Др Драгица Живојиновић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 347.61/-64:618.2-07(4-672EU+497.11)
DOI: 10.46793/XXIv-9.247Z

ПОСТХУМНО ЗАЧЕЋЕ У ЕВРОПСКИМ ПРАВИМА И НОВОМ СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ*

Резиме

Могућност чувања репродуктивног материјала (репродуктивних ћелија, ткива и раних ембриона) и њихова доцнија употреба уз помоћ метода хумане асистиране прокреације за изазивање трудноће и рођење детета, померају границе фертилне способности појединца на време када он више није у животу. Будући да медицинска изводљивост постхумног зачећа уноси револуцију у доскорашњи концепт људског репродуктивног потенцијала, предмет ауторовог интересовања у овом раду је сагледавање како се савремена европска и српско право односе према питању његове допуштености.

Након представљања шта се подразумева под постхумном оплодњом и зашто је она предмет бројних дебата, аутор налази да свега неколико европских законодавстава има благонаклон однос према овој могућности, док је већина забрањује или се пак, о овоме не изјашњава. Анализирајући одредбе новог Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи које се односе на ову тематику, аутор констатује да се српско право приклонило ставу европске већине - код нас постхумна оплодња није допуштена. У завршном делу рада аутор износи аргументе за и против оваквог решења и закључује да претежу они који допуштеност постхумног зачећа не чине оправданим.

Кључне речи: *биомедицински потпомогнута оплодња, постхумно зачеће, право на прокреацију, најбољи интерес детета.*

---

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *XXI век – век услуга и Услужног права*, бр. 179012, који финансира Министарство за просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводна разматрања

Због неплодности многи парови,[1] као и појединци, нису у стању да испуне своју жељу за потомством. Опадање фертилне способности становништва у репродуктивном периоду, наметнуло је потребу за решавањем овог здравственог проблема глобалног карактера,[2] који није мимоишао ни Србију. Бројна истраживања у области биомедицине, генетике, а посебно у домену развоја репродуктивних технологија, резултирала су изналажењем различитих метода – терапијских поступака лечења неплодности, од оних једноставнијих каква је вештачка инсеминација,[3] до оних, напреднијих, који се у очима обичног човека граниче са научном фантастиком. Примена ових, научно иновативних метода биомедицински потпомогнуте оплодње (у даљем тексту: БМПО), увела је револуцију у доскорашњи концепт генерацијског идентитета, породице и људског репродуктивног потенцијала.[4]

Листа метода хумане асистиране прокреације временом се ширила, са тенденцијом даљег раста. У њу спадају: - напред поменута вештачка инсеминација, где се женска јајна ћелија оплоди вештачким уношењем семених ћелија у вагину или утерус. Она може бити хомологна (ако семене ћелије припадају партнеру жене), хетерологна (ако припадају донору), или комбинована; - вантелесна оплодња (фертилизација *in vitro*), где се оплодња јајне ћелије жене семеном партнера (или донора) врши у лабораторијским условима (у стакленој посуди) и неколико дана касније, након што је оплођена јајна ћелија почела да се дели, врши се њено враћање (трансфер) у материцу; - трансфер гамета, уношење неоплођење јајне и мушких семених ћелија у јајовод где се очекује фертилизација; - трансфер зигота, уношење оплођене јајне ћелије у јајовод, уместо у материцу; - вантелесна оплодња са преимплатационом генском дијагностиком и селекцијом, која се примењује када за то постоје медицински разлоги (историја побачаја пацијенткиње или

[1] Резултати истраживања спроведених у западноевропским земљама крајем двадесетог века говоре да 20% партнера (сваки пети пар) у репродуктивним годинама имају проблем у остваривању родитељства. Наведено према, Драшкић, М., *Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1992, стр. 262.

[2] Према Интернационолој класификацији болести инфертилитет је болест репродуктивног система а одређује се као неуспешност у постизању клиничке трудноће након 12 и више месеци упражњавања незаштићеног сексуалног односа. Видети, World Health Organization, International Classification of Diseases, 10th Revision, 2011.

[3] Ово је стара и веома распрострањена метода, са највећим утицајем на ниво рађања. Више о овоме, Девеџић, М., *Развој репрогенетике и њени демографски аспекти*, Становништво, бр. 1-4/2004, стр. 47.

[4] Grammaticaki-Alexiou, A., *Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach*, Louisiana Law Review, vol. 60, no. 4/2000, p. 1115.

генетски ризици да дете наследи неизлечиве болести од својих родитеља); - замрзавање (криопрезервација) репродуктивних ћелија, ткива и раних ембриона, у циљу њиховог чувања и касније употребе у поступцима БМПО;[5] - сурогат материнство, које подразумева постојање треће особе, сурогат мајке, у чију се материцу врши трансфер раног ембриона другог пара; - клонирање, бесполно размножавање и друге.

Примена ових метода у пракси, неизбежно, дотиче бројна и надасве деликатна питања хумане репродукције, људских права, односа унутар породице, питања имовине и наслеђивања.[6] Овим је настала потреба за правном регулацијом ових процедура, у настојању да се, полазећи од сврхе њихове примене, изнађе прихватљива, али и нужна мера уплива права у науку и медицину.[7] Бројна питања изискивала су адекватно решење: Ко су титулари права на прокреацију уз помоћ биомедицине? Докле сеже ово право и да ли оно укључује избор начина прокреације и услова под којима ће се она десити? Да ли оно значи и право на дете? Да ли треба допустити постхумну оплодњу, односно зачеће и рођење деце након смрти једног или оба лица од којих потиче репродуктивни материјал или не? Ако је одговор позитиван, под којим условима?

Овим ступамо на терен постхумног зачећа које је предмет нашег интересовања у овом раду, а које је годинама уназад повод низа полемика у стручној литератури и законодавним телима суверених држава. Задатак овог рада је сагледавање и оцена решења питања допуштености постхумне оплодње у савременим европским правима, као и новом српском Закону о биомедицински потпомогнутој оплодњи.[8] Критичком разматрању ових решења, претходиће упознавање са тим шта се подразумева под постхумним зачећем.

---

[5] За сада нема доказа да се репродуктивним ћелијама и раним ембрионима након одмрзавања смањује квалитет у смислу подобности за зачеће и изазивање трудноће, нити да ово има штетног утицаја на потомство. Наведено према, Pennings, G., *et al.*, *ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction*, Human Reproduction, vol. 21, no. 12/2006, p. 3050.

[6] Више о наследноправним дејствима постхумног зачећа видети: Живојиновић, Д., *Наследна права постхумно зачете деце*, Правни живот, бр. 10/2005, стр. 695-711; Видић, Ј., *Постхумна оплодња и њена наследноправна дејства*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2011, стр. 553-566; Goodvin, E J., *Not All Children are Created Equal: A Proposal to Address Equal Protection Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children*, Connecticut Public Interest Law Journal, paper 31/2005, p. 234-287.

[7] Belfi, C., *Birth of a New Age: A Comprehensive Review of New York Inheritance Law Responding to Advances in Reproductive Technology*, Journal of Civil Rights and Economic Development, vol. 24, no. 1/2009, p. 115.

[8] "Сл. гласник РС", бр. 40/2017, 113/2017 – др. закон

2. Шта је постхумно зачеће?

Иако постхумно зачеће и постхумно рођење у крајњем означавају рођење детета након смрти родитеља, у контексту правних и етичких дилема које изазивају, а везано за примену поступака лечења неплодности уз помоћ биомедицине, они се доста разликују. Постхумно рођење је донедавно - до развоја метода хумане асистиране прокреације, искључиво било везивано за природан процес зачећа који је укључивао сексуални однос и рођење детета 9 месеци касније. У том међупериоду могло се десити да отац премине, па би његово дете било рођено постхумно. Случајеви рођења деце након смрти очева бележе се још од античких времена, и нажалост дуго кроз историју, због честих ратова, нису били ретка појава.

Постхумно рођење, додуше, постоји и у контексту примене репродуктивних технологија, када се зачеће, односно трансфер раног ембриона у материцу жене код које се изазива трудноћа дешава у време док су оба родитеља у животу, а рођење детета, након смрти једног од њих. Овако рођена деца, било без или уз помоћ репродуктивних технологија, уживала су и данас уживају правну заштиту,[9] а њихово рођење није предмет правних ни етичких дилема, па стога овај аспект постхумне прокреације неће бити посебно разматран у овом раду.

Са друге стране, постхумно зачеће је феномен који се појавио развојем репродуктивних технологија, али не представља посебан поступак хумане асистиране прокреације. Оно је просто погодност повезана са применом постојећих метода лечења неплодности, комбинованих са могућношћу замрзавања и чувања хуманих репродуктивних ћелија, ткива и раних ембриона, за њихову каснију употребу. О постхумном зачећу може се говорити у следећим случајевима: 1) када се зачеће, трудноћа и рођење детета дешавају након смрти једног од партнера коришћењем његових репродуктивних ћелија; и 2) када се фертилизација *in vitro* и криопрезервација раног ембриона одигравају пре смрти партнера, а трансфер ембриона у материцу жене код које се изазива трудноћа и рођење детета, наступају након смрти једног или чак оба партнера (родитеља детета).

Постоји неколико могућих сценарија који укључују постхумно зачеће.[10] Рецимо, због болести која може узроковати смањење фертилне способности, мушкарац своје семене ћелије замрзне у циљу остварења родитељског пројекта за касније, умре, а његова партнерка их након његове смрти искористи за вештачку инсеминацију, фертилизацију *in vitro*, или какав други поступак

[9] Још од римског права детету које је зачето пре, а рођено после смрти оставиоца признају се наследна права на заоставштини претка. Фикција *nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodo eins agitur* примењује се и у савременим правима.

[10] Више о овоме видети, Barton, E S., *et al.*, *Population-based study of attitudes toward posthumous reproduction*, Mental Health, Sexuality, and Ethics, vol. 98, no. 3/2012, p. 735.

БМПО у циљу зачећа и рођења детета које је са њим генетски повезано. Слична ситуација постоји када жена замрзне свој репродуктивни материјал, потом умре, а њен партнер употреби јајну ћелију за фертилизацију *in vitro* својим семеним ћелијама, и уз помоћ сурогат мајке добије дете које је са преминулом партнерком генетски повезано. Или, када супружници/партнери замрзну ране ембриона настале у поступку лечења неплодности, па један од их умре, други може захтевати употребу тих ембриона за изазивање трудноће и рођење детета.[11]

У државама које имају отворен приступ питању постхумног зачећа могући су још компликованији сценарији. На пример, родитељи умрле или умируће особе (уз њен претходни пристанак), могу од лекара захтевати узимање репродуктивног материјала које ће касније донирати или искористити за зачеће, да би рођењем детета уз помоћ сурогат мајке, или бившег партнера преминуле особе, добили унуче са којим су у генетској вези. Или, код геј парова, да један од партнера употреби замрзнуте репродуктивне ћелије оног који је преминуо, да би уз помоћ дониране јајне ћелије и сурогат мајке добио дете које је у генетској вези са умрлим.[12]

Као што се може видети, постхумна оплодња помера границе фертилне способности појединца не само на време након престанка његове репродуктивне моћи до које може доћи услед старости, као последица болести или лечења болести, већ и након окончања његове физичке егзистенције. Управо оно што се њом постиже, међу правницима и етичарима, али и лекарима, изазива појачан опрез, док је у стручној литератури предмет бројих расправа са изношењем аргумената за и против њеног допуштања.

3. Правно регулисање постхумног зачећа у савременим европским правима

Однос према примени метода БМПО у сврху постхумног зачећа у савременим европским законодавствима креће се у широком дијапазону, почев од благонаклоног односа према овој могућности, али не и без постављања извесних услова, преко избора да се ово питање уопште не нормира, до апсолутне забране.

На европском правном простору најмањи је број држава које дозвољавају постхумну оплодњу. Међу њима је Белгија која има прилично толерантну регулативу на пољу примене метода хумане асистиране прокреације и где се

[11] Nakhuda, S G., *Posthumous Assisted Reproduction*, Seminars in Reproductive Medicine, vol. 28, no. 4/2010, p. 329–331; Cote, S., *et. al., Posthumous reproduction with surplus in vitro fertilization embryos: a study exploring users' choices*, Mental Health, Sexuality, and Ethics, vol. 102, no. 5/2014, p. 1410.

[12] Sabatello M., *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, Journal of Law and Health, 2014, vol. 27, p. 33-34.

постхумна оплодња замрзнутог ембриона може спровести у периоду од шест месеци до две године од смрти партнера.[13] У Грчкој је медицински потпомогнута оплодња након смрти супружника или партнера допуштена уз испуњење два услова прописана чл. 1457 Закона о примени метода медицински потпомогнуте репродукције[14]: - да је супружник/партнер патио од болести која може утицати на плодност или угрозити његов/њен живот (у Грчкој је допуштено и сурогат материнство), и - да је супружник/партнер пристао на постхумну оплодњу у форми нотарски потврђене исправе. Ако су ови услови испуњени, асистирана репродукција се може предузети не пре шест месеци нити након две године од смрти супружника, односно партнера.[15] Сличну регулативу има и Шпанија где се постхумно зачеће може спровести у периоду до 12 месеци након смрти партнера/супружника и уз његово претходно дат пристанак за такав вид прокреације.[16] У Уједињеном Краљевству постхумна оплодња је дозвољена уз писмени пристанак мушкарца да се његове семене ћелије, односно ембрион настао од његових семених ћелија употреби за тако што. Иста могућност постоји и за жене,[17] будући да је у Уједињеном Краљевству дозвољено сурогат материнство.

Од бивших југословенских република постхумна оплодња је допуштена у Републици Македонији. Према тамошњој регулативи, репродуктивне ћелије или ткива мушкарца или жене због постојања опасности од губитка плодности услед здравствених проблема, могу бити остављене на чување ради сопствене употребе. У случају смрти овог лица, његов репродуктивни материјал може се употребити за оплодњу и постхумно, уколико је за то дат писмени пристанак и ако она буде предузета у року од годину дана од његове смрти.[18]

Ипак, далеко је већи број европских држава које постхумно зачеће изричито забрањују. Међу њима су: Естонија, Финска (где складиштени гамети и ембриони након смрти особе од које потичу морају бити уништени; исто је и

[13] Видети чл. 15 Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Интернет презентација на адреси; https://www.absym-bvas.be/images/legislation/PMA/L_2007_07_06_PMA_et_destination_embryons_MaJ_2015_08_17.pdf, приступ 19.11.2018.

[14] Law 3305/2005, Application of the methods of Medically Assisted Reproduction.

[15] Leon, G., Papetta, A., Spiliopoulou, C., *Overview of the Greek legislation regarding assisted reproduction and comparison with the EU legal framework*, Reproductive BioMedicine Online, no. 23/2011, p. 821.

[16] Paolo Busardò, F., *et al., The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, BioMed Research International 2014, p. 9.

[17] Human Fertilisation and Embryology Act 2008, chapter 22, Part 2, Parenthood in cases involving assisted reproduction, § 39, § 46.

[18] Чл. 33 Закона за биомедицинско потпомогнато оплодување („Сл. Весник на РМ", бр. 37/2008).

у случају смрти донора), Мађарска, Италија, Француска, Румунија, Аустрија, Немачка, Шведска итд. Најзад, на тлу Европе има и држава које још увек нису усвојиле законске текстове којима би били дефинисани услови за примену метода медицински потпомогнуте прокреације (Литванија, Луксембург, Пољска, Малта, Ирска). Тамо пракса биомедицински потпомогунтог зачећа, па тако и постхумна оплодња, почива на сталешким правилима, етичким водичима, саморегулативи или судској пракси,[19] што је далеко од оптималног решења којим се обезбеђује остварење права човека и улива правна сигурност. Према подацима из стручне литературе, постхумна оплодња се у овим државама не практикује.[20]

Какву регулативу по овом питању има Србија?

4. Правно регулисање постхумне оплодње у српском праву

4.1. Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогунтог оплођења

Лечење неплодности применом репродуктивних технологија, у српском праву првобитно је било регулисано Законом о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогунтог оплођења (у даљем тексту: ЗБМПО).[21] Сходно овом закону, поступак биомедицински потпомогнутог оплођења је "контролисани поступак оплођења жене који се спроводи у складу са савременим стандардима медицинске науке, који је различит од полног односа и који се спроводи у складу са овим законом".[22] Као поступке лечења неплодности ЗБМПО препознаје унутартелесно и вантелесно оплођење. Под унутартелесним оплођењем подразумева се уношење семених ћелија у полне органе жене, као и уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жене. Вантелесно оплођење пак, подразумева спајање јајних и семених ћелија изван тела жене, и потоње преношење раног ембриона у тело жене.[23]

Што се тиче питања допуштености постхумне оплодње, оно у овом закону није било решено на несумњив начин. Право на лечење неплодности поступцима БМПО, сходно овом закону дефинисано је као право пара[24] и

[19] Pennings, G., *et al.*, *нав. дело*, стр. 3050.
[20] Paolo Busardò, F., *et al.*, *нав. дело*, стр. 7.
[21] „Сл. гласник РС", бр. 72/2009.
[22] Чл. 3 ст. 1 тач. 2 ЗБМПО
[23] Чл. 23 ст. 1 ЗБМПО
[24] Изузетно ово право, а по претходном одобрењу министра надлежног за породичне односе и уз постојање за то нарочито оправданих разлога, има и пунолетна и пословно способна жена која живи сама – чл. 26 ст. 3 ЗБМПО. Више о овој проблематици видети,

подразумевало је постојање *заједнице живота* између пунолетне и пословно способне жене и мушкарца – супружника, односно ванбрачних партнера, уз испуњење услова који се тичу њихових година живота, општег здравственог стања и психосоцијалног стања које их чини способним да врше родитељску дужност, а у интересу детета.[25] Заједница живота морала је постојати *у моменту уношења* полних ћелија, односно ембриона у тело жене, на основу чега се могао извести закључак да оплодња након смрти супруга или ванбрачног партнера у овом закону није била дозвољена. Међутим, у делу ЗБМПО којим се уређује чување семених ћелија, неоплођених јајних ћелија и раних ембриона, дозвољава се могућност коришћења репродуктивних ћелија, односно раних ембриона лица које је умрло, ако је дало писмени пристанак у складу са овим законом или путем тестамента да се ове ћелије (рани ембриони) могу употребљавати и након његове смрти.[26]

У случају када се у поступку биомедицински потпомогнуте оплодње употребљава семе донора, овим законом је утврђено да је то могуће само за време његовог живота. Отуда се предвиђа обавеза здравственог радника да пре употребе репродуктивних ћелија донора провери да ли је он жив.[27] Са овим у вези, у чл. 56 ст. 1 тач. 17 изречена је ”забрана употребе репродуктивних ћелија донора који није жив, у поступку БМПО, *осим ако овим законом није другачије прописано*.” Тај изузетак односи се на случај када је донор за живота, дао писмени пристанак у складу са овим законом да се његове репродуктивне ћелије после његове смрти могу употребљавати у поступку БМПО.[28] Очигледно је да законодавац овде није имао јасно дефинисан став по питању да ли допустити или забранити постхумну оплодњу, па су контрадикторне одредбе овог закона свакако биле извор недоумица.[29]

4.2. Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи

Нови закон којим се на нашем правном простору регулише ова материја - Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи (у даљем тексту: ЗБПО), садржи нешто ширу дефиницију поступка биомедицински потпомогнутог оплођења у односу на претходни законски текст. То је поступак ”који се спроводи у складу са савременим стандардима биомедицинске науке у случају неплодности, као и у случају постојања медицинских индикација за

Живојиновић, Д., *Право на зачеће уз помоћ биомедицине са посебним освртом на право неудате жене*, Правни живот, књ. 502, бр. 10/2006, стр. 211-221.

[25] чл. 26 ст. 1 ЗБМПО

[26] Видети чл. 58 ст. 4 ЗБМПО

[27] Видети чл. 53 ст. 1-2.

[28] Видети чл. 53 ст. 3 ЗБМПО

[29] Ковачек-Станић, Г., *Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 131/2010, стр. 427; Видић, Ј., *нав. дело*, стр. 557.

очување плодности, и омогућава спајање мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на други начин од сношаја".[30] Сходно овом појму поступак БМПО могуће је применити како код лечења неплодности тако и код очувања плодности, а у циљу изазивања трудноће; што ранија дефиниција није садржала, иако су оба ова случаја примене поступка БМПО била регулисана претходним законским текстом. Поступци лечења неплодности идентификовани овим законом, идентични су оним из претходног: унутартелесно и вантелесно оплођење.[31]

Поред потпуније дефиниције поступка БМПО, овим законом се шире одређује круг корисника права на БМПО. У претходном закону то су били супружници или ванбрачни партнери којима је применом ових поступака пружана помоћ у лечењу неплодности, а који живе заједно (изузетно, то је могла бити и жена која живи сама). Сада, поред претходно побројаних лица, право на њихову примену, додуше у хомологној оплодњи, а у циљу постизања трудноће, имају и пословно способна жена и мушкарац који су употребу својих репродуктивних ћелија одложили због постојања могућности смањења или губитка фертилне функције,[32] што је позитивно. Са друге стране, управо ова могућност намеће питање да ли та одложена употреба репродуктивних ћелија укључује њихово коришћење у поступцима БМПО након смрти једног (или можда оба партнера), односно да ли се оне могу користити за постхумну оплодњу?

На ово питање, законодавац сада даје јасан и недвосмислен одговор. Да постхумно зачеће у српском праву није могуће, односно да се репродуктивне ћелије и рани ембриони могу користити за оплодњу и изазивање трудноће у поступку БМПО само уколико су лица од којих потичу у животу, произилази из већег броја законских одредби.

Прво, законодавац допушта могућност да пословно способна жена или мушкарац, али и малолетно лице, којима прети опасност од губитка плодности, уз писмени пристанак (за малолетна лица уз писмену сагласност оба родитеља, односно старатеља) чувају своје репродуктивне ћелије и репродуктивна ткива у центру за БМПО или у Банци, *али смо за властиту употребу*.[33] Како се репродуктивне ћелије, односно ткива у овом случају могу чувати временски неограничено,[34] ово значи да их касније у животу лице од кога потичу може употребити за остварење сопствених родитељских пројеката. У противном, хипотетички, уколико би неко трећи након смрти овог лица тражио њихову употребу за оплодњу, оне би у односу на трећег имали карактер донираних, а сходно садашњем законском решењу у поступку биомедицински потпомогнуте

[30] Видети чл. 3 ст. 1 тачка 1 ЗБПО
[31] Видети чл. 13 ст. 2 ЗБПО
[32] Видети чл.. 25 ст. 3 ЗБПО
[33] Чл. 50 ЗБПО
[34] Чл. 51 ст. 2 ЗБПО

оплодње дозвољено је употребљавати репродуктивне ћелије давалаца који су живи.[35] Такође, чл. 52 ст. 2 ЗБПО предвиђа се да се репродуктивне ћелије не могу употребљавати после смрти даваоца за прављење ембриона, чиме се потврђује опредељење нашег законодавца да забрани постхумно зачеће детета.

Иста правила примењују се и по питању употребе у поступку БМПО раних ембриона чији даваоци (било један или оба), нису више живи - тако што није дозвољено.[36] Овим је искључена могућност да након смрти једног од супружника/ванбрачних партнера неупотребљени рани ембриони дати на чување буду искоришћени од стране другог за изазивање трудноће и рођење детета, чиме је наше право, стало у ред оних која постхумно зачеће не дозвољавају.

5. У закључку

Срж полемике око постхумног зачећа која у стручној литератури годинама не јењава, тражење аргумената како "за", тако и "против" његове допуштености, налази се у домену позивања на репродуктивна права појединца и најбољи интерес детета.[37] Тако, они који заговарају допуштеност постхумног зачећа истичу да право на прокреацију треба да укључује и избор начина на који ће се то право реализовати, као и под каквим околностима ће до тога доћи.[38] Они сматрају да поштовање репродуктивних права значи уважавање родитељске одлуке[39] о врсти обавеза које желе и могу предузети (финансијска, социјална, емотивна и друга оптерећења) поводом рођења, одгајања и бриге око постхумно зачетог и рођеног детета. Што се тиче узимања у обзир принципа најбољег интереса детета, присталице постхумне оплодње сматрају да је у овом случају основни интерес детета да се роди, да постоји, да буде субјект права. Према овом схватању, за дете је боље да се роди, чак и у монопарентелној породици и живи са једним родитељем иако му је други умро пре његовог зачећа, него да се уопште не роди. Рађањем деце, наводе они, остварује се не само интерес родитеља, него и интерес детета, као и целог друштва.[40]

---

[35] Видети чл. 41 ЗБПО

[36] *Исто.*

[37] Sabatello M., *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, Journal of Law and Health, 2014, vol. 27, p. 34.

[38] Robertson, A J., *Assisting Reproduction, Choosing Genes, and the Scope of Reproductive Freedom*, GEO. WASH. L. REV, 2007-2008, no. 76, p. 1490–1513.

[39] Robertson, A J., *Genetic Selection of Offspring Characteristics*, B. U. L. REV, vol. 76, no. 3/1996, p. 421–482; Hull, R J., *Cheap Listening?--Reflections on the Concept of Wrongful Disability*, Bioethics, vol. 20, no. 2/2006, p. 55–63.

[40] Micković, D., Ristov, A., *Biomedical Assisted Fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia: Ethical and Legal Aspects;* SEE Law Journal, vol. 1, no. 1/2014, p. 32.

Са друге стране противници постхумне оплодње постављају питање где су границе права на прокреацију и да ли репродуктивни избор ипак треба да укључује нека ограничења? Мишљења су да је то нужно, и оштро се противе ширењу права на прокреацију у правцу његовог протезања на време након смрти титулара овог права.[41] Наводе да је прокреација путем поступака БМПО, посебно када је циљ рађање деце у нетрадиционалним породицама – монопарентелним или хомосексуалним, облик злоупотребе детета и води увођењу права на дете,[42] што нема никакве везе са његовим најбољим интересом. Сматрају непоштеним зачеће детета које неће бити у могућности да оствари социјални контакт са својим родитељем и истичу да је намерно стварање породице са једним родитељем штетно за дете.[43]

Развој метода хумане асистиране прокреације, и са тим у вези медицинска изводљивост постхумног зачећа, ставила је савремена законодавства пред озбиљне дилеме. Из прегледа актуелних решења овог питања у европским правима евидентно је да је на старом континенту само неколико земаља дозволило постхумну оплодњу, али не без постављања извесних ограничења и услова, што говори да чак и тамо где постоји најблажи приступ овој могућности (случај Белгије), право на прокреацију није дефинисано као неограничено.

Искључењем могућности примене поступака БМПО за постхумно зачеће детета, Србија следи своје сопствено културолошко поимање прокреације, које је, како смо напред видели, блиско и многим другим европским земљама. Опредељење нашег законодавца у складу је са Конвенцијом о правима детета којом је идентификовано његово право да зна ко су му родитељи и право на њихово старање.[44] Свакако да живот нема конкуренцију, али не сме се заборавити да је у интересу детета да има оба родитеља, да буде чувано, васпитавано и издржавано од стране оба своја родитеља, о чему говори и наш Породични закон.[45] То у случају постхумног зачећа није могуће, будући да је један родитељ преминуо пре тога. Сазнање детета да је зачето и рођено након смрти свог генетског родитеља није пријатна истина која може код њега изазвати емотивни и психички шок, осећај да је промашено, другачије, да је

[41] Antall, K L., *Who is My Mother?: Why States Should Ban Posthumous Reproduction by Women*, Health Matrix Clevel, vol. 9, no. 1/1999, p. 203–234.

[42] Blyth, E., *To Be or Not to Be? A Critical Appraisal of the Welfare of Children Conceived Through New Reproductive Technologies*, The International Journal of Children's Rigths, vol. 16, no. 4/2008, p. 506.

[43] Bahadur, G., *Death and conception*, Human Reproduction, vol. 17, no. 10/2002, p. 2769-2775.

[44] Чл. 7 тач. 2 Конвенције о правима детета, United Nations, Convention on thr Rights of the Child, New York 1990.

[45] Видети чл. 60 ст. 1 Породичног закона, "Сл. гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

нека врста замене за преминулог партнера, што се може негативно одразити на његов психички развој и стабилност.

Разматрајући аргументе који говоре у прилог и против постхумног зачећа, мишљења смо да ови други, у овом моменту, имају превагу. Сматрамо да је разлог већинског опредељења европских законодавстава да се примена поступка БМПО у циљу постхумног зачећа и рођења детета не регулише или пак изричито или прећутно забрани, поред горе наведеног, и незнатан број захтева за такво што.[46] Ни у светским размерама пракса постхумног зачећа није на неком нивоу и своди се на мали број случајева. Но, без обзира на то како ће у будућности ово питање бити решавано, по питању породичноправног статуса, права на наслеђивање, социјалну заштиту итд, сматрамо да деца зачета и рођена постхумно не би смела бити дискриминисана у односу на осталу децу која потичу од истог родитеља ни по каквом основу.

Dragica Živojinović, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

POSTHUMOUS CONCEPTION IN EUROPEAN LEGISLATIONS AND IN NEW SERBIAN LAW

Summary

The possibility of preserving reproductive material (reproductive cells, tissues and early embryos) and their later use in human assisted procreation for empregnating and child birth purposes, pushes the limits of human fertility capabilities and makes the child conception possible beyond the period of his parent's life. Given the fact that posthumous conception has brought medical revolution in the field of human reproductive potentials, in this paper the author focuses her interest on reviewing European and national laws which regulate this matter in the context whether it should be allowed or not.

Having described the concept and meaning of posthumous conception and why it is the subject of numerous debates, the author further explains that only a few European legisaltions are favourably inclined towards this scientific possibility, while

[46] У прилог овоме говори и то да се у извештајима који се односе на број поступака БМПО који се предузимају у циљу зачећа и рођења деце, посебно не приказују оне које су настале након смрти једног или оба родитеља. Видети, ESHRE, *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies* (SANCO/2008/C6/051), Final Report, Belgium 2008.

the majority actually either forbits, or ignores it. Analyzing the provisions of the new Law on biomedical assisted fertilization which regulate the subject of posthumous conception, the author concludes that our legislation follows the European trend forbidding this form of assisted fertilization. In the final part of the paper, the author presents the arguments for and against posthumous conception concluding that prevail those which cannot support its justification.

Key words: *biomedical assisted fertilization, posthumous conception, the right to reproduction, the best interest of a child.*