

*Др Бернадет Бордаш, редовни професор  
Правног факултета у Новом Саду*

## ПИТАЊА БИМЕДИЦИНСКИ ПОТПОМОГНУТОГ ОПЛОЂЕЊА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА<sup>1</sup>

**Сажетак:** *Развој биомедицине омогућио је рођење прве бебе из епруветке 1978. године и тај догађај је био подстицај за даљи развој истраживања, науке и праксе биомедицински потпомогнутог оплођења, али и за развој прашеће правне регулативе. Будући да је реч о појави и пракси која изазива осетљива друштвена и морална питања, државе задржавају своја суверена права у овој области, и регулацију је у складу са националном правном политиком. Компаративна истраживања у Европи показују да национална регулатива није рејка појава, али да разлике постоје и да државе истражују на њима. Правно регулисање биомедицински потпомогнутог оплођења обезбеђује правну сигурност грађана који јој се подвргавају, што олакшава њихове правне заштите у случајевима у којима се њихова права крше. У раду се приказују две скорашње пресуде Европског суда за људска права, које се односе на питања биомедицински потпомогнутог оплођења у којима је правни лек изражен на основу члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Обе пресуде су изречене у користи држава против којих су појединци поднели представке, иј. Суд је утврдио да национални пројиси нису повредили право на поштовање приватног живота појединаца.*

---

<sup>1</sup> Рад је резултат истраживања на пројекту Биомедицина, заштита животне средине и право, бр. 179079 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије и на пројекту „Дете у породичном праву – компаративни и међународно-правни аспект“ који финансира Покрајински секретаријат за науку и технолошки развој АП Војводине.

**Кључне речи:** биомедицински пошћомојнућо оплођење, ѿракса Суда за људска ѿрава, ѿраво на пошћовање ѿривајној живоћиа, ѿраво на пошћовање одлуке да се посћане ћенейски родийељ, ѿраво ѿарова да зачну деће и у шом циљу корисие медицински пошћомојнућо оплођење

## 1. Увод – правно регулисање зачећа уз биомедицинску помоћ

Развој биомедицине је крајем седамдесетих година двадесетог века довео до рођења прве бебе из епрувете: Луиз Браун рођена је 25. јула 1978. године у Великој Британији, након што је у тело њене мајке унета сопствена јајна ћелија оплођена семеним ћелијама њеног мужа у лабораторијским условима, односно *in vitro*.<sup>2</sup> Овим је отворен пут лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења,<sup>3</sup> али исто тако и правном регулисању ових поступака у појединим државама.<sup>4</sup>

Европска економска заједница, тј. њен парламент усвојио је 1989. године Резолуцију о *in vivo* и *in vitro* вештачком оплођењу<sup>5</sup> у којој су изнесени следећи ставови: (1) репродукционе технологије не отклањају узроке неплодности; (2) репродукционе технологије омогућују појединцима да имају децу, али такође дају повода озбиљним моралним и правним проблемима; (3) људски живот се мора заштитити од тренутка оплођења, с тим да се резолуција не бави намерним прекидом трудноће, нити представља допринос аргументима за или против абортуса; (4) право мајке на самодређење и права детета на правилну негу и збрињавање, као и на генетски идентитет су мерила која би требало да буду одређујућа у овој области; (5) *in vitro* оплођивање излаже жену великом стресу и праћено је ниским степеном успешности. У резолуцији се позива на јачање истражи-

<sup>2</sup> Види интернет страну [http://en.wikipedia.org/wiki/Louise\\_Brown](http://en.wikipedia.org/wiki/Louise_Brown), посећену последњи пут 19. новембра 2011. године. Брачни пар Браун је четири године касније добио још једно дете, које је такође дошло на свет као резултат IVF (ин витро фертилизација) поступка. Рођење Натали Браун се бележи као долазак на свет четрдесете бебе из епрувете на свету.

<sup>3</sup> „Поступак биомедицински потпомогнутог оплођења“ је израз који се користи у Закону о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења Републике Србије, који је усвојен 2009. године, а почео је да се примењује 1. јануара 2010. године, види Сл. гласник РС, бр. 72/2009.

<sup>4</sup> Информација о постојању и важним карактеристикама националних прописа доступна је на интернет страници Светске здравствене организације, под: International Digest of Health Legislation, на адреси: <http://apps.who.int/ihl-rils/frame.cfm?language=english>. Србија је међу последњим европским државама која је правно регулисала ову област, види код Г. - Ковачек-Станић, Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у - праву Србије и европским правима, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, годиште, стр. 415.

<sup>5</sup> Види Сл. лист ЕЕЗ, Ц бр. 96 од 17.4.1989, стр. 171.

вања неплодности, позива на хармонизацију и поједностављење поступака усвојења, изражава брига у вези са „губитком“ ембриона који су укључени у поступак вештачке оплодње, заузима став да се ембриони замрзавају само када је то апсолутно неопходно и то најдуже на период од три године, позива на забрану сваког облика генетских експеримената на *in vitro* ембрионима, сугеришу услови за хетерологну вештачку оплодњу, која се, међутим, не сматра пожељном, и одбија сваки облик сурогат материнства.<sup>6</sup>

Девет година после наведене Резолуције која је изражавала став Европских заједница у материји вештачке оплодње и која је била упућена тадашњим државама чланицама, објављена је у Савету Европе Компаративна студија о стању у области медицински потпомогнутог зачећа и о заштити људског ембриона у 39 држава.<sup>7 8</sup> Студија приказује постојање и стање законодавства, других правила или праксе у области медицински потпомогнутог зачећа, на основу 145 питања која обухватају, између осталог, питања легалности вештачког оплођења парова, *in vitro* оплођења парова, вештачког оплођења путем донора, донације јајних ћелија, донације јајних и семених ћелија, донације ембриона, легалности сурогат материнства и изузетака од његове забране; услове под којима се може користити медицински потпомогнуто оплођење; медицинске услове коришћења поступка медицински потпомогнутог зачећа (неплодност, ризик преношења болести, горња старосна граница за жене); да ли је медицински потпомогнуто зачеће приступачно невенчаном пару (дужина трајања заједнице живота), жени која не живи у хетеросексуалној заједници живота, удовици (семеним ћелијама покојног мужа), жени која је разведена или законски растављена (семеним ћелијама бившег мужа); заштиту интереса нерођеног детета кроз концепт „добробити нерођеног детета“; легалност коришћења различитих техника у циљу одређивања пола детета (уопште или у посебним случајевима да би се спречило преношење одређених болести); неопходност посебних дозвола за обављање праксе медицински потпомогнутог

<sup>6</sup> Наведени садржај Резолуције преузет је са интернет стране - <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344429>, посећене последњи пут 19. новембра 2011. године, пошто у бази података Европске уније, интернет страна <http://eur-lex.europa.eu>, посећене последњи пут 19. новембра 2011. Године, Службени лист ЕУ из претходне белешке није доступан.

<sup>7</sup> Види *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo - Comparative Study on the Situation in 39 States*, Council of Europe, Strasbourg, 4 June 1998, CDBI/INF (98) 8.

<sup>8</sup> Државе у којима је анализирано су: Аустрија, Белгија, Бугарска, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Исланд, Ирска, Италија, Летонија, Лихтенштајн, Луксембург, Малта, Холандија, Норвешка, Пољска, Португалија, Румунија, Русија, Сан Марино, Словачка, Словенија, Шпанија, Шведска, Швајцарска, Турска, Украјина, Уједињено Краљевство, Аустралија, Канада, Нови Зеланд и САД.

зачећа; претходно обавештавање учесника у поступку о медицинским, правним и социјалним последицама медицински потпомогнутог зачећа; сагласност учесника (жене, њеног брачног или ванбрачног партнера), могућност повлачења сагласности; накнаду трошкова од стране државног система социјалног осигурања; поступак медицински потпомогнутог зачећа (вађење гамета, чување гамета и рок чувања, максималан број ембриона који се може имплантирати у једном поступку, максимално време чувања ембриона, шта се дешава са прекобројним ембрионима); донацију репродуктивних ћелија (семене и јајне ћелије, ембриона); одређивање материнства и очинства ако се у поступку користе ћелије донора, сагласност супруга или ванбрачног партнера за употребу семених ћелија донора; правне оквири научног истраживања ембриона; услове терапеутског или нетерапеутског истраживања ембриона и сл.<sup>9</sup> Ова компаративна студија је требало да послужи као показатељ сличности и разлика у националним прописима, да укаже на конвергенцију и дивергенцију појединих решења и да прикаже стање на крају века и миленијума.

Европска унија је 2004. године усвојила Директиву 2004/23 о одређивању стандарда квалитета и сигурности за донацију, прибављање, тестирање, обраду, одржавање, складиштење и дистрибуцију људског ткива и ћелија<sup>10</sup> која се односи и на репродукционе ћелије (јајне и семене ћелије)<sup>11</sup>. У преамбули Директиве се констатује да је трансплантација људских ткива и ћелија област медицине који се снажно развија и пружа велике могућности за третман још увек неизлечивих болести, због чега је неопходно обезбедити квалитет и сигурност тих материјала, нарочито ради превенције преношења болести.<sup>12</sup> Унија је такође усвојила Директиву 2006/17/ЕЗ о спровођењу у живот Директиве 2004/23/ЕЗ у погледу одређених техничких услова за донацију, добављање и тестирање људског ткива и ћелија<sup>13</sup> који

<sup>9</sup> Види *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo - Comparative Study on the Situation in 39 States*, Council of Europe, Strasbourg, 4 June 1998, CDBI/INF (98) 8, стр. 2-14.

<sup>10</sup> Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, Сл. лист ЕЗ Л 102 од 7.4.2004. г.

<sup>11</sup> Види став 7 преамбуле Директиве.

<sup>12</sup> Види став 1 преамбуле Директиве.

<sup>13</sup> Commission Directive 2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells, Сл. лист Л 38 од 9.2.2006. г. У Европској унији је усвојена још једна директива која се односи на спровођење Директиве 2004/23/ЕЗ – Directive 2006/86/EC of 24 October 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards traceability requirements, notification of serious adverse reactions and events and certain technical requirements for the -

у Анексу III прописује мерила за селекцију и лабораторијске тестове за доноре репродуктивних ћелија.<sup>14</sup> У склопу ове легислативне активности у ЕУ израђена је студија о стању националних законодаваста држава чланица у области медицински потпомогнуте репродукције у ЕУ<sup>15</sup>. Ова компаративна студија је израђена под руководством Европског друштва за људску репродукцију и ембриологију (скраћеница на енглеском језику: ЕС-ХРЕ)<sup>16</sup>, рад је финансирала Комисија ЕУ, али не представља службене ставове Комисије. Према студији 19 држава чланица ЕУ (Финска, Шведска, Уједињено Краљевство, Данска, Холандија, Немачка, Белгија, Француска, Шпанија, Португалија, Италија, Аустрија, Словенија, Чешка, Словачка, Мађарска, Бугарска, Грчка, Естонија) имају посебне прописе за медицински потпомогнуто зачеће, а 8 држава чланица (Кипар, Ирска, Летонија, Малта, Пољска, Румунија и Литванија) имају опште прописе који покривају и поступке медицински потпомогнутог зачећа.<sup>17</sup>

Према томе, у ситуацији у којој не постоје наднационални извори (на пр. у Европској унији) или међународни уговори (на пр. у оквиру Савета Европе<sup>18</sup>) поступци биомедицински потпомогнутог оплођења су предмет националних прописа. Разлике међу њима су неизбежне, јер су државе су-

---

coding, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, Сл. лист Л 294 од 25.10.2006. г. Сматра се да су овим трима директивама покривена проблематика технологија потпомогнуте репродукције, види *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, доступна на интернет адреси - [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf), стр. 162.

<sup>14</sup> Селекција и тестови се не спроводе уколико је реч о донацији репродуктивних ћелија партнера за директну употребу, већ само ако ћелије партнера нису намењене директној употреби, већ их је потребно обрадити и/или ускладиштити ради криопрезервације ембрија, као и у случају када донор није брачни или ванбрачни партнер; види тачку 1, 2 и 3 Анекса.

<sup>15</sup> *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, доступна на интернет адреси [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf); студија је обрадила податке које су државе чланице доставиле до 30. октобра 2009. године (о правним оквирима националних прописа), односно за период од 1. јануара 2006.г. до 31. децембра 2006. године за податке који се односе на институте за медицински потпомогнуту репродукцију у појединим државама чланицама ЕУ.

<sup>16</sup> European Society of Human reproduction and Embryology (ESHRE).

<sup>17</sup> *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, доступна на интернет адреси [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf), стр. 10.

<sup>18</sup> Конвенција за заштиту људских права и достојанства људског бића имајући у виду примену биологије и медицине: Конвенција о људским правима и о биомедицини - Савета Европе која је усвојена у Овиједу 1997. године не садржи посебне одредбе о зачећу уз биомедицинску помоћ: члан 14 забрањује употребу техника медицински потпомогнутог зачећа за циљеве избора пола детета, осим ради избегавања озбиљних наследних болести које зависе од пола; док члан 18 регулише истраживања на *in vitro* ембрионима.

верене у овој области и материју регулишу у складу са националном правном политиком. У оваквим околностима се не може избећи да се неко питање постави у контексту људских права. Европски суд за људска права је већ имао прилику да се изјасни о питањима која су повезана са поступцима биомедицински потпомогнутог зачећа. Следећи део овог рада приказаће две значајне пресуде Европског суда за људска права.

## **2. Пракса Европског суда за људска права у питањима биомедицински потпомогнутог зачећа**

Три позната предмета која су упућена Суду за људска права у Страсбуру односе се на биомедицински потпомогнуто зачеће које се подводи под право људи на репродукцију, право одлучивања о рађању тј. о зачећу.<sup>19</sup> Ово право се подводи под члан 8<sup>20</sup> Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. г. (у даљем тексту: Европска конвенција). У вези с тим чланом позивање се врши и на став 1 члана 2<sup>21</sup> и члан 14<sup>22</sup>.

Ти предмети су: Диксон против Уједињеног Краљевства (одбијање домаћих власти да одобре захтев затвореника за вештачко оплођење)<sup>23</sup>, Еванс против Уједињеног Краљевства (немогућност извођења *in vitro* третмана због повлачења сагласности бившег партнера)<sup>24</sup>, и С.Х. и други против Аустрије (законитост одређених техника медицински потпомогнутог зачећа)<sup>25</sup>. Иако се предмет Диксон против Уједињеног Краљевства односи на проблематику вештачког оплођења, он се не тиче вештачког оплођења као

<sup>19</sup> Види податке из новембра 2011. године на веб страни Европског суда за људска права: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES\\_droits\\_procr%C3%A9ation\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES_droits_procr%C3%A9ation_EN.pdf), посећене последњи пут 20. новембра 2011.

<sup>20</sup> Члан 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције гласи: „1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. 2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву и интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слободе других.“

<sup>21</sup> Став 1 члана 2 (право на живот) Европске конвенције гласи: “1. Право на живот сваке особе заштићено је законом. Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.“

<sup>22</sup> Члан 14 (забрана дискриминације) гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.“

<sup>23</sup> *Dickson v. United Kingdom*, представка број 44362/04.

<sup>24</sup> *Evans v. United Kingdom*, представка број 6339/05.

<sup>25</sup> *S.H. and Others v. Austria*, представка број 57813/00.

поступка лечења неплодности, већ је изазван положајем Диксона који је осуђеник и служи казну затвора у трајању од најмање 15 година. Не поричући значај и специфичност Диксоновог проблема, у овом раду ће добити место само друга два случаја, у којима је вештачка оплодња била једина опција због немогућности оплођења природним путем, тј. полным односом.

### *2.1. Еванс и ројтив Уједињеној Краљевству – право на поштовање одлуке да се постане јенейски родитељ*

**Чињенице.** – Натали Еванс и њен ванбрачни партнер Џонстон подвргли су се 2000. године медицинским испитивањима јер су имали тешкоће да зачну дете. Приликом испитивања на клиници испоставило се да Н. Еванс има рак јајника у раној фази и да се због тога мора хитно подвргнути хируршкој интервенцији одстрањења јајника. У таквој ситуацији једина могућност да она зачне сопствено биолошко (генетско) дете била је да се она са својим партнером подвргне поступку *in vitro* оплођења. Тачније речено, они су као партнери имали две конкретне могућности: да се њене јајне ћелије замрзну или да се изврши *in vitro* оплођење и да се тако створени ембриони замрзну. Пошто су лекари проценили да друга могућност пружа веће изгледе за успех, партнери су се одлучили за њу. Једна медицинска сестра на клиници је објаснила партнерима Еванс – Џонстон да је према важећем закону Уједињеног Краљевства<sup>26</sup> сваки партнер овлашћен да повуче свој пристанак који се односи на очување ембриона који су створени у поступку *in vitro* оплођења, и то у било које време пре него што ембриони буду имплантирани у материцу Н. Еванс.<sup>27</sup> Оба партнера су одвојено попунила и потписала потребне формуларе. Господин Џонстон је са своје стране изразио своју сагласност да његове семене ћелије буду употребљене за *in vitro* оплођење јајних ћелија Н. Еванс и да се тако створени ембриони употребе за третман њега и његове партнерке заједно; такође се сагласио да се створени ембриони чувају 10 година, те да се у случају његове смрти или губитка способности расуђивања његове семене ћелије и ембриони чувају и даље до истека рока од 10 година. Госпођица Еванс је са своје стране потписала формулар суштински исте садржине. Након тога су узете све њене јајне ћелије које је имала пре одстрањења јајника, извршено је *in vitro* оплођење и створено 6 ембриона. Ови су замрзнути, пошто је Н. Еванс саветовано да би требало да сачека најмање две године пре него што се покуша имплантација ембриона у њену материцу.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> The Human Fertilisation and Embriology Act 1990.

<sup>27</sup> Види ставове 13-15 пресуде Еванс против Уједињено Краљевство, белешка бр. 21.

<sup>28</sup> Ibid., став 17.

Када су ванбрачни партнери прекинули своју везу, Џонстон је 2002. године обавестио о томе клинку и тражио да ембриони буду уништени. Клиника је о повлачењу сагласности за употребу ембриона обавестила Н. Еванс, као и о законској обавези да уништи ембрионе. Пошто је за Натали Еванс усађивање тих ембриона било једина могућност да постане мајка свог генетског детета, она је покренула поступак пред надлежним националним судом и захтевала да се њеном бившем партнеру наложи да повуче изјаву о повлачењу сагласности и да изјави да није, нити је могао да промени дату сагласност. Такође је тражила да се установи да Закон Уједињеног Краљевства није у складу и да вређа права из чланова 2, 8, 12 и 14 Европске конвенције.<sup>29</sup> И првостепени<sup>30</sup> и жалбени суд<sup>31</sup> су одбили захтеве Н. Еванс. Након што су исцрпљени правни лекови у поступцима пред националним судом она је поднела представку Суду за људска права у Страсбуру.

**Пресуда Суда за људска њрава.** – Поводом представке Натали Еванс, Суд за људска права се изјаснио у пресуди<sup>32</sup> о питању да ли Закон УК из 1990. године вређа одредбу члана 2 о праву на живот ембриона; да ли Закон УК из 1990. године вређа одредбу члана 8 о праву на приватни живот госпођице Еванс; да ли госпођица Еванс трпи дискриминацију која произлази из повреде одредаба члана 8 и члана 14 Европске конвенције.<sup>33</sup>

**Повреда одредбе члана 2 Европске конвенције о њраву на живој ембриона.** – Према представци Н. Еванс одредба енглеског права према којој се ембриони морају уништити пошто је Џонстон повукао своју сагласност за њихово очување представља повреду права на живот ембриона из члана 2. Разматрајући ову тврдњу Суд се позвао на своју пресуду у предмету Во против Француске из 2004. године<sup>34</sup> у којој је изречено да у погледу научне и правне дефиниције почетка живота не постоји европски консензус, те

<sup>29</sup> Ibid., став 18.

<sup>30</sup> Види упућивање у пресуди Европског суда за људска права на *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and Others* [2003] EWHC 2161 (Fam), став 20.

<sup>31</sup> Види упућивање у пресуди Европског суда за људска права на *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and Others* [2004] EWCA Civ 727, став 24.

<sup>32</sup> Види пресуду Великог већа Суда у предмету *Evans v. United Kingdom*, Application no. 6339/05 од 10. априла 2007.

<sup>33</sup> Види о овом предмету код О. Ben-Naftali, I. Canor, *Evans v. United Kingdom*, *American Journal of International Law*, годиште 102, 2008, стр. 128; М. Ford, *Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy*, *Human Rights Law Review*, годиште 8, 2008, стр. 1; N. Hammond, *Case Commentary: Evans v The United Kingdom*, - <http://www.ccels.cf.ac.uk/archives/issues/2007/hammond.pdf>; С. Morris, *Evans v United Kingdom: Paradigms of Parenting*, *The Modern Law Review*, годиште 70, 2007, стр. 979; G. Pimentel, *Evans v. U.K. – To Procreate or not Procreate: Which Right is Greater?*, чланак доступан на веб страни [http://works.bepress.com/gabe\\_pimentel\\_pimentel/1](http://works.bepress.com/gabe_pimentel_pimentel/1).

<sup>34</sup> Види пресуду Великог већа у предмету *Vo v. France*, no. 53924/00, 8.7.2004. г.



ово питање, стога, потпада под поље слободне процене које државе уживају у овој области.<sup>35</sup> Пошто према енглеском праву ембрион нема независна права и интересе, не постоји могућност да се истакне захтев у односу на право на живот према одредби члана 2: ембрион створен од репродуктивних ћелија госпођице Еванс и господина Џонстона не ужива право на живот, те одредба члана 2 Европске конвенције није повређена.

*Повреда одредбе члана 8 Европске конвенције о њравоу на њошићовање ѡривајној живоћиа.* – У овом случају се поставило питање да ли енглески Закон из 1990. године који је допустио да Џонстон повуче своју сагласност за употребу ембриона створених након *in vitro* оплођења јајних ћелија госпођице Еванс његовим семеним ћелијама вређа њено право на поштовање приватног и породичног живота. Суд се најпре позвао на пресуду Већа од 7. марта 2006. године у којој је констатовано да појам „приватни живот“ укључује право на поштовање како одлуке да се *ѡосћане*, тако и одлуке да се *не* постане родитељ.<sup>36</sup> Имајући у виду ово право на основу члана 8 Европске конвенције поставило се питање да ли у контексту предмета постоји позитивна обавеза државе (УК) да обезбеди жени, која се подвргла поступку вештачког оплођења са циљем да роди дете са којим је у генетској вези, да приступи поступку имплантације ембриона у њену материцу без обзира на то да је њен бивши партнер – генетски отац (донор семених ћелија) повукао своју сагласност.<sup>37</sup> Имајући у виду ову специфичну ситуацију, Суд је изразио став да и ово посебно питање, тј. *ѡраво на ѡошићовање одлуке да се ѡосћане ѡенетски родитељ* потпада под поље примене члана 8 Европске конвенције.<sup>38</sup>

Да би се ово право испоштовало став 2 члана 8 има за циљ да заштити појединца од арбитрерног поступања јавних власти. Ове не само да имају обавезу да се уздрже од мешања у приватни живот појединаца, већ могу да имају и позитивне обавезе попут усвајања мера путем којих би требало обезбедити поштовање приватног живота и у односима између самих појединаца.<sup>39</sup> Било да је реч о негативној обавези државе да се уздржи од мешања у ефективно остваривање права, или о позитивној обавези, држава

<sup>35</sup> Види став 54 Пресуде из претходне белешке.

<sup>36</sup> Види став 58 и 71 пресуде Великог већа и став 57 пресуде Већа. У овој последњој се каже: „... 'приватни живот' је широк појам, који, између осталог, обухвата физички и друштвени идентитет појединца, укључујући право на личну аутономију, лични развој и право на успостављање и развој односа са другим људским бићима и са спољним светом (став 61 пресуде у предмету *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, од 29.04.2002.), инкорпорише право на поштовање како одлуке да се постане тако и одлуке да се не постане родитељ.“

<sup>37</sup> Став 58 пресуде Великог већа.

<sup>38</sup> Види став 72 пресуде Великог већа.

<sup>39</sup> Види став 75 пресуде Великог већа.

ужива одређени степен слободне процене, и у оба случаја мора да се води рачуна о правичној равнотежи између интереса у питању.<sup>40</sup> У контексту предмета Еванс постављено је питање да ли је држава (Уједињено Краљевство) прописујући правила о *in vitro* оплођењу испоштовала обавезу о поштовању и одржању правичне равнотеже између приватног и јавног интереса. Предмет је у овом аспекту специфичан, пошто је у овом случају реч првенствено о сукобу права из члана 8 два приватна лица: интереси Н. Еванс и њеног бившег партнера Џонстона су непомирљиви. Уколико се Н. Еванс дозволи употреба ембриона Џонстону ће се наметнути да постане отац; ако се испоштује право Џонстона на повлачење сагласности Н. Еванс ће бити ускраћено право да икада постане генетски родитељ.<sup>41</sup> Резултат ни у ком случају не може да буде задовољавајући за обе стране. Јавни интерес државе такође није безначајан: он је изражен у афирмацији начела сагласности учесника у поступку *in vitro* оплођења и у унапређењу правне сигурности у овим питањима.<sup>42</sup> Ширина поља слободне процене обухвата како одлуку о томе да ли би неко питање требало правно регулисати, тако и питање детаљног регулисања да би се постигла правична равнотежа између приватног и јавног интереса.<sup>43</sup>

У процени ширине поља слободне процене коју државе имају у својој законодавној надлежности у стварима које обухватају људска права и основне слободе Суд за људска права води рачуна о различитим чиниоцима. Када је реч о правима из члана 8 Европске конвенције поље слободне процене је уско, уколико је реч о нарочито важном виду постојања или идентитета појединца<sup>44</sup>, док је оно шире уколико не постоји консензус између држава чланица Савета Европе о важности интереса који треба да буду заштићени, или о најбољим начинима њихове заштите, а нарочито уколико је реч о случају који изазива осетљива морална или етичка питања, као и када је реч о одмеравању равнотеже између приватног и јавног интереса.<sup>45</sup>

Пошто национално право Уједињеног Краљевства по питању сагласности учесника у поступку *in vitro* оплођења садржи изричито правило од којег не постоје изузеци, Суд је констатовао да државе – због непостојања међународног или европског консензуса по овом питању – уживају широко поље слободне процене<sup>46</sup> у регулисању третмана *in vitro* оплођења, упо-

<sup>40</sup> Види став 40 пресуде у предмету *Odièvre v. France*, no. 42326/98 од 13.02.2003.

<sup>41</sup> Види став 73 пресуде Великог већа.

<sup>42</sup> Став 74 пресуде Великог већа.

<sup>43</sup> Види став 82 пресуде Великог већа.

<sup>44</sup> Као што је, на пример, право на поштено суђење, право на живот, слобода изражавања.

<sup>45</sup> Види став 77 пресуде Великог већа.

<sup>46</sup> Став 77 пресуде Великог већа.

требе ембриона створених ради третмана, одређивању тачке до које се може повући сагласност за употребу створеног генетског материјала, као и због тога што наведени третман отвара осетљива морална и етичка питања у околностима брзог медицинског и научног напретка.<sup>47</sup> Приликом процене конкретне ситуације Суд је узео у обзир да је дотична одредба права УК израз политике обезбеђења сталне сагласности учесника у поступку *in vitro* оплођења од почетка третмана па до времена када се изврши имплантација у материцу жене, до које политике се дошло након детаљног проучавања друштвених, етичких и правних импликација развоја у области људског оплођења и ембриологије.<sup>48</sup> Та проучавања су определила законодавца да усвоји јасно и апсолутно правило које ће обезбедити *правну сигурност и одржајћи поверење јавности у право у осетљивој области биомедицински поштовања оплођења*.<sup>49</sup> Намера законодавца да се наведеним решењем избегну произвољне и неконзистентне одлуке које би се доносиле на основу процењивања интереса од случаја до случаја, обезбеђивање да сваки дозор унапред зна да се њен или његов генетски материјал не може употребити без њене или његове сталне сагласности представља јавни интерес који је у складу са одредбама члана 8 Европске конвенције.<sup>50</sup> Правична равнотежа између јавног и приватног интереса испоштована је и тиме да су национална правила јасна, да су она дата на знање госпођици Еванс; што се тиче сукобљених права из члана 8 између приватних појединаца, непостојање европског консензуса у погледу времена до којег је могуће повући сагласност за употребу ембриона створених у поступку *in vitro* оплођења, Суд не сматра да праву Н. Еванс на поштовање њеног права да постане генетски родитељ треба дати већу тежину од права Џонстона на поштовање његове одлуке да са Н. Еванс нема генетски повезано дете.<sup>51</sup>

Следствено томе, Суд није нашао да непостојање овлашћења да се пренебрегне повлачење сагласности генетског родитеља – чак ни у ситуацији као у предмету Еванс против Уједињеног Краљевства – нарушава правичну равнотежу коју захтева члан 8 Европске конвенције или прелази широко поље слободне процене коју држава има,<sup>52</sup> те не постоји повреда одредаба члана 8 Европске конвенције.

*Повреда одредаба члана 14 о забрани дискриминације у контексту одредбе члана 8 Европске конвенције.* – Н. Еванс је у представци по којој је поступало Веће истакла и тврдњу о дискриминацији на основу члана 14

<sup>47</sup> Став 59, 79 и 81 пресуде Великог већа.

<sup>48</sup> Став 60 пресуде Великог већа.

<sup>49</sup> Види став 74 пресуде Великог већа.

<sup>50</sup> Види став 89 пресуде Великог већа.

<sup>51</sup> Види став 90 пресуде Великог већа.

<sup>52</sup> Види ставове 74, 81-82 пресуде Великог већа.

Европске конвенције. Према тој тврдњи разлика постоји између жене која може да зачне без технике медицински потпомогнутог оплођења и оне која може да зачне – ка и она – само поступком ин витро оплођења. Дискриминаторски третман у праву огледа се у томе да у претходном случају не постоји контрола или утицај другог на развој ембриона од почетка оплођења, док је у другом случају ембрион, према Закону из 1990. године, подвргнут вољи донора семених ћелија.

Велико веће није расправљало о овом питању због чињенице да је утврђено да члан 8 није повређен, а разлози који говоре у прилог таквој одлуци служе и за образложење тврдње везане за повреду члана 14. Стога, Велико веће је констатовало да у предмету Еванс против Уједињеног Краљевства не постоји повреда одредбе члана 14.<sup>53</sup>

## *2.2. С. Х. и други против Аустрије – право њарова да зачну дете и у њом циљу користе медицински њојњомојњо ојлођење*

**Чињенице.** – Два брачна пара, аустријски држављани, поднели су представку Евроспком суду за људска права у предмету који се односи на њихову жељу да зачну децу у поступку *in vitro* витро оплођења. Први брачни пар је неплодан јер супруга, С.Х., пати од неплодности повезане са проблемима које има са јајоводима, а њен супруг, Д.Х. такође је неплодан. Разлог неплодности другог брачног пара је у чињеници да супруга, Х.Е.-Г. пати од агонадизма, тј. њени јајници не производе јајне ћелије. Она је, дакле, потпуно неплодна, али има развијену материцу. Њен супруг, М.Г., не пати од стерилитета и способан је зачне дете.

Супруге из оба брачна пара су 1998. године упутиле захтев Уставном суду Аустрије и тражиле преиспитивање уставности параграфа 1 и 2 одељка 3 Закона о вештачком оплођењу (*Fortpflanzungsmedizingesetz*)<sup>54</sup>, који су директна препрека за спровођење поступка вештачког оплођења у њиховом случају<sup>55</sup>. Код првог брачног права супруга не може да зачне дете при-

<sup>53</sup> Види став 95-96 пресуде Великог већа.

<sup>54</sup> *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Савезни службени гласник бр. 275/1992.

<sup>55</sup> Аустријски закон регулише коришћење медицинских техника у циљу подстицања - зачећа детета другим средствима осим полним односом; прописане технике су: уношење семених ћелија у репродуктивне органе жене; сједињење јајне ћелије и семене ћелије изван тела жене; уношење живих ћелија у материцу или јајоводе жене; уношење јајних ћелија или јајних ћелија са семеним ћелијама у материцу или јајоводе жене. Дозвољено је коришћење само репродуктивних ћелија брачног пара или ванбрачних партнера; *изузетно* може да се користи семена ћелија трећег лица за вештачко оплођење жене уношењем семених ћелија у репродуктивне органе жене. У свим другим случајевима, а нарочито за циљеве ин - витро оплођења, коришћење семених ћелија донора је забрањено. Донација јајних ћелија је забрањена у свим случајевима; види ставове 28-31 пресуде Великог већа.

родним путем, те је за њу и њеног супруга једина могућност ин витро оплођење донираном семеном ћелијом. Та техника је, међутим, искључена наведеним одредбама аустријског закона. Супруга из другог брачног пара је навела да њени органи уопште не производе јајне ћелије, те је једина могућност за пар да зачну дете техником вештачког оплођења која се назива хетерологни трансфер ембриона, и подразумева имплантацију у њену материцу ембриона који би настао оплодњом дониране јајне ћелије са семеном ћелијама њеног мужа. Аустријски Закон о вештачком оплођењу искључује и такву могућност.<sup>56</sup>

Подносиоци представке су се пред Уставним судом Аустрије позивали на то да немогућност коришћења наведених техника вештачког оплођења представља повреду њихових права из члана 8, као и члана 12 Европске конвенције и члана 7 Савезног устава Аустрије који гарантује једнак третман.<sup>57</sup>

Уставни суд је донео одлуку 14. октобра 1999. године, којом је прихватио да случај потпада под одредбу члана 8 Европске конвенције; установио је да су спорни чланови Закона о вештачком оплођењу у складу са чланом 8, са начелом једнакости према Савезном уставу Аустрије, и да није повређена одредба члана 12 Европске конвенције.<sup>58</sup> Након достављања одлуке странама, оне су поднеле представку Европском суду за људска права.

***Пресуда Суда за људска љрава*** (Велико веће). – Подносиоци представке (супружници појединачно из оба брачна пара) истакли су пред Судом за људска права да одредбе ставова 1 и 2 одсека 3 Закона о вештачком оплођењу представљају повреду њихових права према одредбама чланова 8, 12 и 14 Европске конвенције.<sup>59</sup>

*Повреда одредбе члана 8 Европске конвенције о поштовању љрава на љривајни и љородични живоји.* – Подносиоци представке истакли су да је забрана хетерологне технике<sup>60</sup> вештачког оплођења у поступку *in vitro* оплођења повреда њиховог права из члана 8 Европске конвенције. Суд за

<sup>56</sup> Види Decision as to the Admissibility of Application no. 57813/00 by S.H. and Others v. Austria, European Court of Human Rights, First section.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Види о пресуди Већа из 2006. године у овом предмету код: K.D. Brudy, S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Rights to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation, Tulane Journal of International and Comparative Law, годиште 19, 2011, стр. 691.

<sup>60</sup> Аустријски закон дозвољава само хомологну технику која подразумева употребу репродуктивних ћелија брачног пара или ванбрачних партнера ради зачећа њиховог генетског детета. Хетерологна техника подразумева коришћење донираних репродуктивних ћелија, што аустријски закон забрањује; види белешку бр. 52.

људска права је испитао појам „приватног живота“ у контексту члана 8 и закључио да је он широк и обухвата, између осталог, право на успостављање и развијање односа са другим људским бићима, право на лични развој, право на самоодређење, као и елементе као што су полна идентификација, сексуална оријентација и сексуални живот, као и право на поштовање одлуке о рађању детета, као и одлуке о не-рађању<sup>61</sup>, и право на поштовање одлуке да се постане генетски родитељ<sup>62</sup>. У складу с тим, и право брачног пара или ванбрачних партнера да зачну дете, и у том циљу користе медицински потпомогнуто оплођење, ужива заштиту члана 8 Европске конвенције, јер је такав избор део приватног и породичног живота.<sup>63</sup>

Да би оценио да ли је горне наведено право подносилаца представке повређено одредбама аустријског закона о забрани хетерологног *in vitro* оплођења, Суд је извршио анализу према одредбама става 2 члана 8. Најпре је, међутим, истакао да су бројна питања која се везују уз вештачко оплођивање нерешена или нерешива, али да брз развој биомедицине захтева и динамичан развој легислативе која је у стању транзиције, подразумевајући разлике у правима различитих држава. Стога, оцена одредбе аустријског закона из 1992. године из угла повреде одредбе члана 8 у време доношења пресуде (3. новембра 2011.г.) могла би да буде различита у односу на оцену у време доношења одлуке Уставног суда Аустрије (октобар 1999.г.). Суд за људска права се определио да процени оправданост забране према стању из 1999. године.<sup>64</sup>

Суд је затим приступио анализи питања да ли наведене одредбе аустријског закона представљају мешање у право на поштовање приватног и породичног живота подносилаца представке, пошто се обавеза државе може сматрати негативном, у смислу да се мора уздржати од мешања, или позитивном у смислу обавезе да предузме неке мере да би се права подносилаца представке поштовала.<sup>65</sup> Суд се определио за став да је у случају С.Х. и други против Аустрије реч о *мешању* у право подносилаца представке да се користе одређеном техником вештачког оплођења, а то мешање је резултат одредаба ставова 1 и 2 одељка 3 Закона о вештачком оплођењу Аустрије, из којих произлази забрана, те су подносиоци представке били спречени у коришћењу тих техника.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Види предмет Еванс против Уједињеног Краљевства, представка бр. 6339/05, став 71.

<sup>62</sup> Види предмет Диксон против Уједињеног Краљевства, представка бр. 44362/04, став 66.

<sup>63</sup> Види став 82 пресуде Великог већа.

<sup>64</sup> Види став 84 пресуде Великог већа.

<sup>65</sup> Види ставове 85-87 пресуде Великог већа.

<sup>66</sup> Види став 88 пресуде Великог већа; Суд је, међутим, истакао да су начела према којима се цени оправдање обавеза државе веома слични.

Из става 2 члана 8 Европске конвенције следи да јавне власти (држава) може да се умеша у остваривање права на поштовање приватног и породичног живота уколико је то мешање „у складу са законом и неопходно у демократском друштву... а ради заштите здравља и морала, или ради заштите права и слободе других.“ Ни Суду, ни учесницима у поступку није спорно да су мере које представљају мешање у право из става 1 члана 8 Европске конвенције прописане Законом о вештачком оплођењу, нити да им је циљ легитиман: заштита здравља и морала, као права и слобода других.<sup>67</sup>

Да ли су, међутим, мере које је држава предузела доношењем закона о вештачком оплођењу „неопходне у демократском друштву“? Да би се ово питање могло проценити Суд мора да размотри да ли су, водећи рачуна о околностима случаја у конкретном предмету, разлози изнети као оправдање мера, односно мешања релевантни и довољни за циљеве из става 2 члана 8.<sup>68</sup> Морају се пружити докази Суду да су законодавне *мере неопходне у конкретним околностима, и да право мора да буде примењено*. Када приликом доношења мера држава треба да оцени да ли су мере неопходне, и у тој оцени ужива слободу. Колика је та слобода, Суд оцењује према учењу о пољу слободне процене.<sup>69</sup> Да ли ће то поље бити уже, тј. ограничено, или шире, зависи од различитих чинилаца: ако је реч о важном аспекту постојања или идентитета појединца, то поље ће – уобичајено – бити ограничено, али ако не постоји консензус држава чланица Европске конвенције о релативној важности интереса о којем је реч, или о најбољем начину његове заштите, а нарочито у случајевима у којима се постављају питања морала или етике, поље слободне процене ће бити шире. Поље слободне процене државе ће редовно бити шире и тада, када би требало успоставити равнотежу између конкурентних приватних и јавних интереса или права која су заштићена Европском конвенцијом.<sup>70</sup>

У вези с овим Суд се с аспекта постојања консензуса између држава чланица по питању хетерологног *in vitro* оплођења (донација јајне и семене ћелије) позвао на упоредноправну студију Комитета о биоетици Савета Европе из 1998. године<sup>71</sup> и констатовао да се легислатива држава, ако уоп-

<sup>67</sup> Види став 90 пресуде Великог већа.

<sup>68</sup> Види став 91 пресуде Великог већа, са навођењем релевантних пресуда Суда.

<sup>69</sup> Види U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001, стр. 6; види, такође, T. A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly, годиште 4 (1982), стр. 474; M. R. Hutchinson, *The Margin of Appreciation in the European Court of Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, годиште 48 (1999), стр. 638.

<sup>70</sup> Види став 94 пресуде Великог већа.

<sup>71</sup> Види горе, белешка бр. 7.

ште постоји, веома разликује. Суд је, међутим, закључио и то да постоји јасан тренд у правцу допуштања донације гамета за циљеве *in vitro* оплођења и да се на тај начин показује да је европски консензус у настајању. Тај консензус, међутим, није резултат установљених правних начела у државама чланицама, већ је више одраз фазе у развоју једне динамичне области права. Из тих разлога Суд сматра да нема места значајнијем сужавању поља слободне процене држава, тим пре што коришћење *in vitro* третмана и даље изазива осетљива морална и етичка питања.<sup>72</sup>

У процењивању аргумената којима се Аустрија руководила у току доношења закона и оних одредаба које се односе на конкретна решења, као и тога да ли је успостављена правична равнотежа између јавних и приватних интереса, Суд је изнео своје аргументе одвојено за случај једног и другог брачног пара.

*Брачни пар којем је потребна донација јајних ћелија.* – Да би се испунила жеља овог брачног пара да имају дете које је генетски повезано бар са једним родитељем била би потребна *in vitro* фертилизација дониране јајне ћелије са семеним ћелијама мужа. Донирање јајних ћелија је, међутим, забрањено аустријским законом. Тај закон забрањује технике хетерологног вештачког оплођивања *in vitro*, и не познаје изузетке од правила. Влада Аустрије оправдава ову забрану неопходношћу у демократском друштву, јер могућности медицинских техника вештачког оплођења постављају осетљива морална и етичка питања и изазивају нелагодност код великих делова друштва како у погледу улоге, тако и у погледу могућности модерне репродуктивне медицине.<sup>73</sup> Аргументи Аустријске владе истичу да *in vitro* оплођивање носи ризик да ће се користити не само у терапеутске сврхе, веч и у циљеве као што је селекција деце; да постоји ризик да донација јајних ћелија доведе до експлоатације и понижења жене, нарочито оних које немају довољно новца; такве жене би могле да буду доведене у положај да дају више јаних ћелија него што је потребно да би саме могле да приуште себи *in vitro* оплођење; сама екстракција јајних ћелија је ризична – законодавац је сматрао да због изнетих разлога мора да смањи могуће ризике када је реч о трећим лицима као донорима.<sup>74</sup> Суд је оценио да се овакви аргументи о моралним аспектима и о друштвеној прихватљивости у области вештачког оплођивања морају озбиљно схватити, али да они не могу да буду једини разлози за потпуну забрану специфичне технике као што је донација јајне ћелије. Правна регулатива би морала да буде таква да се омогући узимање у обзир различитих легитимних интереса.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Види ставове 95-97 пресуде Великог већа.

<sup>73</sup> Види ставове 98-99 пресуде Великог већа.

<sup>74</sup> Види став 101 пресуде Великог већа.

<sup>75</sup> Види став 100 пресуде Великог већа.



Подносиоци представке су изнели став да би се наведени ризици могли смањити или отклонити даљим мерама легислативе, а постојеће нису довољне да потисну њихове интересе за дететом.<sup>76</sup>

Према оцени Суда, технике вештачког оплођења се развијају веома брзо и са аспекта науке, и са аспекта стварања правног оквира за њихово коришћење у медицини, те је нарочито тешко установити основе на којима ће се вредновати неопходност и прикладност легислативних мера, чије би се последице могле показати тек након извесног времена. Због тога државе сматрају неопходним да поступају у овом пољу уз нарочиту пажњу.<sup>77</sup> Суд је, такође, приметио да аустријски законодавац не забрањује вештачко оплођење, већ дозвољава само коришћење хомологне технике. Циљ је био да вештачко оплођење буде што сличније природном зачећу и да се очува основно начело *mater semper certa est*, да би се избегла могућност да два лица (биолошка и генетска мајка) претендују на биолошко материнство једног истог детета. У том смислу је аустријски законодавац покушао да помири могућност медицински потпомогнутог зачећа са постојећом нелагодом великих делова друштва у погледу могућности модерне репродуктивне медицине која поставља осетљива морална и етичка питања.<sup>78</sup>

Суд је прихватио да је законодавство аустрије могло да постави другачији правни оквир и да је могло да дозволи донацију јајних ћелија, јер такво решење познаје један број држава чланица Савета Европе; тако би и равнотежа интереса била правичнија. Питање, међутим, није било „на који начин се могло поступити“, већ да ли је у успостављању равнотеже интереса у одређеном тренутку држава прекорачила поље слободне процене.<sup>79</sup>

Суд је, стога приликом доношења одлуке узео у обзир да не постоји европски консензус по питању донације јајне ћелије за ин витро оплођење. Принципи *Ad hoc* Комитета експерата о напретку у биомедицинским наукама (САНБИ) из 1989. године<sup>80</sup> усвајају решење да се код *in vitro* оплођења користе гамете пара; Конвенција о људским правима и биомедицини из 1997. године и Додатни протокол из 2002. године не говоре ништа о овом питању, а Директива ЕУ 2004/23/ЕЗ се не односи на одлуке држава чланица које се тичу употребе или неупотребе било којег специфичног типа људских ћелија, укључујући ћелије земаља и ембрионалних матичних ћелија.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Види став 102 пресуде Великог већа.

<sup>77</sup> Види став 104 пресуде Великог већа.

<sup>78</sup> Види став 104 пресуде Великог већа.

<sup>79</sup> Види став 106 пресуде Великог већа.

<sup>80</sup> [www.coe.int/t/dg3/.../source/PMAprinciplesSANBI1989\\_en.doc](http://www.coe.int/t/dg3/.../source/PMAprinciplesSANBI1989_en.doc)

<sup>81</sup> Види став 107 пресуде Великог већа.

*Брачни њар којем је њојребна донација семених ћелија.* – Жеља другог брачног пара да имају дете које би било генетски повезано бар са једним родитељем могла је да буде остварена само коришћењем *in vitro* оплођивања донираном семеном ћелијом. Аустријски закон забрањује технику хетерологног вештачког оплођења *in vitro* те тако поништава остварење жеље брачног пара. Аустријски закон, међутим, дозвољава донацију семених ћелија за *in vivo* оплођење.<sup>82</sup>

Да ли је наведена забрана у складу са одредбом члана 8 Европске конвенције, Суд је размотрио у контексту правног оквира чији је забрана део, а не изоловано и независно од других одредби Закона о вештачком оплођењу. При том је посебно издвојио аргумент Аустријске владе да забрана донација гамета, која укључује треће лице у медицински поступак, представља *контрoверзно ишћињање у аустријском друшћиву, и даје њовода сложеним ишћињањима социјалне и ећичке љрироде о којима не њосћоји консензус*, а које изискује да се има у виду људско достојанство, добробит деце зачете коришћењем тих техника, спречавање негативних последица или потенцијалних злоупотреба. Суд је, имајући све изнето у виду, заузео став да је *забрана донације јајне ћелије комћиатћибилна са чланом 8 Европске конвенције*.<sup>83</sup>

Забрану донације семених ћелија у циљу *in vitro* оплођивања и дозволу донације семених ћелија у циљу *in vivo* оплођивања (која техника је била толерисана током одређеног периода и која је постала друштвено прихваћена) Суд је такође размотрио у контексту Закона о вештачком оплођењу, и прихватио став да има значај уравнотежења интереса: законодавац је имао намеру да помири друштвену реалност са својим принципијелним ставовима у области вештачког оплођивања.<sup>84</sup> Суд је у овом контексту истакао да аустријско право не забрањује одлазак у иностранство и подвргавање техникама вештачког оплођивања које су у Аустрији забрањене.<sup>85</sup>

Суд је, у складу са наведеним резонавањем закључио да аустријски законодавац није прекорачио поље своје слободне процене када је забранио донацију јајних ћелија за циљеве вештачког оплођивања, нити када је забранио донацију семених ћелија за циљеве *in vitro* оплођивања, те одредба члана 8 Европске конвенције није повређена у односу ниједног подносиоца представке.<sup>86</sup>

*Повреда одредбе члана 14 Евројске конвенције о забрани дискриминације у конћекстћу одредбе члана 8.* - Подносиоци представке су навели да за-

<sup>82</sup> Види став 109 пресуде Великог већа.

<sup>83</sup> Види став 113 пресуде Великог већа.

<sup>84</sup> Види став 114 пресуде Великог већа.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> Види ставове 115-116 пресуде Великог већа.

брана *in vitro* хетерологног вештачког оплођења прописана аустријским Законом о вештачком оплођењу вређа њихова права из члана 14 а у вези са чланом 8 Европске конвенције. Овај захтев Суд није посебно разматрао, смаatraјући да његови ставови у вези са повредом одредбе члана 8 дају одговор и на разлоге представке који се односе на члан 14 Европске конвенције.<sup>87</sup>

### 3. Уместо закључка

У новембру 2011. године на веб страни Савета Европе, тј. Европског суда за људска права објављена је информација која носи наслов „Репродуктивна права“.<sup>88</sup> Информација, на којој је наведено да листа није исцрпна, нити обавезује Суд, садржи податке о предметима у којима је Суд одлучио или у којима је у току поступак пред Судом у периоду од 2000. до 2011. године. Наслов информације указује на заједнички именитељ за који су наведени предмети непосредно или посредно везани и око којег су предмети разврстани у категорије по природи спорних питања везаних за људска права заштићена Европском конвенцијом. Те категорије су: медицински потпомогнуто зачеће, пренатални медицински тестови, заштита здравља трудница, принудна стерилизација и рађање код куће. Пажња у овом раду је уперена на медицински потпомогнуто зачеће у првом реду због чињенице да је у Србији тек 2009. године усвојен Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, који је почео да се примењује 1. јануара 2010. године, од када су отворене јасне могућности за остваривање и заштиту права грађана и створена правна сигурност у овом домену. Овакво правно стање укључује и могућност да се грађани обратe Суду за људска права у Страсбуру, ради заштите својих права у овој области. Стога је праћење праксе овог Суда корисно како за грађане, тако и за законодавне органе и органе правосуђа.

Информација садржи податке за четири предмета који се односе на медицински потпомогнуто зачеће<sup>89</sup>, од којих су одабрана два, која се непосредно односе на лечење неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог зачећа и у којима су подносиоци представки истицали повреду права на поштовање приватног и породичног живота под који су подведена права из области биомедицински потпомогнутог зачећа. Две пресуде

<sup>87</sup> Види став 120 пресуде Великог већа.

<sup>88</sup> Види веб страну [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES\\_droits\\_procr%C3%A9ation\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES_droits_procr%C3%A9ation_EN.pdf), посећену последњи пут 25. новембра 2011. године.

<sup>89</sup> *Evans v. United Kingdom*, no. 6339/05, пресуда од 10.4.2007.г.; *Dickson v. United Kingdom*, no. 44362/04, пресуда од 4.12.2007.г.; *S.H. and Others v. Austria*, no. 57813/00, пресуда од 3.11.2011.г.; *Daniela Knecht v. Romania*, no. 10084/10, поступак у току.

нису довољне за уопштавање, као ни за установљење начела, одређивање праваца праксе. Могу, међутим, да покажу оквире у којима се Суд за људска права креће у разматрању ове проблематике унутар члана 8 Европске конвенције.

Пресуде у предметима Еванс против Уједињеног Краљевства и С.Х. и други против Аустрије показују да је појам приватног живота довољно широк да *обухвати* аспекте биомедицински потпомогнутог зачећа из којег се црпи право на поштовање одлуке да се постане генетски родитељ (предмет Еванс), и право брачних парова и ванбрачних партнера да зачну дете и у том циљу користе поступке медицински потпомогнутог зачећа (предмет С.Х. и други).

Приказане пресуде показују да национално законодавство европских држава питања поступака биомедицински потпомогнутог зачећа регулишу различито, и то утиче на тумачење става 2 члана 8 Европске конвенције према којем се у крајњем исходу цени повреда права на приватни живот. Због непостојања европског консензуса у овој материји, поље слободне процене држава у регулисању поступака биомедицински потпомогнутог зачећа је широко. Оно је, међутим, подложно оцени са аспекта поштовања права појединца на поштовање приватног живота. Да би национални пропис, односно нека његова одредба која представља мешање у право из члана 8 била у складу Европском конвенцијом мора да има легитимни циљ и мора да буде неопходан у демократском друштву. Легитимни циљ у овом домену представља заштита здравља и морала, као и заштита права и слобода других.

Пресуде показују да је област биомедицински потпомогнутог зачећа осетљив терен: обе су утврдиле да националним прописима нису повређена права појединаца на поштовање приватног живота. Међутим, у предмету Еванс против Уједињеног Краљевства одлука Великог већа усвојена је са 13 гласова за и четири гласа против, исто као и у предмету С.Х. и други против Аустрије, с тим да је у овом другом предмету један од судија гласао за одлуку, али је издвојио посебно мишљење у погледу одређених разлога у образложењу.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Види издвојено мишљење четворо судија, предмет бр. 6339/05; као и посебно мишљење једног судије и издвојено мишљење четворо судија који су гласали против одлуке.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor  
Faculty of Law Novi Sad*

## **Issues of Biomedically Assisted Fertilization Before the European Court of Human Rights**

### *Abstract*

The development of biomedicine has led to the birth of the first test-tube baby in 1978, and that event gave enormous impetus for further development of biomedically assisted fertilization, but also for the development of supporting legislation. Biomedically assisted fertilization and its application raises sensitive social and moral issues, so states retain their sovereign rights in this area and enact rules and regulations that reflect their national legislative policy. Comparative studies across Europe show that national legal acts are in force in many countries, but differences exist and states persist on them. Legal regulation of biomedically assisted fertilization provides legal security for individuals who are subjected to it, making easier the legal protection in cases where individual rights are violated.

This paper presents two recent judgments of the European Court of Human Rights, the subject matter of which are issues of biomedically assisted fertilization, where legal remedy is sought under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Both judgments are in favor of the states against which complaints are filed by individuals: the Court ruled that national regulations have not violated the right to respect for the individual's private life.

Key words: biomedically assisted fertilization, right to respect for private life, right to respect the decision to become a genetic parent, right of couples to conceive a child and to use medically assisted fertilization