

*Др Раденка Цвејић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПРАВНА СПОСОБНОСТ И БИОМЕДИЦИНА¹ – биомедицинска дискриминација –

Сажетак: У раду се, полазећи од појма правне способности као оштре правне могућности признаје од стране правног поретка да се буде ималац права и обавеза, разматра домаћај ајсолућне уставне гаранције права на правну личност, као и смисао уставног начела о забрани дискриминације из које произиће једнакост свих пред Уставом и законом. Пажња је усмерена и на моменат стицања правне способности односно правног субјективитета. Након тога размотрено је питање да ли је ограничење круга субјеката права на присвојителника асистираних репродукције (посвојак биомедицински попомоћнућој ојлођења) у својојности са утврђеним правилима о правној способности, то јест да ли се ради о својерсној биомедицинској дискриминацији.

Кључне речи: правна способност, правни субјективитет, једнакост пред законом, субјект права на посвојак биомедицинској зачећа, дискриминација

Елементи појма правне способности

Правну способност схваћену као способност да се буде ималац права и обавеза, физичка лица стичу рођењем, а правна лица кроз посебан поступак признања правног субјективитета од стране правног поретка одређене државе. Правна способност представља један од елемената правног субјективитета и физичких и правних лица. Остали елементи су пословна и де-

¹ Овај чланак садржи резултате истраживања у оквиру пројекта који финансира Министарство за науку и технолошки развој, са темом *Биомедицина, заштитна животној средине и право* (број пројекта 179079).

ликтна способност и они представљају позитивну или негативну реализацију опште правне могућности да се буде ималац права и обавеза.² Тема овог рада ограничава наше бављење правном способношћу на правну способност физичког лица.

Правна способност физичког лица може се означити као елемент његовог правног субјективитета (уз пословну и деликтну способност),³ али се на одређени начин може и поистоветити са правним субјективитетом. Наиме, физичко лице постаје субјект права моментом рођења, што је истовремено и релевантни моменат за стицање правне способности. Док су остали елементи правног субјективитета везани за одговарајући степен способности за расуђивање, што нужно подразумева одређени узраст,⁴ стицање правне способности условљено је једино чињеницом живорођености.⁵ То има за последицу привид „... да је правна способност дар рођења или урођено својство. *Међушим, својство њравној субјекта је њравна каџеорија и сџиче се на основу њризнања од сџиране њравној њорейка.*“⁶

² Обрен Станковић у: Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у ѓрађанско ѓправо*, Београд, 1995, стр. 62: „За разлику од правне и пословне способности, деликтна способност у грађанском праву није правна привилегија (да се нешто има, да се изјавом своје воље нешто прибави и уопште произведе правно дејство), већ правна изложеност санкцији, која је по својој природи имовинска и састоји се у обавези накнаде штете.“

³ О правној способности може се говорити и као елементу који одређује правни положај или правни статус неког лица. Видети: Душан Николић, *Увод у сисџем ѓрађанској ѓправа*, Нови Сад, 2010, стр. 236: „*Правни ѓоложај* или *ѓравни сџајџус* одређује да ли неко лице може: да буде носилац појединих грађанских субјективних права и обавеза (правна способност); да изјавом своје воље стиче, мења и укида (гаси) права и обавезе (пословна способност); да одговара за штетне последице својих поступака (деликтна способност); да самостално штити своја права у поступку пред судом (процесна способност).“

⁴ О примерености/непримерености постојећих старосних граница за стицање пословне и деликтне способности видети: Dubravka Klasiček i Davorin Pichler, *О пословној, опоруџној и деликтној способности дјетета*, у: *Дјете и право*, Осџек, 2009, стр. 117-138. Треба нагласити да одговарајући узраст, сам за себе, не подразумева ни пословну ни деликтну способност управо због чињенице њихове нераскидиве везаности за способност за расуђивање. То има за последицу да недостатак способности за расуђивање доводи до ограничења или лишења већ стечене пословне способности, односно до деликтне неодговорности упркос одређеним годинама старости.

⁵ Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 53: „Потпуна (истовремено и општа) правна способност, на основу које су појединцу доступна (под прописаним условима) сва права која правни поредак познаје, стиче се рођењем, под условом да је дете рођено живо. Како је, пак, то редован случај, законска је претпоставка да је дете живо рођено а ко (у циљу остварења неких својих интереса) тврди супротно, то мора и доказати, то јест да је дете рођено мртво (при чему је без значаја да ли је смрт наступила у току самог порођаја или још раније).“ О домањају претпоставке живота видети: Душан П. Радоман, *Живој се ѓреџијосџа-вља*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 5/1980, стр. 48- 53.

⁶ Радмила Ковачевић Куштримовић у: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у ѓрађанско ѓправо*, Ниш, 2008, стр. 111.

Управо због чињенице да је правна способност правна категорија, а не урођено својство, могуће је било да вековима буду различити појмови физичко лице (као субјект права) и човек (као биолошко биће), те да одређена права буду призната и зачетом, а још нерођеном детету (*nasciturus*).⁷ То, са друге стране, значи да се може поставити питање оправданости везивања правног субјективитета и правне способности за моменат рођења, те да је могуће замислити да ће у будућности ово питање бити другачије регулисано.

Наиме, питања када почиње човеков живот и када његова правна заштита могу добити другачији одговор од постојећег, што правни поредак може потврдити својом регулативом. Наводимо један од могућих приступа изнет у нашој правној литератури пре две деценије: „Правни субјективитет и заштиту требало би признати од зачећа. Већ тада је положена генетска шифра човека, и већ тада се тај живот као људски разликује од живота свих других врста. Након зачећа не настаје ни једна промена која би била квалитативна: успостављање повратне спреге, недељивост јајне ћелије, настанак органа, нервног система, рођење итд. не представљају ништа ново за квалификовање тог живота као људског живота. Зато нема основе да се жртвује било који период непроменљивог квалитета, да се људски живот неповољније третира у неком периоду него у другом.“⁸

Одговори на питање који моменат, ако то већ није рођење, треба сматрати одлучујућим за настанак човека и од којег му треба пружити правну заштиту као правном субјекту, многобројни су и сви наизглед логични и оправдани.⁹ Међутим, полазећи од позитивноправних решења и преовлађујућег мишљења, може се констатовати да безусловно признавање правног субјективитета зачетку није реална опција.¹⁰ Следствено томе, закључак је да се правна способност (правни субјективитет) стиче рођењем (жи-

⁷ Може се рећи да је римско право још од Закона XII таблица штитило човека и пре његовог рођења (у мајчиној утроби; *qui in utero sunt*), предвиђајући казну за оног ко сахрани жену у поодмаклој трудноћи, а да пре тога не извади дете и провери да ли је способно за живот. Класично римско право даје наследна права нерођеном детету (под условом да се живо роди) и уводи институт стараоца нерођеног детета. Видети: Антун Маленица, *Римско право*, друга свеска *Институције римског права*, Нови Сад, 2006, стр. 49.

⁸ Владимир. В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 1991, стр. 3.

⁹ *Ibidem*. Видети упућивање на литературу дато у напомени бр. 3. Као могући моменти наводе се: „1) час зачећа, оплодње јајне ћелије; 2) 4. дан по зачећу (од када се успоставља повратна спрега између организма мајке и јајне ћелије); 3) 12. дан по зачећу (од када спора не може више да се дели); 4) 14. дан по зачећу одн. 28. дан после почетка последње менструације (као време нидације, учвршћења оплођене јајне ћелије у матерични зид); 5) 40. дан по зачећу (као време процеса образовања великог мозга).“

¹⁰ Радмила Ковачевић Куштримовић, *op. cit.*, стр. 111: „Признање безусловног субјективитета зачетку није реално. Оно би захтевало потпуну заштиту права на живот детета, укључујући и заштиту од права мајке на прекид трудноће.“

ворођеност, која се претпоставља, без икаквих додатних услова), а да се зачетку признају одређена права чија се реализација одлаже под условом да се дете живо роди. Како је круг права која се признају зачетку све шири, постало је уобичајено да се говори о условљеном субјективитету зачетог а још нерођеног детета.¹¹

Правни појам *физичко лице* означава 1) човека као биолошко биће 2) коме је правни поредак признао правни субјективитет. Некада је то разликовање имало суштински карактер будући да нису сви људи били признати као правни субјекти.¹² Данас се не прави разлика у том смислу јер је сваки човек субјект права, што представља значајну цивилизацијску тековину. Она је изричито прокламована у *Ојшћој декларацији о љавима човека*.¹³ „Свако има право да свуда буде признат као правни субјект“ (члан 6).

У Уставу Републике Србије из 2006. године, у делу *Људска љрава и слободе*, правни субјективитет гарантује се сваком лицу у члану 37 *Право на љравну личност*: „(1) Свако лице има правну способност. (2) Лице пунолетством стиче способност да самостално одлучује о својим правима и обавезама. Пунолетство наступа са навршених 18 година. (3) Избор и коришћење личног имена и имена своје деце слободни су.“ Ова уставна гаранција апсолутног је карактера, јер право на правну личност спада у групу зајемчених права у погледу којих нису дозвољене мере одступања од људских и мањинских права за случај рата или ванредног стања предвиђене у члану 202 Устава Републике Србије.¹⁴

Једнакост пред Уставом и законом – забрана дискриминације

Постојање правног субјективитета као општег својства личности је основ за уставно начело правне једнакости односно једнакости пред законом.¹⁵ Уставом Републике Србије у члану 21 *Забрана дискриминације* из-

¹¹ Упореди: Радмила Ковачевић Куштримовић, *op. cit.*, стр. 111-112; Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 53; Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 3-4; Душан Николић, *op. cit.*, стр. 11-12; Даница Попов, *Грађанско љраво (ојшћи део)*, Нови Сад, 2007, стр. 75-77.

¹² О томе видети више у: Даница Попов, *op. cit.*, стр. 73; Радмила Ковачевић Куштримовић, *op. cit.*, стр. 109-110; Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 52.

¹³ *The Universal Declaration of Human Rights*, усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација (Резолуција 217 А /III, од 10. децембра 1948. године).

¹⁴ О разлогу постављања питања уставности законских одредби које регулишу ограничење пословне способности упркос уставној гаранцији која то нити допушта, нити на то упућује, видети: Маријана Пајванчић, *Коменћар Усћава Републике Србије*, Београд, 2009, стр. 52.

¹⁵ О потреби разликовања овог уставног и општег начела (где се једнакост тиче односа према закону) од грађанскоправног (дифернцијалног) начела равноправности (правне једнакости, координације) учесника грађанскоправног односа (које се тиче узајамног односа странака у датом правном односу), те о, у оба случаја, само формалној једнакости, видети у: Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 63-64.

ричито је утврђено: „(1) Пред Уставом и законом сви су једнаки. (2) Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. (3) Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. (4) Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.“ Оваква уставна одредба представља потврду прокламације из члана 7 *Ойшше декларације о њравима човека*¹⁶, као и одредбе члана 14 *Евројске конвенције о људским њравима*.¹⁷

Уставна гаранција добила је законску потврду и разраду доношењем Закона о забрани дискриминације.¹⁸ Њиме је уређена општа забрана дискриминације, облици и случајеви дискриминације, поступци заштите од дискриминације и установљен самосталан и независни државни орган за заштиту равноправности (Повереник). Приликом прописивања шта се сматра дискриминацијом и дискриминаторским поступањем, законодавац је навео најчешће основе дискриминације, уз остављање могућности да се може радити и о другим личним својствима (стварним или претпостављеним).¹⁹ Иако само егзампларно, набрајање је врло детаљно,²⁰ што изражава

¹⁶ „Сви су пред законом једнаки и имају право без икакве разлике на подједнаку законску заштиту. Сви имају право на једнаку заштиту против било какве дискриминације којом се крши ова Декларација и против сваког подстицања на овакву дискриминацију.“

¹⁷ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights)* усвојена је у Савету Европе 4. новембра 1950. године, а ступила је на снагу 3. новембра 1953. године. Србија (тада у саставу Државне заједнице Србија и Црна Гора) потписник је постала 3. априла 2003. године, а ратификација је извршена и Конвенција је ступила на снагу 3. марта 2004. године. Члан 14 (*Забрана дискриминације*) Конвенције 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.“ Видети више о примени члана 14 Конвенције у: Donna Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima* (3. izdanje), on line, str. 156-164; http://www.cedem.me/fajlovi/editor_fajlovi/projekti/Kratak_vodic_kroz_Evropsku_konvenciju_o_ljudskim_pravima.pdf (pristup 17. novembar 2011)

¹⁸ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 22/2009.

¹⁹ Члан 2, ст. 1, тачка 1 Закона о забрани дискриминације: „Изрази „дискриминација“ и „дискриминаторско поступање“ означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању,

тенденцију да се у моменту доношења закона именују сви у животу заступљени и реално очекивани основи дискриминације.

Ако, због чињенице да је правна способност универзално својство сваког човека, нема више суштинске разлике између физичког лица као субјекта права и човека као биолошког бића, треба и даље правити разлику при употреби појма човек (лице) и грађанин.²¹ Наиме, упркос чињеници да је данас веома широк круг права која су доступна странцима под једнаким условима као и домаћим држављанима, свака држава поједина права резервише за своје држављане (грађане), док нека чини доступним странцима само уз испуњеност неког додатног услова (најчешће услова узајамности).²² У складу с таквим ставом и наша држава је у погледу положаја странаца утврдила уставно начело по којем странци, у складу са међународним уговорима, имају сва права зајемчена Уставом и законом осим оних која су самим Уставом или законом резервисана само за држављане Републике Србије.²³

Конвенција о људским правима и биомедицини

*Конвенција за заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини*²⁴ - Србија је потписница Конвенције од 9. фебруара 2005. године, а ратификација је извршена 15. децембра 2010. године.²⁵ Инструмент

рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима (у даљем тексту: лична својства).“

²⁰ Детаљније у односу на *Европску конвенцију о људским правима* (члан 14) и Устав Републике Србије (члан 21).

²¹ У том смислу у Закону о забрани дискриминације (члан 2, ст. 1, тачка 2 и 3) изричито је утврђено: „изрази „лице“ и „свако“ означавају оног ко борави на територији Републике Србије или на територији под њеном јурисдикцијом, без обзира на то да ли је држављанин Републике Србије, неке друге државе или је лице без држављанства, као и правно лице које је регистровано, односно обавља делатност на територији Републике Србије,“ а „израз „грађанин“ означава лице које је држављанин Републике Србије.“

²² Упореди: Даница Попов, *op. cit.*, стр. 98-99; Радмила Ковачевић Куштримовић, *op. cit.*, стр. 133; Душан Николић, *op. cit.*, стр. 123; Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 63.

²³ О којим се правима ради, као и мишљење да је наведена уставна норма непрецизна, видети више у: Маријана Пајванчић, *op. cit.*, стр. 26-27.

²⁴ *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, сачињена је у Овиједу и отворена за потписивање 4. априла 1997. године, а ступила је на снагу 1. децембра 1999. године (након пет ратификација, укључујући четири чланице Савета Европе, у складу са чл. 33, ст. 3 Конвенције).

²⁵ Закон о потврђивању Конвенције и текст Конвенције објављени су у *Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори*, бр. 12/2010. У складу са чл. 33, ст. 4 Ко-

о ратификацији предат је 10. фебруара 2011. године, тако да је ова Конвенција за Србију ступила на снагу 1. јуна 2011. године.²⁶

Основна интенција Конвенције је да се обезбеди коришћење резултата евидентног и перманентног развоја биологије и медицине за добробит човечанства, а да се при томе спречи злоупотреба у циљу заштите људског достојанства. „Државе потписнице Конвенције из Овиједа сагласиле су се да је неопходно штитити људска права, фундаменталне слободе, дигнитет и идентитет људског бића. То је објективни оквир за примену биомедицине и њених достигнућа.“²⁷ У основи оваквог приступа је страх од могуће злоупотребе биомедицинских поступака, што је уочљиво и кроз изричито утврђење да интерес и добробит људског бића имају предност над самим интересом друштва или науке (члан 2 Конвенције).²⁸ Такође, наглашена је неопходност слободног и релевантног пристања оног лица на којем захват треба предузети, под претпоставком да је оно на одговарајући начин информисано о сврси и природи захвата, те његовим последицама и ризицима, као и могућност да се слободно и у било које време пристањак повуче (члан 5 Конвенције).²⁹

Нужност опреза и нужност примене научних достигнућа за добробит људи, а пре свега у интересу очувања и унапређења здравља, треба помирити одговарајућом регулативом. При томе, међутим, треба бити опрезан да прописани оквир примене биомедицинских поступака остане у оквиру уставних гаранција и опште забране дискриминације.

Законска регулатива о биомедицински потпомогнутом зачећу у Србији

Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења донет је 2009. године.³⁰ Њиме су регулисани услови, на-

нвенције разликују се датуми доношења Закона о ратификацији (15. децембар 2010.) и саме ратификације и ступања на снагу у смислу стварања међународноправне обавезе за Србију (10. фебруар 2011./1. јун 2011.)

²⁶ Подаци са званичног сајта Савета Европе (<http://convention.coe.int>). Према подацима на дан 25. новембра 2011. године (дан приступа сајту) број земаља које су ратификовале ову Конвенцију је 28, а још 7 земаља је потписало Конвенцију а није извршило ратификацију.

²⁷ Филип Турчиновић, *Конвенција из Овиједа – Евројска повеља о биоетици*, МП 1-2/2002, стр. 147 (чланак је доступан on line: <http://www.doiserbia.nb.rs>).

²⁸ Конвенција се састоји из преамбуле и 38 чланова распоређених у XIV поглавља. О садржини саме Конвенције и пратећим Протоколима видети: Драгослав М. Маринковић, *Декларације о џенетским подацима и конвенције о љавима човека и биомедицини*, стр. 5-6 чланак је доступан on line: <http://www.dsgenetika.org.rs/pdf/Marinkovic.pdf>.

²⁹ Прописан је и посебан механизам заштите лица која нису способна дати пристањак као и лица с менталним поремећајем (чл. 6-7 Конвенције).

³⁰ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2009.

чин и поступак лечења неплодности код жена и мушкараца поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења (БМПО).³¹ Без упуштања у анализу целог Закона, задржаћемо се само на оним његовим одредбама које сматрамо неопходним за тему овог рада.

При објашњењу значења појединих израза употребљених у Закону (чл. 3), одређено је да је поступак БМПО контролисани поступак оплођења жене који се спроводи у складу са савременим стандардима медицинске науке, који је различит од полног односа и који се спроводи у складу с овим законом (чл. 3/тачка 2).³²

Законом је изричито прописано да је циљ поступка БМПО рађање детета, уз изричиту забрану започињања поступака БМПО ради спровођења научних истраживања на ембриону (чл. 24).

Уочљива је бројност начела односно најопштијих правила која представљају полазиште и оквир регулисања овог питања: начело медицинске оправданости БМПО, начело заштите људског бића, начело општедруштвеног интереса, начело заштите права детета и лица повезаних са БМПО, начело једнакости, начело слободе одлучивања, начело заштите људског достојанства, начело заштите приватности и начело безбедности. То само говори да се ради о материји при чијем регулисању треба бити веома обазрив, јер погрешно поступање може имати негативне последице у области људских права и слобода.

У том смислу биће размотрена адекватност регулативе у погледу круга субјеката права на поступке БМПО и њен утицај на правну способност физичког лица. При томе, имаћемо у виду полазиште законодавца да се ради о *лечењу неплодности* поступцима БМПО, те неопходности да је оно

³¹ Закон садржи 80 чланова распоређених у XIV глава: Основне одредбе (чл. 1-3), Начела поступка БМПО (чл. 4-12), Организација здравствених установа које обављају поступке БМПО (чл. 13-22), Поступак лечења неплодности поступцима БМПО (чл. 23-39), Поступак БМПО са репродуктивним ћелијама донора и раним ембрионима (чл. 40-55), Забрањене активности у поступку БМПО (чл. 56), Чување семених ћелија, неоплођених јајних ћелија и раних ембриона (чл. 57-59), Научноистраживачки рад (чл. 60), Медицинска документација и евиденција (61-64), Очинство и материнство лица зачетих путем БМПО (чл. 65-66), Надлежност Управе за биомедицину у поступцима БМПО (чл. 67-69), Надзор (чл. 70), Казнене одредбе (чл. 71-75, Прелазне и завршне одредбе (чл. 76-80).

³² Поступци БМПО предвиђени су у чл. 23 (унутартелесно и вантелесно оплођење). О могућој класификацији поступак БМПО односно техникама медицински асистираних репродукције видети: Ruth Deech and Anna Smajdor, *From IVF to Immortality (Controversy in the Era of Reproductive Technology)*, Oxford University Press, 2007, str. 15-28; Гордана Ковачек Станић, *О моделу закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, у *Лейслајвца о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Нови Сад, 2008, стр. 8-17; Сандра Јосић, *Субјектни њосијука in vitro фертилизације у ујоредном љраву и њихов љравни љоложај*, дипломски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 8-13.

медицински ојравдано, односно да се спроводи у случају када лечење неплодности другим поступцима није могуће или има значајно мање шансе за успех и уколико се на тај начин не доводи до неприхватљивог ризика по здравље, живот и безбедност мајке, односно детета (члан 4).

Субјекти права на поступке биомедицински потпомогнутог оплођења

При одређивању која лица имају право на лечење неплодности поступцима БМПО, законодавац се определио за приступ привилеговања жене и мушкарца који воде заједнички живот. Наиме, право на овај вид лечења резервисано је за мушкарца и жену: 1) који су пунолетни и пословно способни,³³ 2) који воде заједнички живот у складу са законом којим се уређују породични односи – дакле, да се ради о супружницима или ванбрачним партнерима, 3) који су, с обзиром на године живота и опште здравствено стање, способни да врше родитељску дужност, и 4) који су у таквом психо-социјалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способни да обављају родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета (чл 26/1). Сви наведени услови морају бити кумулативно испуњени у моменту зачећа³⁴ (односно уношења полних ћелија или ембриона у тело жене).

Овде се може поставити питање³⁵ на који начин ће се утврђивати да ли су испуњени услови у погледу способности вршења родитељских дужности у складу са најбољим интересом детета. Одговор на питање на који начин ће се то чинити, подразумева да буде одређен надлежни орган или институција која ће то утврдити и сам поступак који треба у том циљу спровести. Осим тога, непостојање било какве одговорности оног ко утврђује испуњеност наведених услова може обесмислити њихово прописивање. Али, исто тако, оправдано је и питати се до које мере треба ићи, односно колико треба бити строг у том утврђивању. С друге стране, треба има-

³³ Законска формулација је непрецизна: „Право на лечење неплодности поступцима БМПО имају пунолетна и пословно способна жена и мушкарац ...“ Језичко тумачење ове норме доводи нас до закључка да се инсистира само на томе да је жена пунолетна и пословно способна, а не и мушкарац, што сигурно није била намера законодавца.

³⁴ И овде би се могла уочити непрецизност у формулацији: „Заједница живота из ст. 1. овог члана мора постојати у моменту уношења полних ћелија, односно ембриона у тело жене.“ (чл. 26/2) Будући да је заједница живота један од изричито предвиђених услова, али да се у погледу актера те заједнице захтевају одређени услови (пунолетство, пословна способност и др.), далеко адекватнија формулација овог става чл. 26 била би: Сви наведени услови морају бити кумулативно испуњени у моменту зачећа.

³⁵ Што је већ учињено у нашој литератури; видети: Гордана Ковачек Станић, *Породичнојравни аспекти биомедицински пошћомоћнућој оплођења у љраву Србије и европским љравима*, Зборник Матице српске за друштвене науке, свеска 131/2010, стр. 417.

ти у виду да би детаљно уређење свих ових питања значајно успорило поступак БМПО, што би само продужило патњу, јер овом поступку се најчешће и прибегава после дуготрајних покушаја природног зачећа.³⁶

Ако су испуњени наведени услови, потребно је још утврдити да се ради о супружницима, односно ванбрачним партнерима којима није могуће помоћи другим медицинским поступцима лечења неплодности, односно за које се према савременим стандардима медицинске науке и праксе не може очекивати да ће доћи до зачећа и рађања детета полним односом. (чл. 27/1) Изузетак се прави када се поступком БМПО спречава преношење наследних болести на дете. (чл.27/2)

Од правила да су само партнерима (брачним или ванбрачним) доступни поступци БМПО предвиђен је и један изузетак. Наиме, „Изузетно, право на лечење неплодности поступцима БМПО има и пунолетна и пословно способна жена која сама живи и испуњава услове из става 1. овог члана, уз споразумну сагласност министра надлежног за послове здравља и министра надлежног за породичне односе, ако за то постоје оправдани разлози.“ (чл. 26/3) Међутим, жена која по годинама живота и општем здравственом стању није способна да рађа, односно која је у годинама живота које нису измерене за рађање, не може бити укључена у поступак БМПО.³⁷

Сматрамо да је овакво правило потпуно непримерено, чак и ако се пође од претпоставке да је оправдано да се жени која нема партнера само изузетно призна право на лечење неплодности поступцима БМПО. Предвидети да је за то неопходан споразум два министра (за послове здравља и породичне односе) у најмању руку је претерано. Ако неко треба да одлучује о постојању оправданих разлога за примену овог изузетка онда би то свакако требало да буде суд, аналогно одлучивању у сличним стварима (давање дозволе за закључење брака малолетном лицу, признавање потпуне пословне способности малолетном родитељу старијем од 16 година³⁸). Поред тога, додатна компликација би могла бити у погледу тога шта треба

³⁶ У том смислу много је рационалнија одредба која је била предложена у Моделу закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ: „(1) Право на поступке БМПО имају супружници и ванбрачни партнери између којих постоји ванбрачна заједница (у даљем тексту ванбрачни партнери) за које се према савременим стандардима биомедицинске науке и праксе не може очекивати да ће до зачећа доћи путем полног односа, а није им могуће помоћи другим поступцима за лечење неплодности. (2) Изузетно право на поступке БМПО имају супружници и ванбрачни партнери и када се тим путем спречава преношење тешке наследне болести на дете. (3) Брак или ванбрачна заједница морају постојати у моменту уношења полних ћелија или раних ембриона у тело жене.“ Видети у: Гордана Ковачек Станић, *Љейслајива о људској репродукцији ...*, стр. 38

³⁷ Изричита забрана садржана у Закону (чл. 26/4).

³⁸ Видети чл. 11 и 23/2 Породичног закона (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005).

сматрати оправданим разлогом. „Који разлози ће се сматрати нарочито оправданим за сада се не може са сигурношћу рећи, а зависиће од оцене надлежних министара. Разлог треба да буде медицинске природе, имајући у виду да се поступак БМПО спроводи у смислу лечења неплодности... Осим тога, мора бити поштовано и начело медицинске оправданости ... На основу тога, може се претпоставити да се хомосексуална оријентација жене или немогућност да се родитељство оствари само због тога што жена нема партнера неће сматрати оправданим разлозима.“³⁹ Ипак, могућ је и другачији приступ, што се види из искуства земаља које допуштају зачеће неудате жене уз помоћ биомедицине. Наиме, чак и у случају када жени није дозвољен безусловни приступ методама асистираних репродукције, већ само уколико постоје одговарајуће медицинске индикације, може се добити другачији одговор. „У Русији где је допуштено зачеће неудате жене уз помоћ биомедицине, недостатак, непостојање мушког партнера је од стране Министарства здравља идентификовано као 'медицинска' индикација за вештачку инсеминацију спермом непознатог донора. Идентична ситуација је и у Шпанији, државама САД, што говори да је термин 'медицинска индикација', веома растељив.“⁴⁰

Закључне напомене

Након анализе важећег правила, оправдано се може поставити питање да ли лицима без (сталног) партнера признати право на поступке БМПО, односно лечење неплодности овим путем. Упркос чињеници да је у упоредном праву приступ поступку БМПО најчешће условљен постојањем заједнице живота (с брачним или ванбрачним партнером),⁴¹ сматрамо да се могу истаћи аргументи у прилог другачијем схватању и правилу.⁴²

³⁹ Гордана Ковачек Станић, *Породичноправни аспекти биомедицински ...*, стр. 419.

⁴⁰ Драгица Живоиновић, *Право на зачеће уз помоћ биомедицине*, Правни живот, бр. 10/2006, стр. 221.

⁴¹ Видети: *Лейслајива о људској репродукцији ...* за аустријско право на стр. 63 (чл. 2. Закона о медицинској оплодњи), за француско право на стр. 103 (чл. L. 152-2. Закона бр. 94-654 који се односи на донацију и употребу делова и продуката људског тела, на медицински асистираних прокреацију и пренаталну дијагностику), за италијанско право на стр. 227 (чл. 5. Закона о медицински асистираним зачећу), за словеначко право на стр. 241 (5. члан Закона о лечењу неплодности и поступцима оплодње уз биомедицинску помоћ), за швајцарско право на стр. 262 (чл. 3. Савезног закона о медицински потпомогнутој оплодњи). У Шведској право на БМПО није признато лицима без сталног партнера, али је специфично то што је признато жени која живи у истополној заједници (жена која роди дете је мајка детета, а друга жена добија статус родитеља. Наведено према: Гордана Ковачек Станић, *О моделу Закона о људској репродукцији...*, стр. 17-18.

⁴² Доказ за то је чињеница да све више земаља дозвољава женама без сталног партнера да се подвргну поступцима БМПО. Од европских земаља то су Холандија, Шпанија,

Аргументи су бројни и за и против ограниченог / неограниченог приступа поступцима БМПО.⁴³ Међутим, сматрамо да у овом моменту постоји довољан правни оквир да се ово право призна сваком без условљавања постојањем партнерског односа. Могло би се рећи да је то био и смисао алтернативно предложене одредбе у погледу субјекта права на поступак БМПО у Моделу закона о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ.⁴⁴ Полазиште алтернативног правила⁴⁵ је да право на поступке БМПО има свако лице. Овај крајње либералан приступ ублажен је предвиђањем да ће уколико лице не живи ни у браку ни у ванбрачној заједници о праву на БМПО одлучивати суд узимајући у обзир заштиту најбољег интереса детета које ће се родити.

Пре свега треба поћи од чињенице да је правна способност, о чему је већ било речи, општа и једнака за све, те да се ради о својству личности које се признаје сваком човеку од момента рођења. То има за последицу да су сви једнаки пред уставом и законом односно да је забрањена дискриминација. Поред тога, као апсолутно заштићена Уставом је утврђена слобода одлучивања о рађању.⁴⁶ Затим, Законом о забрани дискриминације, као један од основа по којима се изричито забрањује дискриминација предвиђен је брачни и породични статус.⁴⁷ Имајући све то у виду прављење разлике у погледу приступа поступцима БМПО због чињенице да неко нема сталног партнера с којим је у заједници живота може се сматрати неоправданим, те као таквим дискриминаторским. Сматрамо да ту не може суштински би-

Белгија, Велика Британија, Данска. То за собом повлачи масовни долазак у те земље ради зачећа (тзв. репродуктивни туризам). Након што је у Данској 2007. године извршена либерализација услова за биомедицински асистирани репродукцију велики је број жена (без партнера или хомосексуалне оријентације) које долазе из свих европских земаља ради зачећа поступцима БМПО (осим из Шпаније која има врло либерална правила о овом питању), претежно у годинама када више нема времена за чекање (углавном између 35 и 45 година старости). Видети: <http://www.cphpost.dk/news/1-latest-news/46363-single-women-flock-to-denmark-to-get-pregnant.html> Оваква могућност постоји, као што је већ речено, и у Русији, а и у многим државама САД: Арканзас, Калифорнија, Колорадо, Илиноис, Њу Хемпшаир, Њу Џерси, Њу Мексико, Охајо, Орегон, Вашингтон, Висконсин и Вајоминг (наведено према: Марија Драшкић, Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1992, стр. 244, напомена бр. 35.)

⁴³ Марија Драшкић, *op. cit.*, стр. 244-249; Драгица Живојиновић, *op. cit.*, стр. 211-221; Гордана Ковачек Станић, *Породичноправни аспекти биомедицински ...*, стр. 418; Сандра Јосић, *op. cit.*, стр. 15-20.

⁴⁴ Видети напомену бр. 36 у овом раду.

⁴⁵ Алтернатива за чл. 4 Модела закона који се односи на заједничке услове за субјекте права на поступак БМПО.

⁴⁶ Члан 63 Устава Републике Србије: „(1) Свако има право да слободно одлучи о рађању деце. (2) Република Србија подстиче родитеље да се одлуче на рађање деце и помаже им у томе.“

⁴⁷ Видети напомену бр. 19 у овом раду.

ло шта да промени ни аргумент о уважавању најбољег интереса детета и његовом праву (интересу) да има оба родитеља. Стога се може закључити да се у овом случају ради о својеврсној биомедицинској дискриминацији, јер се неком ко нема партнера⁴⁸ ускраћује право да буде родитељ. Чак и ако се врло уско тумачи лечење неплодности и медицинска оправданост поступка БМПО, што не оставља могућност да зачеће на овај начин представља могућ избор начина репродукције, примену поступака БМПО не треба ограничавати на животне заједнице (брачне, ванбрачне или истополне).

Можда се може чак тврдити да не постоји ниједан суштински разлог да се жени која не може (или не жели) из било ког разлога да има партнера ускрати родитељство. Такође, сматрамо да и мушкарцима без партнера треба омогућити да се остваре као родитељи (претпоставља допуштање сурогат материнства). Чињеница је да би дете имало једног родитеља, међутим, тзв. монопаренталне или једнородитељске породице нису ништа ново. Звучи парадоксално позивативати се на заштиту било каквих права детета (право на оба родитеља, право да зна своје порекло⁴⁹), коме се ускраћује право да буде зачето и рођено. Недопустива је интервенција државе у приватноправне односе и интимну сферу на начин да се детету ускрати право да буде рођено,⁵⁰ односно да се појединцу ускрати право да буде родитељ уз биомедицинску помоћ, када то није могуће на традиционално прихваћен начин.

⁴⁸ У Србији не би било никакво чудо да велики број жена остаје без партнера управо зог чињенице да су неплодне.

⁴⁹ О могућим последицама зачећа применом БМПО на право детета да зна своје порекло, видети: Гордана Ковачек Станић, *Право дејшеа да зна своје порекло*, Нови Сад, 1997, стр.121-162.

⁵⁰ Са образложењем да му се тиме штити право да има оба родитељ или право да зна своје порекло.

*Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Capacity and Biomedicine – biomedical discrimination –

Abstract

The article begins with the overview of the legal capacity as a general legal qualification recognized by the legal order guaranteeing the right to be a holder of rights and obligations. The article is then focused on the scope of the absolute Constitutional guarantee of the right to legal personality as well as on the Constitutional prohibition of discrimination which gives rise to the general equality before the Constitution and the law. The focus of this article is the moment when the legal capacity, or legal personality, is considered to be acquired. It then moves to the issue whether limiting the access to techniques of assisted reproduction (biomedical conception) is contrary to the general rules on legal capacity, and whether this is a genuine form of biomedical discrimination.

Key words: legal capacity, legal personality, equality before the law, entitlement to biomedical reproduction, discrimination