

UTICAJ BIOMEDICINSKE OPLODNJE NA SRODSTVO

Sažetak: Primarni srodnički odnos između roditelja i dece je pojam na kome se gradi celokupno porodično pravo. Na putu je da postane jedina institucija koja garantuje trajnost i kontinuitet porodičnih odnosa, iako se stalno menja. To je posledica društvenih promena, ali i činjenice da je upotreba medicinski potpomognute oplodnje u stalnom porastu. Ona više nije samo medicinski odgovor na prirodnu nemogućnost rađanja već postaje pravo ličnog izbora. Stoga je zanimljivo zapitati se za medicinske, psihološke, socijalne, etičke i pre svega pravne posledice njene upotrebe na srodstvo.

U meri u kojoj upotreba medicinski potpomognute prokreacije omogućava intervenciju jedne ili više trećih strana u procesu rađanja, zakon se mora prilagođavati uzimajući u obzir da dolazi do cepanja genetskih, bioloških i socijalnih podataka koje mogu uticati na dete. Treba ispitati kako pravo odgovara na različita pitanja koja se nameću u vezi sa ovim i utvrditi da li je sistem koji je razvio zakonodavac adekvatan.

Razvoj novih reproduktivnih tehnika je doveo u pitanje model srodstva zasnovan na isključivoj bilateralnosti (svaki pojedinac može imati samo jednog oca i jednu majku, različitog pola) i na ideju da pravno uspostavljeno srodstvo (krvno) treba da bude što bliskije prirodi. U se ukazuje na ambivalentnu prirodu uticaja novih vidova reprodukcije na uobičajeni model srodstva oslanjajući se kako na trenutno stanje ovih tehnika, tako i na nove još ne priznate vidove čije se uvođenje traži..

Ključne reči: srodstvo, potpomognuta oplodnja, materinstvo, očinstvo, žene koje žive same

O. Haksli, Vrli novi svet, str.97-98: „Ne želimo da menjamo stvari. Svaka promena ugrožava stabilnost. To je još jedan razlog zašto tako škro primenjujemo nove pronalaskе. Svako otkriće u čistoj nauci je potencijalno subverzivno; čak se i nauka ponekad mora posmatrati kao eventualni neprijatelj. Da, čak i nauka.“

1. Uvod

Primarni srodnički odnos¹ između roditelja i dece je višeznačan pojam, koji nijedna nauka ne može objasniti izolovano. Njegovo razumevanje, naprotiv, zahteva pomoć različitih disciplina: psihologije, antropologije, sociologije - da pomenemo samo neke – i sve doprinose promišljanju o srodstvu. U ovom kontekstu, pravo igra i sporednu i osnovnu ulogu. Sporednu, jer interveniše često samo kao krajnji rezultat, prihvatanjem stvarnosti veze stvorene između deteta i njegovih roditelja. Osnovnu,

¹ U našem jeziku bez obzira na njegovo bogatstvo u označavanju različitih srodnika ne postoji pojam koji odvaja ovo srodstvo deteta i roditelja od svih drugih srodnika. Primera radi, u francuskom pravu se ono označava sa pojmom „filiation“. S toga ćemo ga u radu zbog njegovog značaja označavati kao „primarni srodnički odnos“.

ipak, time što javno obelodanjuje ono što je intimnost rodila. Pravo je jedino u stanju da udahne srodstvu institucionalnu dimenziju, legitimizujući međuzavisnost porodice i države: državi je potrebna porodica, kao strukturna jedinica rađanja, kako bi osigurala svoj kontinuitet. Srodstvo je, dakle, društvena institucija usmerena na organizaciju društva, a ne jednostavni derivat rađanja.² S druge strane, porodici je potrebna država kako bi pravnim priznanjem garantovala njenu zaštitu. Kad primarni roditeljski odnos nastaje kao rezultat oplodnje uz pomoć biomedicine, uloga zakona postaje još važnija. U ovom slučaju, državna intervencija je sveobuhvatnija, jer kontroliše pristup roditeljstvu pravilima kojima se reguliše potpomognuta oplodnja.

Srodstvo (krvno) se definiše, kao pravni odnos između lica za koje je prema važećim pravnim pravilima utvrđeno da proističu jedno od drugog ili od zajedničkog pretka i između kojih postoje prava i obaveze. Drugim rečima, srodstvo omogućava da se svaki pojedinac pronađe u genealoškom nizu. U ovom pogledu primarni srodnički odnos, onaj od koga se polazi u otkrivanju identiteta, je odnos deteta sa roditeljima. Upravo zbog ovog su pravna pravila kojima se reguliše utvrđivanje poreklo deteta u odnosu na roditelje najvažnija za određivanje njegovog identiteta i statusa. Na osnovu njih svako zauzima mesto u svojoj porodici, kao otac ili majka, kao sin ili ćerka, ali uspostavlja i sve druge, šire veze, sa dedama i babama, sa pobočnim srodnici, ujacima, stričevima, ali konačno, sa jednom nacijom i kulturom. Pomoću njih zajednica definiše svoj, opšti interes. Ovaj opšti interes se ogleda, najpre, kroz pravnu i administrativnu kontrolu građanskog stanja lica kao i činjenicu da se u nekim slučajevima nalazi pod kontrolom javnog tužioca. Pravila kojima se utvrđuje poreklo deteta ne spadaju u domen privatnog prava. Slobodno se može reći čine jednu instituciju. Status jednog lica je utvrđen imperativnim pravilima države, a srodstvo je njegova srž. Nijedno društvo do sada nije prihvatilo formulisanje pravila o srodstvu jedino na osnovu individualnog izbora. Naprotiv, ona su prvenstveno i istovremeno društvena i lična, budući da se ne tiču samo jedne individue, već i celog društva.

Srodstvo kao pravni pojam je izgrađen pomoću svojih funkcija. Postoji samo ako je uspostavljeno na način i prema uslovima predviđenim u zakonu. Kao takvo, određeno zakonom, vezuje pojedinca za grupu. Drugačije govoreći, ono je određeno pravnim normama a ne biologijom. Pravo ne ignoriše njegovu biološku osnovu, ali ono nije isključivo i uvek verni odraz biološke stvarnosti. Uprkos dokazne vrednosti genetske ekspertize,³ kojom se utvrđuje da dva lica imaju isto genetsko poreklo, genetski odnos predstavlja samo jedan od osnova utvrđivanja porekla. Taj primarni srodnički, odnosno roditeljski odnos, o kome će uglavnom biti reči, može biti kumulativno, ili alternativno, zasnovan na „socio-emotivnoj“ stvarnosti, kao u slučaju usvojenja, potpomognute oplodnje od davalaca, preljube u braku. Prevladavanje nekog od ovih elemenata i njihovo odmeravanje je u suštini stvar kulture društva i interesa deteta.

2 Laure Montillet – De Saint-Pern, *La notion de filiation en droit comparé droit français et droit anglais*, Thèse, 2013, 2. <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/51553597-4ab8-4bc4-a3bf-e3d6a8fe2505?inline> (12.03.2020).

3 Ponjavić, Z., Palačković, D., *Pravo na dokaz genetskom ekspertizom u postupku utvrđivanja porekla deteta*, Pravni život, 10/2017, tom II, 123-139.

Generalno posmatrano primarni srodnički odnos predstavlja pojam na kome se gradi celokupno porodično pravo. Na putu je da postane jedina institucija koja garantuje trajnost i kontinuitet porodičnih odnosa, iako se stalno menja, između ostalog i kao posledica činjenice da je upotreba medicinski potpomognute oplodnje u stalnom porastu. Pojava i razvoj ovih tehnika proizveli su neku vrstu pravnog cunamija u oblasti roditeljstva i čini se da efekti njegove primene ne poznaju granice.⁴ Ona više nije samo medicinski odgovor na prirodnu nemogućnost rađanja već sve više postaje pravo ličnog izbora.⁵ Stoga je značajno zapitati se za medicinske, psihološke, socijalne, etičke, a pre svega pravne posledice njene upotrebe na srodstvo.

Govoreći o ovom primarnom srodničkom odnosu, ukazaće se na ambivalentnu prirodu uticaja novih vidova reprodukcije na uobičajeni model uspostavljanja ovog odnosa, oslanjajući se prvenstveno na rešenja iz zakonodavstva Republike Srbije, ali i na trenutno stanje ovih tehnika, kao i na nove još nepriznate vidove čije se uvođenje traži. U ovom pogledu svaka zemlja je slobodna da autonomno reguliše upotrebu metoda medicinski potpomognute oplodnje i u tome imaju široko polje slobodne procene, kao što se uostalom ističe i u praksi suda u Strazburu.⁶ Međutim u pogledu posledica njihove upotrebe države moraju poštovati prava i slobode iz nacionalnih ali i prihvaćenih međunarodnih dokumenata. Zaštita interesa i dostojanstva lica koja u ovome učestvuju mora biti primarni cilj, a ne sredstvo. U prvom redu interesa deteta da uživa u dvoroditeljskoj porodici koju čine njegovi biološki roditelji.⁷ Razvoj biomedicine mora se vršiti u službi čoveka, a ne nauke, što opravdava dvostruki pravni okvir: nacionalni i međunarodni u nastajanju.⁸ Najvažniji instrument ove međunarodne zaštite je Konvencija iz Ovijeda.⁹

Očigledno je da širenje saznanja iz oblasti genetike i razvoj biomedicinske prakse dovodi do promena tradicionalne sheme srodstva. Kako pravo Republike Srbije reaguje na ove promene? Da li se zasniva na genetskoj tačnosti ili na socio - emocionalnoj vezi srodstva?

2. Uticaj biomedicine na porodično pravo i srodstvo

Kada je u pitanju biomedicinski potpomognuta oplodnja pravo je primorano da odgovori na pitanje porekla ovako začetog deteta prema ocu i prema majci. Pravници su pozvani da daju pravni okvir, odgovore na konkretne probleme koji se tim povodom javljaju. Ta pitanja nekada nezamisliva kao što je ko je otac ili majka deteta začetog biomedicinskom oplodnjom ako je jedno od njih dvoje (ili

4 Cantero, G., *Droits de l'enfant... ou droit à l'enfant*, Pravni život, 10/2016, 29.

5 O tome videti: Ponjavić, Z., *Pravo na biomedicinski potpomognutu oplodnju kao alternativni način rađanja*, Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, 2020, 97-116.

6 S.H et autres c. Autriche [GC], predstavka 57813/00, odluka od 3.11.2011.

7 Roberto, A., *Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ?*, Revue internationale de droit comparé, Knj. 46, br.1, januar-mart 1994, 141-152.

8 Patrick, F., *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo*, Revue internationale de droit comparé, Knj. 52, br.2, april-jun 2000, 371-413.

9 Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010.

oboje) sterilni? Ili, mora li dete uvek imati samo dva roditelja, ili može tri, ili četiri?¹⁰ Ova pitanja samo delimično mogu baciti svetlo na zadatak koji nacionalna porodična zakonodavstva imaju u razrešavanju problema koji se javljaju u vezi uticaja biomedicine na srodstvo. Nakon razdvajanja braka i porekla deteta i pojave rekonstruiranih porodica¹¹ biomedicina je ta koja nas primorava da ponovo razmišljamo o primarnom srodničkom (roditeljskom) odnosu i sasvim posebno, artikulaciji između genetskog i socijalnog srodstva.

Biomedicinski potpomognuta oplodnja (BMPO) je skup kliničkih i bioloških postupaka u kojima medicina interveniše kako bi se omogućilo muškarcu i ženi da postanu roditelji, kada to ne mogu "prirodnim" putem. U pitanju je rađanje bez seksualnosti, na način drugačiji od snošaja, sa preovlađujućim stavom da se uspostavi roditeljski odnos što je moguće tačnije i bliže „prirodnom“ rađanju.¹² U ovom cilju značajan broj evropskih zakona odobrava njenu upotrebu samo heteroseksualnim parovima, venčanim ili u vanbračnoj zajednici, uspostavljajući tako vezu između potpomognute i prirodne oplodnje po principu jednog oca i jedne majke.

Uticaj biomedicine na porodično pravo moguće je sagledati iz dva ugla: jedan koji se odnosi na uticaj biomedicinski potpomognute oplodnje na srodstvo i drugi, uticaj ostalih biomedicinskih metoda na porodične odnose, kao što je mogućnost promene pola ili korišćenja genetskih tekstova u cilju uspostavljanja ili osporavanja porekla deteta. Bavićemo se samo prvim aspektom ovog uticaja, nazvanim još medicinski potpomognuta prokreacija, koja se sastoji u više – manje direktnoj intervenciji lekara u postupku začeća deteta. Prvobitno namenjena kao pomoć neplodnom ili sterilnom paru da se ostvare kao roditelji ona se danas koristi i u drugim slučajevima, npr, radi izbegavanja prenosa ozbiljnih genetskih bolesti.¹³

Porodično pravo je u Republici Srbiji (RS) i u Evropi poslednjih godina doživelo velike promene, nastojeći da afirmiše pluralizam porodica i pravo (slobodu) zasnivanja porodice. Porodični zakon RS¹⁴ je u ovom cilju usvojio rešenja kako bi rešio pitanje porekla dece začete uz biomedicinsku oplodnju. Pored ovoga, kao i u većini zemalja iz uporednog prava¹⁵ i u Republici Srbiji je postupak ove oplodnje

10 Furkel, F., *L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique*, u: *L'incidence de la biomédecine sur la parenté, Approche internationale*, (ur. Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet – Liger), Bruylant, Bruxelles, 2014, 24.

11 O ovim porodicama više: Ponjavić, Z., *Pravni položaj tazbinskih srodnika u rekonstruiranoj porodici*, Pravni život, 10/2016, 41- 56. To je porodica nastala posle propasti prethodne, sastavljena od delova drugih porodica. Usled negativne konotacije u doktrini se predlažu i drugi nazivi, kao "druge porodice". Ovaj naziv treba da ukaže da se radi o pravoj porodici sa istim pozitivnim aspektima kao i prva porodica, ukazujući samo na njen hronološki karakter u odnosu na prethodnu.

12 Cadoret, A., *Le champ de la parenté aujourd'hui*, Cités, 2006/4 (br. 28), 49-59. <https://www.cairn.info/revue-cites-2006-4-page-49.htm> (01.04.2021).

13 Drugim biomedicinskim metodama, kao što je upotreba genetskih tekstova u postupku utvrđivanja porekla deteta, već smo se bavili dok će pitanje promene pola ostati za neki drugi put. Videti: Ponjavić, Z., *Utvrdjivanje porekla deteta - između biološke istine i stabilnosti*, Pravni život, 10/2014, 21-36.

14 Porodični zakon, „Službeni glasnik RS“, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

15 Treba reći da u SAD ne postoji zakon koji ova pitanja reguliše. Postoje neke direktive Američkog društva za reproduktivnu medicinu (ASRM), kao što i Federalna agencija za proizvode za ishranu i lečenje (FDA) nameće obavezni medicinski test za davaoce oplodnih ćelija. S toga je ova oblast medicine, kako se ističe u pravnoj literaturi, široko prepuštena tržištu. Videti: Garrison, M., *La procreation medicament assistes (PMA) aux Etats-Unis*, u: *L'incidence de la biomédecine sur la*

uređen posebnim zakonom: Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (u daljem tekstu: Zakon).¹⁶ Zakon je donet 2017. godine i zamenio je do tada važeći Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinske potpomognute oplodnje.¹⁷ Ova, na izgled, sitna jezička promena naziva zakona označava srž promena karaktera biomedicinske oplodnje. Vodeći računa o pojavi novih oblika porodice, važeći zakon dopušta rađanje deteta bez unapred poznatog oca, potpomognutom oplodnjom žena koje žive same.

Očigledno da je medicinski potpomognuta oplodnja, sa ciljem rađanja deteta, usko povezana sa srodstvom. U meri u kojoj njena upotreba omogućava intervenciju jedne ili više trećih strana u procesu rađanja, zakon se mora prilagođavati uzimajući u obzir da dolazi do cepanja genetskih, bioloških i socijalnih podataka koje mogu uticati na dete. Treba ispitati kako pravo odgovara na različita pitanja koja se nameću u vezi sa ovom temom i utvrditi da li je sistem koji je razvio zakonodavac adekvatan. Pojava novih metoda potpomognute oplodnje dovodi do promene na nivou roditeljstva, preispitivanje, s jedne strane, uloge i statusa različitih protagonista uključenih u začeće deteta (roditelji, davaoci, surogat majke, preminuli davalac, itd.), i, s druge strane, pravo deteta da zna svoje poreklo. I što je naročito važno, dovodi u pitanje primarni srodnički model zasnovan isključivo na bilateralnosti (svaki pojediak može imati samo jednog oca i jednu majku i različitog pola) i na ideji da pravno uspostavljen roditeljski odnos treba da bude što bliskiji prirodi. Medicinski potpomognuta oplodnja odvaja materinstvo i očinstvo od proste biološke dimenzije, potvrđujući sa jedne strane granice tradicionalnog pojma srodstva u odnosu na aktuelni porodični pluralizam, a sa druge strane, dovodi u pitanje smisao samih pojmova „otac“, „majka“, „roditelji“. Biparentalni heteroseksualni model biva narušen tehnikama potpomognute oplodnje u vremenu kada muškarac može postati žena, dve žene mogu postati roditelji deteta koje nema zakonskog oca i kada detetu može biti priznato očinstvo muškarca koji je odavno mrtav.

Zahvaljujući medicinskom i tehnološkom napretku, poput kontracepcije, dobrovoljnog prekida trudnoće (abortus) i potpomognute oplodnje, začeće deteta je sada, u većini situacija, izbor koji proizilazi iz roditeljskog projekta. Ovaj progres ima neosporni uticaj na strukturu porodice i naročito na srodstvo. Naravno i ne može biti drugačije s obzirom da biomedicina omogućava rođenje deteta bez seksualnog odnosa između dva lica različitog pola, a kada se priroda tome suprotstavlja moguće je rođenje deteta iz oplodnih ćelija trećih lica, a ne para, čak i da neka žena pozajmi svoj stomak kako bi rodila dete jednom paru.

Iako su retka zakonodavstva koja sadrže definiciju porodice, ona se na izvestan način, pojavljuje preko regulisanja dva ključna pojma na kojima se zasniva: parenté, Approche internationale, (Dir. Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet – Liger) Bruylant, Bruxelles, 241 i dalje.

16 „Službeni glasnik RS“, br. 40 od 27. aprila 2017, 113 od 17. decembra 2017. U članu 3. st. 1, t. 1 ovog zakona biomedicinski potpomognuta oplodnja se definiše kao “postupak koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke u slučaju neplodnosti, kao i u slučaju postojanja medicinskih indikacija za očuvanje plodnosti, i omogućava spajanje muške i ženske reproduktivne ćelije radi postizanja trudnoće na način drugačiji od snošaja”.

17 „Sl. glasnik RS“, br. 72/2009.

(bračni ili vanbračni) i srodstvo. Ova dva temelja na kojima počiva porodica su evoluirali tokom vremena pod uticajem dva snažna faktora: razvoja individualizma i zahtevima za pravom na sreću, kojima se želi osigurati razvoj ličnosti unutar porodice.¹⁸ Zbog evolucije porodice ka više jednakosti i individualizma, srodnička veza nastala rađanjem postala je krhka, jer ju je lakše osporiti, ali i vrlo struktuirana jer je postala okosnica porodice, zamenjujući u tome brak koji je prethodno imao ovu funkciju. Paralelno sa promocijom ličnih sloboda dolazi do slabljenja javnog poretka budući da se afirmiše individualizam. Ovakve težnje nalaze plodno tle u oblasti utvrđivanja porekla deteta, prvenstveno u slučaju prokreacije. Dete više nije proizvod „incidenta“, slučajnosti, već pretpostavljene želje. Međutim želja ne može biti uvek ostvarena. Neplodnost i sterilnost mogu biti prepreka njenog ostvarenja. Odricanje od nje ili adopcija bile su klasične alternative, za mnoge neprihvatljive.¹⁹

3. Utvrđivanje porekla deteta začetog uz biomedicinski potpomognutu oplodnju

Pitanje utvrđivanja porekla deteta nije novo. Treba se podsetiti da je ono staro koliko i ljudski rod. Kako utvrditi poreklo deteta, ko su mu otac i majka? Nekako spontano i prirodno se nametnulo pozivanje na biologiju. Tako se tradicionalno za materinstvo primenjuje pravilo da je majka deteta žena koja ga je rodila (*mater semper certa est*). Bez sigurnog dokaza o očinstvu pravo je prihvatilo prirodnu pretpostavku koja proističe iz verovatne biološke istine (*Pater vero est quem nuptiae demonstrant*).²⁰

Progres biomedicine omogućio je da se premosti nemogućnost prirodnog rađanja, ponekad i uz pomoć i učešće trećih lica, naročito u slučaju davanja oplodnih ćelija ili embriona. Međutim, rađanje ove željene dece postavlja na nov način pitanje njihovog porekla: ko su njihovi roditelji? Odgovor na ovo pitanje nije jednostavan i u najvećem broju slučajeva zavisi od toga ko su korisnici ove oplodnje, odnosno kome se pruža biomedicinska pomoć. Budući da je tradicionalni biparentalni porodični model još uvek preovlađujući, to se par (bračni, vanbračni) smatra poželjnim i kod postupka biomedicinske oplodnje²¹. U ovom slučaju tradicionalno opšte pravilo nalaže da je majka žena koja je dete rodila, a da je pretpostavljeni otac muž majke deteta. (1)

(2). Međutim Zakon Srbije po ugledu na mogućnost stvaranja monoparentalne porodice preko usvojenja, to isto omogućava primenom potpomognute oplodnje. Njeni korisnici mogu biti i žene koje žive same, što predstavlja nov i nepredviđen

18 Feuillet-Liger, B., *Avant-propos*, u: L'incidence de la biomédecine sur la parenté ... , 10

19 Kernaléguen, F., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit français : reconsidérer la parenté*, u: L'incidence de la biomédecine sur la parenté ..., 108.

20 Herodot navodi da je kod plemena Auseans koje je živelo preko puta ostrva Đerbra (Tunis), kada se žena porodi čeka se dva meseca da se vidi na koga muškarca u selu dete liči. Onaj na koga najviše liči je otac deteta. Navedeno prema: *Ibidem*, 108.

21 Ovaj model se čini preovlađujućim i u uporednom pravu, u zemljama sa različitim pravnim i političkim uređenjima, geografski udaljenim, kao što je npr. slučaj sa rešenjima Švajcarske i Kine. U Kini je ova oplodnja vezana samo za bračni par. Videti: Yao-Minf Hsu, *Les incidences de la procréation médicalement assistée sur la parenté : réflexions chinoises et taiwanaises*, u: L'incidence de la biomédecine sur la parenté ..., 289.

izazov utvrđivanja roditeljskog odnosa ovako rođenog deteta.

3.1. Biomedicinska oplodnja para

Kada je u pitanju biomedicinska oplodnja već odavno se razlikuju dva oprečna stava: da li prednost dati istraživanju i razvoju tehnologije ili suprotno, dostojanstvu ljudske ličnosti. Ova dilema,²² ovaj konflikt, za čije rešavanje pravo nije bilo spremno, danas se smatra prevaziđenim.²³ Dostojanstvo i zaštita interesa deteta koje će biti rođeno u postupcima biomedicinske oplodnje ima, bar deklarativno, prioritet. Kada se ovo kaže ima se u vidu činjenica da je za dete najbolje da se rodi i odgaja u biparentalnoj, tradicionalnoj, porodici. Odnosno, za dete je najbolje da ima oca i majku, različitog pola. Nastoji se ostvariti koincidencija, koliko je to moguće, biološke i socijalne veze očinstva i materinstva. To se postiže, pre svega, korišćenjem sopstvenih reproduktivnih ćelija jednog para (u braku ili van njega) u postupku potpomognute oplodnje (homologna oplodnja). U ovom slučaju pomoć se sastoji u nadomeštanju nemogućnosti začeća prirodnim putem, a dete je genetski vezano za svoje roditelje, bez obzira da li se primenjuje *in vivo* ili *in vitro* oplodnja. Homologna veštačka oplodnja se javlja kao najpoželjniji vid ove oplodnje, a ako je *in vivo* tada je i najmanje veštačka. Medicinska intervencija “samo malo” pomaže prirodi. Manje je poželjna varijanta heterologne oplodnje kod koje ove koincidencije nema budući da se u porodičnu strukturu uvode treća lica (davaoci reproduktivnih ćelija). No, bez obzira o kojoj se od ove dve varijante radi poreklo deteta prema roditeljima se računa na isti način kao kod krvnog srodstva uz nužna prilagođavanja. Ona se tiču, pre svega, osporavanja porekla ovako začete dece.

U članu 25. Zakona, koji govori o titularima prava na postupak BMPO, na prvo mesto se stavljaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac „kojima je potrebna pomoć postupcima BMPO u lečenju neplodnosti, a koji vode zajednički život u skladu sa zakonom kojim se uređuju porodični odnosi - supružnici, odnosno vanbračni partneri“. Medicinski razlozi korišćenja ove oplodnje su ovde naglašeni upotrebom termina „lečenje neplodnosti“, čime se odmah želi odbaciti pomisao da se ova oplodnja može koristiti i u nekim drugim slučajevima.

Proizilazi da je bar jednom od njih potrebna pomoć u lečenju neplodnosti ili je oboleo od teške bolesti koja se može preneti drugom partneru ili detetu. Ovaj uslov se čini nezaobilaznim za korišćenje prava na biomedicinsku pomoć, što je uostalom u skladu sa osnovnim ciljem, da se njime prevaziđe prirodna neplodnost. Pored ovoga, titulari prava moraju biti sposobni da vrše roditeljsku dužnost i da su u takvom psihosocijalnom stanju na osnovu kojeg se opravdano može očekivati da će te dužnosti vršiti u skladu sa zakonom i u interesu deteta. Ovim je zakonodavac valorizovao vezu između prokreacije i seksualnosti, gradeći pravila biomedicinske oplodnje na jedinstvenom porodičnom modelu zasnovanom na nuklearnoj porodici sastavljenoj od majke, oca i deteta. S druge strane, takođe, ovim se maskira upotreba postupaka veštačke oplodnje i negira priroda. U prilog ovoga ide i činjenica da se darivanje reproduktivnih ćelija u ovom slučaju tretira kao medicinski akt, kao darivanje bilo kog drugog dela čovečijeg tela, čime je biomedicinski aspekt ove

²² Roberto, *op.cit.*, 141-152

²³ Furkel, *op.cit.*, 25.

oplodnje u stanju da apsorbuje njegovu prokreativnu prirodu, legitimisajući njenu upotrebu.²⁴

Davaoci reproduktivnih ćelija mogu biti žena (jajne ćelije) i muškarac (semene ćelije), ali ne oboje. Najmanje jedan roditelj mora biti biološki vezan za dete.²⁵ Ova zabrana duplog darivanja je jedino sidro kojim se pravo RS drži za biološku vezu, odnosno izbegava dupla laž. Reproduktivne ćelije jednog davaoca, mogu se upotrebljavati za postupak BMPO samo jednog para supružnika, odnosno vanbračnih partnera. Samo ako oplodnja ne uspe one se mogu koristiti za sledeći bračni ili vanbračni par.²⁶ Darivanje je besplatno, akt altruizma, sa namerom pomoći licima koja imaju problem sa rađanjem. Ovakvo rešenje je opšte prihvaćeno u evropskim pravima i u skladu je sa Konvencijom iz Ovijeda, prema kojoj je darivanje ćelija, organa ili tkiva besplatno.²⁷

Pravilo o zabrani duplog darivanja ne važi kada se daruje embrion. Davaoci embriona su supružnici, odnosno vanbračni partneri koji su odustali od korišćenja svog embriona nastalog za njihovu oplodnju (čl.35). Odnosno, ne radi se o njihovim prekobrojnim embrionima. Korisnik ovih embriona može biti samo jedan par. Ako oplodnja uspe, preostali se mogu koristiti isključivo za ponovljeni postupak BMPO kod istog para supružnika, odnosno vanbračnih partnera. Dete rođeno iz darovanog embriona je dete para koji njegov korisnik, iako između njih ne postoji ni minimalna biološka veza.

U svim ovim slučajevima potpomognute oplodnje uspostavljanje porekla deteta prema majci ne izaziva veće probleme, budući da se primenjuju klasična pravila rezervisana za utvrđivanje materinstva dece začete prirodnim putem. Bez obzira na velike razlike između rešenja evropskih država u pogledu posledica biomedicine na srodstvo,²⁸ opšte je prihvaćeno u uporednom pravu da je majka žena koja je dete rodila. Ovo pravilo važi bez obzira da li je dete začeto iz njene jajne ćelije, od neke anonimne donorke ili darovanog embriona.²⁹ U odnosu na ženu koja je davalac oplodne ćelije ne može biti zasnovan bilo kakav pravni odnos, čime je isključen i

24 Grand, C., *L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires*, 20, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02061603/document>, (23.02.2020).

25 Isto rešenje predviđa francuski Zakon o javnom zdravlju (čl.2141-3). Ova zabrana, kao i u pravu Srbije, ne isključuje mogućnost darivanja embriona. Vid.: Brunetti-Pons, C., *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, 2017, 29. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>, (14.01.2021).

26 Prema španskom zakonu br. 14/2006 od 26 maja 2006. kojim se reguliše asistirana prokreacija jedno lice može biti donor najviše 6. puta.

27 U SAD se ovo davanje vrši uz naknadu. Nedostatak pravnog regulisanja je doveo do opšte komercijalizacije potpomognute oplodnje. U zavisnosti od karakteristika žena koje daju oplodne ćelije (diploma, fizičke karakteristike) ova naknada može ići do 100000 dolara za svaki postupak. Davanje muških oplodnih ćelija je puno jeftinije od ženskih. Banka sperme plaća oko 1200 evra mesečno muškarcu koji je spreman da daje spermatozoide tri puta sedmično. Vid.M.Garrison, op.cit, 242.

28 Dekeuwer-Défossez,F., *Réflexions conclusives*, u: *L'incidence de la biomédecine sur la parenté...*,359.

29 Sandor,J., *Concilier les familles traditionnelles avec la fécondation in vitro : le cadre juridique hongrois de la filiation à la lumière des interventions biomédicales*, *L'incidence de la biomédecine sur la parenté ...*,150

svaki sukob između genetske i gestacijske majke.³⁰ Premda bi se u slučaju darovane jajne ćelije ili embriona vrlo jednostavno moglo utvrditi da ona nije majka deteta prednost se daje volji lica da postanu roditelji. Iako je volja uvek imala značaj kod zasnivanja roditeljskopravnog odnosa³¹ (priznanje, adopcija) ona ovde igra, ako ne isključivu, onda svakako centralnu ulogu.³²

Pravo RS sadrži sasvim drugačija pravila u odnosu na prirodnu oplodnju u pogledu uspostavljanja očinstva deteta začetog na ovaj način. Odnosno, očinstvo muža majke se ne utvrđuje samo na osnovu pravila da je muž majke otac deteta koje je rođeno u braku i 300 dana po njegovom prestanku.³³ Naime, očinstvo deteta začeto uz pomoć biomedicinske oplodnje, *in vivo* ili *in vitro*, bez obzira da li su korišćenje oplodne ćelije muža, odnosno vanbračnog partnera, ili donirane ćelije (spermatozoidi) ili embrion, utvrđuje se na isti način; Ocem deteta se smatra muž majke deteta, odnosno njen vanbračni partner, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja dao pismeni pristanak, pre nego što je do njega došlo. (čl.58. PZ). Ovim je pristao da pravno bude otac deteta bez mogućnosti, kao što je slučaj sa očinstvom prirodno začetog deteta, da ga osporava. Ova pravna pretpostavka je slika biološke realnosti samo ako se radi o homolognoj oplodnji, budući da je dete zaista začeto njihovim oplodnim ćelijama. Poreklo deteta prema ocu se uspostavlja na osnovu pravila Porodičnog zakona o pismenom pristanku.³⁴ Zasniva se na volji i nameri lica, ali i uz postojanje i biološke veze sa njim u slučaju u ovom slučaju, što ovako zasnovanom roditeljskom odnosu garantuje stabilnost i zaštitu najboljeg interesa deteta. Ovaj pristanak je odlučujući ne samo zato što se oplodnja bez njega ne može vršiti već naročito zato što je jedini osnov zasnivanja očinstvo deteta. Ovo naročito važi u slučaju heterologne oplodnje. Očigledno da se prednost daje saglasnosti (pristanku) na ovu oplodnju, a ne biološkoj istini (utvrđenoj ili pretpostavljenoj). Ova mogućnost uspostavljanja roditeljskog odnosa dece koja nisu genetski povezana sa "nameranim" roditeljem, kao i nemogućnost uspostavljanja roditeljskog odnosa između davaoca oplodnih ćelija i deteta pokazuje želju zakonodavstva da ne gradi roditeljstvo koje je rezultat medicinski potpomognute prokreacije oko genetske veze.

Poreklo deteta prema ocu u slučaju prirodnog začeća izvan braka utvrđuje se priznanjem ili sudskom odlukom, dok se u slučaju potpomognute oplodnje uspostavlja pretpostavka očinstva vanbračnog partnera pod uslovom da je pismenim putem pristao na ovu oplodnju. Zakon Srbije u ovom slučaju ne zahteva

30 Ovakav stav se iskristalisao i u SAD u sudskoj praksi, budući da ova pitanja nisu uređena propisima. Naime, u slučaju Johnson v. Calvet iz 1993. godine Vrhovni sud Kalifornije je zaključio „da genetska krvna veza , ali takođe i rađanje deteta kreiraju vezu majke i deteta“ , ali, „ako ova dva elementa nisu objedinjena kod jedne žene, ona koja je imala nameru da rodi dete smatraće se na osnovu kalifornijskog zakona , kao prirodna majka deteta“. Vid: Garrison, *op.cit*, 250-251.

31 Videti: Ponjavić, napomena br.13, str.4, 22.

32 Kernalleguen, *op.cit*, 113.

33 Kao što je slučaj sa nekim drugim pravima, primera radi španskim. Ovo pravilo se primenjuje samo u slučaju homologne oplodnje. Videti: Nanclores, *op.cit*, 87. Gotovo identična situacija je sa pravom Mađarske. Videti: Sandor, *op.cit*, 150.

34 U nemačkom pravu (par.1600d, al.2.BGB), postoji pretpostavka vanbračnog očinstva muškarca koji je u periodu začeća deteta imao intimne odnose sa majkom (Beiwohnung) koja se primenjuje i u slučaju veštačke oplodnje.

dokaz o stabilnosti vanbračne zajednice. No, mora se reći, da u postupku izbora vanbračnih parova kojima treba biti pružena pomoć važnu ulogu moraju odigrati lekari, ali pitanje je koliko su edukovani za ovo. Samo, dakle, u ovom slučaju se uspostavlja pretpostavka vanbračnog očinstva u porodičnom pravu. Na ovaj način potpomognuta oplodnja rađa nove nejednakosti. Uspostavlja se razlika između dece rođene van braka s obzirom na način njihovog začeća. Pravni položaj dece rođene uz biomedicinsku pomoć izvestan je od samog rođenja. Ona imaju pretpostavljenog oca, muškarca koji je dao saglasnost dok se deci rođenoj prirodnim putem očinstvo mora tek kasnije utvrđivati, priznanjem ili sudskim putem.

Kako bi osigurao pravni položaj deteta zakonodavac je isključio mogućnost osporavanja očinstva deteta začetog uz biomedicinsku pomoć (PZ, čl. 58.st.3). Saglasnost muža, odnosno vanbračnog partnera, čini očinstvo neosporivim *ab initio*. Izuzetno, ovo bi bilo moguće ako bi se dokazalo da dete nije začeto na ovaj način (st.4), već na prirodan način sa muškarcem koji je dublirao asistiranu prokreaciju. Muškarac tada treba da dokaže činjenicu da dete potiče iz nekog drugog akta (npr. iz prevare), a ne iz onog na koji je pristao. Doduše, imajući u vidu organizaciju celokupnog postupka začeća uz biomedicinsku pomoć, dokazivanje navedene činjenice biće skoro nemoguće. U ovom slučaju, niko drugi osim muža majke, odnosno vanbračnog partnera, nema pravo na tužbu za osporavanje očinstva. Smatramo, ipak, da bi se osporavati moglo i u slučaju da je saglasnost manljiva.

Postavlja se pitanje pravnog položaja deteta koje je rođeno u postupku potpomognute oplodnje bez saglasnosti muža, odnosno vanbračnog partnera. U oba slučaja, istovetno, ne primenjuje se pretpostavka njihovog očinstva, samo što su posledice različite. Ukoliko muž nije dao saglasnost na postupak potpomognute oplodnje uspostavlja se pretpostavka njegovog očinstva po osnovu braka sa majkom (*pater ist est.*), bez obzira da li je dete začeto njegovim ili doniranim oplodnim ćelijama. Izgledi na uspeh za njeno osporavanje kod homologne oplodnje su mnogo manji nego kada je u pitanju prirodno začeće, budući da je dete genetski vezano za njega. Jedino što bi muž u ovom slučaju mogao to je da traži naknadu štete od medicinske ustanove zbog rođenja neželjenog deteta.³⁵ Ovu pretpostavku on može uspešno oboriti samo u slučaju heterologne oplodnje budući da dete nije genetski vezano za njega. Ostane li dete bez utvrđenog očinstva prema nekim shvatanjima ono se može utvrđivati jedino priznanjem, budući da se očinstvo muškarca koji je darovao oplodne ćelije ne može utvrđivati.³⁶ Svako drugačije tumačenje ne bi bilo u skladu sa principom porodičnog prava o zaštiti interesa deteta, u ovom slučaju interes, da ima oba roditelja.

Drugačija je situacija u slučaju rođenja deteta bez saglasnosti vanbračnog partnera. Ne uspostavlja se pretpostavka njegovog očinstva. Dete je rođeno bez utvrđenog očinstva, čak i u slučaju kada je genetski vezano za njega (homologna). Očinstvo može biti ustanovljeno priznanjem ili sudskim putem, kao i u slučaju prirodnog začeća.

Neka druga rešenja iz uporednog prava, kao što je švajcarsko, su mnogo

³⁵ Naravno, i razvod braka ako ova činjenica prouzrokuje ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa. Premda bi se, možda, u ovom slučaju muž mogao pozvati i na povredu njegovog prava na planiranje porodice. Ovako rešenje postoji u Kini. Videti: Yao-Ming Hsu, *op.cit.*, 290.

³⁶ O.Cvejić – Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, 258.

restriktivnija budući da dozvoljavaju, po pravilu, samo homolognu oplodnju, a heterolognu jedino kada su korisnici muž i žena i to upotrebom tuđih muških oplodnih ćelija, ne i ženskih.³⁷ Isključena je, dakle, heterologna, oplodnja vanbračnih partnera i homoseksualnog para ili same osobe. Švajcarski zakonodavac je u rešavanju ovih pitanja pristupio oprezno, bez naglih rešenja, vodeći računa, pre svega o interesima deteta ali i potrebi automatskog uspostavljanja roditeljskog odnosa između muža majke i deteta rođenog od darovanje sperme, bez potrebe modifikovanja važećih pravila uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa.³⁸ Između donora i deteta ne može biti ustanovljena bilo kakva pravna veza.³⁹ Ukoliko se praktikuje potpomognuta oplodnja kod vanbračnog para očinstvo deteta se utvrđuje kao i u slučaju prirodnog začeća: priznanjem ili u testamentu. Ukoliko muškarac promeni mišljenje i ne želi da prizna očinstvo ono se može utvrđivati na osnovu tužbe majke ili deteta.⁴⁰

Prema pravu RS potpomognuta prokreacija nije dozvoljena *post mortem*,⁴¹ kao što je to predviđeno rešenjima u uporednom pravu. Naime, neka prava ne zabranjuju izričito transfer embriona nakon smrti ako se ustanovi postojanje roditeljskog projekta pre toga,⁴² dok ga druga izričito dozvoljavaju, kao što je slučaj sa belgijskim pravom,⁴³ koje inače, među evropskim državama, sadrži veoma liberalna rešenja u pogledu potpomognutog rađanja.⁴⁴

U svim slučajevima korišćenja darovanih ćelija ili embriona anonimnost davaoca je zagarantovana, kao uostalom što je anonimna i par korisnika u odnosu na davaoca. Prema tome, u ovom slučaju dete nema mogućnost da sazna svoje poreklo, o čemu se u pravnoj teoriji i zakonodavnoj praksi puno raspravlja. Primera radi, u švajcarskom pravu, koje ima restriktivna rešenja, dete ima pravo sa 18 godina da

37 Ovo se pravda principom da se sa sigurnošću zna ko je majka deteta i izbegne nepoklapanje između gestacijskog i genetskog materinstva. Povreda ove odredbe uzrokuje krivičnu odgovornost. Takođe, jedno od opravdanja je izbegavanje instrumentalizacije žena. Ovi argumenti se u švajcarskoj doktrini kritikuju. Vid. Manai, D., *Le droit suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité*, u: *L'incidence de la biomédecine sur la parenté...*, 175.

38 Polazi od stava da je tradicionalna, nuklearna porodica, zasnovana na braku idealna za interese deteta, iako je u realnosti sve više slučajeva nepoklapanja roditeljstva i bračnosti i pojave novih oblika porodica; Spehler, M., *La filiation de l'enfant né par procréation médicalement assistée*, Lausanne, le 2 juillet 2020, 10.

39 Zakon od 18 decembra 1998 kojim se reguliše medicinski potpomognuta prokreacija, čl. 22, al.3.

40 Manai, *op.cit.*, 177.

41 Član 41. ZBMO : U postupku BMPO dozvoljeno je upotrebljavati reproduktivne ćelije, odnosno embrione davalaca koji su živi.

42 Furkel, 31. Ako bi se ustanovilo da je od projekta muškarac odustao, do ove oplodnje ne bi moglo doći. U ovom smislu i odluka Suda u Strazburu Evans c/Royaume-Uni, od 10.04.2007, predstavka 6339/05.

43 Schamps, G., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge*, u: *L'incidence de la biomédecine sur la parenté ...*, 57. Prema zakonu od 6.jula 2007. godine (čl.15,16,44 i 45) posle smrti muža ili partnera punoletna žena može zahtevati implantaciju prekobrojnih embriona ili oplodnih ćelija, koje su kriokonzervirane, pod uslovom da o ovome prethodno bio postignut izričit sporazum. Ova oplodnja se može izvršiti najranije 6 meseci, ali i najkasnije 2 godine posle smrti.

44 To je i razlog što državljani drugih zemalja, naročito Francuske, dolaze u Belgiju radi medicinski asistirane prokreacije. Vid. Jehanne, S., Malmanche, H., *État du droit belge en matière de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui*, Sylvain Bernard éd., *Les mutations contemporaines du droit de la famille*. Presses universitaires de Grenoble, 2020, 37-60.

sazna identitet davaoca,⁴⁵ ili pre toga ako za to ima pravni interes. Međutim, davalac se ne može prisiliti da se sretne sa detetom budući da se štiti njegov privatni život.

Prema rešenjima iz nemačkog prava lekar koji vrši ovu oplodnju dužan je da u dokumentaciji sačuva identitet davaoca. Dete koje želi može saznati ove podatke o svom biološkom poreklu samo nakon punoletstva. Ove informacije se čuvaju 30 godina.⁴⁶ Kako se ističe u pravnoj teoriji ovakvim rešenjem zakonodavac je želeo da maksimalno redukuje heterolognu oplodnju.⁴⁷ U nekim drugim slučajevima pravi se razlika između darivanja embriona i darivanja oplodnih ćelija. Samo u prvom slučaju anonimnost je zagarantovana dok je u drugom slučaju principijelno postoji anonimnost, osim ako se davaoci i korisnici ne dogovore drugačije.⁴⁸ I samo u ovom slučaju bi se moglo utvrđivati poreklo deteta prema davaocu dok je u svim drugim slučajevima to isključeno, odnosno, poreklo deteta se zasniva na volji korisnika da postanu roditelji, a ne na biološkoj istini.⁴⁹

Porodični zakon RS rešava tzv. sukob dva bračna očinstva, odnosno očinstva deteta rođenog u drugom braku majke a pre isteka roka od 300 dana od prestanka prethodnog. Prema njemu ako je dete rođeno u drugom braku majke, u roku od 300 dana posle smrti prethodnog muža, ocem deteta se smatra umrli muž, pod uslovom da se majka u tom roku nije preudala. Ako se dete rodi u drugom braku majke pre isteka roka od 300 dana po prestanku prethodnog braka na bilo koji drugi način predviđen zakonom, pretpostavka očinstva važi u korist muža iz drugog braka. Postavlja se pitanje porekla deteta u ovim slučajevima ako je rođeno uz biomedicinsku pomoć. Smatramo da se očinstvo mora vezati za prvog muža, bez obzira kako je brak prestao i da li se majka preudala. On je taj koji je pristao da bude otac deteta. Njegov pristanak stvara jaču pretpostavku u odnosu na pretpostavku *pater vero*.

3.2. Biomedicinska oplodnja žene koja živi sama

Prema Zakonu Republike Srbije samo izuzetno, “pravo na postupke BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja živi sama i koja je sposobna da vrši roditeljsku dužnost i u takvom je psihosocijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobna da obavlja roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta”. (čl. 25. st. 2).⁵⁰ U svakom slučaju u pitanju je žena koja nije u braku ili vanbračnoj zajednici. Ipak, faktički i žena koja živi u vanbračnoj zajednici može biti korisnik oplodnje u ovom slučaju budući da ne postoji evidencija vanbračnih zajednica. Rađanje deteta tako postaje izraz jednostrane volje,

45 I prema rešenju prava V.Britanije (Disclosure of Donor Regulations, SI, 2004, n 1511) sa 18 godina može da sazna svoje poreklo.

46 Furkel, 33

47 *Ibidem*, 38.

48 Schamps, *op.cit*, 59

49 Interesantno rešenje postoji u mađarskom zakonu o zdravlju. Naime, ako su davaoci oplodnih ćelija bliski srodnici to ne mora biti anonimno. Jedino moraju dati pismenu izjavu da daju svoje oplodne ćelije u cilju prokreacije. Videti: Sandor, *op.cit*, 155.

50 Koristi se jedan nepravni pojam “žena koja živi sama”, a ne izraz “neudata žena” ili “samohrana žena”. Ovaj semantički izbor je bio neophodan da bi se izbegao bilo kakav efekat zakona na bivšeg supružnika ili vanbračnog partnera koji u ovom postupku ne učestvuju. U ovom slučaju žena koja živi sama ima pravo na articijelnu inseminaciju ili fertilizaciju *in vitro* koja bi se obavila semenom donora.

a ne rezultat zajedničkog projekta. Žena u braku ne može koristiti ovu mogućnost jer je potrebna saglasnost muža, što je svakako diskriminacija u odnosu na nju,⁵¹ naročito ako se u ovom slučaju uzme u obzir da se ne zahteva medicinski potvrđena neplodnost, odnosno medicinska dijagnoza koja opravdava pristup BMPO.

Prihvatanje ovakvog rešenja se čini kao logična posledica činjenice da se neplodnost žene koja živi sama ne može uvek utvrđivati na isti način kao kod para, kroz pokušaje začeca deteta prirodnim putem u seksualnom odnosu. To znači da je svaka žena koja živi sama u rodnoj dobi ovlašćena da zahteva davanje sperme da bi imala dete, drugim rečima *ab initio*, a ne kao posledica konstatovanog životnog hendikepa. U odnosu na rešenje iz prethodnog Zakona o lečenju neplodnosti, pravo žene koja živi sama je značajno prošireno, toliko da se može postaviti pitanje da li se uopšte radi o izuzetku, ili o ličnom izboru, čak pravu.⁵² Nije jasno ko će i na koji način i u kom postupku procenjivati njeno psihosocijalno stanje, kao krajnje subjektivan uslov. Ovakvo rešenje se obično pravda činjenicom da sama žena (i muškarac) može biti usvojitelj pod određenim uslovima. Međutim, zaboravlja se da se kod usvojenja radi o detetu bez roditeljskog staranja (napušteno dete, bez utvrđenog roditeljskog odnosa) pa mu se na taj način pruža najbolja zaštita dok se u ovom slučaju rađa dete unapred lišeno očinstva. Ovakva oplodnja omogućava i lebijskim parovima da postanu roditelji.

Prihvatanje zahteva žena koje žive same za biomedicinsku oplodnju i bez utvrđenih medicinskih indikacija za lečenje neplodnosti iz osnova menja i njen cilj. Ova vrsta oplodnje nazvana u stranoj pravnoj literaturi, "oplodnja iz ugodnosti",⁵³ nema terapijski karakter i postaje "alternativni način rađanja". Nije odgovor na nemogućnost rađanja već je u službi individualnih aspiracija vezanih za određen način života. Rađanje deteta tako više nije samo rezultat roditeljskog projekta, koji žele zajednički odgajati i obrazovati dete, već individualne volje.⁵⁴

Rešenje Zakona Srbije ide u red sa najliberalnijim iz uporednog prava, kao što je npr. Špansko ili pravo Velike Britanije, u kojoj je važeći princip „sve što nije zabranjeno, dozvoljeno je“.⁵⁵ Korisnik ove oplodnje može biti svaka punoletna, poslovno sposobna, žena bez obzira na svoju seksualnu orijentaciju, što se, uostalom, može reći i za rešenje zakona Srbije.⁵⁶ Kako se ističe ovim se promoviše „pravo na

51 Laure de Saint Pern, *La filiation des enfants à l'égard des couples de femmes et des femmes seules*, Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM), knj. 25, br. 1, 2020, 19-26.

52 Ponjavić, Z., napomena br.5, str.2.

53 Francuski izraz koji se koristi u ovom slučaju "covenant" preveli smo, u nedostatku boljeg, kao "ugodnost". U ovom slučaju pod njim se podrazumeva takvo ponašanje koje nije nedozvoljeno ali ni nužno i odgovara ličnoj želji. U ovom smislu: Paricard, S., *L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes: en droit de la bioéthique... la révolution n'aura pas lieu, La procréation pour tous?* (ur. M. Astrid), Paris: Dalloz, coll. Tèmes & commentaire, Actes, 1. izdanje, 2015, 20.

54 Ponjavić, Z., napomena br.5, str.2, 111.

55 Callus, T., *La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l'essor des pratiques biomédicales*, u: Les incidences de la biomédecine sur la parenté..., 160.

56 Sva je prilika da će uskoro u Republici Srbiji biti regulisana i porodica dva lica istog pola. Izrađen je Predlog nacrtu zakona o istopolnim zajednicama (<https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>). Doduše, kako se najavljuje sa ograničenim dometima. Naime predviđa se da će njime biti regulisani samo imovinskopravni odnosi. Međutim, imajući u vidu činjenicu da se prava trebaju razvijati u jednom društvenom kontekstu postavlja se pitanje da li bi ovakve zakonske odredbe bile verna refleksija društvene realnosti i prihvatanja ovakvih zajednica ili se samo radi o po-

materinstvo“ punoletnih žena,⁵⁷ odnosno pravo na porodicu. Činjenica da je odsustvo oca samo privremena budući da je uspostavljanje očinstva kasnije moguće, ne umanjuje utisak da je u pitanju jedno diskriminatorско rešenje u odnosu na muškarce. Zakon Srbije se i ne trudi da ovo prikrije, kao što je to slučaj u uporednom pravu, korišćenjem rodno neutralnih izraza „sama osoba“. ⁵⁸ Sami muškarci ne mogu biti korisnici biomedicinske oplodnje budući da bi to bilo moguće jedino putem surogat materinstva, što je, ne samo u Srbiji, zabranjeno. ⁵⁹

Očinstvo muškarca koji je donirao svoje oplodne ćelije ne može se utvrđivati, budući da je njegova anonimnost zagarantovana. Ovakav stav se obično pravda sa dva argumenta: s jedne strane poštovanjem njegovog prava na privatni život, i drugo, postoji bojazan da bi suprotan stav značajno smanjio broj davalaca. Očigledno da se ovo pitanje uglavnom analizira sa stanovišta interesa nameravanih roditelja, a manje sa stanovišta prava deteta da zna svoje poreklo.

Prema Zakonu materinstvo ovako rođenog deteta se utvrđuje jednostavno. Majka je žena koja je dete rodila zahvaljujući potpomognutoj oplodnji. Ovakvo ustanovljeno materinstvo ne može biti osporavano. U matične knjige biće ubeleženo kao dete rođeno van braka.

Normiranjem biomedicinske oplodnje žena koje žive same otvara se mogućnost njenog korišćenja za “sve i svašta”, što pogoduje stvaranju jednog novog “prava na dete”.⁶⁰ Ovim se otvara potreba izmene zakonodavstva Republike Srbije, pre svega u domenu utvrđivanja porekla rođenog deteta. Prema postojećim pravilima, videli smo, u slučaju biomedicinske oplodnje, korišćenjem darovanih reproduktivnih ćelija, poreklo deteta se uspostavlja na isti način (materinstvo) ili sličan način (očinstvo) kao da je rođeno iz odnosa dva lica koja su u braku ili vanbračnoj zajednici. Ovakvo, očigledno falsikovanje istine o poreklu deteta, nije do sada izazivalo neki veći problem budući da je služilo svojoj svrsi, odnosno, bilo je koherentno u očima trećih lica i deteta.⁶¹ Međutim, otvaranjem mogućnosti biomedicinske oplodnje samih žena ova se koherentnost gubi, što nužno vodi ka potrebi uspostavljanja novih pravila za utvrđivanje porekla rođene dece.⁶² Osim, naravno, ako se u ovom slučaju ne primene

trebi stvaranja slike o dostignućima na planu zaštite prava i sloboda. Tako se realnost kreira, umesto da ona bude kreator.

57 Nanclares Valle, J., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne*, u: *Les incidences de la biomédecine sur la parenté...*, 84

58 Goubau, D., *Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue*, u: *Les incidences de la biomédecine sur la parenté...*, 229.

59 V. čl. 49. st. 1. t. 18 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji

60 Ponjavić, Z., *Postoji li „pravo na dete“*, Pravni život, br. 10, Beograd, 2019, 85–102.

61 Grand, *op.cit.*, 13.

62 Oko ovog pitanja se u Francuskoj vode žučne debate. Naime, u zakonskoj proceduri se nalazi Projekat zakona koji se tiče bioetike. Njime se predviđa mogućnost korišćenja potpomognute oplodnje od strane dve žene i od strane žene koja živi sama. U pogledu utvrđivanja porekla deteta u ovom slučaju postoje različiti stavovi između Narodne skupštine i Senata. Prema predlogu Skupštine poreklo deteta se zasniva priznanjem žene koja živi sama datim pred notarom, da je majka deteta, dok Senat zagovara primenu klasičnih pravila utvrđivanja porekla deteta rođenog prirodnim putem. Videti: Kalogirou, M., *Le lien génétique entre deux personnes en droit de la filiation : réalité factuelle, réalité juridique ?*, *La Revue des droits de l'homme* : <http://journals.openedition.org/revdh/9763>. (07.04.2021). Prema poslednjim informacijama od 3. februara 2021. godine Senat se konačno izjasnio protiv uvođenja ove oplodnje za žene koje žive same i za lezbijske parove. <https://sante.journaldesfemmes.fr/>

pravila koja važe za usvojenje. Ispravnije se ipak čini stvaranje specifičnih pravila koja bi bila bliža biološkoj istini kod uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa.⁶³ U razrešavanju ovih dilema mogu nam poslužiti iskustva drugih, evropskih zemalja, koja su otvorila vrata oplodnji samih žena, a neka od njih i istopolnim parovima.⁶⁴ Prema tome, pored postojeća dva načina uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa dece rođene u braku ili vanbračnoj zajednici i usvojenja, dobro bi bilo razmisliti o stvaranju trećeg načina za decu rođenu od samih žena. Alternativa stvaranju novih pravila mogu biti i postojeća koja se primenjuju u slučaju rađanja deteta bez utvrđenog očinstva. U ovom slučaju u aktu o rođenju upisuje se samo majka a rubrika o očinstvu može biti popunjena naknadno priznanjem očinstva od strane muškarca. Sve ovo zahvaljujući činjenici da se biološko očinstvo tom prilikom ne utvrđuje i da lažna priznanja nisu retkost.⁶⁵

Pored ovoga nameće se i potreba izmene pravila o anonimnosti davaoca oplodnih ćelija, normirana porodičnim zakonodavstvom.⁶⁶ Ono je reafirmisano i odredbama Zakona, pre svega čl.36.⁶⁷ Prema njemu davalac, kome je zagarantovana anonimnost, nema prava i obaveze prema detetu koje se rodi na ovaj način. Sve do sada zadržavanje pravila o anonimnosti davaoca služilo je, pored ostalog, da se veštačka oplodnja poistoveti sa prirodnom. A dete koje se tako rodi smatrano je kao rođeno na “prirodan” način, a ne kao u slučaju usvojenja, zasnovano na volji. Paradoks ove oplodnje leži u činjenici da se biološko poreklo može utvrditi prema davaocu sa sigurnošću a ipak se pribegava pretpostavci, biološki netačnoj, potvrđujući da roditeljski (srodnički) odnos nije pravna transkripcija biološke stvarnosti. Otvaranje mogućnosti biomedicinske oplodnje samih žena menja ovu sliku. Nije više moguće zadržati fikciju o prirodnom začecu deteta iz jednostavnog razloga što sama žena ne može “prirodno” začeti, bez intervencije nekog muškarca. Njegova intervencija, darivanje, više ne može ostati tajna. Ovo mora dovesti do ukidanja glavnog opravdanja za održavanje principa anonimnosti, a samim tim i do uspostavljanja prava na pristup nečijem poreklu, što se uklapa u stalna nastojanja da se obezbedi

[fiches-sexo-gyneco/2540198-pma-procreation-medicalement-assistee-pour-toutes-senat-loi-bioethique-france-definition-pays/](https://www.fiches-sexo-gyneco/2540198-pma-procreation-medicalement-assistee-pour-toutes-senat-loi-bioethique-france-definition-pays/)

63 Tako se u francuskoj doktrini predlaže jedno spocifično *sui generis* rešenje samo za uspostavljanje srodstva u slučaju rađanja deteta kada su uključena treća lica. Predlaže se napuštanje pseudo-prirodnog uspostavljanja srodstva, i sklapanje ugovora o poreklu, između svih uključenih lica: heteroseksualnog, homoseksualnog para, žena koje žive same sa davaocima oplodnih ćelija, embriona. Na osnovu ove „prethodne izjave o roditeljstvu“ uspostavljalo bi se poreklo deteta. Irène Thery , I., Leroyer,A-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*,162. [http://www.justice.gouv.fr/include _htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite2014.pdf](http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite2014.pdf) (17.04.2021).

64 To je slučaj, primera radi, sa Španijom i Belgijom.

65 Ponjavić,Z., *Priznanje očinstva*, Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, (ur. Bejatović Stanko). Kragujevac, 2010, 251–272

66 Porodični zakon, čl. 58. st. 5.

67 Dete začeto BMPO postupkom, reproduktivnim ćelijama davaoca, ima pravo da iz medicinskih razloga traži od Uprave za biomedicinu podatke iz državnog registra, koji se odnose na davaoca reproduktivnih ćelija, kada navrši 15 godina i kada je sposobno za rasuđivanje. Pravo se odnosi na podatke od medicinskog značaja za dete, njegovog budućeg supružnika i njihovo potomstvo. U nekim zakonodavstvima anonimnost davaoca je dodatno zaštićena i krivičnim zakonodavstvom. Tako je čl. 511 (10) Krivičnog zakona Francuske predviđeno kažnjavanje onog ko otkrije informacije o ličnosti ili paru koji je darovao reproduktivne ćelije. Predviđa se kazna od dve godine zatvora i 30 hiljada eura

pravo deteta da sazna svoje poreklo garantovano čl. 7. Konvencije o pravima deteta. Pravo na saznanje porekla je prema mišljenju Suda u Strazburu obuhvaćeno i čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima.⁶⁸ S druge strane, na ovaj način bi se neizostavno otvorila druga pitanja teško pomirljiva sa ovakvim rešenjem. Pre svega, ona koja se tiču prava na ljudsko dostojanstvo i principa zabrane raspolaganja ljudskim telom, koje ne može biti predmet ugovora. Anonimnost davaoca je garantija nemogućnosti raspolaganja ljudskim telom čime se sprečava njegova komercijalizacija.⁶⁹ Ona je zaštićena i konvencijskim pravom na poštovanje privatnog života (čl. 8, Evropske konvencije o ljudskim pravima), čime se obezbeđuje pravo davalaca da sačuva svoj identitet, kao i pravo roditelja da ne otkriju način na koji je njihovo dete začeto.

4. Zaključak

Kada se radi o uticaju biomedicine na srodstvo treba odmah reći da bi interes deteta morao biti glavna preokupacija zakonodavca. Taj uticaj je sasvim logičan kada je u pitanju homologna oplodnja, dok se u slučaju heterologne oplodnje pojavljuju rešenja potpuno iznenađujuća (!).

Sporazum supružnika, odnosno vanbračnih partnera, je odlučujući za zasnivanje poreklo deteta rođenog uz potpomognuto oplođenje prema roditeljima. Roditeljski projekat, sporazum, se tako pojavljuje kao nova osnova porekla deteta u pravu Republike Srbije. Zasnivajući poreklo deteta rođenog uz potpomognutu oplodnju na supremaciji volje u odnosu na biologiju, jedno lice postaje roditelj deteta zato što tako hoće a ne zato što ga je začeo.

Široko omogućen pristup postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje izgleda da je u skladu sa evolucijom porodičnih modela i društva, generalno. Treba ipak biti obazriv i mudar budući da zahtevi za ostvarivanjem želja u ovom domenu može potencijalno dovesti do destabilizacije i sukoba subjektivnih prava ako se pređe sa logike „prava deteta“ na logiku „prava na dete“. Može doći do konflikta, primera radi, prava davalaca da ostanu anonimni i prava deteta da zna svoje poreklo. Činjenica je da neka rešenja zakonodavstva Republike Srbije idu u pravcu priznanja „prava na dete“, pored toga što su diskriminatorska, zanemaruje i uloga oca što može ugroziti fizičku i psihičku ravnotežu deteta. S druge strane, o interesu deteta se ne vodi računa kada se insistira na anonimnosti donora oplodnih ćelija ili omogućava oplodnja žena koje žive same.

Zahtevi za korišćenjem različitih medicinskih tehnika se ispostavljaju na bazi individualnih prava i zadržavajuće je samo što se glavni argument oslanja na jednakost u pravima, na nediskriminaciji. Međutim, ispostavljanje ovih zahteva za više jednakosti iz ugla moguće diskriminacije ne pomaže u izboru pravih rešenja. Od momenta kada su odbačene prirodne razlike između ljudi sa pretenzijom društva da ih ublaže, čovek više ne nalazi granice svojih želja.

Pri svemu ovome, kada se govori u uticaju biomedicine na srodstvo, primetno je u pravu Srbije, ali i u evrpskim zakonodavstvima, da su interesi dece slabije zaštićeni. Biomedicina omogućava da se odgovori na zahteve odraslih ali se pri tome

68 CEDH, Cour (Grande Chambre), Odièvre c. France, 13.02. 2003, predstavka 42326/98.

69 Grand, C., *L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires*, 51, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02061603/document> (23.02.2020).

nedovoljno odmeravaju njene posledice na život deteta koje će se roditi. Ako se želi njihova bolja zaštita onda medicinske tehnike moraju biti u službi dobrobiti buduće dece , bar onoliko koliko su danas u službi parova i lica koje ga zahtevaju.

THE EFFECT OF BIOMEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION ON KINSHIP

Summary: Primary kinship relationship between parents and children is the concept the entire family law is built on. Soon it will become the only institute that guarantees the permanence and continuity of family relations, although it is also subject of constant changes. This is the consequence of social changes, but also the result of the increased number of cases of medically assisted reproduction. It is not just a medical response to infertility problems, but it also represents the right to make personal choices. Hence, it is interested to question medical, psychological, social, ethical and, before all, legal consequences of this procedure on kinship relationship.

The law needs to be modified to the extent whether the use of medically assisted procreation allows the intervention involving one or more third parties taking into consideration that there is the splitting of genetic, biological and social data that may affect the child. It should be analyzed what is the legal response to various questions related to the above mentioned problem and determine whether the system established by the legislator is adequate.

Development of new reproductive techniques has led to raising doubts about the exclusively bilateral model of kinship relationship (an individual may have only one father and one mother of different sex) and the idea that legally established kinship (related by blood) should be as closer to nature as possible. Here is also important to underline the ambivalent nature of the impact of new forms of reproduction on the standard model of kinship taking into account the current state of these techniques, as well as the existence of new, still unrecognized forms, whose formal acceptance is being requested.

Key words: kinship, assisted reproduction, maternity, paternity, single women