

Горан Георгијевић⁰

**НОВЧАНА НАКНАДА МОРАЛНЕ ШТЕТЕ
ПРОУЗРОКОВАНЕ ГУБИТКОМ НЕРОЂЕНОГ
ДЕТЕТА**

1. У пресуди Рев. 2606/99 од 6. октобра 1999. године Врховни суд Србије је изложио следеће становиште:

„У случају смрти неке особе суд може досудити члановима његове уже породице (родитељима, брачном другу) правичну новчану накнаду за њихове душевне болове (члан 201. став 1. Закона о облигационим односима).

Питање да ли тужиља има у овом случају право на накнаду штете за душевне болове које је претрпела зато што је у незгоди задобила нагњечење материце, крварење плода у деветом месецу трудноће и као последицу смрт плода, представља примену материјалног права.

По оцени Врховног суда тужиљи припада право на накнаду штете по наведеном основу, без обзира на то што у време штетног догађаја дете није било живо рођено.

Из садржине списка и утврђења суда следи да је до повреде фетуса, плода људског бића и затим његове смрти дошло док се налазило у телу мајке приликом саобраћајног удеса. Медицинска наука сматра да фетус у деветом месецу трудноће мајке, која има нормалан ток, има виталне функције које га чине способним за живот изван мајчиног тела, због чега се има сматрати људским бићем и пре рођења. То што фетус није лице, као што ће по рођењу дете постати, не значи да је обична ствар.

Душевни бол тужиље због смрти још нерођеног детета у овом случају је неизмеран и основно начело правичности тражи да се новчана сатисфакција тужиљи за овај бол надокнади. Према томе тужиљи припада накнада штете за душевне болове које

⁰ Горан Георгијевић, асистент Правног факултета у Београду.

је претрпела смрћу заметка људског бића у њеном телу, које још није рођено.“¹

2. Сасвим супротно је поступио Врховни суд Босне и Херцеговине у својој пресуди Гж 1914/74 од 5. децембра 1974. године. Наиме, првостепеном пресудом био је обавезан тужени да тужиоцима (родитељима) накнади штету за претрпљене душевне болове због губитка нерођеног детета. Тужени се на ту пресуду жалио. Врховни суд је уважио жалбени приговор и преиначио је првостепену пресуду одбијајући тужбени захтев тужилаца. Ево који су били разлози на којима је Врховни суд засновао своју одлуку:

„Оправдано тужени истиче да тужиоцима не припада право на новчану сатисфакцију за претрпљене душевне болове за нерођено дете – сина, јер досадашња судска пракса не познаје овај вид накнаде штете (ноторно је да се са дјететом успоставља присан психички однос тек када се живо роди, па само због губитка тога дјетета долази до интензивних душевних болова који дају право на накнаду за овај вид неимовинске штете).“²

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

3. Новчана накнада неимовинске, моралне штете је једно од питања грађанског права коме правни писци не дају уједначен одговор. Истичу се у исто време разлози за и против. Док једни страхују од нечасне трговине човековим личним добрима други сматрају да новчана накнада моралне штете представља израз морализације права.³ Пред аргументима за и против ове врсте накнаде моралне штете сваки правни систем одговара на начин који му се чини најприкладнијим. Тако је поступио и наш законодавац уређујући ову материју члановима 200, 201. и 202. Закона о облигационим односима.⁴ У обе судске одлуке које ће

¹ Николић Ђ., *Практикум за облигационо право*, БИГ штампа, Београд, 2001, стр. 219.

² Збирка судских одлука, 1976, књига I, свеска 3, стр. 121.

³ Радишић Ј., *Облигационо право*, општи део, Номос, Београд, 6. издање, 2000, стр. 280; детаљније о разлозима за и против новчане накнаде нематеријалне штете у Станковић О., *Новчана накнада неимовинске штете*, Сервис Савеза удружења правника Југославије, Београд, 1963, стр. 28–41.

⁴ За разлику од нашег права у Француској је уређење питања новчане накнаде моралне штете препуштено судској пракси. У појединим раздобљима услови које она по-

бити предмет анализе поставило се исто питање : да ли тужиља има право на новчану накнаду за душевне болове које је претрпела због губитка нерођеног детета?

4. У првом наведеном случају, који је разматрао Врховни суд Србије, тужиља је учествовала у извесној незгоди (реч је о саобраћајном удесу) у којој је задобила нагњечење материце. Она се у том тренутку налазила у деветом месецу трудноће. Нагњечење материце довело је до крварења плода. Због тог крварења дошло је до губитка плода. Тужиља је због губитка нерођеног детета трпела душевни бол велике јачине. У другом случају, који је расправљао Врховни суд Босне и Херцеговине, тужиоци су очекивали рођење мушког детета. Дете је изгубљено услед штетникове радње и то док још није било рођено.

5. У оба случаја тужиоци су тражили новчану накнаду за претрпљене душевне болове за нерођеним дететом. Док се Врховни суд Србије сагласио са досуђивањем такве накнаде оштећеној Врховни суд Босне и Херцеговине није допустио новчану накнаду за душевне болове које су трпели тужиоци услед губитка нерођеног детета.

6. Супротстављеност ставова је била заснована на супротстављању аргумената два врховна суда. Врховни суд Србије је истакао да тужиља применом члана 201. Закона о облигационим односима има право на тражену новчану накнаду упркос томе што дете у време када је дошло до штетног догађаја није било живо рођено. Фетус у деветом месецу трудноће мајке која има нормалан ток, има виталне функције које га чине способним за живот изван мајчиног тела. Због тога се има сматрати људским бићем и пре рођења. То што фетус није лице, као што ће по рођењу дете постати, не значи да је обична ствар. Будући да је душевни бол тужиље у конкретном случају неизмеран основно начело правичности тражи да се да новчана сатисфакција тужиљи за претрпљени душевни бол. Насупрот, Врховни суд Босне и Херцеговине се задовољио тврђењем да се између родитеља и детета успоставља присан психички однос тек када се оно живо роди. Само због губитка живорођеног детета долази

ставља с циљем добијања поменуте новчане накнаде су строжи док су у другом блажи. О томе Terré F, Simler Ph., Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 8e éd., 2002, p. 691–692.

до интензивних душевних болова који дају право на накнаду за овај вид неимовинске штете. Осим тога, позиција дотадашње судске праксе није била наклоњена давању новчане накнаде за душевне болове у случају губитка нерођеног детета.

7. У конкретним случајевима, уз помоћ наведених чланова Закона најпре је требало истражити под којим условима се може добити новчана накнада неимовинске штете и да ли су *in concreto* ти услови били испуњени. Потом је ваљало дати одговор на питање која су то лица којима припада право на новчану накнаду за душевне болове који могу бити проузроковани усмрћењем блиског сродника. Уколико у тај круг улазе родитељи (у погледу душевних болова причињених смрћу детета), а по решењу Закона о облигационим односима несумњиво улазе, поставља се питање да ли плод, односно нерођено дете, може да буде изједначен са рођеним дететом у погледу права родитеља на новчану накнаду за претрпљене душевне болове због смрти детета. Другим речима, да ли нерођено дете треба да буде посматрано као живо биће или као ствар и да ли је члан 201. Закона о облигационим односима примењив на нерођено дете или не? Као последња дилема може се навести старост фетуса као евентуални критеријум који би разграничио плод-ствар од плода-детета.

8. Дакле, да би једна особа стекла право на накнаду моралне штете коју трпи због смрти блиског лица неопходно је да буду испуњени услови постављени чланом 200. Закона о облигационим односима. Ништа не изазива озбиљнију сумњу у погледу испуњености поменутих услова у анализираним случајевима. (I) Ипак, ту није крај „хода по мукама“ родитеља који су изгубили своје нерођено чедо, будући да се основано може поставити питање протезања члана 201. Закона о облигационим односима на дете које није доживело тренутак рођења. Изгледа да снажнији аргументи подупиру схватање да је дете живо биће а не ствар, и то у сваком тренутку трудноће мајке, те да стога на њега треба применити члан 201. став 1. Закона о облигационим односима. (II)

I. Испуњеност услова из члана 200. Закона о облигационим односима у анализираним одлукама

II. Досуђивање новчане накнаде родитељима за претрпљене душевне болове засновано на схватању о фетусу као детету

I. ИСПУЊЕНОСТ УСЛОВА ИЗ ЧЛАНА 200. ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У АНАЛИЗИРАНИМ ОДЛУКАМА

9. Док је чланом 200. Закона о облигационим односима јасно дефинисано под којим условима једно лице може да добије новчану накнаду моралне штете па између осталог и новчану накнаду за претрпљене душевне болове услед смрти блиског лица, чланом 201. Закона о облигационим односима је на недвосмислен начин омеђен круг лица којима у овом последњем случају припада право на правичну новчану накнаду.

Испуњеност услова из члана 200. Закона не би озбиљније могла да буде доведена у питање у анализираним одлукама. Закон о облигационим односима допушта накнаду моралне штете у тачно одређеним случајевима који се односе на прецизно утврђене врсте претрпљене штете и уз задовољење тачно одређених критеријума.

У конкретном случају претрпљена је штета чију накнаду у новцу Закон о облигационим односима допушта. (А) Осим тога, рекло би се да су критеријуми који допуштају досуђивање новчане накнаде у посматраном случају, иначе прописани Законом о облигационим односима, задовољени. (Б)

А) Постојање штеће због претрпљених душевних болова услед смрти блиског лица као један од услова права на новчану накнаду

10. Закон о облигационим односима није губио из вида приликом уређења питања новчане накнаде нематеријалне штете то да она треба да буде изузетног карактера. Стога, Закон о облигационим односима није допустио да постоји право на новчану накнаду у свим случајевима када је претрпљена одређена штета која се не може изразити имовински.

Посебна ограничења у погледу врсте штете која може да буде поправљена правичним новчаним износом не постоје када је реч о штети која потиче од нанетих физичких болова или страха. Свака штета која потиче од претрпљених физичких болова или страха може да добије новчану сатисфакцију уколико су испуњени критеријуми предвиђени Законом о облигационим односима.

11. Насупрот томе, Закон о облигационим односима је применио један ограничавајући приступ када је реч о штетама

које потичу од претрпљених душевних болова. Такве штете могу да буду бесконачно бројне а њихова накнада у неокрњеној укупности не би била пожељна са становишта друштвене корисности. Тако на пример, душевни болови које трпи једно лице због тога што му се најбољи пријатељ извесно време не јавља и не интересује се за њега или душевни болови које је једно лице претрпело гледајући потресан филм или емисију на телевизији остају ван поља где право задире. Исто тако, душевни болови пријатеља преминулог или дружбенице са којом је покојник провео „неколико лепих тренутака“ не улазе у поље примене Закона о облигационим односима. Само у случајевима када је то законодавац сматрао незаобилазним дато је право на новчану накнаду због претрпљених душевних болова. Поменута незаобилазност се заснива на друштвеној корисности давања новчане накнаде штете због претрпљених душевних болова. У нашем правном систему неприкосновени „власник“ процене друштвене корисности поменуте накнаде био је законодавац. Тако, право на новчану накнаду штете због претрпљених душевних болова постоји онда када су ти болови последица наружености, умањења животне активности, повреде части, угледа, слободе или права личности уопште, те смтри блиског лица. У свим осталим случајевима српски законодавац је искључио новчану накнаду као непожељну.⁵

12. У конкретним случајевима могло би се рећи да је прва премиса права на новчану накнаду родитеља, било да се та реч

⁵ Упркос релативно јасном омеђењу моралних штета чију накнаду у новцу законодавац допушта од оних које остају изван сфере интервенције законодавца постоје случајеви у којима није лако дати одговор на питање да ли би требало дати новчану накнаду за претрпљене душевне болове. Тако, професор Станковић наводи питање накнаде у новцу моралне штете коју трпи преварени муж. Док француски и енглески судови, каже он, дају накнаду у новцу на тај начин претрпљене моралне штете наши судови то не чине због тога што се такви захтеви једноставно ни не постављају. Занимљиво је лично мишљење аутора о судбини захтева превареног мужа да му се да новчана накнада за претрпљене душевне болове. Он сматра да би таква накнада у условима некада постојећег социјалистичког морала изазвала подсмех средине те да је ни под којим условима не би требало дати. О томе, Станковић, наведено дело, стр. 98. Рекло би се да ништа не оправдава тако строг став доктрине и евентуалне судске праксе о напред наведеном питању. У брак свако лице улази са оправданим очекивањем верности свог брачног друга. Више од свега, сваки брачни друг може очекивати физичку верност оног другог. Супротно понашање би представљало непосредну повреду чланова 16. и 200. Закона о облигационим односима. Да ли је реч о социјалистичком, капиталистичком или неком другом моралу који је на снази у датом друштву и у датом тренутку од малог је значаја. Мужу чији су част и углед повређени прелубничким понашањем супруге требало би дати правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове. Исто би требало да важи и у случају да прељубу почини супружник мушког пола.

употребљава у једнини или множини, испуњена. Због губитка плода у току трудноће мајке родитељ или родитељи трпе одређене душевне болове. Због тога би се могло рећи да у конкретним случајевима родитељи трпе душевне болове због смрти блиског лица. Ипак, неопходно је већ на овом месту условити снагу овог утврђења питањем на које ће одговор бити дат у нешто каснијим разматрањима: да ли се може говорити о смрти детета у случају када оно није било ни рођено, то јест док није било напустило тело мајке?

Чак и када буду прузроковане штете о којима члан 200. Закона о облигационим односима води рачуна то није довољно да би могао да буде постављен захтев за добијање правичне новчане накнаде. Потребно је да буду задовољени одређени критеријуми који додатно сужавају право на новчану накнаду нематеријалне штете.

Б) Испињеност̄ in concreto законских критеријума за досуђивање новчане накнаде

13. Закон о облигационим односима поставља један услов посебног карактера и неколико који се могу схватити као општи. Наиме, право на новчану накнаду нематеријалне штете је условљено пре свега *јачином и трајањем претрпљених болова и страхова*. Нема сумње да болови и страх слабијег интензитета и краћег трајања не дају право на новчану накнаду.⁶ Исто тако, са лакоћом се намеће закључак да болови и страх јачег интензитета и дужег трајања дају право на новчану накнаду. Судска пракса узима у обзир болове и страх средњег интензитета и трајања.⁷ Чини се да слабија јачина болова и страхова не би могла да оправдају новчану накнаду без обзира на дужину њиховог трајања. Сасвим супротно, чини се да би болови и страх изузетног интензитета могли да оправдају новчану накнаду чак и када би били краћег трајања,⁸ али то не би могло да важи за средњу јачину болова и страхова.

⁶ Николић, *наведено дело*, стр. 221–222. (Пресуда Окружног суда у Београду Гж. 5171/99 од 30. септембра 1999.)

⁷ Николић, *наведено дело*, стр. 175. (Врховни суд Србије, Рев. 3874/99 од 17. фебруара 2000.)

⁸ Сасвим супротно мишљење о том питању може се пронаћи у судској пракси. Николић, *наведено дело*, стр. 225. (Пресуда Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 119/99 од 29. јануара 1999.) Као допунски критеријум, сасвим супротно намери законодавца, суд је захтевао, како би досудио новчану накнаду, да интензивни страх доводи до трајног на-

Ваља напоменути да је одређивање јачине и трајања болова и страха задатак који би судија морао да препусти без поговора стручњацима из области медицине и психологије.

14. У првој разматраној одлуци Суд употребљава помало неправнички израз како би истакао да тужила трпи душевне болове велике јачине због губитка фетуса. Наиме суд говори о *неизмерном душевном болу* који трпи тужила те сматра да правичност налаже да јој се да право на новчану накнаду. Суд се није бавио питањем трајања тих болова. Чини се да за тим није ни било потребе и то из најмање два разлога. Прво, као што је речено, изгледа да у наведеном случају и кратко трајање душевних болова велике јачине оправдава давање новчане накнаде. Друго, чак и кад не би било тако, тешко је замислити родитеља чији се душевни болови велике јачине преко ноћи претварају у болове ниског интензитета.

15. У другој анализираној одлуци Врховни суд Босне и Херцеговине је дао два аргумента која већ на овом месту заслужују критике. Најпре, своју одлуку је поменути суд засновао на постојању раније судске праксе која допушта право на новчану накнаду у разматраној врсти случајева. Чини се да је на тај начин Врховни суд Босне и Херцеговине показао одсуство спремности да озбиљно размотри да буде тај ко ће да створи један нови образац за примену права у погледу права на новчану накнаду за претрпљене душевне болове у случају губитка фетуса. Рекло би се да кроз призму тог оклевања треба да буде разматран и други аргумент који је суд дао. Наиме, суд је сматрао да се само са рођеним дететом може успоставити присан психички однос. Само због смрти већ рођеног детета могу да буду претрпљени душевни болови веће јачине што оправдава досуђивање новчане накнаде. Рекло би се да сам живот оповргава овакав начин резонавања. Могуће је да постоје родитељи који према свом живом детету не гаје никаква или гаје слаба осећања. У случају његове смрти могло би да се деси да не трпе душевне болове велике јачине и дужег трајања. Још је вероватније да се родитељи емотивно вежу за своје нерођено дете и да због његовог губитка док се још налази у утроби трпе душевне болове високог интензитета и дужег трајања.

рушавања психичке равнотеже оштећеног. Супротно: Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 6937/98 од 4. фебруара 2000, Николић, *наведено дело*, стр. 225.

Дакле, чињеница да ли је плод напустио тело мајке или не, не би могла да утиче пресудно на јачину осећања која родитељи гаје према још увек нерођеном детету и самим тим на јачину болова које би могли да трпе због губитка плода.

16. Осим овог напред посматраног критеријума Закон о облигационим односима поставља и друге. Сва ова остала мерила изражавају захтев да досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете не буде у супротности са јавним поретком. Због тога члан 200. став 2. Закона о облигационим односима налаже суду да води рачуна о значају повређеног добра, циљу накнаде као и о томе да се давањем накнаде не погодује недопуштеним тежњама. Реч је дакле о општим критеријумима који представљају један заштитни механизам који је стављен на располагање судији како би заштитио друштво у чије име иступа.

У анализираним случајевима није било неопходно да судија посегне за поменутиим заштитним механизмом. Јавни поредак није био доведен у опасност, те судија није посебно разрађивао критеријуме прописане чланом 200. Закона о облигационим односима.

17. Док члан 200. Закона о облигационим односима не изазива веће недоумице у вези са својом применом на конкретне случајеве то исто се не би могло рећи када је реч о примени члана 201. става 1. Закона о облигационим односима. Наиме, извесне недоумице постоје када треба схватити природу фетуса.

II. ДОСУЂИВАЊЕ НОВЧАНЕ НАКНАДЕ РОДИТЕЉИМА ЗА ПРЕТРПЉЕНЕ ДУШЕВНЕ БОЛОВЕ ЗАСНОВАНО НА СХВАТАЊУ О ФЕТУСУ КАО ДЕТЕТУ

18. Члан 201. Закона о облигационим односима оставља места за извесне недоумице начелног карактера.⁹ Поједини из-

⁹ Најпре, чини се необичним разликовање браће и сестара и ванбрачних другова у погледу права на новчану накнаду за претрпљене душевне болове услед смрти блиског лица с обзиром на трајање заједнице живота са покојником. Наиме, сасвим је разумљива жеља законодавца да ограничи право на новчану накнаду само на такозване блиске сроднике. Међутим, изгледа необично да се право на новчану накнаду условљава постојањем трајније заједнице живота између покојника и блиског сродника. Да ли чињеница трајније заједнице живота може заиста да утиче на интензитет осећања брата према сестри, једног ванбрачног друга према оном другом? Да ли је оправдано заснивати на тој чињеници дискриминацију браће и сестара и ванбрачних другова у погледу права на новчану накнаду, упркос томе што би могло да се деси да душевни болови брата због

рази употребљени у члану 201. Закона о облигационим односима такође могу да изазову недоумице. Наиме, у случају смрти блиског лица Закон даје право на новчану накнаду, без испуњења додатних услова, родитељима, брачном другу и деци.

Питање се може поставити, и оно је у конкретним случајевима и било постављено, да ли је родитељ у смислу члана 201. става 1. Закона о облигационим односима само родитељ живо рођеног детета или се узима у обзир и родитељ детета које се налазило у телу мајке а никада није било живо рођено? Другим речима, да ли се дететом у смислу члана 201. Закона о облигационим односима сматра само већ рођено дете или и оно дете које тек треба да се роди?

Погрешно би било веровање да је у конкретним случајевима реч о примени изреке *nasciturus pro iam nato*, будући да се није радило о заштити субјективних грађанских права фетуса (наследноправне природе на пример).¹⁰ Најпре, у конкретним случајевима не постоји потреба да се фингира рођење фетуса будући да су интереси о којима је реч у анализираним одлукама интереси родитеља који нису дочекали рођење живог потомка. Питање које се уистину поставља *in concreto* је да ли је фетус за време док се налази у утроби мајке живо биће, коме припада право на живот као основно људско и уставно право, или треба да буде третиран као ствар? Од одговора на то питање ће између осталог зависити примена члана 201. става 1. Закона о облигационим односима на дете које је изгубљено пре рођења. Коначно, да ли и какав значај би могла имати старост фетуса у погледу његове природе и самим тим у погледу примене напред поменутог члана Закона?

Чини се да би одговор на постављена питања требало да буде јединствен. Фетус би у току трудноће мајке требало да буде третиран као живо биће од тренутка зачећа. Као последица, члан 201. став 1. Закона о облигационим односима би био примењив и на њега под условом да су испуњене остале премисе прописане Законом о облигационим односима.

губитка сестре буду јачи у случају када они не живе заједно него када живе заједно или да душевни болови једног ванбрачног друга због губитка оног другог буду јачи у случају релативно кратког трајања ванбрачне заједнице него када она траје дуже време. Чини се да би одговор на напред постављена питања тешко могао да буде потврдан.

¹⁰ Стојановић Д., Антић О., *Увод у грађанско право*, Београд, прво издање, 2001, стр. 119–120.

Док је статус фетуса као детета неспоран након десете недеље трудноће (А), извесне недоумице могу да се појаве о природи фетуса пре него што плод наврши десет недеља старости. (Б)

А) Несспорна природа фетуса као детета након навршене десете недеље трудноће

19. Будући да се у разматраној одлуци Врховни суд Босне и Херцеговине задовољио утврђењем да душевни болови родитеља због губитка нерођеног детета не могу бити веће јачине, суд се није бавио питањем да ли је плод који се налази у мајчином телу ствар или живо биће. Због тога нам одлука Врховног суда Босне и Херцеговине не може превише помоћи у расветљавању природе нерођеног детета. Супротно томе, одлука Врховног суда Србије је од помоћи, али ни она не може да да потпуне одговоре на напред постављена питања.

Наиме, у конкретном случају изгубљен је плод који је био стар девет месеци. Дакле, било је остало врло мало времена до порођаја. Суд је досудио правичну новчану накнаду тужиљи, несуђеној мајци, уз образложење да је плод у деветом месецу трудноће чије су виталне функције стабилне и који може да преживи и ван тела мајке живо биће. То што фетус није лице, као што ће то дете по рођењу постати, каже суд, не значи да је обична ствар. Дакле, ради се о живом бићу, детету, које једноставно у тренутку своје смрти још увек није било напустило тело мајке. Логично, члан 201. став 1. Закона о облигационим односима је нашао своју пуну примену у конкретном случају.

20. Анализа мора да се настави. Да ли само фетус стар девет месеци у тренутку када његово постојање престаје заслужује квалификацију живог бића? Другим речима, да ли је само на такав фетус примењив члан 201. Закона о облигационим односима?

Чини се неспорним да би сваки фетус чије су виталне функције стабилне и који може да опстане самостално изван тела мајке требало да буде сматран живим бићем и дететом у смислу члана 201. става 1. Закона о облигационим односима. На питање од ког тренутка фетус може да опстане самостално ван тела мајке одговор треба да дају медицинска наука и пракса.

21. Да ли фетус који не може да опстане самостално ван тела мајке треба да буде сматран живим бићем или обичном

стварју? Да ли то што фетус не може да има живот ван тела мајке треба да значи да у њему нема живота уопште? Чини се да би на претходно питање, бар када је реч о фетусу старом више од десет недеља, одговор требало да буде недвосмислено одричан.

Два разлога могу да буду наведена у прилог схватању да је фетус старији од десет недеља али неспособан да опстане ван тела мајке ипак живо биће.

22. Најпре, медицинска наука указује да се након поменутих десет недеља трудноће јасно формирају први органи једног новог људског живота. Они почињу да функционишу најпре не-самостално, што не значи да једног дана, уколико се све одвија по редовном току ствари, неће достићи потпуну самосталност. Дакле, чињеница да фетус још увек није способан да буде самостално жив не значи да он није способан да буде жив уопште.

23. Осим тога, извесни аргументи чисто правне природе би могли да буду наведени у прилог схватању да се ради о живом бићу у анализираном случају. Наиме, Закон којим је уређено питање прекида трудноће¹¹ само изузетно допушта да трудноћа буде прекинута након што плод буде старији од десет недеља. Ради се о случајевима у којима одређени здравствени или морални разлози, за које је законодавац сматрао да су од изузетног значаја, оправдавају да се нанесе повреда праву на живот фетуса.

Најпре, уколико сам фетус угрожава живот или здравље мајке, законодавац јој допушта да одлучи чему ће дати предност-свом животу и здрављу, или животу и здрављу фетуса.¹²

Осим тога, мајка може да прекине трудноћу и када се може очекивати рођење фетуса са значајним деформитетима, што би могло да буде схваћено као пример антиципиране еутаназије. Законодавац је допустио окончање патњи родитеља и дитета и пре него што су оне заиста и почеле.¹³

На крају, још један ударац праву на живот фетуса старијег од десет недеља је право мајке да прекине трудноћу у случају да је до зачећа дошло извршењем извесних кривичних дела (на

¹¹ Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник Републике Србије*, број 16/95 и 101/2005

¹² Члан 6. став 2. тачка 1. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

¹³ Члан 6. став 2. тачка 2. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

пример, уколико је реч о детету које је настало приликом извршења кривичног дела силовања).¹⁴ Законодавац је узео у обзир субјективне околности које постоје на страни мајке водећи рачуна о непожељности рађања деце према којима би родитељ, који би требало да се о њима стара, имао равнодушан или непријатељски став.

24. Ипак, када је реч о плоду старијем од десет месеци изузеци имају, баш као што им то име каже, изузетан карактер. Стога, право на живот фетуса као правило, исто као и чињеница да фетус старији од десет недеља има прве виталне функције, недвосмислено иду у прилог схватању да је фетус живо биће које улази у поље примене члана 201. става 1. Закона о облигационим односима.

Нешто тежим се чини за одбрану став да је фетус до навршене десете недеље старости живо биће на које треба применити напред наведено правило Закона о облигационим односима.

Б) Сјорна йрирода феџуса као дејџеџа до навршене десете недеље йрудноће

Са медицинске тачке гледишта фетус не само да није способан да преживи самостално ван тела мајке већ му ни основне виталне функције нису формиране.

Са правне тачке посматрања нерођено дете до навршене десете недеље старости се суочава са непријатном истином да постоји изузетно широко овлашћење мајке да му одузме шансу да се икада роди. Наведено стварно стање ствари и поменути однос законодавца би могли да наведу на мишљење да је плод млађи од десет навршених недеља пре ствар него ли живо биће. Стога, у случају губитка таквог плода несудођена мајка не би могла да добије правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове.

26. Ипак, чини се да би оваквом начину размишљања могли да буду супротстављени извесни аргументи у прилог тези да је фетус без обзира на старост живо биће, дете. То би значило

¹⁴ Члан 6. став 2. тачка 3. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

да на њега може да се примени члан 201. став 1. Закона о облигационим односима.

Најпре, иако плод пре десете навршене недеље не може да опстане самостално ван тела мајке, а осим тога његове основне виталне функције нису још увек успостављене, не би требало сматрати да се не ради о живом бићу. Видели смо да плод који у једном тренутку трудноће нема животну способност ван тела мајке такву способност стиче по редовном току ствари самим протеклом одређеног времена. *Mutatis mutandis*, исти начин размишљања би могао да буде примењен када је реч о формирању првих органа новог људског бића и њиховом функционисању, што се дешава у току трећег месеца трудноће. Наиме, чињеница да основне виталне функције нису још увек образоване не значи сама по себи да је такав плод лишен особина живог бића. Оно што је од пресудног значаја је то да од самог зачетка, од саме оплодње јајне ћелије настаје основна претпоставка да се, по редовном току ствари и протеклом времена, развију виталне функције, да плод постане способан за опстанак ван мајчиног тела и да се дете роди.

Дакле, живот постоји, односно дете постоји од самог почетка трудноће. То је датост која се не мења. Оно што се мења је најпре дефинисаност тог новог живота а затим његова способност да се самостално суочи са спољним светом у коме ће живети.

27. Да ли, без обзира на животну чињеницу да један нови живот постоји од тренутка зачећа, извесна решења нашег законодавца могу да се протумаче као став да је плод до навршене десете недеље трудноће за право пре ствар него живо биће.

Снага таквог начина размишљања не би смела да буде потцењена, пре свега с обзиром на веома широко постављено право мајке да се подвргне законом уређеном прекиду трудноће док плод не наврши десет недеља. Ипак, постоји могућност да се плод до навршене десете недеље старости, упркос поменутом широко постављеном праву мајке на абортус, схвати као живо биће.

28. Наиме, постоје одређени случајеви, уређени законом, када се одступа од неприкосновености права на живот. Наравно, право на живот означава да људско биће постоји као живо биће. Разлози због којих су постављени поменути изузеци су чисто правно-политичке природе. Дакле, са становишта друштвене

корисности некада се мора допустити одступање од неприкосновености права на људски живот.

Познати су примери кривичног права где је противправност искључена у случају крајње нужде или нужне одбране.¹⁵ Ради заштите свог сопственог живота, као крајње средство је дата могућност да може да буде лишен живота неко други. Исто тако, лишен живота је могао да буде појединац у случају извршења смртне казне.¹⁶ Реч је о питању које је увек изазивало и које ће сигурно наставити да изазива ту основну дилему: да ли држава, односно друштво сме, на име одмазде, да лиши живота појединца за кога је оцењено да је непоправљив?¹⁷ У једном раздобљу развоја нашег права изрицање смртне казне је било допуштено у случају извршења најтежих кривичних дела.¹⁸ Усмрћење непријатеља током борбених операција је још један случај где лишење живота не подлеже казни.¹⁹ Наиме, одбрана права једне државе на постојање је сувише велики улог да би се позивао на одговорност онај ко је стављајући свој живот на коцку у тој одбрани учествовао.

29. У истој равни са напред наведеним примерима се налази право жене да се подвргне медицинском прекиду трудноће. Право на подвргавање медицинском прекиду трудноће је једно од питања које по снази контроверзе спада у исти ред са питањем допуштености смртне казне.

Наш законодавац допушта у великој мери прекид трудноће до навршене десете недеље плода. Такав став не треба да чуди с обзиром на релативно низак степен животног стандарда у Србији. Изгледа да је законодавац желео да поштеди патњи, које могу да буду очекиване, родитеље који би да дају али немају и дете које тражи али не добија. Осим тога, законодавац је проценио да је у нашој земљи друштвено целисходније поштено признање жене да не жели да преузме моралну одговорност око

¹⁵ Стојановић З., *Кривично право*, општи део, БИГ штампа, Београд, 8. издање, 2003, стр. 162–168; Срзентић Н., Стајић А., Лазаревић Љ., *Кривично право Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд, 12. издање, 1984, стр. 168–176.

¹⁶ Срзентић, Стајић, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 153; Стојановић, *наведено дело*, стр. 168.

¹⁷ За и против смртне казне правни писци из области кривичног права истичу своје разлоге. О томе у Срзентић, Стајић, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 334–338.

¹⁸ Стојановић, *наведено дело*, стр. 293–294.

¹⁹ Срзентић, Стајић, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 153.

подизања детета, него присиљавање на рађање детета коме би цео живот могао да протекне нежељеним током услед незаинтересованости и непријатељског става мајке. Избор законодавца био је дакле да се спрече патње детета, економске и емотивне, па и по цену крупне повреде права на живот. Другим речима, законодавац није желео да дозволи несрећан живот извесног броја нежељене деце, а све под изговором очувања неприкосновености права на живот.

30. Дакле, и фетус који нема навршених десет недеља старости је пре живо биће него ствар, упркос томе што је његовој мајци широко допуштено да га лиши могућности да се роди. Одступање од неприкосновености права на живот је у његовом случају учињено из правно-политичких разлога, које бисмо могли да опишемо као економске и моралне. Схватање да је реч о фетусу-живом бићу, детету а не о фетусу-ствари омогућава да и у случају губитка плода до десет недеља старости буде примењен члан 201. став 1. Закона о облигационим односима уколико су испуњени услови из члана 200. истог Закона.