

Др Вељко Влашковић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 347.63:611/612
DOI: 10.46793/XVMajsko.651V

ЖЕНА КОЈА ЖИВИ САМА КАО КОРИСНИЦА УСЛУГА БИМЕДИЦИНСКИ ПОТПМОГНУТЕ ОПЛОДЊЕ*

Резиме

Једна од значајнијих новина домаћег Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи из 2017. године јесте проширење репродуктивне аутономије жене која живи сама као субјекта поступка медицински потпомогнутог оплођења. У том смислу, ново законодавство Србије о биомедицинској помоћи усваја решење према којој се наведеној жени у великој мери олакшава приступ медицинским услугама вештачке оплодње, како у смислу материјалних услова, тако и кроз једноставнији и ефикаснији правни поступак за остваривање права на коришћење наведених услуга. Штавише, домаћи законодавац суштински више не предвиђа како је право жене која живи сама на приступ услугама биомедицинске оплодње изузетак од случајева када се поменуто право признаје супружницима или ванбрачним партнерима. Овакво решење има значајне породичноправне последице, будући да се одустаје од давања првенства моделу двородитељске породице која се дуги низ година сматрала најпожељнијим социолошким оквиром за одрастање детета. Истовремено, нови Закон о биомедицинској оплодњи у домену права жене која живи сама на приступ услугама медицински потпомогнутог оплођења одступа и од принципа медицинске оправданости, чиме јој се даје и шира репродуктивна аутономија у односу на субјекте поступка који живе у браку или ванбрачној заједници.

У раду се разматра у којој мери овакав концепт репродуктивне аутономије жене која живи сама у области приступа услугама медицински потпомогнутог оплођења може нарушити осетљиву равнотежу између интереса осталих субјеката поступка биомедицинског оплођења, укључујући и „најбољи интерес будућег детета“.

Кључне речи: жена која живи сама, биомедицински потпомогнута оплодња, привидни изузетак, медицинска оправданост, „интерес будућег детета“, дискриминација.

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

1. Увод

У јулу месецу 2018. Лујза Браун (*Louise Brown*), прво дете рођено поступком вантелесне оплодње, навршила је 40 година живота. Њено одрастање и сазревање пратио је готово муњевит успон репродуктивних технологија и услуга медицински потпомогнутог оплођења које непрекидно добијају на садржини и домаћају снажно обликујући људске животе. Овај својеврсни технолошки скок и револуцију у области лечења неплодности и репродуктивне медицинине сликовито је исказала енглеска правница Бразије (*Brazier*) запажајући како је „ област лечења неплодности у којој се, не тако давно, могла се понудити тек мања хируршка интервенција, савет или саосећање, данас нарасла у мултимилионски међународни посао“.¹ На тај начин, репродуктивна медицина премостила је биолошке препреке и прескочила исконске природне законитости, што је довело до низа различитих етичких, социолошких и правних дилема везаних у крајњој линији за сврху и смисао људског живота и постојања.² За правно уређење приступа услугама биомедицинског оплођења од посебног значаја је продор идеје о људским правима унутар породичних односа.

У индивидуализованој клими друштвених односа где се идеја људских права неретко изједначава са интересом појединца, појам репродуктивне аутономије почео се ширити у правцу настанка својеврсног „права на дете“, што никако не би смео бити његов смисао.³ Наведено схватање постепено води урушавању традиционалних породичних образаца, попут модела потпуне, односно двородитељске или нуклеарне породице, као и стварању представе о друштву „као збиру индивидуа без ослонца на темељне људске вредности које у својој основи мора да има свака људска заједница“.⁴ Тако, члан породице

¹ Brazier, M., *Regulating the Reproduction Business?*, *Medical Law Review*, бр. 2/1999, стр. 167.

² Проф. Водинелић илустративно је указао како је могућност вантелесне оплодње са собом донела и „оплодњу правних проблема“. Вид. Водинелић, В., *Модерни оквир права на живот*, *Правни живот*, бр. 9/1995, стр. 24.

³ Појам репродуктивне аутономије у домену биомедицинске оплодње треба разумети као обавезу државе да помогне у лечењу лица која пате од неплодности. У свом најширем домену, репродуктивна аутономија значи приступ услугама биомедицинске помоћи у покушају да дође до зачећа детета, али не и право на дете. Вид. Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 317. Са друге стране, амерички професор Робертсон (*Robertson*) истиче да, чак и када би се могло говорити о праву на рађање детета, оно би се односило једино на случајеве сопствене генетске репродукције. Другим речима, искључивало би хетерологну медицински потпомогнуту оплодњу. Вид. Robertson, J., *Is there a right to gestate?*, *Journal of Law and Biosciences*, бр. 3/2017, стр. 634.

⁴ Јањић – Комар, М., *Породична права као људска права*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–4/2001, стр. 528.

посматра се као грађанин којем нису потребни посредници у односима са државом, што доводи до слабљења породичних веза.⁵

Управо развој све разноврснијих технологија биомедицинске оплодне отвара простор за бујање индивидуализма који тражи од постојећих породичних структура да му се прилагоде или нестану.⁶ У том смислу репродуктивна права се умножавају, односно добијају нову димензију, често без истинског утврђивања равнотеже између интереса свих учесника у поступку биомедицински потпомогнутог оплођења, као и интереса породичног и друштвеног окружења. Репродуктивна права као израз аутономије појединца приликом доношења одуке о зачећу и рађању детета јесу по својој суштини усмерена превасходно на заштиту индивидуалних интереса и потреба. Природна последица индивидуализма је да се увек тражи још, што репродуктивна медицина и ембриологија омогућавају непрекидним померањем биолошких граница.⁷

Из претходно наведеног не треба извести закључак како ширење концепта репродуктивне аутономије не може бити у служби човека. У том смислу, развој и доступност репродуктивних технологија може омогућити многим људима осећање испуњености и смисла живота, као и поштовање сопственог идентитета и достојанства.⁸ Међутим, увећавање репродуктивне аутономије не треба да се одвија неспутано и некритички, без настојања да се оствари равнотежа између интереса државе и свих осталих субјеката поступка биомедицински потпомогнутог оплођења.

Треба нагласити да поступци биомедицинске оплодне имају три основне димензије: личну, породичну и јавну. Лична димензија састоји се од лечења неплодности пацијента, односно борбе да се употребом медицинских средстава и одговарајућих медицинских услуга превазиђе генетска или биолошка немогућност зачећа детета у складу са важећим стандардима медицинске струке. Истовремено, поступци биомедицински потпомогнуте оплодне представљају и начин настанка породице, па се мора водити рачуна и о стварању предуслова за стабилно породично окружење за дете које би овако дошло на свет, у мери у којој је то могуће. Коначно, остваривање репродуктивне аутономије у наведеном домену зависи у крајњој линији од постојања одговарајућих државних ресурса и начина њихове употребе. Из тог разлога, држава треба, имајући у виду личну и породичну димензију

⁵ Влашковић, В., *Породичноправни аспекти биомедицинске услуге даривања полних ћелија и ембриона*, Зборник радова: XXI век – век услуга и Услужног права, књ. V, Крагујевац, 2014, стр. 272.

⁶ О тенденцији персонализације породичноправних односа под налетом индивидуалистичког схватања људских права детаљније вид. Поњавић, З., *Породично право, од институције до аутономије личности*, Правни живот, бр. 10/2015, стр. 27–28.

⁷ Вид. Самарџић, С., *Права детета у области медицински асистираних репродукција*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2018, стр. 59.

⁸ Драшкић, М., *Коментар Породичног закона*, 2016, стр. 147.

биомедицинске оплодње, дати првенство или олакшати одређеним лицима приступ поменутиим медицинским услугама.⁹ Са друге стране, јавни интерес може налагати да се ограничи или забрани коришћење одређених услуга биомедицински потпомогнутог оплођења свим или одређеним категоријама лица. Јавни интерес се у домаћем законодавству о биомедицински потпомогнутој оплодњи исказује путем начела општег друштвеног интереса у којем се наводи да се резултати наведених поступака посматрају у светлу како појединца, тако и породице и друштва у целини.¹⁰

Државе у законском уређењу биомедицинске оплодње још увек уживају значајно поље слободне процене према пракси Европског суда за људска права, а у контексту остваривања права појединца на поштовање приватног и породичног живота.¹¹ Може се рећи како је међу европским државама углавном неспорно да неплодним хетеросексуалним брачним или ванбрачним партнерима треба признати право на приступ услугама хомологне биомедицинске оплодње. Надаље, национална законодавства се махом разилазе у смислу ограничавања приступа услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. Поменута ограничења могу се разликовати, како са аспекта субјеката, односно учесника поступка, тако и у контексту приступа одређеној врсти услуга биомедицински потпомогнуте оплодње. У првом случају, ограничења проистичу из неспојивости личног или породичног статуса једног лица са опште прихваћеним друштвеним интересом, али и схватања појма неплодности. У другој групи случајева, одређене репродуктивне технологије сматрају се морално неприхватљивим и супротним јавном интересу.

Један од случајева где се национална законодавства у значајној мери разилазе јесте и питање признавања права лицу које живи само на приступ услугама биомедицинске оплодње. Репродуктивна аутономија у наведеном

⁹ Поред правила којим се предвиђају материјални и формални услови за приступ услугама медицинске оплодње, држава остварује јавни интерес у наведеној области и путем допунских извора права, попут правила о здравственом осигурању, здравственој заштити или правима пацијената.

¹⁰ Вид. чл. 6. Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи - ЗБМПО, „Службени гласник РС“, бр. 40/2017 и 113/2017 – др. закон.

¹¹ Вид. пар. 78. одлуке Великог већа Европског суда за људска права у случају *Dickson v. United Kingdom* [44362/04] од 04. децембра 2007. године; пар. 94. одлуке Великог већа Европског суда за људска права у случају *S.H. and Others v. Austria* [57813/00] од 03. новембра 2011. Ипак, процењује се да ће се наведено поље слободне процене за приступ различитим врстама услуга биомедицинске оплодње постепено и значајно сужавати у будућности. Вид. Coester – Waltjen, D., *The impact of the European Convention on Human Rights on European family law*, *European Family Law: The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law* (ed. Scherpe, J.), Vol. I, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, стр. 77 - 78.

домену морала би се ограничити само на жену која живи изван брака или ванбрачне заједнице.

2. Жена која живи сама као једини појединац коме се може признати право приступа биомедицински потпомогнутој оплодњи

Биолошка предодређеност за рађање, као и претежно негативан став према пракси сурогације утичу да се право на приступ медицинској оплодњи посматра превасходно као израз репродуктивне аутономије жене. Изузетак је грчко право где су у судској пракси забележена два случаја одобрења уговора о сурогацији између мушкарца који живи сам и сурогат мајке у циљу заснивања једнородитељске породице у којој би овако рођено дете имало утврђено порекло само према оцу.¹² Међутим, треба рећи како је у једном од наведених случајева Апелациони суд у Атини укинуо одлуку првостепеног суда о одобрењу уговора о сурогацији, што је изазвало велике проблеме око породичног статуса детета које је у међувремену рођено.¹³ Очито је да у Грчкој још увек нема формиране судске праксе по питању права мушкарца који живи сам на приступ услугама медицински потпомогнуте оплодње. Отуда је могуће да ће се ова својеврсна авантура грчких првостепених судова са неспутаним тумачењем принципа недискриминације завршити неславно. У сваком случају, омогућавање мушкарцу који живи сам да путем сурогат мајке приступа услугама биомедицинског оплођења драстично нарушава равнотежу која мора постојати између интереса учесника, поступка, „најбољег интереса будућег детета“ и јавног интереса.

Пример из грчке судске праксе посебно је екстреман имајући у виду да грчко законодавство предвиђа искључиво гестацијску сурогацију, где сурогат мајка нема генетску везу са дететом, односно не обезбеђује своју јајну ћелију за оплодњу.¹⁴ То значи да је у случајевима из грчке судске праксе мушкарцу који живи сам (намераваном оцу) била потребна још једна жена као донор јајних ћелија како би му се омогућио приступ поступку биомедицинске оплодње. Овакав индивидуализам у остваривању репродуктивне аутономије може имати разорне последице по породичну димензију биомедицински потпомогнуте оплодње и не може бити прихватљив.

¹² Детаљније вид. Zervogianni, E., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Greece*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, стр. 98.

¹³ Вид. *исто*.

¹⁴ Вид. Hatzis A., *“Just the oven”: A law & economics approach to the gestational surrogacy contracts*, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (ed. Boele – Woelki, K.), Intesentia, Antwerp - Oxford – New York, 2003, стр. 413.

Принцип недискриминације не може надокнадити мушкарцу који живи сам биолошку предност коју има жена идентичног породичног статуса. У том смислу, постоје разлози због којих би се жени која живи изван брака или ванбрачне заједнице могло омогућити да користи услуге хетерологне вештачке оплодње. Другим речима, може се наћи оправдање да се жени која живи сама омогући зачеће из дариване јајне ћелије, односно ембриона. Таква могућност је за мушкарца који живи сам апсурдна јер би у случајевима гестацијске сурогације подразумевала учешће чак троје лице (донора семених ћелија, донора јајних ћелија и сурогат мајке). Индивидуализам који увек тежи да прошири границе субјективних права, овде би морао наићи на зид.

3. Оправданост признавања права на биомедицински потпомогнуту оплодњу жени која живи за сама

За разлику од мушкарца, жена која живи сама има могућност да заснује једнородитељску породицу и природним зачећем.¹⁵ Отуда је неспорно како постоји простор да јој се под одређеним условима омогући приступ и услугама биомедицинског оплођења. Ипак, ставови националних европских законодавстава су подељени око тога да ли и у којој мери треба признати репродуктивну аутономију жени која живи сама у области приступа услугама биомедицинског оплођења. У том смислу, са становишта упоредног права могу се разликовати конзервативни, либерални и мешовити приступ проблему репродуктивне аутономије поменуте жене у области приступа услугама медицински потпомогнуте оплодње.

Према конзервативном приступу, жени која нема брачног или ванбрачног партнера не треба признати наведено репродуктивно право, будући да вештачка оплодња треба да подражава природног зачеће, односно да буде основ настанка двородитељске породице. Насупрот томе, либерални приступ захтева да се жени која живи сама призна право на приступ услугама медицинског оплођења под истим условима и на исти начин као и брачним, односно ванбрачним партнерима. Коначно, мешовити приступ подразумева да наведеној жени треба признати ужу репродуктивну аутономију него жени која живи у браку или ванбрачној заједници. Ужи опсег репродуктивне аутономије огледа се преваходно у забрани приступа жени која живи сама одређеним врстама биомедицински потпомогнуте оплодње, која је под одређеним условима доступна брачним или ванбрачним партнерима. Такође, мешовити приступ постоји и у случајевима када законодавац предвиђа право наведено жене као изузетак од правила да се приступ услугама вештачке оплодње омогућава једино лицима у брачној или ванбрачној заједници.

¹⁵ На пример, могуће је да жена која живи сама одлучи да роди дете из пролазне сексуалне везе и при томе не означи ванбрачног оца детета, који никада не сазна, нити искаже жељу да се утврди његово очинство.

Најпре, одређен број држава ускраћује право неударној, односно жени која не живи у ванбрачној заједници, да има приступ услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. Типичан пример наведеног уређења поступка биомедицинске оплодне представља француско право. Према француском законодавству о биоетици, вештачка оплодна има за циљ да имитира природну репродукцију, па се отуда женама које живе саме, истополним паровима и паровима где је жена у постменопаузи не признаје право приступа услугама медицински потпомогнутог оплођења.¹⁶ Са друге стране, поједине државе које признају истополним партнерима право приступа услугама медицински потпомогнуте оплодне, наведено право ускраћују жени која живи сама. Такав је случај, на пример, са норвешким правом.¹⁷ Овде се инсистира на моделу очувања двородитељске породице уз напуштање принципа да вештачка оплодна треба имитирати природну, који се дуго и упорно брани од стране француског законодавца. Наиме, норвешко право напустило је схватање неплодности као медицински одређеног појма, односно „патолошку неплодност“ заменило је идејом „структуралне неплодности“, као суштински социолошким концептом.¹⁸

Са друге стране, значајан број држава својим законодавством предвиђа да услови и начин на који жена може приступити услугама вештачке оплодне не зависе од њеног брачног, односно породичног статуса. У том смислу, као примери либералног приступа могу се навести шпанско, грчко, хрватско и ново законодавство Србије о биомедицински потпомогнутој оплодни.¹⁹

Доскорашње право Србије следило је мешовит приступ према праву жене која живи сама на приступ услугама медицински потпомогнуте оплодне. Тако је Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог

¹⁶ Francoz Terminal, L., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in France*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, стр. 52.

¹⁷ Вид. Singer, A., *The relevance of cohabitation for parental rights*, Nordic Cohabitation Law (eds. Asland, J., et al.), Intersentia, 2015, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015, стр. 222, 224.

¹⁸ У том смислу вид. Francoz Terminal, L., *нав. дело*, стр. 52. За „структуралну неплодност“ у литератури се користи и израз „социолошка неплодност“. Вид. Живојиновић, Д., *Принцип једнакости и права на асистирану прокреацију*, Становништво, бр. 1/2012, стр. 77. Израз је противуречан и неодређен, јер би се њиме могао обухватити знатно шири круг лица од истополних партнера, попут лица која су се заветовала на целибат из религијских разлога.

¹⁹ Вид. Lamarca Marquès, M., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Spain and Catalonia*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, стр.299; Zervogianni, E., *нав. дело*, стр. 97; чл. 10. ст. 1 – 2. Закона о медицински помогнутој оплодни Хрватске из 2012. године; чл. 25. ст. 1 – 2. ЗБМПО.

оплођења из 2009. године, поменуто право предвиђао као изузетак који се допушта из „нарочито оправданих разлога“.²⁰ Садржину наведеном правном стандарду требало је да удахну министарства надлежна за породичну заштиту и здравље, што је представљало јако сложену и бирократизовану процедуру.²¹

За разлику од старог Закона, нови ЗБМПО је либерално оријентисан према могућности да жена која живи сама буде корисница услуга биомедицинског оплођења. Посебно је занимљиво што је домаћи законодавац кроз формулацију правила о вештачкој оплодњи козметичким језичким украсом заоденуо либерални приступ у привидно мешовити, тако што је поменуто право жене исказао као псеудоизузетак.

Тако, према ЗБМПО, „изузетно, право на поступке БМПО има и 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“.²² Упркос томе што ЗБМПО наглашава како жена која живи сама може „изузетно“ имати право приступа услугама биомедицински потпомогнуте оплодње, не постоје никакви посебни услови који би ову ситуацију чинили изузетном.²³ Штавише, систематским тумачењем ЗБМПО постаје јасно да се овде не ради ни о каквом изузетку од правила да су корисници услуга вештачке оплодње првенствено брачни или ванбрачни партнери. У том смислу, нови Закон предвиђа идентични поступак за приступ услугама биомедицински потпомогнуте оплодње за све наведене кориснице. Дакле, ЗБМПО више не предвиђа надлежност министарстава надлежних за породичну заштиту и здравље у смислу давања сагласности жени која живи сама на поступке биомедицинске оплодње. Сходно томе, жена која живи сама приступа услугама вештачког оплођења на основу уговора у писаној форми који закључује са здравственом установом у јавној или приватној својини, односно приватном праксом која има дозволу за делатност биомедицински потпомогнуте оплодње. О избору медицинске мере вештачког оплођења, наведена жена, једнако као и брачни или ванбрачни партнери, одлучује заједно са лекаром специјалистом гинекологије са ужом специјализацијом из фертилитета и стерилитета.²⁴

²⁰ Вид. чл. 26. ст. 3. Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења – ЗЛН, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009.

²¹ О недостацима оваквог приступа вид. Цвејић – Јанчић, О., *Актуелни изазови биомедицински потпомогнуте оплодње*, Правни живот, бр. 10/2010, стр. 8.

²² Чл. 25. ст. 2. ЗБМПО.

²³ Самарцић, С., *нав. дело*, стр. 91.

²⁴ Сходно свом праву на обавештавање, корисници услуга биомедицински потпомогнуте оплодње морају бити на одговарајући начин информисани како би могли дати пуноважни пристанак на предузимање медицинских мера вештачког оплођења. У том смислу, надлежни лекар специјалиста, дужан је да их обавести о свим подацима који се тичу самог поступка, стању њиховог здравља, дијагнози и прогнози лечења,

Такође, жена која живи сама има право приступа истим оним услугама биомедицински потпомогнуте оплодње као и брачни, односно ванбрачни партнери. Тако, нови ЗБМПО изричито наводи како се за оплодњу жене која живи сама могу користити и дароване јајне ћелије, односно ембрион једног пара супружника или ванбрачних партнера.²⁵ Реч је о ембриону створеном од репродуктивних ћелија брачних или ванбрачних партнера који су одустали од намере да се ембрион унесе у тело брачне или ванбрачне партнерке која је првобитно дала пристанак на вештачко оплођење.²⁶ Истовремено, потребно је да су наведена лица дала свој писани пристанак на уношење овако насталог ембриона у тело жене која живи сама.²⁷

Дакле, према ЗБМПО брачни или ванбрачни партнери више немају првенство у приступу услугама биомедицинске оплодње у односу на жену која живи сама. Штавише, од њих се тражи испуњење једног изузетно значајног материјалног услова, који домаћи законодавац у случајевима жене која живи сама изоставља. Реч је о поштовању принципа медицинске оправданости који представља саму суштину биомедицински потпомогнуте оплодње.

Наиме, наведени принцип остварује се спровођењем поступка лечења неплодности биомедицински потпомогнутим оплођењем у случају када лечење другим поступцима није могуће или има значајно мање шансе за успех, укључујући и случајеве претеће неплодности као последице развоја или лечења болести.²⁸ У том смислу, ЗБМПО изричито превиђа да постојање медицинских индикација код корисника услуга биомедицинске оплодње утврђује лекар специјалиста гинекологије са ужом специјализацијом из фертилитета и стерилитета. Међутим, жена која живи сама изостављена је из круга субјеката где лекар има обавезу да утврди медицинску индикацију.²⁹ На овај начин, принцип медицинске оправданости дерогиран је у корист наведене жене којој је тако дата шира репродуктивна аутономија у односу на брачне и ванбрачне партнере. Дакле, више није потребно да је жена која живи сама неплодна, нити да јој прети неплодност, како би могла приступити услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. Овакво решење превазилази чак и оквире либералног приступа према којем поменута жена има право на услуге биомедицинског оплођења под једнаким материјалним и формалним условима као брачни или ванбрачни партнери. Истовремено, у контексту жене која живи сама као субјекта поступка, уводи се појам „структуралне неплодности“. Другим речима, овакво решење домаћег законодавца отвара простор да

могућим ризицима, као и могућности правног и психосоцијалног саветовања. Наведено саветовање обавезно је у случајевима хетерологне биомедицинске оплодње. Вид. чл. 26. ст. 1 – 2. ЗБМПО.

²⁵ Чл. 30. ст. 1. ЗБМПО.

²⁶ Вид. чл. 35. ст. 1. ЗБМПО.

²⁷ Чл. 35. ст. 2. ЗБМПО.

²⁸ Чл. 4. ЗБМПО.

²⁹ Вид. чл. 25. ст. 4. ЗБМПО.

наведена жена истополне оријентације оствари приступ услугама биомедицински потпомогнутог оплођења, премда није неплодна у медицинском смислу. Заокрет који је домаћи законодавац начинио у поменутом домену није у духу домаћег правног поретка и представља нарушавање равнотеже између субјеката биомедицински потпомогнуте оплодње.

Може се закључити како треба омогућити жени која живи сама приступ поступцима биомедицинске оплодње. У том смислу, наведеној жени би под одређеним условима требало признати право и на приступ поступцима вештачке оплодње који укључују даваоце јајне ћелије, односно ембриона. Наиме, за разлику од очинства, материнство црпи своју правну снагу преваходно из гестацијске компоненте. Другим речима, правни однос између мајке и детета у првом реду почива на чињеници ношења и рађања детета, па тек затим на крвној, односно генетској вези између детета и родитеља. Из тог разлога, заснивање материнства на основу поступка даривања јајне ћелије етички је прихватљивије од успостављања очинства употребом дариваних семених ћелија. Важност гестацијског елемента материнства на бриљантан начин објаснио је професор Херинг (*Herring*). Тако, поменути аутор истиче: „Генетска веза приликом заснивања материнства заправо је неважна. Статус материнства оправдава брига, бол и напор током изношења трудноће и рађања детета, као и блискост везе која се развија ношењем и рађањем детета.“³⁰

Међутим, то не значи како жени која живи сама треба признати право на приступ услугама биомедицинског оплођења под истим условима као и брачним или ванбрачним партнерима. Од ње се мора тражити више, не зато да би се дискриминисала, већ због тога што ће у једнородитељској породици једини родитељ морати да уложи већи напор како би се старао о детету. Разуме се да ће у животу бити примера где је двородитељска породица лошије окружење за дете од монопаренталне породице. Ипак, законодавац не може приступати поменутој проблему казуистички. Отуда је тешко оспорити да је подизање детета у двородитељској породици за родитеље физички, психички, материјално и емотивно једноставније него за родитеља који то чини сам. Истовремено, вршење родитељског права од стране оба родитеља требало би да допринесе садржајнијем и свеобухватнијем обављању родитељских дужности.

Из тог разлога, жени која живи сама треба признати право на приступ услугама биомедицински потпомогнуте оплодње, али као изузетак у односу на исто право брачних или ванбрачних партнера. Изузетак би се правдао посебним личним карактеристикама жене, њеним психофизичким способностима да врши родитељске дужности и њеним повољним и стабилним непосредним породичним окружењем. Наведени разлози представљају заправо елементе за процену

³⁰ Herring, J., *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow, UK, 2017, стр. 356.

„најбољег интереса будућег детета“. При томе, принцип медицинске оправданости не би смео да буде доведен у питање.

4. Право жене која живи сама на биомедицински потпомогнуту оплодњу и „најбољи интерес будућег детета“

Концепт „најбољег интереса будућег детета“ присутан је у више европских законодавстава о биомедицинској оплодњи и заправо почива на процени способности једног лица да врши дужности према детету које још није ни зачето, у складу са пројектованим интересима таквог детета.³¹ Другим речима, елементи на основу којих се врши процена „најбољег интереса будућег детета“ представљају одређене медицинске или социолошке чиниоце који се односе на лични, породични или здравствени статус субјеката поступка биомедицинске оплодње.³²

У том смислу, домаћи ЗБМПО прописује да корисница услуга биомедицински потпомогнуте оплодње може бити пунолетна и пословно способна жена која живи сама ако је у таквом психосоцијалном стању на основу кога се може оправдано очекивати да ће бити у стању да обавља родитељске дужности у „интересу детета“.³³ Суштински, нови ЗБМПО поставља два услова за приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, која се оба тичу личног статуса корисника наведених услуга.

Најпре, од жене која живи сама, као и од осталих субјеката поступка, тражи се пунолетство и пословна способност ради приступа услугама вештачког оплођења. Наведене услове потребно је испунити кумулативно, што значи да малолетница која је еманципацијом стекла потпуну пословну способност пре пунолетства нема право приступа наведеним услугама. Истовремено, овакво правило подразумева да се пословна способност утврђује индивидуално код сваке пунолетне жене која жели остварити право на приступ услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. Другим речима, нема претпоставке како је лице које је навршило 18. годину потпуно пословно способно, већ се наведена способност процењује индивидуално.³⁴

³¹ Вид. Ковачек – Станић, Г., *Породичноправни аспекти биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник Матице српске за друштвене науке, 2010, стр. 417.

³² У том смислу вид. Gibson, A., *The Impact of the Child Welfare Principle on Access to Assisted Reproductive Technology*, PhD thesis, University of Glasgow, 2015, стр. 119.

³³ Вид. чл. 25. ст. 1. ЗБМПО.

³⁴ У том смислу занимљиво је решење хрватског права према којем се право на медицински помогнуту оплодњу може признати и лицу које је делимично лишено пословне способности ако одлуком суда о лишењу пословне способности није ограничено у давању изјава које се тичу личних стања. Чл. 10. ст. 3. Закона о medicinski

Међутим, услов који се тиче одговарајућег „психосоцијалног стања“ жене није довољно јасан и представља вештачки израз, без одређенијег значења.³⁵ У домаћој правној теорији истиче се како се психолошко и социјално стање једног лица може једино одвојено посматрати.³⁶

Са друге стране, ЗБМПО изоставио је услов који се тиче узраста, односно општег здравственог стања жене која може приступити услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. Наиме, бивши ЗЛН изричито је предвиђао како жена која живи изван брака или ванбрачне заједнице има право на услуге биомедицинске оплодње једино ако је с обзиром на године живота и опште здравствено стање способна да врши родитељску дужност у интересу детета.³⁷ Садашње решење није прихватљиво са становишта „најбољег интереса будућег детета“ и представља још један знак неумерености у либералном приступу новог законодавства о биомедицинском оплођењу.³⁸

5. Закључак

Када је реч о признавању права жене која живи сама на приступ услугама медицински потпомогнуте оплодње, са аспекта упоредног права могу се разликовати: конзервативни, либерални и мешовити приступ. Према конзервативном приступу титулари наведеног права могу бити једино брачни или ванбрачни партнери, будући да вештачка оплодња треба да имитира природну и да се детету тако обезбеди двородитељска породица. Насупрот томе, либерални приступ подразумева да жени која живи сама треба признати право на приступ поступцима вештачке оплодње под истим условима и на исти начин као и лицима у брачној или ванбрачној заједници. Коначно, сходно мешовитом приступу, жени која живи сама треба омогућити приступ услугама биомедицински потпомогнуте оплодње, али као изузетак од правила да поменуто право припада брачним или ванбрачним партнерима. Изузетак би се правдао нарочитим личним карактеристикама жене, њеним психофизичким способностима да врши родитељске дужности и њеним повољним и стабилним непосредним породичним окружењем. Мешовити приступ треба сматрати најприхватљивијим јер се на овај начин постиже одговарајућа равнотежа између интереса свих субјеката поступка биомедицинске оплодње, јавних интереса, као и „интереса будућег детета“.

потпомогнутој оплодњи Хрватске. Иако је ово решење очито инспирирано Конвенцијом УН о правима лица са инвалидитетом из 2006. године, не може се сматрати одговарајућим са становишта „најбољег интереса будућег детета“.

³⁵ Самарцић, С., *нав. дело*, стр. 88 – 89.

³⁶ *Исто*, стр. 89.

³⁷ Вид. чл. 26. ст. 1, 3. ЗЛН.

³⁸ Вид. Самарцић, С., *нав. дело*, стр. 89.

Упркос томе, нови ЗБМПО одлучио се да у наведеном домену следи изразито либерални приступ. У том смислу, жена која живи сама може остваривати право приступа поступцима биомедицинске оплодње на исти начин као и супружници, односно ванбрачни партнери. Штавише, новим законодавством не тражи се више ни поштовање принципа медицинске оправданости када је реч о наведеној жени као субјекту поступка, што је неприхватљиво. Истовремено, из важећег ЗБМПО изостављени су материјални услови који се односе на године живота и опште здравствено стање корисника услуга вештачке оплодње. Све ово чини нови Закон једним од најлибералнијих у Европи у домену приступа жене која живи сама поступцима биомедицинске оплодње, што не може бити прихватљиво са становишта равнотеже интереса свих учесника у поступку, као и „најбољег интереса будућег детета“.

*Veljko Vlašković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

SINGLE WOMAN AS A USER OF THE MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION SERVICES

Summary

One of significant legal innovations brought by the new domestic Law on Medically Assisted Reproduction involves widening the concept of reproductive autonomy in case of single woman as a user of medically assisted reproduction services. Thus, the new Serbian legislation in this field adopts quite liberal approach which largely relieves single woman to engage in medically assisted reproduction procedure.

Firstly, the right of a single woman to access the medically assisted reproduction is not formulated as an exemption from the rule that such right belongs primarily to marriage couples and cohabitants. In this way, medically assisted reproduction is permitted under same conditions to single woman as for the spouses and cohabitants. Even more, new Serbian legislation in this field has abolished the principle of medically necessity in case of a single woman as a user of medically assisted reproduction. Thus, she has been given even bigger reproductive autonomy in domain of medically assisted reproduction comparing to those of marriage couples or cohabitants.

Such unchecked and overwhelming reproductive autonomy significantly impairs the balance among the interests of participants in medically assisted reproduction

procedures endangering the public interests, as well as the best interests of the prospective child.

Key words: *single woman, medically assisted reproduction, false exemption, medical necessity, „interests of the prospective child“, discrimination.*

Литература

- Brazier, M., *Regulating the Reproduction Business?*, Medical Law Review, бр. 2/1999.
- Влашковић, В., *Породичноправни аспекти биомедицинске услуге даривања полних ћелија и ембриона*, Зборник радова: XXI век – век услуга и Услужног права, књ. V, Крагујевац, 2014.
- Водинелић, В., *Модерни оквир права на живот*, Правни живот, бр. 9/1995.
- Gibson, A., *The Impact of the Child Welfare Principle on Access to Assisted Reproductive Technology*, PhD thesis, University of Glasgow, 2015.
- Драшкић, М., *Коментар Породичног закона*, Службени гласник, 2016.
- Живојиновић, Д., *Принцип једнакости и права на асистирану прокреацију*, Становништво, бр. 1/2012.
- Zervogianni, E., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Greece*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016.
- Јањић – Комар, М., *Породична права као људска права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1- 4/2001.
- Ковачек – Станић, Г., *Породичноправни аспекти биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник Матице српске за друштвене науке, 2010.
- Coester – Waltjen, D., *The impact of the European Convention on Human Rights on European family law*, European Family Law: The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. I, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016.
- Lamarca Marquès, M., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Spain and Catalonia*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016.
- Поњавић, З., *Породично право, од институције до аутономије личности*, Правни живот, бр. 10/2015.
- Robertson, J., *Is there a right to gestate?*, Journal of Law and Biosciences, бр. 3/2017.
- Самарџић, С., *Права детета у области медицински асистиране репродукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2018.
- Singer, A., *The relevance of cohabitation for parental rights*, Nordic Cohabitation Law (eds. Asland, J., et al.), Intersentia, 2015, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015;

- Francoz Terminal, L., *The changing concept of family' and challenges for family law in France*, European Family Law: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law (ed. Scherpe, J.), Vol. II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016.
- Hatzis A., *“Just the oven”: A law & economics approach to the gestational surrogacy contracts*, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (ed. Boele – Woelki, K.), Intesentia, Antwerp - Oxford – New York, 2003.
- Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Herring, J., *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow, UK, 2017.
- Цвејић – Јанчић, О., *Актуелни изазови биомедицински потпомогнуте оплодње*, Правни живот, бр. 10/2010.