

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

КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ АСИСТИРАНЕ РЕПРОДУКЦИЈЕ У СРБИЈИ

Сажетак: Бројни недостаци Закона о лечењу неплодности женома биомедицински потпомаћу оштрине крунисани су одредбама којима се предвиђају кривична дела. Посава се ишање моћности и резултата примене ових норми с обзиром на њихову номотехнику, језик, квалификоване облике, казнене расоне, ие имајући у виду преклапања са појединим прекршајима из истога Закона. Храброст законисца да на споредна враћа уведе ова кривична дела запрећена изузетно високим казнама зашвора доводи у ишање моћности осшваривања кривичноправне зашшиише у овој изузетно осешливој сфери.

Кључне речи: потпомаћу оштрине, кривична дела, прекршаји

Дуги низ година, Србија се сусреће са негативним природним прираштајем, чије последице су потпуно нестајање мањих села и гашење све већег броја школа чије клупе остају празне. Желећи да промени овакву слику Србија је предузела одређене кораке како би мотивисала супружнике, односно ванбрачне партнере да планирају своју породицу у позитивном правцу. У том смислу постоји низ стратешких докумената који одређују одређење Републике Србије ка подстицању рађања¹, што се даље обезбеђује разрадом у одређеним законима који садрже стимулативне одредбе, као што су Закон о раду², Закон о финансијској подршци породици са де-

¹ Стратегија подстицања рађања ("Сл. гласник РС", бр. 13/2008); Одлука о доношењу програма демографског развоја Аутономне Покрајине Војводине са мерама за његово спровођење ("Сл. лист АП Војводине", бр. 3/2005)

² чл. 94 и 94а Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013)

цом³ те Закон о пензијском и инвалидском осигурању⁴ и др. Остаје питање колико ове мере у пракси заиста доприносе циљу због ког су уведене.⁵

1. *Genesis*⁶

Радост зачећа и концепт прокреације веома је заступљен и у старом и у новом завету. И више од тога, библијски текстови познају неплодност⁷, побачај⁸ као и насилни прекид трудноће⁹, па чак и сурогат материнство¹⁰. За тему којом се овде бавимо нарочито је интересантно место у Књизи пророка Исаије на коме се помиње да ће „девица затруднети“¹¹. Иако је језички могуће тумачење да ће жена као девица ући у полни однос у коме ће остати у другом стању, овде ипак назиремо концепт оплодње без полног односа. Потврду ове идеје, а за нас овде значајног концепта зачећа без полног односа, несумњиво налазимо у Јеванђељу по Матеју¹² и зачећу Исуса Христа.

³ Закон о финансијској подршци породици са децом (*"Сл. гласник РС"*, бр. 16/2002, 115/2005 и 107/2009)

⁴ чл. 60 Закона о пензијском и инвалидском осигурању (*"Сл. гласник РС"*, бр. 34/2003, 64/2004 - одлука УСРС, 84/2004 - др. закон, 85/2005, 101/2005 - др. закон, 63/2006 - одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013 и 108/2013); више вид. Ковачек Станић, Г. 2010, *Породично право: партерско, деце и сипарителско право*, стр. 42-43.

⁵ више о томе: Самаршић, Сандра 2011, "Популациона политика, планирање породице – постојеће тенденције и могућа решења", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, стр. 715-735.

⁶ наслов Прве књиге Мојсијеве или Постања

⁷ Прва нероткиња коју помиње библијски текст јесте Сара, жена Аврамова (1 Мој 11,30). Интересантно је да се неплодност повезује са вољом Господа, одакле се може закључити да су њени узроци одувек били недовољно познати; вид. овде фн. 10.

⁸ (2 Мој 23, 26); После неког времена људи из града рекли су Јелисију: „Господару, град је на добром положају, као што и сам видиш, али је вода лоша и узрокује побачаје у земљи.“ (2 цар 2,19); (Пс 58, 8); (Ос 9,14)

⁹ нпр. (2 цар 15, 16); (Ос 13, 16); (Ам 1, 13)

¹⁰ У вези са неплодношћу Саре, жене Аврамове аутори налазе зачетак идеје сурогат материнства: „2 Зато је Сара рекла Авраму: „Молим те, послушај ме. Господ ме је учинио нероткињом. Молим те, лези с мојом слушкињом. Можда ћу преко ње добити децу.“ И Аврам је послушао Сарин глас. 4 Тако је он легао са Агаром и она је затруднела... 15 Тако је Агара родила Авраму сина... 16 Аврам је имао осамдесет и шест година кад му је Агара родила Исмаила.“ (1 Мој 16) тако: Ковачек Станић, Г. 2013, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета - сурогат материнство у упоредном Европском праву и Србији“, *Сипановништво*, бр. 1, фн. 3, стр. 2

¹¹(Ис 7, 14)

¹² 23, „Ево девица ће зачети и родиће сина, и даће му име Емануел“, што значи „Бог је с нама“. 24 Кад се Јосиф пробудио из сна, учини како му је Господњи анђеолова заповедио и узео Марију да му буде жена, 25 али није с њом спавао док није родила свог прворођеног сина. И даде му име Исус. (Мт 1, 23-25)

За парове који своју жељу за потомством не могу да остваре природним путем, а усвојење им не представља прихватљиву опцију, једина могућност јесте приступање техникама асистираних репродукција. Доста дуго, ова област је у Србији била нерегулисана па је отуда могло доћи до великих злоупотреба. Ипак, поједине одредбе Породичног закона¹³ односе се на ову област. Тачније, овај закон регулише ко ће се сматрати мајком, а ко оцем у случају поступка асистираних репродукција. Такође, закон регулише и када је дозвољено оспоравање материнства и очинства, као и ко има право да покрене ове поступке.¹⁴ Међутим, то је само веома мали сегмент питања из области асистираних репродукција које је регулисао ПЗ. Велики простор дуго времена био је ван законске регулативе, а ситуација у којој не постоји закон који ће забранити, односно дозволити одређене поступке, представља велики ризик, како за појединца тако и за друштво у целини.

Биомедицински потпомогнуто оплођење (БМПО) намеће веома различита правна питања. Једно од њих односи се на то која лица имају право на ове поступке, односно која лица могу бити субјекти ових поступака, затим да ли је дозвољено коришћење генетског материјала донора и ако јесте, под којим условима¹⁵, те да ли донори имају право на неки вид накнаде. Од великог значаја је регулисати и питање дозвољености сурогат материнства, затим начина на који се поступак обавља, односно да ли се и у каквој форми даје пристанак лица која намеравају да се подвргну поступку БМПО. На први поглед можда мање значајно, али ипак од велике важности јесу и питања дозвољености јавног оглашавања, односно рекламирања у области асистираних репродукција, трговине генетским материјалом и сл.

Имајући то у виду значај поменутих и многих других повезаних питања, у Србији је 2009. године донет Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње.¹⁶ Дуго очекивани закон, међутим, није донео дуго очекивана добра решења. Закон садржи доста контрадикторности и нејасноћа, неке ситуације су регулисане више пута на различите начине, док неке одредбе могу довести до апсурдних ситуација, у којима се највише штете наноси детету, односно плоду.¹⁷

¹³ Породични закон ("Сл. Гласник РС", бр. 18/2005 и 72/2011 - др. закон), у даљем тексту: ПЗ

¹⁴ чланови 57 и 58 ПЗ

¹⁵ Ковачек Станић, Г. 2010. „Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима“, *Зборник мајнице српске за друшћивене науке*, свеска 131, година 2010. 415-430

¹⁶ Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње („Службени Гласник РС“, бр. 72/2009), у даљем тексту: Закон или Закон о БМПО

¹⁷ Тако, одредбе које регулишу питања која су првобитно била регулисана Породичним законом, а тичу се утврђивања и оспоравања материнства и очинства, садрже решења

Закон је подељен у 14 поглавља, и то: основне одредбе, начела поступка БМПО, организација здравствених установа које обављају поступке БМПО, поступак лечења неплодности, поступак са репродуктивним ћелијама донора и раним ембрионима, забрањене активности, чување семених ћелија, неоплођених јајних ћелија и раних ембриона, научноистраживачки рад, медицинска документација и евиденција, очинство и материнство лица зачетих путем БМПО, надлежност управе за биомедицину у поступцима БМПО, надзор, казнене одредбе, прелазне и завршне одредбе.

Нагласак овог рада настојали смо ставити на казнене одредбе Закона, али пре тога сматрамо да је неопходно претходно појаснити поједина решења.

2. Основне контуре нормативног оквира за прописивање кривичних дела у области биомедицински потпомогнуте оплодње

Законом о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења уређују се услови, начин и поступак лечења неплодности код жена и мушкараца поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења као и надзор и надлежности државне управе у овој области, а све ради зачећа детета.

Члан 24 Закона одређује да је циљ поступка биомедицински потпомогнуте оплодње рађање детета, и истовремено забрањује започињање поступка ради спровођења научних истраживања на ембриону. Закон даље предвиђа да је са семеним и јајним ћелијама, те раним ембрионима потребно поступати на такав начин да, у складу са достигнућима медицинске науке и праксе, дође до зачећа и рађања детета.¹⁸

Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње пре свега регулише који су то поступци БМПО дозвољени, наводећи:

- 1) унутар телесно оплођење, и то:
 - а) уношење семених ћелија у полне органе жене,
 - б) уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жене;
- 2) вантелесно оплођење, и то:
 - а) спајање јајних и семених ћелија изван тела жене,

које могу довести до тога да дете остане без правног оца или мајке. Уколико бисмо желели да ипак применимо одредбе Породичног закона, који је ову област регулисао потпуно исправно, били бисмо спречени чланом 2 Закона о лечењу неплодности где се наводи да ако је лечење неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења на друкчији начин уређено другим законом примењују се одредбе овог закона и прописа донетих за спровођење овог закона.

¹⁸ члан 25 Закона

б) преношење раног ембриона у тело жене.¹⁹

Такође, Закон дозвољава и употребу донираног генетског материјала, односно употребу донираних јајних или семених ћелија, док у погледу употребе донираних ембриона (што представља истовремену употребу донираних јајних и семених ћелија) закон садржи нејасноћу.

Наиме, Закон изричито предвиђа да је забрањено поклањање људских ембриона у поступку БМПО²⁰, да би нешто затим²¹ омогућио да овлашћена здравствена установа, односно банка ћелија и ткива, након истека рока од пет, односно десет година, од почетка чувања оплодних ћелија односно раних ембриона, дужна да од лица од кога потичу репродуктивне ћелије, односно неупотребљени рани ембриони писмено захтева изјашњавање о даљем поступању са репродуктивним ћелијама, односно неупотребљеним раним ембрионима, где се као могуће решење наводи и донирање за поступак БМПО за друге парове. Овде се ради о очигледном пропусту законодавца да у коначној редакцији текста доследно да примат једном од решења, а која су потпуно супротна једно другом.²²

Сви поступци БМПО обављају се са циљем рађања детета и забрањено је започињање поступака БМПО ради спровођења научних истраживања на ембрионима, односно стварање ембриона *in vitro* искључиво ради научноистраживачког рада.²³ Истраживање се дозвољава само на оним раним ембрионима који нису одговарајућег квалитета за преношење у тело жене или за чување, као и на оним ембрионима који би се морали пустити да умру. Такође, неопходан је заједнички писмени приставак супружника, односно ванбрачних партнера који се подвргавају поступку БМПО.²⁴

Међутим остаје нејасна одредба која предвиђа да након истека рока од пет, односно десет година, од почетка чувања оплодних ћелија односно раних ембриона, лица од кога потичу репродуктивне ћелије, односно неупотребљени рани ембриони могу да се изјасне да замрзнути генетски материјал желе да донирају у научноистраживачке сврхе. Уколико је истраживање могуће вршити само на ембрионима који „нису одговарајућег квалитета за чување“, како онда Закон предвиђа могућност употребе у научноистраживачке сврхе замрзнутих ембриона који су евидентно били одговара-

¹⁹ члан 23 Закона

²⁰ члан 56 став 1 тачка 16 Закона

²¹ члан 58 став 6 Закона

²² Ковачек Станић, Г. 2010. „Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима“, *Зборник Мајнице српске за друшћивене науке*, бр. 131, стр. 427.

²³ члан 24 Закона

²⁴ вид. члан 60 и 58 став 6 Закона о БМПО

јућег квалитета за „чување“? Између поменутих норми веома је тешко утврдити којој би требало дати предност. Остаје само једно прилично неприхватљиво тумачење да су рани ембриони након истека поменутог времена чувања изгубили одговарајући квалитет за преносење у тело жене, а нису за даље чување или би се морали пустити да умру²⁵ [sic!].

Да би се било који поступак БМПО извео, потребан је писмени пристанак свих лица која се подвргавају поступку, а пристанак се даје посебно за свако извођење поступка и може се опозвати у писменој форми све док се семене ћелије, неоплођене јајне ћелије или рани ембриони не унесу у тело жене.²⁶

Забрањено је нуђење, односно донирање репродуктивних ћелија, односно ембриона ради стицања имовинске или било које друге користи. Истим чланом забрањује се *трговина* репродуктивним ћелијама, односно ембрионима, као и употреба репродуктивних ћелија, односно ембриона до којих се дошло *трговином* у поступку БМПО. Такође Закон изричито забрањује посредовање у нуђењу, донирању, односно трговини репродуктивним ћелијама, односно ембрионима ради стицања имовинске или било које друге користи.²⁷

Забрањено је рекламирати, односно оглашавати потребу за репродуктивним ћелијама жене и мушкарца, односно донирање репродуктивних ћелија, са или без нуђења, односно давања новчане накнаде или друге материјалне или нематеријалне користи. Такође Закон забрањује и оглашавање, односно рекламирање здравствених установа и здравствених радника који обављају поступак БМПО, као и банака ћелија и ткива у средствима јавног информисања, као и на другим носиоцима огласних порука, односно на било који други начин.²⁸

Осим управо поменутих, поједине значајне одредбе Закона биће анализирани уз саме казнене одредбе. Пре преласка на сама кривична дела према Закону о БМПО подсетићемо на нека основна питања заштите живота у кривичном праву, а нарочито питање момента почетка живота које је од пресудног значаја за кривичноправну заштиту ембриона.

3. Неки аспекти кривичноправне заштите живота (у настајању)

Заштита живота у кривичном праву одступа од три основне карактеристике кривичног права. Тако се за разлику од акцесорног, фрагментар-

²⁵ занимљиво је да законодавац овде експлицитно раним ембрионима даје статус „живих“

²⁶ члан 37 Закона

²⁷ члан 28 Закона

²⁸ Члан 29 Закона

ног и супсидијарног карактера кривичноправне реакције на повреду добра, животу пружа самостална, целовита и примарна заштита.²⁹

Неприкосновеност људског живота прокламована је Уставом Републике Србије³⁰, који осим што искључује постојање смртне казне изричито забрањује и клонирање људских бића.³¹ Заснована непосредно на уставном начелу кривичноправна заштита обухвата живот од његовог почетка до самог краја. Иако наизглед јасна, ова истинита тврдња оставља значајан простор за тумачење како у погледу момента од ког можемо рећи да живот постоји, које је овде од примарног значаја за нас, тако такође и у вези са тренутком престанка живота.

Чини се да је моменат смрти прилично прецизно одређен у области медицине, те да право закључке ове науке може преузети без преиспитивања. Иако је наступање мождане смрти човека неспојиво са појмом живота, ипак то неће решити бројне дилеме које пред кривично право израћају у вези са моментом смрти. Социјално-етичка основа кривичног права, па и права уопште, медицински приступ види као исувише упрошћен и недовољан за решавање кривичноправних недоумица. Сложеност живота као појаве потребно је сагледати у пуној мери, иако ипак не бисмо смели себи дозволити веће удаљавање од природног схватања живота односно смрти. Нарочито, тиме не бисмо ни на који начин смели ширити простор за лишавање живота само на основу каквог квалитативног суда о (не)вредности живота неког лица. Релативно једноставна питања као што су престанак којих то функција представља тренутак смрти остављају и превише простора за озбиљне научне расправе, да и не помињемо високо сложена питања живота који „није вредан живљења“ која надилазе капацитете правне науке и траже простор у окриљу сложених филозофско-етичких расправа.³²

Моменат започињања порођаја, обављао се он природним путем или тзв. царским резом, наравно под условом да је дете живо рођено, без обзира на квалитет таквог живота³³ моменат је од ког живот човека потпуно неспорно ужива кривичноправну заштиту. Одређење тренутка почетка живота није од пресудног значаја утолико пре што је нашим кривичним правом ин-

²⁹ Стојановић, З, Перић О. 2009, *Кривично право – посебни део*, стр. 5

³⁰ члан 24 Устава Републике Србије (*"Сл. гласник РС"*, бр. 98/2006)

³¹ вид. члан 252 став 2 Кривичног Законика (*"Сл. гласник РС"*, бр. 85/2005, 88/2005 - исцр., 107/2005 - исцр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013)

³² У вези са поменутиим питањима вид. изузетан чланак Дракић, Д. 2013, „Кривично-правна заштита права на живот који није вредан живљења“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2013, стр. 229-244

³³ тако. Стојановић, З, Перић О. 2009, *op.cit.*, стр. 7; као и А.Schönke, Н.Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 27. Auflage, Verlag С.Н.Beck, München 2006, s.1772-1780 цитирано према Дракић, Д. 2013, *op.cit.*, стр. 241.

криминисан и недозвољени прекид трудноће³⁴, а одговор на питање када људски живот почиње значајан је због разграничења недозвољеног прекида трудноће од кривичних дела којима се штити живот већ рођеног човека.

На основу Устава³⁵ Законом о поступку прекида трудноће у здравственој уставној³⁶ прецизирају се услови под којима је дозвољено прекинути трудноћу и спречити настанак живота. Имајући у виду ове изузетке, поље заштите људског живота тиме се шири и пре самог његовог почетка, узимајући у окриље кривичног права још нерођени заметак односно фетус, као ентитет који представља тек могућност живота.

Законским условима под којима је дозвољен абортус³⁷ описује се простор ван кога је *недозвољен прекид трудноће*, чиме се испуњава садржај бланкетног дела норме којом се прописује истоимено кривично дело. Према одредбама овог закона прекид трудноће до десете недеље је потпуно слободан, уз општи услов да се прекид трудноће не може извршити када се утврди да би се њиме теже нарушило здравље или угрозио живот жене.³⁸ Из овога произилази да до десете недеље постојања живот у настајању није видљив кроз призму кривичног права, и да може бити објект кривичноправне заштите само уколико би његово одстрањивање из тела жене могло теже угрозити њено здравље или живот. Дакле, до тог момента ембрион није објект кривичноправне заштите већ ствар одлуке жене која га носи у својој утроби, а до активирања кривичноправне заштите би евентуално могло доћи када би прекид трудноће могао теже нарушити здравље или угрозити живот жене.

Живот тако посредно кроз заштиту људског ембриона и његову нераскидиву повезаност у овом периоду за живот и здравље мајке ужива кривичноправну заштиту тек након десете недеље од момента зачећа.

Након десете недеље па до самог краја трудноће и даље је могућ њен законит прекид уз одобрење конзилијума лекара, односно етичког одбора уколико постоји најмање један од три предвиђена разлога: 1) када се на основу медицинских индикација утврди да се на други начин не може спасити живот или отклонити тешко нарушавање здравља жене; 2) када се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће се дете родити са тешким телесним или душевним недостацима; 3) када је до зачећа дошло извршењем кривичног дела (силовање, обљуба над немоћним лицем,

³⁴ чл. 120 Кривичног законика Републике Србије (*"Сл. гласник РС"*, бр. 85/2005, 88/2005 - *испр.*, 107/2005 - *испр.*, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013)

³⁵ чл. 63 став 1 Устава Републике Србије (*"Сл. гласник РС"*, бр. 98/2006).

³⁶ *"Сл. гласник РС"*, бр. 16/95 и 101/2005 - *др. закон*

³⁷ Закон о поступку прекида трудноће у здравственој уставној (*"Сл. гласник РС"*, бр. 16/95 и 101/2005 - *др. закон*)

³⁸ чл. 6 и чл. 3 Закона о поступку прекида трудноће у здравственој уставној

обљуба над малолетним лицем, обљуба злоупотребом положаја, завођење и родоскрнављење).³⁹ Отуда можемо констатовати да иако се животу у виду ембриона старог више од десет недеља пружа одређена кривичноправна заштита у случају када дође до прекида трудноће без неког од прописаних услова, разлози који ће прекид учинити дозвољеним односно искључити постојање дела се претежно односе на заштиту живота и здравља жене и одређених социјалних аспеката, док се само један, еугенични услов⁴⁰ односи на сам живот у настајању.

Фантастични напредак медицине и са њом повезаних наука омогућио је остварење жеље за родитељством и лицима која нису могла да добију дете природним путем. Дугогодишњим истраживањима која су омогућила напредак у области *in vitro* фертилизације, проблем неплодности који је осим медицинског добио и свој друштвени аспект, постао је решив. Нарочит значај напредовања у лечењу неплодности дошао је до изражаја у вези са чињеницом да је у многим земљама, па тако и код нас, бела куга постала демографски тренд. Али како сваки корак унапред истовремено пружа могућност да се злоупотребом најновијих достигнућа оде и неколико корака уназад, постојање регулативе које би такву могућност спречиле и осигурале безбедну примену најновијих достигнућа представља неминовност. Иако то може бити тежак и комплексан посао, свако пасивно држање може имати далеко негативније и опасније последице.⁴¹

Заговорници смо сваког начина којим се број рођене деце у Србији, и шире од тога, у српском народу уопште, повећава. У том смислу, уз изнете напомене о неприкосновеном значају живота као вредности у кривичном праву, сматрамо да област асистираних репродукција у којој људски живот представља основну вредност, и који се, и више од тога, ствара у поступку БМПО, тим пре заслужује озбиљну кривичноправну заштиту.

4. Кривична дела у области биомедицински потпомогнуте оплодње

Иако је област асистираних репродукција од високог друштвеног значаја тешко можемо рећи да кривичне одредбе у Закону о БМПО одражавају овакав став законописца, а нарочито не његову посвећеност да удахне живот озбиљној кривичноправној заштити добара у поступцима биомеди-

³⁹ За потребе овог рада сматрамо непотребним улазити у практичне проблеме могућности благовременог утврђивања трећег услова уз деловање претпоставке невиности, нити анахроно и некоректно називље дела, из нејасног разлога таксативно набројаних, као кривичних.

⁴⁰ Самарџић, Сандра 2011, *op.cit.*, стр. 729, тако и: Ковачек Станић, Г. 2010, *op.cit.*, стр. 39

⁴¹ Јосић, Сандра 2010. *Субјектни њосијуика in vitro фертилизације у ујоредном ѡраву и њихов ѡравни ѡложај*, завршни рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду

цински потпомогнуте оплодње. Чини нам се да, мада то на први поглед изгледа парадоксално, управо у кривичним нормама у Закону о БМПО долази до изражаја закључак да лоше и хипертрофирано кривично право може да буде штетније од никаквог кривичног права.⁴²

Закон о БМПО предвиђа три кривична дела. Иако не можемо оспорити да законодавац заиста има у виду три битно различита кривична дела, идентични квалификовани облици, као и идентичне запрећене казне код свих облика свих кривичних дела, у потпуности изједначавају друштвени значај односно опасност ови понашања. Осим што су радње сваког појединачног кривичног дела прописане алтернативно са великим бројем прилично различитих радњи извршења, ова три кривична дела се и између себе ипак тешко могу изједначити по тежини, што је законодавац учинио прописујући идентичне казнене распоне за све облике сваког од ова три кривична дела.

Даље, сматрамо да се поједине радње извршења унутар сваког од ових кривичних дела не могу међусобно изједначити, а могући простор за корекцију ове недоследности можемо пронаћи евентуално у казним распонима. Унеколико смислено решење које би се могло изнаћи тумачењем ових норми налаже да би код појединих радњи које по природи представљају веома удаљене нападе на заштићено добро ниског интензитета требало тежити посебном минимуму, док би код неких других, *шежих* радњи по аутоматизму вукле запрећену казну ка посебном максимуму. Иако могуће и дозвољено, овакво тумачење ипак сматрамо тешко прихватљивим, јер би се на тај начин смањило домашај одмеравања и индивидуализације казне на основу отежавајућих и олакшавајућих околности у сваком конкретном случају.

Сва три кривична дела су неименована, но покушаћемо ближе одредити њихову суштину. На овај начин бисмо евентуално могли донекле расветлити њихову природу и утрти пут ка њиховој кривичноправној рецензији, пре него што бисмо их са адекватним називима пренели у основно кривично законодавство.

4.1 Члан 71

Првим кривичним делом из члана 71 Закона, пре свега пружа се заштита одредби члана 28 Закона којом се забрањује стицање користи од поступка БМПО. Постојање накнаде за сваку од предвиђених радњи извршења, односно њен комерцијални карактер, било да се то изричито захтевао обележје бића кривичног дела или произилази из природе саме ин-

⁴² Стојановић, З. 2011, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич*, бр. 1-2, стр. 29

криминисане радње, заједнички је именитељ свих прописаних радњи извршења овог кривичног дела.⁴³

Први облик подразумева давање репродуктивног материјала уз накнаду ради поступка БМПО. Како се захтева да се давање врши *уз накнаду* под ову радњу не може се подвести поклањање репродуктивних ћелија или ембриона. Тумачећи значење глагола којим се предвиђају могуће радње извршења овог кривичног дела, остаје нејасно зашто законописац осим *давања уз накнаду* наводи и *продају* као радњу извршења. У границама нашег познавања српског језика, ова два израза представљају синониме. Имајући у виду да Закон изричито предвиђа забрану поклањања људских ембриона у поступку БМПО⁴⁴ могли бисмо помислити да је кршење ове норме наш законописац предвидео као прекршај. Па ипак, анализом одредбе Закона којом су прописани прекршаји⁴⁵ долазимо до супротног закључка. Наиме, на месту на коме као прекршаје предвиђа кршења члана 56 Закона којим се прописују забрањене активности у поступку БМПО, изостављене су свега четири тачке⁴⁶ од којих су три предвиђене као кривична дела, а да при том поклањање људских ембриона у поступку БМПО није предвиђено ни као прекршај. Сматрамо да ово представља пропуст законодавца те да уколико *давање без накнаде* односно поклањање репродуктивног материјала није довољно друштвено опасно да би било инкриминисано као кривично дело, свакако би требало бити предвиђено барем као прекршај. На овај начин, иако изричито, забрана поклањања људских ембриона практично остаје без санкције.

Анализом поменутих прекршајних одредаба наилазимо на још једну занимљиву ситуацију. Закон као једну од могућих радњи извршења кривичног дела из члана 71 предвиђа и *нуђење* својих или туђих репродуктив-

⁴³ Тако, ово кривично дело познаје десет могућих, алтернативно постављених радњи извршења, и чини га ко: да своје или туђе репродуктивне ћелије или ембрион уз накнаду ради поступка БМПО; нуди своје или туђе репродуктивне ћелије или ембрион уз накнаду ради поступка БМПО; врбује; превози; пребације; предаје; продаје; купује; посредује у продаји или посредује на било који други начин у поступку БМПО; или учествује у поступку БМПО са материјалом који је предмет комерцијалне трговине.

⁴⁴ члан 56 став 1 тачка 16 Закона

⁴⁵ члан 74 (обратити пажњу на став 1 тачка 16) Закона

⁴⁶ *ibid.* Из прекршајне инкриминације изостављене су тачке 1, 16, 17 и 25 става 1 члана 56 (Забрањене активности у поступку БМПО); 1) донирање и коришћење репродуктивних ћелија, односно ембриона без писменог пристанка донора; **16) поклањање људских ембриона у њосџуку БМПО**; 17) употребљавати репродуктивне ћелије донора који није жив у поступку БМПО, ако овим законом није другачије прописано; 25) укључити жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи.

них ћелија или ембриона уз накнаду ради поступка БМПО. Са друге стране предвиђен је прекршај чија радња се састоји у **рекламирању** односно **оглашавању донирања** репродуктивних ћелија или ембриона уз давање накнаде у **средствима јавној информисања**, као и на другим носиоцима огласних порука, односно на било који други начин.⁴⁷ Отуда долазимо до тешко прихватљивог закључка да када се репродуктивни материјал нуди уз накнаду, неком одређеном лицу или одређеном, учиниоцу познатом, кругу лица тада лице врши кривично дело, а када се иста радња предузме према ширем, практично неограниченом кругу лица путем средстава јавног информисања, тада то остаје само прекршај.

У овом, назовимо га првом, кривичном делу интересантна је још и радња **пребацивања** у поступку БМПО. Из текста овог члана можемо закључити да се под **пребацивањем** не подразумева дислокација у смислу радње **превозења**, коју законописац посебно предвиђа. Чини се да је законодавац овде имао у виду пребацивање репродуктивног материјала преко државне границе. Овде се јавља проблем односа поменутог кривичног дела извршеног радњом **пребацивања** са прекршајем⁴⁸ чија је радња извршења обављање увоза, односно извоза репродуктивних ћелија ради прављења ембриона у поступку БМПО.⁴⁹ Иако се чини да је простор за изналажење законодавчевог наума могућност тумачења које би под **пребацивањем** могло поразумевати какво кријумчарење односно илегално преношење материјала преко државне границе, док би се иста радња предузета у складу са законом сматрала увозом односно извозом. Могућност оваквог тумачења искључена је чланом 39 Закона који изричито забрањује увоз, односно извоз репродуктивних ћелија ради прављења ембриона у поступку БМПО, па тако ову радњу уопште није могуће предузети у складу са законом. Промишљајући надаље констатујемо да целокупна предметна инкриминација ставља нагласак на лукративни аспект захтевајући изричито да се неке од алтернативно предвиђених радњи врше уз накнаду, или предвиђајући одређене радње чија сама природа (продаја, куповина, па у извесној иако мањој мери и врбовање и посредовање) подразумева какву корист за

⁴⁷ члан 74 став 1 тачка 4 Закона; Новчаном казном од 500.000 до 1.000.000 динара казниће се за прекршај правно лице - здравствена установа, односно банка ћелија и ткива, ако: 4) оглашава, односно рекламира потребу репродуктивним ћелијама, односно ембрионима, као и оглашава донирање репродуктивних ћелија, односно ембриона са или без нуђења, односно давања новчане накнаде или друге материјалне или нематеријалне користи или ако оглашава, односно рекламира здравствену установу или здравствене раднике који обављају поступак БМПО, у средствима јавног информисања, као и на другим носиоцима огласних порука, односно на било који други начин;

⁴⁸ члан 74 став 1 тачка 8 Закона

⁴⁹ Занимљиво је да Закон забрањује увоз, односно извоз **репродуктивних ћелија** ради прављења ембриона у поступку БМПО, али не и самих готових ембриона.

учиниоца. Ово отвара одређену могућност да се разграничење овог кривичног дела односно радње *пребацивања* од прекршаја учињеног радњом *увоза односно извоза* евентуално покуша извршити на основу (не)постојања накнаде за преношење материјала за БМПО преко државне границе. Тако би се према тежини деликта увозом односно извозом могло сматрати преношење *без*, а пребацивањем преношење материјала *уз* одређену накнаду. Осим што језичко тумачење употребљених глагола готово да не дозвољава простор за овакав закључак, сматрамо да ни законописац није то имао у виду. На основу свега изнетог сматрамо да је прописивањем преласка државне границе са репродуктивним материјалом и као прекршаја и као кривичног дела начињена техничка грешка. Наведену ситуацију би требало тумачити у корист постојања наведеног прекршаја у датој ситуацији, а за глагол пребацити, као једну од алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела, ваљало би тражити какав други смисао. Сматрамо да би у случају преношења материјала за БМПО преко државне границе поменути прекршај из разлога што се непрецизност и недоследност законодавца никако не би смела тумачити на штету окривљеног, али и зато што је код прописивања овог прекршаја потпуно и недвосмислено јасно шта представља радњу овог прекршаја, док је код кривичног дела формулација нејасна и непрецизна.

Ако лице *учествује у њој* *ујку БМПО са репродуктивним ћелијама односно ембрионима који су њихови комерцијалне трговине*, тада би његов умишљај морао да обухвати и чињеницу да је репродуктивни материјал предмет комерцијалне трговине. Уколико би пак лице у односу на ову чињеницу било у стварној заблуди, макар и отклоњиву, која би искључивала умишљај тада не би био остварен овај облик кривичног дела.

Као што смо истакли сва три кривична дела имају исте квалификоване облике, па ћемо се на њих збирно осврнути напослетку.

4.2 Члан 72

Другим кривичним делом из члана 72 Закона, санкционисана је повреда начела слободе одлучивања⁵⁰ као и других одредаба Закона које га даље разрађују и прецизирају захтевајући писмени пристанак свих лица која се подвргавају поступку БМПО⁵¹, нарочито донора⁵², затим питање коришћења репродуктивних ћелија за живота и након смрти⁵³, односно

⁵⁰ члан 9 Закона; Начело слободе одлучивања остварује се гарантовањем права на слободно одлучивање, односно слободни пристанак свих лица која се подвргавају поступку лечења неплодности применом БМПО.

⁵¹ члан 37 Закона

⁵² члан 49 Закона

⁵³ члан 53 Закона

располагања репродуктивним ћелијама⁵⁴, као и питање пристанка на научноистраживачки рад над раним ембрионима⁵⁵. ***Изостанак нејоходној, најчешће писменој, пристанка*** учесника у поступку БМПО заједнички је именитељ свих прописаних радњи извршења овог кривичног дела.⁵⁶

Иако је одсуство пристанка донора суштина ове инкриминације, Закон предвиђа да је једна од радњи извршења и учествовање у узимању репродуктивних ћелија, односно ембриона ***од умрлој лица***, независно од његовог (не)пристанка.

Прва радња извршења кривичног дела из овог члана подразумева обаваљање или учествовање у поступку БМПО са ћелијама или ембрионима лица које за то није дало пристанак.

Ширењем криминалне зоне овог кривичног дела увек када се репродуктивне ћелије односно ембриони узму ***од умрлој лица***⁵⁷ практично је обесмишљена следећа радња извршења која инкриминише узимање репродуктивног материјала ***од лица које је за живота забранило давање репродуктивних ћелија***⁵⁸, односно када недостаје пристанак њему блиских лица. Тако је чак и у ситуацији када неко лице за живота није забранило давање репродуктивних ћелија; па чак и када постоји његов пристанак или сагласност блиских лица и даље ће постојати ово кривично дело јер претходна радња извршења подразумева да узимање репродуктивног материјала ***од умрлој лица*** у сваком случају представља ово кривично дело. Из истог разлога оваквом нормом законодаписац је обесмислио одредбу којом је могуће после смрти донора могуће у поступку БМПО употребљавати његове репродуктивне ћелије ако је донор за живота дао писмени пристанак у складу са овим законом.⁵⁹

⁵⁴ члан 59 Закона

⁵⁵ члан 60 Закона

⁵⁶ Ово кривично дело познаје три могуће, алтернативно постављене радње извршења, и чини га ко: обавили учествује у поступку БМПО са репродуктивним материјалом лица које није дало писмени пристанак за поступак или заузимање материјала; учествује у узимању репродуктивних ћелија, односно ембриона од умрлог лица; обави узимање репродуктивног материјала од лица које је за живота забранило давање у случају своје смрти или без писменог пристанка законског заступника, односно старатеља уз претходну сагласност органа старатељства у складу са овим законом.

⁵⁷ Према нашем језичком тумачењу и код ове радње мисли се на поступак узимања ћелија са лица које у моменту узимања није живо.

⁵⁸ Логичко тумачење наводи на закључак да је законодавац и овде мислио да се материјал узима од лица које је у моменту узимања ћелија мртво.

⁵⁹ члан 53 став 3 Закона. Занимљиво је да се овде тражи писмени пристанак донора да се његове репродуктивне ћелије могу употребљавати после његове смрти, док се као обележје бића кривичног дела захтева да је за живота ово забранио. Остаје нејасно шта са случајем када не постоји нити забрана, нити пристанак умрлог лица.

4.3 Члан 73

Последњим прописаним кривичним делом из члана 73 Закона, пре свега обезбеђује се санкција за повреду забране предвиђене чланом 56 који у ставу 1 тачки 25 изричито забрањује сурогат материнства, што је заједничко обема предвиђеним радњама извршења овог кривичног дела.⁶⁰ Код овог кривичног дела остаје нејасно зашто закон не предвиђа могућност да и сама жена која нуди услуге сурогат мајке или се укључује у поступак БМПО у том својству одговара за ово кривично дело.

Након појединачне анализе кривичних дела која предвиђа Закон о БМПО, учинићемо кратак осврт на неке њихове заједничке карактеристике.

Сва кривична дела су умишљајна, па тако и отклоњива стварна заблуда има висок значај. Анализирана кривична дела имају веома сложена бића, која у себи готово увек садрже и обележје да се одређена радња предузима *ради њосџујка БМПО*. У оваквим околностима изузетно је широко поље деловања стварне заблуде. Ово нарочито са аспекта доказивања свеости лица да се одређена радња предузима ради поступка БМПО предузимања, што би и у случају отклоњиве стварне заблуде у односу на ову или било коју другу битну чињеницу искључило постојање кривичног дела.

Имајући у виду запређене казне покушај свих дела је кажњив. У готово свим случајевима могуће је замислити радњу подстрекавања и помагања, док су ове радње на неким местима подигнуте на ниво радње извршења.

Сва кривична дела могу бити извршена од стране било ког лица, иако ће код одређених радњи по њиховој природи могући извршилац бити само лекар односно здравствени радник. Уз изнете примедбе на рачун квалификованих облика свих кривичних дела, можда би *de lege ferenda* требало предложити квалификоване облике одређених дела када неке од радњи изврши лице са посебним својством односно лекар или здравствени радник.

Изнети проблеми разликовања између појединих кривичних дела, односно појединих радњи извршења унутар истог кривичног дела⁶¹ губе на значају прописивањем истих казних распона код сва три кривична дела. Ослањајући се на све изнете терминолошке и суштинске примедбе сматрамо да то управо указује на нелогичност истих запређених казни код свих облика свих кривичних дела.

⁶⁰ Тако, ово кривично дело врши онај ко у поступак БМПО укључи жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу; као и онај ко нуди услуге сурогат мајке.

⁶¹ Али не и између кривичних дела и прекршаја предвиђених у Закону о БМПО, нити са кривичним делима предвиђеним у другим законима.

За свако од кривичних дела која предвиђа Закон о БМПО предвиђен је основни облик, три квалификована и један посебни облик. Запрећена казна за основне облике јесте затвор од две до десет година.

Први квалификовани облик сваког од три кривична дела подразумева да је дело учињено према малолетном лицу, када Закон предвиђа само посебни минимум од три године, што води примени општег максимума који наш законодавац види на двадесет година. Овакав распон казне прилично је неуобичајен у нашем кривичном праву. Иако је биће предметних дела прилично специфично, због овако широког распона могуће је да дође до криминалнополитички неприхватљивих резултата код стицаја овог тежег облика неког од анализираних кривичних дела из Закона о БМПО и неког другог кривичног дела. Тешко да се може објаснити ситуација да је вршење дела према малолетнику тежи облик, а да при том нема најтежег облика по овом критеријуму када се дело врши према детету. Разуме се да се под појмом малолетника може, и овде би се и морало у циљу избегавања парадоксалног резултата, сматрати и дете, али у кривичном праву није уобичајено да је исти облик предвиђен за малолетника и за дете као пасивне субјекте. Ово не сматрамо каквим значајним пропустом због природе инкриминација у којима ће дете због биолошке зрелости тешко моћи да буде пасивни субјект неког од ових кривичних дела. Ипак, познати су и ретки случајеви зачећа у најранијем детињству, па би кривични законодавац ипак и то требао да има на уму.

Трећим ставом законодавац предвиђа свако од кривичних дела као дело квалификовано тежом последицом у виду тешке телесне повреде донора репродуктивних ћелија односно ембриона, са запрећеном казном затвора од три до петнаест година затвора. Иако су неке од радњи из основних облика објективно неспојиве са тешком телесном повредом донора и не би било могуће утврђивање неопходне узрочне везе између радње извршења основног облика и наступеле теже последице која се има обухватити нехатом учиниоца, остаје зачуђујући изузетно висок посебни маскимум који достиже горњу границу казне запрећене за умишљајно лишавање живота. Ово може довести до проблема када је изнесност наступања теже последице била толико висока да излази из граница нехата учиниоца, па се може рећи да он пристаје на њено наступање, када би иначе дошло до стицаја основног облика неког од ових дела и кривичног дела тешке телесне повреде.

У случају да *најтежи смрт даваоца*⁶² репродуктивних ћелија односно ембриона која се може *привисајти нехату учиниоца* Закон предвиђа неуобичајено високу казну затвора од најмање десет година чиме ово дело, иако

⁶² Интересантно је да је ово једино место у Закону на коме се помиње *давалац*. Претпостављамо је да би овај термин морао одговарати у Закону коришћеног појма *донора*.

не користи могућност изрицања казне затвора од тридесет до четрдесет година, готово да изједначава са делом тешког убиства извршеног разуме се са умишљајем, а чини га тежим од обичног умишљајног убиства.

У последњем ставу сваког од чланова којима Закон о БМПО предвиђа кривична дела прописан је својеврстан посебни облик за *бављење* вршењем односно *извршење од сйране орђанизоване групе* основног и првог квалификованог облика дела, за који је запрећена казна затвора од најмање 5 година. Тумачењем ове одредбе долази се до занимљивог резултата да уколико се неко бави вршењем основног облика дела или га изврши организована група па из тога произађе тежа последица да ће одговорати исто као и да се не бави, односно као да га није извршила организована група. Иоле упознатом студенту друге године основних студија на којој се у нас уобичајено изучава материја кривичног права познато је да кривично право познаје појмове *групе* и *орђанизоване криминалне групе*. Иако се чини да је законодавац овде мислио на организовану криминалну групу, нисмо сигурни да бисмо на овај начин смели тумачити кривичну норму.

5. Завршна разматрања

Познато је да обликовање кривичноправне норме (односно одредбе којом се она изражава) захтева висок степен како познавања материје, тако и опреза јер често на први погледи мање интервенције могу водити далековидним последицама.⁶³

Према природи ових кривичних дела отворена је могућност за примену мере безбедности одузимања предмета из члана 87 КЗ јер сматрамо да је из моралних разлога то неопходно. Законописац је требао да искористи могућност да појам предмета из поменутих мере безбедности прошири на специфичности репродуктивног материјала, а нарочито да искористи могућност става 3 члана 87 КЗ да пропише *обавезно* одузимање, па у највећем броју случајева и њихово *обавезно уништавање*.

Номотехника, познавање српског језика, а нарочито преданост законописца Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења наишла је на запрепашћење шире стручне и опште јавности. Законски текст је још у фази зачећа, израде нацрта, па потом и предлога закона био подвргнут жестокој критици. Остаје нам чуђење нису ли какви божански разлози навели законодавца да не коригује законописце и пре него што је овај пропис угледао светлост дана спречи рађање Закона са тешким формалним и материјалним недостацима.

⁶³ Стојановић, З. 2011, *op.cit.*, стр. 44

И док се једни од нас боре како да униште живот у настајању, други чине све да превазиђу природне препреке и зачну нови живот. Осим осталих разлога за прекид трудноће, сматрамо да у великом броју случајева тешки материјални услови живота доводе до великог броја абортуса, нарочито у сивој, правно невидљивој зони. Са друге стране, нажалост сведоци смо, да је све већи број лица која нису у могућности да природним путем постану родитељи. Иако звучи парадоксално, сматрамо да је материјална криза и неизвесност праћена стресом основни узрок обе појаве – све већег броја абортуса, али и растућег проблема фертилитета и потребе за вештачком оплодњом.

Технички лоше формулисане норме, у првом реду показују немаран однос државе према кривичном праву. О сличним појавама у кривичном праву пише професор Стојановић истичући да је узроке таквог односа тешко објаснити, размишљајући о више објашњења. Тако, професор наводи могућност да се кривично право недовољно озбиљно схвата, питајући се из којих разлога. Са друге стране оставља могућност да се кривичноправне норме намерно чине лошим и непрецизним како би се тиме омогућила њихова арбитерна примена. Чини нам се најприближнијим реторички закључак овог аутора да можда објашњење треба тражити у свеопштем немару, алкавости и дилетантзму који је у Србији присутан и у многим другим областима?⁶⁴

Анализирана кривична дела оживела су иако више личе на какве креатуре из лабораторије. Тешко да се са поменутих проблемима можемо носити кроз тумачења у пракси, јер смо видели да је у многим ситуацијама потпуно нејасно шта је законописац имао на уму и готово је немогуће веровати да Закон може постати добар ако га човек примењује како треба.⁶⁵

У свим културама рођење детета, па и само зачеће представљају централни догађај у породици којим се она употпуњује и добија смисао свог постојања. Имајући у виду да је савремена породица западног света данас све мања и све чешће представља нуклеарну породицу коју нажалост чине родитељи и само једно дете, значај рођења детета постаје још већи. Самом зачећу, рођењу и надаље свему што се око јединог детета дешава природно се придаје један већи и готово церемонијални значај, што даље води прецењивању свега доброг и лошег у вези са дететом. Тешко да можемо рећи да је овакав поредак ствари у најбољем интересу самог детета. Пре само две генерације породична задруга са великим бројем деце представљала је доминантан модел породице код нас. Уз све изнете замерке на ра-

⁶⁴Стојановић, З. 2011, *op.cit.*, стр. 44

⁶⁵(1 Тим 1, 8)

чун законодавца, законско регулисање асистираних репродукција ипак представља велики корак. Уз даље уређивање регулативе, ипак треба подржати сваки напор у области планирања породице у позитивном правцу са циљем повећања броја рођене деце, који је одавно постао егзистенцијалног карактера за српско национално биће у одумирању.

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

Criminal Law Aspects of Assisted Human Reproduction in Serbia

Abstract: *Numerous shortcomings of the Law on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization culminate in provisions defining criminal offences. A question is raised regarding the possibility and results of the application of such criminal provisions due to the legislative technique used in the process of their creation, language, qualified forms of the offences, span of criminal sanctions, as well as having in mind the overlapping of such criminal offences with some of the misdemeanors punishable by the same Law. A possibility to provide for a criminal law protection in this highly sensitive area is put into question due to a very courageous action of the legislator reflected in the attempt to introduce criminal offences, punishable by long prison sentences.*

Key words: *assisted human reproduction, criminal offences, misdemeanors.*