

XV ОКТОБАРСКИ ПРАВНИЧКИ ДАНИ
„ИЗГРАДЊА И ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА“

Бања Лука, 12. и 13. октобар 2018. године

Сурогацијски аранжмани са прекограничним дејством

др Олга Јовић-Прлаиновић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ул. Пожаревачка бр. 3/4

11 000 Београд

тел. +381 64/135-88-53

olga.jovic@pr.ac.rs

Сурогацијски аранжмани са прекограничним дејством^{1*}

Апстракт: У првом делу рада ауторка разматра остваривање репродуктивних права грађана ван граница своје земље са разлога различитих (либералних или рестриктивних) решења у вези са прихватњем или неприхватањем сурогат материнства као поступка асистираних репродуктивне технологије. Одлазак из једне земље у којој третман није доступан у другу земљу захтева успостављање међународних етичких стандарда у контроли и спречавању злоупотреба. У одсуству наднационалних извора права у вези са асистираним репродукцијом, свака држава има суверену надлежност и компетенције у регулисању ове материје. Значајна улога у покушају стварања међународног инструмента помоћу којег би се обезбедила правна сигурност у погледу успостављања правног родитељства намераваних родитеља (наручилаца) припада Хашкој конференцији за међународно приватно право.

Садржина другог дела рада посвећена је пракси Европског суда за људска права поводом решавања последица примене поступка сурогат материнства са аспекта људских права. Иако је пракса Европског суда за људска права у овој области новијег датума и броји свега неколико предмета, њен значај се огледа у одређивању стандарда о импликацијама сурогат материнства са елементом иностраности.

Кључне речи: међународни сурогацијски аранжмани; право на поштовање приватног живота; Европски суд за људска права; правни статус детета;

Уводне напомене

Сурогат материнство као поступак биомедицински потпомогнуте оплодње детерминисан је везом сурогат мајке и детета које рађа и специфичностима генетске/биолошке, гестацијске и социјалне везе лица која намеравају да одгајају дете које је родила сурогат мајка. Овај контроверзни поступак биомедицински потпомогнуте оплодње помера правни и логички кодекс вредновања материнства и очинства, односно родитељства. Различити појавни облици сурогат материнства са последицама у смислу одређивања правног материнства и очинства, искључују примену породичноправних норми општег карактера у вези са пореклом детета.

Јачање индивидуалних права и избора у области људске репродукције претпоставља да одлуке донете на основу сопствене изјаве воље изражене у

* Део рада који се тиче међународноприватног аспекта сурогат материнства (са ажурираним подацима) преузет је из монографије Јовић-Прлаиновић Олга, Биолошки основи родитељства – право и стварност, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2017, стр. 179-184.

сурогацијском уговору требало би да представљају довољан основ за успостављање правног родитељства неплодног пара. Родитељство засновано на уговору не може да се посматра изван контекста асистираних репродукције. Пожељност постојања споразума између учесника у поступку сурогат материнства и поштовање његових одредби оправдава се потребом обезбеђивања сигурности неопходне за приступање овом процесу зачећа и рађања детета. Уговор о сурогат материнству осликава сложеност савременог права у области људске репродукције, али и раскид са конвенцијама које обликују традиционално профилисан концепт родитељства.

Међународни сурогацијски аранжмани

Различити приступи националних законодавстава уговорима о сурогат материнству са прекограничним дејством утицали су на интензивирање активности Хашке конференције за међународно приватно право² у правцу стварања међународног инструмента помоћу којег би се обезбедила правна сигурност у погледу успостављања правног родитељства намераваних родитеља (наручилаца). Према дефиницији садржаној у Прелиминарном документу бр. 11 (2011), међународни сурогацијски аранжмани су уговори у којима је укључено више од једне државе, односно подразумевају ситуацију у којој намеравани родитељи и сурогат мајка имају различито држављанство (и обично националност), или по другом основу.³ У Прелиминарном извештају о међународним сурогацијским аранжманима,⁴ идентификоване су потешкоће које се јављају на међународном плану као резултат учесталих међународних

² Hague Conference on Private International Law (HCCH), The World Organisation for Cross-border Cooperation in Civil and Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/home> (приступ: 1.08.2018.). Хашка конференција за међународно приватно право је светска организација која континуирано ради на уједначавању одредаба међународног приватног права, кроз процес преговарања и припреме мултилатералних конвенција у подручјима међународне правосудне и управне сарадње између држава чланица, сукоба правних правила везаних за уговоре, накнаде штете, обавезе издржавања, положај и заштита деце, односа међу супружницима, завештања, као и извршења судских одлука страних судова.

³ Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 11 of March 2011: Private International Law Issue Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> p. 3.

⁴ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 10 of March 2012*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 1.08.2018.).

сурогацијских аранжмана, а у вези са успостављањем правног родитељства и одређивањем држављанства рођене деце.⁵ Поред тога и питање раскида међународних сурогацијских уговора, када, примера ради, родитељи наручиоци не желе дете због одређених недостатака, или због тога што је њихов однос трајно нарушен,⁶ или зато што сурогат мајка жели да задржи дете које је родила, захтевају заштиту основних права и интереса деце, укључујући право на недискриминацију по основу рођења или родитељског статуса, право детета на заштиту најбољег интереса у свим питањима која га се тичу, као и права детета на очување сопственог идентитета.⁷

Рестриктивни правни приступ сурогат материнству у многим државама (нарочито комерцијалном сурогат материнству) у комбинацији са либералним приступом мањег броја држава, представља један од разлога да потенцијални родитељи наручиоци користе услуге сурогат мајке у иностранству.⁸ Други мотивациони фактори могу бити нижи трошкови подвргавања поступку сурогат материнства у иностранству. Порасту прекограничних сурогацијских аранжмана недвосмислено доприноси интернет и други савремени начини комуникације, те олакшано прекогранично кретање.⁹ Полазећи од тога да један аранжман

⁵ Бордаш Б, Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад 2013, стр. 86, фн. 13.

⁶ Župan M, Puljko V, Sukačić M, *Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma mater semper certa est? Pravni vijesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*, Vol. 29, br. 2, Osijek 2013, str. 13-5.

⁷ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, op. cit., p. 4-5, а у вези са чл. 2, 3, 7, 8, и 9. Конвенције УН о правима детета.

⁸ Пажњу јавности привукао је пример гестаацијске сурогације у случају *Aki Mukai*, познате јапанске телевизијске глумице и њеног супруга рвача Nobuhiko Takada, који су, због глумичиног инфертилитета проузрокованог раком грлића материце, ангажовали сурогат мајку америчког држављанства из Неваде до зачне и роди дете које носи њихове генетске карактеристике. Амерички суд признао је госпођу Аки Мукаи и њеног супруга, који су у генетској вези са близанцима, као природне родитеље детета. Међутим, пријава регистрације деце је одбијена 2003. године од стране јапанских власти због тога што Мукаи није била законита мајка деце будући их није родила. Породични суд и Виши суд у Токију, као и Врховни суд Јапана, такође, нису признали Мукаи као правну мајку деце са истим образложењем. Близанци које је родила сурогат мајка која је уједно и правна мајка, Мукаи и Такада су морали да усвоје, јер су близанци регистровани као амерички држављани и страни држављани Јапана. Госпођа Мукаи је после скоро четири године од рођења близанаца регистрована као правна мајка деце. Takada and Mukai v Office of the Mayor of Shinagawa, Tokyo Family Court, 30 November 2005, Minshū 61, 658. Tokyo High Court, 29 September 2006, Supreme Court, 23 March 2007, The Tokyo High Court decision in the full English translation of the Supreme Court decision: Office of the Mayor of Shinagawa v Takada and Mukai, 2006 (Kyō) No. 47, 5, available at <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2007.03.23-2006.-Kyō.No..47.html> (приступ: 5.08.2018.).

уобичајено укључује више од две државе (нпр. родитељи наручиоци живе у једној држави, донори оплодних ћелија у другој, а сурогат мајка у трећој држави, односно када се сурогат мајка пресели из једне у другу државу да би родила дете, док родитељи наручиоци живе у трећој држави),¹⁰ то, заправо, потврђује распрострањеност сурогат материнства са прекограничним дејствима.¹¹

С обзиром да се материјалноправни системи међусобно битно разликују у приступу сурогацијским уговорима (изричито забрањују сурогацијске уговоре, правни системи у којима је сурогат материнство већином нерегулисано, јурисдикције у којима је овај поступак изричито дозвољен и државе са либералним ставом према сурогацијским уговорима, укључујући и уговоре комерцијалне природе), онда када је реч о уговорима са елементом иностраности, када однос

⁹ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, op. cit., p. 4-5.

¹⁰ Bellafante G, Surrogate Pregnancy Goes Global, *New York Times*, June 15, 2010, <http://www.nytimes.com> (приступ: 3.08.2018.).

У овом чланку описан је случај „Google Baby“ из 2009. године који илуструје сурогацијски аранжман са прекограничним дејством. Реч је о документарном филму израелске режисерке Zippi Brand Frank који показује како глобализација усложњава фертилитетну индустрију. Наиме, Дорон, израелски предузетник пружа нову услугу корисницима сурогат материнства нудећи приступачно решење коришћења донираних ембриона из САД-а и гестацијску сурогат мајку из Индије. Жељени генетски материјал бирају клијенти; генетски материјал купује се онлајн, а вишак ембриона се замрзава. Ускладиштени у течни азот само ембриони који одговарају преференцама купаца отпремају се у Индију - где се имплантирају у материце локалних сурогат мајки. Клијенти-родитељи наручиоци долазе тек крајем деветмесечног периода трудноће да преузму своје бебе. Дорново сопствено искуство остваривања у родитељској улози као геј мушкарца представљало је одлучни фактор за овакав подухват.

¹¹ Увиђајући потребу за јачањем сарадње у овој области, Хашка конференција је 2014. године усвојила и документ под насловом „Пожељност и изводљивост даљег рада на родитељству/сурогацијски пројекат“ (The Desirability and Feasibility of Further Work on Parentage/Surrogacy Project, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 B of April 2014*. The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 3.08.2018.)). који је утемељен на детаљној „Студији о правном родитељству и питањима која проистичу из међународних сурогацијских аранжмана“ (A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (ISA's), *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 C of March 2014*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 3.08.2018.)), у којима се указује на постојање практичних прекограничних проблема који потичу из разлика у националним правима држава у погледу успостављања правног родитељства у случају биомедицински потпомогнуте оплодње, родитељства истополних партнера, разлика које постоје у међународним приватним правима држава, како у погледу међународне надлежности и меродавног права, тако и у погледу признања правног родитељства које је установљено у иностранству, а чијем решавању би рад на међународном нивоу могао значајно допринети. Циљеви ка којима би будући рад требало да буде усмерен су: 1) постизање правне сигурности и сигурног правног статуса деце и породица за које се везује инострани елемент, и 2) заштита права и интереса деце, родитеља и других учесника који су укључени у поступак зачећа и рађања деце у околностима са иностраним елементом, и то у складу са стандардима људских права на универзалном нивоу.

између уговорника постаје однос међународног приватног права, у државама у којима сурогат материнство (или неки његов облик) није дозвољено, основно је питање признавања правних дејстава иностраног сурогат материнства, с тим да ни у државама у којима је сурогат материнство дозвољено правно родитељство лица за која је сурогат мајка родила дете не може да буде аутоматски прихваћено. Да ли и на који начин наручиоци постају правни родитељи детета решава се применом правила националних правила међународног приватног права.

Успостављање правног родитељства детета у држави његовог/њеног рођења

Критеријум за класификацију националних јурисдикција у овом погледу односи се на оне државе које примењују метод сукоба закона и оне које примењују метод признања, с једне стране, и на државе које у погледу тог питања примењују *lex fori*, с друге стране. Могући приступи у стварању међународног инструмента о сурогат материнству са прекограничним дејствима са циљем да се осигура да дете стекне држављанство, подразумева хармонизацију правила међународног приватног права у погледу утврђивања и оспоравања правног родитељства уопште, па и она која би обухватила и међународно сурогат материнство. Постизање консензуса у овој области је неизвесно, с обзиром да правно родитељство детета које је родила сурогат мајка у међународном приватном праву повлачи разматрање примене клаузуле јавног поретка, како у контексту примене страног права, тако и у контексту признања страних одлука или јавних исправа, што додатно доприноси несигурном правном статусу детета. Осим хармонизације, други могући приступ био би израда конвенције чија је садржина посвећена само питању признања одлука везаних за сурогат материнство, пошто неке државе могу да одбију примену страног права о сурогат материнству, али би могли да признају дејства страних одлука или исправа на основу којих се одређује правни статус детета и правно родитељство наручилаца.¹²

¹² Бордаш Б, Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Нови Сад 2012, стр. 114-5.

Једна од идеја је стварање оквира за сарадњу налик на механизам Хашке конвенције о заштити деце и о сарадњи у погледу међудржавног усвојења из 1993. године која намеће поштовање минималних мера заштите без обзира на ниво регулисања у државама уговорницама. Овај начин регулисања који би гарантовао спречавање злоупотреба и заштиту права и интереса деце и

У оквиру активности Хашке конференције за међународно приватно право од посебне важности је рад на усаглашавању ставова држава чланица о питању коме од учесника поступка сурогат материнства припада правно родитељство према детету *ipso iure*, без предузимања било каквих других корака. У законодавствима која дозвољавају овај поступак зачећа и рађања детета законодавац може да пропише да су родитељи наручиоци по самом праву правни родитељи детета, па је у том случају потребно предвидети механизам за успостављање правног родитељства, попут захтева родитеља наручилаца да суд пре рођења детета донесе декларативну одлуку да ће родитељи наручиоци бити правни родитељи детета кога роди сурогат мајка (*pre-birth order*), или да суд после рођења детета, а на захтев родитеља наручилаца, донесе одлуку о преносу родитељских права на њих (*parental/parentage order*), те подношење уговора о сурогат материнству надлежном органу.¹³

Излазно и улазно међународно сурогат материнство

Међународно сурогат материнство јавља се у два облика: излазно међународно сурогат материнства - "*outgoing case*" - сурогат мајка рађа дете на територији домаће државе, односно држава из чијег угла се посматра однос са међународним елементом - за родитеље наручиоце који живе у иностранству и који ће после рођења детета напустити домаћу државу заједно са дететом; и улазно међународно сурогат материнство - "*incoming case*" - сурогат мајка рађа дете у страној држави за родитеље наручиоце који ће после рођења детета да се врате заједно са дететом у домаћу државу.

Код излазних случајева, да би дете добило путне исправе, потребно је да се рођење детета пријави надлежним државним органима у домаћој држави ради уписа у матичне књиге, без обзира на држављанство родитеља наручилаца. Држављанство детета од тренутка рођења одређује се по принципу *ius sanguinis*, односно по основу принципа *ius soli* ако га домаћа држава прихвата. Међутим, сама чињеница уписа рођења детета у домаће матичне књиге, код излазног

осталих учесника у односу, као и свођење на минимум оних ситуација које су *fait accompli*, могао би да наиђе на интересовање многих држава.

¹³ Бордаш Б, Рестриктиван концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, Нови Сад 2015, стр. 990.

сурогат материнства, није одлучујућа за стицање држављанства детета, с обзиром да о држављанству детета одлучује надлежни инострани орган (конзуларна служба државе држављанства родитеља наручилаца) којем родитељи наручиоци подносе извод из матичне књиге рођених домаће државе са подацима о рођењу и о мајци и оцу детета. Надлежни инострани орган одлучује да ли ће признати ту инострану јавну исправу, примењујући право државе која га је именovala. У оваквим случајевима држављанство сурогат мајке није од значаја, нити место становања родитеља наручилаца у иностранству. Такође, није важно ни да ли родитељи наручиоци који су инострани држављани не живе/станују у држави свог држављанства, тј. да живе у домаћој држави или у некој трећој. Уколико живе у домаћој држави евентуални проблеми око издавања путне исправе за дете само се одлаже.¹⁴

Код улазних случајева сурогат материнства, супружници или ванбрачни партнери одлазе у иностранство да би за њих сурогат мајка родила дете. Они се по рођењу детета враћају у државу у којој живе. И код улазних случајева сурогат материнства дете мора да буде уписано у матичне књиге у држави у којој је рођено. Правна питања која се постављају су иста као у претходном случају. У држави рођења детета се, према праву те државе, установљава ко су правни родитељи и ти подаци се уписују у матичну књигу и извод из матичне књиге. Држављанство детета се установљава само ако држава у којој је дете рођено примењује принцип *ius soli*. Страну јавну исправу родитељи наручиоци подносе надлежном органу домаће државе у држави рођења детета, да би дете добило путну исправу домаће државе и могло да напусти територију државе у којој је рођено. Исход признавања иностране јавне исправе зависи од става права домаће државе у погледу дозвољености сурогат материнства. Уколико домаћа држава забрањује сурогат материнства, инострана јавна исправа не представља доказ правног родитељства родитеља наручилаца па дете остаје без путне исправе и не може да напусти територију државе у којој је рођено.¹⁵ У супротном,

¹⁴ *Ibid.*, стр. 993.

¹⁵ Хипотетички пример тзв. излазног сурогат материнства би изгледао овако: родитељи наручиоци живе у држави А у којој је сурогат материнства забрањено. По сазнању да у држави Б постоји могућност закључења сурогацијског уговора, преко интернета проналазе удату жену која жели да

ако је у домаћој држави сурогат материнство дозвољено, дете ће на основу података из извода из матичне књиге и држављанства у изводу наведених правних родитеља моћи да добије путни документ и оно ће напустити државу свог рођења са својим родитељима. За домаћу државу није од значаја да ли се место становања правних родитеља налази у домаћој или страниј држави, као што нема значаја ни питање држављанства сурогат мајке.¹⁶

У упоредној пракси спорно је питање признавања статуса родитеља наручилаца у државама чији су они држављани и/или у којима живе. С тим у вези отвара се и проблем држављанства детета које је родила сурогат мајка, његовог пребивалишта, односно уобичајеног боравишта и омогућавање уласка детета у државу у којој су настањени родитељи наручиоци. Питању правног родитељства наручилаца би могло да се приступи на два начина: један је да се на основу уписа (регистрације) чињенице рођења детета у иностранству изврши упис у домаћим

буде сурогат мајка. Одлазе у државу Б и са сурогат мајком закључују уговор о сурогат материнству комерцијалне природе, на основу кога плаћају сурогат мајци новчану награду која прелази износ разумних, оправданих трошкова. У уговору се наводи да ће по рођењу детета, родитељи наручиоци бити правни родитељи детета са свим припадајућим родитељским правима и дужностима. Након рођења детета у матичну књигу рођених уписују се имена родитеља наручилаца, међутим, по позитивном законодавству државе Б дете не може да стекне држављанство државе Б. Из тог разлога родитељи наручиоци се обраћају конзуларном представништву државе А у држави Б са захтевом за издавање путне исправе за дете како би могли да се врате у државу А. Конзуларно представништво државе А одбија њихов захтев наводећи да је у праву државе А сурогат материнство забрањено. Исход је следећи: дете је без држављанства а родитељи наручиоци не могу бесконачно да се задрже у држави Б. Како дете нема путне исправе и не може напустити државу Б, решење овакве ситуације подразумева сарадњу између држава које дипломатским путем договарају међудржавно усвојење или дете добија једнократну визу како би могло допутовати у државу А. У овом дуготрајном и сложеном поступку постоји опасност да лични статус детета буде под знаком питања, јер чак и уколико родитељи наручиоци успеју да се врате у државу А може наступити проблем око признавања статуса стеченог у иностранству. Суд ће, најчешће, прво одбити да призна страну исправу или судску одлуку на основу које су у изводу из матичне књиге рођених уписани родитељи наручиоци, због тога што је то у супротности са јавним поретком државе А. Ова одлука може имати озбиљне последице по дете, односно оно остаје без родитеља и доводи се у питање идентитет детета, тј. дете постаје апатрид. У овом крајње комплексном случају, државе смишљају *ad hoc* решења како би се уклониле негативне последице правних празнина, а у складу са најбољим интересом детета. Тада, по правилу, држава А у циљу заштите најбољег интереса детета које би могло остати без родитеља, дозвољава тзв. „посебно усвојење“. Решење, наравно, није задовољавајуће, с обзиром да је реч о дуготрајном поступку са високим трошковима, и обично оваквом мером само један од родитеља наручилаца (биолошки отац) стиче родитељска права, док се то не гарантује другом родитељу. Вид. Župan M, Puljko V, Sukačić M, Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma *mater semper certa est?* *op. cit.*, str. 12. Upo. Kovaček Stanić G, Comparative Analysis of ART in the EU: Cross-border Reproductive Medicine, *Medicine, Law & Society*, Faculty of Law, University of Maribor, Vol. 8, No.1, 2015, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*

матичним књигама, а на основу иностране јавне исправе (извод из иностране матичне књиге рођених), док други начин подразумева да се упис у домаће књиге изврши на основу иностране пресуде која се односи на успостављање правног родитељства наручилаца према праву државе у којој је сурогат мајка родила дете.¹⁷ Дакле, ако су родитељи наручиоци уписани у матичну књигу рођених као правни родитељи детета које је родила сурогат мајка, извод се подноси надлежним органима у домаћој држави ради уписа чињенице наведене у страном изводу у домаће матичне књиге. При томе, признање иностраних исправа може да буде различито: (а) према *методу сукоба закона* инострана исправа служи као доказ изјаве о чињеницама, не о правним последицама тих чињеница које су установљене према (меродавном) праву, па домаћи орган на основу наведених чињеница, применом меродавног права установљава ко су правни родитељи детета, што значи да родитељи наручиоци не морају да буду правни родитељи у држави чији су држављани и/или у којој живе; (б) *према методу признања* инострана исправа подлеже контроли према условима које прописује домаћа држава, чији ће резултат бити признање или одбијање признања иностране исправе. Уколико су родитељи наручиоци правни родитељи детета на основу пресуде суда државе у којој је сурогат мајка родила дете, они би могли да буду уписани као правни родитељи у држави свог држављанства и/или настањења на основу признате иностране пресуде, при чему коначна одлука домаћег суда служи као основ признања или непризнања правног родитељства наручилаца.¹⁸

Сурогат материнство у пракси Европског суда за људска права

Прва представка Европском суду за људска права упућена је у случају *D. and Others v. Belgium*¹⁹ поводом одбијања белгијских државних органа да детету издају путне исправе. Наиме, белгијски брачни пар је закључио уговор о сурогат материнству у Украјини, где је дете и рођено 26. фебруара 2013. године. На основу сурогацијског уговора, у украјинском регистру рођења, као правни родитељи детета, уписани су подносиоци представке. Подносиоци представке су,

¹⁷ Бордаш Б., Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право, *op.cit.*, стр. 104.

¹⁸ *Ibid*, стр. 105.

¹⁹ *D. and Others v. Belgium*, представка бр. 29176/13, 8.07.2014.

потом, поднели захтев белгијским властима за издавање пасоша за дете, међутим, њихов захтев је одбијен, због чега детету није било дозвољено да уђе у Белгију, већ је остало у Украјини, раздвојено од подносилаца представке на период од четири месеца. Иако је Апелациони суд наложио да белгијске власти издају детету одговарајуће путне исправе на основу којих је дете и доведено у Белгију 6. августа 2013. године, подносиоци представке су се жалили због привременог раздвајања изазваног активностима белгијских власти које су нарушиле однос дете-родитељи. Будући да је такво поступање у супротности са најбољим интересима детета, прекршено је њихово право на поштовање породичног живота из чл. 8. Европске конвенције о људским правима.²⁰ Подносиоци представке су се, такође, позвали на повреду чл. 13. и 6. Конвенције у погледу недостатака делотворних правних лекова.

Њихива притужба у вези са одбијањем белгијских власти да детету издају путну исправу није разматрана због тога што је то питање решено од стране белгијског суда.²¹ У вези са привременим раздвајањем детета од подносилаца представке, Суд је утврдио да су подносиоци представке неспорно показали жељу да се брину о детету као родитељи још од дететовог рођења и да су предузели активности које пружају гаранције за ефикасан породични живот. Раздвајање је, по мишљењу Суда, представљало законито мешање у право подносилаца представке на поштовање породичног живота из чл. 8. Конвенције, које је у складу са легитимним циљем спречавања криминала, посебно трговине људима. Суд је утврдио да државе чланице у овој осетљивој области имају широко поље слободне процене, те да се Конвенција не може тумачити на тај нај начин да се од државе чланице захтева да одобри улазак на своју територију деци коју су родиле сурогат мајке, без претходне правне верификације од стране националних власти а те процедуре трају неко време. Поред тога, с обзиром да подносиоци представке нису поднели сва потребна документа из судских списа, они су знатно

²⁰ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. (Case-law – Case-Law Analysis – Research Reports) pp. 27-28 www.echr.coe.int (приступ: 15.08.2018.).

²¹ *Ibid.*

успорили поступак за извесно време. Њихова притужба према члану 8. Конвенције је проглашена неприхватљивом.²²

Европски суд за људска права је имао прилику да се изјасни о проблемима везаним за сурогат материнство у оквиру чл. 8. Европске конвенције о људским правима и у случајевима *Menesson v. France*²³ и *Labassee v. France*²⁴ поводом одбијања француских власти да се изврши упис у регистар рођених деце коју су родиле сурогат мајке на основу сурогацијских уговора закључених између два француска брачна пара и сурогат мајки у САД. Поступајући по њиховим представкама, Суд је утврдио да постоји директан однос између приватног живота деце рођених од стране сурогат мајки и правног одређивања њиховог порекла.²⁵

Због претежног преклапања предметних чињеница, Суд је по представкама поступао симултано, а пресуде су донесене од стране истог судског већа истог дана. Непризнавањем правне везе између деце и биолошког родитеља, која је призната у правном систему друге државе,²⁶ Француска је прекорачила поље слободне процене што није компатибилно са најбољим интересом деце. Суд је

²² *Ibid.*

²³ *Menesson v. France*, представка бр. 65192/11, 26.06.2014.

²⁴ *Labassee v. France*, представка бр. 65941/11, 26.06.2014.

Брачни пар Лабасе је закључио сурогацијски уговор са женом из Минесоте где су такви споразуми признати законом. У сурогат мајку је имплантиран ембрион створен коришћењем донораних јајних ћелија и оплодних ћелија г-дина Лабасе, путем IVF. Дете је рођено 2001. године у САД, коме је издат извод из матичне књиге рођених који је укључивао госпођу и госпођу Лабасе као родитеље. По повратку у Француску, француске власти одбиле су да издају извод из матичне књиге рођених који признаје подносиоце представке као родитеље детета, што значи да дете не може добити француско држављанство. Овакво поступање француских власти оправдано је интересом јавне политике, јер сурогацијски уговори нису признати француским законом. Подносиоци представке затражили су од Европског суда да преиспита компатибилност одлуке с правом на поштовање приватног и породичног живота.

²⁵ Став 46. пресуде *Menesson v. France*.

²⁶ У предмету *Menesson v. France*, француски брачни бар је због проблема фертилитета искористио прилику да у Калифорнији, у складу са законом који је на снази у тој савезној држави, кроз поступак гестацијске сурогације, добију дете. Након рођења близнакиња, Врховни суд Калифорније је донео утврђујућу пресуду да је г-дин Менсон као генетски отац близнакиња и правни отац, а да је његова жена правна мајка јер су деца зачета IVF са оплодним ћелијама г-дина Менсона и донираних јајних ћелија. На основу те пресуде, близнакиње су уписане у калифорнијски регистар рођених (близнакиње су америчке држављанке по начелу *ius soli*), па је брачни пар затражио уписивање у француске матичне књиге, најпре, у француском конзулату у Лос Анђелесу који је одбио да изврши упис, а потом је по повратку у Француску, Касациони суд, такође, потврдио одбијање уписа. Вид. *Bourgeois S, Primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Francuskoj, proces progresivne akulturacije, u: Cozzi A, Sykiotou A, Rajska D, Krstić I, Filatova M, Katić N, Bard P – Bárd Károly, Bourgeois Stephanie, Upporedni prikaz primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou, Savet Evrope, Beograd 2016, pp. 177-8.*

утврдио да је чл. 8. применљив са аспекта породичног и приватног живота. Одбијање признавања односа родитељ-дете представља повреду права подносилаца представке, али је било законито и у складу са легитимним циљем. Са једне стране, државе чланице имају широко поље поље слободне процене, имајући у виду да не постоји европски консензус о пуноважности међународних сурогацијских аранжмана. Са друге стране, поље слободне процене треба уже тумачити онда када је реч о „суштинском елементу идентитета појединаца“, односно о родитељству.²⁷

По оцени Суда, потребно је направити разлику између права подносилаца представке на поштовање породичног живота и права деце подносилаца представке на поштовање приватног живота. У вези са правом на поштовање породичног живота подносилаца представке, Суд је препознао потешкоће у свакодневном животу због недостатка уписа у регистар рођења, али је, такође, приметио да подносиоци представке могу водити породични живот у Француској и нашао да нема повреде чл. 8. Конвенције. Када је реч о праву на поштовање приватног живота деце, Суд сматра да је дошло до повреде чл. 8. због контрадикторности по којој се прихвата да су деца, у складу са америчким законом, повезана са одраслима, а француски закон не признаје тај статус, чиме се деци ускраћује могућност да постану француски држављани и пуноправни чланови француског друштва. Штавише, иако су њихови биолошки очеви били Французи, деца су била суочена са забрињавајућом неизвесношћу у вези са добијањем француског држављанства, ситуацијом која би могла имати негативне последице на одређивање њиховог идентитета и њихових наследних права. Зато се поставило питање компатибилности такве ситуације са најбољим интересима деце, који је руководни принцип приликом доношења одлука које се тичу деце у питању.

Аргументи представљени у овим двама пресудама Европског суда за људска права утицали су на промену судске праксе у Француској, тако да је већ средином 2015. године, Касациони суд заузео став да „након што је установљено да извод из матичне књиге рођених није фалсификован и да чињенице у њему

²⁷ Ст. 78-80. пресуде у случају *Mennesson v. France*.

наведене одговарају стварности, нижестепени суд је правилно закључио да уговор о сурогат материнству... не утиче на упис у матичне књиге“!

Равнотежу између забране сурогат материнства и заштите интереса деце рођене применом овог поступка зачећа и рађања није лако постићи, а нова друштвена стварност свакако утиче на став Европског суда за људска права о овом питању који је мериторно одлучио поводом још две притужбе против Француске: *Bouvet and Others v France* и *Foulon v France*.²⁸ У оба случаја подносиоци представке су очеви деце рођене у поступку иностране гестациске сурогације у Индији. Очеви и деца су биолошки повезани јер је у поступку коришћен њихов генетски материјал, док су сурогат мајке Индијке.²⁹ Регионални суд у Нанту је у оба случаја одобрио препис извода из регистра рођених издатих у Индији.

У предмету *Foulon*, након жалбе јавног тужиоца, Апелациони суд у Рену укинуо је првостепену одлуку и поновио да је сурогат материнство забрањено у француском праву, а Касациони суд је одбацио жалбу г-дина Фулона и мајке другог подносиоца представке. У предмету *Bouvet*, жалбени суд у Рену потврдио је одлуку Регионалног суда у Нанту о препису извода из матичне књиге рођених, наводећи да спорни сертификат испуњава формалне услове и да јавни интерес није преовлађујући у односу на најбољи интерес детета. Касациони суд је поништио ову одлуку, а у оба случаја руководио се законском забраном споразума о гестациској сурогацији у националном праву.³⁰

Ослањајући се на пресуде донете у случајевима *Mennesson v. France* и *Labassee v. France*, и у овом случају, Суд је сматрао да није било повреде чл. 8. Конвенције у погледу права очева на поштовање породичног живота, али је утврдио повреду чл. 8. у погледу права на поштовање приватног живота деце у питању.³¹

²⁸ *Bouvet and Others v France*, представка бр. 10410/14, 21.07.2016.; *Foulon v France*, представка бр. 9063/14, 21.07.2016.

²⁹ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. *op.cit.*, pp. 29-30.

³⁰ *Ibid.* p. 30.

³¹ *Ibid.*

У још једном примеру гестацијске сурогације, у ситуацији када не постоји биолошка веза између детета које рађа сурогат мајка и намераваних родитеља, у пресуди претресног већа од 27. јануара 2015. године у случају *Paradiso and Campanelli v Italy*³² Суд је закључио да однос између подносиоца представке и детета не спада у домен породичног живота у смислу члана 8. Конвенције. По мишљењу Суда, италијанске власти нису успоставиле правичну равнотежу између супротстављених јавних и приватних интереса. Овај предмет је изнесен и пред Великим већем које је поводом овог спора донео мериторну одлуку у јануару месецу 2017. године, са једанаест према шест гласова, да није било повреде права из чл. 8. Конвенције.

Случај се односио на смештај у хранитељску породицу деветомесечног детета рођеног у Русији по основу уговора о гестацијској сурогацији између италијанског пара (подносилаца представке) и сурогат мајке, да би се касније утврдило да они немају никакав биолошки однос са дететом. Подносиоци представке су се жалили на одузимање детета, као и на одбијање регистравања дететовог рођења од стране италијанских власти и признавања родитељског односа са дететом установљеног у иностранству.

Наиме, у складу са руским правом, подносиоци представке су уписани као родитељи детета, а сурогат мајка руске националности, дала је писмену сагласност за регистрацију. Након што је дете стигло у Италију са путним исправама издатим од стране италијанског конзулата у Москви, против подносилаца представке који су захтевали упис у италијански регистар рођења покренут је кривични поступак због „промене грађанског статуса“.³³ Подносиоци представке довели су дете у Италију противно закону који забрањује примену поступака биомедицински потпомогнуте оплодње и тиме прекршили услове наведене у претходном одобрењу о усвајању детета.

Суд сматра легитимним да италијанске власти имају надлежност у признавању правног родитељства између родитеља и детета – и то искључиво у случају биолошке везе или законитог усвајања - у циљу заштите деце. По

³²*Paradiso and Campanelli v Italy*, представка бр. 25358/12, 24.01.2017.

³³ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. *op.cit.*, p. 30.

мишљењу Суда, одузимање детета рођеног у поступку гестацијске сурогације у којој нема биолошке везе између детета и намераваних родитеља од стране социјалне службе није у супротности са Европском конвенцијом о људским правима.

Из изложеног се стиче утисак да Суд приликом одлучивања о постојању породичног односа узима у обзир крвну везу која, самостално посматрано, није довољна за одређење породичног живота. У својим одлукама Суд, по правилу, даје предност социјалној у односу на биолошку везу, међутим, одлуке у којима је Суд пронашао постојање породичног живота између лица између којих не постоји крвна веза су малобројне.³⁴

Уместо закључка

Приступ репродуктивном туризму изван и унутар европског правног простора је релативно приступачан, а да би се смањиле његове размере нужно је успоставити адекватан правни механизам. Ради постизања тог циља, са теоријског аспекта посматрано, потребно је предузети одређене мере: пре свега, да сви облици законских ограничења и забрана буду елиминисани полазећи од тога да законодавства заснована на демократским принципима осликавају моралне ставове различитих група у одређеном друштву, те да би се равнотежа могла постићи усвајањем *soft* закона који би регулисао питања безбедности и добре клиничке праксе.³⁵ Потом, други ниво, сузбијања репродуктивног туризма, подразумева успостављање либералне међународне регулативе, кроз увођење правила да земље чланице ЕУ укину забрану употребе поступака биомедицински потпомогнуте оподње који је дозвољен у некој другој земљи чланици,

³⁴ На пример, у предмету *X, Y i Z . v the United Kingdom*, представка бр. 21830/93, 22.04.1997., који представља преседан у богатој пракси Суда, будући да је признат социјални однос трасексуалца (промена пола из женског у мушки) и детета које је родила његова невенчана жена са донираним семеном (став 36). У ранијем случају, међутим, *G v the Netherlands*, представка бр. 16944/90, 8.02.1993., Суд је одлучио да однос између донора семена и рођеног детета неће бити сматран породичним уколико, осим крвне везе, нема доказа о постојању развијеног личног односа међу њима. Опширније Kilkelly U., *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks*, No.1, Council of Europe 2003, p.18.

³⁵ Bilinović A., *Uticaj asistiranje reprodukcije na redefinisane socioloških pojmova porodice i roditeljstva*, doktorska disertacija, Filozofski fakultet Odsek za sociologiju, Novi Sad, 2016, str. 226.

усклађивањем националних закона са законом најлибералније земље. Трећи концепт је заснован на принципу држављанства или боравишта као услову за приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње (рецимо у случају да одређени начин лечења неплодности подразумева мере које би постале несврсисходне уколико би се корисници вратили у земљу свог држављанства).³⁶ Хармонизација међународних правила у домену асистиране репродукције, као четврти вид, тиче се постизања сагласности о поступцима које треба забранити (консензус је могућ ако су принципи еластично постављени, сходно разноликости етичких основа асистиране репродуктивне технологије).³⁷

Из перспективе Европског суда за људска права, кроз призму анализираних случајева, чини се неизвесним очекивање успостављања општих начела у споровима поводом сурогат материнства. Релевантни правни инструменти на европском нивоу, како Суд примећује, не регулишу предметно питање или изричито остављају у надлежности држава чланица одлуку о последицама сурогацијских аранжмана у односу на родитеље-наручиоце и у односу на статус деце која су тим путем рођена.

Olga Jović-Prlainović, Ph. D.
full-time professor
Faculty of Law of the University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

Surrogacy arrangements with transboundary effect

Summary

In this paper author notice the fact that substantive systems differ considerably from access to surrogacy contracts (explicitly prohibiting surrogacy contracts, legal systems in which surrogate motherhood is largely unregulated, jurisdictions in which this procedure is explicitly permitted, and states with a liberal attitude towards surrogacy contracts, including contracts of a commercial nature), when it comes to contracts with an element of abroad, where the relationship between a contractor becomes a relationship of international private law, in countries in which a surrogate motherhood (or not which form it) is not allowed the main issue is the recognition of the legal effects

³⁶ Pennings G., Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, Institute of Medical Ethics and BMJ Publishing Group Ltd. (2002), pp. 336-338.

³⁷ *Ibid*, p. 339.

of the transboundary surrogate motherhood, although even in countries where surrogate motherhood is allowed legal parenting of a person for whom the surrogate mother gave birth, a child can't be automatically accepted. Whether and in what way the contracting authorities become legal parents of the child is solved by applying the rules of national rules of international private law.

On the other hand, the author considering the specific and complex issues from the perspective of European Court of Human Rights. Through the view of the cases analyzed there seems to be an uncertain expectation of establishing general principles in disputes concerning the surrogate motherhood. The relevant legal instruments at the European level do not regulate the subject matter or expressly leave a decision on the consequences of the surrogacy arrangements in relation to intended parents and in relation to the status of children born by the surrogacy arrangements.