

Ivana BARAĆ, master*

SUROGAT MATERINSTVO – MEHANIZAM BIOMEDICINE U BORBI PROTIV INFERTILITETA**

Autorka se u ovom radu osvrće na pitanje surogat materinstva. Ispituje se pojam surogat materinstva, a zatim se daje uporednopravni prikaz pravnih sistema u kojima se surogacija uređuje na drugačije načine. Analizira se pravni sistem Ruske Federacije, kao države koja dozvoljava surogaciju, da bi se potom analizi podvrgao pravni sistem Nemačke koji se nalazi na potpuno suprotnom kraju jer izričito zabranjuje surogat materinstvo. Na tragu takvih zakonskih rešenja, autorka ispituje odredbe srpskog prava kojima se zabranjuje svaki vid surogacije. Dalje se ispituje opravdanost takvog rešenja srpskog zakonodavca i uočavaju se potencijalni problemi koji bi mogli nastati ukoliko bi se zakonski tekst izmenio na način kojim se surogat materinstvo dozvoljava. Zaključuje se da je za sada zakonodavac Republike Srbije odlučio da o tom pitanju ne izražava stav, verovatno zbog činjenice da bi bilo kakvo drugačije zakonsko rešenje otvorilo pitanja na koja, bar za sada, nema jasnih odgovora.

Ključne reči: *Biomedicinski potpomognuto oplodjenje. – Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. – Pravo na slobodno odlučivanje o rađanju. – Surogat materinstvo. – Zaštita zdravlja.*

* Asistent, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, ivana.barac@ius.bg.ac.rs.

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja na strateškom naučnoistraživačkom projektu *Savremeni problemi pravnog sistema Srbije za 2022. godinu* – podtema „Prethodna i naknadna analiza propisa“, koji je organizovao i sproveo Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2022. godine.

1. POJAM SUROGAT MATERINSTVA

Biomedicinski potpomognuta oplodnja se, smatra Mršević (2020, 3), može definisati kao segment humane reproduktivne medicine usmeren na lečenje infertiliteta u slučajevima u kojima se uzrok neplodnosti ne može otkloniti te se umesto toga govori o različitim reproduktivnim tehnologijama. Artificijelna inseminacija podrazumeva različite tehnike unutartelesnog (*in vivo*) i vantelesnog (*in vitro*) oplodjenja (Draškić 2022, 342). Ipak, za temu ovog rada je važnija klasifikacija prema kojoj se može govoriti o proveri pravila *mater semper certa est* (Jović Prlainović 2015, 43; Draškić 2022, 342). Zbog toga se pravi razlika između tri vrste postupka, odnosno između donacije jajne ćelije, donacije embriona i surogacije. Iako se ne može osporiti značaj koji donacija jajne ćelije i donacija embriona imaju za ostvarivanje reproduktivnih prava pojedinaca, autorka će u nastavku rada svoju pažnju usmeriti ka postupku surogacije, odnosno surogat materinstvu.

Surogat materinstvo se, prema izveštaju Vornokovog komiteta (Warnock Committee), posmatra kao praksa u kojoj jedna žena (surogat majka) nosi dete za drugu ženu (nameravanu majku) sa namerom da joj dete preda po rođenju (Warnock Report 1984, ch. 8.1).¹ Surogat majka je žena koja pristaje da nosi dete (*decu*) za nameravane roditelje i koja se odriče svog roditeljskog prava nakon rođenja deteta. Par koji želi da se na taj način ostvari u ulozi roditelja u teoriji se najčešće označava terminom „nameravani roditelji, roditelji naručioc“ (Draškić 2022, 346 fn. 9) ili pak „komitenti“ (Bordaš 2012, 98). Nameravani roditelji sa surogat majkom zaključuju ugovor prema kojem će ona za njih nositi i roditi dete, ali tako da oni postanu nosioci roditeljskog prava nakon rođenja deteta i da dete odgajaju kao svoje. Oni mogu, ali ne moraju biti genetski povezani sa detetom koje je rođeno na osnovu prethodnog sporazuma.² Iz aspekta biomedicine, surogat materinstvo se sastoji u vantelesnoj oplodnji (najčešće korišćenjem jajnih ćelija i/ili spermatozoida nameravanih roditelja kojima se pruža pomoć) i prenošenju određenog broja oplodjenih jajnih ćelija u matericu izabrane žene kao primaoca, uz njenu saglasnost (Bila, Tulić, Radunović 1994, 128 citirano u: Draškić 2022, 343). Prvi slučaj rođenja deteta putem surogat materinstva zabeležen je osamdesetih godina prošlog veka u Sjedinjenim Američkim Državama (Kovaček Stanić 2013, 2; Jović Prlainović 2015, 42

¹ Videti *The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Warnock Report)*, HMSO, 1984.

² Videti Preliminarni izveštaj br. 10 od marta 2012. godine koji je izradila Stalna kancelarija Haške konferencije za međunarodno privatno pravo (Hague Conference on Private International Law 2012, ii).

fn 3). Bordaš (2012, 98 fn 3) ističe da upravo taj slučaj predstavlja početak „redovne prakse humane reprodukcije angažovanjem žene koja će roditi za drugu ženu“.³

Važno je na početku istaći neke pojedinosti značajne za preciznije određenje pojma surogat materinstva. Na prvom mestu treba imati na umu da se, s obzirom na to čiji je genetski materijal upotrebljen pri oplodnji, može govoriti o dva oblika surogacije. Tako se pravi razlika između parcijalne (genetske) i pune (gestacione) surogacije. Parcijalna surogacija se odnosi na slučaj u kojem žena (surogat majka) nosi i rađa dete koje je i genetski njeno (oplođena je jajna ćelija surogat majke upotrebom genetskog materijala muškarca koji treba da se pojavi u ulozi roditelja). Surogat majka se u tom slučaju istovremeno nalazi u ulozi genetske i gestacijske majke (Kovaček Stanić 2013, 3; Vidić Trninić 2015, 1162; Draškić 2022, 346 fn 9). Puna (gestacijska) surogacija se pak odnosi na slučajeve u kojima žena (surogat majka) nosi i rađa dete, pri čemu je dete začeto upotrebom genetskog materijala para koji želi dete, odnosno upotrebom doniranog genetskog materijala (Bordaš 2012, 98 fn 4 i 6; Kovaček-Stanić 2013, 3; Draškić 2022, 346 fn 9). U takvoj situaciji surogat majka ima jedino ulogu gestacijske majke. Kovaček Stanić (2013, 3) s tim u vezi ističe da je puna surogacija prigodnija za definisanje pojma surogat materinstva jer surogat majka zamenjuje genetsku majku u funkciji nošenja i rađanja deteta.

Postupak surogacije, dakle, podrazumeva specifičan ugovorni odnos između surogat majke i nameravanih roditelja. Upravo zato, zavisno od toga da li je reč o dobročinom ili teretnom ugovoru, pravi se razlika između komercijalne i altruističke surogacije. Altruistički ugovori o surogat materinstvu podrazumevaju takav ugovorni odnos u kojem se surogat majci priznaje pravo na naknadu troškova koji su opravdano nastali u vezi sa trudnoćom, ali ne i pravo na nagradu.⁴ Ipak, treba napomenuti da se u pravnim sistemima u kojima je dozvoljeno zaključivanje jedino altruističkih ugovora o surogat materinstvu taj uslov ne poštuje nužno.⁵ Komercijalni

³ Treba napomenuti da pojedini autori tvrde da se pojava surogat materinstva vezuje za najranija vremena. Tako se navodi da je, prema Starom zavetu, Sara ubedila svog supruga Avrama da uzme konkubinu Agar koja mu je potom rodila sina Izmaela. Naravno, do začeća je došlo prirodnim putem, ali se u literaturi taj primer tretira kao najraniji primer prakse surogat materinstva. Videti Vlašković 2011, 1 fn 1; Kovaček Stanić 2013, 2 fn 3.

⁴ Pod opravdanim troškovima mogli bi se smatrati medicinski troškovi, troškovi trudnoće i izgubljeni dobit. Videti Kovaček Stanić 2013, 5.

⁵ Draškić (2022, 354) navodi primer engleskog prava u kojem je utvrđeno da se uslov zabrane davanja naknade „u velikoj meri ignoriše ili zaobilazi, budući da suma novca koja se plaća surogat majci predstavlja direktnu isplatu za usluge koje pruža,

ugovori o surogat materinstvu pak predstavljaju takav ugovorni odnos u kojem se surogat majci, osim prava na naknadu troškova, priznaje i pravo na nagradu.

Naposletku, u teoriji se pominje i klasifikacija surogat materinstva prema tome koja se žena pojavljuje u ulozi surogat majke. Preciznije, može se govoriti o srodničkoj surogaciji, prijateljskoj surogaciji i surogaciji u kojoj ne postoji bilo kakva prethodna povezanost surogat majke i nameravanih roditelja. Kovaček Stanić (2013, 3) navodi da se na osnovu prakse stranih zemalja u kojima je taj metod asistiranje reprodukcije dozvoljen svaki od pomenuta tri vida surogacije pokazao kao mehanizam koji ima i pozitivnih i negativnih aspekata.⁶

2. SUROGAT MATERINSTVO U UPOREDNOM PRAVU

Iako pitanje surogat materinstva nije na jedinstven način uređeno u uporednom pravu, Draškić (2022, 344) ističe da je većinski prihvaćen stav da je surogat materinstvo zabranjeno u svakom obliku, odnosno „samo onda kada se obavlja uz pomoć agencija koje za novac posreduju u zaključivanju ovih ugovora“. Međutim, bez obzira na to što je određeni broj zemalja optirao za zakonska rešenja kojima se surogat materinstvo zabranjuje, postoje i oni pravni sistemi koji su izabrali manje konzervativan pristup. Upravo zato će u nastavku biti reči o dva pravna sistema sa potpuno drugačijim pristupom regulisanju postupka surogacije. Analizi će, s jedne strane, biti podvrgnut pravni sistem Ruske Federacije koji sadrži liberalna rešenja i koji predviđa mogućnost sprovođenja postupka surogacije bez ikakvih prepreka. Potom će biti sprovedena analiza pravnog sistema Nemačke, koja je primer države koja izričito zabranjuje surogat materinstvo. Zanimljivo je, međutim, već na ovom mestu ukazati na to da, iako Nemačka zabranjuje surogat materinstvo,

a ne naknadnu stvarnih i opravdanih troškova koje je imala u vezi sa trudnoćom i porođajem“.

⁶ Tako se za srodničku surogaciju navodi da je, s jedne strane, sam postupak predaje deteta olakšan i da je izvesno da je takav ugovorni odnos alturistički, a ne komercijalni. S druge strane se ističe da srodnička surogacija može izazvati probleme konfuzije u srodničkim odnosima. Prijateljska surogacija je u izvesnoj meri slična sa srodničkom jer postoji prethodni izgrađen odnos između surogat majke i nameravane majke, ali se isto tako podvlači da takav vid „saradnje“ može da poremeti prijateljske odnose. Čini se da surogacija u kojoj ne postoji prethodna veza surogat majke i nameravane majke ima negativnu stranu koja u prethodna dva slučaja ne postoji, a to je uključivanje komercijalnog elementa. Videti Kovaček Stanić 2013, 4.

u poslednjih nekoliko godina postaje vidljiv fleksibilniji pristup nemačkih sudova rešavanju pitanja surogacije koja je sprovedena u inostranstvu (međunarodno surogat materinstvo).

2.1. Surogat materinstvo u ruskom pravu

Dakle, kao što je prethodno rečeno, na prvom mestu se može govoriti o onim zakonodavstvima koja surogat materinstvo dozvoljavaju u svakom obliku. Primer takvog zakonodavstva jeste Ruska Federacija. U Rusiji je prvi slučaj surogat materinstva zabeležen 1995. godine kada su uz korišćenje te metode asistirane reprodukcije rođene prve bliznakinje.⁷ Neposredno nakon toga na snagu je stupio Porodični zakonik Ruske Federacije,⁸ u kojem su, iako šturo, prvi put postavljena pravila o surogaciji (Svitnev 2016, 232–233). Njime je bilo predviđeno da lica koja su u braku i koja su u pismenoj formi dala svoju saglasnost za implementaciju embriona drugoj ženi koja nosi i rađa dete mogu biti upisana kao roditelji deteta samo uz saglasnost žene koja je rodila dete (surogat majka).⁹ Istim zakonom je bilo predviđeno da se nakon takvog upisa materinstva/očinstva ne dozvoljava naknadno osporavanje porekla deteta.¹⁰ Ipak, u Porodičnom zakoniku nisu dati odgovori na neka osnovna pitanja koja su se mogla postaviti u vezi sa surogacijom. Upravo zato, ne iznenađuje činjenica da je ruski zakonodavac 2011. godine usvojio Osnovni zakon o zaštiti zdravlja,¹¹ radi preciznijeg regulisanja surogat materinstva. Jedna od dilema koja je usvajanjem tog zakona bila definitivno otklonjena jeste i ta da li se u ruskom pravu dozvoljava samo potpuna ili i delimična surogacija.¹² Preciznije, odredbama

⁷ Ovaj slučaj surogat materinstva je na praktičnom planu doveo do izvesnih poteškoća, jer je surogat majka teško podnela činjenicu da se mora razdvojiti od dece koju je nosila i rodila. Upravo je ovaj slučaj, pored ostalog, uticao na usvajanje Porodičnog zakonika Ruske Federacije koji sadrži norme u vezi sa pitanjem surogat materinstva. Vid. Weis 2017, 124–125.

⁸ Videti Porodični zakonik Ruske Federacije – Porodični zakonik (Семейный кодекс Российской Федерации – СФ от 29.12.1995 N 223-ФЗ, ред. от 4. 8. 2022, с изм. и доп., вступ. в силу с 1. 9. 2022).

⁹ Videti Porodični zakonik, čl. 51 tač. 4 st. 2.

¹⁰ Videti Porodični zakonik, čl. 52 tač. 3 st. 2.

¹¹ Videti Osnovni zakon o zaštiti zdravlja – Osnovni zakon (Федеральный Закон Российской Федерации от 21 ноября 2011 года №323-ФЗ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации).

¹² Kazova ističe da je zakonodavac u Porodičnom zakoniku upotrebom termina „implementacija“ želeo da ukaže na mogućnost sprovođenja samo potpune, a ne i delimične surogacije. Ona, međutim, ispravno zaključuje da se na taj način zane-

Osnovnog zakona se predviđa da surogat majka ne može istovremeno biti i donor jajne ćelije, te tako posredno ukazuje na to da je u Rusiji moguća samo potpuna (gestacijska) surogacija.¹³ Potpuna (gestacijska) surogacija je postupak nošenja i rađanja deteta (uključujući i prevremeni porođaj) na osnovu ugovora koji se zaključuje između surogat majke (žene koja nosi fetus nakon transfera doniranog embriona) i nameravanih roditelja, čiji se genetski materijal koristio u postupku fertilizacije.¹⁴ Takođe, za razliku od Porodičnog zakonika, Osnovnim zakonom se predviđa širi krug subjekata kojima se priznaje pravo na surogaciju. Drugim rečima, pravo na surogaciju se priznaje ne samo osobama koje su u braku već i osobama koja su heteroseksualni partneri i ženama koje žive same. Važno je uz to naglasiti da se to pravo ženi koja živi sama priznaje jedino pod uslovom da postoje medicinske indikacije koje je sprečavaju da nosi i rodi dete (Weis 2017, 125).¹⁵ Draškić (2022, 347) s tim u vezi ukazuje na dve vrste problema koje se u tako postavljenim zakonskim rešenjima uočavaju. Tako se najpre zaključuje da se samo bračnim supružnicima postavlja uslov da se prilikom surogacije mora koristiti njihov genetski materijal, odnosno zakonodavac ne postavlja takav uslov za heteroseksualne partnere kao ni za ženu koja živi sama. Kazova (Khazova 2016, 300) ističe da ostaje nejasno zbog čega se zakonodavac opredelio za takav pristup te da je nesporno da se na taj način, makar normativno, bračnim parovima ograničava pravo na pristup toj metodi asistiranе reprodukcije (videti Svitnev 2016, 234). Drugi problem takvog rešenja je diskriminisanje muškaraca koji žive sami. Tako se, na osnovu zakonskog teksta, uočava da muškarac koji živi sam ne ulazi u krug subjekata koji mogu da se koriste tim metodom asistiranе reprodukcije, čime se direktno krši ustavna odredba o jednakosti muškaraca i žena u zaštiti zdravlja i pružanju medicinske pomoći (Draškić 2022, 347 fn 11).¹⁶

marila potencijalna situacija u kojoj se za vantelesnu oplodnju iskoristila jajna ćelija upravo surogat majke. Videti Khazova 2016, 285.

¹³ Videti Osnovni zakon, čl. 55 tač. 10. Videti Khazova 2016, 285.

¹⁴ Videti Osnovni zakon, čl. 55 tač. 9.

¹⁵ Videti Osnovni zakon, čl. 55 tač. 3.

¹⁶ Pojedini autori ipak navode da se na praktičnom planu to pravo priznaje i muškarcu koji živi sam. Štaviše, Okružni sud u Moskvi je prilikom odlučivanja da li se muškarcu koji živi sam može priznati pravo na pravni status roditelja deteta rođenog postupkom surogacije istakao da rusko pravo ne sadrži nikakve norme kojima se zabranjuje ili ograničava pravo žene, odnosno muškarca da se koriste mehanizmima medicinski asistiranе reprodukcije. Stoga je Okružni sud u Moskvi doneo odluku kojom je muškarcu koji živi sam bilo omogućeno da bude označen kao pravni otac deteta, dok je polje u koje se upisuje lično ime pravne majke deteta bilo precrtano. Videti Torkunova, Shcherbakova 2022, 29 fn 51.

Čini se međutim da je jedna od najvećih nepogodnosti rešenja ruskog prava u vezi sa pitanjem surogat materinstva vezana za način izvršenja ugovora o surogat materinstvu. U literaturi se ističe da nameravani roditelji mogu biti registrovani kao roditelji deteta samo ako se surogat majka saglasi sa takvom registracijom nakon rođenja deteta (Khazova 2016, 285). Posledično, ugovor o surogat materinstvu ne proizvodi nikakva pravna dejstva ukoliko surogat majka nakon rođenja deteta odbije da preda dete i da se saglasi sa registracijom nameravanih roditelja kao pravnih roditelja deteta. Draškić (2022, 348) stoga i tvrdi da nameravani roditelji (koji ujedno mogu biti i biološki roditelji) ostaju nezaštićeni jer „surogat majka uvek zadržava pravo da bez ikakvih posledica odluči hoće li izvršiti prethodno postignuti ugovor o surogaciji“. Takvo rešenje ruskog prava naišlo je na brojne kritike pravnih pisaca zbog, kako Draškić (2022, 347) ističe, postavljanja volje surogat majke iznad interesa deteta da živi sa svojim biološkim roditeljima. Upravo zato i ne čudi načelno mišljenje Plenarnog zasedanja Vrhovnog suda Rusije kojim je ukazano na to da činjenica da surogat majka odbija da se saglasi sa registracijom nameravanih roditelja kao pravnih roditelja deteta ne može da se koristi kao bezuslovan osnov za rešavanje pitanja roditeljskog prava deteta. Umesto toga, radi ispravne procene slučaja, sudovi bi trebalo da uzmu u obzir okolnosti slučaja, a pre svega da li su stranke zaključile ugovor o surogat materinstvu te, ako jesu, kako glase odredbe ugovora, da li su nameravani roditelji ujedno i genetski roditelji deteta, zbog čega surogat majka nije dala svoju saglasnost za registraciju nameravanih roditelja kao pravnih roditelja i da, nakon što su uzete u obzir sve okolnosti slučaja i princip najboljeg interesa deteta,¹⁷ reše spor u interesu deteta (Khazova 2016, 288). Ustavni sud Rusije je uvažio takvo načelno mišljenje Plenarnog zasedanja Vrhovnog suda Rusije već 2018. godine rešavajući o slučaju koji se ticao upravo tog pitanja. Tako je Ustavni sud Rusije, odlučujući o slučaju u kojem je surogat majka odbila da dâ svoju saglasnost da se nameravani roditelji registruju kao pravni roditelji, odbio ustavnu žalbu surogat majke uz obrazloženje da je „surogat majka zloupotrebila svoja prava, ne samo postupajući protivno odredbama ugovora o surogat materinstvu već i u suprotnosti sa interesima dece koja su rođena u izvršenju ovakvog ugovora i čiji genetski roditelji su bili ugovorna strana prilikom zaključenja ovog ugovora, tako isto i protivno interesima dece iz ranijeg braka“ (Draškić 2022, 349 fn 16).¹⁸

¹⁷ Konvencija o pravima deteta, čl. 3 st. 1: „U svim aktivnostima koje se tiču dece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela, najbolji interesi deteta biće od prvenstvenog značaja.“

¹⁸ Videti i Khazova 2016, 286–289.

Prethodno je pomenuto da surogat materinstvo može biti altruističko ili komercijalno. Države koje dozvoljavaju takvu metodu asistiranu reprodukciju uglavnom zabranjuju njenu komercijalizaciju u bilo kom obliku. Rusko pravo, međutim, niti dozvoljava niti zabranjuje komercijalno surogat materinstvo (Khazova 2016, 290). Upravo zato pojedini autori napominju da se surogat majci priznaje pravo na naknadu troškova (medicinski troškovi, troškovi putovanja, troškovi porođaja itd.) i pravo na nagradu za pružanje usluge nošenja i rađanja deteta (Svitnev 2016, 236). Štaviše, procenjuje se da se surogat majci na ime prava na nagradu može isplatiti iznos od 15.000 do 30.000 evra.¹⁹

Ipak, u Rusiji se u poslednje dve godine u vezi sa surogacijom postavlja drugo značajnije pitanje. Naime, kako je rusko zakonodavstvo u toj oblasti asistiranu reprodukciju postavljeno prilično liberalno, ne iznenađuje činjenica da je „reproduktivni turizam“ odnosno međunarodno surogat materinstvo prilično zastupljeno. Međunarodno surogat materinstvo se u ovom konkretnom slučaju odnosi na nameravane roditelje koji su inostrani državljani i koji dolaze u Rusiju sa ciljem da sa surogat majkom u Rusiji postignu sporazum o tome da će ona nositi i roditi dete koje će im potom predati.²⁰ Svitnev (2016, 239) ističe da je Rusija naročito primamljiva za inostrane državljane pre svega zbog toga što su troškovi samog postupka znatno niži od troškova takvog postupka u zemljama članicama Evropske unije koje dozvoljavaju surogaciju. Na drugom mestu se navodi da inostrani državljani koji se nalaze u ulozi pacijenata imaju ista prava kao i ruski državljani kada je reč o tim uslugama medicinski asistiranu reprodukciju. Tako se u slučaju surogacije koja je dovela do porođaja na ruskoj teritoriji inostranim državljanima dozvoljava da pribave izvod iz matične knjige rođenih za dete, u kojem su oni označeni kao detetovi pravni roditelji. Upitno je, međutim, da li će se i u kojoj meri takva praksa međunarodnog surogat materinstva nastaviti. Bolje rečeno, nedavne aktivnosti ruskog zakonodavca ukazuju na mogućnost značajnih promena. Predloženo je usvajanje zakona kojim bi se stranim državljanima zabranila mogućnost korišćenja usluga surogat materinstva u Rusiji. U Predlogu zakona se postavlja više pravila značajnih za međunarodno surogat materinstvo. Pre svega se govori o tome da se kao surogat majka može pojaviti samo ruska državljanka. Osim toga, pravo na surogat materinstvo u ulozi nameravanih roditelja imali bi samo ruski državljani. Izuzetno, ta zabrana se ne odnosi na slučajeve u

¹⁹ Svitnev čak navodi da iznosi dostižu i vrednost od 100.000 evra te da u nekim slučajevima surogat majke postaju vlasnice nepokretnosti koje vrede čak i dvostruko više. Videti Svitnev 2016, 236.

²⁰ Detaljnije o međunarodnom surogat materinstvu videti Bordaš 2012.

kojima je jedan od nameravanih roditelja ruski državljanin koji se nalazi u punovažnom braku sa inostranim državljaninom ili apatridom (Ruska Duma, maj 2022).²¹ Kako je objavljeno u Rojtersu (Reuters, maj 2022), jedan od članova radne grupe koji je učestvovao u sastavljanju predloga zakona istakao je da je zabrana korišćenja usluga surogat materinstva za strane državljanke i apatride reakcija na zabeležene slučajeve smrti i trgovine decom rođenom postupcima surogacije onda kada su se kao nameravani roditelji pojavljivali strani državljanin i apatridi. Treba, međutim, naglasiti da je to još uvek samo Predlog zakona te da ostaje upitno da li će on zaista biti usvojen. Ipak, iako se za sada govori samo o Predlogu zakona, čini se da bi potencijalne zakonske norme kojima se stranim državljanima ograničava pravo na korišćenje postupaka surogacije u Rusiji mogle da izazovu značajne poteškoće. Naime, upravo je Rusija jedna od zemalja koja predstavlja čest izbor stranih državljanke za sprovođenja postupka surogacije. Taj problem biva još izraženiji ukoliko se u obzir uzme činjenica da veliki broj stranih državljanke, osim Rusije, kao državu za sprovođenje postupka surogacije bira Ukrajinu. Međutim, kako se Ukrajina i Rusija u trenutku pisanja ovog rada nalaze u oružanom sukobu, sprovođenje postupka surogacije u Ukrajini je u ovom trenutku značajno otežano zbog samog sukoba i, štaviše, otvara brojna sporna pitanja koja se do sada nisu morala postaviti.²² Imajući u vidu da je upitno kada će se taj sukob okončati, jasno je da veliki broj stranih državljanke zapravo uskraćen mogućnosti da optira za sprovođenje postupka surogacije u Ukrajini. Ukoliko bi, osim toga, bio usvojen pomenuti zakon u Rusiji, to bi stranim državljanima stvorilo dodatne poteškoće jer bi im na taj način korišćenje prava na sprovođenje postupka surogacije bilo onemogućeno i u Rusiji. Zbog toga bi strani državljanin zapravo bili uskraćeni prava da sprovedu postupak surogacije u dve evropske države u kojima je inače sprovođenje postupka međunarodne surogacije veoma zastupljeno.

Na osnovu svega prethodno rečenog nesumnjivo se može tvrditi da je Rusija primer pravnog sistema koji prepoznaje potrebu ostvarivanja i zaštite reproduktivnih prava pojedinaca i potrebu zaštite najboljeg interesa deteta upotrebom ovog specifičnog mehanizma medicinski

²¹ Videti vest Dume (Государственная Дума), maj 2022.

²² Tako se ističe da je usled izbijanja ratnog sukoba došla do izražaja činjenica da su interesi nameravanih roditelja, surogat majki i agencija koje nude usluge posredovanja u postupku surogacije zapravo suprotstavljeni. Poseban problem koji se pojavio jeste i rešavanje pitanja pravnog statusa i državljanstva dece rođene postupkom surogacije, koja su rođena u oblastima u kojima je sukob u jeku i koja su zbog toga onemogućena da otputuju. Navodi se da se mnogi nameravani roditelji zapravo nalaze u bezizlaznoj situaciji jer ni sami nisu do kraja sigurni da li će do njihovog sastanka sa detetom i uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa zaista doći. Detaljnije u Marinelli *et al.* 2022, 5647.

asistirane reprodukcije. Ipak, podjednako sigurno se može tvrditi da ima prostora i za izmene postojećih zakonskih normi da bi se rešila određena potencijalno sporna pitanja. Tako bi pre svega ruski zakonodavac trebalo da postavi odgovarajuća zakonska pravila kojima bi se izmenilo postojeće zakonsko pravilo prema kojem muškarcu koji živi sam nije dozvoljeno da se koristi uslugama surogat materinstva. Osim toga, imajući u vidu da je u Rusiji zastupljena i komercijalna surogacija, autorka smatra da bi ruski zakonodavac trebalo da izvrši odgovarajuće izmene i dopune postojećih zakonskih rešenja na način na koji bi se bliže uredio ugovorni odnos surogat majke i nameranih roditelja, odnosno njihova prava i obaveze, a pre svega pravo na nagradu koje se priznaje surogat majci. Na kraju, iako se za sada govori samo o Predlogu zakona, čini se da bi potencijalne zakonske norme kojima se stranim državljanima ograničava pravo na korišćenje postupaka surogacije takođe mogle da izazovu značajne poteškoće jer je Ruska Federacija jedna od zemalja u kojima je međunarodno surogat materinstvo vrlo zastupljeno. Taj problem biva još izraženiji ukoliko se u obzir uzme činjenica da je velikom broju parova alternativa za sprovođenje postupka surogacije Ukrajina, koja je trenutno u sukobu sa Rusijom. Posledično bi treća lica, koja su strani državljani, usvajanjem tog zakona zaista mogli da pretrpe značajne posledice u vezi sa ostvarivanjem svojih reproduktivnih prava.

2.2. Surogat materinstvo u nemačkom pravu

Na potpuno suprotnom kraju u odnosu na Rusiju nalaze se oni pravni sistemi koji surogat materinstvo izričito zabranjuju. Takav je slučaj sa nemačkim pravnim sistemom. Nemački zakonodavac se pitanjem surogat materinstva bavi u više različitih zakona. Na prvom mestu treba pomenuti da se u članu 134. nemačkog Građanskog zakonika²³ predviđa da je svaki pravni posao koji je zakonom zabranjen ništav, osim ukoliko je drugačije predviđeno zakonom,²⁴ i da je svaki pravni posao kojim se vređa javni poredak ništav.²⁵ Dalje, već u prvom odeljku Zakona o zaštiti embriona²⁶, naslovljenom „Zloupotreba reproduktivnih tehnologija“, predviđa se da svako ko pokuša da sprovede veštačku (*in vitro*) oplodnju žene koja namerava da svoje dete

²³ Nemački Građanski zakonik – NGZ (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

²⁴ Videti NGZ, §138.

²⁵ Videti NGZ, § 138 (1).

²⁶ Zakon o zaštiti embriona – Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG).

trajno ostavi trećem licu nakon porođaja (surogat majka), odnosno ko pokuša da izvrši transfer embriona u surogat majku može biti kažnjen novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.²⁷ Važno je naglasiti da se sankcija za pokušaj sprovođenja surogacije odnosi samo na zdravstvene radnike jer zakonodavac naglašava da nameravani roditelji i surogat majka ne mogu biti krivično gonjeni (Klinkhammer 2016, 51).²⁸ Treba pomenuti i Zakon o usvojenju²⁹ u kojem se definiše da je surogat majka žena koja je na osnovu ugovora pristala na veštačku oplodnju ili oplodnju prirodnim putem, odnosno koja je pristala na transfer embriona druge žene, a koja će nakon rođenja deteta dete predati nameravanim roditeljima sa ciljem usvojenja ili drugog stalnog smeštaja deteta.³⁰ Pronalazak surogat majke se odnosi na dovođenje u vezu lica koja su spremna da usvoje ili da se na drugi način trajno brinu o detetu rođenom surogacijom sa ženom koja je spremna da se nađe u ulozi surogat majke.³¹ Takav postupak pronalaženja surogat majke zabranjen je i kažnjiv novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Zabranjen je i svaki vid nuđenja usluga surogacije i reklamiranje takvih usluga od agencija za usvojenje (Dutta 2016, 37). Iako se može zaključiti da nemački zakonodavac ima negativan stav prema surogat materinstvu, način uređivanja pitanja pravnog statusa nameravanih roditelja nije mogao ostati potpuno zanemaran zbog slučajeva u kojima se surogacija ipak dogodi.³² To pitanje je, međutim, rešeno na način kojim se potpuno zanemaruju specifičnosti surogacije kao postupka medicinski asistirane reprodukcije. Kada je reč o pravilima koja se odnose na utvrđivanje materinstva, u NGZ se predviđa da će se majkom deteta smatrati žena koja ga je rodila.³³ Tako postavljena norma daje prednost primeni pravila *mater semper certa est* čak i ako između surogat majke i deteta ne postoji bilo kakva genetska povezanost. Autori (Gössl 2015, 451; Dutta 2016, 39) ističu da je zakonodavac postavljanjem norme na taj način išao ka tome da spreči sprovođenje postupaka medicinski asistirane reprodukcije koji dovode do „podeljenog“ materinstva. Posledično, nameravana majka

²⁷ Videti Zakon o zaštiti embriona, § 1 (1) br. 1 i br.7.

²⁸ Videti Zakon o zaštiti embriona, § 1 (3) i § 11 (2).

²⁹ Zakon o usvojenju (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG).

³⁰ Videti Zakon o usvojenju, §13a.

³¹ Videti Zakon o usvojenju, §13b.

³² Tako Dutta ističe da postoje situacije kada nameravani roditelji, surogat majka i medicinski profesionalci odluče da postupe u suprotnosti sa zakonskim pravilima te da sprovedu postupak surogacije, odnosno situacije kada surogat materinstvo nije zabranjeno (moguće je recimo govoriti o oplodnji surogat majke prirodnim putem) ili pak one koje se odnose na međunarodno surogat materinstvo. Videti Dutta 2016, 39.

³³ Videti NGZ, § 1591.

može biti označena kao majka deteta jedino ukoliko je prethodno došlo do zasnivanja usvojenja nad detetom rođenim surogacijom (Gössl 2015, 451). Pravila koje se odnose na utvrđivanje očinstva su u izvesnoj meri fleksibilnija nego za utvrđivanje materinstva. Preciznije, u nemačkom pravu je postavljena oboriva zakonska pretpostavka da će se ocem deteta smatrati muž majke.³⁴ Dakle, u slučaju surogacije, muž surogat majke smatrao bi se ocem deteta. Ukoliko je majka deteta žena koja živi sama, ocem deteta smatraće se ono lice koje je dalo izjavu o priznanju očinstva, sa čijom se izjavom majka deteta saglasila.³⁵ Očinstvo može biti utvrđeno i na osnovu odluke suda u dva slučaja. Prvi slučaj obuhvata sve one situacije u kojima očinstvo deteta uopšte nije utvrđeno. Tada se muškarac koji sebe smatra ocem deteta može obratiti sudu kako bi sud doneo odluku kojim utvrđuje njegovo vanbračno očinstvo nad detetom.³⁶ Drugi slučaj je nešto komplikovaniji jer je reč o situaciji u kojoj je već utvrđeno očinstvo deteta. Muškarac koji sebe smatra ocem deteta ima pravo na osporavanje utvrđenog očinstva samo ako pod zakletvom izjavi da je imao seksualne odnose sa majkom deteta u vreme začeća deteta i ukoliko između deteta i muškaraca u odnosu na koje je utvrđeno očinstvo ne postoji faktički porodični odnos.³⁷ Ako muškarac koji sebe smatra ocem deteta sa uspehom ospori očinstvo muškarcu koji je označen kao otac deteta, sud će istovremeno sa osporavanjem očinstva doneti odluku kojom utvrđuje očinstvo muškarca koji sebe smatra ocem deteta (Dutta 2016, 43). Tako postavljena norma stvara prostor za pitanje kako će se postojanje seksualnih odnosa tumačiti u praksi te da li se taj uslov zaista mora ostvariti. S tim u vezi, određeni autori (Dutta 2016, 42 fn. 23) ističu da je nemački Savezni sud pravde³⁸ zauzeo liberalan stav o pitanju postojanja seksualnih odnosa između muškarca koji sebe smatra ocem deteta i majke deteta. Tako je rečeno da se slučajevi u kojima je do oplodjenja žene došlo upotrebom genetskog materijala donora koji se sa takvom oplodnjom saglasio može podvesti pod postojanje seksualnih odnosa, osim ukoliko nije reč o anonimnom donoru.³⁹ Kada je reč o utvrđivanju očinstva muškarca koji sebe smatra ocem deteta koje je začeto postupkom surogacije, u teoriji se mogu naći mišljenja da bi u slučaju procene postojanja seksualnog odnosa između muškarca koji sebe smatra ocem deteta i majke deteta nemački Savezni sud pravde verovatno

³⁴ Videti NGZ, § 1592 br. 1.

³⁵ Muškarac koji sebe smatra ocem deteta (nameravani otac) može izjavu o priznanju očinstva dati i pre rođenja deteta, čak i ako za začeće deteta nije iskorišćen njegov genetski materijal. Videti Dutta 2016, 41.

³⁶ Videti NGZ, § 1600d (1).

³⁷ Видети НГЗ, § 1600 (1) бр. 2 и § 1600 (2).

³⁸ Bundesgerichtshof – BGH.

³⁹ Vid. BGH 15 May 2013, *FamRZ* 2013, 1209, 2010.

zauzeo stav da je taj uslov ispunjen ukoliko je upotrebljen genetski materijal muškarca koji sebe smatra ocem deteta te ukoliko su se on i majka deteta međusobno poznavali (Dutta 2016, 43 fn 24).

Nesporno je da je, prema normama koje sadrži nemačko pravo, sticanje svojstva pravnih roditelja nameravanim roditeljima u postupku surogacije otežano. Upravo zato, nameravani roditelji se najčešće opredeljuju za zasnivanje usvojenja putem kojeg mogu postati pravni roditelji deteta rođenog surogacijom. Ukoliko su nameravani roditelji bračni supružnici, oni bi mogli zajedno usvojiti dete koje je rodila surogat majka.⁴⁰ Da bi moglo doći do zasnivanja usvojenja, neophodno je da bude ispunjeno nekoliko uslova. Tako se nameravani roditelji mogu pojaviti kao usvojitelji samo ako se sa zasnivanjem usvojenja saglase biološki roditelji deteta, odnosno u slučaju surogat materinstva surogat majka (izuzetno i muž surogat majke ukoliko je ona u braku). Surogat majka, kao biološki roditelj deteta, svoju saglasnost u svakom slučaju ne može dati pre nego što dete navrší osmu nedelju života.⁴¹ Osim toga, odluka o zasnivanju usvojenja donosi se samo ukoliko je to u najboljem interesu deteta i ako se može očekivati da će između usvojitelja i deteta biti zasnovan odnos roditelja i deteta (Dutta 2016, 45). Treba napomenuti da je procena standarda najboljeg interesa deteta podignuta na još viši nivo kada se u ulozi usvojitelja nalaze nameravani roditelji. Naime, u NGZ se naglašava da osoba koja je učestvovala u pronalaženju dece koje je nezakonito i u suprotnosti sa javnim poretkom, odnosno osoba koja je takav posao poverila trećoj osobi ili treću osobu nagradila za takvo postupanje, može da se pojavi u ulozi usvojitelja samo ako je zasnivanje usvojenja neophodno da se zaštiti najbolji interes deteta.⁴² Zbog toga u tom slučaju nije dovoljno da sud proceni da je zasnivanje usvojenja pogodno za ostvarivanje najboljeg interesa deteta već da je zasnivanje usvojenja nepohodno za zaštitu interesa deteta (Dutta 2016, 45).

Dakle, iako je postupak zasnivanja usvojenja povoljnije rešenje za priznavanje pravnog statusa nameravanih roditelja nego primena pravila o utvrđivanju materinstva i očinstva, čini se da je za nameravane roditelje najjednostavnije rešenje odlazak u inostranstvo kako bi se postupak surogacije mogao sprovesti nesmetano i u skladu sa zakonom. Ipak, čak i u tom slučaju, nemački državljani nailaze na određene poteškoće. Naime, s obzirom na to da je surogat materinstvo u nemačkom pravu zabranjeno,

⁴⁰ Moguće je takođe i da do zasnivanja usvojenja dođe samo u odnosu na jednog od nameravanih roditelja koji je u braku, ukoliko je bračni supružnik nameravanog roditelja već označen kao otac deteta. Videti NGZ, § 1741.

⁴¹ Videti NGZ, § 1747.

⁴² Videti NGZ, § 1741 br. 1.

poseban problem je pitanje rešavanja pravnog statusa nameravanih roditelja onda kada je surogat materinstvo sprovedeno van granica Nemačke (međunarodno surogat materinstvo). Neretko se dešava da nemački državljani napuste nemačku teritoriju te u nekoj drugoj stranoj državi sprovedu postupak surogacije, a da se potom vrate u Nemačku i traže da im se prizna pravni status roditelja deteta koje je rođeno postupkom surogacije u inostranstvu. Početni stav nemačkih sudova bio je takav da je svaki vid priznavanja pravnog statusa nameravanim roditeljima u suprotnosti sa javnim poretom, čak i kada je postupak surogacije dozvoljen na teritoriji države u kojoj je sproveden (Gössl 2015, 449 fn 4). Međutim, shvatanja nemačkih sudova su promenjena nakon 2014. godine. Homoseksualni partneri, nemački državljani koji su živeli u Berlinu i bili u registrovanoj zajednici, odlučili su da oputuju u Kaliforniju te da tamo sprovedu postupak surogacije. Nameravani roditelji su sa surogat majkom zaključili ugovor o surogat materinstvu u skladu sa pravom Kalifornije. Postupak surogacije je sproveden upotrebom genetskog materijala nameravanog roditelja br. 1 i upotrebom genetskog materijala nepoznate žene. Nameravani roditelj br. 1 je pre rođenja deteta u nemačkom konzulatu dao izjavu o priznanju očinstva nad tim detetom, sa kojom se surogat majka saglasila. Na osnovu odluke Višeg suda države Kalifornije oba nameravana roditelja označena su kao pravni roditelji deteta. Nameravani roditelji su se potom vratili u Nemačku i obratili nadležnoj opštinskoj upravi kako bi se utvrdio njihov status kao pravnih roditelja deteta. Nadležna opštinska uprava je odbila zahtev za upis njihovog pravnog statusa ističući da bi bio u suprotnosti sa javnim poretom. Rečeno je da je moguć upis nameravanog roditelja koji je donirao genetski materijal kao oca deteta, ali da se odluka Višeg suda države Kalifornije ne može priznati u celini (Gössl 2015, 450). Nakon što su nameravani roditelji iscrpili sve prethodne pravne lekove, odlučili su da se obrate Saveznom sudu pravde zahtevajući odgovor na pitanje da li dvojica muškaraca mogu biti označena kao pravni roditelji deteta koje je rođeno postupkom surogacije u inostranstvu.⁴³ Savezni sud pravde je zauzeo stav da se ne može odbiti priznanje inostrane sudske odluke pozivanjem na to da je ta odluka u suprotnosti sa javnim poretom i umesto toga je naložio nadležnoj opštinskoj upravi da upiše činjenicu rođenja deteta te da označi tužioce kao pravne roditelje deteta. Tom prilikom je istakao da u slučaju surogat materinstva strana sudska odluka kojom je pravni status roditelja priznat nameravanim roditeljima ne predstavlja povredu javnog poretka ukoliko je jedan od nameravanih roditelja genetski povezan sa detetom (Klinkhammer 2016, 53). S tim u vezi, Savezni sud pravde je naglasio da je

⁴³ Bundersgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13, 10. decembar 2014.

postupak surogacije u stranoj državi bio sproveden na zakonit način te da dete nije imalo nikakav uticaj na svoj nastanak i zato ne može biti odgovorno za posledice koje iz toga proizilaze (Klinkhammer 2016, 54). Takođe, taj sud je ukazao na to da se prilikom ocene da li je inostrana sudska odluka u suprotnosti sa nemačkim javnim poretkom moraju uzeti u obzir prava garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim prava (EKLJP).⁴⁴ Citirajući odluke Evropskog suda za ljudska prava (Evropski sud),⁴⁵ istakao je da se pravo deteta na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovano članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima mora uzeti u obzir uvek kada se odlučuje o pravnom statusu roditelja.⁴⁶ Klinkhamer (Klinkhammer 2016, 54–55) naglašava da je Savezni sud pravde svoju odluku u velikoj meri zasnovao upravo na pravima deteta rođenog postupkom surogacije

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Prvi slučaj na koji se Savezni sud Nemačke pozvao bio je slučaj *Meneson protiv Francuske* koji je vođen pred Evropskim sudom. Podnosioci predstavke su bili roditelji devojčica koje su rođene postupkom surogacije u Sjedinjenim Američkim Državama. Obratili su se Evropskom sudu smatrajući da postoji povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8. EKLJP) te da je povređen najbolji interes dece jer im u Francuskoj nije mogao biti priznat pravni odnos roditelja i dece koji je prethodno utvrđen u inostranstvu. Evropski sud je našao da postoji povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života devojčica koje su rođene surogacijom. Povreda se, prema mišljenju Evropskog suda, ogledala pre svega u tome što su francuski državni organi odbili da identifikuju devojčice kao decu nameravanih roditelja (podnosilaca predstavke), iako su one bile identifikovane kao njihova deca u državi u kojoj je sprovedena surogacija. Evropski sud je istakao da takvo postupanje ugrožava identitet devojčica u francuskom društvu. Osim toga, ukazao je na to da norme francuskog prava kojima se odbija zasnivanje pravnog odnosa između nameravanih roditelja i dece koja su začeta takvim postupcima medicinski asistirane reprodukcije stvaraju negativne posledice ne samo za roditelje koji su izabrali određeni metod asistirane reprodukcije već i za decu, čime se utiče i na njihovo pravo na poštovanje privatnog života. Štaviše, imajući u vidu da je jedan od nameravanih roditelja istovremeno i biološki roditelj dece te da je biološko roditeljstvo važna komponenta identiteta, ne može se govoriti o tome da je u interesu deteta da mu se uskrati pravo na priznavanje takvog pravnog odnosa koji odgovara biološkoj realnosti, a čije su priznavanje tražili i deca i nameravani roditelj. Imajući u vidu sve to, Evropski sud je našao da posledice takvog ozbiljnog ograničavanja identiteta i prava na poštovanje privatnog života dece onemogućavanjem priznanja i uspostavljanja pravnog odnosa dece sa njihovim biološkim ocem ukazuje na to da je Francuska prekoraciila svoje široko polje slobodne procene. Upravo zato, a s obzirom na značaj koji najbolji interes deteta ima kada se procenjuje sa drugim interesima o kojima se u ovom slučaju može govoriti, Evropski sud je zaključio da postoji povreda prava na poštovanje privatnog života devojčica garantovan. Vid. *Case of Menesson v. France*, no. 65192/11, 26. 6. 2014, § 96–101. Detaljnije o činjenicama slučaja i o toj odluci suda videti Draškić 2022, 356–360.

⁴⁶ Bundersgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13, 10. decembar 2014.

i njegovom blagostanju.⁴⁷ Na taj način Savezni sud pravde jasno je istakao da prilikom odlučivanja o priznavanju pravnog statusa roditelja prednost treba dati najboljem interesu deteta, a ne zaštititi javnog poretka Nemačke. Ipak, ostaje upitno da li bi Savezni sud pravde odlučio jednako i da je dete rođeno surogacijom začeto bez upotrebe genetskog materijala jednog od nameravanih roditelja jer je u pomenutom slučaju takva sudska odluka, između ostalog, bila zasnovana i na tome da postoji genetska veza između jednog od nameravanih roditelja i deteta.

Imajući u vidu takvu promenu u shvatanjima Saveznog suda pravde, nesumnjivo se može zaključiti da se sudska vlast Nemačke opredelila za fleksibilniji pristup i optirala za priznavanje sprovedenog postupka surogacije u inostranstvu, što predstavlja pomak u odnosu na prethodna shvatanja nemačkih sudova. Ostaje, međutim, da se vidi da li je na taj način otvoren mali prozor i za mogućnost priznanja prava na sprovođenje postupka surogacije u Nemačkoj, odnosno za odgovarajuće izmene i dopune zakonskih rešenja. Za sada se ne čini tako jer se međunarodno surogat materinstvo i surogat materinstvo sprovedeno na teritoriji Nemačke nikako ne mogu izjednačiti. S tim u vezi, zapravo se i ističe da je takav pristup nemačkog zakonodavca postupku surogacije rezultat namere da se potpuno spreči praksa sprovođenja postupka surogacije na nemačkoj teritoriji (Klinkhammer 2016, 54).

3. SUROGAT MATERINSTVO U POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Kada je reč o ostvarivanju prava na pristup biomedicinski potpomognutoj oplodnji u Republici Srbiji, treba najpre naglasiti da je Ustavom Republike Srbije,⁴⁸ kao najvišim pravnim aktom, predviđeno da svako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece.⁴⁹ Draškić (1992, 246) ističe da je pravnu sadržinu načela o slobodnom odlučivanju o rađanju dece najpotpunije odredio Stevanov (1977, 49), koji smatra da to načelo sadrži nekoliko ovlašćenja, od kojih je jedno upravo pravo na začecje (prirodnim, veštačkim putem, pravo na lečenje steriliteta i pravo na presađivanje gonada sa ciljem

⁴⁷ Bolje rečeno, Savezni sud pravde je pre svega u obzir uzeo pravo deteta da se roditelji pre svih staraju o njemu i pravo deteta na vaspitanje. Videti Grundgesetz, član 2 st. 1 u vezi sa članom 6 st. 2.

⁴⁸ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006 i 115/2021.

⁴⁹ Videti Ustav Republike Srbije, čl. 63 st. 1.

rađanja).⁵⁰ Dakle, pravo na pristup postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje predstavlja jedno od ovlašćenja koje ulaze u sastav ustavnog prava na slobodno odlučivanje o rađanju. Osim Ustavom Republike Srbije, pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece garantovano je i članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima⁵¹, što je i sam Evropski sud u više navrata istakao.⁵² Osim toga, Porodičnim zakonom⁵³ je predviđeno da žena slobodno odlučuje o rađanju deteta.⁵⁴ Ipak, kako ustavna norma govori o pravu svakoga da slobodno odlučuje o rađanju, te kako to pravo podrazumeva i pravo na začéće, nesporno je da pravo na pristup postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje pripada svakom licu bez obzira na pol.

Kada je reč o postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje od posebnog značaja je Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.⁵⁵ U tom zakonu se pre svega definiše da postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja (BMPO) predstavlja postupak koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke u slučaju neplodnosti i u slučaju kada postoje medicinske indikacije za očuvanje plodnosti i omogućava spajanje muške i ženske reproduktivne ćelije radi postizanja trudnoće na način drugačiji od snošaja.⁵⁶ Postupci BMPO odnose se na postupke unutartelesnog oplođenja koji podrazumevaju unošenje semenih ćelija u polne organe žene ili unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u polne organe žene (*in vivo* oplođenje), kao i na postupke vantelesnog oplođenja koji podrazumevaju spajanje jajnih i semenih ćelija izvan tela

⁵⁰ Upporediti Mladenović 1989, 58.

⁵¹ Članom 8 EKLJP, koju je državna zajednica Srbija i Crna Gora ratifikovala 2003. godine, predviđeno je da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

⁵² Evropski sud je tako istakao da je: „pravo (van)bračnog para da začne dete korišćenjem postupaka BMPO radi tog cilja zaštićeno članom 8, jer je takav izbor deo privatnog i porodičnog života“. Videti *S. H. and others v. Austria*, 57813/00, par. 82; Barać 2021, 176–177. Detaljnije o pitanju BMPO pred Evropskim sudom za ljudska prava vid. Bordaš 2011, 313–333.

⁵³ Porodični zakon Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

⁵⁴ Kao što se može primetiti, tako postavljena norma Porodičnog zakona ograničava mogućnost korišćenja tog prava samo na žene, čime se nedvosmisleno krše ustavne norme koje proklamuju da takvo pravo pripada svakome. Draškić s tim u vezi ističe da je takva norma postala deo zakonskog teksta jer je prilikom usvajanja Porodičnog zakona usvojen amandman kojim je izmenjen član 5 st. 1 u odnosu na Nacrt porodičnog zakona koji je uradila ekspertska komisija. Videti Draškić 2020, 51.

⁵⁵ Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji – ZBMPO, *Službeni glasnik RS* 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon.

⁵⁶ Videti ZBMPO, čl. 3 st. 1 tač. 1.

žene sa ciljem stvaranja embriona i njihovog prenošenja u polne organe žene (*in vitro* oplodjenje).⁵⁷ Pravo na postupke BMPO priznaje se punoletnim i poslovno sposobnim bračnim supružnicima, vanbračnim partnerima i punoletnoj i poslovno sposobnoj ženi koja živi sama.⁵⁸ Pravo na postupke BMPO priznaje se i poslovno sposobnoj ženi/muškarcu koji su upotrebu svojih reproduktivnih ćelija odložili zbog postojanja mogućnosti smanjenja ili gubitka reproduktivne funkcije.⁵⁹ Na ovom mestu treba pomenuti da se postupak BMPO može sprovesti upotrebom genetskog materijala samih korisnika prava na BMPO, ali i da postoji mogućnost upotrebe genetskog materijala donora.⁶⁰ S tim u vezi, a s obzirom na temu ovog rada, treba napomenuti da u srpskom pravu postoji mogućnost začeca donacijom jajne ćelije ili donacijom embriona.

Surogat materinstvo se pak izričito zabranjuje. Bolje rečeno, odredbama ZBMPO se predviđa da je u postupak BMPO zabranjeno uključiti ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu uz plaćanje ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, kao i nuđenje usluga surogat majke od žene ili bilo kog drugog lica uz plaćanje ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja druge materijalne ili nematerijalne koristi.⁶¹ Osim toga, istim zakonom se predviđa krivična sankcija za ono lice koje u postupak BMPO uključi ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu uz plaćanje ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, odnosno lice koje nudi usluge surogat majke od žene ili bilo kog drugog lica uz plaćanje ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja materijalne ili nematerijalne koristi.⁶² Porodični zakon, s druge strane, sadrži normu kojom se predviđa da će se majkom deteta smatrati upravo žena koja je dete rodila.⁶³ Osim toga, predviđeno je i da ako je dete začeto uz biomedicinsku pomoć darovanom jajnom ćelijom, materinstvo žene koja je darovala jajnu ćeliju ne može da

⁵⁷ Videti ZBMPO, čl. 13 st. 2.

⁵⁸ Videti ZBMPO, čl. 25 st. 1 i 2.

⁵⁹ Videti ZBMPO, čl. 25 st. 3. Detaljnije o načinu ostvarivanja tog prava i uslovima koji moraju biti ispunjeni radi njegovog ostvarivanja vid. Barać 2021, 178–187.

⁶⁰ Videti ZBMPO, čl. 29.

⁶¹ Videti ZBMPO, čl. 49 st. 1 tač. 18.

⁶² Videti ZBMPO, čl. 66 st. 1.

⁶³ Videti Porodični zakon, čl. 42.

se utvrđuje.⁶⁴ Na tragu tih zakonskih rešenja, s obzirom na to da, kao što je prethodno rečeno, postoji mogućnost začeca i korišćenjem genetskog materijala donora, Kovaček Stanić (2013, 12) ističe da se može zaključiti da se zakonodavac opredelio za zakonsko rešenje prema kojem pravno roditeljstvo ima prednost nad genetskim roditeljstvom.

Pojedini domaći pravni pisci kritikovali su takvo zakonsko rešenje iznoseći niz argumenata kojima se opravdava stav da surogat materinstvo treba da bude dozvoljeno. S tim u vezi, Cvejić Jančić (2010, 11) pre svega naglašava da se zabranom surogat materinstva krše ustavne norme koje se odnose na pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece jer Ustavom Republike Srbije nije predviđena mogućnost da to pravo bude ograničeno zakonom ili na drugi način. Štaviše, ističe se da se zabranom surogat materinstva vrši povreda ustavnih normi koje se odnose na ravnopravnost polova⁶⁵ i zabranu diskriminacije po osnovu pola.⁶⁶ Takav zaključak Cvejić Jančić (2010, 11) izvodi iz činjenice da se kada je reč o lečenju muške neplodnosti, svi poznati i dostupni postupci BMPO mogu sprovesti, dok u slučaju lečenja ženske neplodnosti tako nešto nije slučaj. Iako naš zakonodavac dozvoljava lečenje neplodnosti donacijom jajne ćelije ili donacijom embriona, ona žena koja može da proizvede sopstvene jajne ćelije, ali ne može da iznese trudnoću i rodi dete, uskraćena je mogućnosti da postane majka deteta koje nosi njene genetske karakteristike (Vidić Trninić 2015, 1165). Drugi set argumenata se vezuje za pitanje nataliteta u našoj državi. Preciznije, Cvejić Jančić (2010, 12–13) kao i Vidić Trninić (2015, 1165) ističu da su odredbe o zabrani surogat materinstva „posebno neprihvatljive“ u slučajevima u kojima žene koje mogu da rađaju biraju da rode jedno do dva deteta, dok se, s druge strane, ženama koje to žele onemogućuje da zasnuju porodicu uz pomoć druge žene koja to hoće i može.⁶⁷

⁶⁴ Videti Porodični zakon, čl. 57 st. 2. Isto pravilo je postavljeno i u slučaju da je dete začeto uz biomedicinsku pomoć darovanom semenom ćelijom. Tako se ne može utvrđivati očinstvo muškarca koji je darovao semene ćelije. Videti Porodični zakon, čl. 58 st. 5.

⁶⁵ U čl. 15 Ustava Republike Srbije predviđa se: „Država jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti.“

⁶⁶ U čl. 21 st. 3 Ustava Republike Srbije predviđa se: „Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta.“

⁶⁷ Uporediti Vlašković 2011, 331–332.

Autorka smatra da ima prostora i za drugačije tumačenje pomenutih normi Ustava Republike Srbije. Bolje rečeno, upitno je da li se zabranom sprovođenja surogat materinstva uopšte može govoriti o ograničenju prava na slobodno odlučivanje o rađanju koje je garantovano ustavnim normama. Smisao ustavnih normi je usmeren ka zabrani mešanja države u pravo bračnih supružnika i vanbračnih partnera da imaju decu koja su začeta prirodnim putem. To, međutim, ne znači da država istovremeno mora takvo pravo da obezbedi zakonskim normama za sve medicinski dostupne metode. Treba podsetiti i na stavove u pravnoj teoriji da titular prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece „ne mora y svako doba imati stvarnu mogućnost za prokreaciju potomstva“ (Draškić 1992, 249 fn 54). Jasno je da država nema obavezu da korisnicima prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece ponudi paletu mogućnosti za ostvarivanje tog prava te da su argumenti kojima se ističe da se postojećim zakonskim normama to pravo ograničava, prema mišljenju autorke, neodgovarajući. Takvo mišljenje je i zasnovano na činjenici da je Ustavom Republike Srbije jasno predviđeno da se odredbe o ljudskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.⁶⁸ Imajući to na umu, treba naglasiti da je upitno da li bi odredbe o ljudskim pravima zaista trebalo tumačiti na način kojim se dozvoljava surogat materinstvo. Kada je reč o praksi međunarodnih institucija, čini se da bi na ovom mestu trebalo uzeti u obzir delovanje Evropskog suda, kao organa međunarodnog nadzora kreiranog radi pune primene EKLJP u slučaju kršenja nekih od zaštićenih prava i sloboda (Draškić 2019, 41). Ovo pre svega zbog toga što je ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece garantovano članom 8. EKLJP (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske).⁶⁹ Posledično, prilikom tumačenja normi o ljudskim i manjinskim pravima morale bi se u obzir uzeti i odredbe EKLJP i praksa Evropskog suda. S tim na umu treba najpre istaći da je Evropski sud u nedavno donetoj odluci

⁶⁸ Videti Ustav Republike Srbije, čl. 18 st. 3.

⁶⁹ EKLJP, čl. 8: „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“ Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava neretko su, osiguravajući zaštitu prava garantovanih članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, obezbeđivali i zaštitu reproduktivnih prava pojedinaca. Detaljnije u Barać 2020, 189.

u slučaju *Pejřilova protiv Āeske Republike*⁷⁰ naglasio da se u osetljivoj oblasti kakva je artifiċijelna prokreacija moralna stanoviřta i druřtvena prihvatljivost moraju shvatiti ozbiljno.⁷¹ Zbog toga, prilikom ocene da li je zabrana određene dostupne metode artifiċijelne inseminacije u skladu sa odredbama EKLJP, treba sagledati i pravni okvir u kojem se ta zabrana nalazi i posmatrati je u řirem kontekstu.⁷² Evropski sud je podsetio na svoj stav da drřzave treba da uřivaju řiroko polje slobodne procene u reřavanju pitanja koja se odnose na medicinski asistiranu reprodukciju posebno ako se u obzir uzme da IVF postupci i dalje otvaraju osetljiva moralna i etićka pitanja koja

⁷⁰ U ovom sluċaju bilo je reċi o muřkarcu i řeni koji su zakljuċili brak 2012. godine. Kako do zaċeća nije moglo doċi prirodnim putem i kako je suprug podnositeljke predstavke oboleo od teške bolesti, odluċili su da se podvrgnu postupku medicinski asistirane reprodukcije. Suprug podnositeljke predstavke je u junu 2014. godine krioprezervirao svoju semenu teċnost, prethodno potpisavři formular kojim se saglařava da je takvo ċuvanje moguće samo za potrebe postupka leċenja infertiliteta. Ipak, on je preminuo pre nego řto su preduzete bilo kakve dodatne radnje. Stoga se podnositeljka predstavka obratila centru u kojem su deponovane semene ċelije sa ciljem da joj se dozvoli oplodnja jajnih ċelija prethodno deponovanom semenom teċnosti njenog preminulog supruċa. Centar je takav zahtev odbio i umesto toga predlořio podnositeljki da pokrene sudski postupak kako bi mogli da postignu sporazum. Domaċi sudovi bili su stava da centar nije u obavezi da sprovede zahtevanu proceduru. Podnositeljka predstavke se obratila Evropskom sudu istiuċi da drřzava treba da joj dozvoli da nastavi postupak asistirane reprodukcije koristeċi zaleđenu semenu teċnost svog preminulog supruċa. Prilikom isticanja svog zahteva pozvala se na pravo na pořtovanje privatnog i porodiċnog řivota, doma i prepiske. Sud je u konkretnom sluċaju ispitivao da li je meřanje Āeske u prava koja su podnositeljki predstavke bila garantovana ċlanom 8 EKLJP bilo u skladu sa zakonom, da li je imalo legitimni cilj i da li je bilo neophodno u demokratskom druřtvu. Na prvo pitanje Sud je dao pozitivan odgovor jer je ovakva zabrana posthumne oplodnje bila predviđena zakonom. Sud je potom zakljuċio da odluka ċeřkog zakonodavca da postavi zakonske norme na naċin na koji je to uċinio kao i tumaċenje domaćih sudova ukazuju na postojanje njihove namere da pořtuju ljudsko dostojanstvo i slobodnu volju, te da se ovakvim postupanjem postiže legitimni cilj, odnosno zařtita morala i prava i sloboda drugih lica. Na pitanje da li je ovakvo meřanje bilo neophodno u demokratskom druřtvu Sud je podvuċao da legitimno pravo na pořtovanje odluke podnositeljke predstavke da ima dete koje potiće od njenog preminulog supruċa nema veċu snagu od legitimnog opřteg interesa zařtiċenog spornim zakonodavstvom. Na osnovu svega toga Sud je zakljuċio da nema povrede prava na pořtovanje privatnog řivota podnositeljke predstavke. Detaljnije videti *Case of Pejřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, od 8. decembra 2022.

⁷¹ *Case of Pejřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, od 8. decembra 2022, ř 58. Upporediti *S. H. and others v. Austria*, no. 57813/00, od 3. novembra 2011, ř 112.

⁷² Videti *Case of Pejřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, od 8. decembra 2022, ř 58. Upporediti *S. H. and others v. Austria*, no. 57813/00, od 3. novembra 2011, ř 112.

su suprostavljena naprednim medicinskim i naučnim otkrićima.⁷³ Štaviše, Evropski sud je jasno odgovorio i na pitanje dozvoljenosti sprovođenja postupka surogat materinsta u pravnim sistemima evropskih država. Tako je u pomenutom slučaju *Menson protiv Francuske*⁷⁴, odgovarajući na pitanje da li je podnosiocima predstavke povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, istaknuto da evropskim državama mora biti ostavljeno široko polje slobodne procene u odlučivanju o surogaciji jer među njima još uvek ne postoji konsenzus u vezi sa surogacijom zbog toga što se tim pitanjem otvaraju delikatne etičke dileme.⁷⁵

Čak i ukoliko bi se prihvatio stav da se ženama u Srbiji onemogućava pristup svim poznatim i dostupnim biološkim metodama za lečenje ženske neplodnosti, to i dalje ne znači da je takvo ograničenje neopravdano te da postoji diskriminacija. Bolje rečeno, postupak donacije jajne ćelije i donacije embriona, gde žena koja nosi i rađa dete te postaje njegova majka, značajno se razlikuje od slučaja surogacije u kojem surogat majka ima ugovornu obavezu da nosi i rodi dete, pa da nakon toga dete preda nameravanim roditeljima (Kovaček Stanić 2006, 159). Ograničavanje, odnosno onemogućavanje korišćenja prava na sprovođenje postupka surogacije u neposrednoj je vezi sa specifičnom prirodom ugovornog odnosa koji postoji između surogat majke i nameravanih roditelja. Dakle, u slučaju surogacijskog ugovora, nužno se nameće pitanje da li je predmet obaveze surogat majke uopšte dopušten, uzimajući u obzir norme Zakona o obligacionim odnosima.⁷⁶ Odredbama ZOO predviđeno je da se predmet obaveze smatra nedopuštenim ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.⁷⁷ Ukoliko je predmet obaveze nedopušten, onda se i sam ugovor smatra ništavim.⁷⁸ Cigoj (1983, 169) navodi da je nedopušteno da delovi ljudskog tela budu predmet pravnog posla, osim ukoliko je u pitanju raspolaganje delovima tela kojim ne nastaje opasnost po život i zdravlje, odnosno ako su u pitanju altruistički ciljevi (zdravlje drugog lica). Kako se u konkretnom slučaju telo surogat majke, odnosno njena materica, koristi da bi se ispunila ugovorna obaveza

⁷³ Videti *Case of Pejřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, od 8. decembra 2022, § 43. Uporediti *Case of Evans v. United Kingdom*, no. 6339/05, od 7. marta 2006, § 81; *Case of S. H. and Others v. Austria*, no. 57813/00, od 3. novembra 2011, § 97.

⁷⁴ Videti *Case of Mennesson v. France*, no. 65192/11, 26. jun 2014.

⁷⁵ Videti *Case of Mennesson v. France*, no. 65192/11, 26. jun 2014, §§ 78, 79. Upor. Draškić 2022, 358.

⁷⁶ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

⁷⁷ Videti ZOO, čl. 49.

⁷⁸ Videti ZOO, čl. 47.

prema nameravanim roditeljima, te kako je zamislivo da se trudnoćom surogat majka izlaže opasnosti po svoje zdravlje ili život, potencijalno bi se moglo govoriti o tome da je predmet obaveze surogat majke nedopušten jer dira u njenu ličnu sferu.⁷⁹ Slična shvatanja postoje i u drugim pravnim sistemima u kojima su surogacijski ugovori zabranjeni. Tako se, recimo, u francuskom pravu ističe da su surogacijski ugovori u suprotnosti sa javnim poretkom te da su stoga ništavi (Pintens 2016, 18). Štaviše, i francuski Kasacioni sud je u slučaju u kojem je ponovio da su surogacijski ugovori zabranjeni naglasio i da su ljudsko telo i status osobe nepovredivi i da se ne mogu posmatrati kao roba.⁸⁰ Osim toga, i etički razlozi govore protiv prihvatanja ugovora o surogat materinstvu da bi bile izbegnute situacije u kojima dete postaje predmet razmene između infertilnih parova i surogat majki (Pintens 2016, 18). Draškić (2022, 355) ističe da bi takav ugovorni odnos mogao ugroziti psihološki status tako rođenog deteta, dok bi se pak u slučaju zabrane tog ugovornog odnosa moglo preduprediti eksploataisanje žena iz nižih društvenih slojeva.⁸¹ Kako sprovođenje postupka surogacije, za razliku od postupka donacije jajne ćelije i donacije embriona, podrazumeva postupak koji otvara brojna važna pitanja i zadire u ličnu sferu privatnog života surogat majke, čini se da se stav onih autora koji tvrde da se zabranom sprovođenja postupka surogacije krše ustavne norme mora relativizovati.

Naposletku, treba se osvrnuti i na stavove pravnih pisaca da su odredbe o zabrani surogat materinstva „posebno neprihvatljive“ onda kada žene koje mogu da iznesu trudnoću i rode – rode do dvoje dece, dok, s druge strane, postoje pravne smetnje da žene koje, iako žele, bivaju onemogućene da dete dobiju uz pomoć surogat majke. Čini se da je stav tih autora usmeren ka tome da pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece obuhvata i pravo na izbor na koji će način do rađanja doći. Razume se, pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece pre svega podrazumeva pravo svakoga da načini izbor da li želi potomstvo ili ne (Kovaček Stanić 2013, 2; Draškić 2020, 51–53). Nakon što je pojedinac napravio takav izbor, njemu/njoj se na osnovu prava na slobodno odlučivanje o rađanju garantuju i ovlašćenja koja obuhvataju pravo na začeće i prirodnim i veštačkim putem. Pravo na začeće prirodnim putem mnogo je jednostavnije ostvariti s obzirom na njegov biološki aspekt. Pravo na začeće veštačkim putem pak podrazumeva lečenje neplodnosti sprovođenjem

⁷⁹ Detaljnije o vrstama nedopuštenosti videti Cigoj, Predmet obaveze (čl. 46), 1983, 168.

⁸⁰ Cass. (Ass. plén) 31. maj 1991, D. 1991, note D. Thouvenin, JCP 1991 II, 21 752, note J. Bernard. Navedeno prema Draškić 2022, 355 fn 29. Detaljnije videti Draškić 2022, 355.

⁸¹ Ona međutim navodi da postoje i suprotni primeri, o čemu najbolje svedoči slučaj *Menson protiv Francuske*. Vid. Draškić 2022, 355.

postupaka koji podrazumevaju različite reproduktivne tehnologije telesnog ili vantelesnog začeća, koje se, posledično, ostvaruje na složeniji način. Posledično se može zaključiti da postupak surrogacije kao način začeća deteta veštačkim putem ne može da se tretira jednako kao drugi načini začeća deteta. Tako, valjalo bi najpre imati na umu da u sprovođenju postupka surrogacije postoji jedna vrlo specifična obaveza surogat majke da nosi i rodi dete koje može, ali ne mora da nastane upotrebom njenog genetskog materijala i koje ona potom treba da preda nameravanim roditeljima. Osim toga, ističe Kovaček Stanić (2013, 16), „trudnoća i rađanje deteta zapravo dovode do nastanka emocionalnih veza između majke i deteta koje je neprirodno, pa čak i nehumano raskidati“. Garantovanje prava na osnivanje porodice ne znači nužno da će to pravo zaista biti ostvareno. Tako bi se, recimo, u slučaju da žena želi da prekine trudnoću, a njen muž nije saglasan sa tim, moglo govoriti o primeru gde iako muž ima ustavno pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece, on ne može i stvarno da bude roditelj.⁸² Ipak, čak i ukoliko bi se prihvatio stav pravnih pisaca da treba dozvoliti sprovođenje postupka surrogacije, ne treba zanemariti činjenicu da bi se u tom slučaju sasvim sigurno postavila određena pitanja biološke ali i pravne prirode na koja naš pravni sistem, makar za sada, nema odgovor. Imajući sve prethodno rečeno u vidu, autorka smatra da nema prostora za tumačenje da se pod pravom na začeće veštačkim putem može govoriti o pravu na sprovođenje postupka surrogacije te da posledično ne vidi korelaciju između prava žene da izabere da „ograniči“ sopstvenu reprodukciju time što želi jedno do dvoje dece i nepriznavanja prava na sprovođenje postupka surrogacije.

Nedavno je u srpskom pravu bilo govora o izmeni zakonodavstva kojom bi se dozvolio postupak surogat materinstva. Zapravo, Prednacrtom građanskog zakonika (Prednacrt) predloženo je zakonsko rešenje kojim se dozvoljava zaključenje ugovora o surogat materinstvu uz ispunjenje odgovarajućih uslova. Najpre treba istaći da su predložene norme postavljene tako da se u svakom članu govori o alternativnim rešenjima te da nije do kraja jasno kakva je zaista bila namera radne grupe koja je sačinila Prednacrt. Tako se ugovor o surogat materinstvu definiše kao ugovor o rađanju za drugog koji se može zaključiti između žene koja će nositi i roditi dete (surogat majka) i nameravanih roditelja, pri čemu nameravani roditelji mogu da budu i supružnici i vanbračni partneri, kao i lice koje živi samo (muškarac ili žena).⁸³ Prednacrt ostaje nejasan po pitanju oblika surrogacije jer su predložena alternativna rešenja, tako da se predviđa mogućnost sprovođenja srodničke surrogacije, ali zabranjuje surrogacija između lica koja

⁸² Videti Draškić 1992, 248 fn. 53.

⁸³ Videti Prednacrt, čl. 2273.

nisu u srodstvu, da bi se potom kao alternativa predložilo rešenje kojim se srodnička surogacija zabranjuje, a dozvoljava samo surogacija između lica koja nisu u srodstvu.⁸⁴ Nadalje se predviđa mogućnost parcijalne i potpune surogacije, pri čemu se kriterijum određivanja vrste surogacije razlikuje od onog koji je prihvaćen u uporednom pravu.⁸⁵ Dakle, u Prednacrtu su brojne dileme ostale otvorene. Autorka smatra da tako postavljenim normama Prednacrtu ne treba pokloniti puno pažnje imajući u vidu da je on stavljen *ad acta* te da je upitno da li će se i na koji način u budućnosti postupak surogat materinstva u srpskom pravu rešiti. Ipak, imajući u vidu specifičnu pravnu prirodu ugovora o surogat materinstvu, čini se da postoje određena prethodna pitanja na koja se mora dati odgovor kako bi se potom na odgovarajući način pristupilo rešavanju pitanja sprovođenja postupka surogacije. Drugim rečima, na prvom mestu bi se moralo odgovoriti na pitanje da li je ugovor o surogat materinstvu u suprotnosti sa javnim poretkom, s obzirom na činjenicu da se ugovorom predviđaju nošenje i rađanje deteta za drugog i predaja deteta nameravanim roditeljima. Dalje, nužno bi bilo odgovoriti i na pitanje forme tog ugovora. Dakle, da li bi ugovor o surogat materinstvu trebalo zaključiti uz prethodnu/naknadnu saglasnost upravnog organa, da li bi ugovor trebalo zaključiti u formi javnobeležničkog zapisa, odnosno da li trebalo predvideti da ugovor o surogat materinstvu ne proizvodi nikakva pravna dejstva dok nadležni sud nakon rođenja deteta ne donese odluku da se na osnovu ugovora o surogat materinstvu između nameravanih roditelja i deteta rođenog surogacijom može uspostaviti roditeljskopравни odnos.⁸⁶ Naposletku, trebalo bi dati odgovor i na pitanje da li treba dozvoliti i parcijalnu i potpunu surogaciju. Kovaček Stanić smatra da bi u našem pravnom sistemu trebalo početi od restriktivnijih zakonskih rešenja te da bi se zbog toga trebalo opredeliti samo za potpunu surogaciju.⁸⁷ Autorka ukazuje na to da se, osim ovih, mogu postaviti i brojna druga pitanja

⁸⁴ Videti Prednacrt, čl. 2275.

⁸⁵ Tako se u Prednacrtu pod parcijalnom surogacijom misli na surogaciju koja je sprovedena upotrebom reproduktivnog materijala bar jednog od lica koje žele dete (suprotno, u uporednom pravu se kao kriterijum razlikovanja utvrđuje da li je za postupak surogacije korišćena jajna ćelija surogat majke). Potpuna surogacija se, prema rešenju predloženom u Prednacrtu, odnosi na slučajeve u kojima je za postupak surogacije upotrebljen reproduktivni materijal oba nameravana roditelja – dok se u uporednom pravu pod potpunom surogacijom podrazumevaju i slučajevi kada je korišćen donirani genetski materijal jednog ili oba nameravana roditelja. Detaljnije o predloženim rešenjima Prednacrtu u Kovaček Stanić 2013, 14–15. Videti Vidić Trninić 2015, 1166 i dalje.

⁸⁶ Detaljnije o formi ugovora o surogat materinstvu vid. Vlašković 2011, 333–335.

⁸⁷ U suprotnom, ako bi se dozvolila i parcijalna surogacija, postojao bi rizik da surogat majka odbije da preda dete zbog postojanja genetske veze između nje i deteta. Videti Kovaček Stanić 2013, 15.

pravne prirode koja bi bila značajna za sprovođenje postupka surogat materинства (pitanja koja se odnose na pravo na naknadu troškova, pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja, nemogućnost ispunjenja, pravo na raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti itd.). Upravo zato se može nedvosmisleno zaključiti da u ovom trenutku naše zakonodavstvo nije u dovoljnoj meri i sa dovoljno pažnje obradilo pitanje sprovođenja postupka surogacije, te da bi bilo neophodno prvenstveno razrešiti brojne dileme koje se mogu postaviti u vezi sa tim postupkom BMPO, a tek potom pristupiti njegovom sprovođenju.

4. ZAKLJUČAK

Postupak surogat materинства je kao mehanizam medicinski asisitrane reprodukcije poznat i dostupan već gotovo četrdeset godina. Ipak, bez obzira na to što se tim postupkom infertilnim parovima nudi mogućnost da postanu roditelji deteta koje je u genetskoj vezi sa jednim od njih ili čak oboje, to još uvek ne znači da je prihvaćen kao odgovarajući mehanizam za lečenje neplodnosti. Naprotiv, autorka je istraživanjem i analizom došla do zaključka da pravni sistemi evropskih i svetskih država pitanju postupka surogacije još uvek ne pristupaju jednako. Ipak, na primeru određenih zakonodavstava može se uočiti da podela pravnih sistema na one koji zabranjuju surogat materinstvo, odnosno one koji dozvoljavaju samo altruističku surogaciju, ili pak onih koji dozvoljavaju svaki vid surogacije ne mora i ne treba da bude tako striktna. Autorka je u radu učinila uporednopravni osvrt na dva pravna sistema koji svedoče upravo tome. Na jednoj strani nalazi se Rusija, čiji pravni sistem karakterišu izuzetno liberalne norme o priznavanju prava na postupak surogacije. Takav pristup, međutim, otvara određena sporna pitanja, od kojih je najvažnije pitanje opravdanosti prava surogat majke da se nakon rođenja deteta odluči da odbije da se saglasi sa registracijom nameravanih roditelja kao pravnih roditelja deteta. Ipak, u načelnom mišljenju Plenarnog zasedanja Vrhovnog suda Rusije jasno je ukazano na to da sudovi prilikom ocene da li surogat majka ima pravo da odbije da preda dete i da se ne saglasi da nameravani roditelji budu označeni kao pravni roditelji deteta moraju proceniti okolnosti slučaja (da li su stranke zaključile ugovor, ukoliko jesu, kako glase odredbe ugovora, koji je razlog za nedavanje saglasnosti surogat majke) i uvažiti princip najboljeg interesa deteta. Štaviše, naglašeno je da sudovi prilikom odlučivanja moraju da reše spor u interesu deteta. Osim toga, u Rusiji se kao sporno pojavljuje i pitanje sprovođenja postupka komercijalne surogacije. Bolje rečeno, autorka smatra da postoji potreba da se detaljnije uredi norme koje se odnose na pravo na nagradu, a pre svega u kontekstu mogućih zloupotreba žena iz nižih društvenih slojeva

koje se iz komercijalnih razloga opredeljuju na surogat materinstvo. Takođe, određene zakonske norme ruskog prava postavljene su tako da se može postaviti pitanje da li su one protivustavne. Drugim rečima, u Rusiji se, bar prema slovu zakona, muškarcima ne priznaje pravo na sprovođenje postupka surogacije, čime se direktno krši ustavna odredba o jednakosti muškaraca i žena u zaštiti zdravlja i prilikom pružanja pomoći.

Nemačka je, s druge strane, primer zakonodavstva koji se, makar na prvi pogled, opredelio za konzervativniji pristup. Tako, nemački pravni sistem u više zakonskih tekstova sadrži norme kojima se surogat materinstvo izričito zabranjuje. Ipak, kako pravni pisci navode, ta zabrana je usmerena tome da spreči sprovođenje postupaka surogacije na nemačkoj teritoriji. Da je to zaista tako, potvrđuje i odluka nemačkog Saveznog suda pravde iz 2014. godine, u kojoj je rečeno da strana sudska odluka kojom se priznaje pravni status nameravanih roditelja ne predstavlja povredu javnog poretka ukoliko je jedan od nameravanih roditelja genetski povezan sa detetom. S tim u vezi, odluka Saveznog suda pravde najpre je bila zasnovana na potrebi priznavanja i poštovanja prava deteta rođenog postupkom surogacije, odnosno prava deteta da se roditelji pre svih staraju o njemu kao i pravo na vaspitanje. Takva odluka nemačkog Saveznog suda pravde predstavlja refleksiju stavova izraženih u odlukama Evropskog suda. Dakle, može se uočiti da se i u jednom i drugom pravnom sistemu, koji potpuno drugačije pristupaju regulisanju pitanja surogat materinstva, prepoznaje potreba za priznavanjem pravnih dejstava ugovora o surogat materinstvu radi zaštite najboljeg interesa deteta. Treba doduše imati na umu da je takav stav nemačkih sudova, bar u ovom trenutku, usmeren samo na međunarodno surogat materinstvo.

Naša država, kao i Nemačka, zabranjuje surogat materinstvo. Kao što se moglo zaključiti, surogat materinstvo je u našem pravu zabranjeno normama ZBMPO. Takav stav zakonodavca se, međutim, u pravnoj teoriji kritikuje i ističe se da se na taj način krše ustavne norme kojima se proklamuje pravo svakoga da slobodno odlučuje o rađanju te da se zabranom surogat materinstva to pravo ograničava. Osim toga, ističe se i da se time diskrimišu žene jer se njima, za razliku od muškaraca, ne priznaje pravo na korišćenje svih dostupnih i poznatih metoda BMPO. Autorka je ponudila i drugačije tumačenje tih normi te je istakla da se pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece ne mora tumačiti kao apsolutno pravo, o čemu najbolje svedoči činjenica da su i neka druga ovlašćenja koja ulaze u sastav prava na slobodno odlučivanje o rađanju takođe na određeni način regulisana (na primer, pravo na prekid trudnoće). Osim toga, treba uzeti u obzir i to da je i sam Evropski sud jasno istakao da države članice uživaju široko polje slobodne procene u odlučivanju o surogaciji jer među njima ne postoji konsenzus u vezi sa surogacijom zbog toga što se tim pitanjem otvaraju delikatne

etičke dileme. Osim etičkih nedoumica, ugovorom o surogat materinstvu otvaraju se i dileme pravne prirode, kao što su, na primer, dileme o tome da li bi takav ugovor bio u suprotnosti sa javnim poretkom, u kojoj se formi mora zaključiti, da li bi se mogao zaključiti i kao komercijalni ili samo kao altruistički ugovor. Zbog toga je neophodno najpre odgovoriti na te dileme, a tek potom eventualno pristupiti normiranju zakonskih normi kojima se priznaje pravo na sprovođenje postupka surogat materinstva. Jasno je da bi čak i u slučaju da se dozvoli sprovođenje postupka surogacije bilo važno početi od restriktivnijih rešenja, a tek kasnije oceniti da li ima mogućnosti i za prihvatanje liberalnijih normi.

Na kraju, treba imati na umu da je postupak surogat materinstva za određena lica jedini mehanizam za lečenje neplodnosti na način na koji bi oni mogli biti genetskim putem povezani sa svojim detetom. Upravo zato se čini da je upitno da li je i u kojoj meri dugoročno moguće govoriti o zabrani sprovođenja postupka surogat materinstva, a posebno ukoliko se u obzir uzme činjenica da neplodnost izaziva veliki stres za pojedinca, odnosno (van)bračni par, te da rađanje deteta stvara „vrhunsko osećanje ispunjenosti i smisla života, omogućavajući im i poštovanje sopstvenog identiteta i dostojanstva (Draškić 2013, 219)“. Na osnovu svega rečenog, nužan je zaključak da postoji potreba da se postave određeni standardi kojima bi se državama makar u izvesnoj meri moglo olakšati normiranje pravila koja se odnose na postupak surogat materinstva.⁸⁸

LITERATURA

- [1] Barać, Ivana. 2020. Prekid trudnoće: Nove tendencije i stari nedostaci. 185–204. *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*.
- [2] Barać, Ivana. 4/2021. Biomedicinski potpomognuto oplodjenje i demografska politika. *Politička revija* 70 (4): 173 – 195.
- [3] Bila, Sreten, Ivan Tulić, Nebojša Radunović. 1994. *Osnove vantelesnog oplodjenja*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

⁸⁸ Draškić s tim u vezi ističe da je Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu preuzela inicijativu u pokušaju da formuliše odgovarajuću međunarodnu konvenciju kojom bi se regulisali različiti aspekti međunarodnih ugovora o surogat materinstvu, ali da za sada nema napretka. Čak i da je obrnuto, ona ističe da to neće rešiti probleme koji postoje u domaćem pravu. Videti Draškić 2022, 369.

- [4] Bordaš, Bernadet. 4/2012. Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima: Stvarnost i pravo. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 46(4): 97–117.
- [5] Cigoj, Stojan. 1983. Ništavost ugovora zbog predmeta. 165–172. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd: Savremena administracija.
- [6] Cvejić Jančić, Olga. 10/2010. Akutelni izazovi biomedicinski potpomognute oplodnje. *Pravni život* 540 (10): 5–23.
- [7] Department of Health & Social Security. 1984. The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Warnock Report). <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf>, poslednji pristup 16. septembra 2022.
- [8] Dutti, Anatol. 2016. Surrogacy in Germany. 35–47. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia.
- [9] Draškić, Marija. 4/1992. Porodičnopравни aspekti artificijelne inseminacije. *Anali Pravnog fakulteta* 40 (4): 239–264.
- [10] Draškić, Marija. 2013. Biomedicinski potpomognuto oplodjenje. *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*: 219–235.
- [11] Draškić, Marija. 2019. *Porodično pravo i pravo deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [12] Draškić, Marija. 2020. *Komentar Porodičnog zakona. Praksa Evropskog suda za ljudska prava. Praksa Ustavnog suda. Praksa redovnih sudova*. Beograd: JP „Službeni glasnik“.
- [13] Draškić, Marija. 2022. Ugovor o surogat materinstvu – između punovažnosti i ništavosti. 341–373. *Zbornik Treće regionalne konferencije o obveznom pravu*, ur. Marko Baretić, Saša Nikšić. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- [14] Государственная Дума. 2022. *Иностранцам могут запретить пользоваться услугами суррогатных матерей в России*. Maj 2022. [Gosudarstvennaya Duma. 2022. *Inostrantsam mogu zapretit' pol'zovat'sya uslugami surrogatnykh materey v Rossii*. Maj 2022.]
- [15] Gössl, Susanne Lilian. 2/2015. The Recognition of a „Judgement of Paternity“ in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 7: 448–465.

- [16] Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. 2012. A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Agreements, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, poslednji pristup 16. septembra 2022.
- [17] Jović Prlainović, Olga. 10/2015. Surogat materinstvo – argumenti *pro et contra*. *Pravni život* 10: 41–51.
- [18] Jović Prlainović, Olga. 2017. *Biološki osnovi roditeljstva – Pravo i stvarnosti*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.
- [19] Kovaček Stanić, Gordana. 121/2006. Porodični zakon Srbije iz 2005. godine u kontekstu planiranja porodice. *Zbornik Matice Srpske za društvene nauke*: 157–170.
- [20] Kovaček Stanić, Gordana. 1/2013. Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta. *Stanovništvo* 51: 1–21.
- [21] Khazova, Olga. 2016. Surrogacy in Russia. 281–306. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia.
- [22] Klinkhammer, Frank. 2016. Surrogate Motherhood under German National and International Private Law, A Judicial Perspective. 49–58. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia.
- [23] Marinelli, Susanna, Alessandro Del Rio, Marco Straccamore, Negro Francesca, Giuseppe Basile. 2022. The armed conflict in Ukraine and the risks of inter-country surrogacy: the unsolved dilemma. *European Review for Medical and Pharmacological Sciences* 26: 5646–5650.
- [24] Mladenović, Marko. 1989. *Porodično pravo u Jugoslaviji*. Beograd: IRO Naučna knjiga.
- [25] Mršević, Zorica. 2020. *Analiza uslova i načina ostvarivanja biomedicinski potpomognute oplodnje u Srbiji*. Beograd: Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava.
- [26] Pintens, Walter. 2016. Surrogacy in France. 17–33. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, eds. Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia.
- [27] Reuters. 2022. Russia moves to bar foreigners from using its surrogate mothers. Maj 2022.

- [28] Svitnev, Konstantin. 2016. Gestational Surrogacy in the Russian Federation. 232–240. *Handbook of Gestational Surrogacy*, ed. E. Scott Sills. Cambridge: Cambridge University Press.
- [29] Stevanov, Miloš. 11/1977. Pravo na slobodno roditeljstvo. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 11: 43–58.
- [30] Torkunova, Ekaterina A., Alena I. Shcherbakova. 2/2022. Surrogacy Regulation: Trends in International and Russian Law. *Moscow Journal of International Law*: 17–38.
- [31] Vidić Trninić, Jelena. 3/2015. Surogat materinstvo u pravu Srbije (De lege lata i de lege ferenda) i pravu Makedonije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 49 (3): 1161–1190.
- [32] Vlašković, Veljko. 2011. Surogat materinstvo na pragu našeg pravnog poretka. 323–347. *Zbornik radova XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava*.
- [33] Weis, Christina Corinna. 2017. *Reproductive Migrations Surrogacy workers and stratified reproduction in St Petersburg*. De Montfort University.

Ivana BARAĆ, LL.M.

Teaching Assistant, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SURROGACY – A BIOMEDICAL MECHANISM IN THE FIGHT AGAINST INFERTILITY

Summary

This paper reviews the issue of surrogacy. The author analyzes surrogacy and continues by conducting a comparative overview of two legal systems with different approaches to surrogacy. The analysis first looks at the legal system of Russia, as it represents a country that allows all forms of surrogacy, and then that of Germany, as a country with norms prohibiting all forms of surrogacy. In turn, the author reviews Serbian legal provisions, which also forbid all forms of surrogacy. The paper further explores whether there is justification for such legal provisions, i.e., it pinpoints potential problems that could arise if the legal provisions were to be changed. It is concluded that the Serbian legislator has decided to remain silent on this issue, most probably due to the fact that any amendments could raise questions that, at least for the time being, have no clear answers.

Key words: *Medically assisted reproduction. – Right to respect for private and family life. – Right to freely decide on birth. – Surrogate motherhood. – Health protection.*

Article history:

Received: 25. 11. 2022.

Accepted: 3. 3. 2023.