

Dr. sc. Maja Čolaković, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Dr. sc. Marko Bevanda, vanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

NASLJEDNOPRAVNA DEJSTVA POSTMORTALNE OPLODNJE*

Mogućnost upotrebe zamrznutih gameta za postmortalnu oplodnju otvara brojna etička, moralna, pravna i socijalna pitanja. Rad je fokusiran na jedno od vrlo složenih pravnih pitanja – nasljednopravna dejstva ovog metoda medicinski pomognute oplodnje. Priznanjem prava postmortalno začetom djetetu da naslijedi genetskog roditelja (srodnike) nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (prava iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.) štiti se njegov najbolji interes i otklanja eventualna diskriminacija zasnovana na okolnostima začeća i rođenja. U isto vrijeme, čekanje da dođe do postmortalnog začeća i rođenja negativno utječe na pravnu sigurnost i efikasno raspravljanje ostavine te položaj ostalih nasljednika, kao i prava trećih osoba.

Ključne riječi: *nasciturus*, začeće, smrt, nasljeđivanje

I. Uvodna razmatranja

U savremenom nasljednom pravu još uvijek se u izvornom obliku primjenjuje fikcija o *nasciturusu*, koja datira iz rimskog prava.¹ U skladu s njom, začetom djetetu priznaje se pravo nasljeđivanja pod uvjetom da se rodi živo u određenom roku. Taj rok u pravilu iznosi 300 dana,² a počinje teći od dana smrti ostavitelja, kada je u

* Rad je rezultat nastavka istraživanja pitanja nasljednopravnih dejstava postmortalne oplodnje. Ono čini dio šire analize nasljednopravnog položaja ljudskog zametka, koju je provela koautorica ovog rada prof. dr. Maja Čolaković, a potom prezentirala na Jedanaestom međunarodnom savjetovanju *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, održanom u Neumu od 21. do 23. juna 2013. godine u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru. Navedena analiza je objavljena pod naslovom *Nasljednopravni status nascitura* u Zborniku radova s tog Savjetovanja.

1 *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (Začeto dijete smatra se rođenim kada su u pitanju njegovi interesi). Začeto, a još nerođeno dijete u rimskom pravu nije tretirano kao pravni subjekt, ali su pojedina prava bila za njega rezervirana, odnosno zaštićena pod uvjetom da se živo rodi. Ovo pravilo se prvenstveno odnosilo na pravo nasljeđivanja. U cilju zaštite njegovih budućih prava i interesa imenovan mu je poseban staratelj (*curator ventris*), kako bi moglo postati nasljednik svoga oca, makar se rodilo nakon njegove smrti. Vidjeti: Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1989., str. 226.

2 Budući da ga zakoni o nasljeđivanju ne preciziraju, doktrina i praksa se slažu da to treba biti rok koji se u porodičnom pravu primjenjuje za određenje porodičnog statusa djeteta. Shodno medicinskim pokazateljima, gestacija može trajati najduže 300 dana. Ovaj rok, uz slučajeve uobičajenog, redovnog trajanja trudnoće, obuhvaća i slučajeve u kojima ona izuzetno traje duže. Vidjeti: Bubić, S. – Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007., str. 30.

pitanju zakonsko nasljeđivanje, odnosno od dana sastavljanja testamenta, ako se nasljeđuje po tom pravnom osnovu.

Ova fikcija izuzetak je od općeg pravila da „živi nasljeđuju mrtve“, tj. da nasljednik mora biti živ u trenutku smrti ostavitelja kako bi ga mogao naslijediti.³ Prihvaćena je u svim nacionalnim pozitivnopravnim sistemima.⁴

Zahvaljujući velikom progresu na području medicinski pomognute oplodnje⁵ do kojeg je došlo primjenom novih naučno-tehnoloških dostignuća, posljednjih decenija stvorena je mogućnost začeca i rođenja djece dugo vremena nakon smrti jednog ili čak oba njihova genetska roditelja.⁶ Postmortalna (posthumna) oplodnja – upotreba zamrznutih gameta i preembrija⁷ u cilju oplodnje, nakon što su osobe od

3 Ostavitelj i nasljednik moraju istovremeno biti živi barem nekoliko sekundi (načelo koegzistencije ostavitelja i nasljednika), odnosno nasljednik mora nadživjeti ostavitelja makar kratko vrijeme. Smrću jedne osobe nastaje vakuum u pravnim odnosima, jer više nema titulara prava koji bi izvršavao pojedina ovlaštenja iz ostavine. Stoga nasljedno pravo taj vakuum popunjava imenovanjem novog titulara, a to može biti samo već postojeći pravni subjekt, odnosno živ čovjek. Vidjeti: Marković, S., *Nasledno pravo*, Beograd, str. 83.; Schlüter, Erbrecht, München, 2000, navedeno prema: Đurđević, D., *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2012., str. 59.

4 Vidjeti, primjera radi, građanski zakonik: Austrije (§ 732.), Njemačke (§ 1923.), Španije (čl. 744. i čl. 745.), Francuske (čl. 725. i čl. 906.) i Italije (čl. 462.), te zakone o nasljeđivanju: Hrvatske (čl. 124. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske iz 2003. godine), Srbije (čl. 3. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Srbije iz 1995. godine), Slovenije (čl. 125. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Slovenije iz 1976. godine), Crne Gore (čl. 126. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Crne Gore iz 2008. godine), Makedonije (čl. 122. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Makedonije iz 1996. godine) i Bosne i Hercegovine (čl. 157. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine iz 2014. godine; čl. 148. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske iz 2009. godine; čl. 128. st. 2. Zakona o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine iz 1980. godine).

5 Medicinski pomognuta oplodnja (vještačka (umjetna) oplodnja, vještačko začecje, dijete začeto vještačkim putem, artifičijelna inseminacija, artifičijelna fertilizacija, asistirana (humana) prokreacija, vještačka (umjetna) prokreacija, asistirana reprodukcija ili asistirana reproduktivna tehnologija) podrazumijeva različite tehnike i metode koje omogućuju spajanje spolnih ćelija i začecje na drugačiji način od spolnog odnosa, te postizanje trudnoće i rođenje djeteta. U pitanju je svako začecje uz medicinsku pomoć, koje se upotrebljava kada do oplodnje i začeca djeteta ne može doći prirodnim putem zbog steriliteta partnera ili kako bi se izbjeglo prenošenje nasljednih bolesti. Među najpoznatije metode medicinski pomognute oplodnje spadaju: *in vitro* začecje, zamrzavanje (krioprezervacija) sjemenih ćelija i embrija, donacija spolnih ćelija i embrija; vještačka oplodnja i surogat majčinstvo. Vidjeti detaljnije: Šimonović, D., *Medicinski pomognuto začecje: pravo i etika*, Zagreb, 1997., str. 27.; Kritički osvrt na terminologiju za označavanje začeca uz medicinsku pomoć: Mladenović, M. – Panov, S., *Porodično pravo*, Beograd, 2003., str. 322. i 323.

6 U doktrini se u ovom kontekstu upotrebljava pojam *nondum conceptus*. Pritom se ističe kako se pod tim „davnajšnim pojmom“ više ne podrazumijeva nezačeto dijete „kao nešto neizvesno, kao obična mogućnost koja po svemu pripada budućnosti“, nego budući, potencijalni život, odnosno „nešto materijalno, čija je aktuelna egzistencija izvesna“ zahvaljujući „zahvatima u reproduktivne ćelije i preembrione“. Vidjeti: Vodinelić, V. V., *Moderni okviri prava na život – Pokušaj inventara osnovnih problema i rešenja*, Pravni život br. 9/1995, str. 25. i 26.; Pojam *nondum conceptus* definiran je u doktrini i kao „dete koje nije začeto za života ostavioca, ali postoje realni izgledi da će biti začeto nakon ostaviočeve smrti“. Vidjeti: Đurđević, *supra* note 3, str. 61.

7 *Gamet* je reproduktivna (oplodna) ćelija, koja može biti muška (sjemena ćelija, spermatozoid) i ženska (jajna ćelija, jajašce, ovum). *Zigot* (preembrij) – prva embrijska ćelija je oplodena jajna ćelija, odnosno ćelija nastala spajanjem spermatozoida i jajne ćelije. U sebi sadrži diploidni broj hromozoma – jednu garnituru hromozoma od oca (spermatozoida) i jednu od majke (jajne ćelije) – potreban za uspostavljanje pune životne sposobnosti i snage ploda. Zbog toga zigot ima sve morfološke odlike i sve funkcije budućeg organizma. Nakon početka diobe zigot se implantira u matericu i razvija u embrij.

kojih oni potječu već preminule, predstavlja izuzetno kompleksan problem. Njena primjena dovodi do preispitivanja tradicionalnog koncepta porodice i roditeljstva u društvenoj zajednici i podstiče raznovrsna pitanja i dileme, počev od etičkih, moralnih, socijalnih pa do pravnih. Među pravnim pitanjima na vrhu liste nalaze se pitanja određivanja obima reproduktivnih sloboda i prava pojedinca, potom granica pristanka na upotrebu gameta te genetskog materijala kao objekta prava vlasništva. U doktrini se podcrtava da su u pogledu postmortalne oplodnje naročito pravno sporni, s jedne strane, pravna kvalifikacija reproduktivnih ćelija i preembrija, a s druge strane, dopustivost njihove upotrebe koju čine kako treće osobe, tako i osobe od kojih ovi potječu te nakon njihove smrti, njima bliske osobe (srodnici).⁸ Autori također skreću pažnju na činjenicu da su debate u vezi s postmortalnom oplodnjom pretežno fokusirane na pitanje prava i interesa odraslih osoba na koje se ova odnosi, dok je mnogo manje pažnje posvećeno djeci začetom *post mortem*. Budući da su ona tj. njihovo rođenje krajnji cilj primjene ove metode, zaštita njihovih prava i interesa trebala bi biti ključno pitanje.⁹

Mada se postupci postmortalne oplodnje sve češće primjenjuju, izazivajući raznovrsne praktične probleme u pravnim odnosima o kojima se polemizira u doktrini i odlučuje u judikaturi, legislativa još uvijek nije uspjela riješiti sva otvorena pitanja vezana za postmortalnu oplodnju. Upravo se jedno od otvorenih i vrlo složenih pravnih pitanja tiče prava i interesa postmortalno začete i rođene djece. Radi se o njihovom nasljednopravnom statusu.¹⁰ Očigledno je da se fikcija o *nasciturusu* na njih ne može primijeniti u izvornom obliku,¹¹ odnosno da je tradicionalni rok od 300 dana u kojem se dijete mora roditi živo da bi postalo nasljednik u ovakvim slučajevima suviše tijesan i neprimjenjiv.¹² Postavlja se pitanje treba li postmortalno začetom djetetu priznati pravo da naslijedi imovinu jednog (oba) genetska roditelja ili ostalih genetskih srodnika¹³ nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (beneficije iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.). Priznanje

Prema: *Medicinski leksikon*, V. preštampano izdanje, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb, 1987., str. 290. i 232.; *Black's Medical Dictionary*, 41st Edition, A&C Black London, 2005, str. 287., 781. i 782.

8 Vodinelić, V. V., *supra* note 6, str. 26.

9 Sabatello, M., *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, *Journal of Law and Health*, Vol. 27, 2014, str. 29. i 30.

10 Pod postmortalno začetom i rođenom djecom u ovom radu se podrazumijevaju djeca začeta u postupku postmortalne oplodnje kako korištenjem zamrznutog genetskog materijala umrle osobe za prokreaciju tako i implantacijom ranije stvorenih i zamrznutih preembrija nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja. Iz ove definicije izuzeta su djeca začeta gametima anonimnih donora ili na temelju ugovora o surogat majčinstvu, jer u takvim situacijama genetski roditelji nikada nisu ni namjeravali ostvariti roditeljski odnos s djetetom. O vrstama i tehnikama postmortalne oplodnje detaljnije: *Infra*, poglavlje II.

11 Ova fikcija je stvorena u cilju podržavanja prirodnog procesa rođenja, započetog spolnim odnosom i završenog rođenjem djeteta, devet mjeseci kasnije. Tako: Živojinović, D., *Pravni položaj nerođenog djeteta*, Kragujevac, 2009., str. 139.

12 Tako i: Kindregan, P. C. – McBrien, M., *Posthumous reproduction*, *Family Law Quarterly* 579, *Fal* 2005, str. 2. i 3. i 8., na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893613 (1. 3. 2018.); Sabatello, M., *supra* note 9, str. 32.

13 Slučaj *In re Martin B.* iz sudske prakse Sjedinjenih Američkih Država, detaljnije: *Infra*, poglavlje IV.2.

ovih prava neposredno je uvjetovano reguliranjem djetetovog porodičnog statusa, odnosno utvrđivanjem postojanja roditeljskog odnosa između njega i osobe (osoba) čijim gametima je izvedena prokreacija, jer (zakonski) nasljednik može biti samo ono dijete kojem je utvrđeno porijeklo (očinstvo i materinstvo). To je u teoriji i praksi također sporno, posebno imajući u vidu mogućnost da do korištenja genetskog materijala za postmortalnu oplodnju dođe bez saglasnosti osobe od koje ovaj potječe.

Reguliranje nasljednopravnog statusa postmortalno začetog djeteta razmatra se u širem kontekstu zaštite prava djeteta i zaštite njegovog najboljeg interesa.¹⁴ Osim imovinskih interesa, koji su dijelom izraženi u priznanju statusa nasljednika njegovih genetskih roditelja (srodnika), u ovom kontekstu raspravlja se o (ne)postojanju interesa postmortalno začetog djeteta da bude rođeno i odrasta u porodici sa samo jednim roditeljem, njegovom pravu na identitet, pravu na utvrđivanje porijekla, najboljim načinima izražavanja i realiziranja njegovih interesa itd.¹⁵ Nema sumnje kako se priznanjem prava nasljeđivanja postmortalno začetom i rođenom djetetu ostvaruje princip najboljeg interesa djeteta, jer se na taj način štite njegova imovinska prava i interesi, a u isto vrijeme otklanja eventualna diskriminacija zasnovana na okolnostima njegovog začeća i rođenja.

Međutim, osim pozitivnih efekata koji idu u prilog postmortalno začetom djetetu, reguliranje njegovog nasljednopravnog statusa ima i negativne efekte. Oni se odnose na položaj ostalih nasljednika i veličinu njihovih nasljednih dijelova te prava i interese drugih osoba koje tangira taj nasljednopravni odnos. Čekanje da se dogodi začeće i rođenje djeteta, a to može trajati izuzetno dugo, ugrožava povjerenje subjekata u sigurnost pravnog prometa kao i efikasnost raspravljanja ostavine.

U pravnoj teoriji su podijeljena mišljenja u pogledu proširenja fikcije o *nasciturusu* na postmortalno začeto dijete, odnosno mogućnosti da ono postane nasljednik.¹⁶ Ni u komparativnom pravu ne postoji jedinstven pristup regulaciji postmortalne oplodnje i njenih porodičnopravnih i nasljednopravnih dejstava, pa se o takvim slučajevima postepeno formira sudska praksa. Ona je naročito bogata u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), ali su i sudovi u pojedinim evropskim zemljama već raspravljali ovakve sporove.¹⁷ Postmortalna oplodnja je dozvoljena u

14 Najbolji interes djeteta je primarni kriterij normiran Konvencijom o pravima djeteta Organizacije Ujedinjenih Nacija iz 1989. godine. Konvencija propisuje obavezu poštovanja najboljeg interesa djeteta za sve subjekte u provođenju svih aktivnosti koje se odnose na djecu (čl. 3. st. 1.).

15 U doktrini se u kontekstu rasprave o zaštiti najboljeg interesa postmortalno začetog djeteta upotrebljava sintagma „zaštita interesa putativnog deteta“, budući da ono još nije začeto i rođeno, a da se sadržaj najboljeg interesa djeteta određuje prema pristupu zasnovanom na pravima djeteta koje ono stječe u trenutku rođenja. Vidjeti: Vlašković, V., *Osvrt na biomedicinsku uslugu posthumnog začeća kao izraza reproduktivne autonomije*, Zbornik radova sa Konferencije „Usluge i uslužna pravila“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016., str. 584.

16 Antić, O., *Nasledno pravo*, Beograd, 2011., str. 73. i 74.; Đurđević, *supra* note 3, str. 61.; Živojinović, D., *supra* note 11, str. 163. i 164.; Brox, H. - Walker, W-D., Erbrecht, München, 2016., str. 5.; Carpenter, C. B., *A Chip off the old iceblock: how cryopreservation has changed estate law, why attempts to address the issue have fallen short, and how to fix it*, Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol 21, 2011, str. 429. i 430.; Greenfield, J., *Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and Inheritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities*, MINN. J.L.SCI. & TECH., Vol. 8 (1), 2006, str. 301. i 302.

17 Infra: Poglavlje III. i IV.2.

manjem broju zemalja Evrope i ostatka svijeta,¹⁸ i to s nejednakim pravnim učincima, dok je u većini drugih zemalja ili izričito zabranjena ili uopće nije pravno uređena. Reproductivni turizam omogućava zaobilaznje ovakvih ograničenja.

Ovaj rad istražuje nasljednopravna dejstva postmortalne oplodnje, nastojeći pronaći odgovor na pitanje u kojoj su mjeri u komparativnom pravu zaštićena pojedina imovinska prava i interesi djeteta začetog i rođenog *post mortem*, prije svega pravo da naslijedi genetske roditelje i druge srodnike nakon čije smrti je začeto i rođeno.

Nakon osvrta na oblike i doktrinarnu sistematizaciju postmortalne oplodnje u drugom dijelu rada, u trećem će biti analizirana pozitivnopravna rješenja postmortalne oplodnje u zakonodavstvima pojedinih evropskih zemalja, uključujući i zemlje s prostora nekadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ), kao i stavovi doktrine i judikature o ovom pitanju. U četvrtom dijelu rada bit će istražena zakonska rješenja i sudska praksa Sjedinjenih Američkih Država vezana za postmortalnu oplodnju i njena nasljednopravna dejstva.

II. Pojam i sistematizacija postmortalne oplodnje

Ideja o postmortalnoj oplodnji datira još iz 1866. godine,¹⁹ ali njena praktična primjena započinje tek nakon usavršavanja i naučnog etabliranja metode krioprezervacije (kriokonzerviranja) reproduktivnih ćelija 1949. godine.²⁰ Prvo postmortalno začeće dogodilo se 1977. godine u Australiji.²¹ Danas se

18 O regulaciji postmortalne oplodnje u evropskim zemljama vidjeti: Infra, poglavlje III. Među zemlje iz drugih dijelova svijeta u kojima je postmortalna oplodnja dozvoljena spadaju Australija, Novi Zeland i Brazil. U Australiji je dopuštena u tri pokrajine, dok je u četvrtoj zakonom izričito zabranjena. Novozelandski zakon o medicinski pomognutoj oplodnji dozvoljava je kada se kumulativno ispune određeni uvjeti. Brazil nema poseban zakon kojim je to pitanje normirano, ali se postupci postmortalne oplodnje primjenjuju na temelju odluka sudova i tumačenja drugih propisa, počev od Ustava i Građanskog zakonika. Za Australiju vidjeti detaljnije: Henky, H., *Donor Consent for Posthumous Reproduction: legal and Ethical Perspectives*, J Forensic Sci& Criminal Invest., 7 (4), 2018, str. 1-3. i Sabatello, M., *supra note 9*, str. 36.; Za Novi Zeland vidjeti: Sabatello, M., op. cit.; Za Brazil vidjeti: Eduardo, D. – Raposo, L. V., *Legal aspects of post-mortem reproduction: A Comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal Systems*, Medicine and Law, 31, 2013, str.193-195.

19 Na ovu ideju došao je talijanski naučnik Montegazza, nakon što je otkrio mogućnost zamrzavanja spermatozoida. Zaključio je da bi takva metoda mogla biti izuzetno korisna ženama čiji muževi odlaze u rat, ako u ratu poginu. Vidjeti: Živojinović, D., *supra note 11*, str. 141.; Greenfield, J., *supra note 16*, str. 280.

20 Krioprezervacija (zamrzavanje) je postupak očuvanja gameta ili preembrija u kojem se reproduktivne ćelije podvrgavaju dehidraciji i potom miješaju s pojedinim krioprotektantima (DMSO, glicerol, propanediol) na temperaturama do -40° C ili -80° C. Na kraju postupka smještaju se u tečni azot rashlađen na temperaturu -196° i tako zamrznute čuvaju za potencijalnu upotrebu u budućnosti. Proces odmrzavanja preembrija za implantaciju također je postepen. Vidjeti: Kindregan, P. C. Jr., *Dead dads: Thawing an heir from the freezer*, William Michell Law Review, Vol. 35, Iss. 2, 2009, str. 433.; Simon, S. M., „*Honey, I Froze the Kids*“: *Davis v. Davis and the Legal Status of Early Embryos*, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 23, Issue 1, 1991, str. 131.

21 Prvi postupak uzimanja spermatozoida iz tijela preminulog muškarca izveden je 1980. godine. Uzimanje i pohranjivanje jajnih ćelija mnogo je novijeg datuma. S obzirom na to da je odstranjivanje jajnih ćelija iz tijela žene medicinski znatno složeniji postupak u odnosu na uzimanje muškarčevih gameta,

krioprezervacija gameta i preembrija već rutinski obavlja širom svijeta, i u kombinaciji s drugim metodama medicinski pomognute oplodnje – *in vitro* začetom i vještačkom oplodnjom, sve se više upotrebljava za postmortalnu oplodnju.²² U tom kontekstu u doktrini je kreiran pojam „plodni pokojnik“ (*fertile decedent*),²³ pošto krioprezervacija može „umrlag čovjeka učiniti „plodnim“ za još jedan „životni vijek““.²⁴ Brojni razlozi motiviraju ljude da posežu za ovakvim vidom čuvanja i upotrebe genetskog materijala.²⁵ U pojedinim zemljama moguće je sačiniti tzv. biološki testament (*Biological Will*), u kojem osoba manifestira volju o upotrebi njenih gameta ili preembrija u cilju postmortalne oplodnje.²⁶

Postmortalna oplodnja se izvodi na dva načina: jedan je korištenje ranije zamrznutih spermatozoida preminulog muškarca ili njihova ekstrakcija neposredno nakon smrti,²⁷ a drugi je implantacija u matericu već stvorenog *in vitro* preembrija, koji je poslije stvaranja zamrznut do „upotrebe“. Kad je riječ o upotrebi zamrznutih ili *post mortem* ekstrakciji jajnih ćelija, prethodno je navedeno da zamrznute jajne

čak i kad je u pitanju umrli muškarac, to je postalo moguće tek kasnih 70-ih godina 20. vijeka razvojem *in vitro* začeca. Prvi zabilježeni slučaj rođenja djeteta uz pomoć zamrznute jajne ćelije zbilo se 1986. godine. Sabatello, M., *supra note* 9, str. 30. i 31.

22 Znanstvena istraživanja pokazuju da su zamrznuti spermatozoidi i preembriji nakon dugog razdoblja čuvanja u takvom stanju i dalje podobni za „upotrebu“. Usprkos tome što u postupku krioprezervacije bude uništen jedan dio spermatozoida, stopa njihovog „preživljavanja“ je na nivou 48% - 79%. Još nije precizno ustanovljeno maksimalno vrijeme u kojem oni ostaju upotrebljivi za oplodnju nakon zamrzavanja, ali je sigurno da mogu biti zamrznuti preko 12 godina, a prema određenim naučnim pretpostavkama, i do nekoliko stotina godina. Za preembrije je utvrđeno da se mogu koristiti i do 50 godina poslije zamrzavanja. Nasuprot tome, jajna ćelija ne pokazuje vrlo veliku sposobnost fertilizacije nakon odmrzavanja, ali joj se, sudeći po dosadašnjim istraživanjima, ta sposobnost postepeno povećava. Vidjeti: Greenfield, J., *supra note* 16, str. 281. i 282.; Doroghazi, J., *Gillett-Netting v. Barnhart and Unanswered Question's about Social Security Benefits for Posthumously Conceived Children*, Washington University Law Quarterly, Vol. 83, 2005, str. 1601.

23 Vidjeti: Kindregan P. C. Jr., *supra note* 20, str. 434.

24 Doroghazi, J., *supra note* 22.

25 Zamrzavanje gameta svojevremeno su koristili američki astronauti u prvim danima programa istraživanja Svemira, a potom vojnici koji su učestvovali u ratu u Perzijskom zaljevu. Danas se ova metoda redovno upotrebljava u vojsci SAD-a, Velike Britanije i Izraela. Osim njih, u želji da osiguraju potomstvo, zamrzavanju gameta vrlo često pribjegavaju pacijenti oboljeli od kancera, podvrgnuti tretmanima kemoterapije i radioterapije, zbog mogućeg steriliteta kao nuspojave ovih tretmana, te pacijenti u terminalnoj fazi bolesti. Vidjeti: Kindregan P. C. Jr., *supra note* 20, str. 436.; Kindregan, P. C., *Dead Soldiers and Their Posthumously Conceived Children*, Journal of Contemporary Health Law & Policy, Vol 31, Issue 1, 2015, str. 78.; Greenfield, J., *supra note* 16, str. 281.

26 Tako je u Izraelu. Tamo je advokatica Irit Rosenblum, osnivaateljica organizacije Nova porodica (*New Family*), formirala Banku bioloških testamenata (*Biological Will Bank*) kao prvu instituciju na svijetu koja za svoje korisnike sastavlja i čuva ovakve izjave volje, smatrajući da time pomaže u ostvarenju njihovog prava na biološki kontinuitet i ostavljanje biološkog naslijeđa. Do 2014. godine potpisano je i u Banku pohranjeno više od 600 ovakvih dokumenata. Vidjeti detaljnije: *New Family, Biological Wills*, na: <http://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/> (1. 3. 2018.); Sabatello, M., *supra note* 9, str. 37.

27 Prema medicinskim studijama, ekstrakcija spermatozoida treba biti izvršena u razdoblju do 24 sata nakon smrti, ali je praksa pokazala da je moguća uspješna oplodnja i spermatozoidima odstranjenim 36 sati nakon smrti, bez obzira na uzrok smrti i metodu ekstrakcije gameta. Detaljnije: Shefi S. et al., *Posthumous sperm retrieval: Analysis of time interval to harvest sperm*, Human Reproduction 21(11), 2006, str. 2890–2893.

ćelije pokazuju mnogo manju sposobnost oplodnje u odnosu na spermatozoide,²⁸ dok je uzimanje jajne ćelije iz tijela umrle žene izuzetno složen medicinski postupak. Osim toga, upotreba gameta preminule žene za oplodnju uključuje i surogat majku, što dodatno etički i pravno komplicira problem, jer je surogat majčinstvo u većini nacionalnih zakonodavstava zabranjeno.²⁹ U praksi su dosad veoma rijetki slučajevi rođenja djece uz pomoć ovog oblika postmortalne oplodnje, pri čemu je korištena metoda implantacije ranije stvorenih preembrija.³⁰ Judikatura je već imala priliku odlučivati o zahtjevu srodnika djevojke koju je zadesila moždana smrt za ekstrakcijom njene jajne ćelije radi oplodnje.³¹

Na osnovu slučajeva postmortalne oplodnje iz sudske prakse, u pravnoj teoriji je napravljena njena sistematizacija, ali se u tom pogledu stavovi pojedinih autora razlikuju.

Prema jednom stavu,³² postmortalna oplodnja obuhvaća rođenje ili začeće i rođenje djeteta poslije smrti jednog ili oba njegova genetska roditelja. Diferenciraju se tri njena oblika: prvi – do začeća dolazi prije smrti, ali se dijete rađa nakon smrti jednog ili oba roditelja;³³ drugi – i začeće i rođenje dešavaju se nakon smrti muškarca, genetskog oca djeteta, korištenjem njegovih zamrznutih spermatozoida; treći – oplodnja *in vitro* i zamrzavanje preembrija izvode se prije smrti genetskih roditelja, a ovi bivaju preneseni u matericu žene kod koje je izazvana trudnoća i dijete se rađa nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja.

Prema drugom stavu,³⁴ postmortalna oplodnja se pojavljuje u tri situacije. Radi preciznosti ovdje bi ipak bilo bolje reći kako su to dvije situacije, a ne tri, samo što se jedna od njih manifestira u dvije varijante.

28 Supra, bilj. 22.

29 Vidjeti detaljnije regulaciju surogat majčinstva u pojedinim državama: Council of Europe, Committee on Bioethics (DH-BIO), *Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on the right to know about their origin for children born after MAP and on surrogacy (DH-BIO/INF(2016)4*, Strasbourg, 7 Septembre 2017.; Lederer, N., *Grenzenloser Kinderwunsch, Leihmutterchaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld*, Frankfurt am Main, 2016., str. 37-117.

30 Prvo takvo rođenje dogodilo se u Izraelu 2011. godine. Surogat majka je rodila dijete iz preembrija, koji je bio stvoren od jajne ćelije i spermatozoida jednog para prije nego je partnerica preminula zbog tumora. Vidjeti: New Family, *Biological Wills*, supra note 26.

31 Radi se o slučaju 17-godišnje djevojke iz Izraela Chen Aida Ayash, nastradale u saobraćajnoj nesreći, čija je porodica zatražila i od suda dobila odobrenje za ekstrakcijom i zamrzavanjem njenog gameta. Porodica je prvobitno namjeravala izvršiti oplodnju tog gameta doniranim spermatozoidima te zamrznuti stvoreni preembrij, ali je sud dozvolio samo uzimanje jajne ćelije iz djevočinog tijela. Ovaj slučaj je izazvao veliku etičku raspravu, a pošto je bila u pitanju maloljetna djevojka, među ostalim se diskutiralo i o sposobnosti maloljetne osobe da iskaže pravno relevantnu volju za postmortalnom oplodnjom. Vidjeti detaljnije: Sabatello, M., supra note 9, str. 31. i 32.; CBS News, *Dead's girl family harvest her eggs: Was it unethical?*, na: <https://www.cbsnews.com/news/dead-girls-family-harvests-her-eggs-was-it-unethical/> (1.3.2018.).

32 Živojinović, D., supra note 11, str. 141.

33 Ovaj vid oplodnje reguliran je u pozitivnom uporednom pravu u skladu s fikcijom *o nasciturusu* i ne pobuđuje posebne moralne kontroverze i pravne probleme. Tako: Ibid.

34 Vidić, J., *Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2011., str. 554-556.

Prvu situaciju imamo kada je genetski materijal partnera zamrznut tokom njihovog života, i tu se onda pojavljuju dvije moguće varijante. One su uvjetovane (ne)postojanjem saglasnosti za upotrebu zamrznutih gameta u cilju oplodnje *post mortem*. Može se desiti da su se partneri prilikom zamrzavanja gameta ili preembrija saglasili o tome da u slučaju smrti jednog od njih nadživjeli partner iskoristi ovaj genetski materijal radi dobijanja potomstva.³⁵ S druge strane, moguće je i to da se partneri prilikom izvođenja postupka medicinski pomognute oplodnje ne izjasne u pogledu postmortalnog začeća, ali njihov genetski materijal pritom biva zamrznut. Nakon smrti jednog partnera, nadživjeli zahtijeva da mu se omogući upotreba tog materijala u cilju oplodnje.³⁶ Osim navedenih, u praksi se dešavaju i slučajevi da treće osobe, koje nisu u emocionalnoj i pravnoj vezi s preminulom osobom, traže postmortalno korištenje zamrznutog genetskog materijala.³⁷

Druga situacija postoji u slučaju da gameti nisu prethodno zamrznuti, nego nadživjeli partner tj. partnerica ili srodnici preminule osobe neposredno nakon njene smrti zahtijevaju njihovu ekstrakciju u cilju oplodnje ili stvaranja preembrija. Najčešće se radi o zahtjevima za ekstrakcijom muških gameta³⁸, ali mogu biti u

35 Jedan od takvih slučajeva u SAD-u je dobio sudski epilog. U predmetu *Hecht v. Superior Court (Kane)* (1993) 16 Cal. App. 4th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275], Apelacioni sud Kalifornije udovoljio je zahtjevu D. E. Hecht, partnerice preminulog V. E. Kanea, da bude oplodena njegovim spermatozoidima. Taj zahtjev osporila su joj Kaneova djeca iz ranijeg braka, iako je njihov otac gamete deponovao u banku sperme mjesec dana prije samoubistva i potom ih testamentom ostavio svojoj partnerici upravo radi postmortalne oplodnje. Vidjeti detaljnije: *Justia US Law*, na: <http://law.justia.com/cases/california/caapp4th/16/836.html> (1. 3. 2018.); Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1597.; Šimonović, D., *supra note* 5, str. 93. i 94.; Cvejić-Jančić, O., *Aktuelni izazovi biomedicinski potpomognute oplodnje*, Pravni život br. 10/2010., str. 17.

36 Ovakav slučaj – *Parpalaix v. CECOS*, zbio se u Francuskoj 1984. godine i izazvao velike polemike i van granica te zemlje. Riječ je o sporu između banke sperme, u kojoj je A. Parpalaix pohranio svoje gamete spoznavši da boluje od tumora, pri čemu se nije izjasnio o načinu daljeg postupanja s njima, i njegove supruge, koja je zahtijevala da joj nakon muževe smrti ovi budu predati u svrhu oplodnje. Zauzevši stav da je nužno utvrditi istinsku namjeru donora gameta, a da je u ovom slučaju ta namjera bila njihova pohrana u svrhu oplodnje, Sud je obavezao CECOS da ih preda supruzi A. Parpalaixa. Vidjeti detaljnije: Vidić, J., *supra note* 34, str. 555. i 556.; Kovaček-Stanić, G., *Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke br. 131., 2010., str. 426.; Šimonović, D., *supra note* 5, str. 92. i 93.

37 Kao primjer ovdje može poslužiti australijski slučaj iz 1984. godine, u kojem je sud odlučivao o zahtjevu jednog para da im se dozvoli upotreba zamrznutih embrija bračnog para Rios, tragično stradalog u avionskoj nesreći. Sud je udovoljio njihovom zahtjevu, ali je naglasio da dijete koje se rodi neće imati pravo naslijediti imovinu para Rios. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1603.

38 U sudskoj praksi SAD-a već je raspravljano o više takvih slučajeva. U nekima su zahtjev podnijele supruge umrlih muškaraca (slučaj *Mirabel Baez* iz 1994. godine), a u drugima njihovi roditelji (slučaj *Pam Reno*). Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1597. i 1598.; Vidić, J., *supra note* 34, str. 556. I u judikaturi Izraela zabilježen je 2007. godine izuzetno zanimljiv slučaj zahtjeva roditelja za upotrebom gameta njihovog poginulog sina, uzetih i zamrznutih neposredno nakon njegove smrti, s ciljem da im žena koju oni odaberu začne i rodi unuča (slučaj *Cohen*). To se na kraju i ostvarilo – dijete je rođeno 2013., odnosno 11 godina nakon pogibije svog oca. Vidjeti: Lewis, C. B., *Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children*, Geo. Mason L. Rev., Vol 16, No 2, 2009, str. 404.; Kindregan, P. C., *supra note* 25, str. 78. i 79.; World Blog from NBC news, *IDF's Soldier Dream to Come True, After Death*, na: <http://worldblog.nbcnews.com/news/2007/01/18/4376591-idf-soldiers-dream-to-come-true-after-death> (1. 3. 2018.); New Family, *Creating New Life from the Dead by Biological Will*, na: <http://www.newfamily.org.il/en/5041/creating-new-life-from-the-dead-by-bio>

pitanju i gameti žene.³⁹ Pojedini bioetičari i pravni teoretičari ovakve zahtjeve ocjenjuju vrlo negativno.⁴⁰

Na osnovu analize dvije izložene sistematizacije⁴¹ treba kao korektniju i precizniju označiti ovu drugu (kumulativno: začće i rođenje nakon smrti, a ne alternativno: rođenje ili začće i rođenje), jer sve definicije postmortalne oplodnje ukazuju na to da se njena suština i pravni problemi koje uzrokuje ogledaju upravo u okolnosti da je dijete začeto nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja. Ako se želi biti do kraja precizan, onda se ovdje može dodati primjedba u pogledu slučajeva izvođenja postupaka postmortalne oplodnje ranije zamrznutim preembrijima, pošto se tada čin začća, odnosno nastanak preembrija *in vitro* zaista dešava tokom života genetskih roditelja. Ipak, ovu primjedbu moguće je pobiti argumentom da se preembriji prenose u matericu žene kod koje je izazvana trudnoća tek nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja, što je samo „druga faza“, odnosno svojevrsni „nastavak“ postupka oplodnje. Zbog toga i ovakve slučajeve bezuvjetno treba podvesti pod definiciju postmortalne oplodnje.

III. Postmortalna oplodnja u Evropi

S obzirom na složenost i osjetljivost pravnih pitanja koja otvara primjena postupaka postmortalne oplodnje, nacionalni zakonodavci se još uvijek tako lako ne upuštaju u njihovo reguliranje, a kada to i čine, pristup im je različit. U većini država na tlu Evrope ova metoda medicinski pomognute oplodnje je nedozvoljena ili uopće nije zakonski normirana. Samo u manjem broju država precizno su propisani uvjeti pod kojima ju je moguće primijeniti.⁴² Njihovo poređenje pokazuje da je u svim zakonodavstvima koja dozvoljavaju postmortalnu oplodnju ona uvjetovana pristankom davatelja gameta. U pojedinim zakonodavstvima kumulativno je propisan i uvjet njegovog pristanka za zasnivanjem roditeljskog odnosa s postmortalno začetim i rođenim djetetom. Osim ovoga, neka zakonodavstva izvođenje postupaka postmortalne oplodnje ograničavaju rokom. Kada je riječ o njenim nasljednopravnim dejstvima, iz analize relevantnih nacionalnih propisa može se zaključiti da to pitanje u svim ovim državama nije uređeno na adekvatan način. Norme nasljednog prava koje tretiraju položaj (začetog) nerođenog djeteta nisu usklađene s propisima o

logical-will-2/ (1. 3. 2018.).

39 Supra, bilj. 31.

40 Zahtjevi Mirabel Baez i Pam Reno (bilj. 38.) okarakterizirani su kao „svojevrsan oblik silovanja osobe koja je mrtva“. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note 22*, str. 1597.

41 U doktrini se pojavljuju i druge vrlo slične sistematizacije: podjela postmortalne oplodnje po kriteriju trenutka zamrzavanja genetskog materijala i kriteriju (ne)postojanja saglasnosti preminule osobe za korištenjem njenih gameta *post mortem* (vidjeti: Vlašković, V., *supra note 15*, str. 578. i 579.), te podjela koja je načinjena kombinacijom ova dva kriterija (vidjeti: Samardžić, S., *Porodičnopravni aspekti posthumne oplodnje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2013, str. 389. i 390.).

42 Pregled pravne regulacije ovog pitanja u zemljama članicama Vijeća Evrope i EU-a vidjeti u studijama: Council of Europe, Committee on Bioethics (DH-BIO), *supra note 29*; ESHRE, *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies* (SANCO/2008/C6/051), Belgium, 2010, str. 18. i 19., na: http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ/docs/study_eshre_en.pdf (1. 3. 2018.).

postmortalnoj oplodnji i idu na štetu prava i interesa djeteta začetog i rođenog poslije smrti jednog ili oba genetska roditelja.

III.1. Zemlje koje dozvoljavaju postmortalnu oplodnju

Jedna od evropskih zemalja koja je zakonski uredila i dozvolila postmortalnu oplodnju je Velika Britanija. Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 2008. godine određeni su uvjeti pod kojima će bračni ili vanbračni partner biti smatran ocem ovako začetog djeteta. Među ostalim, precizno je normirana obaveza pribavljanja njegovog pristanka kako za postmortalno korištenje njegovih gameta ili od njih stvorenih preembrija, tako i za uspostavljanje budućeg roditeljskog odnosa između njega i djeteta.⁴³ Ni prije stupanja na snagu Zakona iz 2008. oplodnja *post mortem* nije bila zabranjena, ali je Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine propisivao da se u tom slučaju muškarac čiji su gameti postmortalno iskorišteni za oplodnju (ili je implantiran embrij nastao fertilizacijom jajne ćelije njegovim spermatozoidima), neće smatrati ocem djeteta.⁴⁴ Pod utjecajem javnosti i stavova judikature ove odredbe su promijenjene.⁴⁵

I Španija dozvoljava postmortalnu oplodnju. Zakon o tehnikama medicinski pomognute oplodnje iz 2006. godine ovlašćuje ženu da za oplodnju upotrijebi spermatozoide svog preminulog supruga, ako je on na to izričito pristao u pismenoj formi na jedan od zakonom propisanih načina.⁴⁶ Dodatni uvjet je da ta oplodnja bude izvedena maksimalno 12 mjeseci poslije njegove smrti. U skladu s odredbama navedenog Zakona, dijete začeto i rođeno ovom metodom imat će bračni status. Isto pravo priznato je i neoženjenim muškarcima. Ako su gameti umrlog muškarca koji se nije izjasnio o fertilizaciji *post mortem* implantirani u tijelo žene nakon njegove smrti, nedozvoljeno je utvrđivanje očinstva i uspostavljanje bilo kakve pravne veze između tog muškarca i djeteta začetog putem medicinski pomognute oplodnje.⁴⁷

43 Kovaček-Stanić, G., *Comparative Analysis of ART in the EU: Cross-border Reproductive Medicine, Medicine, Law & Society*, Vol. 8, No 1, 2015, str. 8. i 9.

44 Ovakva regulacija usvojena je u Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. iz dva razloga: da bi se osiguralo raspoređivanje imovine tj. nasljednopravna dejstva s dozom konačnosti, te da se destimuliše fertilizacija *post mortem*, zbog mogućih dubokih psiholoških problema koje može izazvati kod djeteta i majke. Detaljnije: Kovaček-Stanić, G., *supra note 36*, str. 427.; Vidić, J., *supra note 34*, str. 559.

45 Među slučajeve koji su utjecali na promjenu Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. spada i slučaj *Diane Blood* iz 1995. godine. Radi se o ženi koja je uspjela ostvariti pravo na ekstrakciju sjemenih ćelija njenog supruga, nakon što je on pao u komu bez izgleda za preživljavanje, a potom i pravo da ih upotrijebi za postmortalnu oplodnju, jer je prema Zakonu iz 1990. to bilo moguće samo uz prethodni pristanak muškarca od kojeg gameti potječu. Poslije rođenja dva sina, začeta muževim sjemenim ćelijama, ona je izvojevala još i pravnu bitku za priznanjem očinstva njenog supruga u odnosu na njene sinove. Vidjeti detaljnije o ovom slučaju: Sabatello, M., *supra note 9*, str. 29.; Samardžić, S., *Pravna pitanja biomedicinski asistirane reprodukcije: reproduktivni turizam*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2011., str. 510.; The Guardian, *Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father*, na: <http://www.theguardian.com/science/2003/sep/19/genetics.uknews> (1. 3. 2018.).

46 Izjava može biti data u specijalnoj ispravi, pred notarom, u testamentu ili u posebnom dokumentu s *post mortem* instrukcijama.

47 Vidjeti detaljnije: Cámara Lapuente, S., *New Developments in the Spanish Law of Succession*,

Premda navedene odredbe izričito ne određuju treba li budući zametak biti pravno tretiran na isti način kao *nasciturus* u čl. 29. Građanskog zakonika Španije, i smatrati se začetim u vrijeme smrti ostavitelja da bi mu bilo priznato pravo nasljeđivanja i druga prava pod uvjetom da se rodi živ, to je svakako najispravnije i najbolje tumačenje ove odredbe.⁴⁸

Holandski Zakon o embrijima iz 2002. godine normira da se zamrznuti preembriji neće čuvati u slučaju smrti donora sjemene ili jajne ćelije. Međutim, ako su te osobe prethodno sačinile pismenu izjavu o upotrebi njihovih gameta ili preembrija, onda se ovi mogu dalje čuvati i iskoristiti za postmortalno začeće.⁴⁹ Pošto Građanski zakonik Holandije u čl. 1:2 priznaje ostvarenje pravnih interesa već začetog djeteta pod uvjetom da se rodi živo, iz tumačenja ovog pravila proističe da dijete začeto *post mortem* ne može ostvariti pravo nasljeđivanja svojih genetskih roditelja.⁵⁰

Belgija također spada u grupu evropskih zemalja koje dopuštaju postmortalnu oplodnju. Shodno Zakonu o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju prekobrojnim embrionima i gametima iz 2007. godine, embriji mogu biti iskorišteni za ovakvu oplodnju nakon smrti jednog od partnera, pod uvjetom da su oboje partnera o tome postigli sporazum u vidu ugovora, odnosno na to izričito pristali. Postupak oplodnje mora biti proveden u tačno određenom periodu, čiji je početak šest mjeseci od dana smrti partnera, a kraj dvije godine nakon tog datuma. Zakon dozvoljava i fertilizaciju *post mortem* uz pomoć zamrznutih gameta, u istom periodu koji je normiran za fertilizaciju uz pomoć embrija.⁵¹

U pravnom sistemu Grčke, postmortalna oplodnja žene – bračne ili vanbračne partnerice dozvoljena je samo ako su ispunjene dvije pretpostavke. Prva, da je njen partner prije smrti obolio od bolesti koja je praćena velikim rizikom njegovog steriliteta ili velikom izvjesnošću da će bolest rezultirati smrću. Druga, da je partner u formi notarske isprave pristao na ovu metodu oplodnje. Rok za njeno izvođenje jednak je onom u belgijskom pravu. Propisivanje roka dvojako je motivirano: zaštitom žene od preuranjenog donošenja takve odluke te zaštitom ostalih srodnika – potencijalnih nasljednika od predugog čekanja na ostvarenje njihovog prava na nasljeđe.⁵²

InDret 4/2007., str. 11., na: www.raco.cat/index.php/InDret/article/.../102424 (1. 3. 2018.); Vidić, J., *supra* note 34, str. 560.

48 Takvo pravilo izričito je propisano u građanskom pravu španskih pokrajina Katalonije i Aragona. Vidjeti: Cámara Lapuente, S., *supra* note 47, str. 11.

49 Detaljnije: Derckx, V. – Hondius, E., *The Rights of the Embryo and the Foetus under Dutch Law*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 6.4, str. 399., na: http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2007-0725-201505/hondius_02_the_right_of_the_embryo.pdf (1. 3. 2018.).

50 Ibid.

51 Vidjeti: Vidić, J., *supra* note 34, str. 560.

52 Kounougeri-Manoledaki, E., *Assisted Reproduction and Human Rights in Greece*, u: Lødrup, P. – Modvar, E. (Ed.), *Family Life and Human Rights*, Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law, Oslo, 2004., str. 376.; Leon, G. – Papetta, A. – Spiliopoulou, C., *Overview of the Greek Legislation Regarding Assisted Reproduction and Comparison with the EU*, Reproductive BioMedicine Online, Vol. 23. Issue 7, str. 821. na: <http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/1472-6483/PIIS1472648311004846.pdf> (1. 3. 2018.); Kovaček-Stanić, G., *supra* note 43, str. 9.

Od svih zemalja nastalih disolucijom SFRJ, samo Makedonija izričito dopušta oplodnju *post mortem*. Zakon o biomedicinski pomognutoj oplodnji iz 2008. godine normira mogućnost ovakve oplodnje genetskim materijalom muškarca, pod uvjetom da je na to prethodno iskazao pristanak u pismenoj formi. Oplodnja mora biti izvedena najviše godinu dana od dana njegove smrti. To pravo pripada kako bračnim i vanbračnim partnerima, tako i osobama koji ne žive u jednoj od ovih zajednica.⁵³ Navedeno zakonsko rješenje nije usklađeno s odredbama makedonskog Zakona o nasljeđivanju vezanim za nasljednopravni položaj zametka,⁵⁴ iz čijeg tumačenja proizilazi da postmortalno začeto dijete ne može biti nasljednik svog genetskog oca.

Analiza odredaba hrvatskog Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji iz 2012. godine ukazuje na to da je i u ovoj državi postmortalna oplodnja dopuštena u izvjesnom obliku ili preciznije kazano, na posredan način. U odredbi koja se odnosi na način i rokove čuvanja spolnih ćelija, tkiva i zametaka propisano je da zameci pohranjeni u cilju izvođenja postupka medicinski pomognute oplodnje, u slučaju smrti jedne ili obje osobe od kojih potječu, mogu biti poklonjeni drugom korisniku prava na medicinski pomognutu oplodnju radi oplodnje i rađanja djeteta. Osim toga, u odredbi kojom je regulirano pohranjivanje genetskog materijala i preembrija ista mogućnost, odnosno obaveza⁵⁵ normirana je u slučaju smrti muškarca i žene koji su zamrznuli svoje embrije za njihovo kasnije vlastito korištenje, ugroženi izvjesnošću da će zbog zdravstvenih razloga postati neplodni. Ovlaštenje na donaciju embrija ima zdravstvena ustanova kod koje su ovi pohranjeni.⁵⁶

III.2. Zemlje koje zabranjuju postmortalnu oplodnju

Izvjestan broj evropskih zemalja decidirano zabranjuje postmortalnu oplodnju.

Njemački Zakon o zaštiti embrija iz 1990. godine propisuje kaznu zatvora do tri godine ili novčanu kaznu za osobu koja svjesno oplodi jajnu ćeliju sjemenom ćelijom osobe koja više nije živa.⁵⁷ Ista sankcija propisana je za pokušaj vještačke oplodnje jajne ćelije koja potječe od umrle žene. Navedena zabrana ne odnosi se na slučaj kada muškarac, čiji su gameti upotrijebljeni za oplodnju, umre nakon što jajna ćelija bude oplođena.⁵⁸ Doktrina smatra kako je zabrana postmortalne oplodnje primarno motivirana nastojanjem zakonodavca da spriječi neovlaštenu oplodnju jajnih ćelija

53 Doktrina je iskazala ošto protivljenje ovakvom zakonskom rješenju, istakavši da je ono s više aspekata neusklađeno s rješenjima većine ostalih zakonodavstava koja dozvoljavaju postmortalnu oplodnju. Vidjeti detaljnije: Mickovic, D., *Posthumna reprodukcija i naslednoto pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 (2), 2011, str. 538-540.; Spirovik Trpenkovska, Lj. – Mickovic, D. – Ristov, A., *Nasledovanje vo Evropa*, Skopje, 2011., str. 58. i 59., prema: Vidić, J., *supra note 34*, str. 560.

54 Supra, bilj. 4.

55 Zakon u čl. 33. st. 4. upotrebljava termin “mogu”, a čl. 34. st. 4. “obavezna je”.

56 Za razliku od embrija, pohranjene spolne ćelije i tkiva moraju biti uništene u roku od 30 dana od saznanja za smrt osobe od koje potječu (čl. 33. i čl. 34. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji).

57 Sankcije pogađaju liječnika koji izvede ovakvu oplodnju, dok žena kojoj je preembrij transferiran neće biti kažnjena (§. 4 (1) 3. Zakona o zaštiti embrija). Vidjeti detaljnije: Müller-Terpitz, R., *Surrogacy and post mortem reproduction – Legal situation and recent discussion in Germany*, str. 77. i 78., na <https://ejournals.lib.auth.gr/culres/article/download/4953/4918> (1. 3. 2018.).

58 U tom smislu glasi odluka Višeg Regionalnog Suda u Rostocku. Vidjeti: Ibid, str. 78.

bez saglasnosti donora spermatozoida, odnosno da osigura zaštitu prava (preminulog) muškarca na samoodređenje. Osim toga, zakonodavac ovakvim rješenjem želi zaštititi interese potencijalnog djeteta, koji bi mogli biti ugroženi činjenicom njegovog rođenja i odrastanja bez genetskog oca te nemogućnošću da spozna od koga potječe. Pojedini autori također navode psihološke probleme koje bi to dijete moglo imati saznanjem da je njegov genetski otac već bio mrtav u trenutku kada je ono začeto. Manji broj njih čak navodi i argument da u slučajevima postmortalne oplodnje dolazi do povrede ljudskog dostojanstva, a neki i taj da donor spermatozoida, budući da je mrtav, ne može biti smatran pravnim ocem djeteta, što rezultira ne samo okolnošću da je dijete lišeno psihološke uloge koju roditelj ima u njegovom životu nego i svog prava na izdržavanje.⁵⁹ Nasuprot stavovima u prilog općoj zabrani postmortalne oplodnje *de lege lata*, njemačka doktrina pronalazi i argumente koji bi opravdali dopuštanje njenog izvođenja uz ispunjenje strogo propisanih uvjeta.⁶⁰

Švicarsko pravo izričito zabranjuje korištenje embrija ili gameta poslije smrti osobe od koje ovi potječu.⁶¹

Identično rješenje sadrži i slovenačko pravo. Zakon o liječenju neplodnosti i biomedicinski pomognutoj oplodnji Slovenije iz 2000. godine obavezuje liječnika da prije unosa gameta ili preembrija u tijelo žene u cilju oplodnje utvrdi jesu li njihovi darovatelji još uvijek živi.⁶²

Ni francusko zakonodavstvo ne dozvoljava postmortalnu oplodnju. Zakonom 94-654 iz 1994. godine propisano je da muškarac i žena, bračni ili vanbračni partneri od kojih potječu gameti, moraju biti živi u trenutku provođenja postupka medicinski pomognute oplodnje. Osim ovoga, moraju biti i zadovoljeni uvjeti koji se tiču njihove životne dobi, saglasnosti s transferom embrija ili inseminacijom i postojanja bračne/vanbračne zajednice.⁶³ Prije stupanja na snagu ovog Zakona, u sudskoj praksi je raspravljano nekoliko slučajeva u kojima su sudovi zauzeli oprečna stajališta o postmortalnom transferu preembrija.⁶⁴

Uvjet da su oboje partnera od kojih potječe reproduktivno tkivo živi u vrijeme izvođenja fertilizacije normiran je i u pravu Italije Zakonom br. 40 iz 2004. godine.⁶⁵

59 Vidjeti više: Ibid, str. 78. i 79.

60 Müller-Terpitz, R., supra note 57, str. 80.; Krüger, M., *The Prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in Germany and European Convention on Human Rights*, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, 1/2001, str. 63.

61 Kovaček-Stanić, G., supra note 36, str. 426.

62 Čl. 28. st. 3. Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (ZZNPOB). Detaljnije o rješenjima ovog zakona vidjeti: Znidaršić, Viktorija, *The Law on Infertility Treatment and Bio-medically assisted procreation in Slovenia*, u: *Family Life and Human Rights*, Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law, Oslo, 2004., str. 1017-1036.

63 Kovaček-Stanić, G., supra note 36, str. 426.; Eduardo, D. – Raposo, L. V., supra note 18, str.186. i 187.

64 Eduardo, D. – Raposo, L. V., supra note 18, str. 190-192.

65 Čl. 5. Zakona br. 40/2004.

Prije njegovog donošenja, u sudskoj praksi je udovoljavano pojedinim zahtjevima za izvođenjem postmortalne oplodnje.⁶⁶

Portugalski Zakon 32/2006 također zabranjuje postmortalnu oplodnju. Dozvoljena je jedino postmortalna implantacija preembrija u matericu, pod uvjetom da preembrij bude stvoren prije smrti muškarca od kojeg potječu gameti. Ako taj uvjet nije ispunjen, nakon njegove smrti ne smije se provesti postupak oplodnje, čak ni kada je on izrazio želju za time.⁶⁷

Srbija je donošenjem novog Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji 2017. godine otklonila dileme izazvane nepreciznošću ranijeg zakonskog rješenja pitanja dopuštenosti postmortalne oplodnje⁶⁸ i time se nedvojbeno svrstala u grupu evropskih zemalja koje je ne dopuštaju. Ovaj Zakon decidirano propisuje da je u postupku medicinski pomognute oplodnje dozvoljeno upotrebljavati reproduktivne ćelije i embrije davatelja koji su živi,⁶⁹ a u dijelu koji normira vrijeme čuvanja gameta i preembrija određuje da se gameti po isteku propisanog roka za čuvanje uništavaju, a preembriji razgrađuju i uništavaju. Prije njihovog uništavanja, zdravstvena ustanova koja ih čuva dužna je u pismenoj formi zahtijevati od osobe od koje potiču gameti ili preembriji da se izjasni o njihovom daljem korištenju – ta osoba je ovlaštena darovati ih drugim osobama za oplodnju, donirati ih u znanstvenoistraživačke svrhe ili zahtijevati njihovo uništavanje.⁷⁰

Na teritoriju Bosne i Hercegovine ne postoji poseban zakon kojim je uređeno pitanje medicinski pomognute oplodnje.⁷¹ Aktivnosti vezane za njegovu izradu i usvajanje u jednom dijelu države – Federaciji Bosne i Hercegovine traju već više od šest godina. Trenutno se provodi faza javne rasprave Nacrta Zakona o liječenju

66 Jedan od zahtjeva s takvim ishodom je presuda Tribunala u Palermu od 8. januara 1999. godine. Radi se o slučaju šefa sicilijanske mafije i njegove supruge, koji su ugovorili postupak *in vitro* oplodnje njihovim gametima u Centru za reproduktivnu medicinu u Palermu, budući da se on nalazio u zatvoru i nije mogao ostvarivati neposredne kontakte sa suprugom. Samo nekoliko dana nakon prve neuspješne implantacije preembrija u njenu matericu, suprug je preminuo. Centar je odbio nastaviti postupak oplodnje preostalim preembrijima, pozivajući se na kodeks deontologije i druge interne propise. Supruga se obratila sudu zahtijevajući da Centar u potpunosti izvrši svoju preuzetu „profesionalnu obavezu“. Zanimljivo je da ju je Centar u ovome podržao, očekujući kako će mu sud nametnuti obavezu da nastavi započeti postupak te ga time osloboditi eventualne moralne ili pravne odgovornosti. Sud je usvojio postavljeni zahtjev, navodeći „kako je šteta prouzrokovana odrastanjem djeteta bez oca mnogo manja i potpuno neusporediva sa štetom kada dijete ne bi bilo niti rođeno“. Navedena presuda je dobila znatan publicitet i postala predmet opsežnih doktrinarnih analiza. Vidjeti detaljnije: Miranda, A., *Post-mortem artificial insemination in Italy: A Case study*, u: Bainham, A. (ed.), *The International survey of family law*, 2003 edition, str. 243-249.; Eduardo, D. – Raposo, L. V., *supra note 18*, str. 191.

67 Eduardo, D. – Raposo, L. V., *supra note 18*, str. 192.

68 O rješenjima prethodno važećeg Zakona o liječenju neplodnosti i postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja iz 2009. godine vidjeti: Krstić, N., *Naslednopravna dejstva post mortem reprodukcije*, Zbornik radova s Međunarodne naučne konferencije „Pravni sistem i zaštita od diskriminacije“, Kosovska Mitrovica, 2015., str. 264-267.

69 Čl. 41. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

70 Čl. 51. st. 4-6. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

71 Ovo pitanje tretirano je jedino u okviru porodičnog zakonodavstva, u odredbama koje normiraju majčinstvo i očinstvo djeteta začetog medicinski potpomognutom oplodnjom. Vidjeti: Bubić, Suzana – Traljić, Nerimana, *supra note 2*, str. 96-98.

neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom⁷², usvojenog u Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine u aprilu 2017. godine. Ovaj Nacrt ne sadrži posebne odredbe o postmortalnoj oplodnji, ali iz odredaba kojima su normirani uvjeti za ostvarenje prava na liječenje primjenom postupaka medicinski pomognute oplodnje te odredaba o pohranjivanju, načinim i rokovima čuvanja gameta i preembrija zaključuje se kako ona nije dozvoljena.⁷³

IV. Postmortalna oplodnja u Sjedinjenim Američkim Državama

IV.1. Zakonska regulacija

Način reguliranja postmortalne oplodnje nije istovjetan na cijelom teritoriju Sjedinjenih Američkih Država. U većem broju saveznih država SAD-a ne postoje posebni zakoni koji precizno i potpuno uređuju ovu metodu medicinski pomognute oplodnje i njena pravna dejstva, nego su u tamošnjim zakonodavstvima tretirani samo pojedini aspekti – neke savezne države usmjerile su se na reguliranje porodičnog statusa postmortalno začete djece, dok su se druge fokusirale na njihov nasljednopravni položaj.⁷⁴ Među državama još uvijek ne postoji konsenzus o tome na koji način tretirati ovu djecu ili koje kriterije uzeti pri definiranju očinstva kada je o njima riječ. Premda je oblast socijalnog osiguranja uređena na federalnom nivou Zakonom o socijalnom osiguranju (*Social Security Act*) iz 1935. godine (te kasnije višekratno usvajanim amandmanima), zbog nedostatka dosljednosti pojedinih država u rješavanju ovog pitanja, podobnost postmortalno začelog djeteta da ostvari beneficije iz socijalnog osiguranja⁷⁵ na temelju veze s genetskim roditeljem varira od jedne do druge savezne države.⁷⁶

72 Verzija Nacrta Zakona o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom Federacije Bosne i Hercegovine iz marta 2017. godine dostupna je na:

http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/file/Materijali%20u%20proceduri_2017/Nacrt%20zakona%20BMPO%20b_.pdf (1. 3. 2018.).

73 Čl. 28., 31., te čl. 48-52. Nacrta Zakona o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom.

74 Zafran, R., *Dying to Be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception*, Houston Journal of Health Law & Policy, 4/29/2008, str. 57-63.

75 U pitanju je tzv. *Social Security survivors' benefits* – skup zaštitnih mjera namijenjenih porodici koje je Kongres SAD-a dodao Zakonu o socijalnom osiguranju amandmanom iz 1939. godine. Cilj je bio izbjeći da veliki broj građana postane ovisan o državnoj pomoći, nakon što umre član porodice koji je privređivao i izdržavao ih. Amandmanom su propisane mjesečne novčane naknade i druge beneficije za pojedine članove porodice preminulog osiguranika (ugovaratelja osiguranja). Dijete je podobno za ostvarenje ovih beneficija ako se uklapa u definiciju „djeteta“ prema navedenom Zakonu te ispunjava druge kriterije u pogledu životne dobi, bračnog statusa, ovisnosti o roditelju itd. Detaljnije: Brown, K., *Posthumously Conceived Children and Social Security Survivors' Benefits*, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class, Vol 13, Issue 2, 2013, str. 263-269.; Durkin Stewart, C., *Legal Inconsistencies after Astrue v. Caputo: When Children are Conceived Postmortem, Does Society Have an Obligation to Support Those Children?*, J. Marshall L. Rev., Vol 47, Issue 3, 2014, str. 1104-1105.

76 Ibid, str. 258. i 262.

Prve smjernice za uniformno rješavanje pitanja porodičnog statusa postmortalno začete djece sadržavao je federalni Zakon o jednoobraznom položaju djece začete medicinski pomognutom oplodnjom (*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*) iz 1989. Njime je bilo propisano da osoba koja je umrla prije početka postupka medicinski pomognute oplodnje nije pravni roditelj tako začetog djeteta.⁷⁷ Zamijenio ga je Jednoobrazni zakon o roditeljstvu (*Uniform Parentage Act*) iz 2000., izmijenjen 2002. godine, koji u članu pod naslovom „Roditeljski status umrle osobe“ malo drugačije pristupa ovom pitanju. Stavljajući naglasak na volju preminulog genetskog roditelja, odredba kaže da osoba koja se saglasila biti roditeljem djeteta rođenog uz pomoć medicinski pomognute oplodnje neće steći takav status ako umre prije provođenja postupka začeća ili implantacije preembrija. Ipak, smatrat će se roditeljem u slučaju da se izričito izjasnila u prilog postmortalnoj oplodnji i svom roditeljstvu.⁷⁸

Određene smjernice za rješavanje ovog pitanja sadrži i Jednoobrazni zakonik o ostavinskom postupku (*Uniform Probate Code*) iz 1969. godine, koji je u amandmanima 2010. godine precizno definirao status djeteta začetog poslije smrti genetskog roditelja, s aspekta provođenja ostavinskog postupka i određivanja zakonskih nasljednika. Shodno tim odredbama, dijete začeto poslije smrti genetskog oca smatrat će se njegovim djetetom ako su ispunjenje dvije pretpostavke: prva, da je genetski otac pristao na postmortalnu oplodnju žene koja je rodila to dijete (ovdje su isključene surogat majke), i pritom iskazao saglasnost da bude tretiran kao njegov otac; druga, dijete mora biti začeto, odnosno zametak se mora naći u materici najkasnije 36 mjeseci nakon očeve smrti ili dijete biti rođeno najkasnije 45 mjeseci nakon tog događaja.⁷⁹ Ovaj Zakon dosad je usvojilo manje od polovine ukupnog broja saveznih država SAD-a.⁸⁰

Nekoliko saveznih država SAD-a zakonom je uredilo pitanje prava nasljeđivanja postmortalno začete djece, dok se u ostalima na to pitanje primjenjuju pravila precedentnog prava.⁸¹ U prvu grupu država, između ostalih, spadaju California, Louisiana, Colorado, Delaware, Florida, North Dakota, Texas, Virginia, Washington i Wyoming,⁸² koje djeci priznaju ovo pravo, te nasuprot njima Georgia, Idaho,

77 Vidjeti detaljnije: Kindregan, P. C., *supra* note 20, str. 437.

78 Ibid, str. 437. i 438.

79 § 2–120 Jednoobraznog zakona o ostavinskom postupku. Propisivanje ovako dugog roka za provođenje postupka postmortalne oplodnje zakonodavac, između ostalog, obrazlaže potrebom da se ožalošćenoj supruzi/partnerici ostavi dovoljno vremena da razmisli i odluči hoće li se podvrgnuti takvom postupku i ako to učini, dovoljno vremena da taj postupak bude uspješno okončan trudnoćom i rođenjem djeteta. Vidjeti detaljnije: Carpenter, C. B., *supra* note 16, str. 373. i 374.

80 Vidjeti podatke na: Uniform Law Commission, <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Probate%20Code> (1. 3. 2018.).

81 Živojinović, D., *supra* note 11, strana 155.

82 Pet od deset nabrojanih država – Colorado, Delaware, Texas, Washington i Wyoming preuzele su odredbe Jednoobraznog zakona o roditeljstvu koje se odnose na roditeljski status umrle osobe. U pravu Virginie ovako začeto dijete može postati zakonski nasljednik svoga oca, pod uvjetom da je on dao pismeni pristanak na postmortalnu inseminaciju. Takvo rješenje ima i pravo država Texas, Colorado, Washington i Louisiana. Dodatni uvjet koji se zahtijeva u Louisiani je da je dijete rođeno najviše tri godine nakon očeve smrti. U North Dakoti postmortalno začeto dijete nikako ne može biti zakonski nasljednik svog genetskog oca, ali iz tumačenja zakonskih odredaba proizilazi da ono može biti njegov

Minnesota, South Carolina and South Dakota, koje su revidirale svoje propise kako bi to pravo izričito isključile.⁸³

IV.2. Sudska praksa

Judikatura SAD-a obiluje predmetima u kojima je raspravljano o zahtjevima postmortalno začete djece da im se prizna pravo nasljeđivanja, odnosno pravo da na osnovu genetske/roditeljske veze s ostaviteljem ostvare pogodnosti iz socijalnog osiguranja. Analiza tih predmeta pokazuje da su sudovi u pojedinim slučajevima s vrlo sličnim činjeničnim stanjem često donosili dijametralno suprotne odluke, upuštajući se pritom u tumačenje motiva i ciljeva zakonodavca prilikom reguliranja ovog pitanja. Temeljni kriterij kojim su se sudovi rukovali u presuđivanju je (ne)postojanje saglasnosti preminule osobe za postmortalnom upotrebom njenog genetskog materijala u cilju oplodnje te (ne)postojanje volje za zasnivanjem roditeljskog odnosa s tako začetim djetetom. U predmetima u kojima su postmortalno začetoj i rođenoj djeci priznata ova prava, sudovi su ekstenzivno tumačili važeće propise, pravdajući to zaštitom ljudskih prava, odnosno prava djeteta i zaštitom njegovog najboljeg interesa.

Prvi predmet u judikaturi SAD-a vezan za prava postmortalno začete djece je *Hart v. Shalala* iz 1994. godine.⁸⁴ Nastao je povodom zahtjeva Nancy Hart za priznanjem prava na beneficije iz socijalnog osiguranja kćeri koju je začela zamrznutim gametima svog supruga nakon njegove smrti. Njen zahtjev je odbijen na prvostepenom i drugostepenom nivou, ali je nadležni organ socijalne zaštite ipak odlučio promijeniti svoj stav pa je djevojčici priznao to pravo.⁸⁵

Vrhovni sud New Jerseyja raspravljao je 2000. godine u slučaju *In re estate of Kolacy*⁸⁶ o pitanju jesu li blizanke začete u postupku *in vitro* oplodnje nasljednice svog oca, budući da su rođene 18 mjeseci poslije njegove smrti.⁸⁷ Sud je na to pitanje pozitivno odgovorio. Utvrdio je kako postoje jasni i nedvosmisleni dokazi da je ostavitelj genetski otac djevojčica, koji je usto pismeno očitovao pristanak na roditeljstvo djeteta začetog *post mortem* njegovim spermatozoidima. Iz tog pristanka iščitava se i postojanje njegove želje da djeca ostvare sva prava koja im pripadaju na osnovu činjenice da im je roditelj. Sud je konstatirao da je namjera zakonodavca zaštititi prava čovjeka u najvećem mogućem stepenu, vodeći pritom računa da se nepravедno ne zadre u interese drugih osoba. Zato pravo djeteta na nasljeđivanje

testamentarni nasljednik. U Floridi je izričito normirano ovo pravo djeteta u pogledu testamentarnog nasljeđivanja. Vidjeti: Goodwin, E. J., *Not All Children are Created Equal: A Proposal to Address Equal Protection Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children*, Conn. Pub. Int. L.J., Vol. 4., No 2, 2005., str. 233-236.; Kindregan, P. C. – McBrien, M., *supra note 12*, str. 9-12.

83 Carpenter, C. B., *supra note 79*, str. 378.

84 *Hart v. Shalala*, No. 94-3944 (E.D. La. filed Dec. 12, 1994).

85 Vidjeti detaljnije o slučaju: Greenfield, J., *supra note 16*, str. 284.; Doroghazi, John, *supra note 22*, str. 1603.

86 *In re estate of Kolacy*, 753 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000).

87 Zakonodavstvo države New Jersey propisuje da zakonski nasljednici mogu biti samo osobe žive u trenutku smrti ostavitelja ili osobe već začete u tom trenutku, a rođene u roku od 300 dana nakon toga.

treba imati prednost u odnosu na restriktivno, doslovno tumačenje zakona.⁸⁸ Značajna je u ovom kontekstu i konstatacija Suda da treba ustanoviti nasljednopravni odnos između preminulog oca i postmortalno začetoj djeci, čak i u situaciji kada oca nije ostala imovina koju bi ono moglo naslijediti, jer će taj status omogućiti djetetu da u budućnosti naslijedi očeve srodnike.⁸⁹

Među najpoznatije slučajeve ove vrste u judikaturi SAD-a, čijoj analizi veliku pažnju posvećuje i njena pravna teorija, spada slučaj *Woodward v. Commissioner of Social Security* iz 2002. godine.⁹⁰ U pitanju je zahtjev majke dviju blizanki da se djevojčicama prizna pravo da naslijede svog genetskog oca i prava iz socijalnog osiguranja. Blizanke su rođene dvije godine nakon očeve smrti, a začete njegovim zamrznutim gametima koje je pohranio zbog mogućeg steriliteta kao nuspojave medicinskog tretmana u borbi protiv leukemije. Vrhovni sud Massachusettsa je donio odluku u korist djevojčica, našavši da postmortalno začeto dijete može biti zakonski nasljednik svog preminulog oca, odnosno da tamošnje zakonodavstvo ne uskraćuje ovoj djeci pravo nasljeđivanja, niti u tom smislu postoji razlika u odnosu na djecu začetu prije ostaviteljeve smrti. Da bi djetetu začetom *post mortem* to pravo bilo priznato, ono mora dokazati da su ostvarene dvije pretpostavke: postojanje „genetske veze između djeteta i ostavitelja“ i izričiti pristanak ostavitelja na takvu oplodnju, uz njegovo osiguranje materijalne podrške tom djetetu.⁹¹ Argumentirajući svoju odluku, Sud je naveo da u ovom slučaju postoje tri značajna interesa: najbolji interes djece, interes države za efikasnom raspodjelom ostavine te reproduktivna prava preminulog bračnog partnera. Sud je smatrao kako je njegova uloga „harmonizacija ovih interesa u cilju ostvarenja osnovne namjere zakonodavca.“⁹²

Slučaj sa sličnim okolnostima i jednakim ishodom kao *Woodward* je i slučaj *Gillett-Netting v. Barnhart* iz 2004. godine.⁹³ Nakon postmortalne oplodnje spermatozoidima svog preminulog supruga, koji ih je pohranio kada je obolio od tumora, te rođenja blizanaca, njihova majka je zatražila da se djeci prizna pravo na beneficije iz socijalnog osiguranja na temelju roditeljskog odnosa s preminulim. Odbijena je od nadležne institucije socijalne zaštite te prvostepenog i drugostepenog suda, s obrazloženjem da se prema odredbama federalnog Zakona o socijalnom

88 Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1604.; Lewis, C. B., *supra note* 38, str. 413-416.

89 Kindregan, P. C. – McBrien, *supra note* 12, str. 12. i 13.

90 *Woodward v. Commissioner of Social Security*, 760 N.E.2d 257, 435 Mass. 536 (2002). Bio je to prvi slučaj u kojem je jedan američki sud posljednje instance razmatrao pitanje nasljednih prava postmortalno začete djece. Vidjeti: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1605.

91 U judikaturi Massachusettsa ovo je kasnije nazvano „*Woodward*-testom“. Vidjeti: Ibid., str. 1606.

92 U vezi s pitanjem najboljeg interesa djeteta Sud je istakao da i zakonodavstvo i judikatura moraju posvetiti posebnu brigu potrebi djece za uživanjem istih prava, neovisno o okolnostima njihovog začeca i rođenja. Zakonodavnom politikom treba osigurati priliku roditeljima da izdržavaju svoju djecu, kad god je to moguće, a ne da ona ovise o socijalnoj pomoći. Kada je riječ o efikasnoj podjeli ostavine, Sud je naglasio da priznanje prava nasljeđivanja postmortalno začetoj djeci, bez obzira na nesumnjivo veliki značaj zaštite njihovih prava i interesa, iziskuje određivanja vremenskih granica čekanja na provođenje postupka za raspravljavanje ostavine, kako bi njihovo pravo nasljeđivanja zaista moglo biti efektivno zaštićeno. Sud ipak nije odredio ove granice, prepuštajući taj zadatak zakonodavcu. Vidjeti detaljnije: Doroghazi, J., *supra note* 22, str. 1605. i 1606.; Greenfield, J., *supra note* 16, str. 285.; Lewis, C. B., *supra note* 38, op. cit., str. 416-420.; Kindregan, P. C. – McBrien, *supra note* 12, str. 14-16.

93 *Gillett-Netting v. Barnhart*, 371 F.3d 595 (9th Cir. 2004).

osiguranju ova djeca ne mogu smatrati potomcima preminulog Nettinga. Najviša sudska instanca usvojila je njen zahtjev, konstatirajući da su blizanci, shodno zakonodavstvu države Arizona, zaista njegova zakonita djeca i da zadovoljavaju uvjete za ostvarenje tih prava.⁹⁴

Slučaj *In re Martin B.* iz 2007. godine⁹⁵ specifičan je u odnosu na ostale navedene po dvije karakteristike: prvo, sud se tu nije bavio pitanjem prava postmortalno začete djece na ostvarenje beneficija iz socijalnog osiguranja, nego isključivo pitanjem njihovog prava da budu zakonski nasljednici, i drugo, to pravo nasljeđivanja odnosilo se na njihovog djeda, a ne genetskog roditelja. Radilo se o dva dječaka, začeta nekoliko godina poslije smrti njihovog genetskog oca, spermatozoidima koje je on pohranio upravo u tu svrhu. Nakon što je začela i rodila jednog pa drugog dječaka, njegova supruga je dozvolila uništenje preostalih gameta. Budući da je nedugo po sinovljevoj smrti preminuo i njegov otac, djed ovih dječaka, postavilo se pitanje imaju li djeca koja nisu bila niti začeta u vrijeme očeve/djedove smrti pravo da kao zakonski nasljednici učestvuju u raspodjeli imovine koja potječe od djedovih trustova. Sud je presudio u korist dječaka, istakavši da djeci, koja su na osnovu pristanka njihovih roditelja začeta *post mortem* uz pomoć novih tehnologija, pripadaju ista prava kao i djeci začetoj za života njihovih roditelja.⁹⁶ Sud je svoju odluku poentirao stavom da „ljudska želja za djetetom zavređuje poštovanje, baš kao i prava djece rođene zahvaljujući naučnim dostignućima.“⁹⁷

Za razliku od navedenih slučajeva u kojima su sudovi priznali pravo nasljeđivanja i prava iz socijalnog osiguranja postmortalno začetoj djeci, u slučaju *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration* iz 2007. godine⁹⁸ sud je postupio sasvim suprotno. Spor je nastao povodom zahtjeva postmortalno začete djevojčice, čiji je otac zamrznuo svoje gamete nakon saznanja da je obolio od smrtonosne bolesti i ovlastio suprugu da ih iskoristi za oplodnju *post mortem*, uz izjavu da želi biti priznat kao otac budućeg djeteta. Njen zahtjev za priznanjem prava nasljeđivanja, odnosno beneficija iz socijalnog osiguranja odbijen je na svim nivoima, pa i na konačnoj apelacionoj instanci – Vrhovnom sudu države New Hampshire. Ne priklanjajući se pravnom stajalištu zauzetom u slučaju *Woodward*, Sud je presudio da se postmortalno začeto dijete, u smislu nasljednopravnih propisa ove države, ne može podvesti pod kategoriju „nadživjele“ djece podobne da naslijede oca. Da bi se dijete moglo smatrati „nadživjelim“, ono mora biti začeto u trenutku očeve smrti.

94 Sud je pritom konstatirao da postoji razlika u procjeni porodičnog statusa postmortalno začete djece u pogledu ostvarenja prava iz socijalnog osiguranja i ostvarenja njihovog prava da kao zakonski nasljednici naslijede očevu imovinu. Vidjeti detaljnije o ovom slučaju: Doroghazi, J., *supra* note 22, str. 1600., 1612-1614.; Greenfield, J., *supra* note 16, str. 286.; Kindregan, P. C. – McBrien, *supra* note 12, str. 16.

95 *In re Martin B.*, 841 N.Y.S. 2d 207 (n. Y. Sur. Ct. 2007).

96 Sud je argumentirao svoju odluku, među ostalim, i činjenicom da je ostatak gameta nakon rođenja dva dječaka uništen, čime je definitivno okončano pitanje kruga nasljednika, te tumačenjem ostaviteljeve volje iskazane u pogledu raspolaganja imovinom iz njegovih trustova, iz kojeg proizilazi ostaviteljeva želja da sva njegova unučad bude tretirana na jednak način, odnosno da njegova imovina pripadne svima podjednako. Vidjeti: Lewis, C. B., *supra* note 38, str. 425.

97 Detaljnije o slučaju vidjeti: Ibid, str. 423-426.

98 *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration*, 930 A.2d 1180 (N.H. 2007).

Zbog toga u ovom slučaju volja i izričito očitovanje oca djevojčice u pogledu njenog statusa nisu prihvaćeni kao relevantni.⁹⁹

Kao još jedan primjer slučajeva u kojima je odbijen zahtjev za priznanjem imovinskih prava postmortalno začetog djeteta može se navesti i slučaj *Burns v. Astrue* iz 2012. godine.¹⁰⁰ Okolnosti slučaja slične su onima iz slučaja *Khabbaz*, ali je argumentacija Vrhovnog suda države Utah ovdje nešto drugačija. Mada je dječakov genetski otac prilikom pohranjivanja svojih gameta iskazao pristanak da ih njegova žena upotrijebi za postmortalnu oplodnju, Sud je zauzeo stav kako takav pristanak nije dovoljan da bi se on smatrao dječakovim ocem, sa svim pravnim posljedicama koje proizlaze iz tog odnosa. Prema navodima Suda, pravo Utaha zahtijeva da davatelj sperme izričito očituje saglasnost u pismenoj ili elektronskoj formi da se ima smatrati ocem eventualnog djeteta, začetog i rođenog u postupku postmortalne oplodnje, tako da činjenica ostavljanja gameta na raspolaganje supruzi sama po sebi ne dodjeljuje davatelju gameta status roditelja postmortalno začetog djeteta.¹⁰¹

Zbog odluke da postmortalno začetom djetetu ne prizna beneficije iz socijalnog osiguranja te kriterija kojima se sud pritom rukovodio, izuzetno veliku pažnju američke doktrine i prakse izazvao je i slučaj *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.* iz 2012. godine.¹⁰² Zanimljivo je da je u ovom slučaju krajnja instanca odlučivanja bio Vrhovni sud SAD-a. Slučaj se zasnivao na sljedećem činjeničnom stanju: Nakon što su supružnici Capato odlučili da suprug pohrani svoje spermatozoide, zbog steriliteta kao eventualne posljedice kemoterapije kojoj je trebao biti podvrgnut, pa je to i učinjeno, nenadano su začeli dijete prirodnim putem. Poslije toga, a prije nego su uspjeli dobiti još djece, suprug je preminuo. Budući da su oduvijek planirali imati više djece, supruga je iskoristila njegove zamrznute gamete za postmortalnu oplodnju. Po rođenju blizanaca, zatražila je da svo troje djece dobiju pogodnosti iz socijalnog osiguranja na temelju pravne veze s njihovim ocem. Nadležni organ socijalnog osiguranja prihvatio je ovaj zahtjev u pogledu prvorodenog djeteta, a odbio u pogledu postmortalno začetih i rođenih blizanaca, s obrazloženjem da zakonodavstvo savezne države Floride u kojoj je suprug imao domicil u trenutku smrti ne priznaje postmortalno začetoj djeci pravo da budu zakonski nasljednici. Ovakvu odluku potvrdio je jednoglasno i Vrhovni sud SAD-a, uzimajući pravila nasljednog prava Floride kao odlučujući kriterij u procjeni smatra li se postmortalno začeto dijete „djetetom“ u smislu odredaba federalnog Zakona o socijalnom osiguranju, te je li ono kao takvo podobno ostvariti prava korisnika osiguranja, odnosno nadživjelog člana porodice preminulog osiguranika.¹⁰³ Ako se stav Vrhovnog suda SAD-a pretoči u precedent, to znači da postmortalno začeto dijete može ostvariti beneficije iz socijalnog osiguranja isključivo u slučaju da je podobno biti nasljednik prema

99 Detaljnije o slučaju vidjeti: Lewis, C. B., *supra* note 38, str. 420-423.

100 *Burns v. Astrue*, 2012 UT 71, Utah Supreme Court, October 12, 2012.

101 Vidjeti odluku Suda na: <http://www.utcourts.gov/opinions/supopin/Burns1271101212.pdf> (1. 3. 2018.).

102 *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.*, 132 S. Ct. 2021 (2012).

103 Vidjeti detaljnije: Brown, K., *supra* note 75, str. 263-271.; Kim, C., *Posthumously Conceived Children And Their Social Security Benefits Based On State Intestacy Law: How Astrue v. Capato Changes Future Social Security Benefits As Technology Advances*, Loyola of Los Angeles Law Review, 4-1-2013, str. 1141-1149.

odredbama nasljednog prava pojedine savezne države SAD-a. Ovakvo rješenje otvara mogućnost nejednake primjene federalnog Zakona o socijalnom osiguranju na pojedine građane i povrede njihovih prava.¹⁰⁴ U doktrini je ova odluka ocijenjena kao „značajna prepreka“ u reguliranju statusa postmortalno začete djece. Šta više, prema stavu pojedinih autora, od te djece je „stvorena „potklasa“ djece, prisiljene ovisiti o nedosljednostima zakonodavstva saveznih država prilikom ocjene jesu li podobna za određene beneficije i prava“. Doktrina naglašava da je, usprkos svemu, broj postmortalno začete djece svakodnevno sve veći, odnosno da se radi o „rastućoj klasi“ u SAD-u, a budući da ta djeca sama ne mogu birati trenutak u vremenu u kojem će biti začeta, odredbe važećeg zakonodavstva moraju bit izmijenjene kako bi dobila adekvatnu zaštitu.¹⁰⁵

V. Zaključna razmatranja

Premda postmortalna oplodnja više ne predstavlja nikakvo „medicinsko čudo“, jer se ovi postupci uspješno izvode već nekoliko decenija, pravo još nije uspjelo pronaći odgovore na sva pitanja i dileme koje ona otvara. Imajući u vidu da njena primjena dovodi do preispitivanja tradicionalnog koncepta porodice i roditeljstva, jasno je zbog čega je tako teško normirati sve promjene koje izaziva u društvenim odnosima.

U brojna kompleksna pravna pitanja vezana za postmortalnu oplodnju spada i pitanje njenih nasljednopravnih dejstava. Treba li postmortalno začetom djetetu priznati nasljednopravni status, odnosno pravo da naslijedi genetskog roditelja ili srodnike nakon čije smrti je začeto i rođeno ili ostvari druga imovinska prava (prava iz socijalnog osiguranja, pravo na penziju itd.)? Odgovori na to pitanje *de lege lata* variraju od države do države, pri čemu su prvenstveno uvjetovani stajalištem nacionalnog zakonodavca u pogledu postmortalne oplodnje. Čak ni u svakoj od država koja je izričito dozvoljava, odredbe nasljednog prava nisu modernizirane i usklađene s odredbama o postmortalnoj oplodnji, nego se i dalje primjenjuje tradicionalno pravilo o *nasciturusu*.

Ipak, neovisno o prihvatanju ili odbijanju ove metode medicinski pomognute oplodnje u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima, činjenica je da se rađaju djeca začeta poslije smrti jednog ili oba genetska roditelja. Želja za roditeljstvom i dobivanjem potomstva nadvladava zakonske zabrane i državne granice. Postojanje ove djece ne može se ignorirati. Priznavanjem im jednake mogućnosti nasljeđivanja kao i djeci začetoj prirodnim putem ili drugim metodama medicinski pomognute oplodnje bez sumnje se štiti njihov najbolji interes.

S druge strane, ne smiju se zanemariti niti interesi ostalih, već postojećih nasljednika, koji ne mogu bezgranično čekati na ostvarenje svog prava nasljeđivanja. I država ima interes da se efikasno provede ostavinski postupak i odrede osobe na koje prelaze prava i obaveze umrlog. Zadatak je zakonodavca da balansira sve navedene interese.

¹⁰⁴ Kim, C., *supra* note 103, str. 1142.

¹⁰⁵ Brown, K., *supra* note 75, str. 271., 276. i 277.; Kim, C., *supra* note 103, str. 1157. i 1158.

Dr. sc. Maja Čolaković, Associate Professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar
Dr. sc. Marko Bevanda, Associate Professor
Faculty of Law, University of Mostar

THE INHERITANCE LAW EFFECTS OF POSTHUMOUS CONCEPTION

Summary

The possibility of using frozen gametes for posthumous conception opens numerous ethical, moral, legal and social issues. The paper focuses on one of the very complex legal issues – the consequences of posthumous conception on the rights of inheritance. By the recognition of inheritance right or other property rights (social security rights, the right to a pension, etc.) to a posthumously conceived child, his best interests are protected. It also eliminates any discrimination based on the circumstances of child's conception and birth. At the same time, waiting for posthumous conception and birth to occur might lead to several negative effects on legal certainty and an effectiveness of probate proceedings of the inheritance as well as the position of the other heirs and the rights of third parties.

Keywords: *nasciturus*, conception, death, inheritance