

Сандра Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ ПОСТХУМНЕ ОПЛОДЊЕ¹

Сажетак: Могућности замрзавања генетског материјала, односно стварања ембриона *in vitro*, довело је нових облика асистираних репродукција. Наиме, данас је могуће генетски материјал употребити у циљу добијања деце и после смрти лица од које потичу. Овакав поступак изазива доста етичких и правних питања, на која морамо одговорити водећи се најбољим интересом деце. Различити су мотиви који код преживелог партера стварају жељу да употребити замрзнути материјал, што ипак може утицати на добробит деце. Како би се у што већој мери сиречиле неетичке последице постхумне оплодње, овај поступак треба дозволити само изузетно, уз испуњење одређених, стриктно постављених услова.

Кључне речи: постхумна оплодња, најбољи интерес деце, родитељство.

1. Уводна разматрања

Жеља за стварањем биолошког потомства, постоји одувек и заједничка је за све културе, религије и социјалне слојеве.² Примери се могу пронаћи и у Библији, а у данашње време, напредовање у области науке и медицине, омогућило је замрзавање ембриона, односно гамета и тиме довело до нових облика асистираних репродукција. Од када је света, познате су ситуације у којој се деца рађају након смрти оца. Међутим, сада је могуће да се

¹ Рад је посвећен пројекту бр. 179079 „Биомедицина, заштита животне средине и право“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

² Abraham Benschushan and Joseph G.Schenker, The right to an heir in the era of assisted reproduction, Human Reproduction vol.13 no.5 p.1407–1410, 1998

деца роде и након смрти мајке, односно да буду зачета након смрти оца.³ Замрзавање семених ћелија је добило на значају када су 1953. године научници *Bunge* и *Sherman*, доказали да људске семене ћелије могу бити замрзнуте, а затим поново употребљене за потребе оплодње након одмрзавања и да се на тај начин рађају здрава деца.⁴ Убрзо након тога, ова техника широко је коришћена од стране лица која су се подвргавала хемотерапији, како би на тај начин сачували своје семене ћелије за каснију употребу, у случају неплодности, до које би могло доћи као нежељене последице дејства хемотерапије. Ову могућност почели су да користе и мушкарци који се, свесни ризика свог посла, одлучују да замрзну свој генетски материјал у случају незгода.⁵ Поред могућности употребе замрзнутог генетског материјала након смрти лица од ког потичу, данас је могуће и узимање генетског материјала од лица након његове смрти у року од 24 сата.⁶ Такође, оног момента када су створени услови за стварање ембриона *in vitro* постало је могуће и њихово замрзавање за будуће потребе, те се тако овај поступак спроводи готово исто колико и замрзавање семених ћелија.

Што се тиче замрзавања, односно касније употребе јајних ћелија, овај поступак се релативно ретко обавља, с обзиром на смањен квалитет јајних ћелија након одмрзавања, као и због могућих злоупотреба до којих може доћи, односно због опасности од експлоатације жена, али и због малог броја деце рођене на овај начин, па се не може са сигурношћу рећи, као што је то могуће у случају употребе замрзнутих семених ћелија, односно ембриона, да ли употреба таквих јајних ћелија може утицати на здравље деце.⁷

Употреба генетског материјала, након смрти лица од којег потичу, поставља пред себе низ правних и моралних питања. Да ли постхумну оплодњу уопште треба дозволити, чак и када постоји пристанак лица од ког генетски материјал потиче? Како регулисати односе тако рођеног детета и његовог преминулог родитеља? Имају ли они нека наследна права?

На ова питања донекле, одговор можемо наћи у судској пракси, али и у законодавствима појединих држава које ово питање регулишу.

³ Bioethics and the Law, Janet L. DolginJack and Freda Dicker, Distinguished Professor of Health Care Law Hofstra University School of Law, Lois L. Shepherd Center for Biomedical Ethics and Humanities Professor of Law Associate Professor, Public Health Sciences University of Virginia

⁴ Abraham Benschushan and Joseph G. Schenker, *op.cit.* p. 1407.

⁵ Олга Цвејић Јанчић, *Зачеће уз помоћ медицине и права детета*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2-3, јануар-фебруар 1992, стр. 87.

⁶ *Ibidem*; Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, *Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050–3053*, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

⁷ Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, *Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050–3053*, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

2. Могући случајеви постхумне оплодње

Иако се у досадашњој судској пракси појавило само неколико случајева који су се односили на питање постхумне оплодње, па самим тим довели пуно контроверзних и дискутабилних питања, чини се да ће се број таквих случајева у будућности само повећати с обзиром на могућност замрзавања генетског материјала, као и постојање техника за добијања оплодних ћелија и након смрти.

На самом почетку, неопходно би било направити разлику између неколико могућих ситуација постхумне оплодње.

Најпре, ситуација у којој је пар већ био укључен у поступак вантеле-сне оплодње, те постоје замрзнути ембриони, односно оплодне ћелије и када постоји јасан пристанак партнера, да у случају смрти једног од њих преживели партнер има право да искористи замрзнути генетски материјал у циљу добијања потомства. У том случају постоји јасан пристанак партнера за поступак постхумне оплодње. Овај случај представља једну јасну ситуацију, која не ствара тешкорешива питања, наравно, под претпоставком да је постхумна оплодња дозвољена.

Други случај постоји када се партнери приликом приступања техникама асистираних репродукције, не изјасне по питању постхумне оплодње, али је у самом поступку замрзнут њихов генетски материјал. У том случају, преживели партнер може тражити да му се омогући даље коришћење замрзнутог материјала за потребе постхумне оплодње.

Трећи и четврти случај постхумне оплодње представљају најдискутабилније ситуације, које изазивају и највише опречних ставова, из разлога што се ради о осетљивим питањима на која је тешко дати један коначан одговор. То су наине ситуације у којима не постоји претходно замрзнут генетски материјал, него преживели партнер захтева узимање оплодних ћелија од умрлог партнера након смрти.

Тако је могућа је ситуација у којој постоји медицинска документација или неке друге поуздане индиције које упућују на то да је пар током живота изразио јасну жељу за добијање потомства, али је са друге стране могућ и случај где се постојање такве жеље доказује само тврдњама преживелог партнера, што наравно представља мање поуздан доказ.

Постхумна оплодња, због своје несвакидашње природе, може на први моменат у други план ставити нека правна питања која су од изузетне важности, као што је питање постојања добровољног пристанка на употребу генетског материјала након смрти, односно питање оправданости и дозвољености вађења генетског материјала након смрти мушкарца уколико не постоји његова претходно дата сагласност. Колико год се чинило да због крајњег исхода, односно рођења детета након смрти мушкарца, ова два

случаја за собом носе исте правне импликације, разлике између ова два поступка итекако су велике.⁸

3. Приказ судске праксе у области постхумне оплодње

3.1. Случај *Hecht v. Superior Court (Kane)*

Дозволити имплементацију ембриона, односно коришћење оплодних ћелија преминулог партнера, уколико је за живота дата сагласност за тако нешто, чини се да не изазива веће дилеме, уколико домаће законодавство то дозвољава.

*Hecht v. Superior Court (Kane)*⁹ представља случај у судској пракси Калифорније, где је постојала јасна намера и жеља господина *Kane* да његове семене ћелије буду искоришћене од стране његове девојке, госпођице *Hecht* након његове смрти. Штавише, разлог због којег је он у опште и оставио свој материјал у банци сперме, био је тај што је намеравао да изврши самоубиство, што је и учинио. У тестаменту који је оставио иза себе, господин *Kane* део своје имовине оставио је и госпођици *Hecht*, мада је највећи део припао његовој деци из првог брака.

Иако је овде постојала јасна намера лица о чијим оплодним ћелијама је реч, госпођица *Hecht* морала је да се обрати судовима како би могла да искористи замрзнути генетски материјал, с обзиром да је банка сперме у којој је материјал чуван, одбила да преда замрзнуте семене ћелије. Једно од битнијих питања које се поставило током овог суђења било је и начин третирања оплодних ћелија, односно треба ли их третирати као део имовине господина *Kane* и сходно томе да ли са њима треба поступити као са преосталим делом заоставштине (односно право одлучивања о судбини замрзнутог генетског материјала доделити деци која су имала право на 80% заоставштине) или оплодне ћелије представљају посебну категорију која се не може поистоветити са имовином и у том случају поступити са њима онако како је то господин *Kane* захтевао. Првостепени суд је ипак донео пресуду којом је наредио уништавање ових ћелија. Разлог за такву пресуду био је и захтев двоје деце господина *Kane* из претходног брака, која су тврдила да се употребом семених ћелија и рађањем детета након смрти њиховог оца, долази до узнемиравања породичних односа, као и до додатних емоционалних, психолошких и финансијских стресова.

Виши суд је, међутим, ослањајући се на пресуду у случају *Parpalax*, донео одлуку којом је дозволио употребу семених ћелија и на тај начин

⁸ R D Orr, M Siegler, Is Posthumous Semen Retrieval Ethically Permissible?, *J Med Ethics* 2002;28: p. 299-302 doi:10.1136/jme.28.5.299.

⁹ *Hecht v. Superior Court (Kane)* (1993) 16 Cal.App.4th 836, 20 Cal.Rptr.2d 275.

рођење заједничког детета господина *Kanea* и његове девојке, истичући да генетски материјал представља посебан облик имовине и да начин његове употребе зависи искључиво од воље и намере особе од које потиче.

На први поглед се чини да коначна одлука суда не захтева даљи коментар, односно да је то једино правилно решење. Међутим, поједини аутори истакли су да је госпођица *Hecht* у својој намери да роди дете након смрти свог партнера, првенствено била вођена успоменама и сећањима која су је везивала за господина *Kanea* и њихов заједнички живот. За њу је дете могло да представља продужење њихове везе.

Али дете које је резултат оваквог „поклона“ неће имати успомене којих може да се сећа, нити могућност да успостави нову везу са својим генетским оцем. Иако овакви случајеви где постоји јасан пристанак лица на употребу њиховог генетског материјала и након смрти стварају најмање проблема, неки аутори сматрају да није у реду према детету да буде зачето као резултат љубавних сећања или просте размене „поклона“.¹⁰

3.2. *Случај Parpalaix v. France*

Поводом другог случаја, када не постоји претходно дата сагласност за постхумну употребу оплодних ћелија, односно ембриона, не постоји јединствен став да ли преживелом партнеру треба омогућити наставак поступка или не. Уколико се такав поступак не дозволи, поставља се питање ко онда има право да одлучи о њиховој судбини. Да ли се клинике могу сматрати овлашћеним да униште генетски материјал, уколико се преживели супружник томе противи? Према појединим ауторима¹¹, одлука о употреби генетског материјала зависи од тога да ли преживели партнер има имовинско или квази-имовинско право располагања над тим материјалом. У том случају предност у одлучивању има преживели партнер, чак и уколико се то противи жељама умрлог партнера.¹² Чини се ипак да овакав став превише одлази у крајност, односно да је неопходно у одређеној мери поштовати жеље лица од кога материјал потиче, уколико су оне за живота изражене.

Познат случај у француској судској пракси који се тицао управо овог питања јесте случај *Parpalaix v. France*.¹³ У француском закону је изричито предвиђено да мушкарац и жена који чине супружнички или ванбрачни пар морају бити живи у тренутку имплантације. Осим тога, предвиђено је

¹⁰ Shuster Evelyne, „The Posthumous Gift of Life: the World According to Kane“, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 1999 Spring, 15(2):401-23.

¹¹ John A. Robertson, Posthumous Reproduction, 69 *Indiana Law Journal*, 1027-65 (1994).

¹² *Ibidem*.

¹³ Abraham Benshushan and Joseph G.Schenker, *op.cit.* p. 1409..

да треба да буду у годинама када су способни за рађање, морају се претходно сагласити за трансфер ембриона или инсеминацију, и бити венчани или у стању да докажу свој заједнички живот у трајању од најмање две године.¹⁴ У поменутом случају, господину *Parpalaix* је констатован канцера тестиса, те је он плашећи се да ће изгубити репродуктивну моћ, пре него што се подвргао операцији, своје оплодне ћелије депоновао у банку сперме, која је уједно била и истраживачки центар, тзв. CECOS (*Centres d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme*). Како операција није била успешна, након смрти господина *Parpalaix*, његова супруга *Corinne* тражила је од директора овог центра да јој се на располагање ставе оплодне ћелије њеног преминулог супруга како би могла да их искористи за потребе репродукције. Њен захтев је међутим одбијен, јер, како је истакнуто, чињеница да је господин *Parpalaix* желео да сачува своје семене ћелије, не значи да је тиме истовремено изражена жеља и пристанак да се његово дете роди постхумно. Како није постојала јасна сагласност за тако нешто, не постоји обавеза овог центра да преда семене ћелије његовој супрузи. Поред тога, како се истакло, семене ћелије представљају генетски материјал, али и „невидљиви део тела“ који се не може дистрибуирати без јасних инструкција депозитара.¹⁵ Са друге стране госпођа *Parpalaix* је тврдила да је једина намера њеног супруга била да је учини мајком његовог детета и да ниједан други разлог не може објаснити због чега је он предао своје семене ћелије у банку. Она је даље истакла да се одбијањем њеног захтева с једне стране не поштују жеље њеног супруга, а са друге њено право на рађање.

Случај је напослетку изнет пред *Tribunal de Grande Instance de Creteil*, који је одлуку донео у корист госпође *Parpalaix*. У пресуди се истиче да *намера* господина *Parpalaix* да сачува своје оплодне ћелије како би касније могле бити употребљене у сврху репродукције, због које је и закључен уговор са CECOS, обавезује ову установу да оплодне ћелије врати ономе коме су намењене, односно жени господина *Parpalaix*.¹⁶

Суд је истакао да се ово фундаментално право мора заштити и да оно не може бити предмет уговора, те да о судбини оплодних ћелија треба да одлуче лица од којих потичу. Из тог разлога, суд је даље навео да је жеља господина *Parpalaix* да своју супругу учини мајком заједничке деце била недвосмислена ако не и апсолутна.

¹⁴ Гордана Ковачек Станић, *Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник матице српске за друштвене науке, свеска 131, 2010. стр. 426.

¹⁵ Abraham Benshushan and Joseph G.Schenker, *op.cit.* p. 1409.

¹⁶ Derek J. Jones, *Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France*, *The American Journal of Comparative Law*, 01/02/1988; 36(3):525-545.

Интересантно је да се суд није упуштао у расправљање о исправности асистираних репродукције у оваквим околностима, нити о питању средства детета које би било рођено у овом случају.¹⁷

У даљем образложењу наводи се да би банка сперме могла да одбије овакав захтев, само уколико је лице које предаје своје оплодне ћелије било претходно обавештено да након смрти неће бити могућа употреба тих ћелија. Како такво обавештење није дато, суд је закључио да је SECOS обавезан да семене ћелије преда госпођи *Parpalaix*.

Оно што је суд такође истакао, јесте да одлучујући извор права у овом случају мора бити уговор који је SECOS закључио са господином *Parpalaix*, истичући да је неприхватљиво позивати се на Грађански законик, с обзиром да оплодне ћелије не представљају *сйвар у йромейту*, нити на Закон о трансплантацији органа, с обзиром да се не ради о органима или ткивима.

Чак и у ситуацијама када су партнери током живота замрзнули свој генетски материјал, али при том нису дали пристанак и на њихову употребу након смрти, не може се наћи довољно јако оправдање да се такав материјал увек искористи. То не значи да та лица сигурно не би дала свој пристанак, али жеља да се постане родитељ током живота, не говори много о њиховим ставовима у погледу постхумне оплодње.¹⁸

3.3. Случај *Diane Blood*

Највише дилема међутим, изазива трећи и четврти случај, када замрзнути генетски материјал не постоји, већ се након смрти (или њене извесности) постави захтев за добијање оплодних ћелија, како би оне биле употребљене за потребе оплодње. Чини се неморалним, па самим тим и неприхватљивим чинити било шта на особи која је умрла, уколико не постоји њен пристанак дат за живота. Па ипак, то није спречило бројна лица да се и без постојања такве сагласности обратe судовима, али и да добију позитиван коначни исход.

Најпознатији случај свакако је случај *Diane Blood* који је постао познат јавности након што су медији даноноћно пратили поступак, јасно изражавајући наклоност према госпођи *Blood*, која је након што је њен супруг пао у кому и након што је постало јасно да до опоравка неће доћи, успела да добије семене ћелије путем метода електроејакулације, али јој касније, на њен захтев, није дозвољено коришћење тих ћелија за потребе оплодње. Наиме, како је истакнуто, узимање семених ћелија од господина

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ L. Cannold, Who owns a dead men's sperm?, *J Med Ethics* 2004;30:386 doi:10.1136/jme.2003.004853.

Blood док се он налазио у коматозном стању, без могућности да да свој пристанак, представљало је недозвољену радњу, те би и употреба тако добијених ћелија представљала кршење одредби Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији према којима је постхумна оплодња могућа само ако је претходно дат пристанак за тако нешто. Иако се на први поглед чинило да је ситуација јасна, односно да би се дозвољавањем оплодње само продужио низ забрањених радњи, крајњи исход случаја говори супротно. Након што је њен захтев одбијен од стране Агенције за хуману фертилизацију и ембриологију, случај је завршио пред судовима, који су напослетку дозволили госпођи *Blood* да генетски материјал изнесе из земље и поступак оплодње изврши у другој држави. Након што је суд донео одлуку, оплодња госпође *Blood* је успешно извршена у Белгији, а после 3 године поступак је поновљен још једном, тако да је сада госпођа *Blood* мајка два дечака.

Овај случај, као и претходно два поменута, подстичу на разматрање неколико битних етичких питања, која се могу јавити у случајевима постхумне оплодње.

Најпре, елемент који се сматра најбитнијим у случају постхумне оплодње јесте постојање пристанка. Као и код било ког медицинског захвата, слободан пристанак који је могуће повући, представља принцип који је универзално прихваћен и на којем се темељи медицинска етика.¹⁹ Лечење зависи пра свега од воље онога кога се тиче. Захтевањем постојања сагласности изражава се поштовање аутономије његове личности, односно његовог права самоодређења у односу на тело.²⁰ У случајевима када пацијент није у стању да изрази свој пристанак, могуће је извршити одређене захвате ако је то неопходно ради очувања живота пацијента.²¹ То међутим, није случај када се ради о постхумној оплодњи. Циљ оваквог поступка, у случајевима када не постоји сагласност преминулог партнера, јесте стварање користи само за оно лице које захтева да поступак буде извршен.²²

У случају *Diane Blood* не само да није постојао пристанак њеног супруга, већ се и сама његова намера и жеља за потомством утврђивала само на основу исказа његове супруге, што озбиљно доводи у питање допуштено овог поступка.

¹⁹ Ruth Deech and Anna Smajdor, „From IVF to Immortality, Controversy in the Era of Reproductive Technology“, Oxford University Press 2007, p. 103.

²⁰ Ненад Ђурђевић, *Форма изражавања пристанка пацијента на лечење*, Актуелни медицински проблеми, Центар за правна истраживања, Београд, 1996.

²¹ Видети члан 6 Закона о потврђивању конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: конвенција о људским правима и биомедицини ("Сл. Гласник РС - Међународни уговори", бр. 12/2010)

²² R D Orr, M Siegler, *op. cit.* p. 301.

Управо овај случај представљао један од кључних случајева у судској пракси Уједињеног Краљевства који су представљали правне изазове у тумачењу Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији. Након тога, Закон је експлицитно увео правило да је постхумна оплодња могућа *искључиво* уз постојање сагласности дате за живота која није повучена, а овакво правило прихватила су и нека друга законодавства. У Закону се наводи још и да се мушкарац, од кога потиче генетски материјал, мора сагласити да приликом регистрације детета које је рођено на овај начин, буде означен као отац детета. Пристанак који мушкарац даје за постхумну оплодњу, може се односити и на ембрионе који су настали донираним семеним ћелијама. Наиме, могуће је да женин партнер да сагласност да се и након његове смрти имплементирају тако настали ембриона, а да се приликом регистрације детета он наведе као отац.²³

Међутим, таква сагласност, даје се приликом самог започињања поступка асиситиране репродукције, када се партнери могу изјаснити у погледу тога да ли желе да њихове оплодне ћелије буду искоришћене од стране другог партнера у случају њихове смрти. Чињеница да се сагласност даје у случајевима када се парови подвргавају поступцима БМПО, повлачи за собом следеће питање, а то је да ли постхумну оплодњу треба дозволити и оним партнерима који се не сусрећу са проблемом неплодности, као што је то случај са госпођом *Blood*. У том случају, мења се концепт и сврха БМПО, јер се тиме поступци асистиране репродукције више не сматрају терапијским поступком, већ једноставно додатним путем пут да се оствари право на репродукцију. Овакав концепт не би требало прихватити, јер су могуће апсурдне ситуације каквих је и раније било, а то је да поступак захтевају и жене које на тај начин желе да сачувају своју невиност, односно да дете роде безгрешно.

4. Најбољи интерес детета

Употреба генетског материјала након смрти лица од којих потичу у први план поставља и питање да ли је такав поступак у најбољем интересу детета. Наиме, чак и када постоји писмени пристанак и када се ради о пару који се суочавао са проблемом неплодности, оправданост овог поступка се ипак може довести у питање. Немогућност успостављања односа родитељ – дете, као и чињеница да се дете лишава права да има оба родитеља, може представљати велику штету за дете.²⁴ С обзиром да се ради о поступку ко-

²³ Видети члан 39 и 40 Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији Уједињеног Краљевства (текст закона на енглеском језику доступан је на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, сајт посећен 10.12.2013.)

²⁴ Shuster Evelyne, *op. cit.* p.414.

ји је постао могућ тек од скоро, не постоје поуздани подаци о евентуалним негативним последицама оваквог зачећа по децу, али се чини да расправу о добробити детета не треба остављати за неки каснији моменат и надати се да он можда неће ни доћи. Сваки појединачан случај, захтева пажљиву анализу свих аспеката који могу утицати на дете.

Можда је претеран став да постхумна оплодња одваја децу од родитеља и да представља деструктивну праксу која руши смисао родитељства,²⁵ али свакако је неопходно омогућити деци живот са оба родитеља кад год је то могуће и кад год о томе не одлучује само судбина.

Поред тога, постоји опасност да ће се деца када сазнају истину о начину свог зачећа, односно рођења, осећати стигматизовано, односно сматрати да им је на тај начин нанета неправда. Међутим, како нема довољно података о утицају оваквог поступка на добробит детета, не бисмо могли то прихватити као фактор због којег овакав поступак не би требало дозволити.

Говорећи о постхумној оплодњи, нарочиту пажњу заслужује и случај употребе генетског материјала од стране мушкарца. У том случају, неопходно је учешће сурогат мајке, јер преживели партнер нема другу могућност, осим да замрзнуте јајне ћелије, односно ембрионе искористи уз помоћ жене у коју ће они бити имплементиран. На овај начин, може доћи до стварања конфузије код тако рођеног детета у погледу тога кога ће сматрати мајком. Са једне стране употребљен је материјал његове биолошке мајке која више није жива, а са друге, трудноћу је изнела жена која према детету нема никакве обавезе.

Међутим, оно што мора бити од пресудног значаја приликом доношења одлуке да ли дозволити постхумну употребу генетског материјала, јесу мотиви преживелог партнера. Наиме, врло често, они, у тако рођеној деци, могу видети замену, односно попуњавање празнине која је наступила након смрти њиховог партнера. Из тог разлога, од велике је важности предвидети обавезно психо-социјално саветовање које ће обезбедити да деца буду рођена из правих побуда. Такође, врло је битно установити одређени рок, такозвани период чекања, који би морао да протекне након смрти једног партнера, пре него што би преживели партнер могао да искористи његов генетски материјал, како такви поступци не би били резултат јаким емоција, односно уздрманог психичког стања. Уз то, сматрамо да је правилно решење, према којем управо само преживели партнер има право да одлучи о употреби замрзнутог материјала, а не и остала лица, као што су родитељи умрлог, који су врло често веома упорни у настојању да се роди дете у којем ће они видети продужетак живота свог умрлог детета.

²⁵ *Ibidem.*

Са друге стране, можемо упоредити случај постхумне оплодње и оплодње путем донираног материјала, а у смислу најбољег интереса детета. Већина законодавстава дозвољава хетерологну оплодњу, односно оплодњу путем донираног материјала. За сада, мањи је број оних који прихватају решење према којем донор не сме остати анониман, односно према којем се у потпуности удовољава праву детета на сазнање порекла. У тим државама, дете има право на сазнање ограниченог круга информација о донору. Тако рођена деца, никада не могу сазнати ко је њихов биолошки родитељ, за разлику од деце која су зачета, односно рођена након смрти свог биолошког родитеља, и која ту могућност имају. Можемо закључити да, уколико покушавамо да заштитимо најбољи интерес детета, постхумна оплодња не доноси више штете него хетерологна оплодња, која је широко прихваћена, нарочито имајући у виду да је у неким државама омогућена употреба донираног материјала и женама без партнера. У тим случајевима, дете свакако одраста само уз једног родитеља, али заувек ускраћено за право да сазна идентитет другог родитеља.

5. Упоредноправни приказ

Већина земаља не дозвољава имплантацију ембриона после смрти супруга или ванбрачног партнера, нити инсеминацију семеном лица које више није живо.²⁶ Поједине државе су у своје законодавство унеле одредбе којим регулишу ово питање. Издвојићемо три европске државе које дозвољавају постхумну оплодњу уз испуњење одређених услова, а након тога приказати и законодавно решење Србије.

Према Закону о хуманој фетилизацији и ембриологији **Уједињеног Краљевства**, наводи се да мушкарац може дати *писмену сагласност* на имплементацију ембриона насталих од његових семених ћелија и након његове смрти и то како оних ембриона који су настали за његовог живота, тако и оних који су уз помоћ његових семених ћелија створени након његове смрти. Неопходно је и да ова сагласност једном дата није повучена. У овом случају, мушкарац који је дао сагласност биће означен као отац детета за потребе регистрације рођења.

Поред наведених услова које закон поставља, неопходно је и да се жена са тим сагласи у року од 42 дана (односно 21 дан у Шкотској) од рођења детета. Ова одредба се примењује без обзира да ли су ембриони или гамети имплементирани у жену у Уједињеном Краљевству или ван његових граница.

Слично правило предвиђено је и у члану 40 када се ради о употреби донираних семених ћелија. Уколико се жена налазила у браку у време на-

²⁶ Гордана Ковачек Станић, нав. дело, стр. 426.

станака ембриона донираним семеним ћелијама, али њен супруг не доживи моменат имплементације ембриона, жена га може, за потребе регистрације рођења, означити оцем детета, уколико је за живота, њен супруг дао сагласност за то.

Уколико се, међутим, они не налазе у браку, неопходно је постојање посебне писмене сагласности оба партнера (предвиђене чланом 36) којом они пристају да се мушкарац значи као отац детета и у случају оплодње жене након његове смрти. Поред ове сагласности неопходно је и да сам поступак оплодње буде извршен у клиникама које за то имају дозволу.

У случајевима када до оплодње жене дође након смрти њене партнерке, Закон предвиђа иста правила која се односе на оплодњу жене путем дониране сперме након смрти њеног мужа, а која се тичу уписа партнера за потребе регистрације рођења. Уколико, међутим, партнерство није било регистровано, закон онда упућује на правила која се у истој ситуацији примењују на хетеросексуалне парове који нису били у браку.

Оно што је важно напоменути, јесте да се мушкарац у овом случају неће сматрати оцем детета са свим импликацијама које очинство носи. Наиме, правило које је предвиђено чланом 39 односи се само на потребе *регистрације рођења* и представља ограничено одступање од овог правила. У том случају, омогућено је само да се приликом регистрације детета, наведе име оца, али сва остала права која би дете иначе имало према свом оцу (као што је право наслеђивања) у овом случају су искључена.

Ова могућност уведена је још 2000. године на инсистирање великог броја жена које су децу родиле на овај начин, а затим биле онемогућене да свог преминулог партнера означе као оца, иако су самом поступку приступили заједно.

Према законодавству **Белгије**, уколико су оба партнера у уговору изричито пристала на постхумну оплодњу, ембриони могу бити употребљени након смрти једног од партнера. Једини услов је да поступак не буде извршен пре истека рока од 6 месеци након смрти, нити након истека 2 године.²⁷ Рок од 6 месеци заснован је на жељи да се избегну брзоплете и емоцијама вођене одлуке, али и на емпиријском искуству да велики број удовица неколико месеци након смрти свог партнера одустаје од овакве идеје.

Међутим, ова одредба може довести до великих правних проблема. Онако како је формулисана, она је неутрална по питању пола. Како било, сурогат материнство није регулисано у Белгији, а према важећем закону, жена која роди дете сматра се мајком детета. Све ово може довести до

²⁷ Видети члан 16 Закона о медицински асистираној репродукцији и располагању сувишним ембрионима и гаметима Белгије (PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes).

крајње необичне ситуације, уколико би мушкарац затражио од клинике имплементацију ембриона у сурогат мајку, након смрти његове партнерке.

Када се ради о постхумној оплодњи замрзнутим гаметима, закон само укратко наводи да је такав поступак дозвољен, опет у временском оквиру који је предвиђен и за употребу ембриона.²⁸ Иако ово тренутно не ствара неке посебне проблеме, с обзиром на то да се јајне ћелије ретко замрзавају, могло би довести до неједнаког положаја мушкараца чије су партнерке замрзнуле јајне ћелије.

Према закону **Шпаније**, не може се утврђивати очинство, нити се успостављати било каква друга правна веза између детета које је зачето путем асистираних репродукције и мушкараца који је преминуо, уколико његов генетски материјал није био имплементиран у тело жене пре његове смрти. Међутим, партнер жене може за живота дати пристанак да његов генетски материјал буде употребљен у року од 12 месеци након његове смрти.²⁹ У том случају, за утврђивање очинства, примењиваће се иста правила као када се ради о брачном очинству. Овај пристанак који је могуће опозвати у било ком моменту, сматраће се прихватљивим само ако је преживели партнер претходно већ био подвргнут поступку асистираних репродукције и да је пре смрти некад покушан ембрио трансфер.

У **Србији**, област асистираних репродукција је регулисана Законом о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње.³⁰ У наведеном закону постоје извесне нејасноће, јер, како се наводи у члану 5, услов да би поступак БМПО било могуће извести неопходно је да у време примене поступака постоји заједница живота између супружника или ванбрачних партнера, из чега би се могло закључити да оплодња после смрти супруга или ванбрачног партнера није дозвољена. Међутим, у чл. 58(4), наводи се да је могућ писмени пристанак лица од кога потичу репродуктивне ћелије (у складу са овим законом, односно на основу теста-мента) за употребу његових ћелија и после његове смрти, те можемо закључити да се ради о очигледном пропусту законодавца да на јасан начин регулише ово питање.³¹ Што се тиче употребе репродуктивних ћелија до-

²⁸ Видети члан 44 и 45 Закона о медицински асистираној репродукцији и располагању сувишним ембрионима и гаметима Белгије (PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/1-20070706-pma.pdf> сајт посећен 11.12.2013.)

²⁹ Члан 9 Шпанског закона о хуманој репродукцији (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, <http://sid.usal.es/leyes/discapacidad/9282/3-1-2/ley-14-2006-de-26-de-mayo-sobre-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida.aspx> сајт посећен 11.12.2013.)

³⁰ Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, "Сл. гласник РС", бр. 72/2009.

³¹ Гордана Ковачек Станић, нав. дело, стр. 429.

нора, у члану 53 (3) истиче се да је изузетно, дозвољено употребљавати репродуктивне ћелије донора, ако је за живота дат писмени пристанак да се после његове смрти могу користити у поступку БМПО.

Уколико бисмо се одлучили, да по питању постхумне оплодње, прихватимо члан 58, односно да занемаримо захтев из члана 5 који захтева да у време примене поступака постоји заједница живота између супружника или ванбрачних партнера, могли бисмо закључити да у том случају, питање материнства односно очинства, треба решавати имајући у виду одредбе којима се ово питање регулише у редовним околностима, односно када су оба партнера жива.

Тако, када говоримо о материнству, у случају употребе замрзнутих јајних ћелија, не јављају се недоумице, јер право Србије забрањује сурогат материнство. Одредбама о материнству, Породични закон није створио услове за примену сурогат материнства, а Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења ову праксу изричито забрањује.³² У Породичном закону постоји експлицитна одредба да је мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ жена која га је родила. Законодавац је дао примат чињеници ношења и рађања детета у односу на генетско порекло.³³ У складу са наведеним, жена која искористи замрзнуте јајне ћелије, сматраће се мајком детета, а жена од које потичу јајне ћелије имаће статус донора, који као такав, нема никаква права и обавезе према детету.³⁴ У овом случају, наравно, мора постојати јасан пристанак жене од које потичу јајне ћелије за употребу гамета након њене смрти.

У преднацрту Грађанског законика Србије, предвиђа се постојање праксе сурогат материнства. Међутим, у Преднацрту се не помиње могућност да услуге сурогат мајке користи мушкарац без партнерке. Наиме, само брачни, односно ванбрачни партнери и, у случају постојања нарочито оправданих разлога, жена која сама живи, могу закључити уговор са сурогат мајком.³⁵ На основу овога, можемо закључити да након смрти жене, њен партнер неће бити у могућности да замрзнути материјал искористи како би добио дете, приликом чије регистрације би и он и његова премићнула партнерка били назначени као родитељи.

³² Гордана Ковачек Станић, Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и србији, Становништво, бр. 1, 2013, стр. 12.

³³ *Ibidem*

³⁴ Видети члан 65 Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, "Сл. гласник РС", бр. 72/2009.

³⁵ Више о сурогат материнству у европским законодавствима, али и о одредбама Нацрта грађанског законика Србије, видети у: Гордана Ковачек Станић, Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и србији, Становништво, бр. 1, 2013, стр. 1-21.

Када се ради о употреби замрзнутих семених ћелија након смрти мушкарца, применићемо одредбу Закона о лечењу неплодности, у којој се наводи да је отац детета које је зачето поступком БМПО, супружник, односно ванбрачни партнер мајке детета под условом да је дао писмени приста-нак за обављање поступка БМПО са својим семеним ћелијама.³⁶ Међутим, оно што остаје нејасно, јесте какво дејство ће имати упис тог лица као оца, односно да ли то подразумева и признавање наследног права детета према оцу и, уколико подразумева, на који начин применити правила наслеђивања. Како ово питање код нас није регулисано, можемо само анализирати законодавства оних држава која имају решење за ово питање.³⁷ Један од предлога у случају решавање наследних права постхумно зачете деце, јесте да та деца морају бити рођена у року од пет година од смрти лица, чији је генетски материјал употребљен. Оваквим решењем се пружа заштита и деци, али и осталим наследницима, који морају знати од ког момента могу слободно располагати наслеђеним добрима.³⁸

6. Завршна разматрања

Постхумна оплодња представља изузетност, која је постала могућа напредовањем у науци и која омогућава нешто, што је до скоро било непојмљиво. Због своје неуобичајености, али и не тако честе примене, склони смо да на тај поступак гледамо са подозрењем, односно у страху какву би он могућу штету могао да нанесе. Али о евентуалној штети можемо говорити само у погледу тако рођеног детета. Чини се међутим, да за сада не постоје поуздани докази који би ишли у прилог томе да постхумну оплодњу не треба дозволити. Овај поступак не доноси више штете него неки други поступци, рецимо оплодња путем донираног материјала. Међутим, сматрамо да изузетност овог поступка захтева да се он обавља само уз испуњење одређених услова.

Након разматрања различитих ситуација у којима може доћи до постхумне оплодње, могли бисмо закључити да би такав поступак требало дозволити у оним ситуацијама када постоји јасан пристанак лица о постхумној употреби замрзнутог генетског материјала. Поред тога, било би по-

³⁶ Видети члан 66 Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, "Сл. гласник РС", бр. 72/2009.

³⁷ О начину правног регулисања наследноправног положаја деце зачете постхумном оплодњом у савременим законодавствима Европе, односно света, као и о ставовима судске праксе по питању законских наследних права деце зачете овим путем видети више у: Видић Јелена, Постхумна оплодња и њена наследноправна дејства, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2011, вол. 45, бр. 3, стр. 553-566.

³⁸ Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050–3053, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

жељно установити одређени период чекања, који би морао да протекне пре него што се приступи постхумној оплодњи уз истовремену обавезу психосоцијалног саветовања. Такође, да ли ће замрзнут генетски материјал бити искоришћен, мора зависити искључиво од жеље преживелог партнера, никако од трећих лица, пре свега од родитеља умрлог. Уколико се преживели партнер противи таквој употреби, замрзнути генетски материјал би требало уништити или донирати у научноистраживачке сврхе.

Са друге стране, уколико не постоји писмени пристанак у погледу постхумне употребе замрзнутог генетског материјала, требало би направити разлику у односу на замрзнуте ембрионе и замрзнуте оплодне ћелије.

Наиме, у случају када се ради о оплодним ћелијама, непостојање пристанка требало би да онемогући њихову употребу. Како је већ истакнуто, жеља за потомством, која је постојала током живота не говори са сигурношћу да се под тим подразумева и рођење деце постхумно. Никако не би био прихватљив такозвани модел *opt-out*, односно модел претпостављене сагласности, према којем постоји оборива правна претпоставка, да су сва лица сагласна са поступком постхумне оплодње, осим уколико су се томе изричито успротивила за живота.

Међутим, када се ради о ембрионима, уколико законодавство не садржи експлицитну забрану о постхумној оплодњи, требало би поштовати одлуку преживелог партнера.³⁹

На крају, не видимо оправдање за постхумно вађење оплодних ћелија. Постхумна оплодња представља изузетак и како такву је треба и третирати. Дозволити је у сваком случају, озбиљно би пољуљала вредности у области репродукције, које не могу бити сведене само на корист оног лица које жели да се оствари као родитељ.

³⁹ John A. Robertson, *op. cit.* p.1049.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Family Law Issues in the Case of Posthumous Reproduction

***Abstract:** The possibility of freezing genetic material and the production of embryos in vitro, has create the possibility of new forms of assisted reproduction. In fact, today it is possible to use genetic material and get children after the death of the person from whom the genetic material originates. This procedure causes a lot of ethical and legal questions that must be answered always bearing in mind the best interest of the child. There are various reasons that create the desire to surviving partner to use frozen materials, and that reasons can certainly affect the well-being of the child. In order to prevent negative effects of post-mortem fertilization as far as possible, this procedure should be allowed only in exceptional cases, upon the fulfillment of certain, strict set of conditions.*

***Key words:** posthumous reproduction, the best interests of the child, parentage.*

