

**Ивана Бараћ\***

*Правни факултет, Универзитет у Београду*

## **БИОМЕДИЦИНСКИ ПОТПМОГНУТО ОПЛОЂЕЊЕ – ИЗА КУЛИСА ПРАВНИХ НОРМИ\*\***

### **Сажетак**

Рад је настао као резултат намере ауторке да освртом на позитивне прописе Републике Србије као и ставове теорије о области биомедицине, изложи потенцијалне проблеме који су уочени и предложи измене закона који регулише БМПО. У уводном делу, пажња је усмерена на репродуктивну аутономију, да би се потом указало на позитивне прописе Републике Србије који гарантују право на слободно одлучивање о рађању детета. Потом је спроведена анализа одредби Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи које дају одговор на питање ко су корисници права на БМПО. Ауторка испитује оправданост норме закона којом се у односу на (ван)брачне парове као кориснике права на БМПО предвиђа обавеза спровођења процене њихове подобности да врше родитељску дужност, те предлаже измене којима би се проблематична одредба закона потенцијално уредила. Надаље се обрађује питање целисходности норме којом се жени која живи сама признаје право на БМПО, без обзира на њен (ин)фертилитет. Ауторка износи мишљење да би овакво право жени требало признати, али уз одговарајуће услове који би подразумевали и потребу процене најбољег интереса детета. Напослетку, у раду је изложено и питање утицаја пандемије на остваривање права на БМПО, с обзиром на обуставе рада комисије и обуставе спровођења поступка

\* Имејл-адреса: [ivana.barac@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.barac@ius.bg.ac.rs).

\*\* Рад је резултат истраживања на стратешко научно-истраживачком пројекту „Епидемија. Право. Друштво.” за 2021. годину – подтема „Грађанско право и јавно здравље”, који организује и спроводи Правни факултет Универзитета у Београду у току 2021. године.

вештачке оплодње услед вируса САРС-КоВ-2. Ипак, анализом се утврђује да је наш правни систем потенцијалне проблеме избегао, постављањем одредби које воде рачуна о ванредним околностима изазваним пандемијом.

Иако не спорећи постојеће недостатке законских решења, долази се до закључка да је правни систем Републике Србије решавању проблема инфертилитета приступио на прогресиван и толерантан начин.

**Кључне речи:** Корисници права на БМПО, процена способности вршења родитељског права, жена која живи сама као корисник права на БМПО, најбољи интерес детета, утицај пандемије на право на БМПО

## ПОЈАМ БИМЕДИЦИНСКИ ПОТПОМОГНУТОГ ОПЛОЂЕЊА

Биомедицински потпомогнута оплодња (БМПО) представља сегмент хумане репродуктивне медицине усмерен на лечење инфертилитета у случајевима у којима се узрок неплодности не може отклонити, те се уместо тога говори о различитим репродуктивним технологијама (Mršević 2020a, 3). Драшкић (2013) БМПО дефинише као појам који обухвата различите репродуктивне технологије телесног (*in vivo*) и вантелесног (*in vitro*) зачећа, које се примењују онда када зачеће детета није могуће остварити без помоћи биомедицине (219). Ковачек Станић (Ковачек Станић 2008a, 8) истиче да постоје: „различите класификације медицински асистираних репродукција”, те као пример наводи Дикенсоново (Dikens 1990, 21 citirano u: Kovaček Stanić 2008b)<sup>1</sup> разликовање на: АИД (*AID - artificial insemination*

<sup>1</sup> Ковачек Станић један је од аутора монографије настале као резултат заједничког рада на пројекту *Правно уређење биомедицински асистираних зачећа у домаћем правном систему и у европској перспективи*, спроведен под покровитељством Секретаријата за науку и технолошки развој Извршног већа Војводине. Носилац Пројекта био је Правни факултет у Новом Саду, а поред Ковачек Станић као руководиоца пројекта, учествовали су и други значајни аутори: Маријана Пајванчић, Станко Пихлер, Огла Цвејић-Јанчић, Бернадет Бордаш, Јелена Видић, Марија Драшкић, Весна Копитовић, Весна Ријавећ и Сузана Краљић. Рад на пројекту резултирао је у сачињавању *Модела Закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*.

by donor) и АИХ (АИИ - *artificial insemination by husband*), *in vitro* фертилизацију и сурогат материнство (uporediti Draškić 2013a, 219–223). С тим на уму ваља истаћи да је Међународни комитет за надгледање спровођења асистираних репродуктивних технологија (ICMART) у оквиру свог Међународног речника о неплодности и регулисању плодности, који је усвојен 2017. године (Sheryl van der Poel 2017), медицински асистирани репродукцију дефинисао као: „репродукцију која се спроводи путем различитих интервенција, операција и технологија, са циљем лечења различитих облика поремећене плодности и неплодности (1796). Те интервенције, операције и технологије подразумевају репродукцију путем индукције овулације, контролисану стимулацију јајника, изазивање овулације, поступке асистираних репродуктивних технологија, интраутерине, интрацервикалне и интравагиналне оплодње семеним ћелијама мужа/партнера или донора.” Поред тога, овим речником по први пут уведен је појам „заштита плодности” (*fertility care*) који подразумева: „поступке који се односе на подизање свести о плодности, на подршку као и на могућност регулисања плодности са намером да се помогне појединцима и паровима да остваре своје жеље које су повезане са репродукцијом и/или намером да изграде породицу” (1793). Неспорно је да овај вид репродуктивне аутономије представља важан механизам борбе против инфертилитета, уколико се у обзир узме чињеница да неплодност изазива велики стрес за појединца, односно (ван) брачни пар, те да рађање детета код њих ствара „врхунско осећање испуњености и смисла живота, омогућавајући им и поштовање сопственог идентитета и достојанства” (Draškić 2013b, 219).

Репродуктивна аутономија појединца могла би се окарактерисати као апсолутно право, које делује *erga omnes*, те које према наводима Самарцић (2018) субјекту овог права даје могућност: „да из одлучивања о сопственој репродукцији искључи сва трећа лица која му онемогућавају или ограничавају остваривање овог права” (62). Боље речено: „принцип репродуктивне аутономије треба да има претпостављен примат када о томе настану сукоби, јер контрола у погледу тога да ли ће или како неко користити своје право на репродукцију представља централни аспект личног идентитета, достојанства, као и смисла живота”

(Robertson 1994, 16 citirano u: Samardžić 2018a, 58, fn. 159). Ипак, Драшкић (1992, 248–249, fn. 54) подвлачи да иако је ово право: „апсолутно у том смислу што може бити правно ограничено само ради заштите здравља, то не значи да титулар тога права мора у свако доба имати стварну могућност за прокреацију потомства.” Самарџић (2018, 62) стоји на сличном становишту, сматрајући да: „не постоји ништа што би се могло означити као тотална репродуктивна слобода.”

## БМПО У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У Републици Србији право на репродукцију путем биомедицински потпомогнуте оплодње представља једно од овлашћења које улазе у састав уставног права на слободно на одлучивање о рађању (Ustav Republike Srbije 2006, чл. 63).<sup>2</sup> Начело слободног одлучивања о рађању деце постављено оваквом уставном нормом имплицира да се право свакога да слободно одлучује о рађању не може ограничити, чак ни у случају супротног интереса државе на плану популационе политике (Draškić 2013c, 224). Осим тога, право на репродукцију поступцима БМПО заштићено је и одредбама Европске конвенције о људским правима (Evropska konvencija o ljudskim pravima, чл. 8).<sup>3</sup> Такво становиште Европски суд за људска права заузео је у више наврата.<sup>4</sup> Штавише, Суд је експлицитно указао на то да је „право (ван)брачног пара да зачне дете коришћењем поступака БМПО ради тог циља

2 С тим у вези Драшкић (1992, 246, fn. 42) истиче да је правну садржину начела о слободном одлучивању о рађању деце најпотпуније одредио професор Стеванов који сматра да ово начело садржи неколико овлашћења: а) право на слободу љубави, б) право на контрацепцију, в) право на зачеће (природним, вештачким путем, право на лечење стерилитета и право на пресађивање гонада у циљу рађања), г) право на прекид трудноће и др.) право на рађање детета (видети Stevanov 1977, 49). Начело о слободном одлучивању о рађању деце у нашој држави по први пут било је предвиђено нормама Устава СФРЈ из 1974. године.

3 Члан 8 Европске конвенције о људским правима и слободама предвиђа да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Државна заједница Србија и Црна Гора ратификовала је 2003. године Европску конвенцију о људским правима.

4 Тако је Европски суд за људска права у случају *Evans v. The United Kingdom* указао да право на поштовање приватног и породичног живота подразумева, поред осталог, и право на поштовање одлуке свакога да постане, или не постане родитељ (*Evans v. The United Kingdom*, 6339/05, par. 71) (видети Draškić 2019, 22–23, fn. 41). У случају *Dickson v. the United Kingdom* суд је заузео став да право да се постане генетски родитељ представља једно од овлашћења које улазе у састав права на приватан и породични живот из чл. 8 Конвенције (*Case of Dickson v. The United Kingdom*, 44362/04, par. 66) (видети Bordaš 2011, 313–333).

заштићено чланом 8, јер је такав избор део приватног и породичног живота” (S. H. and others v. Austria, 57813/00, par. 82; videti Scherpe 2012, 276–279).

Породични закон прокламује да жена слободно одлучује о рађању детета (Porodični zakon 2005, čl. 5, st. 1). Као што аутори исправно примећују, оваква норма Породичног закона не само да је противуставна (Draškić 2013d, 224, fn. 15), већ је и недовољно прецизно одређена, те се последично може закључити да као таква не обухвата право на приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње (Kovaček Stanić 2008c, 5; uporediti Draškić 2013e, 224–225). Ипак, уколико се у обзир узме да претходнопоменута уставна одредба о слободном одлучивању о рађању деце свакако подразумева и право на приступ поступцима БМПО, јасно је да према слову закона, ни за кога начелно, нема препрека у остваривању овог права. Без обзира на то, не треба занемарити да: „за стварно коришћење овим правом нису довољне само уставноправне и породичноправне гаранције, већ и све друге претпоставке (медицинске, економске, образовне, социјалне и психолошке)” (Draškić 2013f, 224).

Најважнији нормативни акт који уређује право на приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње свакако је Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи (u daljem tekstu: ZBMPO), усвојен 2017. године.<sup>5</sup> ЗБМПО поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дефинише као поступак који се спроводи у складу са савременим стандардима биомедицинске науке у случају неплодности, као и у случају постојања медицинских индикација за очување плодности, и омогућава спајање мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на начин другачији од сношаја (ZBMPO 2017a, čl. 3). Треба притом нагласити да се под биомедицински потпомогнутом оплодњом подразумевају поступци унутартелесног и вантелесног оплођења (ZBMPO 2017b, čl. 13). Унутартелесно зачеће се односи на уношење семених ћелија у полне органе жене и уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жене, док се вантелесно зачеће односи на

5 Пре усвајања ЗБМПО на снази је био Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења усвојен 2009. године, као први закон који се бави питањима поступака биомедицински потпомогнуте оплодње изузимајући Породични закон и Закон о здравственој заштити.

спајање јајних ћелија и семених ћелија изван тела жене и преношење раног ембриона у тело жене (Draškić 2013g, 220). Република Србија изричито забрањује сурогат материнство (ЗВМРО 2017c, чл. 4, ст. 1).

Поступак биомедицински потпомогнуте оплодње мора се спровести у складу са начелима прокламованим законом, а на начин којим се, поред осталог, води рачуна о заштити индивидуалности људских бића и целовитости ембриона, као и примени одговарајућих мера за заштиту људског здравља, безбедности, достојанства, правичности и основних људских права (ЗВМРО 2017d, чл. 5-6) (videti Samardžić 2018b, 87). Осим тога, према недавно донетом Упутству за спровођење лечења неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења (RFZOa, 450-2299/21), предвиђен је неограничен број стимулираних поступака биомедицински потпомогнуте оплодње (БМПО) и три криоембриотрансфера за прво дете, при чему се за жене старосна граница подиже на 43 године живота. Свакако, норма ЗБМПО-а која заслужује подробнију анализу јеста она која даје одговоре на питање ко су корисници права на биомедицински потпомогнуту оплодњу (ЗВМРО 2017e, чл. 25). ЗБМПО прави разлику између три групе субјеката којима је ово право признато. На првом месту, право на БМПО признаје се пунолетним и пословно способним брачним супружницима/ванбрачним партнерима, уз испуњење одговарајућих услова (ЗВМРО 2017f, чл. 25). Поред тога, као субјекти права на БМПО појављују се и пунолетне и пословно способне жене које живе саме, такође уз испуњење одговарајућих услова (ЗВМРО 2017g, чл. 25). Осим тога право на поступке БМПО имају и пословно способна жена/мушкарац који су употребу својих репродуктивних ћелија одложили због постојања могућности смањења или губитка репродуктивне функције (ЗВМРО 2017h, чл. 25). Ипак, у раду ће бити обрађена питања која се односе на прве две групе субјеката.

## **(Ван)брачни парови као корисници права на биомедицински потпомогнуту оплодњу**

Речено је да ЗБМПО право на биомедицински потпомогнуту оплодњу на првом месту признаје брачним супружницима, односно ванбрачним партнерима, којима је у лечењу неплодности потребна помоћ биомедицине. Да би остварили ово право, брачни супружници/ванбрачни партнери морају испунити пар услова. Неопходно је да је реч о пунолетним и пословно способним брачним супружницима/ ванбрачним партнерима који воде заједнички живот у складу са нормама закона којим се уређују породични односи. Осим тога, они морају бити способни да врше родитељску дужност и да су у таквом психосоцијалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способни да обављају родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета (ЗБМПО 2017i, чл. 25). Овако постављена норма ствара недоумице и захтева позорност. Боље речено, може се закључити да (ван)брачни пар који жели да оствари своје право на поступак биомедицински потпомогнуте оплодње може то учинити само уколико претходно прође кроз поступак оцене подобности за вршење родитељског права. Једно од полазних питања, које се може поставити, јесте и због чега се у односу на (ван)брачни пар који има проблема са инфертилитетом постављају овакви захтеви, док исти или слични захтеви не постоје у односу на родитеље који децу добијају природним путем?

Теорија на ово питање различито одговара.<sup>6</sup> Са једне стране се налазе аутори који процену способности вршења родитељског права виде као сасвим разумљиву (Samardžić 2018c, 91). Такав став оснажују аргументом да су и родитељи који су добили децу природним путем подвргнути оценама способности да врше родитељско право путем института лишења родитељског права. Стога се провера родитеља тумачи као „смислен и потребан поступак” који се уједно и оправдава онда када је ту процену могуће спровести и пре зачећа детета (64–65). Надаље се истиче да се не може

<sup>6</sup> Важно је напоменути да став теорије изражен на овом месту не представља став у вези са спорном нормом ЗБМПО, већ разумевање да је оправдано законским нормама уредити обавезу спровођења поступка оцене способности вршења родитељског права у односу на кориснике права на БМПО.



приговарати да је процена подобности родитеља и њиховог психосоцијалног стања дискриминаторна јер се једнако као поступак лишења родитељског права, поступак оцене подобности спроводи управо на основу унапред предвиђених правила којима се руководе одговарајући надлежни органи приликом одређивања да ли се ради о подобним родитељима (64–65).

Међутим ови аргументи нису одговарајући уколико је предмет тумачења конкретна, проблематична одредба ЗБМПО. На првом месту треба нагласити да нема ни говора о томе да су биолошки родитељи подвргнути процени која се може изједначити са оном кроз коју пролазе потенцијални корисници права на поступке БМПО. Поступак лишења родитељског права представља породичноправну санкцију која се може изрећи родитељима у тачно одређеним случајевима, а који су унапред предвиђени Породичним законом. Дакле, примена овог механизма представља изузетак од правила, јер се примењује у случајевима у којима родитељ злоупотребљава право или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права (потпуно лишење родитељског права), односно у случајевима у којима родитељ несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права (делимично лишење родитељског права) (Porodični zakon 2005, чл. 81–82; videti Draškić 2019a, 293–302). Последице, извесно је да већина родитеља која су децу добила природним путем потенцијално никада ни неће бити предмет овакве процене. Са друге стране, будући родитељи који имају проблема са инфертилитетом по правилу су изложени макар оној процени која се врши пре спровођења поступка БМПО. Штавише, поступак оцене способности вршења родитељског права се за разлику од поступка лишења родитељског права, заправо не спроводи према унапред предвиђеној процедури којом би одговарајући надлежни органи требало да се руководе приликом одређивања да ли се ради о подобним родитељима.

Такође, пратећи одредбе ЗБМПО не налази се одговор ни на питање које је лице/орган надлежан за процену способности вршења родитељског права као и на који начин се таква процена спроводи. Уместо тога, тумачењем се долази до закључка да овакву процену, једнако као и процену постојања медицинских индикација, евентуално



врши надлежни специјалиста, односно специјалиста гинекологије и акушерства, без унапред постављених норми о начину спровођења поступка процене подобности вршења родитељске дужности (ZBMPО 2017j, чл. 25; videti ZBMPО, чл. 19, st.1). Нејасно је међутим којим се то законским/подзаконским актима специјалиста гинекологије и акушерства треба руководити приликом доношења одлуке о подобности лица да врши родитељско право (uporediti Kovaček Stanić 2010a, 417; Samardžić 2018d, 91). Чини се да у пракси нису спровођени поступци процене подобности потенцијалних родитеља.<sup>7</sup> Уместо тога, надлежни специјалиста гинекологије и акушерства се, приликом разговора са потенцијалним корисницима, евентуално фокусира и на њихово психосоцијално стање, те их у случају сумње упућује на разговор са социјалним радницима. Посматрано на практичном плану, готово је извесно да ће (ван)брачни пар који жели да искористи своје право на БМПО у томе заиста имати успеха, уколико су испуњени услови који се односе на њихово пунолетство, пословну способност и медицинске индикације. Стога, не постоји никаква формална процена нити поступак који се спроводи ради оцене подобности, већ се уместо тога говори о фактичким радњама које специјалиста гинекологије и акушерства спроводи непосредно, а које нису нужно усмерене на вршење процене подобности.

Оваква норма ЗБМПО у односу на кориснике права на поступке БМПО поставља услове једнаке онима који постоје у претходно важећем Закону о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења (ZLN 2009, чл. 26, st. 1) и потенцијално представља израз воље законодавца да спречи злоупотребе од стране корисника права на БМПО. Занимљиво је међутим да је у образложењу ЗБМПО (Vlada Republike Srbije 2017, 46) наведено да се његовим усвајањем тежи успостављању система квалитета у области БМПО, који поред осталог подразумева и постојање *стандардних оперативних процедура, смерница, приручника*. Ипак, неспретна формулација законске норме, као и одсуство стандардизоване процедуре која се спроводи

<sup>7</sup> Ауторка је до ових сазнања дошла разговором са две специјалисткиње гинекологије и акушерства (које су запослене како у државним установама, тако и у приватној пракси) као и са социјалном радницом запосленом у државној установи, а које су изразиле добру вољу да на основу својих искустава омогуће бољи увид у реално стање у пракси. Ауторка им се на овом месту посебно захваљује.

у вези са поступцима БМПО сведоче супротном. Управо зато, долази се до закључка да је услов који се односи на процену способности вршења родитељског права потенцијалних родитеља само мртво слово на папиру (uporediti Samardžić 2018e, 88).

Дакле, не само да се може уочити да се оваква процена не врши на основу унапред установљених правила поступања и критеријума који треба да буду задовољени, већ је упитно и само постојање овог поступка процене. Иако би се могло рећи да разговор потенцијалних корисника и надлежног специјалисте заправо представља примену поменуте норме, ауторка сматра да тако нешто није случај. Као прво, специјалиста гинекологије и акушерства није никаквом одредбом закона/подзаконског акта оглашен као надлежан за спровођење овог поступка. Као друго, у закону недостају одредбе које постављају јасне услове који треба да буду задовољени да би се сматрало да је одређено лице уствари лице за које се оправдано може очекивати да је способно да обавља родитељску дужност. Напослетку, а као што је већ истакнуто, ЗБМПО пропушта да уреди начин спровођења поступка без обзира на то колико је важно „да лица која буду овлашћена да проверавају испуњење услова буду компетента за овакву проверу” као и да „се води рачуна о томе да провера услова не оптерети поступак” (Samardžić 2018f, 91). Нема дилеме да потенцијални корисници права на поступке БМПО заправо не знају до краја шта се од њих захтева како би могли остварити своје право. Узимајући у обзир пак да је одлука о рађању деце заиста слободна само ако појединац поседује све потребне информације о условима под којима се ово право остварује (Draškić 2013h, 224) дискутабилно је да ли се спорном нормом ЗБМПО уистину гарантује остваривање уставног права на слободно одлучивање о рађању деце.

Дакле, неспорно је да има простора за одређене измене законског текста. Прва могућност могла би бити измена и допуна норме тако да се изричито наведе ко је лице/орган надлежан за оцену способности вршења родитељског права, који критеријуми треба да буду испуњени да би се овај услов сматрао задовољеним, као и на који се начин спроводи таква процена. Уколико би се прихватио овакав предлог, ауторка предлаже да би оцену способности вршења родитељског права и психосоцијалног стања потенцијалних корисника

БМПО требало поверити органу старатељства. Задатак органа старатељства био би да према унапред утврђеним правилима спроведе поступак оцене подобности потенцијалних родитеља да врше родитељско право. Такав поступак подразумевао би разговор са потенцијалним родитељима, при чему би орган старатељства свакако требало да прибави налаз и мишљења психолога, педагога, социјалног радника, правника (слично као и када је реч о оцени личних својстава усвојитеља) и специјалисте гинекологије и акушерства. Последично, надлежни орган био би дужан да провери испуњеност унапред предвиђених критеријума који морају бити остварени да би се будући родитељ могао користити својим правом на БМПО.<sup>8</sup> Без обзира на то што овако предложено решење има извесних сличности са нормама који уређују поступак усвојења, ауторка на овом месту истиче да се не може сложити са ставом да је поступак процене потенцијалних корисника права на БМПО оправдан јер се таква процена врши и када је реч о усвојењу, или пак хранитељству (Samardžić 2018g, 65; uporediti Draškić 2013i, 225, fn. 19). С тим у вези у теорији се указује на то да се поступак БМПО не може посматрати аналогно са природним зачећем јер су поступци медицински асистирани репродукције одавно престали бити приватна ствар, за разлику од природног зачећа. Како се код природног зачећа не може утицати на то ко су будући родитељи, Робертсон (Robertson 1994, 36, citirano u: Samardžić 2018h, 66, fn. 203) сматра да је: „одговорност у погледу тога коме дозволити приступ медицински асистираним зачећу много већа” те да „рађање треба бити условљено прихватањем обавезе да се прописно обезбеде услови за потомство” (Archard 2004, 139 citirano u: Samardžić 2018i, 67, fn. 204).

На првом месту ваља истаћи да је према разумевању појединих аутора оваква процена апсолутно неприхватљива са становишта уставног права на слободно одлучивање о рађању деце, те да биолошки родитељи, за разлику од усвојитеља, не морају ни пред ким потврђивати своју подобност (Draškić 2013j, 225, fn. 19). Штавише, ако се у обзир узме да је реакција на дијагнозу инфертилитета једнака реакцији на дијагнозу

<sup>8</sup> Тако се рецимо код оцењивања опште подобности усвојитеља посебно води рачуна о утврђивању мотива за усвојење и оцени емоционалне стабилности будућег усвојитеља (Draškić 2019, 235–236 ). Самарџић (2018, 88) сматра да би се када је реч о процени потенцијалних родитеља: „можда могла повући паралела са усвојењем и условима који се постављају за њих.”

тешке болести (Mršević 2020b, 23), те да је сам процес биомедицински потпомогнутог оплођења стресан, извесна доза приватности свакако мора бити гарантована корисницима права на БМПО. У супротном, процена способности лица да врши родитељско право само би интензивирала негативне емоције изазване инфертилитетом.

Иако је тачно да се поступци медицински асистирани репродукције обављају на начин који подразумева ангажовање трећих лица, тиме се за кориснике права на БМПО уједно не искључује сваки облик приватности.<sup>9</sup> Напротив, ЕСЉП указао је на то да је циљ члана 8 ЕКЉП управо усмерен ка заштити појединца од арбитарног мешања од стране државних органа (Dickson v. The United Kingdom 44362/04, par. 70). Када је реч о аргументима да је одговорност у погледу тога коме дозволити приступ механизмима биомедицине много већа, ауторка подсећа да током артифицијелне инсеминације не трпи „људско достојанство детета које захваљује своје постојање вештачкој оплодњи” (Draškić 1992a, 243). Нејасно је стога због чега би се у односу на потенцијалне родитеље који имају проблема са инфертилитетом вршила дискриминација постављањем додатних услова у виду недовољно јасно дефинисаних процена које се врше фактичким радњама. Управо зато, друга могућност измена норми ЗБМПО могло би бити брисање спорног услова који предвиђа процену подобности родитеља, с обзиром на то да се, као што је претходно образложено, у пракси оваква процена заправо ни не спроводи.

### **Жена као самостални корисник права на биомедицински потпомогнуту оплодњу**

Међу правним писцима неспорно је да брачни супружници/ванбрачни партнери треба да уживају право на БМПО. Једина тачка неслагања међу њима везује се за услове који треба да буду задовољени ради признавања овог права. Када је пак реч о жени која се појављује као самостални корисник овог права, мишљења су подељена. На једној страни налазе се они који сматрају да би било

<sup>9</sup> Претходно је речено да право на поступке БМПО представља једно од овлашћења које чине саставни део права на приватан и породични живот гарантовано чланом 8 ЕКЉП (EKLJP, čl. 8, st. 1).

„дискриминаторски и друштвено непожељно одрицати право на прокреацију” жени која би била самостални корисник права на БМПО „само због тога што није била у прилици да нађе одговарајућег партнера” (Draškić 1992b, 245, fn. 35 i 36). Штавиште, неке студије показују да лице које планира да самостално врши родитељско право над дететом зачетим уз помоћ БМПО може једнако успешно подизати и неговати дете као што би то био случај са лицима који заједнички врше родитељско право (Levine 1984a, 48). Надаље се наводи да би ограничавање овог права у односу на лица која планирају да самостално врше родитељско право представљало израз стереотипа које важе за *самохране* родитеље, те да би таква претпоставка била прешироко постављена и искључујућа јер нити су све жене сиромашне и инфериорне, нити брачни супружници трпе оваква ограничења у погледу остваривања тог права (Levine 1984b, 49).

На потпуно супротној страни налазе се аутори који истичу да АИД (*AID*) поступак представља лек за мушки или женски брачни стерилитет због чега неудатој жени треба забранити да му се подвргава (Raymond 1983, citirano u: Draškić 1992c, 245, fn. 38). Тако се рецимо у француском правном систему вештачка оплодна третира као имитација природне репродукције, па се женама које живе саме, истополним паровима и паровима где је жена у менопаузи не признаје право приступа услугама БМПО (Francoz 2016, 52 citirano u: Vlašković 2019a, 657). Влашковић (2019) наводи пример норвешког правног система према којем се посебно рачуна води о очувању двородитељске породице, те који услед тога жени која живи сама не признаје право на БМПО, иако исто право признаје истополним партнерима (657).

Ипак, велики број правних система признаје право на зачеће поступцима БМПО и женама које живе саме.<sup>10</sup> Такав је случај и са нашим правним системом. Већ од успостављања уставног начела о слободном одлучивању о рађању деце Уставом СФРЈ из 1974. године, наши правни писци изразили су став да „свакоме, па и жени која нема сексуалног партнера припада уставно право на слободно одлучивање о рађању деце, те да таквој особи треба дозволити да оствари жељу за властитим потомством помоћу семена непознатог даваоца”

10 Влашковић као примере либералних правних система наводи, поред осталих, шпанско, грчко и хрватско законодавство (videti Vlašković 2019c, 657, fn. 19).

(Aliničić i Bakarić-Mihanović 1986, 156; Mladenović 1988, 58; Svejić-Jančić 1986, 480; Đurović, 1989, 1335; Ponjavić 1988, 751 citirano u: Draškić 1992d, 246, fn. 42).<sup>11</sup> Драшкић (1992) истиче да нема аргумената за тумачење којим би жени која живи сама могло бити ускраћено право на артифицијелну инсеминацију (248). Иако значајно касније, наш законодавац се заиста и определио за овакво решење. Тако је Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуто оплођења, као први *lex specialis* о питању поступака БМПО, предвидео да пунолетна и пословно способна жена која живи сама, може овакво своје право остварити само уз споразумну сагласност министра надлежног за послове здравља и министра надлежног за породичне односе, ако за то постоје нарочито оправдани разлози (ZLN, čl. 26, st. 3). Правни стандард *нарочито оправдани разлози* остао је неразјашњен.<sup>12</sup> Ковачек Станић и Самарџић (Kovaček Stanić i Samardžić 2016, 59) мишљења су да такви разлози треба да буду медицинске природе, а у складу са начелом медицинске оправданости, док Драшкић (2013, 226, fn. 21) указује на дилему да ли се овом нормом право на БМПО желело признати само у случају постојања медицинских индикација или је намера била да жена остварује право на лечење поступцима БМПО и у случају социјалних индикација. Свакако, ЗБМПО се определио за другачији приступ предвидевши да пунолетна и пословно способна жена која живи сама и која је способна да врши родитељску дужност и у таквом је психосоцијалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способна да обавља родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета, има право на поступке БМПО (ZBMPО, čl. 25), при чему за разлику од (ван)брачних парова, она не мора испуњавати услов који се односи на медицинске индикације. Поједини аутори критикују ово решење, указујући на то да се од жене која живи сама „мора тражити више, због тога што ће у једнородитељској породици једини родитељ морати да уложи већи напор како би се старао о детету” (Vlašковић 2019b, 660). Штавише, указује са на потребу уважавања

11 Детаљније о разлозима „за” и „против” признавања права на артифицијелну инсеминацију у корист жене видети Драшкић 1992, 241–244.

12 Истиче се да се од министарства надлежног за послове здравља и министарства надлежног за породичне односе очекивало да „удахну садржину” овом правном стандарду, те да је то представљало „јакo сложену и бирократизовану процедуру” (Svejić-Jančić 2010, 8 citirano u: Vlašković 2019d, 658, fn. 21).

најбољег интереса детета, односно интереса детета да има два родитеља (Kovaček Stanić i Samardžić 2017, 142).<sup>13</sup>

На основу претходно поменутог закључује се да је законодавцу заправо поверен задатак да одмери чији интерес треба да превагне - да ли најбољи интерес детета или право жене која живи сама да постане мајка? Иако је вредно похвале да је наш законодавац за жену која живи сама предвидео право на приступ поступцима БМПО, треба ставити пар напомена. Као прво, беспоговорно је да жени која живи сама, једнако као и (ван)брачним паровима припада право на зачеће вештачким путем. То међутим не значи да је оправдано такво право жени признати на начин на који је то учињено нормама ЗБМПО. Прецизније, нејасна је одлука законодавца да се за разлику од ранијег решења (ZLN, чл. 26) у односу на жену која живи сама, не захтева сагласност министара нити постојање разлога који оправдавају коришћење овог права. Ову дилему имао је и Републички секретаријат за јавне политике, који је већ у оквиру Мишљења на нацрт ЗБМПО (2016, 3) указао предлагачу закона да појасни разлоге због којих се жени која живи сама право на поступке БМПО признаје без прописивања додатних услова, како је био случај у претходном закону. Уосталом, ваља истаћи да је *Моделом Закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ* у оквиру одељка II *Субјекти у поступку БМПО* као алтернативно решење предложено да „свако лице има право на поступке БМПО, али да о праву на БМПО лица које не живи ни у браку ни у ванбрачној заједници одлучује суд узимајући у обзир управо *најбољи интерес детета које ће се родити*” (Kovaček Stanić 2008d, 38).<sup>14</sup> Такође, Влашковић (2018) предлаже да би се жени која живи сама ово право могло признати као изузетак који се оправдава посебним личним карактеристикама жене, њеним психофизичким способностима да врши родитељске дужности и њеним повољним и стабилним непосредним

13 Ковачек Станић и Самарџић као пример наводе право Велике Британије које садржи одредбу према којој жена не може бити укључена у поступак, ако није узета у обзир добробит детета које би било рођено као резултат третмана (Kovaček-Stanić, Samardžić 2017, 142; videti The Human Fertilisation and Embryology Act 2008, deo 14).

14 Иако је тачно да је Модел Закона о људској репродукцији (*Model Zakona о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ 2008*) настао пре усвајања Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, треба имати на уму да је идеја аутора приликом састављања модела било проналажење решења које представља кориговану и прилагођену верзију неких од најсавременијих и најлибералнијих решења европских земаља са приликама у Србији (Kovaček-Stanić 2008, 6).



окружењем, а које заправо представљају елементе за процену стандарда најбољег интереса детета (660–661).

Чини се стога да би било целисходно важећу норму изменити тако да се право на поступке БМПО жени која живи сама признаје онда када је то у најбољем интересу детета. Разуме се, оваква измена створила би потребу и за давањем одговора на нека друга питања, као што су она која утврђују садржину правног стандарда *најбољи интерес детета*, надлежност органа за оцену најбољег интереса детета у конкретном случају, начин спровођења ове процене, итд.

### **(Не)остваривање права на биомедицински потпомогнуту оплодњу у време пандемије**

Посебан проблем који се у претходних годину и по дана појављује приликом остваривања права на БМПО јесте тренутно стање здравственог система Републике Србије услед пандемије. Наша држава је од марта 2020. године била изложена значајним изазовима проузрокованим вирусом САРС-КоВ-2, те је морала да реагује на начин који ће омогућити што боље функционисање здравственог система у борби против пандемије. Та одлука је подразумевала и потребу за преусмеравањем медицинског особља ради помагања при лечењу оболелих пацијената, као и спровођење мера које би исходовале заустављање, односно успоравање ширења вируса. То је значило и обуставу рада комисија које одлучују о томе који парови имају право на БМПО о трошку Републичког фонда за здравствено осигурање (РФЗО), као и обуставу вантелесних оплодњи. Последично, сваки поступак лечења неплодности које је требало да буде спроведен након 15. марта 2020. године обустављен је у два наврата (2020, 15).<sup>15</sup> Ипак, Мршевић подвлачи да је из Клинике за гинекологију и акушерство у Вишеградској истакнуто да „процедуре БМПО скоро да нису престајали да раде” те да су комисије које одобравају ове процедуре наставиле да одлучују, али мањим темпом (2020, 15-16, fn. 8). Без обзира на то, одлука о обустави свакако је изазвала бојазан да жене које током

<sup>15</sup> Прва обустава догодила се 15. марта 2020. године. Она међутим није била једина, јер је у јулу 2020. године уследила друга обустава рада комисија у здравственим установама као и обустава поступака вантелесне оплодње. На срећу, обустава је завршена већ августа 2020. године и од тада према тренутно доступним подацима није долазило до додатних обустава.

трајања обуставе наврше 43. годину живота неће моћи да остваре своје право на БМПО. Штавише, одређени парови који су већ започели поступак остваривања права на БМПО и у односу на које је чак и донета Потврда о испуњености услова за стимулисани поступак БМПО, осећали су бојазан да ће протећи период важења потврде (12 месеци), те да ће последично морати изнова да започињу читав поступак. Ипак, РФЗО је непосредно након завршетка друге обуставе издао Упутство за спровођење лечења неплодности поступцима БМПО након завршетка обуставе рада Комисије за БМПО и одељења за UVF, које је допуњено, а којим је предвиђено да све жене које су напуниле 43 године живота током трајања обуставе због ванредног стања или 30 дана након завршетка обуставе, ипак могу да се обрате комисији за процедуру вантелесне оплодње о трошку РФЗО-а (RFZOб 450-5146/20-2).<sup>16</sup> Штавише, РФЗО је издао и Упутство за спровођење лечења неплодности поступцима БМПО због епидемије заразне болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2 (RFZOс, 450-5146/20-3) којим је предвиђено да ће Потврде о испуњености услова за стимулисани поступак БМПО које су издате у периоду од 1.1.-31.7.2020. године важити осамнаест месеци, уместо уобичајених дванаест месеци. Чини се да је на тај начин наш правни систем успео да на одговарајући начин умањи негативне последице пандемије на кориснике права на БМПО, те да постигне правичну равнотежу између заштите јавног здравља и заштите приватног интереса корисника права на БМПО.

## ЗАКЉУЧАК

Иако је поступцима биомедицине прва беба зачета још 1978. године, медицински асистирани репродукција наставља да ствара моралне, правне, политичке и друге дилеме. Правни системи већ неколико деценија покушавају да одговоре на питања која се могу категоризовати на следећа: Ко има право на поступке БМПО? Под којим се условима ово право може

<sup>16</sup> Детаљније вид. Обавештење у вези са осигурањима које су напуниле 43 године живота и Комисијама за БМПО, РФЗО, 450-5146/0-2. Ауторка се на овом месту захваљује Удружењу „Шанса за родитељство” који је потврдио да на практичном плану, корисници права на БМПО заправо нису били угрожени пандемијом у оној мери у којој се то испрва претпостављало.

остварити? Да ли се и на који начин штити најбољи интерес детета у случају признавања права на поступке БМПО лицу које живи само? Анализом текста ЗБМПО уочено је да законодавац право на БМПО условљава на другачији начин у зависности од субјеката који се појављују као титулари овог права. Тако се у односу на (ван)брачне парове захтева да буду подвргнути процени подобности вршења родитељског права. Постављање овог услова на начин на који је то учинио законодавац неодговарајући је јер законски текст не даје одговоре на питања ко је орган надлежан за спровођење поступка процене, који су критеријуми којима се надлежни орган треба руководити приликом оцене подобности, као и на који се начин поступак процене спроводи. Овакав став ауторка оснажује чињеницом да у пракси нема података да се процена подобности родитеља заправо уопште и спроводи. Управо зато, предложено је да се спорни услов процене подобности избрише из законског текста. Алтернатива овом предлогу јесте измена и допуна спорне норме постављањем одговарајућих правних правила којим би се процедура процене подобности заиста спровела у складу са уставним гаранцијама. Иако наш правни систем спада у ред либералних правних система, узимајући у обзир да се право на БМПО признаје и жени која живи сама, неопходно је размотрити постављање одговарајућих услова који би оправдали признавање овог права жени која живи сама, а ради процене да ли се признавањем таквог права води рачуна о заштити најбољег интереса детета.

## РЕФЕРЕНЦЕ

- Bordaš, Bernadet. 2011. „Pitanja biomedicinski potpomognutog oplodjenja pred Evropskim sudom za ljudska prava.” U *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, 45 (3), ur. Dragiša Dakić, 313–333. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost.
- Dickson v. The United Kingdom*, No. 44362/04, Judgement of the Court on Merits and Just Satisfaction of 4 December 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204.
- Draškić, Marija. 1992. „Porodičnopravni aspekti aritficijelne inseminacije.” *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 40

- (4/1992): 239-264. UDK- 347.61/64:343.3/. 7.
- Draškić, Marija. 2013. „Biomedicinski potpomognuto oplođenje.” U *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, ur. Radmila Vasić i Ivana Krstić, 219–235. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Draškić, Marija. 2019. *Porodično pravo i pravo deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Evropska konvencija o ljudskim pravima, „Službeni list Srbije i Crne Gore-Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 i „Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori”, br. 12/2010 i 10/2015.
- Evans v. The United Kingdom*, No. 6339/05, Judgement of the Court on Merits of 10 April 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905.
- Kovaček Stanić, Gordana. 2008. *Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost.
- Kovaček Stanić, Gordana. 2010. „Porodičnopravni aspekti biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima” U *Zbornik Matice srpske za društven nauke* ur. Branislav S. Đurđev, Novka Mojić, Đorđe Rakočević, Cvetanka Savić, Andreja Stajšić, 415–431. Novi Sad: Matica srpska.
- Kovaček Stanić, Gordana, Samardžić, Sandra. 2016. „Subjekti artificalnih reproduktivnih tehnologija i njihova prava u primeni ovih postupaka (preimplantaciona dijagnostika).” *Pravni život* 10/2016: 57–72.
- Kovaček Stanić, Gordana, Samardžić, Sandra. 2017. „Novi oblici porodice: medicinski asisitirana reprodukcija.” *Pravni život* 10/2017: 139–154.
- Levine, Rebecca. 1984. “My body, my life, my baby, my rights.” *Human Rights Law Quarterly* 12 (1): 46–50. American Bar Association.
- Mršević, Zorica. 2020. *Analiza uslova i načina ostvarivanja biomedicinski potpomognute oplodnje u Srbiji*. Beograd: Labris-organizacija za lezbejska ljudska prava.
- Porodični zakon, „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 18/2005, 72/2011-dr. zakon i 6/2015.

- Republički fond za zdravstveno osiguranje [RFZO]. 2021. Uputstvo za sprovođenje lečenja neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (BMPO), Beograd: Republički fond za zdravstveno osiguranje.
- Republički sekretarijat za javne politike. 2016. Mišljenje broj 011-00-0035/2016-02, 23. Beograd: Republički sekretarijat za javne politike.
- S.H. and others v. Austria*, No. 57813/00, Judgement of the Court on Merits and Just Satisfaction of 3 November 2011, ECLI :CE:ECHR:2011:1103JUD005781300.
- Samardžić, Sandra, 2018. „Prava deteta u oblasti medicinski asistirane reprodukcije.” Doktorska disertacija. Univerzitet u Novom Sadu: Pravni Fakultet.
- Scherpe, Jens M. 2012. „Medically assisted procreation: This margin needs to be appreciated.” *Cambridge Law Journal* 71 (2): 276–279.
- Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 98/06.
- Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, „Službeni list”, 9/74.
- Vlada Republike Srbije [VLADA RS]. 2016. Obrazloženje Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji. Beograd: Vlada Republike Srbije.
- Vlašковић, Veljko. 2019. „Žena koja živi sama kao korisnica usluga biomedicinski potpomognute oplodnje.” U *Zbornik radova Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost* ur. Miodrag Mićović, 651–665. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke.
- Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 40/2017 i 113/2017-dr.zakon.
- Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 72/09.
- Zegers-Hochschild, Fernanrdo, G. David Adamson, Silke Dyer, Catherine Racowsky, Rebecca Sokol, Laura Rienzi, Arne Sunde, Lone Schmidt, Ian D. Cooke, Joe Leigh Simpson, and Sheryl van der Poel. 2017. „The International Glossary on

Infertility and Fertility Care, 2017.” *Human Reproduction*, 32 (9) <https://secureservercdn.net/198.71.233.206/3nz.654.myftpupload.com/wpcontent/uploads/2017-HR-Glossary.pdf>.

***Ivana Barać\****

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION - BEHIND THE CURTAIN OF LEGAL PROVISIONS\*\* \***

### **Resume**

Medically assisted reproduction, which first emerged in 1978, is regarded as an important mechanism for combating infertility in an efficient and approachable manner. Albeit the fact that different countries opt for different solutions when dealing with this issue, it can nevertheless be stressed that they all tend to recognize the right of any individual battling with infertility to become a user of MAR treatments. Hence, the author stresses that reproductive autonomy is, and more importantly, should be regarded as an absolute right, which can only be limited as a means to protect democratic society.

Notwithstanding the importance of different legal acts in the Republic of Serbia recognizing the right to become a parent, the author's main area of interest were the provisions of the Law on Medically Assisted Reproduction (hereinafter: LMAR). Consequently, this paper questions the rationale used by the legislator in drafting the provisions on subjects eligible to use MAR treatments. LMAR entitles three different types to subjects with this right. Firstly, such a right is granted to couples (both spouses and extramarital partners) provided that they are subject to an evaluation which in turn testifies to their ability to fulfill their parental duties. Such an evaluation can be questioned from more than one point and should be, as such, modified. In that respect, the said condition ought to be, either removed from LMAR, or possibly amended in a manner which would result in a predefined and detailed procedure of the evaluation, authorized personnel and requirements needed for a couple to be considered suitable to use MAR treatments. Secondly, single women (regardless of their (in)fertility) are also entitled to exercise their right to use MAR treatments. Such a provision was subject to a number of critiques by legal authors, as they argued that by entitling a

\* E-mail address: ivana.barac@ius.bg.ac.rs

\*\* Овај рад је примљен 29. новембра 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. марта 2022. године.



woman with such a right, due attention should also be made to the protection of the best interests of the child. The author stands on the same grounds. Aside from the fact that the Serbian legal system undeniably grants single women the right to use MAR treatments, it most certainly can be pointed out that the legislator paid little to no attention to its duty to protect the child's best interest. Moreover, the paper sheds some light on the question of whether the pandemic caused negative effects when speaking about the right to use MAR treatments.

Bearing in mind the previously stated, it can be deduced that Serbian legal norms present a fine example when speaking of people granted the right to use MAR treatments. Still, Serbian legislators should reconsider redrafting some of the provisions, as well as carefully weigh-in the importance of both single women's right to undergo MAR treatments and the child's best interest.

**Keywords:** Reproductive autonomy, right to use MAR treatments, subjects entitled to use MAR treatments, evaluation of potential parents' abilities to fulfill their parental duties, single woman as a person entitled to undergo MAR treatments, child's best interest, pandemic's effects on the right to undergo MAR treatments