštite interesa eventualnog budućeg deteta. Tačnije rečeno, zarad zaštite interesa budućeg deteta (deteta koje se tek ima roditi) propisi u oblasti reproduktivnog zdravlja ne retko preporučuju sprečavanje oplodnje. Upravo zato važno je utvrditi koje je polje pravne zaštite *nondum conceptus-a* koje se mora štiti i razjasniti mogu li postojeći pravni instrumenti kojima se štite odgovarajuća prava rođenih ljudi, važiti i štiti i još nezačetog. No, da razjasnimo prvo osnovne pojmove.

2. Pojam *nasciturus-a* i *nondum conceptus-a*

2.1. *Nasciturus*

Reč *nasciturus* uzeta je iz latinskog jezika i označava onoga, onu, koji(a) se tek ima roditi, dete koje je još u utrobi majke.¹⁸ Od trenutka začeća pa do rođenja dete u utrobi majke prolazi kroz razne faze, a svaka od tih faza, u medicini, povlači i drukčiji naziv začelog deteta: embrion, fetus i dr. *Nasciturus* bi dakle prema utvrđenom stavu bio opšti naziv za dete u utrobi majke, od trenutka začeća pa sve do rođenja. Što se pravnog položaja *nasciturus-a* tiče on se dosta različito shvata, ne samo u raznim državama već i u pogledu istih propisa.¹⁹ Njegova imovinskoppravna sposobnost je redovno uređena, ali različito, i u pogledu obima i u pogledu modaliteta,²⁰ dok o ličnopravnoj sposobnosti *nasciturus-a* gotovo da

¹⁵ V. V. Vodinić (2014), 344.

¹⁶ F. Buchner, *Der Mensch in der Sicht moderner Medizin*, Freiburg-Basel-Wien 1985, 66.

¹⁷ P. Petersen, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, Stuttgart 1986, 128.

¹⁸ M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1961, 607.

¹⁹ V. V. Vodinić (2014), 344.

²⁰ *Ibid.*, 350.

nema nikakvih odredbi.²¹ Međutim, njegova zaštita pomoću imovinskih sankcija moguća je u izvesnoj meri, na području celog građanskog prava a u građanskim zakonicima i u nekim drugim propisima o tome postoje i odgovarajuće norme. Pravno načelo poznato još od rimskog prava *Nasciturus pro iam nato*, tj. da začeto (u vreme smrti ostavioca) treba smatrati već rođenim, važi danas i u našem pravu.²²

2.2. *Nondum conceptus*

Nondum conceptus je još nezačeto ili potencijalno, buduće dete, preembrion, nešto neizvesno, mogućnost koja se može realizovati. Šta je to tačno razjasnićemo uz pomoć medicine. Medicinskim rečnikom opisano, postupak oplodnje i stvaranje *in utero* embriona, predstavlja se ovako: Spermatozoid, je živa ćelija i dokaz njegovog života je njegova pokretljivost. Spermatozoid je sposoban da proдре u žensku jajnu ćeliju, menja se pod uticajem ženskih reproduktivnih organa i stiče dodatne karakteristike koje omogućavaju lakšu oplodnju.²³ Kada dođe do oplodnje jajne ćelije (fertilizacije u tubi - jajovodu), jajna ćelija nastavlja svoj put ka materici, gde će se ugnezđiti u njenoj unutrašnjosti (nidacija). Tokom puta kroz jajovod, jajna ćelija počinje da se deli i kada stigne do materice, već ima oko 100 ćelija a unutrašnjost joj je ispunjena tečnošću i zove se *blastocista*.²⁴ *Blastocista* ima dva sloja ćelija - unutrašnji i spoljašnji. Od spoljašnjeg će postati posteljica, a od unutrašnjeg beba.²⁵ Možemo reći da bi *nondum conceptus* predstavljao period od trenutka kada spermatozoid proдре u žensku jajnu ćeliju pa sve do oplodnje ili nidacije, u zavisnosti od toga koje gledište prihvatamo kao trenutak nastanka začeca.

Za razliku od *nasciturus-a* (začetog a nerođenog), uzima se da nezačeti ili potencijalni ljudski život nema svoju individualnost. O njegovoj pravnoj sposobnosti pogotovo ne može biti govora, jer ono što još nije ništa ne može biti „neko“. Zato pojedini pravni pisci smatraju da ne može biti govora o ličnopravnoj sposobnosti *nondum conceptus-a*, pošto nema

²¹ *Ibid.*

²² Zakon o nasleđivanju RS, Službeni glasnik RS, br. 46/95 i 101/2003 – odluka USRS, čl. 3, st. 2: „Naslediti može i dete već začeto u trenutku ostaviočeve smrti ako se rodi živo“.

²³ Više o tome u: A. Kurjak, *Očekujući novorođenče*, Zagreb 1987, 34. i A. Kurjak, Z. Šeparović, *Etika i pravo u humanoј reprodukciji*, Grafocentar, Zagreb 1990, 27-29.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

nikakvih ličnih prava.²⁶ To je slučaj i sa stanovišta krivičnog prava. Međutim, građansko pravo je elastičnije jer pokazuje i izvesnu brigu za *nondum conceptus*. Pravni poredak može i za nezačetog da rezerviše određena imovinska prava i obaveze ako smatra da je opravdano da podrži interes drugih lica da i još nezačetom (redovno njihovom eventualnom potomku) namene određena prava, i da su ti interesi pretežni u odnosu na interes onih lica koja bi po osnovu nasleđivanja ili po drugom osnovu stekli prava ako bi bilo nemoguće da se prava rezervišu za *nondum conceptus*.²⁷

U to nas uverava ne samo sudska praksa nego i pravna teorija, pa i neki građanski zakonici.²⁸ Uzimamo kao primer nemački Građanski zakonik (BGB), koji je utvrdio pojedinačna pravila koja osiguravaju prava „nezačetih lica“, a koja nastaju u slučaju njihovog kasnijeg živog rođenja. Te odredbe nalaze se u odeljku o naslednom pravu i odnose se na određivanje naslednika putem testamenta. Tako u §2101 već u naslovu stoji izraz „još nezačeti“ i u njemu se kaže da: „Ako je za naslednika određeno lice koje u trenutku smrti ostavioca još nije začeto, tada u sumnji treba smatrati da je ono određeno kao naslednikov naslednik – panaslednik“.²⁹ Ovaj pojam definisan je u §2100 u kome se kaže: „Ostavilac može nekog odrediti za naslednika tako da on postane naslednik tek pošto je naslednik postao neko drugi (drugi naslednik ili panaslednik)“.³⁰ Pored ovih odredaba iz naslednog prava, nemački pravници dopuštaju mogućnost da korisnik ugovora u korist trećeg bude *nondum conceptus* (§331, stav 2 BGB). Osim navedenih izričitih pravila BGB, nemački pravници tvrde da se pravna zaštita *nondum conceptus-a*, analognom primenom postojećih pravila proteže i na ostale situacije. Pa tako Šmit (Schmitt) navodi da u krajnjoj liniji *nondum conceptus-u* pripada ograničena pravna sposobnost, ali je njegov položaj svakako slabiji od položaja koji ima *nasciturus*.³¹

Međutim, u praksi, a posebno u okviru medicinskog prava, iskrasao je niz pitanja povodom kojih je potrebno bliže razmotriti status *nondum conceptus-a*.

²⁶ V. V. Vodinelić (2014), 346 i 350.

²⁷ *Ibid.*, 355.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ J. Schmitt u: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil*, München 2001¹⁴, 116.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

3. Sposobnost imati pravom zaštićene interese

Kao posledicu razvoja tehnologije rađanja, dobili smo veću kontrolu nad samim rađanjem. Asistirane reproduktivne tehnologije (ART) i kontracepcija, omogućavaju da se utiče na to ko će rađati, koje dete će doći na svet i pod kojim okolnostima. Očito da je kontrola rađanja i začecje novog života veoma osetljiva stvar i da je razvoj reproduktivne tehnologije doveo do brojnih moralno osetljivih pitanja. Na primer, u jednom slučaju Evropskog suda za ljudska prava (ECHR, dalje: Sud) pod nazivom S.H. i drugi protiv Austrije (*S.H. v. Austria*),³² Sud je bio suočen sa pitanjem da li zabrana heterologne upotrebe tehnika oplodnje predstavlja povredu Člana 8 Konvencije?³³ Pravo na privatni život prema Članu 8 pokriva nekoliko aspekata autonomije rađanja: Sud je odlučio da ono obuhvata pravo na „poštovanje [...] odluke da se postane ili ne postane roditelj i pravo para „da koristi medicinski asistirane tehnike rađanja“ u svrhu začecja deteta.³⁴ Stav Suda je da bi zabrana heterologne upotrebe tehnika oplodnje predstavljala kršenje ovog prava. Suprotno ovome, austrijska vlada tvrdila je da je zabrana heterolognih tehnika opravdana zbog zaštite nekoliko interesa, kao što su interesi ženskih donora, ali i interesi *nondum conceptus-a* a imajući u vidu njegovo (genetsko) poreklo.

U praksi je dalje iskrslilo i pitanje da li *nondum conceptus* uživa i deliktnepravnu zaštitu u vidu naknade štete zbog oštećenja zdravlja. Reč je o slučajevima u kojima je dete od trenutka svog začecja egzistiralo sa oštećenjem. To se posebno javlja kada roditelji pate od neke bolesti koju prenesu na dete u utrobi majke, kada su oplodne žlezde jednog od roditelja oštećene pa dođe do genetskih oštećenja deteta, ili kada majka, preko svoga krvotoka, prenese na dete već u trenutku začecja neku zaraznu bolest (npr. *lues* i AIDS). Nemački sudove na primer prave pri tom razliku između dve grupe slučajeva. Prvu grupu čine slučajevi kod kojih se oštećenje deteta zasniva na tome što je ono uopšte začeto, dok se u drugoj grupi šteta deteta temelji na okolnosti što je u embrionalnom stadijumu izostao dozvoljeni prekid trudnoće pobačajem.³⁵ Bjukenon i dr. su se pitali da li priznavanje prenatalne povrede i povrede nastale pre začecja postojećem detetu (kao u

³² *S.H. and others v. Austria*, App. No. 57813/00, 3.11.2011.

³³ *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, 10.04.2007, para. 71; Upor. *S.H. and others v. Austria*, para. 78; para. 65 i para. 67.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ G. Wagner u: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III*, München 2004, 1553.

tužbi zbog neželjenog rođenja (*wrongful life*)), podrazumeva da mi imamo dužnosti prema nepostojećem subjektu (*nondum conceptus-u*) i da li taj nepostojeći subjekt ima interese ili prava.³⁶ Po njihovom mišljenju, tužba zbog neželjenog rođenja (i odgovarajuća pretpostavka da je detetu bolje da uopšte ne postoji) je zasnovana na povredi prava da dete ne bude rođeno u život koji nije vredan življenja. Pretpostavka ovog prava i njegova povreda sačinjavaju srž tužbe zbog neželjenog rođenja (*wrongful life*). Međutim, prema Bjukenenu i dr. to pravo nastaje sa rođenjem deteta (pa stoga i pravni subjekt postoji). Stvaranje prava i njegova povreda se odvijaju istovremeno, u trenutku rođenja deteta; zbog toga, nema potrebe da se interesi pripisuju detetu pre nego što se rodi: „Nije potrebno pripisivati bićima koja još uvek ne postoje prava koja neće nastati u nekom budućem vremenu sa životom koji nije vredan življenja. Ukoliko dete nikada ne dođe na svet, onda nikada nije ni bilo biće sa pravom koje bi bilo prekršeno da je ono došlo na svet u život koji nije vredan življenja.“³⁷ Po toj liniji rezonovanja, zaista nije neophodno pripisivati prava i interese *nondum conceptus-u* da bi se opravdala tužba zbog neželjenog rođenja. Međutim, ono što je bitno jeste da tužba zbog neželjenog rođenja funkcioniše retroaktivno; kada se dete rodi i pretrpi povredu zbog toga što je rođeno, odštetni zahtev u tužbi služi da pruži nadoknadu za tu povredu. Ono o čemu treba razmišljati su proaktivne mere. Pre nego što se dete rodi, povreda se sprečava tako što se sprečava postojanje deteta. Ukoliko nema interesa jer nema postojećeg subjekta, onda nema opravdanja za pravne mere. Drugim rečima, ako se opravdanje za sprečavanje postojanja zasniva na interesima nezačetog deteta, onda to podrazumeva da se interesi pripisuju nepostojećem subjektu, pre začeća. Zato i ostaje pitanje kako pravo može predstavljati nepostojeći subjekt kao predmet zaštite interesa? Zajedno, ovi primeri ukazuju na to da postoje primeri u kojima se pozivanje na najbolje interese deteta koje se tek ima roditi, koristi kao važno opravdanje za restriktivnu upotrebu tehnika rađanja i dostupnost tretmana medicinske oplodnje.³⁸

Zbog sve češćeg pozivanja na interese *nondum conceptus-a* u pravu, i predstavljanja *nondum conceptus-a* jedinstvenim, samostalnim,

³⁶ A. Buchanan, D.W. Brock, N. Daniels, D. Wikler, *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 236.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ T.L. Haaf, “Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction”, *Laws*, Vol. 5, 1/2016, 3. Upor. L.T. Haaf, “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches—The Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal*, Vol. 18, 5/2017, 1091-1120.

predmetom interesovanja, veoma je važno da se istraži mera u kojoj je pravo sposobno da predstavi ovaj jedinstveni subjekt, odnosno postavlja se pitanje da li *nondum conceptus* u pravu može biti predstavljen uz pomoć koncepta pravnog subjekta: fizičkog lica. Fizičko lice je učesnik u pravu i nosilac prava i obaveza. To je složen koncept, a ipak većina pravnih sistema nema „zakon o ličnosti“, tj. jedinstven set pravila o pravnoj sposobnosti, koja definišu fizičko lice. Umesto toga, kako tvrdi Nafin, pravo je nedosledno u svojoj definiciji fizičkog lica.³⁹ Različite oblasti prava imaju različita gledišta povodom pravne sposobnosti i pripisuju joj različite odlike. Ipak, mogu se izdvojiti neka glavna gledišta na koncept pravne sposobnosti, pa se postavlja pitanje da li se *nondum conceptus* uklapa u neki od njih.

4. *Nondum conceptus* između prirode i fizičkog lica

Iako postoji saglasnost oko toga da ljudsko biće ima specifične kvalitete koji ga izdvajaju od drugih subjekata, kao što su životinje ili drveće, što mu i pruža osnov za pravnu zaštitu, različiti su pogledi na to koja je to ključna karakteristika ljudskih bića. Kako Haf (Haff) navodi možemo reći da se kao tri najbitnije izdvajaju: biološke karakteristike, *ratio* kao karakteristika i tzv. metafizičke karakteristike.⁴⁰ Ako uzmemo da su biološke karakteristike ključne, početak i kraj fizičkog lica orijentisani su u skladu sa biološkim granicama života. Fizičko lice se postaje kada je ljudsko biće rođeno, a prestaje kada ljudsko biće umre. To ukazuje da, osim izvesnih izuzetaka, fizičko lice postoji paralelno sa ljudskim bićem u fizičkoj stvarnosti. Ova biološka karakteristika, uslov da subjekt mora biti rođen da bi bio fizičko lice, očigledno dovodi do nemogućnosti posmatranja *nondum conceptus-a* kao fizičkog lica.

Kod tzv. racionalističkog pristupa sposobnost rasuđivanja je ključni element ljudskog bića. Fizičko lice je „misleći subjekt“ sposoban da formira i izrazi slobodnu volju, donosi samostalne odluke, te se stoga može smatrati odgovornim za sopstvene postupke.⁴¹ Međutim, ni iz racionalističke perspektive, *nondum conceptus* se ne može poimati kao fizičko lice. Pošto ne postoji, nije još ni začet, on ne može formirati i izraziti slobodnu volju;

³⁹ N. Naffine, *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing, Portland 2009, 176.

⁴⁰ T.L. Haaf (2016), 3.

⁴¹ *Ibid.*

stoga, ne uklapa se u perspektivu racionalnog fizičkog lica.⁴²

Kod tzv. metafizičkog pristupa ljudsko dostojanstvo je temelj ljudskog bića. Kako Haf (Haff) navodi, razlog zbog kog sva ljudska bića imaju pravo na osnovna ljudska prava jeste to što su, kao ljudska bića, obdareni ljudskim dostojanstvom, urođenom vrednošću koja počiva u stanju ljudskog postojanja.⁴³ Ili, prema rečima Kalo, dostojanstvo sa sobom nosi simboličnu, „antropološku tvrdnju o prirodi ljudskog identiteta i ličnosti“.⁴⁴ To urođeno dostojanstvo je izvor pravnog poštovanja i zaštite te bi zbog toga ljudsko dostojanstvo bilo urođena karakteristika fizičkog lica. Iako se o konceptu ljudskog dostojanstva mnogo raspravlja i njegovo značenje nije jasno i nedvosmisleno definisano, ovaj koncept je dobio na značaju u nekoliko oblasti prava. Na primer, koncept ljudskog dostojanstva predstavljen je u Članu 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: „sva ljudska bića su rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“⁴⁵ Preambula Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima takođe navodi da je „...priznanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu.“⁴⁶ Ova pravna renesansa ljudskog dostojanstva je postala još primetnija zahvaljujući usponu (i pravnom regulisanju) ljudske biotehnologije.⁴⁷ Evropska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini naglašava da ljudsko dostojanstvo mora da se sačuva i da zloupotreba biomedicine može da naruši to dostojanstvo.⁴⁸ Zbog toga su neki vidovi biomedicine još uvek zabranjeni, pošto narušavaju ljudsko dostojanstvo. Ilustrativni primeri obuhvataju kloniranje ljudi,⁴⁹ selekciju pola⁵⁰ i terapija klica lini-

⁴² A. Harel, “Theories of rights”, in: *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. W. A. Edmundson, M. P. Golding), Blackwell, Cambridge 2005, 194.

⁴³ N. Naffine, 102.

⁴⁴ *Ibid.*, 103.

⁴⁵ Čl. 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, usvojena posebnom rezolucijom Generalne skupštine UN 10.12.1948., <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>, 12.06.2018.

⁴⁶ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>, 12.05.2018.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, <https://rm.coe.int/168007f2ca>, 12.07.2018.

⁵⁰ Čl. 14 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20biomedicini.pdf, 12.07.2018.

jama.⁵¹ Kada je u pitanju *nondum conceptus*, moramo postaviti pitanje, ukoliko je dostojanstvo urođeno ljudskom biću, da li pojedinac poseduje ljudsko dostojanstvo tek kada se rodi, ili ga ima i u svim prethodnim fazama razvoja? Drugim rečima, da li se pravna sposobnost nezačetog može konstruisati na osnovu dostojanstva koje će subjekat (kada se rodi) posedovati? Nemački Ustav je tu poprilično jasan, život koji se razvija stoji pod zaštitom člana 1 st. 1 Ustava, koji jemči ljudsko dostojanstvo. Svuda gde egzistira ljudski život, pripada mu ljudsko dostojanstvo; nije odlučujuće pitanje da li je nosilac svestan ovog dostojanstva i da li ga zbog toga zna čuvati. Dovoljne su potencijalne osobine koje su od početka usađene u ljudsko postojanje kako bi se utemeljilo ljudsko dostojanstvo.⁵² Holandski Zakon o embrionima propisuje da ljudsko dostojanstvo mora biti poštovano i pre trenutka rođenja.⁵³ Neki vidovi biotehnologije, kao što su kloniranje ljudi i terapija klica linijama su zabranjeni jer bi predstavljali povredu ljudskog dostojanstva.⁵⁴ Međutim, u obrazloženju se ne precizira čije ljudsko dostojanstvo je u pitanju; da li je to dostojanstvo ljudske vrste uopšte ili ljudsko dostojanstvo osobe koja bi došla na svet zahvaljujući tim tehnikama. Ovakvim propisima zapravo se uvodi pretpostavka da je sprečavanje povrede detetovog ljudskog dostojanstva u njegovom najboljem interesu, što opet vodi ka zaključku da *nondum conceptus* neće ni proći sve faze razvoja i doći na svet, zato što je to u njegovom najboljem interesu, odnosno anticipacija dostojanstva rezultiraće nepostojećim subjektom. Stoga, i ovaj slučaj donosi ista pitanja, umesto da pruži rešenje, odnosno, za posledicu ima činjenicu da se pravo suočava sa problemom predstavljanja *nondum conceptus*-a. Pravu nedostaje koncept kojim će nezačeti biti adekvatno predstavljen jer koncept fizičkog lica za to, kao što smo videli, nije adekvatan.

5. Pravna sposobnost kao konstrukt

Pojedini teoretičari smatraju da se fizičko lice ne definiše kao odraz ljudskog bića iz svakodnevnog života, već kao pravni konstrukt koji

⁵¹ Čl. 13, Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

⁵² Odluka Saveznog ustavnog suda iz 1975., BVerfGE 39, 1. Odluka u celosti dostupna u: E. Šarčević (ur), *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog sud*, Fondacija Konrad Adenauer 2009, 160 i dalje.

⁵³ Netherlands Embryos Act, <http://www.ccmo.nl/attachments/files/embryos-act.pdf>, 12.06.2018.

⁵⁴ *Ibid.*, čl.24 i 25.

može biti bilo šta. Kelsen, jedan od najvažnijih zagovornika ovog pristupa, naglašava da ljudsko biće u svojoj celini, sa svim svojim fiziko-biološkim i mentalnim aspektima, nije relevantno u pravu; samo oni postupci koje pravo prepoznaje su bitni. Drugim rečima, biološke, racionalne ili metafizičke karakteristike koje ne prepoznaje pravo nisu relevantne za fizičko lice, te nemaju osnova za pravno poštovanje ili pravnu zaštitu. Umesto da odražava svakodnevni život, pravo „prevodi“ događaje iz stvarnosti na svoj jezik; stoga, ono poseduje sopstvenu percepciju fizičke stvarnosti ili „konstruiše“ sopstvenu, pravnu stvarnost.⁵⁵

Ovakav pristup može se prepoznati u nekim aspektima pravne sposobnosti. Kao što je ranije napomenuto, početak i kraj pravne sposobnosti se baziraju na biološkom rođenju i smrti ljudskog bića a ove granice nisu uvek apsolutne. Pravo se može „pretvarati“ da fizičko lice počinje ili se završava u ranijem trenutku primenom fikcije o *nasciturus-u* ili koncepta moždane smrti. Ti konstrukti (barem delimično) potvrđuju da pravo nije striktno vezano za stvarno ljudsko biće u svojoj reprezentaciji, već pravi sopstvenu konstrukciju onoga što ovaj subjekt predstavlja u pravu.⁵⁶ Ono što je bitno jeste da se, u ovom pristupu, pravna sposobnost ne pripisuje ljudskom biću zato što subjekt iz fizičke stvarnosti poseduje urođene karakteristike kao što su sposobnost rasuđivanja ili ljudsko dostojanstvo. Prema Losonu: „Sve što je potrebno za postojanje lica je da zakonodavac [...] odluči da ga tretira kao subjekt prava i drugih pravnih odnosa.“⁵⁷ Najčešći primeri ovoga su korporacije i Država. Ovi subjekti imaju pravnu sposobnost ne zato što su ispunili neke metafizičke uslove, već zato što im je zakon pripisuje. Pošto pripisivanje pravne sposobnosti ne zavisi od urođenih karakteristika, to podrazumeva da fizičko lice i nema specifične karakteristike.⁵⁸ Tur ističe da je ova koncepcija pravne sposobnosti „potpuno formalna“; fizičko lice je „prazan slot koji se može popuniti bilo čime što ima prava i dužnosti“.⁵⁹ To sve zavisi od toga šta pravo definiše kao fizičko lice: „Ukoliko pravna sposobnost predstavlja pravni kapacitet da se nose prava i dužnosti, onda je ona sama veštačka tvorevi-

⁵⁵ H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, prevod Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2004, 52-53.

⁵⁶ T.L. Haaf (2016), 9.

⁵⁷ H. Lawson, „The creative use of legal concepts“, *New York University Law Review*, Vol. 32, 1957, 909–925.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ R. Tur, „The ‘person’ in law“, in: *Persons and Personality: A Contemporary Inquiry* (ed. A. Peacocke, G. Gillett), Basil Blackwell, Oxford 1987, 116–129.

na prava, i bilo ko ili bilo šta može biti fizičko lice.⁶⁰ Pre šezdeset godina Hana Arent napisala je frazu koja je s vremenom postala jedna od njenih najcitiranijih i najčešće tumačenih misli: „pravo da se imaju prava“. Ova fraza je u sebi sadržala suštinu njenog skepticizma u vezi sa konceptom ljudskih prava – dakle prava koja u teoriji pripadaju svakoj osobi već samim njenim postojanjem. Ali šta je garancija ovih prava? Za to je, kako primećuje Arent, neophodno biti ne samo osoba već i građanka. „Pravo da se imaju prava ili pravo svake individue da pripada čovečanstvu moralo bi se garantovati od strane samog čovečanstva.“⁶¹

Deluje da ovakav pristup pravnoj sposobnosti nudi mogućnosti da se *nondum conceptus* poima kao fizičko lice. U tom slučaju, fizičko lice nije vezano za subjekt fizičkog sveta i nema urođene karakteristike; zbog toga, bilo šta može biti fizičko lice – čak i preembrion, čovek u nastajanju. Zato, sledeći ovu liniju argumentacije, ne bi bilo neophodno da *nondum conceptus* ikada bude začet i rođen da bi postao fizičko lice, već bi bio fizičko lice jer mu pravo pripisuje pravnu sposobnost. Razlog zašto bi mu pravna sposobnost bila pripisana jeste da bi mu bila ponuđena pravna zaštita, pa se tako sugeriše da *nondum conceptus* ima sopstvene interese koji zahtevaju pravnu zaštitu, kao što, na primer, životinje imaju sopstvene interese. Ipak, pripisivanje prava još nezačetom donosi druge probleme, kao što su konflikti sa pravima majke u slučaju abortusa ili nemogućnosti da se sprovede istraživanje matičnih ćelija koje uključuje uništavanje embriona. Treba imati u vidu i da između još nezačetog čoveka i budućeg, rođenog čoveka postoji neraskidiva veza. Pravna zaštita eventualnih povreda koje mogu nastati pre začeća i postoji isključivo da bi se zaštitio rođeni čovek i život koji će on živeti.

6. Zaključak

Na kraju, možemo zaključiti da *nondum conceptus* nije zasebni pravni subjekt koji može samostalno da egzistira već je neraskidivo povezan sa budućim licem koje će rođenjem dobiti pravni subjektivitet. Uostalom, sve ono što se desi tokom faza razvoja koje prethode pripisivanju pravne sposobnosti može uticati na buduću, stvarnu osobu. Upravo zato bi *nondum conceptus* možda i mogli predstaviti kao očekivanje ljuds-

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ M. Gessen, Pravo da se imaju prava, *The New Yorker*, objavljeno 03.05.2018, <https://pescanik.net/pravo-da-se-imaju-prava/>, 12.07.2018.

kog bića koje služi da stvarno rođeno biće zaštiti od eventualne povrede. Međutim, iako propisi u oblasti reproduktivne medicine zahtevaju da se potencijalne, buduće osobe, tretiraju „sa očekivanim poštovanjem koje pripada stvarnim osobama“, takvim normiranjem upada se u zamku da propisi zapravo određuju čiji život je vredan življenja. Značaj ili vrednost statusa nezačetog se odbacuje zbog činjenice da njegovo postojanje može biti sprečeno pod pretpostavkom da je to u njegovom najboljem interesu, što je dosta kontroverzno. Zato je neophodno pokloniti *nondum conceptus-u* više pažnje i istražiti šta taj subjekt zapravo predstavlja, koje su njegove karakteristike i kako on funkcioniše u propisima. Potrebno ga je analizirati mimo postavljenih granica tradicionalnog shvatanja pravne sposobnosti fizičkih lica i definisati nove konstrukte za subjekte kao što je još nezačeti čovek.

Nesumnjivo je da postoji mogućnost da čovek bude oštećen u svom prirodnom razvoju i pre začeca i tu činjenicu pravni poredak ne može zaobići. Prirodna povreda čoveka u svom razvoju u bilo kom momentu pre rođenja jeste deo uzročnog niza, koji vodi do pravne povrede u momentu rođenja.⁶² Uprkos tome, nema potrebe da se odstupi od opšte usvojenog stava u pravu da se tek sa rođenjem deteta stiče pravna sposobnost. Zato bi bilo logičnije istraživati potencijalnu ekspanziju pravne zaštite interesa koji odgovaraju pravnoj sposobnosti obzirom da i entiteti koji nemaju pravnu sposobnost mogu imati pravno relevantne interese.

Literatura

- Bockemuhl L., *Schutz und Recht des Ungeborenen im deutschen und angloamerikanischen Recht*, Aachen 1995.
- Buchner F., *Der Mensch in der Sicht moderner Medizin*, Freiburg-Basel-Wien 1985.
- Buchanan A., Brock D.W., Daniels N., Wikler D., *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Harel A., „Theories of rights“, in: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. W.A. Edmundson, M. P. Golding), Blackwell, Cambridge 2005, 191-206.
- Haaf L.T., „Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction“, *Laws*, Vol. 5,

⁶² V. D. Stojanović, „O direktnoj odgovornosti za štete koje pretrpi još nerođeno dete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 9/1970, 101-109.

1/2016, 1-16.

Haaf L.T., „Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches—The Subject of Rights and the Subject of Interests“, *German Law Journal*, Vol. 18, 5/2017, 1091-1120.

Harris J., *The Value of Life*, Routledge, London 1985.

Kostović I., Judaš M., „Neurobiološki temelji funkcije mozga tokom prenatalnog razvitka čoveka“, u: *Etika i pravo u humanoj reprodukciji* (ur. A. Kurjak, Z. Šeparović), Zagreb 1990.

Kurjak A., *Očekujući novorođenče*, Zagreb 1987.

Kurjak A., Zvonimir Šeparović, *Etika i pravo u humanoj reprodukciji*, Grafocentar, Zagreb 1990.

Kelsen H., *Introduction to the Problems of Legal Theory (A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law)*, prevod Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2004.

Lawson H., „The creative use of legal concepts“, *New York University Law Review*, 32 (1957), 909-925.

Merz H., „Anfang und Ende der Persönlichkeit“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 6/1957.

Novakov Mikić, A., „Razvoj bebe po nedeljama“, u: *Opstercija* (red. D.S. Dinulović), Beograd 1996.

Naujoks H, Wolf E, *Anfang und Ende der Rechtsffahigkeit des Menschen*, Klosterman, Frankfurt a.m 1955.

Naffine N., *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing, Portland 2009.

Pozaić V., „Rasprava o početku ljudskog života“, *Obnovljeni život*, Vol. 42, 1/1987, 47-60.

Petersen P, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, Stuttgart 1986.

Simić Jelena, *Pravna zaštita nasciturus-a i nondum conceptus-a*, magistraski rad, Pravni fakultet Univerzitet Union u Beogradu, Beograd 2009.

Stojanović D., „O direktnoj odgovornosti za štete koje pretrpi još nerođeno dete“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 9/1970, 101-110.

Schmitt J., *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, München 2001.

Tur R., „The ‘person’ in law“, in: *Persons and Personality: A Contemporary Inquiry* (ed. A. Peacocke, G. Gillett), Basil Blackwell, Oxford 1987.

Šarčević E. (ur), *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog sud*, Fondacija Konrad Adenauer 2009.

Vodinelić V. V., „Moderni okvir prava na život“, *Pravni život* 9/1995, 3-41.

- Vodinić V.V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerzitet Union i Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Vujaklija M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1961.
- Weber D., *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschaden*, Berlin 1988.
- Wagner G., *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III*, München 2004.

Pravni izvori

- Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, <https://rm.coe.int/168007f2ca>.
- Case *Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, 05.09.2002.
- Case *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, 10.04. 2007.
- Case *S.H. and others v. Austria*, App. No. 57813/00 , 3.11. 2011.
- Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20biomedicini.pdf.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>.
- Netherlands Embryos Act, <http://www.ccmo.nl/attachments/files/embryos-act.pdf>.
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, <http://www.bgcentar.org.rs/dokumenti/medunarodni-dokumenti/>.
- Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o nasleđivanju RS, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 i 101/2003 – odluka USRS.

Izvori sa interneta

- Gessen M, *Pravo da se imaju prava*, The New Yorker, 03.05.2018, <https://pescanik.net/pravo-da-se-imaju-prava/>.

Jelena Simić, PhD

Assistant Professor

Union University, School of Law

THE LEGAL ISSUES IN DEFINING THE DOMAIN OF LEGAL PROTECTION OF *NONDUM CONCEPTUS*

Summary

Legal science and practice has long been interested in the protection of an unborn life, both the one conceived in vivo, naturally, and the one conceived in vitro, by means of artificial insemination. Due to the rapid development of biomedical technology, we are becoming increasingly familiar with risk factors for a child's existence that could leave it with physical and psychological consequences, such as serious genetic diseases or infectious diseases that a mother could transfer to her child through her blood at the very moment of conception. Since such risk factors can be prevented only before conception, the only way to preclude potential damage is to consider the child's interests before it is conceived. That is why it is important to establish the status of an unconceived person, *nondum conceptus*. Even though it exists as one of three legally recognized stages in relation to the occurrence of a person's legal capacity, there are numerous dilemmas about what this subject actually represents, its characteristics and how it functions within the law. The author concludes that the status of *nondum conceptus* requires analysis beyond the existing limits of the traditional comprehension of natural persons' legal capacity and that it also calls for defining new concepts and constructs for subjects such as unconceived humans.

Keywords: legal capacity, *nasciturus*, *nondum conceptus*, right to life, conception, human dignity.