

Милош Живковић,
студент III године Правног факултета у Београду

ПРАВНИ СТАТУС НАСЦИТУРУСА

Насцитурус означава зачето а још нерођено дете. Медицински посматрано, насцитурус се од 21. дана од зачећа налази у преембрионалној фази, од 21. до 56. дана у ембрионалној а после 56. дана у фетусној фази. Ембрион и фетус се заједнички називају земак (плод) (1). Међутим, за разлику од једноставног фактичког појмовног одређења, правно одређење појма насцитуруса није тако једноставно. Наиме, кључно питање схватања правног појма зачетог а још нерођеног детета је следеће: да ли се насцитурус правно има сматрати човеком или само делом мајке? Дефинитиван одговор на ово питање захтева детаљну анализу правног статуса насцитуруса.

Правни статус сваког субјекта права (имаоника) одређен је у једном правном систему објективним правом. Правни статус може се посматрати са више становишта: са становишта правне, пословне, брачне способности, тестаменталне способности итд. Међутим, основу правног статуса сваког субјекта права (нарочито с аспекта грађанског права, мада и иначе) чине његова правна и пословна способност.

Кад говоримо о правном статусу насцитуруса, а у складу с већ изложеним, прво што ваља напоменути, а што произилази из саме природе ствари, јесте да је правни статус насцитуруса одређен искључиво његовом правном способношћу. Пословна способност као одредница правног статуса насцитуруса из разумљивих разлога не долази у обзир, а као основни и кључни недостатак може се истаћи недостатак способности расуђивања, тј. самог постојања свести и воље.

Питање правне способности (статуса) насцитуруса први пут је постављено још у Римском праву, а манифестовало се у сентеници "Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur" (2). Оно правно правило свој извор има у начелу правичности, а проистекло је директно из потреба праксе. У Римском праву правило "Nasciturus pro iam nato..." првенствено је примењивано у области наследног права (3), и као такво ушло је у процес рецепције у средњем веку. Сходно историјату настајања континентално-европског правног круга, ово правило се одржало у законодавствима већина континенталноевропских земаља. Овако постављена фикција (правило "Nasciturus...") је по својој природи фикција) све до данас у потпуности задовољава потребе праксе, тако да се расправе о правном статусу насцитуруса данас више сусрећу у правној теорији. Наиме, правни положај зачетог

(1) Јаков Радишић, *Експерименти на човечијем ембриону који је створен in vitro - границе допуштености*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 4/92.

(2) Драгомир Стојчевић, Анге Роман, *Directa et regulae iuris*, Београд, 1971, стр. 269.

(3) Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд, 1990.

детета у пракси је сасвим јасан, и њега никакав нови теоријски приступ не може битно променити, али још постоји дилема о томе какву теоријску конструкцију треба применити - да ли се задржати на римској фикцији или је проблем могуће и елегантније и свобухватније решити?

Дакле, срж правног положаја заметка је одговор на питање има ли насцитурус правну способност или не. Одговор прво захтева осврт на стара и савремено учење о правној способности.

Став велике већине правних система је да је правна способност прерогатив свих људи (што их све чини физичким лицима), који је уједно поседују у једнаком обиму и квалитету. Овакав став могао би се назвати учење о општој и недељивој (једнакој за све) правној способности. Међутим, ма како овај став логично звучао, он није искакав природан став, већ је резултат два миленијума дугог правноцивилизацијског развоја. Познато је да су у старом Риму постојале категорије људи који нису имали правну способност - робови, лица *alieni iuris* итд. Такође, Римско право није познавало ни учење о недељивој правној способности већ се она састојала из четири компоненте: *ius conubii*, *ius commercii*, *ius suffragii* и *ius honorum* (4). И у средњем веку обим правне способности разликовао се у зависности од категорије становништва (сталежа). Правна наука углавном заступа став о општој и недељивој (једнакој) правној способности (5), објашњавајући да она припада свим људима од рођења до смрти и то у истом обиму, тако да "се понекад изједначава човек као биолошка јединка са физичким лицем, које као правни појам подразумева двоје: човека као биолошку јединку и правну способност на основу признања од стране правног поретка" (6).

De lege lata у СРЈ, као у осталом и у другим државама, не постоји посебан закон који се посебно бави насцитурусом, већ се закони односе или на људе или на ствари. Стога је пре анализе самих прописа неопходно претходно утврдити да ли се насцитурус има правно сматрати човеком као биолошком јединком или не. Одговором на ово питање може се утврдити да ли се у вези са заметком одступа од учења о општој и недељивој правној способности, а ако се одступа, да ли је то одступање нужно.

Ово друго питање поставља се у вези тренутног става законодавца тј. правне науке као његовог тумача. У правној науци, у вези с правном способношћу насцитуруса, понућено је следеће решење: правну способност за лична права насцитурус стиче одмах и безусловно, она је ограничена само "природом ствари" (нпр. за право на слободно кретање није способан), а за имовинска права правна способност насцитуруса односи се само на права поводом наслеђивања и с тим правима повезане обавезе, али је уједно и условљена - за често дете мора се родити живо (7). Ако насцитуруса сматрамо човеком као биолошком јединком, теза о недељивој (једнакој) правној способности престаје да буде постојана, а ако га не сматрамо човеком ова теза је одржива али се постављају проблеми друге врсте - је ли онда насцитурус само "заштићена ствар", "део тела мајке", има ли он тад лична права и права која Устав гарантује свим "људима".

Реалност и овде нужно мора успоставити изузетак од иначе, у највећем броју случајева, исправног учења, јер правноцивилизацијски ниво и хуманизација права не дозвољавају да се људски заметак сматра само стварју, макар и "заштићеном", или само "делом тела мајке". Учење о недељивој правној способности не дозвољава, међутим, да насцитуруса сматрамо чове-

(4) Обрад Станојевић, *op. cit.*

(5) Андрија Гаме са Љиланом Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1991, стр. 90; Станковић у Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1992, стр. 80.

(6) Станковић у О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 80.

(7) Владимир В. Водинелић, *Грађанско право - уводне теме*, Београд, 1989, стр. 3.

ком јер његова правна способности, према већ изложеном, није истог обима и квалитета као код људи (постоје ограничења како у погледу имовинских, тако и у погледу личних права). У оваквој ситуацији правна наука мора одступити од једног од два става, а тад се по правилу одређује које од два одступања може произвести блаже последице. Како одступање од става да је насцитурус човек има за последицу схватање да је он објект права, тј. да нема адекватну или чак никакву правну заштиту, а одступање од става о недељивој правној способности само промену теоријског становишта, одступа се одучења о недељивој правној способности јер се тиме жртвује много мање добро. О томе да ли је ово одступање нужно биће мало више речи нешто касније.

Дакле, насцитурус се, и правно као и биолошки има сматрати човеком (8).

Прописи СРЈ углавном "ћуте" о насцитурусу, вероватно зато што цео проблем није тако актуелан у пракси. Њега спомиње само Закон о наслеђивању Србије, у чл. 125 (фикција о насцитурусу) и чл. 200 (*curator ventris*), и Закон о браку и породичним односима Србије, чл. 91 (признање очинства насцитуруса). Све остале одредбе које се тичу насцитуруса преваходно се односе на бремениту жену (забрана извршења смртне казне, услови за побачај итд.). Развојем медицине, могућностима оплођења *"in vitro"* и вршења оперативних захвата на ембриону проблем регулисања правног статуса насцитуруса добија на практичном значају тако да је примедба професора Јакова Радишића да је најгоре стање кад нема никакве правне регулативе, кад је "све дозвољено и све забрањено", на месту.

Анализирајмо сад подробније правну способност насцитуруса за имовинска права (и с њима повезане обавезе). Као што је раније речено, тренутан став правне науке је да, што се овог питања тиче, насцитурус има правну способност за имовинска права ограничено - само за права пореклом из наслеђа и с њима повезане обавезе - и условно - под условом да се роди жив. Да бисмо боље разумели овакав став потребно је да изложимо дубљу анализу на основу које се до њега дошло и евентуално уочимо друга могућа решења. Најбољи пример за анализу је управо правна способност насцитуруса за наследна права.

Основно питање у анализи је има ли насцитурус као такав правну способност за наслеђивање. Или, другим речима, може ли насцитурус, док је још заматак, наследити. Доследно спроведена анализа доводи нас до два могућа одговора.

(1) Насцитурус као такав нема способност за наслеђивање већ ту способност има само живорођено дете, с тим што не мора бити рођено у тренутку смрти декујуса већ је довољно да буде зачето (што представља изузетак од општег правила наследног права). Овакав став проистиче из следеће анализе - ако чл. 125 Закона о наслеђивању Србије каже да се зачето дете сматра рођеним ако се живо роди, онда зачето дете не може бити наследник све док се не роди живо; другим речима док не престане да буде "зачето" и постане "рођено" дете *ergo* насцитурус као такав не може наследити, то може рођено дете с тим што је довољно да је зачето у време делације. Дакле, насцитурус уопште није способан за имовинска права.

(8) В. Водинелић у нав. делу, фуснота 3, излаже неке дилеме у медицини и праву о томе од ког тренутка се зачетак има сматрати човеком. У обзир се узима више момената: сам тренутак зачећа, 4. дан по зачећу (успоставља се повратна спрега мајка-заматак), 12. дан (јер се спора више не може делити), па 14. дан по зачећу одн. 28. дан после почетка последње менструације (време нијације), и напоследку 40. дан по зачећу (време процеса образовања великог мозга). С обзиром да је генетска шифра положена самим тренутком зачећа, професор Водинелић накондне промене сматра искључиво квантитативним а не квалитативним па сматра да се зачетак од самог момента зачећа има сматрати човеком.

(2) Насцитурус као такав има правну способност за наследна, али и за сва друга имовинска права. Ако претпоставимо да је сам насцитурус способан да наследи као такав, с тим да услов "да се роди жив" не утиче на његову правну способност већ само на стицање датих права (док је приметак он већ може као такав имати та права, а потпуно их стиче рођењем), онда се његова правна способност има протезати и на остала имовинска права јер "и дете чим се роди има... право својине на стварима које су му купљене и намењене пре порођаја" (9). Ова поставка доводи до става о потпуној правној способности за имовинска права, па се насцитурус правно изједначава са дететом до 7 година тј. потпуно је правно способан и потпуно пословно и деликтно неспособан.

Није тешко приметити да је став наше правне науке различит од оба опречна става понуђена као одговор на дато питање при доследној анализи. Ово, наравно, није због тога што правна наука није доследна, већ је то једна последица примене фикције о насцитурусу. Наиме, правна наука прихвата у нас (по нашим законима) први од понуђених одговора, с модификацијом да, за разлику од осталих имовинских права, насцитурус има способност за наследна права и с њима повезане обавезе, јер фикција делује ретроактивно. Решење у оставинском поступку третира самог насцитуруса наследником, тј. он се сматра наследником већ у моменту смрти оставиоца, а пошто се решење доноси тек кад се очекивано дете роди живо, фикција о насцитурусу делује ретроактивно (10). Једна од могућих замерки оваквом ставу код нас је што превиђа нека имовинска права везана за насцитуруса (нпр. станарско право при додели тзв. "друштвених станова") сматрајући, вероватно, да та права не припадају насцитурусу већ неком другом (родитељима, мајци), што опет не мора да буде тачно. На пример, постојање зачетка могло је породици значити добијање већег стана од предузећа, и то се може тумачити као право које припада оцу или мајци, али исто тако ово проширење стамбеног простора може бити схваћено и као право још нерођеног детета на стан (како је то законодавац вероватно и замислио). Најозбиљнија критика огледа се у ставу - "Не роди ли се дете живо, дакле, не постане субјект права, отпада свака наследноправна могућност..." (11) који у оквиру наследног права не изазива никакав проблем. Овакав став, међутим, пренесен доследно на лична права, оставља зачетак без адекватне правне заштите.

Што се другог понуђеног одговора тиче, оног који полази од тога да насцитурус има пуну правну способност за имовинска права, што ће рећи да се он има сматрати искључиво субјектом права као сваки рођени човек, и он је био прихваћен у законодавствима, како страним тако и нашем. Тако, нпр. Пруски Ландрехт (I, 1, 10) - "Општа права човека припадају и још нерођеној деци, већ од тренутка њиховог зачећа", као и Српски грађански законик (Чест I, глава I, чл. 36 и чл. 43) с тим што чл. 43 поставља услов живорођења ("Дете зачето али још нерођено сматра се у призрењу (стицању, имању) права као да је и рођено, тако да ако се живо роди, добија сва припадајућа права, и та на другог пренаши, ако ли се мртво роди, сматра се као да никад ни зачето било није."). Значи, овде би насцитурус имао потпуну правну способност условљену живорођењем. Основна критика оваквом (јуснатуралистичком) законском решењу је нецелисходност изједначавања насцитуруса с дететом до 7 година јер је рођење ипак "будућа неизвесна чињеница" на би признавање имовинских права насцитурусу проузроковало нејасне ситуације у пракси (нпр. код купопродаје, да ли је власник насцитурус или ко други знаће се тек по рођењу итд.).

(9) Станковић у О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 79.

(10) Борислав Благојевић, Оливер Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр. 76-78.

(11) Б. Благојевић, О. Антић, *op. cit.*, стр. 76-78.

Ако посматрамо само имовинска права изоловано, оба решења су подједнако прихватљива, али ако у обзир узмемо и лична права, јуснатуралистичко решење чини се бољим - јер по њему nascитурус је правно способан, и то без одступања од теорије о општој и недељивој правној способности (што значи да ово одступање није нужно, у смислу ранијег разматрања), а ужива и адекватну правну заштиту. Тако се решење једне "превазиђене" правне школе показује као најпримереније тренутном нивоу правноцивилизацијског развоја и правне етике.

Напоследку, преостаје нам да анализирамо правну способност nascитуруса за лична права. Лична права су, по дефиницији, субјективна права на личним добрима, апсолутна су и делују *erga omnes*. Објект личног права су лична добра - добра која су најнепосредније и најпераскидивније повезана са лицем. Нека од тих добара односе се на физичку страну личности, нека на афективну а нека на социјалну. По својој садржини, лична права се састоје од права на уживање и права на располагање, по природи су права власти, а приликом заштите претварају се у права тражења - имају свој "захтев". Лична права нису неограничена - ограничења најчешће проистичу из процеса "одмеравања добара и интереса". Лична права припадају правним субјектима који имају лична добра, било они физичка или правна лица. Како смо већ раније изложили да се nascитурус има сматрати човеком као биолошком јединком, лична права припадају и њему, тј nascитурус је правно способан за лична права. Међутим, круг личних права се мења током живота, тј. сваки човек нема иста лична права.

Имајући у виду све ове основне одлике личних права правна способност nascитуруса за њих првенствено је повезана с кругом личних добара која он има. С обзиром да не постоји *numerus clausus* личних добара (права), то можемо истаћи нека "типична" добра која има nascитурус и над којима он има лична права: из области "физичких добара" то су живот, телесни интегритет, здравље; из области "афективних добара" то је право на афективни интегритет (на заштиту од непошења бола); из области "социјалних добара" то је право на људско достојанство. Nасцитурус, такође, нема иста овлашћења у погледу личних права као рођен човек - он има превасходно право на уживање, не на располагање, и то како због тога што су углавном у питању непрениосива лична права тако и због тога што се за располагање личним добрима тражи пословна способност. Дакле, став изнет у нашој правној науци је да је nascитурус правно способан за она лична права "која по својој природи не подразумевају да је човек већ рођен", и то безусловно и одмах (12). Његова права била би: право на живот, право на телесни интегритет, право на здравље, право на приватност, право на лично достојанство итд. Постојање ових права у СРЈ извлачи се из генералних одредби Устава СРЈ (чл. 22), Устава РСГ (чл. 20) и Закона о облигационим односима (чл. 157, 199) - у питању је тзв. опште лично право. У погледу тренутка стицања ових права (13) постоје различити ставови у теорији, али је чињеница да, упркос неким разликама у правном режиму (побачај као ограничење права на живот nascитуруса је до трећег месеца трудноће практично потпуно слободан, а после тога не), nascитурус има од самог зачећа свој јединствени непоповљиви генетски код на представља људско биће од тог тренутка и од тог тренутка му се имају признати лична права.

Лична права nascитуруса су ограничена првенствено правима мајке, али могу бити ограничена и неким другим правима (нпр. право на приватност правом на слободу штампе и правом на контролу органа власти). Правна способност за лична права nascитурусу омогућава адекватну заштиту -

(12) В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 3. Иначе, подела личних добара на физичка, афективна и социјална преузета је од професора Водинелића.

(13) Види фусноту 8.

право на живот је ограничено законом (као уосталом и за рођене људе), медицински захвати дозвољени су по општим правним условима дозвољености, забрањено је саопштити податак или истраживати очинство код доногене хетерогене инсеминације, забрањено је изнети податак да је заражен приликом давања крви мајци итд. Ваља напоменути да би, у случају да се насцитурус сматра само "делом мајке", он имао одређену правну заштиту која би била квалитативно лошија јер телесни део никако не може имати лична добра као што су приватност или људско достојанство.

Овако схваћеној правној способности насцитуруса зачетог "in vivo" (и оног зачетог "in vitro", али после индације - убацивања у материцу будуће мајке) може се учинити само једна замерка, и то управо она чији смисао даје чл. 801 Општег имовинског законика за Црну Гору (иако се овај законик личним правима не бави) (14). Наиме, теоријска поставка, према правна способност значи потенцијал а не реално стање, може гласити и тако да је насцитурус правно способан за сва лична права без изузетка, с тим што он истински поседује само она права која се односе на лична добра која има. Додуше, могло би се рећи да је посреди таутологија, да се говори исто само другим речима, али изложити ствар на овакав начин ипак изгледа елегантније, нарочито ако се у виду имају и имовинска, а не само лична права.

Посебно питање представља правна способност зачетог вештачки, "in vitro", за лична права (15). Фундаментално питање је сме ли се јајна ћелија вештачки оплодити у било коју другу сврху сем изазивања трудноће жене. Наравно, стоји и питање да ли је насцитурус зачет "in vitro" човек или ствар у периоду до индације (овде се он, логично, не може сматрати делом тела мајке). Ако изолујемо посматрање вештачки оплођене јајне ћелије од оплодње до индације, како је и да ли је тај плод заштићен? Има ли он право на живот, достојанство, интегритет, јесу ли експерименти на њему забрањени или не (мисли се на научне, а не на терапијске експерименте тј. експериментални начин лечења)? Може ли се приликом решавања овог проблема "имитирати природа" у којој око 50% зачетака пропада? Као што видимо, проблем није нимало једноставан, а питања је, бар код нас, много више него одговора. Иако је проблем релативно нов, неке државе су већ донеле посебне прописе који регулишу ову материју. Пре него што изложимо различита решења из упоредног права, потребно је напоменути да је насцитурус, без обзира како је зачет, личност у складу са Општом декларацијом о људским правима.

(1) Немачка. У Немачкој је 1990. године донет "Gesetz zum Schutz von Embryonen" - Закон о заштити ембриона, чије су основне поставке да насцитуруса зачетог "in vitro" третира као човека, не дозвољавајући вештачку оплодњу ни у једну другу сврху изузев изазивања трудноће жене. Овај закон не дозвољава научне експерименте на насцитурусу, одбацујући концепт "имитације природе" који би омогућио употребу 50% плодова за експериментисање (они би тиме постали ствари). Закон је пул прохибитивних норми и чак појединачно набраја забрањене радње (уз генералну забрану), што показује неспорезење законодавца према научним институцијама и индустрији, у којој се иначе плодови користе (за израду боја, хемијских препарата и сл.).

У Немачкој је, дакле, победила хумана струја и насцитурус зачет "in vitro" има исту правну способност за лична права као и онај зачет "in vivo".

(14) Чл. 801 Општег имовинског законика за Црну Гору гласи: "Ималац се, у народном језику, зове свако ко има нешто у имовини својој. - Имаоцик је, пак, у овоме Законику, не само онај који доиста нешто има, него уопште сваки човек, па и свака установа (као држава, црква итд.), којима се признаје право и подобност имати своју сопствену имовину.", наведено према О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 79.

(15) Сви подаци о овој материји узети из нав. чланка Ј. Радишића.

(2) Енглеска. У Енглеској је 1991. донет "Human fertilisation and embryology act". Овај Закон одликује другачији прилаз проблему, полази се од "светости" приватности па се поставља питање легитимности било каквих ограничења. Основна поставка овог закона је да насцитуруса зачетог "in vitro" првих 14 дана третира као ствар, уз све последице које отуд произилазе - могућа производња плодова за научне и индустријске сврхе итд.

У Енглеској је индустријски и истраживачки интерес стао испред хуманости на хијерархији вредности, па насцитурус зачет "in vitro" представља, правно посматрано, ствар.

Што се СР Југославије тиче, код нас је теорија углавном прихватила став приближан Немачкој (16), али у пракси ситуација је другачија јер закона о овој материји нема па је "све дозвољено и све забрањено". Овакво постојање правне празнине не може ни једном правном систему служити за похвалу па остаје само нада да ће у догледно време закон из ове области бити донет, јер је боље имати и лош закон него никакав.

Из свега изнетог о правном статусу насцитуруса произилази да је раније изнето решење понуђено у нашој правној науци de lege lata потпуно коректно у погледу имовинских и личних права насцитуруса, уз напомену да решење de lege lata о статусу насцитуруса зачетог "in vitro" не постоји. Међутим, ако анализирамо ово питање de lege ferenda, могуће је изложити следећу слику правног статуса насцитуруса:

Насцитурус је потпуно правно способан како за имовинска тако и за лична права, било да је зачет "in vivo" или "in vitro", с тим да је његова правна способност за имовинска права и с њима повезане обавезе условљена живо-рођењем.

(16) Ј. Радишић, нав. чланак.