

др Марија Драшкић,
доцент Правног факултета у Београду

ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ АРТИФИЦИЈЕЛНЕ ИНСЕМИНАЦИЈЕ

Хуманизација правила породичног права, у том смислу да се утврђивање и оспоравање очинства деце зачете помоћу хетерологне артифицијелне инсеминације што више приближи поступку који се примењује на природно зачету децу, треба да допринесе да се укине дискриминација између деце која су природно зачета и рођена и деце чије је рођење резултат ове врсте вештачког оплођења. Стога, ако је реч о хетерологној артифицијелној инсеминацији, правна правила треба дефинисати тако да овакав поступак буде доступан свакој жени која из медицинских разлога не може остварити жељу за потомством, односно која живи у браку или стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници. Оспоравање очинства детета које је рођено у браку, исто као и утврђивање очинства у судском поступку за дете које је рођено ван брака, не треба да буде допуштено, будући да се на тај начин обезбеђује у потпуности да концепт социолошког родитељства постане правно и друштвено верификован једнако као и биолошко родитељство. Најзад, у складу са тим, анонимност донора треба да остане правило, као што је то и сада случај у већини правних система, како би фактичка породица могла успешно да одбрани принцип највеће добробити детета у конкуренцији са породицом по крви.

Кључне речи: *Породично право. – Вештачко оплођење. – Оспоравање очинства. – Анонимност.*

Спектакуларан развитак нових репродуктивних технологија - артифицијелна инсеминација, фертилизација *in vitro*, трансфер ембриона, криоконзервирање, ембриобиопсија, супституција нуклеуса, клонирање, *trans species* фертилизација, ектогенеза - навео је неке правне писце да закључе како ће се, уместо класичне дихотомије на брачну и ванбрачну децу, ускоро моћи говорити о подели на децу која су природно зачета и рођена и на децу чије је рођење резултат неке врсте вештачког оплођења. (1). Међутим, за разлику од осталих поменутих техника, артифицијелна инсеминација је поступак који не изазива позорност јавности због своје оригиналности (2) или сложености медицинског

(1) М. Алинчић, *Поријекло дјетета - регулатива и дилеме*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 6/1988, стр. 644.

(2) Први документовани случај артифицијелне инсеминације код људи приписује се енглеском хирургу John-у Hunter-у и потиче из 1790. године. Видети: W. Finegold, *Artificial Insemination*, 2nd ed, Springfield, 1976, стр. 6.

захвата који га прати (3), већ пре свега због чињенице да се, према озбиљним проценама, у свету роди годишње између 10.000 и 20.000 деце зачете на овај начин (4). Како поступак артифицијелне инсеминације у неким случајевима доводи до раздвајања правног статуса родитеља од биолошке основе родитељства, неопходно је извршити прилагођавање традиционалних правила породичног права новонасталим односима, или, евентуално, дефинисати и нова правила.

Постоје два основна начина артифицијелне инсеминације. Један је инсеминација спермом мужа, односно ванбрачног друга жене која се подвргава интервенцији и он се у литератури обично назива хомологна инсеминација, или се означава акронимом АИН (скраћеница енглеских речи "artificial insemination by husband") (5). Будући да је у овом случају дете биолошки потомак својих родитеља, извесно је да нема проблема који би са правног, моралног или психолошког становишта представљали значајнију препреку за вршење оваквог захвата (6).

Други начин артифицијелне инсеминације обавља се спермом даваоца који није брачни или ванбрачни друг жене која се подвргава интервенцији, те се отуда назива хетерологна инсеминација, односно АИД (скраћеница енглеских речи "artificial insemination by donor") (7).

(3) Поступак артифицијелне инсеминације је медицински крајње једноставан. Састоји се у уношењу семене течности у вагину или директно у материцу жене која се подвргава интервенцији. Видети: J. S. Metters, *Artificial Reproduction Techniques in use and likely to be developed*, у: "Procréation Artificielle, Génétique et Droit", Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1986, стр. 19.

(4) W. Finegold, *op.cit.* (у прим. 2), стр. 121.

(5) Постоји неколико медицинских индикација за примену АИН методе: физичка или психолошка немогућност остварења нормалног сексуалног односа, цервикални отпор, субфертилност мужа и васектомија. Видети: J. S. Metters, *op. cit.* (у прим. 3), стр. 19.

(6) Изузетак представља могућа примена АИН post mortem, што значи оплођење које би се извршило замрзнутом спермом мужа након његове смрти. На овом месту, међутим, неће бити речи о таквим проблемима, због тога што они нису специфични за артифицијелну инсеминацију, већ се морају решавати у зависности од општих начела о правном статусу замрзнуте сперме, јајних ћелија и ембриона. Иначе, судска пракса у неким земљама већ се суочила са истим питањем, доказујући да проблем никако није само теоријски. У чувеном француском спору Pargalaix, тужиљин супруг, сазнавши да болује од карцинома тестиса и да предстојеће лечење хемотерапијом може проузроковати стерилитет, одлучио је да депонује своју сперму у Центру за проучавање и конзервацију сперме (С.Е.С.О.С.) 7. децембра 1981. године. После његове смрти његова супруга је затражила од Центра да јој преда замрзнуту сперму како би је употребила за артифицијелну инсеминацију. Центар је такав захтев одбио. Виши суд у Кретеју је донео одлуку 1. августа 1984. године у којој је стао на становиште да се у овом случају ради о једном посебном уговору према коме се Центар обавезао да, са једне стране, конзервира сперму а, с друге стране, да је преда на захтев донаора или било које друге особе коју он одреди. Стога је наредио туженом Центру да на захтев удовице преда сперму лекару кога она изабере. Уколико такав захтев не буде постављен у року од шест месеци, Центар је овлашћен да уништи сперму. Видети: E. Deutsch, *Pargalaix et al. v. C.E.C.O.S.* "Medicine and Law", бр. 47/1985, стр. 299.

(7) Медицинске индикације за АИД су: стерилитет или субфертилност мужа, озбиљна наследна болест мужа и тешки случајеви резусинкомпатибилности. Видети: J. S. Metters, *op. cit.* (у прим. 3), стр. 20. У неким правима, о чему ће надаље бити више речи, медицинским индикацијама се придодају и неке социјалне индикације, какав је случај са артифицијелном инсеминацијом неудатих жена.

Овакав поступак релативизира традиционална правила о претпостављеном брачном очинству, односно о утврђивању ванбрачног очинства, изазивајући недоумице о томе на који начин треба извршити прилагођавање постојећих правних правила новонасталим односима. Управо тим породичноправним дилемама је посвећен овај рад (8).

1. ПИТАЊЕ ДОПУСТИВОСТИ АРТИФИЦИЈЕЛНЕ ИНСЕМИНАЦИЈЕ

а) "Против" допустивости артифицијелне инсеминације

У правној литератури подељена су мишљења о допустивости или недопустивости артифицијелне инсеминације. Према једном ставу, артифицијелна инсеминација је поступак који деперсонализује, деградира човека на објект (9). Хетерологна инсеминација вређа нарочито његово биолошко порекло, а достојанство човека подразумева и јединство његовог духовног и биолошког бића: један елемент тог бића и људског достојанства је и тај што човек, за разлику од животиње, зна своје порекло и има свест о свом пореклу (10). Најзад, давалац сперме не поштује ни своје људско достојанство, јер концепција човека од које полази устав подразумева одговорно биће, а у овом случају давалац себе редукује искључиво на биолошку улогу, на инструмент (11). Приговара се, даље, да се хетероложном инсеминацијом у животну и полну заједницу брачних другова увлачи неко трећи, што није прихватљиво у моралном погледу (12). Хетерологна инсеминација означава се и као акт који је противустан (13), или у најмању руку, правно сумњив (14). Није непознато ни страховање да би инсеминација спермом даваоца отворила пут многим еугенетичким захватима који, нажалост, нису били страни разним тоталитарним идеологијама које се нису устручавале да их спроведу (15).

(8) Разуме се, артифицијелна инсеминација се може вршити и *in vitro*, али у даљем тексту о таквом захвату неће бити речи, јер су правни проблеми везани за *in vitro* фекундизацију нешто другачије нарави у односу на поступак артифицијелне инсеминације која се обавља *in vivo*.

(9) G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, "Archiv des öffentlichen Rechts", 2, 1956, 127. Цитирано према: В. В. Водинелић, *Право на људско достојанство*, "Зборник Правног факултета у Загребу", бр. 5-6/1989 (Supplement), стр. 716.

(10) C. Enders, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, "Neue Juristische Wochenschrift", 14, 1989, 881. Цитирано према: В. В. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 717.

(11) G. Püttner - K. Brühl, *Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung*, "Juristenzeitung", 11, 1987, 529. Цитирано према: В. В. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 716.

(12) D. Giesen, *Probleme künstlicher Befruchtungsmethoden beim Menschen*, "Juristenzeitung", Vol. 40, 1985, стр. 654.

(13) D. Giesen, *Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem*, Bielefeld, 1962, стр. 169; H. Heiss, *Die künstliche insemination der Frau*, München, Berlin, Wien, 1972, стр. 280.

(14) E. W. Hanack, *Die künstliche Insemination*, у: "Die juristische Problematik in der Medizin", Bo. III, München, 1971, стр. 168.

(15) G. Raymond, *La procréation artificielle et la droit français*, "La Semaine juridique", Vol. 57, 1983, No. 3114.

Ставови које је заузимала судска пракса у неким земљама сводили су се на осуду артифицијелне инсеминације, као поступка супротног јавном поретку и добрим обичајима, а деца која су тако рођена проглашавана су ванбрачним. За Апелациони суд из Лиона артифицијелна инсеминација је понижавајући и увредљив поступак који оправдава развод на штету супруге, чак и ако је муж дао пристанак (16). Једна одлука Врховног суда Јужне Африке изјаснила се у прило ванбрачног статуса детета, које је рођено у браку путем хетерологне артифицијелне инсеминације, када се после развода брака муж мајке успротивио да дете буде усвојено од трећег лица (17). У канадском спору *Orford v. Orford* жена која је била подвргнута хетерологној инсеминацији без сагласности мужа, окривљена је за прељубу (18). Сличну одлуку донео је и суд у америчкој држави Илиноис у спору *Doornbos v. Doornbos*, и поред тога што је утврђено да се муж сагласио са поступком инсеминације (19). Један енглески суд је, штавише, уважавајући захтев за поништење брака због немогућности његове конзумације, прогласио ванбрачним дете које је рођено у том браку уз помоћ хомологне инсеминације, и поред тога што је дете генетски несумњиво потицало од свог оца, односно мужа мајке детета (20).

Законска забрана артифицијелне инсеминације је, ипак, реткост. Такву одредбу познаје, рецимо, Кривични законик Либије (21), или *Закон о медицинској етици Бразила* (22), али раније није била непозната

(16) Cour d'appel de Lyon, 28 mai 1956, 646, note Breton.

(17) V. V. R. 1979 (3) SA 1006. Опширније: S. A. Strauss, *Artificial "Donor" Insemination: A South African Court Declares the Child Illegitimate*, "Medicine and Law", бр. 2/1983, стр. 78; R. Zimmermann, *Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 10/1981, стр. 929.

(18) *Orford v. Orford*, 58, D. L. R. 251, 49 Ont. L. R. 15 (1921). Опширније: K. Frey, *New Reproductive Technologies: The Legal Problem and the Solution*, "Tennessee Law Review", Vol. 49, 1982, стр. 312; W. Wadlington, *Artificial Conception: The Challenge for Family Law*, "Virginia Law Review", Vol. 69, 1983, стр. 478.

(19) "Становиште је овог суда да свако дете чији природни (генетски) отац није ожењен његовом мајком јесте ванбрачно, без обзира на брачни статус мајке". Видети: *Doornbos v. Doornbos*, 12 Ill. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844 (1956). Опширније: K. Фреј, *op. cit.* (у прим. 18); K. Venturatos Lorio, *Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation*, "Louisiana Law Review", Vol. 44, 1984, стр. 1644.

(20) *L. v. L* (1949) и *All. E. R.* 141 (P). Слично становиште заузео је и њујоршки суд у предмету *Gursky v. Gursky*, 39 Misc. 2d 1083, 242, N.Y.S. 2d 406. Оцењујући да не постоје законске претпоставке да се АИД деца сматрају усвојеном, овај суд је нашао да се морају сматрати ванбрачним. Опширније: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1644.

(21) Чланови 304. А и 304. Б Закона о допуни Кривичног законика Либије од 28. октобра 1971. забрањују предузимање артифицијелне инсеминације под претњом казне затвора за жену, њеног мужа или треће лице које обави овакав поступак. Опширније: A. E. Mayer, *Libyan Legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores* "American Journal of Comparative Law", Vol. 26, 1980, стр. 287.

(22) Видети: чл. 53. Закона о медицинској етици од 30. септембра 1957. који забрањује само хетерологну инсеминацију; хомологна инсеминација може се предузети ако постоји изричита сагласност оба брачна друга. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 357.

ни неким европским законодавствима (23).

б) "За" допустивост артифицијелне инсеминације

Према другом ставу, који изгледа да је данас владајући, артифицијелна инсеминација не сматра се поступком који је неспојив са људским достојанством, нарочито ако је у питању АИН процедура. Но, појављују се другачији погледи и када је реч о хетерологној инсеминацији. Тако се, на пример, истиче да се повреда људског достојанства не може сагледавати у сваком техничком захвату у људско тело и психу (24). Напротив, такви захвати треба да буду оправдани у етичком смислу, и то на основу сазнања да је неплодност болест коју треба лечити у оквиру расположивих медицинских могућности (25). Ако је жена сагласна са хетероложном инсеминацијом, тада није повређено њено људско достојанство (26). Не трпи ни људско достојанство детета које захваљује своје постојање вештачкој оплодњи; поступком свог зачињања оно не може бити повређено у свом људском достојанству (27). Најзад, ни давалац сперме не поступа противно свом људском достојанству, јер он дела по слободној одлуци. Стога, ако он не жели да преузме никакву одговорност за дете, његов поступак се може квалификовати као неморалан, али не и противан његовом људском достојанству (28).

Еволуција у пресуђивању спорова који се тичу артифицијелне инсеминације је, такође, очигледна. Сасвим је напуштен став да је жена која је подвргнута оваквој интервенцији починила прељубу, јер је суштина прељубе у сексуалном акту, а не у чињеници да је дошло до вештачког повезивања јајне и семене ћелије (29). Либералније становиште усвојено је и у низу судских одлука које су прогласиле брачном

(23) У Нацрту Кривичног законика Немачке из 1962. хетерологна инсеминација била је пенализована као кривично дело. Опширније о томе: H. Lüttger, *Die humane artifizielle Insemination-Entstehung und Untergang eines kriminalpolitischen und legislatorischen Problems* у: "Jahrbuch 1977 der Berliner Wiss. Gesellschaft", Berlin, 1978, стр. 150-185.

(24) A. Eser, *Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht*, у "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 308.

(25) Departement of Health and Social Security: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* ("Warnock Report"), London, 1984, § 2.3. i § 2.4.

(26) E. Deutch, *Des Menschen Vater und Mutter (Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen)*, "Neue Juristische Wochenschrift", 32, 1986, 1973. Цитирано према: B. B. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 728.

(27) I. v. Münch, *Grundgesetz*, Kommentar, Bd. I, München, 1985, marg. 32. Цитирано према: B. B. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 728.

(28) *Ibid.*

(29) *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 P 2d 495, 66 Cal. Rptr 7, 13 (1968). Опширније видети: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1645; K. Freq, *op. cit.* (у прим. 18), стр. 313. У истом смислу и: *MacLennan v. MacLennan*, 1958. S. L. T. 12. У британској правној књижевности радо се наводи овај други случај као илустрација става шкотске судске праксе, која никада није посегнула за тим да хетерологну инсеминацију прогласи за прељубу. Видети: S. Cretney, *Principles of Family Law*, London, 1984, стр. 118.

децу рођену уз помоћ хетерологне инсеминације. Врховни суд Њујорка изразио је становиште да се сагласност мужа код примене AID методе мора сматрати актом позакоњења детета (30). У предмету *In re Adoption of Anonymous*, суд је већ без икаквих ограда прогласио брачним дете чији су се родитељи сагласили са применом AID методе (31). Слично је поступио и Врховни суд Калифорније у предмету *People v. Sorensen*, налазећи решење у томе да пренесе појам "отац" од биолошког оца на мужа мајке детета (32).

2. КО ИМА ПРАВО НА АРТИФИЦИЈЕЛНУ ИНСЕМИНАЦИЈУ?

У упоредном праву није спорно да право на подвргавање артифицијелној инсеминацији имају брачни другови који природним путем не могу остварити жељу за дететом (33), као и, евентуално, мушкарац и жена који живе у стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници (34).

Нема, међутим, јединственог става када је у питању артифицијелна инсеминација неудате жене. У упоредном праву могуће је пронаћи и примере законодавстава која дозвољавају да жена која живи сама, без секусалног партнера, оствари своју жељу за дететом помоћу артифицијелне инсеминације (35).

(30) *Strnad v. Strnad*, 190 Misc. 768 N. Y. S. 2d 390 (1948). Опширније: S. Smith, *The Razor's Edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers*, "Western New England Law Review", Vol. 5, 1983, стр. 642.

(31) *In re Adoption of Anonymous*, 74, Misc. 2 d 99, 345 N.Y.S. 2d 430 (1973).

(32) Видети: *People v. Sorensen*, *op. cit.* (у прим. 29).

(33) Тако, на пример, за чешко право видети: чл. 3: "Обавезујућих инструкција" Министарство здравља Републике Чешке, "Vestník Ministerstva zdravotnictví", No 11/12 од 29. децембра 1982; за швајцарско право видети: C. Hegnauer, *Die familienrechtliche Problematik in der Schweiz*, у: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 207; за грчко право видети: чл. 1471. тачка 2. Грчког грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 1329 од 15. фебруара 1983.); за холандско право видети: чл. 201. ст. 1. Холандског грађанског законика; итд.

(34) У том смислу изјашњава се, на пример, чл. 2. шведског Закона о инсеминацији бр. 1140 од 20. децембра 1984: "Инсеминација се може обавити само под условом да је жена удата, или да живи у ванбрачној заједници која је слична браку. Писмена сагласност мужа, или ванбрачног партнера, мора бити прибављена". Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 335. Проширење права на артифицијелну инсеминацију у корист жене која живи у ванбрачној заједници предвиђа и неколико аустралијских држава. Видети: с. 3 (1) Закона о артифицијелној концепцији Новог Јужног Велса, с. 10ц Закона о породичним односима Јужне Аустралије и с. 2 (а) (и) Закона о медицинском третману инфертилитета Викторије. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 358-362. Артифицијелну инсеминацију жене која није у браку дозвољава и с. 28(3) Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији Велике Британије. Према том закону, додуше, није потребна никаква посебна квалификација ванбрачне заједнице, већ је довољно да жена затражи да буде подвргнута третману заједно са мушкарцем који није донор сперме. Цитирано према: Blackstone's Guide to the Human Fertilisation & Embryology Act 1990, London, 1991, стр. 203.

(35) Тако, на пример, америчке државе Арканзас, Калифорнија, Колорадо, Илиноис, Њу Хемпшаир, Њу Џерси, Њу Мексико, Охајо, Орегон, Вашингтон, Висконсин и Вајоминг не постављају никакве законске препреке да и неудата жена затражи од овлашћеног лекара да је подвргне артифицијелној инсеминацији. Будући да лекари који

У правној теорији износи се као аргумент чињеница да свака особа, без обзира да ли је у браку, може имати користи од оснивања породице. Стога, ако једна метода репродуктивне технологије чини могућим да и неудата жена добије своје дете, дискриминаторски је и друштвено непожељно одрицати таквој особи право на прокреацију само због тога што није била у прилици да нађе одговарајућег партнера, није желела да закључи брак, или није пристала на хетеросексуалну везу (36). Разлози да се има дете - волети и бити вољен, васпитавати и преносити сопствене идеале и вредности, допринети делом свог бића будућим генерацијама - не зависе од брачног статуса (37). Но, не изостају ни супротна мишљења. Тако се износи да АИД поступак представља лек за мушки или женски брачни стерилитет, због чега неудатој жени треба забранити да му се подвргава (38). Није за занемаривање ни чињеница да би дете, коме је његова мајка наменила да живи у једнородитељској породици, у случају њене смрти и непостојања ближих сродника који би били спремни да се о њему старају, било упућено у социјалну установу. (39) Позивати се на аналогију са усвојењем од стране особе која није у браку није исправно, јер се код усвојења ради о већ рођеном детету које је напуштено од својих биолошких родитеља. За такво дете пожељно је да има бар једног родитеља, за разлику од детета које тек треба да буде рођено захваљујући артифицијелној инсеминацији (40).

Када је реч о југословенском праву, ово питање отвара могућност да буде протумачено на два различита начина.

Према једном могућем тумачењу, право на примену поступка артифицијелне инсеминације имала би свака жена, без обзира на свој брачни или ванбрачни статус. У прилог оваквог става могу се навести следеће чињенице.

имају приватну праксу могу одлучити да ли да изведу интервенцију и коју пацијенткињу могу да приме, многи од њих у прилици су да одбију, из моралних разлога, да изађу у сусрет неудатим женама. Напротив, ако је лекар запослен у државној установи распрострањено је уверење да би одбијање овакве интервенције, позивањем на брачни статус пацијенткиње, представљало одрицање једнаке заштите права на прокреацију и повреду 14. Амандмана Устава САД. Видети: K. Venturatos Lorio: *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1650; J. A. Robertson: *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, "Virginia Law Review", Vol. 69, 1983, стр. 418; *Developments in the Law - Medical Technology and the Law*, "Harvard Law Review", Vol. 103, 1990, стр. 1534. Врховни суд САД јасно је потврдио да је право на прокреацију једно од фундаменталних људских права за особе које су у браку. Правни писци, међутим, сугеришу да се пажљивом анализом таквих одлука може закључити да је исто право имплицитно признато и свим другим особама. Опширније о таквим одлукама и аргументима: Note, *Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried*, "Harvard Law Review", Vol. 98, 1985, стр. 678- 680.

(36) J. A. Robertson, *op. cit.* (у прим. 35), стр. 424.

(37) *Reproductive Technology*, *op. cit.* (у прим. 35), стр. 679.

(38) G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15); J. Rubellin-Devichi, *Les procréations assistées: état des questions*, "Revue trimestrielle de droit civil", бр. 3/1987, стр. 462.

(39) G. Cornu, *Mélanges offerts à Pierre Ravnaud*, Paris, 1985, стр. 135.

(40) *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la direction de C. Labrusse et G. Cornu, Paris, 1982, стр. 104.

Прво, Устав СФРЈ прокламује да је право човека да слободно одлучује о рађању деце, као и да се ово право може ограничити само ради заштите здравља (41). Из такве одредбе произлази, дакле, да и неудата жена, као и жена која не живи у ванбрачној заједници, има право да захтева да буде подвргнута артифицијелној инсеминацији како би могла остварити своје уставно право на слободно одлучивање о рађању деце (42).

Друго, сва југословенска породична законодавства познају одредбу којом се забрањује утврђивање очинства детета зачетог вештачком оплодњом мајке (43). Интерпретацијом такве норме долази се до закључка да се она може односити и на дете које је зачето вештачким путем и које је родила неудата жена, односно жена чији је брак престао пре више од три стотине дана од дана рођења детета, што значи да је законодавац несумњиво имао у виду и артифицијелну инсеминацију жене која није у браку (44).

Истом тумачењу, најзад, иде у прилог и одредба хрватског Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање

(41) Чл. 191. Устава СФРЈ.

(42) Правну садржину овог уставног начела најпотпуније је одредио професор М. Стеванов. Оно се, по његовом мишљењу, састоји од неколико овлашћења: права на слободу љубави, права на контрацепцију (укључујући и право на стерилизацију), права на зачеће, права на прекид трудноће и права на рађање детета. Право на зачеће детета, пак, обухвата право на зачеће природним путем, право на зачеће вештачким путем, право на лечење стерилитета и право на пресађивање гонада у циљу рађања. Видети: М. Стеванов: *Право на слободно родитељство*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", бр. 11/1977, стр. 49. Но, и међу осталим правним писцима прилично је распрострањено уверење да ову уставну норму треба тумачити у том смислу да сваком, па и жени која нема сексуалног партнера, припада уставно право на слободно одлучивање о рађању деце. Таквој особи треба дозволити да оствари жељу за властитим потомством помоћу семена непознатог даваоца. У том смислу видети: М. Alinčić - А. Bakarić-Mihanović: *Породично право*, Загреб, 1986, стр. 156; М. Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1988, стр. 58; О. Цвејић-Јанчић, *Правни аспекти екстракорпоралне фертилизације*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 5/1986, стр. 480; Јб. Ђуровић: *Утврђивање порекла вештачки зачете деце*, "Правни живот", бр. 8-10/1989, стр. 1335; З. Поњавић: *Очинство детета и биолошка истина*, "Наша законитост", бр. 6/1988, стр. 751.

(43) Видети, на пример, чл. 101. Закона о браку и породичним односима (Службени гласник СР Србије, бр. 22/1980).

(44) Норму, међутим, ипак не би требало схватити као апсолутну забрану за утврђивање очинства, већ само као забрану утврђивања очинства у судском поступку. Другим речима, ванбрачно очинство могло би и у овом случају бити утврђено признањем, будући да ни признаваоца, нити мајку детета која даје сагласност са признањем очинства, нико не испитује о околностима под којима је дошло до зачећа детета. Тако и: М. Alinčić - А. Бакарић Михановић: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 156. До истог закључка доводи и једно тумачење одредбе чл. 101. Закона о браку и породичним односима Републике Србије, према коме: "Није допуштено истраживање очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке". Из околности да законодавац употребљава термин "истраживање очинства", а не "утврђивање очинства" у овом члану, закључује се да је неспорно да се забрана и може односити само на судски начин утврђивања очинства, будући да утврђивање очинства признањем излази из терминолошког оквира речи "истраживање" очинства. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *Утврђивање и оспоравање очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", бр. 1-3/1988, стр. 212.

о рађању дјете, према којој се *"умјетно може оплодити пунољетна и здрава жена у старосној доби погодној за рађање"* (45). Како о брачном статусу жене није ништа речено на овом месту, а из дикције законског текста је јасно да је набрајање услова исцрпно, оправдан је закључак да се медицински захват не може условљавати никаквим додатним претпоставкама, па ни оном о постојању брака или ванбрачне заједнице (46).

Супротно тумачење полази од тога да право на подвргавање поступку артифицијелне инсеминације може имати само жена која живи у браку и, евентуално, жена која живи у ванбрачној заједници сличној браку. Оно се ослања искључиво на медицинско-правне прописе који регулишу право на вештачко оплођење у хрватском и словеначком праву.

Прво, према изреци законске норме право на медицинску помоћ имају жена и мушкарац који не могу остварити жељу за властитим потомством (47). Другим речима, то значи да се артифицијелна инсеминација примењује само у *медицински* индикованим случајевима који једино могу бити обухваћени појмом *"медицинске помоћи"*, а не и у неким другим ситуацијама у којима би се пре радило о психолошким или социјалним индикацијама, као што је случај жене без сексуалног партнера. Законодавац је, притом, појам *"медицинске помоћи"* одредио као *"лијечење које обухваћа утврђивање узрока смањене плодности и уклањање здравствених разлога смањене плодности."* (подвукла М.Д.) (48).

Друго, одређујући примену хетерологне инсеминације хрватски законодавац прецизирао је да се такав захтев примењује *"само ако брачни другови не могу на други начин остварити жељу за властитим потомством"*. (подвукла М.Д.) (49). Отуда јасно произлази да хетерологна инсеминација није приступачна жени која нема брачног или ванбрачног друга, будући да би за њу, по природи ствари, само такав метод долазио у обзир (50).

(45) Чл. 33. ст. 1. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете (Народне новине, бр. 18/1978). Исто је решење и истоименог закона Републике Словеније. Видети: чл. 34. ст. 1. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok (Uradni list SR Slovenije, бр. 11/1977).

(46) Још више такво тумачење подупире други став овог истог законског члана: *"Ако је жена у браку, умјетна оплодна сјеменом другог мушкарца може се извршити само уз сугласност њезиног брачног друга"* (чл. 33. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете.) Интерпретацијом ове правне норме помоћу аргумената а *contrario* долази се, такође, до закључка да се вештачка оплодна може односити и на неудату жену којој тада, по природи ствари, није потребна сагласност брачног друга.

(47) Видети чл. 29. ст. 1. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете и чл. 31. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok.

(48) Чл. 29. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете. Слична је и одредба словеначког права: *"Смањена плодност се отклања лечењем (стручно саветовање, лекови, хируршки захвати и вештачким оплођењем"* (чл. 32. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice o svobodnega odločanja o rojstvu otrok).

(49) Чл. 30. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете.

(50) Стриктно гледано, ни жена која живи у ванбрачној заједници не би могла

Није, дакле, спорно да би се по нашем праву могла са успехом бранити оба тумачења (51). Ипак, имајући у виду све што је до сада речено, у будућем нормирању права на артифицијелну инсеминацију могло би се питање разрешити на следећи начин: Право да буде подвргнута хомологној или хетерологној инсеминацији имала би несумњиво свака жена која је у браку, под условом да за такав третман стерилитета говоре медицинске индикације. Исто право могло би се, такође, признати и жени која живи у стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници. О таквом статусу жене обавестио би се, на основу података из анамнезе, лекар који треба да обави интервенцију, будући да се лечењу стерилитета из медицинских разлога приступа тек пошто протекну три године нормалног сексуалног живота партнера (52). Тај рок може бити сасвим задовољавајући и за правну квалификацију ванбрачне заједнице као стабилне и дуготрајне. Најзад, право да буде подвргнута артифицијелној инсеминацији не би имала жена која је без сексуалног партнера, јер за њу овај поступак не представља медицинску помоћ у уклањању здравствених разлога неплодности, већ једну од могућности остваривања уставног права на слободно родитељство. За такво тумачење права на слободно родитељство, међутим, изгледа да нема довољно аргумената. Будући да уставноправна норма говори о праву човека да слободно одлучује о рађању деце, као и да се то право може ограничити само ради заштите здравља, она установљава само правне претпоставке ради обезбеђења тог права човека. Тешко је замислити да би интерпретација овакве одредбе могла да обухвати и фактичну немогућост рађања, каква је ситуација особе која без сексуалног партнера жели да постане родитељ. Другим речима, гарантовање права на оснивање породице не значи и гаранцију да ће то право бити остварено (53). Исто тако, ово право је апсолутно у том смислу, што може бити правно ограничено само ради

захтевати примену АИД методе према овој законској норми, али би се, можда помоћу систематског тумачења могао бранити став да се значење овакве одредбе може протегнути и на стабилне и дуготрајне ванбрачне заједнице. Разуме се, такво тумачење отвара допунско питање о томе ко би био овлашћен да одлучује о природи ванбрачне заједнице у овом случају.

(51) Сличне недоумице рађа и мађарско право. Наиме, према чл. 1. Декрета бр. 12 о артифицијелној инсеминацији Министарства здравља, поступак артифицијелне инсеминације обавиће се на захтев сваке жене која је млађа од 40 година, која има пребивалиште у Мађарској, која је ментално и физички здрава и која, према медицинском мишљењу, не може да роди здраво дете природним путем. Међутим, у чл. 6. истог Декрета, прописано је да се хетерологна инсеминација може применити једино ако медицинска документација указује да би употреба мужевљеве сперме тешко могла резултирати рађањем здравог детета. Цитирано према: *International Digest of Health Legislation*, Vol 33, 1982, стр. 493.

(52) У том смислу: Д. Младеновић, *Гинекологија и акушерство*, Београд, 1989, стр. 139.

(53) У сличној ситуацији налази се, на пример, и законито осуђена особа на издржавању казне затвора или муж који жели да спречи супругу у легалном прекиду трудноће. Дакле, и ова лица имају уставно право на слободно родитељство, али то још не значи да могу стварно и бити родитељи.

заштите здравља, али то не значи да титулар тога права мора у свако доба имати стварну могућност за прокреацију потомства (54).

3. ПОРОДИЧНОПРАВНИ СТАТУС ДЕТЕТА ЗАЧЕТОГ АРТИФИЦИЈЕЛНОМ ИНСЕМИНАЦИЈОМ

а) Брачни статус детета

Према ставу који се без изузетка заступа у југословенској теорији породичног права, дете се сматра брачним уколико су истовремено испуњена три услова: 1) да дете потиче из брака (брачно порекло); и 2) да дете потиче од мајке која је била у браку у време његовог рођења или зачећа (брачно материнство); и 3) да дете потиче од оца који је био у браку са његовом мајком у време рођења или зачећа (брачно очинство). Исти принцип примењује се и на дете које је зачето артифицијелном инсеминацијом.

Што се тиче правног режима за оспоравање очинства детета које је зачето артифицијелном инсеминацијом, југословенска породична законодавства, као и решења упоредног права, не садрже унифицирана правила. Изузев општег принципа да се оцем детета, исто као и у случајевима природног оплођења, сматра муж мајке детета, у погледу остваривања права на тужбу постоје три приступа.

Према ставу који преовладава у већини наших права (заправо у свим, осим македонског и словеначког), право на тужбу за оспоравање брачног очинства има само муж жене која је родила дете у браку, или у року од три стотине дана од дана престанка брака, а вештачки је оплођена семеном другог мушкарца за које муж није дао сагласност (55). Другим речима, да би муж имао право на оспоравање свог брачног очинства морају бити испуњене две претпоставке: (1) да је извршена хетерологна инсеминација и (2) да муж за такав начин оплођења није дао сагласност (56).

(54) У том смислу тумачи се у правној теорији и чл. 12. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, коју су усвојиле европске земље чланице Европског савета 1950. године, а којим се гарантује право човека да закључи брак и оснује породицу, у складу с националним законима који регулишу вршење тог права. Видети опширније: P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1984, стр. 203.

(55) Такво решење прихватају и нека страна права. Видети: чл. 256. ст. 3. Швајцарског грађанског законика (амандман усвојен Законом од 25. јуна 1975.) и с. 5а(а) Закона о реформи породичног права Аустралије из 1983. године. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 337. и 358. Исто и: с. 28 (1) и (2) Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији Велике Британије. Цитирано према: *Blackstone's Guide to the Human Fertilisation & Embryology Act*, London, 1991, стр. 202.

(56) Видети, на пример, чл. 110. ст. 1. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Ниједан од домаћих породичноправних прописа не предвиђа посебне услове за пуноважност сагласности мужа, осим македонског права у коме се захтева да сагласност буде дата у писменој форми. Дакле, могло би се поставити питање, да ли сагласност треба да задовољи одређену форму? Или, колико дуго важи једном дата сагласност? Или, како се доказује постојање сагласности? У америчком праву, у шеснаест држава захтева се писмена сагласност мужа, а само у девет од њих уређује се посебно и начин на који се чува дата сагласност. Опширније: K. Venturatos Lorio: *op. cit.* (у прим.

То, надаље, значи да, ако је извршена хомологна инсеминација, оспоравање очинства није допуштено, без обзира на то да ли се муж сагласио или се није сагласио са предузимањем АИН поступка за оплођење (57). Рок за тужбу износи шест месеци од дана сазнања за чињеницу да је дете зачето вештачким путем оплодним ћелијама другог мушкарца, а најкасније у року од десет година од рођења детета (58). У хипотези да је муж сазнао за хетерологну инсеминацију одмах након зачећа детета (на пример, тако што је изричито одбио сагласност), морало би се, међутим, сматрати да субјективни рок почиње да тече тек од дана рођења детета. У противном, будући да се очинство може оспоравати само рођеном детету а не и зачетку, субјективни рок за тужбу истекао би пре него што би се право на тужбени захтев за оспоравање очинства могло остварити (59).

Према другом решењу, које је усвојено у праву Републике Македоније, муж има право на тужбу за оспоравање брачног очинства детета које је родила његова жена, ако је до зачећа дошло вештачким путем без његове сагласности. То значи да је за право мужа на оспоравање очинства прописана само једна претпоставка, а то је чињеница да је до вештачког оплођења дошло без његове писмено изражене сагласности (60).

19), стр. 1646. Писмену сагласност предвиђају, на пример, и: чл. 2. Шведског Закона о инсеминацији, *op. cit.* (у прим. 34), стр. 335, и чл. 33. бугарског Породичног законика.

(57) У том смислу и: М. Алинчић - А. Бакарић-Михановић: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 157.

(58) Видети чл. 110. ст. 2. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Објективни рок износи пет година према чл. 133. ст. 2. Породичног закона (Службени лист СР Босне и Херцеговине, бр. 21/1979) и чл. 112. ст. 2. Породичног закона (Службени лист СР Црне Горе, бр. 7/1989).

(59) Тако и: М. Алинчић - А. Бакарић-Михановић, *op. cit.* (у прим. 42), стр. 157; Д. Храбар: *Правни проблеми умјетне прокреације*, "Југословенска гинекологија и перинатологија", бр. 1-2/1987, стр. 51. Настојећи да поправи текст ове правне норме у смислу о коме је управо било речи, Закон о измјенама и допунама Закона о браку и породичним односима Републике Хрватске дефинисао је исту одредбу на нови начин: "Тужба ради оспоравања очинства подноси се у року од шест мјесеци од рођења дјетета, односно од дана сазнања за зачеће дјетета умјетном оплодњом сјеменом другог, без сугласности мајчиног мужа, а најкасније до навршене десете године дјетета" (чл. 17. ст. 2. Закона о измјенама и допунама Закона о браку и породичним односима, Народне новине, бр. 45/1989).

(60) Видети: чл. 18. Закона за односите на родитељите и децата (Службен весник на СР Македонија, бр. 5/1973). Супротно тумачење ове одредбе, у том смислу да ни у македонском праву муж не може оспоравати очинство ако је примењен АИН поступак без његове сагласности, објашњава се чињеницом да је муж мајке природни отац детета у претпостављеном случају, а да ни дете зачето природним путем није увек жељено од стране оба родитеља. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 487. То је несумњиво тачно, међутим, исто је тако несумњиво да је интерес друштва да се што је могуће већи број дече рађа без конфликта њихових родитеља у погледу њиховог статуса и порекла. У том смислу, настојање права да се прецизно и детаљно нормирају односи између страна које би евентуално могле бити у спору, тамо где је то могуће, требало би начелно поздравити. Стога, захтев за постојањем писмене сагласности мужа, чак и када је у питању хомологна инсеминација, треба у македонском праву тумачити као претпоставку од које зависи право на тужбу за оспоравање очинства.

Ирелевантна је, другим речима, околност да ли је спроведена хомологна или хетерологна инсеминација (61). Што се тиче рока за тужбу, он није посебно одређен, као што није означено ни лице које има право на тужбу, па би се морало сматрати да право припада истом кругу особа које иначе имају право на тужбу за оспоравање брачног очинства у македонском праву (62).

Најзад, према трећем решењу, које је усвојено у праву Републике Словеније, не постоји никакав посебан режим који би се примењивао на оспоравање брачног очинства детета рођеног уз помоћ артифицијелне инсеминације, већ и даље важе општа правила. Према тим правилима, муж мајке може без икаквих ограничења оспоравати своје очинство, доказујући да није могао бити отац детета, па то вреди и када је у питању дете зачато путем артифицијелне инсеминације (63). Овакво решење прихваћено је и у француском и у немачком праву (64), али је у оба ова правна система, за разлику од нашег права, изазвало бурне реакције правне теорије и судске праксе. Тако је, на пример, Виши суд из Нице у једној својој одлуци заузео становиште да сагласност мужа са артифицијелном инсеминацијом не може спречити тужбу за оспоравање очинства, будући да по француском праву, према чл. 311-9. Француског грађанског законика, одрицање од права на тужбе које се односе на порекло није допуштено (65).

(61) Такво решење преовладава и у упоредном праву. Видети, на пример: чл. 1471. тачка 2. Грчког грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 1329 од 15. фебруара 1983); чл. 201. ст. 1. Холандског грађанског законика; чл. 1839. ст. 3. Португалског грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 496/77 од 23. новембра 1977.); чл. 6. Закона о родитељима, стараоцима и деци Шведске (амандман усвојен Законом бр. 1139 од 20. децембра 1984); чл. 586. Грађанског законика Квебека; чл. 33. Породичног законика Бугарске од 18. маја 1985; чл. 52. ст. 2. Закона о породици Чешко-Словачке (амандман усвојен Законом бр. 132 од 10. новембра 1982); чл. 43. ст. 1. Закона о браку, породици и старатељству Мађарске, итд. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 331-352. Исто и: чл. 318. § 4. Белгијског грађанског законика. Цитирано према: М. Т. Meulders-Klein, *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, "Revue trimestrielle de droit civil", бр. 4/1988, стр. 651.

(62) То су: супруг, мајка и дете, у смислу чл. 13, 15. и 16. Закона за односите на родитеље и децата.

(63) Видети: чл. 96. Закона о zakonski zvezi in družinskih razmerjih (пречишћен текст) (Uradni list SR Slovenije, бр. 14/1989).

(64) Видети: чл. 312. Француског грађанског законика и § 1594. Немачког грађанског законика.

(65) Tribunal de grande instance de Nice, 30 juin 1976; J.C.P, 1977, II, 18597, note Harichaux-Ramu. Исто и: Tribunal de grande instance de Paris, 19 février 1985 D, 1986, I, 233, note E. Paillet. У француској литератури се овакве одлуке коментаришу као исправне са становишта важећег права, али се, истовремено, оцењује да је законодавна интервенција неопходна и ургентна. Недопустиво је, другим речима, а није ни у интересу жене, детета или друштва, да се толерише "издајство" једног човека, који се претходно сагласио са AID своје жене, путем тужбе за оспоравање очинства. Видети: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15). Слично и: М. Т. Meulders-Klein, *op. cit.* (у прим. 61), стр. 652. Супротно, према једном другом мишљењу, законска забрана оспоравања очинства у овом случају донела би још горе решење, јер би дете било у потпуности свесно разлога због кога његов наводни отац не може да га се одрекне. Уместо тога судијама се предлаже да искористе опште принципе грађанске одговорности и да осуде на накнаду штете онога ко је дао своју сагласност за

Слично је поступио у једној одлуци и Савезни врховни суд Немачке, чврсто бранећи став да не постоји никаква могућност да се искључи право на оспоравање очинства мужу мајке детета у смислу § 1591. Немачког грађанског законика, чак ни онда када се муж претходно сагласио са поступком хетерологне инсеминације (66).

Најзад, право на оспоравање брачног очинства не би требало доводити у сумњу, без обзира на то о коме од претходно поменутих правних решења је реч, уколико се докаже да до зачећа уопште није дошло путем артифицијелне инсеминације, него на неки други начин (67).

б) Ванбрачни статус детета

Наше позитивно право нема одредби о томе која се деца сматрају ванбрачном. Међутим, на основу породичноправних норми о брачној деци, закључивањем помоћу аргумента *a contrario*, може се једноставно рећи да су ванбрачна деца она која нису рођена у браку, или у року од три стотине дана од дана престанка брака. Ванбрачни статус детета, међутим, за разлику од брачног статуса, не указује ни на какву правну претпоставку помоћу које би се могло утврдити или оспорити порекло детета у односу на његовог оца. Отуда за утврђивање и оспоравање ванбрачног очинства важе посебна правила. Сва та правила се могу применити и на децу зачету путем артифицијелне инсеминације, са једним изузетком.

Наиме, у свим југословенским породичним законодавствима, изузев у праву Републике Македоније, изричито је забрањено судско утврђивање ванбрачног очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке (68).

хетерологну инсеминацију, да би, потом, оспорио своје очинство. Износ накнаде са припадајућим каматама могао би бити близу суме која је потребна да се подигне дете. Видети: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 464.

(66) BGH, Urt. v. 7. 4. 1983 - IX 3P 24/82 (KG). Опширније о овој одлуци видети: D. Coester-Waljen, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, "Neue Juristische Wochenschrift", 37, 1983, стр. 2059. Слично и: LG Duisburg, Urt v. 10. 10. 1986. "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1987, стр. 197.

(67) Супротно томе, у америчком спору State ex rel. H. v. P. један њујоршки суд стао је на становиште да једном дата сагласност мужа чини одрицање породичне везе са дететом врло тешким. У овом случају, мајка детета покренула је поступак за оспоравање очинства свом мужу. Иако је било неспорно да је она подвргавана артифицијелној инсеминацији, уз сагласност мужа, барем десетак пута пре него што је дошло до зачећа детета, она је тврдила да је природни отац детета мушкарац са којим се упознала на службеном путу. Суд је одбио њен захтев, сматрајући да је естопирана у праву да оспорава очинство. Видети: State ex rel. H. v. P. 90. A.D: 2d 434, 457 N.Y.S. 2d 488 (1982). Да би се отклонила могућност оваквог приговора, Закон о родитељима, стараоцима и деци Шведске садржи одредбу према којој се забрана оспоравања очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације односи само на ситуацију "када је према свим околостима вероватно да је дете зачето путем инсеминације" (чл. 6). Слично обезбеђује и Закон о породици Чешко-Словачке: "Очинство се, ипак, може оспорити, ако се докаже да је мајка детета затруднела на неки други начин, а не путем артифицијелне инсеминације". (чл. 52. ст. 2. in fine). Цитирано према "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 335. и 341.

(68) Видети, на пример, чл. 101. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Судско утврђивање очинства ванбрачног детета које је рођено уз помоћ артифицијелне инсеминације није могуће ни у неким страним правима. Тако, рецимо, у францу

Иако се у литератури може срести мишљење да је та одредба логична (69), изгледа да она ипак заслужује додатно објашњење.

Према првој хипотези, ако је дошло до хомологне инсеминације, истиче се да нема сумње ко је биолошки отац детета, па нема смисла оптерећивати судске органе поступком чији је исход изванредно познат (70). Другим речима, порекло ванбрачног детета зачетог артифицијелном инсеминацијом његове мајке помоћу семена њеног ванбрачног партнера је чињенично познато. Но, то још увек не значи да је и правно-технички могуће утврдити очинство таквог детета (71).

Да би, дакле, порекло од оца ванбрачно рођеног детета могло бити и правно потврђено, будући да је оно биолошки несумњиво, поменуто законску одредбу требало би изменити тако што би утврђивање ванбрачног очинства у судском поступку, у оквиру хипотезе о хомологној инсеминацији, било дозвољено. На тај начин би се усклађивање правног и фактичког стања извршило у оним случајевима, када ванбрачни друг мајке није спреман да учини признање очинства, односно када се мајка или дете не сагласе са признатим очинством. Штавише, има смисла и размишљање да би утврђивање ванбрачног очинства требало учинити могућим увек онда када је давалац семена познат, јер је за порекло вештачки зачете и ванбрачно рођене деце, исто као и за порекло природно зачете ванбрачне деце, пресудно само то да ли је њихово порекло од оца могуће установити, или то није могуће (72).

У другој хипотези, када се артифицијелна инсеминација неударе жене не обавља семеном њеног ванбрачног друга, него семеном непознатог даваоца, признањем очинства од стране ванбрачног партнера мајке утврђује се очинство детета једнако као и да је реч о хомологној

ском праву такве могућности нема захваљујући чињеници да се утврђивање ванбрачног очинства у судском поступку може обавити само у законом изричито прописаним случајевима (чл. 340. Француског грађанског законика), међу којима нема артифицијелне инсеминације, односно да су законом посебно одређене околности у којима је изричито забрањено судско утврђивање очинства (чл. 340-1 Француског грађанског законика), а које, такође, не обухватају поступак артифицијелне инсеминације. Опширније: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15).

(69) А. Коран, *Етички и правни аспекти нових репродуктивних технологија с посебним освртом на законодавство СР Хрватске*, "Правник", бр. 2/1987, стр. 253.

(70) *Ibid.*

(71) Разуме се, то се не односи на признање ванбрачног очинства. Као што је већ речено (у прим. 44), према владајућем тумачењу у нашем праву, мушкарца који признаје очинство, као ни мајку детета која даје сагласност са признатим очинством детета, нико не испитује о околностима под којима је дошло до зачећа детета, па се то односи и на околност да признавалац јесте или није биолошки отац детета. У том смислу: М. Алинчић - А. Бакарић Михановић, *op. cit.* (у прим. 42), стр. 156. Слично, у немачкој правној књижевности се тумачи §1600а Немачког грађанског законика, као право на признање ванбрачног очинства које не одговара биолошким чињеницама. Видети: D. Coester-Waltjen, *op. cit.* (у прим. 66), стр. 2059; R. Frank, *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1988, стр. 115.

(72) Истом идејом руководили су се, очигледно, амерички судови у два до сада објављеним одлукама, које су се обе односиле на помало бизарни начин артифицијелне инсеминације спроведене од стране самих жена које су биле оплођене. Видети одлуке: C. M. v. C. C. i Jhordan C. v. Mary K. (у прим. 89 и 91).

инсеминацији. На тај начин омогућава се особама које живе у стабилним и дуготрајним ванбрачним заједницама да дођу у исту ситуацију у којој се налазе брачни другови у погледу њихове деце зачете применом АИД методе. Но, у том случају, сагласност мужа са применом хетерологне инсеминације имала би свој симетричан одраз у праву ванбрачног друга да призна очинство детета које није његов биолошки потомак, само ако би претпоставка о очинству ванбрачног детета зачетог хетерологном инсеминацијом, коју садржи изјава о признању очинства, била учињена неоторивом, како би породичноправни статус ванбрачног детета и његова материјална егзистенција били једнако заштићени као и брачног детета (73).

Напротив, забрана треба да остане када би се радило о судском утврђивању очинства, јер откривање идентитета донора сперме не би било у складу са принципом тајности који је у овој области прихваћен у нашем праву.

4. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДАВАОЦА СЕМЕНА

а) Анонимност донора или право детета да зна истину?

У упоредном праву постоје два различита одговора на ово питање.

Према ставу који је владајући у нашем законодавству, али и у већини страних права, откривање идентитета донора није допуштено (74).

(73) То би се постигло, са једне стране, изричитом забраном поништења изјаве о признању очинства, као и изјаве о сагласности са признатим очинством, уколико је ванбрачно дете зачето хетерологном инсеминацијом. Ratio legis такве забране био би исти као и у случају одредбе о забрани оспоравања брачног очинства од стране мужа мајке који је за хетерологну инсеминацију претходно дао свој пристанак. И у једном и у другом случају претпостављени отац детета прећутно пристаје да преузме сва родитељска права и дужности у односу на дете са којим није у крвној вези. Са друге стране то би се постигло забраном оспоравања ванбрачног очинства које је утврђено признањем, ако је до зачећа дошло путем артифицијелне инсеминације. Тиме би био отклоњен и приговор, изнесен у литератури, да примена општих правила о признању очинства не долази у обзир, с обзиром да по њима лице које себе сматра оцем детета има право да оспорава очинство мушкарцу који је учинио признање. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *Утврђивање и оспоравање очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/1988, стр. 212.

(74) Хрватски Закон о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете о овом питању каже у чл. 32: *"Радници здравствене организације удруженог рада која проводи умјетну оплодњу дужни су податке из којих би се могао утврдити давалац сјемена, умјетно оплођена жена и њезин муж, чувати као тајну. (1) У случају хетерологне инсеминације давалац сјемена не смије знати за коју жену је кориштено његово сјеме, а умјетно оплођена жена не смије знати ко је давалац сјемена". (2) Исто и: чл. 36. Истименог закона Републике Словеније. Амерички Модел закон о родитељству препоручује да се сви документи који се односе на инсеминацију чувају као тајна, те да могу бити прегледани само на захтев суда ако су за то наведени оправдани разлози. Видети: §5 а Модел закона о родитељству (у прим. 87). Закон о медицинском третману неплодности аустралијске државе Викторија предвиђа да се приступ информацијама које откривају идентитет донора може дозволити само ако постоји писмена сагласност даваоца о приступу таквим информацијама. Видети: s 22 (3) Infertility (Medical Procedures) Act 1984, No. 10163. У прилог очувања тајности и: "Wamock Report", op. cit. (у прим. 25), 3.2; чл. 7. "Обавезујућих инструкција" Министарства здравља Републике Чешке.*

Аргументи који се наводе у прилог оваквог решења могу се систематизовати на следећи начин. Нема оправдања да се детету призна право да сазна истину о свом биолошком пореклу; штавише, такво право представљало би незамислив напад на приватност породичног живота и углавном би било неоствариво (75). У слободном друштву мора бити препуштено само родитељима да одлуче да ли ће информисати своје дете о томе да је његово зачеће било остварено захваљујући некој врсти потпомогнуте репродукције (76). Сазнање о пореклу проузроковало би код детета снажно огорчење и стање озбиљног психолошког и емоционалног шока (77). Штавише, вредност сазнања о пореклу није нарочито велика на биолошко-генетској равни, будући да не постоји правило из кога би се могло закључити која би родитељска својства - доминантна и рецесивна - могла да пређу на дете; која су прешла, али нису дошла до изражаја; најзад, која својства настају комбинованим дејствима различитих наследних особина (78). Право детета да зна своје генетско порекло не може се темељити ни на заштити људског достојанства, јер анонимност донора није у супротности са људским достојанством детета (79).

Супротно становиште промовисано је, за сада, као законско решење само у шведском праву (80).

Аргументација за овај став не заостаје за аргументима противника. Несумњив је интерес, мотивисан медицинским разлозима, да се трасира

"Вестник министарства здравотништва", бр. 11/12 од 29. децембра 1982, стр. 143; чл. 6. Декрета бр. 12 о артифицијелној инсеминацији Министарства здравља Републике Мађарске, *International Digest of Health Legislation*, Vol. 33, 1982, стр. 493.

(75) J. Haderka, *Artificial Reproduction in Czechoslovak Law With Special Reference to Other European Socialist Countries*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 1, 1987, стр. 85.

(76) M. J. Stepan, *The Legal Regulation of Assisted Reproduction in European Socialist Countries*, u: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 184; J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 463.

(77) R. Snowden - G. D. Mitchell & E. M. Snowden: *Artificial Reproduction: A Social investigation*, London, 1983, стр. 109; "Warnock Report", *op. cit.* (у прим. 25), §4.12.

(78) B. Hassenstein, *Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1988, стр. 121.

(79) R. Frank, *op. cit.* (у прим. 71), стр. 118.

(80) "Дете чија је концепција резултат инсеминације у смислу чл. 3. овог закона, има право да буде обавештено о садржини протокола који се чува у болници и односи се на донора сперме, под условом да је дете достигло задовољавајућу зрелост." (чл. 4. Закона о инсеминацији бр. 1140 од 20. децембра 1984.) У правној књижевности подељена су мишљења о томе какав učinака може имати оваква одредба шведског права. Према једном мишљењу, упркос страховањима да би се број донора могао рапидно смањити са почетком примене новог закона, има наговештаја да би се могло догодити баш супротно. Наиме, као донори појавили би се сада ожењени мушкарци који имају своју децу и који са одобрењем својих супруга желе да постану даваоци. Видети: M. T. Sverne, *The Swedish View of Artificial Insemination by Donor*, u: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 177. Но, има и супротних закључака. Према једном од њих, постало је већ изванредно тешко наћи у Шведској погодног даваоца, тако да девет од десет банака сперме треба да буде ускоро затворено. Видети: E. Bernat, *Familienrechtliche Probleme infolge medizinisch assistierter Zeugung*, "Medizinrecht", 5, 1986, стр. 251; R. Frank, *op. cit.* (у прим. 79), стр. 118.

пут од једне особе до њених биолошких предака. То не само да је корисно приликом постављања праве дијагнозе у неким ситуацијама, већ је нужно за онога ко планира да има своје дете и жели да избегне преношење тешких наследних болести, као што су хемофилија и Хантингтонова болест (81).

Емпиријска истраживања показала су да код свих људи постоји психолошка потреба која се манифестује углавном међу онима који су одрасли далеко од својих породица, да знају о свом пореклу, о својој генеалогии и о својој породичној историји, ако желе да се формирају као комплетне личности (82). Штавише, има мишљења да проблем и није само психолошки, већ да је пре културолошки феномен. Слично као и код усвојења, свака особа којој не буде допуштено да захтева такву информацију, неминовно ће се суочити са осећањем социјалне маргиналности (83). Дете треба да зна истину о свом пореклу и то што је могуће раније. Недостатак отворености у односу родитеља и детета може бити узрок осећању несреће код детета. Случајно сазнање о околностима под којима је рођено може, нарочито код млађег детета, проузроковати конфузију, сумњу и узнемиреност (84).

Недопустиво је предвидети анонимност донора, јер то не би било у складу са правом детета на слободни развој његове личности и његовог људског достојанства (85). Најзад, није занемарљив ни материјални интерес који може имати дете у погледу наслеђивања имовине својих биолошких родитеља. Овај интерес се, међутим, признаје само ванбрачној деци зачетој артифицијелном инсеминацијом, будући да брачна деца уживају заштиту својих правом признатих родитеља (86).

(81) K. O'Donovan, *A Right to Know One's Parentage*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 2, 1988, стр. 30. Исти овај аргумент изнесен је и у Извештају Ворнок, у коме се каже да "дете, када достигне узраст од осамнаест година, треба да има приступ основним информацијама о етничком пореклу и генетском здрављу донора". Видети: "*Wamock Report*", *op. cit.* (у прим. 25), 4.21. Но, и у овом случају идентитет донора треба да остане тајна. Видети: *ibid*, §4.22.

(82) J. Triseliotis: *In Search of Origins*, London, 1973, стр. 38.

(83) E. Haines, 'Secrecy': *What Can Artificial Reproduction Learn From Adoption*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 2, 1988, стр. 59.

(84) J. Holland, *Adoption and Artificial Insemination: Some Social Implications*, "An Interdisciplinary Journal", Vol. 50, 1971, стр. 305. Психолози који раде у С.Е.С.О.С., отуда, саветују родитељима да детету истину откривају постепено, одговарајући на питања која оно само поставља, како се не би догодило да дете о томе сазна случајно или од страних особа. Видети: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 463. Исправно је, међутим, указано на чињеницу да, иако отвореност у породичним односима треба заговарати, то још не значи да ће дете сазнати за идентитет својих генетских родитеља. У највећем броју случајева, социјални родитељи детета и не познају донора, осим што су у време инсеминације можда обавештени о његовом психолошком или соматском профилу. Стога, у дискусији о праву на информацију треба добро разликовати информацију која би могла бити доступна, будући да се чува као тајна, од информације која је недоступна, јер не постоји. Видети опширније: K. O'Donovan, *op. cit.* (у прим. 81), стр. 28.

(85) *Bericht der Arbeitsgruppe In-vitro - Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie* ("Benda Bericht"), Bonn, 1985, стр. 24.

(86) K. O'Donovan, *op. cit.* (у прим. 81), стр. 33.

б) Права и обавезе донора

У оним правима у којима је анонимност донора један од кључних принципа за правно уређење артифицијелне инсеминације, правни положај даваоца семена требало би да је неспоран. Ипак, нека законодавства изричито уређују и ово питање.

Ако се ради о инсеминацији удате жене, прописана је правна норма - уосталом, комплементарна са одредбом према којој се муж мајке сматра оцем детета иако није његов биолошки отац - којом се давалац семена јасно ослобађа било какве одговорности, права и обавеза према детету које је његов биолошки издана. У америчком праву, тако, девет од двадесет и осам држава које уопште имају законска решења у вези са артифицијелном инсеминацијом, прихватиле су верзију Модел закона о родитељству који је усвојила Национална конференција пуномоћника за доношење једнообразног законодавства (87).

Таква одредба, укратко, треба да елиминише могућност утврђивања двоструког очинства, о чему сведоче примери из америчке судске праксе (88). Њен крајњи ефекат, међутим, једнак је оном који се у европском праву постиже забраном оспоравања брачног очинства деце зачете хетероложном инсеминацијом.

Више недоумице изазвала је, у америчком праву, хетероложна инсеминација изван брака. Предложена одредба америчког Модел закона о родитељству, наиме, не говори ништа о правном положају даваоца семена којим је оплођена неудата жена. Право судске праксе, пак, само у две до сада објављене одлуке третирало је питање права и обавеза

(87) Одговарајући текст тог Модел закона гласи: (а) "Ако, уз надзор овлашћеног лекара и уз сагласност њеног мужа, жена буде вештачки оплођена семеном добијеним од мушкарца који није њен муж, муж се у праву сматра као да је природни отац детета које је на тај начин зачето. Сагласност мужа мора бити дата у писменој форми и потписана од њега и његове супруге. Лекар ће потврдити њихове потписе и датум инсеминације и архивирати мужевљево сагласност код Министарства здравља, где ће она бити чувана као тајна у запечаћеном досијеу. Пропуштање лекара да тако поступи не утиче на однос оца и детета. Сви документи који се односе на инсеминацију, било да су део судских списа или су архивирани код овлашћеног лекара односно на неком другом месту, могу бити прегледани само на захтев суда ако за то постоје оправдани разлози. (б) Донор семена којим је снабдевен овлашћени лекар за употребу у артифицијелној инсеминацији удате жене која није супруга донора, у праву се сматра као да није природни отац детета које је на тај начин зачето" (§5. Uniform State Laws Model Parentage Act ("UPA"). Модел закон о родитељству прихваћен је у: Калифорнији, Конектикату, Монтани, Невади, Орегону, Тексасу, Вашингтону и Висконсину. Опширније: D. Kaiser, *Artificial Insemination: Donor Rights in Situation Involving Unmarried Recipients*, "Journal of Family Law", Vol. 26, 1987/88, стр. 796.

(88) Законодавства неких држава, као што је рецимо Луизиана, не познају поменућу одредбу о томе да се донор не сматра оцем детета зачетог артифицијелном инсеминацијом. Отуда се могло догодити да судови дозволе детету да доказује родитељски однос према свом биолошком оцу, иако се муж мајке сматрао законитим оцем детета, захваљујући његовој сагласности са артифицијелном инсеминацијом своје супруге, на основу чл. 188. Грађанског законика Луизиане, и није оспорио своје очинство. Видети: In Succession of Levy, 428, So 2d904 (1983). У америчкој правној теорији се, стога, заступа став да законодавство треба, у циљу заштите и детета и даваоца семена, јасно да одрекне било какву правну везу између детета и донора. У том смислу K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1648.

даваоца семена. У спору *C.M. v. C.C.* (89) суд је одлучио да је давалац семена природни и законити отац детета, иако није било спорно да је до оплођења дошло артифицијелном инсеминацијом неудате жене коју је она сама обавила семеном свог пријатеља. Одлука је заснована на уверењу суда да је "у најбољем интересу детета да има оба родитеља кад год је то могуће" (90). Други спор *Jhordan C. v. Mary K.* (91) односио се на слично чињенично стање, јер је утврђено да је до зачећа детета дошло аутоинсеминацијом неудате жене помоћу семена које јој је, по заједничкој одлуци, уступио њен познаник. Спор се појавио у оном тренутку када је природни отац детета затражио да буде утврђено његово очинство. Мајка се успротивила, наводећи да би тиме било угрожено њено уставно право на једнаку заштиту и приватност у односу на удату жену којој закон гарантује да утврђивање очинства даваоца семена није могуће (92).

Упркос томе, суд је, исто као и у претходном случају, прогласио тужиоца законитим оцем детета. Одлука је била заснована на потврди принципа Грађанског законика Калифорније којим се донору семена забрањује да утврђује своје очинство без разлике да ли се ради о удатој или неудатој жени. Међутим, одредбе које и неудатој жени пружају заштиту од нежељеног захтева за утврђивање очинства донора могу, по мишљењу суда, бити у складу са јавним поретком само ако је до инсеминације дошло уз ангажовање овлашћеног лекара. Будући да се мајка детета у овом спору сама подвргла поступку инсеминације, она се не може позивати на одредбе о забрани утврђивања очинства донора (93).

У америчкој правној теорији, међутим, обе одлуке протумачене су на основу суштинског разликовања артифицијелне инсеминације семеном познатог даваоца, без обзира да ли је жена која се подвргава интервенцији удата или не, од истог таквог поступка који се обавља семеном непознатог даваоца. Судови су, наиме, у оба случаја пронашли начин да одредбе о забрани утврђивања очинства не буду примењене, у првом случају позивањем на интерес детета да има оба родитеља, а у другом везивањем законских правила за процедуру коју обавља овлашћени лекар. Другим речима, мада то ни у једној одлуци није изричито речено, оба суда прећутно су се

(89) *C.M. v. C.C.*, 152 N.J. Super. 160, 377 A. 2d 821 (1977).

(90) *Ibid.*

(91) *Jhordan C. v. Mary K.*, 179 Cal. App. 3d 386, 224 Cal. Rptr. 530 (1986).

(92) Грађански законик Калифорније, наиме, на следећи начин уређује правни положај даваоца семена: "Донор семена којим је снабдевен овлашћени лекар за употребу у артифицијелној инсеминацији жене која није супруга донора, у праву се сматра као да није природни отац детета" (§ 7005 б). Ова одредба преузета је из § 5 (б) Модел закона о родитељству, али је калифорнијски законодавац, према преовлађујућем уверењу коментатора, једном малом изменом проширио њену примену и на неудату жену. Упоредити ову одредбу са текстом § 5 (б) Модел закона о родитељству (у прим. 87). У америчкој правној теорији наилази се, додуше, и на супротно тумачење. Према њему, законодавац у Калифорнији је, просто, испустио реч "удате" испред речи "жене" у § 7005 (б), па стога треба сматрати да артифицијелна инсеминација неудатих жена ни у Калифорнији није допуштена. У том смислу G. P. Smith - R. Iraola, *Sexuality, Privacy and the New Biology*, "Marquette Law Review", Vol. 67, 1984, стр. 270.

(93) *Ibid.*

изјаснила да се све поменуте законске одредбе о забрани утврђивања очинства односе само на непознате даваоце. Дакако, највећи број инсеминација се заиста и обавља помоћу анонимних давалаца, који не очекују нити имају жељу да утврде своја родитељска права. Њихова једина веза са дететом јесте биолошка, а не породична. Анонимност донора, тако, функционише као заштита, како за биолошког оца који не жели да преузме одговорност за дете, тако и за мајку која жели да се ослободи уплитања природног оца (94). Напротив, у ситуацији када је донор познат, без обзира на то што је мајка неудата, забрана утврђивања очинства била би бесмислена. Родитељска веза између оца и детета у таквим околностима неупоредиво је јача, као и искушење да се такав однос и правно потврди (95). Иако је ризик очигледан, велики број жена пристаје да га преузме из различитих разлога (96).

5. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛЕКАРА

Поступак артифицијелне инсеминације поставља, најзад, и питања у вези са оспособљеношћу, овлашћењима и одговорношћу лекара који предузима поступак оплођења.

Пре свега, несумњиво је да процедуру артифицијелне инсеминације може практиковати само лице које је завршило медицински факултет. Хрватски *Закон о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете* захтева и посебне услове који се тичу медицинске установе у којој се спроводи поступак (97). Такви захтеви нису предвиђени због евентуалног ризика по здравље, јер је техника артифицијелне инсеминације крајње једноставна и не проузрокује опасност од физичких повреда мајке или детета (98). Они више служе томе да обезбеде јасну правну ситуацију из које произилазе значајни правни ефекти за сва лица која учествују у поступку артифицијелне инсеминације.

(94) G. Eisenman, *Fathers, Biological and Anonymous, And Other Legal Strangers: Determination of Parentage and Artificial Insemination by Donor Under Ohio Law*, "Ohio State Law Review", Vol. 45, 1984, стр. 396.

(95) D. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 87), стр. 806.

(96) Познавање или бирање донора, сматра се, помаже да се избегне проблем ограниченог приступа неопходној медицинској документацији, омогућава мајци да одлучи о типу оца каквог би желела за своје дете и осигура детету сазнање о његовом пореклу од оца. У том смислу: Note, *Artificial Insemination by Donor*, "Woman's Rights Law Reporter", Vol. 7, 1982, стр. 256.

(97) "Умјетна оплодна се може извршити у здравственој организацији удруженог рада коју за вршење таквих захвата одреди републички орган управе надлежан за послове здравства" (чл. 31). Слична је и одредба чл. 35. истоименог закона Републике Словеније.

(98) Скоро је сасвим напуштено и страховање да деца која су зачета путем артифицијелне инсеминације могу бити психолошки оптерећена или друштвено стигматизирана чињеницом да је изостао природни пут зачећа. Напротив, нема ни једног разлога да оваква деца пате више него што је то случај са децом која су усвојена. Штавише, деца чије је рођење било вештачки потпомогнуто, имају потврду да њихово рођење није било случајно, већ је резултат одлучних напора оних који су се посветили идеји заснивања породице. У том смислу: Note, *Reproductive Technology, op. cit.* (у прим. 35), стр. 683.

Најзначајније овлашћење лекара тиче се избора даваоца семена за поступак артифицијелне инсеминације. Једна студија која је начињена у САД показала је, што је веома значајно, да селекцију донора врше лекари, а не пацијенткиње (99).

Највећи број донора има натпросечну интелигенцију и здравље, а најчешће су студенти медицине или лекари на специјализацији (100). Скоро сви лекари који обављају артифицијелну инсеминацију узимају податке из породичне анамнезе, обично у облику листе породичних болести (101).

Но, будући да се донори по правилу плаћају, спремност да се обелодани непожељна генетска прошлост није велика (102). У медицинској пракси у нашој земљи, нажалост, нема овако детаљних истраживања (103). Словеначки Закон о здравственим мерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању деце предвиђа само да давалац семена мора бити душевно и телесно здрав и да не сме бити у оном степену сродства са женом подвргнутом инсеминацији који је сметња за закључење брака (104). Отуда, у будућем уређењу артифици-

(99) Према том истраживању 91,8% лекара који су се нашли на листи Америчког друштва за фертилитет као лекари који у пракси обављају AID процедуру, не дозвољавају пацијентињама да бирају даваоца семена. Истраживањем је био обухваћен 471 лекар. Видети: Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *Current Practice of Artificial Insemination by Donor in the U.S.*, "New England Journal of Medicine", бр. 300/1979, стр. 586. Артифицијелна инсеминација, међутим, некада се описује и као идеална еугенетичка шанса за људску врсту. Пре више од пола века један амерички еугенетичар сковао је израз "eutelegensis" да би описивао усавршени систем артифицијелне инсеминације који би употребљавао само сперму генетски супериорних давалаца. Недавно је његова идеја остварена и у пракси. Банка сперме позната под именом Спремиште за ембрионални избор (Repository for Germinal Choice) скупља сперму од добитника Нобелове награде, замрзава је и доставља према избору, начињеном на основу анонимних карактеристика донора, женама које су укључене у пројекат на основу високог постотка интелигенције. Према подацима доступним америчким писцима, најмање три жене оплођене су на овај начин, а један од добитника Нобелове награде открио је свој идентитет и признао да учествује у поступку. Опширније: *Note, eugenic Artificial Insemination: A Cure for Mediocrity*, "Harvard Law Review", Vol. 94, 1981, стр. 850. Супротно, о опасностима од еугенетике која је ударац достојанству човека, видети: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15).

(100) Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 586.

(101) *Ibid.* Клиника за фертилитет Талан Универзитета у Њу Орлеансу, Луизиана, прикупља податке о имену, висини, тежини, боји очију и косе, крвној групи, породичним болестима, склоностима за спорт, музику или уметност код донора. Осим тога, користи се упитник који обухвата осам конгениталних фактора и 28 стечених фактора здравственог стања самог донора, или чланова његове породице. Ако давалац одговори позитивно на неко од питања, мора потврдити свој степен сродства са особом код које такав фактор постоји, њено стање и године. Видети детаљније: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1651.

(102) Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 582.

(103) У разговору који сам водила са др Радмилом Војводић, шефом Одсека за ендокринолошко испитивање стерилитета Гинеколошко-акушерске клинике Универзитетског клиничког центра у Београду, саопштено ми је да је хетерологна артифицијелна инсеминација готово потпуно напуштена у овој установи, а да је слична ситуација и у осталим београдским болницама које су је некада спроводиле. Разлог томе је у недостатку донора, нарочито од када се захтева тестирање сперме на AIDS, које донори не радо прихватају.

(104) Видети: чл. 34. ст. 2. и 3. словеначког *Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničavanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok*. Истоимени закон Републике Хрватске гласи: "Давалац сјемена може бити само здрав мушкарац" (чл. 34. ст. 1).

јелне инсеминације у нашем праву треба свакако предвидети могућност да се од давалаца семена захтева да се подвргну генетском тесту пре извршене инсеминације, који би обухватио неколико медицински кључних показатеља генетских поремећаја и наследних болести (105).

Најзад, одговорност лекара који примењују артифицијелну инсеминацију, односи се на њихову обавезу да ограниче број жена за чију инсеминацију употребљавају семе истог даваоца. На тај начин умањује се реална опасност од случајног инцеста међу потомцима истог оца. Међутим, на том плану изгледа да ни у законодавству, нити у медицинској пракси нису постигнута задовољавајућа решења (106).

Свакако да би учесталост употребе семена донора била боље контролисана ако би лекари водили протоколе према имену донора, а не према имену пацијенткиње коју подвргавају третману, као што то до сада углавном чине (107). Међутим, изван сваке правне регулативе остала би и у том случају пракса, да један исти мушкарац понуди своје семе великом броју лекарских ординација, нарочито у оним правима у којима се за донацију семена плаћа (108).

(105) Можда би се могла, штавише, установити и пракса да лекар, бирајући донора, води рачуна о усклађивању физичког изгледа даваоца са изгледом мужа, бар када је реч о артифицијелној инсеминацији удате жене. Такву праксу, према поменутом америчком истраживању, неки лекари обављају рутински, а неки само на захтев брачних другова. Видети: Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 586. Један од лекара са Клинике за фертилитет Талан Универзитета каже: "Треба учинити такав избор да буде немогуће за околину да каже како дете генетски не припада брачном пару". Видети: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1652.

(106) У поменутом америчком истраживању са забринутости се коментарише податак, да 84% лекара који су учествовали у анкети не спроводи никакву политику која се тиче максималног броја употребе семена једног даваоца. Остали су одговорили да ограничавају употребу семена истог донора на шест, или чак мањи број успешних трудноћа. Један лекар је признао да семе истог даваоца користи чак педесет пута. Curie-Cohen, Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 589. Клиника за фертилитет у Њу Орлеансу, на пример, саопштава да не употребљава семе донора више него у једној до максимално три успешне трудноће. Видети K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1652. Пракса С.Е.С.О.С. ограничава употребу семена истог донора на највише пет трудноћа, осим ако пар који је добио дете од одређеног донора захтева да и наредно дете буде од истог донора. На тај начин се, такође, минимизира опасност од мешања крви. Видети: D. Jones, *Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France*, "The American Journal of Comparative Law", Vol. 36, 1988, стр. 537. Извештај Бенда препоручује законодавцу правило да се сперма истог донора употреби у највише десет успешних трудноћа. Видети: Benda Bericht, *op. cit.* (у прим. 85), стр. 25. Са друге стране, у литератури се наводи да је страх од могућег инцеста претеран, односно да је опасност од инцестуозних веза далеко већа када су у питању "прељубничка деца" у мањим местима. У том смислу: R. Frank, *op. cit.* (у прим. 79), стр. 119.

(107) Curie-Cohen, Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 589.

(108) Истина је, међутим, да су таква права реткост. У нашем праву давалац семена нема право на накнаду за дато семе. Видети: чл. 34, ст. 2. хрватског *Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете*. Исто и: чл. 37. истоименог закона Републике Словеније. Слично је и у неким странним правима. Бесплатност је правило у пракси коју спроводи С.Е.С.О.С. Опширније: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 462; D. Jones, *op. cit.* (у прим. 106), стр. 534. Извештај Warnock, такође, препоручује да донори семена не буду плаћени за своје услуге. Видети: "Warnock Report", *op. cit.* (у прим. 25), §4.27. Исто и: Concil of Europe, *Draft Recommendation of Artificial Insemination of Human Beings*, Directorate of Legal Affairs, Strasbourg, 1979, чл. 6.

ЗАКЉУЧАК

Нема сумње да је родитељство интегрални део живота који за себе предвиђа највећи број људи. Таква визија је дубоко укорееена у култури хришћанске цивилизације, али се и непрекидно обнавља кроз социјалне норме. Биолошка веза између родитеља и деце јесте фундаментални део овакве визије - највећи број људи претпоставља да ће једнога дана постати родитељи. Жене се васпитавају да себе виде у будућности како рађају потомство: мушкарци, пак, да схвате фертилитет као кључни фактор мушкости. Као резултат овакве социјализације, највећи број људи сматра биолошко родитељство суштинском компонентом испуњености живота.

Међутим, не може свако "природно" остварити оваква очекивања. Према процени највећег броја студија у развијеним земљама, око 20% партнера који су у репродуктивним годинама има тешкоћа у остваривању родитељства. Физиолошка осујећеност жеље за дететом у стању је да психолошки опустоши личност. Усредсређене да испуне своју "очајничку жељу" да постану родитељи, инфертилне особе са страшћу траже "нове репродуктивне технологије" за које се тврди да нуде ону последњу могућност за биолошко родитељство. Паралелно с тим, у друштвима која су преокупирана пренасељеношћу и напорима да се ограничили рађање, права оних парова који покушавају да постану родитељи релативно су игнорисана. Један разлог може бити у томе да је онима који имају децу тешко да стварно разумеју дилеме особа које су противно својој вољи без деце. Оно што је, међутим, од суштинског значаја, то је захтев да социјални, правни и морални аспекти нових репродуктивних технологија морају бити брижљиво испитани. Одбацити нове технологије као застрашујуће или ексцентричне, било би нехумано. Напротив, дозволити им да се развијају без контроле значило би тешко оштетити не само партнере и децу која се на тај начин рађају, него и друштво у којем се та деца рађају. Дакле, иако је жеља да се оствари биолошко родитељство разумљива, она мора бити пажљиво процењена у односу на многе друге факторе и интересе које погађа развој репродуктивне технологије. У том смислу, врхунско руководио начело ни за ординирајућег лекара не сме бити људска жеља за дететом по сваку цену, нити безгранична жртва коју је жена по правилу спремна да поднесе за своје будуће дете, већ разложна процена најоптималнијег односа између очекиване користи и могућег ризика предузетог поступка.

Са друге стране, ниједну методу репродуктивне генетике, па ни артифицијелну инсеминацију, не би требало схватити као начин да се додатно увећа важност генетских веза на рачун могућности које пружа концепт социолошког родитељства. Друштвени притисак који осећају инфертилни парови, а који развој нових метода рађања и те како подстиче, промовише институционалне предрасуде у корист биолошког родитељства. То, надаље, девалвира значај усвојења и, у крајњој линији, штети деци чија добробит зависи од тога да ли ће бити нађени погодни усвојоци. Стога, да би се осигурало да технологија служи, а не да диктира социјалне потребе, законодавство и судска пракса требало би да темељно испитају све претпоставке које тренутно дозвољавају употребу

сваког појединачног вида вештачког оплођења. Истовремено, међутим, правни поредак би требало да учини све да заштићено право буде право на родитељство. На тај начин би установљивање биолошке везе у родитељству престало да буде од централног интереса. Смањеним истицањем важности биолошке везе у односу родитеља и детета, право би трасирало пут теорији о породици која се мора заснивати једнако пожељно и на неболошком односу између њених чланова. Правно одустајање од потенцирања биологије могло би затим одиграти важну улогу у широком друштвеном покрету према "поновном изражавању родитељства", подстичући све људе да се усуде да направе избор ослобођени снажних социјалних притисака.

(Примљено 10. II 1992)

*dr Marija Draškić,
assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade*

ARTIFICIAL INSEMINATION - FAMILY LAW ASPECTS

Summary

The humanization of family-law as far as determining and contesting the paternity of children conceived by way of heterologous artificial insemination are concerned, and its making more similar to the procedure otherwise applied to naturally conceived children - should contribute to abolishing of discrimination between children who are naturally conceived and those whose birth is a result of this kind of artificial insemination. Therefore in case of heterologous artificial insemination legal rules should be defined so as to make possible the application of that procedure to every woman medically unable to make her wish for an offspring come true - meaning the one otherwise living in marriage or in a stable of long-term out-of-wedlock community. Contesting the paternity of a child born in marriage, just as determining the paternity of a child born in an out-of-wedlock community should not be allowed, because in such a way the conception would be completely admitted according to which sociological parenthood would be legally and socially verified, having a treatment equal to that of biological parenthood.

Finally, in keeping with the above, the anonymity of a donor should remain the rule - as the case is in the majority of legal orders, so that factual family could efficiently defend the principle of highest benefit of the child in competing with the blood-related family.

Key words: *Family law. – Artificial insemination. – Contesting the paternity. – Anonymity.*

dr Marija Draškić,
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LES ASPECTS FAMILIAUX ET JURIDIQUES DE L'INSÉMINATION ARTIFICIELLE

Résumé

L'humanisation des règlements du droit de famille dans le sens que l'établissement et la contestation de la paternité chez les enfants conçus à l'aide de l'insémination artificielle hétérologue se rapproche au maximum du procédé appliqué aux enfants conçus de manière naturelle doit contribuer à éliminer la discrimination entre les enfants qui sont conçus et nés de manière naturelle et ceux dont la naissance est le résultat de ce type d'insémination artificielle. C'est pourquoi, sur le plan de l'insémination artificielle hétérologue, il faut définir les règlements juridiques de manière à rendre cette procédure accessible à toutes les femmes qui, pour des raisons médicales, ne peuvent pas réaliser leur désir d'avoir des enfants et qui vivent dans un mariage ou dans un concubinat stable et de longue durée.

La contestation de la paternité de l'enfant né dans le mariage et l'établissement de la paternité par une procédure devant le tribunal pour l'enfant né hors du mariage ne doivent pas être permis, étant donné qu'on assure complètement de cette manière que le concept de paternité sociologique devienne légalement et socialement vérifié, tout comme la paternité biologique. Et enfin, conformément à cela, l'anonymat du donateur doit demeurer une règle comme cela est le cas, d'ailleurs dans la plupart des systèmes juridiques, pour que la famille de facto puisse défendre avec succès le principe du bien-être suprême de l'enfant dans la concurrence avec la famille de sang.

Mots clé: *Droit de famille. – Insémination artificielle. – Contestation de la paternité. – Donateur anonyme.*