

**Ивана БАРАЋ, мастер\***

## **СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО – МЕХАНИЗАМ БИОМЕДИЦИНЕ У БОРБИ ПРОТИВ ИНФЕРТИЛИТЕТА\*\***

*Ауторка се у овом раду осврће на питање сурогат материнства. Испитује се појам сурогат материнства, а затим се даје упоредноправни приказ правних система у којима се сурогација уређује на другачије начине. Анализира се правни систем Руске Федерације, као државе која дозвољава сурогацију, да би се потом анализи подвргао правни систем Немачке који се налази на потпуно супротном крају јер изричито забрањује сурогат материнства. На трагу таквих законских решења, ауторка испитује одредбе српског права којима се забрањује сваки вид сурогације. Даље се испитује оправданост таквог решења српског законодавца и уочавају се потенцијални проблеми који би могли настати уколико би се законски текст изменио на начин којим се сурогат материнства дозвољава. Закључује се да је за сада законодавац Републике Србије одлучио да о том питању не изражава став, вероватно због чињенице да би било какво другачије законско решење отворило питања на која, бар за сада, нема јасних одговора.*

**Кључне речи:** *Биомедицински потпомогнуто оплођење. – Право на поштовање приватног и породичног живота. – Право на слободно одлучивање о рађању. – Сурогат материнства. – Заштита здравља.*

---

\* Асистент, Правни факултет, Универзитет у Београду, [ivana.barac@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.barac@ius.bg.ac.rs).

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на стратешком научноистраживачком пројекту *Савремени проблеми правног система Србије* за 2022. годину – подтема „Претходна и накнадна анализа прописа“, који је организовао и спровео Правни факултет Универзитета у Београду 2022. године.

## 1. ПОЈАМ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Биомедицински потпомогнута оплодња се, сматра Мршевић (2020, 3), може дефинисати као сегмент хумане репродуктивне медицине усмерен на лечење инфертилитета у случајевима у којима се узрок неплодности не може отклонити те се уместо тога говори о различитим репродуктивним технологијама. Арטיפицијелна инсеминација подразумева различите технике унутартелесног (*in vivo*) и вантелесног (*in vitro*) оплођења (Драшкић 2022, 342). Ипак, за тему овог рада је важнија класификација према којој се може говорити о провери правила *mater semper certa est* (Јовић Прлаиновић 2015, 43; Драшкић 2022, 342). Због тога се прави разлика између три врсте поступка, односно између донације јајне ћелије, донације ембриона и сурогације. Иако се не може оспорити значај који донација јајне ћелије и донација ембриона имају за остваривање репродуктивних права појединаца, ауторка ће у наставку рада своју пажњу усмерити ка поступку сурогације, односно сурогат материнству.

Сурогат материнство се, према извештају Ворноковог комитета (Warnock Committee), посматра као пракса у којој једна жена (сурогат мајка) носи дете за другу жену (намеравану мајку) са намером да јој дете преда по рођењу (Warnock Report 1984, ch. 8.1).<sup>1</sup> Сурогат мајка је жена која пристаје да носи дете (децу) за намераване родитеље и која се одриче свог родитељског права након рођења детета. Пар који жели да се на тај начин оствари у улози родитеља у теорији се најчешће означава термином „намеравани родитељи, родитељи наручиоци“ (Драшкић 2022, 346 фн. 9) или пак „комитенти“ (Бордаш 2012, 98). Намеравани родитељи са сурогат мајком закључују уговор према којем ће она за њих носити и родити дете, али тако да они постану носиоци родитељског права након рођења детета и да дете одгајају као своје. Они могу, али не морају бити генетски повезани са дететом које је рођено на основу претходног споразума.<sup>2</sup> Из аспекта биомедицине, сурогат материнство се састоји у вантелесној оплодњи (најчешће коришћењем јајних ћелија и/или сперматозоида намераваних родитеља којима се пружа помоћ) и преношењу одређеног броја оплођених јајних ћелија у материцу изабране жене као примаоца, уз њену сагласност (Била, Тулић, Радунковић

<sup>1</sup> Видети *The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Warnock Report)*, HMSO, 1984.

<sup>2</sup> Видети Прелиминарни извештај бр. 10 од марта 2012. године који је израдила Стална канцеларија Хашке конференције за међународно приватно право (Hague Conference on Private International Law 2012, ii).

1994, 128 цитирано у: Драшкић 2022, 343). Први случај рођења детета путем сурогат материнства забележен је осамдесетих година прошлог века у Сједињеним Америчким Државама (Ковачек Станић 2013, 2; Јовић Прлаиновић 2015, 42 фн 3). Бордаш (2012, 98 фн 3) истиче да управо тај случај представља почетак „редовне праксе хумане репродукције ангажовањем жене која ће родити за другу жену“<sup>3</sup>.

Важно је на почетку истаћи неке појединости значајне за прецизније одређење појма сурогат материнства. На првом месту треба имати на уму да се, с обзиром на то чији је генетски материјал употребљен при оплодњи, може говорити о два облика сурогације. Тако се прави разлика између парцијалне (генетске) и пуне (гестационе) сурогације. Парцијална сурогација се односи на случај у којем жена (сурогат мајка) носи и рађа дете које је и генетски њено (оплођена је јајна ћелија сурогат мајке употребом генетског материјала мушкарца који треба да се појави у улози родитеља). Сурогат мајка се у том случају истовремено налази у улози генетске и гестацијске мајке (Ковачек Станић 2013, 3; Видић Трнинић 2015, 1162; Драшкић 2022, 346 фн 9). Пуна (гестацијска) сурогација се пак односи на случајеве у којима жена (сурогат мајка) носи и рађа дете, при чему је дете зачето употребом генетског материјала пара који жели дете, односно употребом донираног генетског материјала (Бордаш 2012, 98 фн 4 и 6; Ковачек-Станић 2013, 3; Драшкић 2022, 346 фн 9). У таквој ситуацији сурогат мајка има једино улогу гестацијске мајке. Ковачек Станић (2013, 3) с тим у вези истиче да је пуна сурогација пригоднија за дефинисање појма сурогат материнства јер сурогат мајка замењује генетску мајку у функцији ношења и рађања детета.

Поступак сурогације, дакле, подразумева специфичан уговорни однос између сурогат мајке и намераваних родитеља. Управо зато, зависно од тога да ли је реч о доброчином или теретном уговору, прави се разлика између комерцијалне и алтруистичке сурогације. Алтруистички уговори о сурогат материнству подразумевају такав уговорни однос у којем се сурогат мајци признаје право на накнаду трошкова који су оправдано настали у вези са трудноћом, али не и право на

<sup>3</sup> Треба напоменути да поједини аутори тврде да се појава сурогат материнства везује за најранија времена. Тако се наводи да је, према Старом завету, Сара убедила свог супруга Аврама да узме конкубину Агар која му је потом родила сина Измаела. Наравно, до зачећа је дошло природним путем, али се у литератури тај пример третира као најранији пример праксе сурогат материнства. Видети Влашкивић 2011, 1 фн 1; Ковачек Станић 2013, 2 фн 3.

награду.<sup>4</sup> Ипак, треба напоменути да се у правним системима у којима је дозвољено закључивање једино алтруистичких уговора о сурогат материнству тај услов не поштује нужно.<sup>5</sup> Комерцијални уговори о сурогат материнству пак представљају такав уговорни однос у којем се сурогат мајци, осим права на накнаду трошкова, признаје и право на награду.

Напоследку, у теорији се помиње и класификација сурогат материнства према томе која се жена појављује у улози сурогат мајке. Прецизније, може се говорити о сродничкој сурогацији, пријатељској сурогацији и сурогацији у којој не постоји било каква претходна повезаност сурогат мајке и намераваних родитеља. Ковачек Станић (2013, 3) наводи да се на основу праксе страних земаља у којима је тај метод асистираних репродукције дозвољен сваки од поменутих три вида сурогације показао као механизам који има и позитивних и негативних аспеката.<sup>6</sup>

## 2. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Иако питање сурогат материнства није на јединствен начин уређено у упоредном праву, Драшкић (2022, 344) истиче да је већински прихваћен став да је сурогат материнство забрањено у сваком облику, односно „само онда када се обавља уз помоћ агенција које за новац посредују у закључивању ових уговора“. Међутим, без обзира на то што је одређени број земаља оптирао за законска решења којима се сурогат

---

<sup>4</sup> Под оправданим трошковима могли би се сматрати медицински трошкови, трошкови трудноће и изгубљена добит. Видети Ковачек Станић 2013, 5.

<sup>5</sup> Драшкић (2022, 354) наводи пример енглеског права у којем је утврђено да се услов забране давања накнаде „у великој мери игнорише или заобилази, будући да сума новца која се плаћа сурогат мајци представља директну исплату за услуге које пружа, а не накнадну стварних и оправданих трошкова које је имала у вези са трудноћом и порођајем“.

<sup>6</sup> Тако се за сродничку сурогацију наводи да је, с једне стране, сам поступак предаје детета олакшан и да је извесно да је такав уговорни однос алтруистички, а не комерцијални. С друге стране се истиче да сродничка сурогација може изазвати проблеме конфузије у сродничким односима. Пријатељска сурогација је у извесној мери слична са сродничком јер постоји претходни изграђен однос између сурогат мајке и намераване мајке, али се исто тако подвлачи да такав вид „сарадње“ може да поремети пријатељске односе. Чини се да сурогација у којој не постоји претходна веза сурогат мајке и намераване мајке има негативну страну која у претходна два случаја не постоји, а то је укључивање комерцијалног елемента. Видети Ковачек Станић 2013, 4.

материнство забрањује, постоје и они правни системи који су изабрали мање конзервативан приступ. Управо зато ће у наставку бити речи о два правна система са потпуно другачијим приступом регулисању поступка сурогације. Анализи ће, с једне стране, бити подвргнут правни систем Руске Федерације који садржи либерална решења и који предвиђа могућност спровођења поступка сурогације без икаквих препрека. Потом ће бити спроведена анализа правног система Немачке, која је пример државе која изричито забрањује сурогат материнство. Занимљиво је, међутим, већ на овом месту указати на то да, иако Немачка забрањује сурогат материнство, у последњих неколико година постаје видљив флексибилнији приступ немачких судова решавању питања сурогације која је спроведена у иностранству (међународно сурогат материнство).

## 2.1. Сурогат материнство у руском праву

Дакле, као што је претходно речено, на првом месту се може говорити о оним законодавствима која сурогат материнство дозвољавају у сваком облику. Пример таквог законодавства јесте Руска Федерација. У Русији је први случај сурогат материнства забележен 1995. године када су уз коришћење те методе асистираних репродукције рођене прве близнакиње.<sup>7</sup> Непосредно након тога на снагу је ступио Породични законик Руске Федерације,<sup>8</sup> у којем су, иако штуро, први пут постављена правила о сурогацији (Svitnev 2016, 232–233). Њиме је било предвиђено да лица која су у браку и која су у писменој форми дала своју сагласност за имплементацију ембриона другој жени која носи и рађа дете могу бити уписана као родитељи детета само уз сагласност жене која је родила дете (сурогат мајка).<sup>9</sup> Истим законом је било предвиђено да се након таквог уписа материнства/очинства не дозвољава накнадно оспоравање порекла детета.<sup>10</sup> Ипак, у Породичном законуку нису

<sup>7</sup> Овај случај сурогат материнства је на практичном плану довео до извесних потешкоћа, јер је сурогат мајка тешко поднела чињеницу да се мора раздвојити од деце коју је носила и родила. Управо је овај случај, поред осталог, утицао на усвајање Породичног законика Руске Федерације који садржи норму у вези са питањем сурогат материнства. Вид. Weis 2017, 124–125.

<sup>8</sup> Видети Породични законик Руске Федерације – Породични законик (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).

<sup>9</sup> Видети Породични законик, чл. 51 тач. 4 ст. 2.

<sup>10</sup> Видети Породични законик, чл. 52 тач. 3 ст. 2.

дати одговори на нека основна питања која су се могла поставити у вези са сурогацијом. Управо зато, не изненађује чињеница да је руски законодавац 2011. године усвојио Основни закон о заштити здравља,<sup>11</sup> ради прецизнијег регулисања сурогат материнства. Једна од дилема која је усвајањем тог закона била дефинитивно отклоњена јесте и та да ли се у руском праву дозвољава само потпуна или и делимична сурогација.<sup>12</sup> Прецизније, одредбама Основног закона се предвиђа да сурогат мајка не може истовремено бити и донор јајне ћелије, те тако посредно указује на то да је у Русији могућа само потпуна (гестацијска) сурогација.<sup>13</sup> Потпуна (гестацијска) сурогација је поступак ношења и рађања детета (укључујући и превремени порођај) на основу уговора који се закључује између сурогат мајке (жене која носи фетус након трансфера донираног ембриона) и намераваних родитеља, чији се генетски материјал користио у поступку фертилизације.<sup>14</sup> Такође, за разлику од Породичног законика, Основним законом се предвиђа шири круг субјеката којима се признаје право на сурогацију. Другим речима, право на сурогацију се признаје не само особама које су у браку већ и особама која су хетеросексуални партнери и женама које живе саме. Важно је уз то нагласити да се то право жени која живи сама признаје једино под условом да постоје медицинске индикације које је спречавају да носи и роди дете (Weis 2017, 125).<sup>15</sup> Драшкић (2022, 347) с тим у вези указује на две врсте проблема које се у тако постављеним законским решењима уочавају. Тако се најпре закључује да се само брачним супружницима поставља услов да се приликом сурогације мора користити њихов генетски материјал, односно законодавац не поставља такав услов за хетеросексуалне партнере као ни за жену која живи сама. Казова (Khazova 2016, 300) истиче да остаје нејасно због чега се законодавац определио за такав приступ те да је неспорно да се на тај начин, макар нормативно, брачним паровима ограничава право на приступ тој методи асистиране репродукције (видети Svitnev 2016,

<sup>11</sup> Видети Основни закон о заштити здравља – Основни закон (Федеральный Закон Российской Федерации от 21 ноября 2011 года №323-ФЗ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации).

<sup>12</sup> Казова истиче да је законодавац у Породичном законнику употребом термина „имплементација“ желео да укаже на могућност спровођења само потпуне, а не и делимичне сурогације. Она, међутим, исправно закључује да се на тај начин занемарила потенцијална ситуација у којој се за вантелесну оплодњу искористила јајна ћелија управо сурогат мајке. Видети Khazova 2016, 285.

<sup>13</sup> Видети Основни закон, чл. 55 тач. 10. Видети Khazova 2016, 285.

<sup>14</sup> Видети Основни закон, чл. 55 тач. 9.

<sup>15</sup> Видети Основни закон, чл. 55 тач. 3.

234). Други проблем таквог решења је дискриминисање мушкараца који живе сами. Тако се, на основу законског текста, уочава да мушкарац који живи сам не улази у круг субјеката који могу да се користе тим методом асистиране репродукције, чиме се директно крши уставна одредба о једнакости мушкараца и жена у заштити здравља и пружању медицинске помоћи (Драшкић 2022, 347 фн 11).<sup>16</sup>

Чини се међутим да је једна од највећих непогодности решења руског права у вези са питањем сурогат материнства везана за начин извршења уговора о сурогат материнству. У литератури се истиче да намеравани родитељи могу бити регистровани као родитељи детета само ако се сурогат мајка сагласи са таквом регистрацијом након рођења детета (Khazova 2016, 285). Последично, уговор о сурогат материнству не производи никаква правна дејства уколико сурогат мајка након рођења детета одбије да преда дете и да се сагласи са регистрацијом намераваних родитеља као правних родитеља детета. Драшкић (2022, 348) стога и тврди да намеравани родитељи (који уједно могу бити и биолошки родитељи) остају незаштићени јер „сурогат мајка увек задржава право да без икаквих последица одлучи хоће ли извршити претходно постигнути уговор о сурогацији“. Такво решење руског права наишло је на бројне критике правних писаца због, како Драшкић (2022, 347) истиче, постављања воље сурогат мајке изнад интереса детета да живи са својим биолошким родитељима. Управо зато и не чуди начелно мишљење Пленарног заседања Врховног суда Русије којим је указано на то да чињеница да сурогат мајка одбија да се сагласи са регистрацијом намераваних родитеља као правних родитеља детета не може да се користи као безуслован основ за решавање питања родитељског права детета. Уместо тога, ради исправне процене случаја, судови би требало да узму у обзир околности случаја, а пре свега да ли су странке закључиле уговор о сурогат материнству те, ако јесу, како гласе одредбе уговора, да ли су намеравани родитељи уједно и генетски родитељи детета, због чега сурогат мајка није дала своју сагласност за регистрацију намераваних родитеља као правних родитеља и да, након што су узете

<sup>16</sup> Поједини аутори ипак наводе да се на практичном плану то право признаје и мушкарцу који живи сам. Штавише, Окружни суд у Москви је приликом одлучивања да ли се мушкарцу који живи сам може признати право на правни статус родитеља детета рођеног поступком сурогације истакао да руско право не садржи никакве норме којима се забрањује или ограничава право жене, односно мушкараца да се користе механизмима медицински асистиране репродукције. Стога је Окружни суд у Москви донео одлуку којом је мушкарцу који живи сам било омогућено да буде означен као правни отац детета, док је поље у које се уписује лично име правне мајке детета било прецртано. Видети Torkunova, Shcherbakova 2022, 29 фн 51.

у обзир све околности случаја и принцип најбољег интереса детета,<sup>17</sup> реше спор у интересу детета (Khazova 2016, 288). Уставни суд Русије је уважио такво начелно мишљење Пленарног заседања Врховног суда Русије већ 2018. године решавајући о случају који се тицао управо тог питања. Тако је Уставни суд Русије, одлучујући о случају у којем је сурогат мајка одбила да да своју сагласност да се намеравани родитељи региструју као правни родитељи, одбио уставну жалбу сурогат мајке уз образложење да је „сурогат мајка злоупотребила своја права, не само поступајући противно одредбама уговора о сурогат материнству већ и у супротности са интересима деце која су рођена у извршењу оваквог уговора и чији генетски родитељи су били уговорна страна приликом закључења овог уговора, тако исто и противно интересима деце из ранијег брака“ (Драшкић 2022, 349 фн 16).<sup>18</sup>

Претходно је поменуто да сурогат материнство може бити алтруистичко или комерцијално. Државе које дозвољавају такву методу асистираних репродукција углавном забрањују њену комерцијализацију у било ком облику. Руско право, међутим, нити дозвољава нити забрањује комерцијално сурогат материнство (Khazova 2016, 290). Управо зато поједини аутори напомињу да се сурогат мајци признаје право на накнаду трошкова (медицински трошкови, трошкови путовања, трошкови порођаја итд.) и право на награду за пружање услуге ношења и рађања детета (Svitnev 2016, 236). Штавише, процењује се да се сурогат мајци на име права на награду може исплатити износ од 15.000 до 30.000 евра.<sup>19</sup>

Ипак, у Русији се у последње две године у вези са сурогацијом поставља друго значајније питање. Наиме, како је руско законодавство у тој области асистираних репродукција постављено прилично либерално, не изненађује чињеница да је „репродуктивни туризам“ односно међународно сурогат материнство прилично заступљено. Међународно сурогат материнство се у овом конкретном случају односи на намераване родитеље који су инострани држављани и који долазе у Русију са циљем да са сурогат мајком у Русији постигну спо-

<sup>17</sup> Конвенција о правима детета, чл. 3 ст. 1: „У свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета биће од првенственог значаја.“

<sup>18</sup> Видети и Khazova 2016, 286–289.

<sup>19</sup> Свитнев чак наводи да износи достижу и вредност од 100.000 евра те да у неким случајевима сурогат мајке постају власнице непокретности које вреде чак и двоструко више. Видети Svitnev 2016, 236.



разум о томе да ће она носити и родити дете које ће им потом пре-дати.<sup>20</sup> Свитнев (2016, 239) истиче да је Русија нарочито примамљива за иностране држављане пре свега због тога што су трошкови самог поступка знатно нижи од трошкова таквог поступка у земљама чла-ницама Европске уније које дозвољавају сурогацију. На другом месту се наводи да инострани држављани који се налазе у улози пацијената имају иста права као и руски држављани када је реч о тим услугама медицински асистираних репродукције. Тако се у случају сурогације која је довела до порођаја на руској територији иностраним држављанима дозвољава да прибаве извод из матичне књиге рођених за дете, у којем су они означени као дететови правни родитељи. Упитно је, међутим, да ли ће се и у којој мери таква пракса међународног сурогат материнства наставити. Боље речено, недавне активности руског законодавца указују на могућност значајних промена. Предложено је усвајање закона којим би се страним држављанима забранила могућност коришћења услуга сурогат материнства у Русији. У Предлогу закона се поставља више правила значајних за међународно сурогат материнство. Пре свега се говори о томе да се као сурогат мајка може појавити само руска држављанка. Осим тога, право на сурогат материнство у улози намераваних родитеља имали би само руски држављани. Изузетно, та забрана се не односи на случајеве у којима је један од намераваних родитеља руски држављанин који се налази у пуноважном браку са иностраним држављанином или апатридом (Руска Дума, мај 2022).<sup>21</sup> Како је објављено у Ројтерсу (Reuters, мај 2022), један од чланова радне групе који је учествовао у састављању предлога закона истакао је да је забрана коришћења услуга сурогат материнства за стране држављане и апатриде реакција на забележене случајеве смрти и трговине децом рођеном поступцима сурогације онда када су се као намеравани родитељи појављивали страни држављани и апатриди. Треба, међутим, нагласити да је то још увек само Предлог закона те да остаје упитно да ли ће он заиста бити усвојен. Ипак, иако се за сада говори само о Предлогу закона, чини се да би потенцијалне законске норме којима се страним држављанима ограничава право на коришћење поступка сурогације у Русији могле да изазову значајне потешкоће. Наиме, управо је Русија једна од земаља која представља чест избор страних држављана за спровођења поступка сурогације. Тај проблем бива још израженији уколико се у обзир узме чињеница да велики број страних држављана, осим Русије, као државу за спровођење

<sup>20</sup> Детаљније о међународном сурогат материнству видети Бордаш 2012.

<sup>21</sup> Видети вест Думе (Государственная Дума), мај 2022.

поступка сурогације бира Украјину. Међутим, како се Украјина и Русија у тренутку писања овог рада налазе у оружаном сукобу, спровођење поступка сурогације у Украјини је у овом тренутку значајно отежано због самог сукоба и, штавише, отвара бројна спорна питања која се до сада нису морала поставити.<sup>22</sup> Имајући у виду да је упитно када ће се тај сукоб окончати, јасно је да велики број страних држављана заправо ускраћен могућности да оптира за спровођење поступка сурогације у Украјини. Уколико би, осим тога, био усвојен поменути закон у Русији, то би страним држављанима створило додатне потешкоће јер би им на тај начин коришћење права на спровођење поступка сурогације било онемогућено и у Русији. Због тога би страни држављани заправо били ускраћени права да спроведу поступак сурогације у две европске државе у којима је иначе спровођење поступка међународне сурогације веома заступљено.

На основу свега претходно реченог несумњиво се може тврдити да је Русија пример правног система који препознаје потребу остваривања и заштите репродуктивних права појединаца и потребу заштите најбољег интереса детета употребом овог специфичног механизма медицински асистираних репродукције. Ипак, подједнако сигурно се може тврдити да има простора и за измене постојећих законских норми да би се решила одређена потенцијално спорна питања. Тако би пре свега руски законодавац требало да постави одговарајућа законска правила којима би се изменило постојеће законско правило према којем мушкарцу који живи сам није дозвољено да се користи услугама сурогат материнства. Осим тога, имајући у виду да је у Русији заступљена и комерцијална сурогација, ауторка сматра да би руски законодавац требало да изврши одговарајуће измене и допуне постојећих законских решења на начин на који би се ближе уредио уговорни однос сурогат мајке и намераваних родитеља, односно њихова права и обавезе, а пре свега право на награду које се признаје сурогат мајци. На крају, иако се за сада говори само о Предлогу закона, чини се да би потенцијалне законске норме којима се страним држављанима ограничава право на коришћење

---

<sup>22</sup> Тако се истиче да је услед избијања ратног сукоба дошла до изражаја чињеница да су интереси намераваних родитеља, сурогат мајки и агенција које нуде услуге посредовања у поступку сурогације заправо супротстављени. Посебан проблем који се појавио јесте и решавање питања правног статуса и држављанства деце рођене поступком сурогације, која су рођена у областима у којима је сукоб у жеку и која су због тога онемогућена да отпутују. Наводи се да се многи намеравани родитељи заправо налазе у безизлазној ситуацији јер ни сами нису до краја сигурни да ли ће до њиховог састанка са дететом и успостављања родитељскоправног односа заиста доћи. Детаљније у *Marinelli et al.* 2022, 5647.

поступака сурогације такође могле да изазову значајне потешкоће јер је Руска Федерација једна од земаља у којима је међународно сурогат материнство врло заступљено. Тај проблем бива још израженији уколико се у обзир узме чињеница да је великом броју парова алтернатива за спровођење поступка сурогације Украјина, која је тренутно у сукобу са Русијом. Последично би трећа лица, која су страни држављани, усвајањем тог закона заиста могли да претрпе значајне последице у вези са остваривањем својих репродуктивних права.

## 2.2. Сурогат материнство у немачком праву

На потпуно супротном крају у односу на Русију налазе се они правни системи који сурогат материнство изричито забрањују. Такав је случај са немачким правним системом. Немачки законодавац се питањем сурогат материнства бави у више различитих закона. На првом месту треба поменути да се у члану 134. немачког Грађанског законика<sup>23</sup> предвиђа да је сваки правни посао који је законом забрањен ништав, осим уколико је другачије предвиђено законом,<sup>24</sup> и да је сваки правни посао којим се вређа јавни поредак ништав.<sup>25</sup> Даље, већ у првом одељку Закона о заштити ембриона<sup>26</sup>, насловљеном „Злоупотреба репродуктивних технологија“, предвиђа се да свако ко покуша да спроведе вештачку (*in vitro*) оплодњу жене која намерава да своје дете трајно остави трећем лицу након порођаја (сурогат мајка), односно ко покуша да изврши трансфер ембриона у сурогат мајку може бити кажњен новчаном казном или казном затвора до три године.<sup>27</sup> Важно је нагласити да се санкција за покушај спровођења сурогације односи само на здравствене раднике јер законодавац наглашава да намеравани родитељи и сурогат мајка не могу бити кривично гоњени (Klinkhammer 2016, 51).<sup>28</sup> Треба поменути и Закон о усвојењу<sup>29</sup> у којем се дефинише да је сурогат мајка жена која је на основу уговора пристала на вештачку оплодњу или оплодњу природним путем, односно која је пристала на трансфер ем-

<sup>23</sup> Немачки Грађански законик – НГЗ (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

<sup>24</sup> Видети НГЗ, §138.

<sup>25</sup> Видети НГЗ, § 138 (1).

<sup>26</sup> Закон о заштити ембриона – Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG).

<sup>27</sup> Видети Закон о заштити ембриона, § 1 (1) бр. 1 и бр.7.

<sup>28</sup> Видети Закон о заштити ембриона, § 1 (3) и § 11 (2).

<sup>29</sup> Закон о усвојењу (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG).

бриона друге жене, а која ће након рођења детета дете предати намераваним родитељима са циљем усвојења или другог сталног смештаја детета.<sup>30</sup> Проналазак сурогат мајке се односи на довођење у везу лица која су спремна да усвоје или да се на други начин трајно брину о детету рођеном сурогацијом са женом која је спремна да се нађе у улози сурогат мајке.<sup>31</sup> Такав поступак проналажења сурогат мајке забрањен је и кажњив новчаном казном или казном затвора до једне године. Забрањен је и сваки вид нуђења услуга сурогације и рекламирање таквих услуга од агенција за усвојење (Dutta 2016, 37). Иако се може закључити да немачки законодавац има негативан став према сурогат материнству, начин уређивања питања правног статуса намераваних родитеља није могао остати потпуно занемаран због случајева у којима се сурогација ипак догоди.<sup>32</sup> То питање је, међутим, решено на начин којим се потпуно занемарују специфичности сурогације као поступка медицински асистираних репродукције. Када је реч о правилима која се односе на утврђивање материнства, у НГЗ се предвиђа да ће се мајком детета сматрати жена која га је родила.<sup>33</sup> Тако постављена норма даје предност примени правила *mater semper certa est* чак и ако између сурогат мајке и детета не постоји било каква генетска повезаност. Аутори (Gössl 2015, 451; Dutta 2016, 39) истичу да је законодавац постављањем норме на тај начин ишао ка томе да спречи спровођење поступака медицински асистираних репродукције који доводе до „подељеног“ материнства. Последишно, намеравана мајка може бити означена као мајка детета једино уколико је претходно дошло до заснивања усвојења над дететом рођеним сурогацијом (Gössl 2015, 451). Правила које се односе на утврђивање очинства су у извесној мери флексибилнија него за утврђивање материнства. Прецизније, у немачком праву је постављена оборива законска претпоставка да ће се оцем детета сматрати муж мајке.<sup>34</sup> Дакле, у случају сурогације, муж сурогат мајке сматрао би се оцем детета. Уколико је мајка детета жена која живи сама, оцем детета сматраће се оно лице које је дало изјаву о признању очинства, са чијом

<sup>30</sup> Видети Закон о усвојењу, §13а.

<sup>31</sup> Видети Закон о усвојењу, §13б.

<sup>32</sup> Тако Дута истиче да постоје ситуације када намеравани родитељи, сурогат мајка и медицински професионалци одлуче да поступи у супротности са законским правилима те да спроведу поступак сурогације, односно ситуације када сурогат материнство није забрањено (могуће је рецимо говорити о оплодњи сурогат мајке природним путем) или пак оне које се односе на међународно сурогат материнство. Видети Dutta 2016, 39.

<sup>33</sup> Видети НГЗ, § 1591.

<sup>34</sup> Видети НГЗ, § 1592 бр. 1.

се изјавом мајка детета сагласила.<sup>35</sup> Очинство може бити утврђено и на основу одлуке суда у два случаја. Први случај обухвата све оне ситуације у којима очинство детета уопште није утврђено. Тада се мушкарац који себе сматра оцем детета може обратити суду како би суд донео одлуку којом утврђује његово ванбрачно очинство над дететом.<sup>36</sup> Други случај је нешто компликованији јер је реч о ситуацији у којој је већ утврђено очинство детета. Мушкарац који себе сматра оцем детета има право на оспоравање утврђеног очинства само ако под заклетвом изјави да је имао сексуалне односе са мајком детета у време зачећа детета и уколико између детета и мушкараца у односу на које је утврђено очинство не постоји фактички породични однос.<sup>37</sup> Ако мушкарац који себе сматра оцем детета са успехом оспори очинство мушкарцу који је означен као отац детета, суд ће истовремено са оспоравањем очинства донети одлуку којом утврђује очинство мушкарца који себе сматра оцем детета (Dutta 2016, 43). Тако постављена норма ствара простор за питање како ће се постојање сексуалних односа тумачити у пракси те да ли се тај услов заиста мора остварити. С тим у вези, одређени аутори (Dutta 2016, 42 фн. 23) истичу да је немачки Савезни суд правде<sup>38</sup> заузео либералан став о питању постојања сексуалних односа између мушкарца који себе сматра оцем детета и мајке детета. Тако је речено да се случајеви у којима је до оплођења жене дошло употребом генетског материјала донора који се са таквом оплодњом сагласио може подвести под постојање сексуалних односа, осим уколико није реч о анонимном донору.<sup>39</sup> Када је реч о утврђивању очинства мушкарца који себе сматра оцем детета које је зачето поступком сурогације, у теорији се могу наћи мишљења да би у случају процене постојања сексуалног односа између мушкарца који себе сматра оцем детета и мајке детета немачки Савезни суд правде вероватно заузео став да је тај услов испуњен уколико је употребљен генетски материјал мушкарца који себе сматра оцем детета те уколико су се он и мајка детета међусобно познавали (Dutta 2016, 43 фн 24).

Неспорно је да је, према нормама које садржи немачко право, стицање својства правних родитеља намераваним родитељима у поступку сурогације отежано. Управо зато, намеравани родитељи се најчешће

<sup>35</sup> Мушкарац који себе сматра оцем детета (намеравани отац) може изјаву о признању очинства дати и пре рођења детета, чак и ако за зачеће детета није искоришћен његов генетски материјал. Видети Dutta 2016, 41.

<sup>36</sup> Видети НГЗ, § 1600d (1).

<sup>37</sup> Видети НГЗ, § 1600 (1) бр. 2 и § 1600 (2).

<sup>38</sup> Bundesgerichtshof – BGH.

<sup>39</sup> Вид. BGH 15 May 2013, *FamRZ* 2013, 1209, 2010.

опредељују за заснивање усвојења путем којег могу постати правни родитељи детета рођеног сурогацијом. Уколико су намеравани родитељи брачни супружници, они би могли заједно усвојити дете које је родила сурогат мајка.<sup>40</sup> Да би могло доћи до заснивања усвојења, неопходно је да буде испуњено неколико услова. Тако се намеравани родитељи могу појавити као усвојитељи само ако се са заснивањем усвојења сагласе биолошки родитељи детета, односно у случају сурогат материнства сурогат мајка (изузетно и муж сурогат мајке уколико је она у браку). Сурогат мајка, као биолошки родитељ детета, своју сагласност у сваком случају не може дати пре него што дете наврши осму недељу живота.<sup>41</sup> Осим тога, одлука о заснивању усвојења доноси се само уколико је то у најбољем интересу детета и ако се може очекивати да ће између усвојитеља и детета бити заснован однос родитеља и детета (Dutta 2016, 45). Треба напоменути да је процена стандарда најбољег интереса детета подигнута на још виши ниво када се у улози усвојитеља налазе намеравани родитељи. Наиме, у НГЗ се наглашава да особа која је учествовала у проналажењу деце које је незаконито и у супротности са јавним поретком, односно особа која је такав посао поверила трећој особи или трећу особу наградила за такво поступање, може да се појави у улози усвојитеља само ако је заснивање усвојења неопходно да се заштити најбољи интерес детета.<sup>42</sup> Због тога у том случају није довољно да суд процени да је заснивање усвојења погодно за остваривање најбољег интереса детета већ да је заснивање усвојења непоходно за заштиту интереса детета (Dutta 2016, 45).

Дакле, иако је поступак заснивања усвојења повољније решење за признавање правног статуса намераваних родитеља него примена правила о утврђивању материнства и очинства, чини се да је за намераване родитеље најједноставније решење одлазак у иностранство како би се поступак сурогације могао спровести несметано и у складу са законом. Ипак, чак и у том случају, немачки држављани наилазе на одређене потешкоће. Наиме, с обзиром на то да је сурогат материнство у немачком праву забрањено, посебан проблем је питање решавања правног статуса намераваних родитеља онда када је сурогат материнство спроведено ван граница Немачке (међународно сурогат материнство). Неретко се дешава да немачки држављани напусте немачку територију

---

40 Могуће је такође и да до заснивања усвојења дође само у односу на једног од намераваних родитеља који је у браку, уколико је брачни супружник намераваног родитеља већ означен као отац детета. Видети НГЗ, § 1741.

41 Видети НГЗ, § 1747.

42 Видети НГЗ, § 1741 бр. 1.

те у некој другој страниој држави спроведу поступак сурогације, а да се потом врате у Немачку и траже да им се призна правни статус родитеља детета које је рођено поступком сурогације у иностранству. Почетни став немачких судова био је такав да је сваки вид признавања правног статуса намераваним родитељима у супротности са јавним поретком, чак и када је поступак сурогације дозвољен на територији државе у којој је спроведен (Gössl 2015, 449 фн 4). Међутим, схватања немачких судова су промењена након 2014. године. Хомосексуални партнери, немачки држављани који су живели у Берлину и били у регистрованој заједници, одлучили су да отпутују у Калифорнију те да тамо спроведу поступак сурогације. Намеравани родитељи су са сурогат мајком закључили уговор о сурогат материнству у складу са правом Калифорније. Поступак сурогације је спроведен употребом генетског материјала намераваног родитеља бр. 1 и употребом генетског материјала непознате жене. Намеравани родитељ бр. 1 је пре рођења детета у немачком конзулату дао изјаву о признању очинства над тим дететом, са којом се сурогат мајка сагласила. На основу одлуке Вишег суда државе Калифорније оба намеравана родитеља означена су као правни родитељи детета. Намеравани родитељи су се потом вратили у Немачку и обратили надлежној општинској управи како би се утврдио њихов статус као правних родитеља детета. Надлежна општинска управа је одбила захтев за упис њиховог правног статуса истичући да би био у супротности са јавним поретком. Речено је да је могућ упис намераваног родитеља који је донирао генетски материјал као оца детета, али да се одлука Вишег суда државе Калифорније не може признати у целини (Gössl 2015, 450). Након што су намеравани родитељи исцрпили све претходне правне лекове, одлучили су да се обратe Савезном суду правде захтевајући одговор на питање да ли двојица мушкараца могу бити означена као правни родитељи детета које је рођено поступком сурогације у иностранству.<sup>43</sup> Савезни суд правде је заузео став да се не може одбити признање иностране судске одлуке позивањем на то да је та одлука у супротности са јавним поретком и уместо тога је наложио надлежној општинској управи да упише чињеницу рођења детета те да означи тужиоце као правне родитеље детета. Том приликом је истакао да у случају сурогат материнства страна судска одлука којом је правни статус родитеља признат намераваним родитељима не представља повреду јавног поретка уколико је један од намераваних родитеља генетски повезан са дететом (Klinkhammer 2016, 53). С тим у вези, Савезни суд правде је

<sup>43</sup> Bundersgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13, 10. децембар 2014.

нагласио да је поступак сурогације у страниј држави био спроведен на законит начин те да дете није имало никакав утицај на свој настанак и зато не може бити одговорно за последице које из тога произилазе (Klinkhammer 2016, 54). Такође, тај суд је указао на то да се приликом оцене да ли је инострана судска одлука у супротности са немачким јавним поретком морају узети у обзир права гарантована Европском конвенцијом о људским права (ЕКЉП).<sup>44</sup> Цитирајући одлуке Европског суда за људска права (Европски суд),<sup>45</sup> истакао је да се право детета на поштовање приватног и породичног живота гарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима мора узети у обзир увек када

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Први случај на који се Савезни суд Немачке позвао био је случај *Менесон против Француске* који је вођен пред Европским судом. Подносиоци представке су били родитељи девојчица које су рођене поступком сурогације у Сједињеним Америчким Државама. Обратили су се Европском суду сматрајући да постоји повреда права на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. ЕКЉП) те да је повређен најбољи интерес деце јер им у Француској није могао бити признат правни однос родитеља и деце који је претходно утврђен у иностранству. Европски суд је нашао да постоји повреда права на поштовање приватног и породичног живота девојчица које су рођене сурогацијом. Повреда се, према мишљењу Европског суда, огледала пре свега у томе што су француски државни органи одбили да идентификују девојчице као децу намераваних родитеља (подносилаца представке), иако су оне биле идентификоване као њихова деца у држави у којој је спроведена сурогација. Европски суд је истакао да такво поступање угрожава идентитет девојчица у француском друштву. Осим тога, указао је на то да норме француског права којима се одбија заснивање правног односа између намераваних родитеља и деце која су зачета таквим поступцима медицински асистираних репродукције стварају негативне последице не само за родитеље који су изабрали одређени метод асистираних репродукције већ и за децу, чиме се утиче и на њихово право на поштовање приватног живота. Штавише, имајући у виду да је један од намераваних родитеља истовремено и биолошки родитељ деце те да је биолошко родитељство важна компонента идентитета, не може се говорити о томе да је у интересу детета да му се ускрати право на признавање таквог правног односа који одговара биолошкој реалности, а чије су признавање тражили и деца и намеравани родитељ. Имајући у виду све то, Европски суд је нашао да последице таквог озбиљног ограничавања идентитета и права на поштовање приватног живота деце онемогућавањем признања и успостављања правног односа деце са њиховим биолошким оцем указује на то да је Француска прекорачила своје широко поље слободне процене. Управо зато, а с обзиром на значај који најбољи интерес детета има када се процењује са другим интересима о којима се у овом случају може говорити, Европски суд је закључио да постоји повреда права на поштовање приватног живота девојчица гарантован. Вид. *Case of Menesson v. France*, no. 65192/11, 26. 6. 2014, § 96–101. Детаљније о чињеницама случаја и о тој одлуци суда видети Драшкић 2022, 356–360.



се одлучује о правном статусу родитеља.<sup>46</sup> Клинкхамер (Klinkhammer 2016, 54–55) наглашава да је Савезни суд правде своју одлуку у великој мери засновао управо на правима детета рођеног поступком сурогације и његовом благостању.<sup>47</sup> На тај начин Савезни суд правде јасно је истакао да приликом одлучивања о признавању правног статуса родитеља предност треба дати најбољем интересу детета, а не заштити јавног поретка Немачке. Ипак, остаје упитно да ли би Савезни суд правде одлучио једнако и да је дете рођено сурогацијом зачето без употребе генетског материјала једног од намераваних родитеља јер је у поменутом случају таква судска одлука, између осталог, била заснована и на томе да постоји генетска веза између једног од намераваних родитеља и детета.

Имајући у виду такву промену у схватањима Савезног суда правде, несумњиво се може закључити да се судска власт Немачке определила за флексибилнији приступ и оптирала за признавање спроведеног поступка сурогације у иностранству, што представља помак у односу на претходна схватања немачких судова. Остаје, међутим, да се види да ли је на тај начин отворен мали прозор и за могућност признања права на спровођење поступка сурогације у Немачкој, односно за одговарајуће измене и допуне законских решења. За сада се не чини тако јер се међународно сурогат материнство и сурогат материнство спроведено на територији Немачке никако не могу изједначити. С тим у вези, заправо се и истиче да је такав приступ немачког законодавца поступку сурогације резултат намере да се потпуно спречи пракса спровођења поступка сурогације на немачкој територији (Klinkhammer 2016, 54).

### **3. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Када је реч о остваривању права на приступ биомедицински потпомогнутој оплодни у Републици Србији, треба најпре нагласити да је Уставом Републике Србије,<sup>48</sup> као највишим правним актом, предвиђено

<sup>46</sup> Bundersgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13, 10. децембар 2014.

<sup>47</sup> Боље речено, Савезни суд правде је пре свега у обзир узео право детета да се родитељи пре свих старају о њему и право детета на васпитање. Видети Grundgesetz, члан 2 ст. 1 у вези са чланом 6 ст. 2.

<sup>48</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006 и 115/2021.

да свако има право да слободно одлучи о рађању деце.<sup>49</sup> Драшкић (1992, 246) истиче да је правну садржину начела о слободном одлучивању о рађању деце најпотпуније одредио Стеванов (1977, 49), који сматра да то начело садржи неколико овлашћења, од којих је једно управо право на зачеће (природним, вештачким путем, право на лечење стерилитета и право на пресађивање гонада са циљем рађања).<sup>50</sup> Дакле, право на приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодне представља једно од овлашћења које улазе у састав уставног права на слободно одлучивање о рађању. Осим Уставом Републике Србије, право на слободно одлучивање о рађању деце гарантовано је и чланом 8. Европске конвенције о људским правима<sup>51</sup>, што је и сам Европски суд у више наврата истакао.<sup>52</sup> Осим тога, Породичним законом<sup>53</sup> је предвиђено да жена слободно одлучује о рађању детета.<sup>54</sup> Ипак, како уставна норма говори о праву свакога да слободно одлучује о рађању, те како то право подразумева и право на зачеће, неспорно је да право на приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодне припада сваком лицу без обзира на пол.

Када је реч о поступцима биомедицински потпомогнуте оплодне од посебног значаја је Закон о биомедицински потпомогнутој оплодни.<sup>55</sup> У том закону се пре свега дефинише да поступак биомедицински потпомогнутог оплођења (БМПО) представља поступак који се спроводи у складу са савременим стандардима биомедицинске науке у случају

<sup>49</sup> Видети Устав Републике Србије, чл. 63 ст. 1.

<sup>50</sup> Упоредити Младеновић 1989, 58.

<sup>51</sup> Чланом 8 ЕКЉП, коју је државна заједница Србија и Црна Гора ратификовала 2003. године, предвиђено је да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

<sup>52</sup> Европски суд је тако истакао да је: „право (ван)брачног пара да зачне дете коришћењем поступка БМПО ради тог циља заштићено чланом 8, јер је такав избор део приватног и породичног живота“. Видети *S. H. and others v. Austria*, 57813/00, пар. 82; Бараћ 2021, 176–177. Детаљније о питању БМПО пред Европским судом за људска права вид. Бордаш 2011, 313–333.

<sup>53</sup> Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

<sup>54</sup> Као што се може приметити, тако постављена норма Породичног закона ограничава могућност коришћења тог права само на жене, чиме се недвосмислено крше уставне норме које прокламују да такво право припада свакоме. Драшкић с тим у вези истиче да је таква норма постала део законског текста јер је приликом усвајања Породичног закона усвојен амандман којим је измењен члан 5 ст. 1 у односу на Нацрт породичног закона који је урадила експертска комисија. Видети Драшкић 2020, 51.

<sup>55</sup> Закон о биомедицински потпомогнутој оплодни – ЗБМПО, *Службени гласник РС* 40/2017 и 113/2017 – др. закон.

неплодности и у случају када постоје медицинске индикације за очување плодности и омогућава спајање мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на начин другачији од сношаја.<sup>56</sup> Поступци БМПО односе се на поступке унутартелесног оплођења који подразумевају уношење семених ћелија у полне органе жене или уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жене (*in vivo* оплођење), као и на поступке вантелесног оплођења који подразумевају спајање јајних и семених ћелија изван тела жене са циљем стварања ембриона и њиховог преношења у полне органе жене (*in vitro* оплођење).<sup>57</sup> Право на поступке БМПО признаје се пунолетним и пословно способним брачним супружницима, ванбрачним партнерима и пунолетној и пословно способној жени која живи сама.<sup>58</sup> Право на поступке БМПО признаје се и пословно способној жени/мушкарцу који су употребу својих репродуктивних ћелија одложили због постојања могућности смањења или губитка репродуктивне функције.<sup>59</sup> На овом месту треба поменути да се поступак БМПО може спровести употребом генетског материјала самих корисника права на БМПО, али и да постоји могућност употребе генетског материјала донора.<sup>60</sup> С тим у вези, а с обзиром на тему овог рада, треба напоменути да у српском праву постоји могућност зачећа донацијом јајне ћелије или донацијом ембриона.

Сурогат материнство се пак изричито забрањује. Боље речено, одредбама ЗБМПО се предвиђа да је у поступак БМПО забрањено укључити жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу уз плаћање или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од жене или било ког другог лица уз плаћање или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи.<sup>61</sup> Осим тога, истим законом се предвиђа кривична санкција за оно лице које у поступак БМПО укључи жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу уз плаћање или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, односно лице

<sup>56</sup> Видети ЗБМПО, чл. 3 ст. 1 тач. 1.

<sup>57</sup> Видети ЗБМПО, чл. 13 ст. 2.

<sup>58</sup> Видети ЗБМПО, чл. 25 ст. 1 и 2.

<sup>59</sup> Видети ЗБМПО, чл. 25 ст. 3. Детаљније о начину остваривања тог права и условима који морају бити испуњени ради његовог остваривања вид. Бараћ 2021, 178–187.

<sup>60</sup> Видети ЗБМПО, чл. 29.

<sup>61</sup> Видети ЗБМПО, чл. 49 ст. 1 тач. 18.

које нуди услуге сурогат мајке од жене или било ког другог лица уз плаћање или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања материјалне или нематеријалне користи.<sup>62</sup> Породични закон, с друге стране, садржи норму којом се предвиђа да ће се мајком детета сматрати управо жена која је дете родила.<sup>63</sup> Осим тога, предвиђено је и да ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованом јајном ћелијом, материнство жене која је даровала јајну ћелију не може да се утврђује.<sup>64</sup> На трагу тих законских решења, с обзиром на то да, као што је претходно речено, постоји могућност зачећа и коришћењем генетског материјала донора, Ковачек Станић (2013, 12) истиче да се може закључити да се законодавац определио за законско решење према којем правно родитељство има предност над генетским родитељством.

Поједини домаћи правни писци критиковали су такво законско решење износећи низ аргумената којима се оправдава став да сурогат материнство треба да буде дозвољено. С тим у вези, Цвејић Јанчић (2010, 11) пре свега наглашава да се забраном сурогат материнства крше уставне норме које се односе на право на слободно одлучивање о рађању деце јер Уставом Републике Србије није предвиђена могућност да то право буде ограничено законом или на други начин. Штавише, истиче се да се забраном сурогат материнства врши повреда уставних норми које се односе на равноправност полова<sup>65</sup> и забрану дискриминације по основу пола.<sup>66</sup> Такав закључак Цвејић Јанчић (2010, 11) изводи из чињенице да се када је реч о лечењу мушке неплодности, сви познати и доступни поступци БМПО могу спровести, док у случају лечења женске неплодности тако нешто није случај. Иако наш законодавац дозвољава лечење неплодности донацијом јајне ћелије или донацијом ембриона, она жена која може да произведе сопствене јајне ћелије, али не може да изнесе трудноћу и роди дете, ускраћена је могућности да постане мајка

<sup>62</sup> Видети ЗБМПО, чл. 66 ст. 1.

<sup>63</sup> Видети Породични закон, чл. 42.

<sup>64</sup> Видети Породични закон, чл. 57 ст. 2. Исто правило је постављено и у случају да је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованом семеном ћелијом. Тако се не може утврђивати очинство мушкарца који је даровао семене ћелије. Видети Породични закон, чл. 58 ст. 5.

<sup>65</sup> У чл. 15 Устава Републике Србије предвиђа се: „Држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности.“

<sup>66</sup> У чл. 21 ст. 3 Устава Републике Србије предвиђа се: „Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.“

детета које носи њене генетске карактеристике (Видић Трнинић 2015, 1165). Други сет аргумената се везује за питање наталитета у нашој држави. Прецизније, Цвејић Јанчић (2010, 12–13) као и Видић Трнинић (2015, 1165) истичу да су одредбе о забрани сурогат материнства „посебно неприхватљиве“ у случајевима у којима жене које могу да рађају бирају да роде једно до два детета, док се, с друге стране, женама које то желе онемогућује да заснују породицу уз помоћ друге жене која то хоће и може.<sup>67</sup>

Ауторка сматра да има простора и за другачије тумачење поменутих норми Устава Републике Србије. Боље речено, упитно је да ли се забраном спровођења сурогат материнства уопште може говорити о ограничењу права на слободно одлучивање о рађању које је гарантовано уставним нормама. Смисао уставних норми је усмерен ка забрани мешања државе у право брачних супружника и ванбрачних партнера да имају децу која су зачета природним путем. То, међутим, не значи да држава истовремено мора такво право да обезбеди законским нормама за све медицински доступне методе. Треба подсетити и на ставове у правној теорији да титулар права на слободно одлучивање о рађању деце „не мора у свако доба имати стварну могућност за прокреацију потомства“ (Драшкић 1992, 249 фн 54). Јасно је да држава нема обавезу да корисницима права на слободно одлучивање о рађању деце понуди палету могућности за остваривање тог права те да су аргументи којима се истиче да се постојећим законским нормама то право ограничава, према мишљењу ауторке, неодговарајући. Такво мишљење је и засновано на чињеници да је Уставом Републике Србије јасно предвиђено да се одредбе о људским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.<sup>68</sup> Имајући то на уму, треба нагласити да је упитно да ли би одредбе о људским правима заиста требало тумачити на начин којим се дозвољава сурогат материнство. Када је реч о пракси међународних институција, чини се да би на овом месту требало узети у обзир деловање Европског суда, као органа међународног надзора креираног ради пуне примене ЕКЉП у случају кршења неких од заштићених права и слобода (Драшкић 2019, 41). Ово пре свега због тога што је остваривање права на слободно одлучивање о рађању деце гарантовано чланом 8. ЕКЉП (право на поштовање приватног

<sup>67</sup> Упоредити Влашковић 2011, 331–332.

<sup>68</sup> Видети Устав Републике Србије, чл. 18 ст. 3.

и породичног живота, дома и преписке).<sup>69</sup> Последично, приликом тумачења норми о људским и мањинским правима морале би се у обзир узети и одредбе ЕКЉП и пракса Европског суда. С тим на уму треба најпре истаћи да је Европски суд у недавно донетој одлуци у случају *Пејрилова против Чешке Републике*<sup>70</sup> нагласио да се у осетљивој области

<sup>69</sup> ЕКЉП, чл. 8: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“ Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права неретко су, осигуравајући заштиту права гарантованих чланом 8 Европске конвенције о људским правима, обезбеђивали и заштиту репродуктивних права појединаца. Детаљније у Бараћ 2020, 189.

<sup>70</sup> У овом случају било је речи о мушкарцу и жени који су закључили брак 2012. године. Како до зачећа није могло доћи природним путем и како је супруг подносио представку оболео од тешке болести, одлучили су да се подвргну поступку медицински асистираних репродукције. Супруг подносио представку је у јуну 2014. године криопрезервирао своју семену течност, претходно потписавши формулар којим се саглашава да је такво чување могуће само за потребе поступка лечења инфертилитета. Ипак, он је преминуо пре него што су предузете било какве додатне радње. Стога се подносио представку обратила центру у којем су депоноване семене ћелије са циљем да јој се дозволи оплодња јајних ћелија претходно депонованом семеном течности њеног преминулог супруга. Центар је такав захтев одбио и уместо тога предложио подносиоци да покрене судски поступак како би могли да постигну споразум. Домаћи судови били су става да је центар није у обавези да спроведе захтевану процедуру. Подносио представку се обратила Европском суду истичући да држава треба да јој дозволи да настави поступак асистираних репродукције користећи залеђену семену течност свог преминулог супруга. Приликом истицања свог захтева позвала се на право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке. Суд је у конкретном случају испитивао да ли је мешање Чешке у права која су подносиоци представку била гарантована чланом 8 ЕКЉП било у складу са законом, да ли је имало легитимни циљ и да ли је било неопходно у демократском друштву. На прво питање Суд је дао позитиван одговор јер је оваква забрана постхумне оплодње била предвиђена законом. Суд је потом закључио да одлука чешког законодавца да постави законске норме на начин на који је то учинио као и тумачење домаћих судова указују на постојање њихове намере да поштују људско достојанство и слободну вољу, те да се оваквим поступањем постиже легитимни циљ, односно заштита морала и права и слобода других лица. На питање да ли је овакво мешање било неопходно у демократском друштву Суд је подвукао да легитимно право на поштовање одлуке подносиоци представку да има дете које потиче од њеног преминулог супруга нема већу снагу од легитимног општег интереса заштићеног спорним законодавством. На основу свега тога Суд је закључио да нема повреде права на поштовање приватног живота подносиоци представку. Детаљније виде-ти *Case of Peřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, од 8. децембра 2022.

каква је артифицијелна прокреација морална становишта и друштвена прихватљивост морају схватити озбиљно.<sup>71</sup> Због тога, приликом оцене да ли је забрана одређене доступне методе артифицијелне инсеминације у складу са одредбама ЕКЉП, треба сагледати и правни оквир у којем се та забрана налази и посматрати је у ширем контексту.<sup>72</sup> Европски суд је подсетио на свој став да државе треба да уживају широко поље слободне процене у решавању питања која се односе на медицински асистирани репродукцију посебно ако се у обзир узме да IVF поступци и даље отварају осетљива морална и етичка питања која су супростављена напредним медицинским и научним открићима.<sup>73</sup> Штавише, Европски суд је јасно одговорио и на питање дозвољености спровођења поступка сурогат материнства у правним системима европских држава. Тако је у поменутом случају *Менесон против Француске*<sup>74</sup>, одговарајући на питање да ли је подносиоцима представке повређено право на поштовање приватног и породичног живота, истакнуто да европским државама мора бити остављено широко поље слободне процене у одлучивању о сурогацији јер међу њима још увек не постоји консензус у вези са сурогацијом због тога што се тим питањем отварају деликатне етичке дилеме.<sup>75</sup>

Чак и уколико би се прихватио став да се женама у Србији онемогућава приступ свим познатим и доступним биолошким методама за лечење женске неплодности, то и даље не значи да је такво ограничење неоправдано те да постоји дискриминација. Боље речено, поступак донације јајне ћелије и донације ембриона, где жена која носи и рађа дете те постаје његова мајка, значајно се разликује од случаја сурогације у којем сурогат мајка има уговорну обавезу да носи и роди дете, па да након тога дете преда намераваним родитељима (Ковачек Станић 2006, 159). Ограничавање, односно онемогућавање коришћења права на спровођење поступка сурогације у непосредној је вези са специфичном природом уговорног односа који постоји између сурогат мајке и намераваних родитеља. Дакле, у случају сурогацијског уговора,

<sup>71</sup> *Case of Pejiřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, од 8. децембра 2022, § 58. Упоредити *S. H. and others v. Austria*, no. 57813/00, од 3. новембра 2011, § 112.

<sup>72</sup> Видети *Case of Pejiřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, од 8. децембра 2022, § 58. Упоредити *S. H. and others v. Austria*, no. 57813/00, од 3. новембра 2011, § 112.

<sup>73</sup> Видети *Case of Pejiřilova v. The Czech Republic* no. 14889/19, од 8. децембра 2022, § 43. Упоредити *Case of Evans v. United Kingdom*, no. 6339/05, од 7. марта 2006, § 81; *Case of S. H. and Others v. Austria*, no. 57813/00, од 3. новембра 2011, § 97.

<sup>74</sup> Видети *Case of Mennesson v. France*, no. 65192/11, 26. јун 2014.

<sup>75</sup> Видети *Case of Mennesson v. France*, no. 65192/11, 26. јун 2014, §§ 78, 79. Упор. Драшкић 2022, 358.

нужно се намеће питање да ли је предмет обавезе сурогат мајке уопште допуштен, узимајући у обзир норме Закона о облигационим односима.<sup>76</sup> Одредбама 300 предвиђено је да се предмет обавезе сматра недопуштеним ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.<sup>77</sup> Уколико је предмет обавезе недопуштен, онда се и сам уговор сматра ништавим.<sup>78</sup> Цигој (1983, 169) наводи да је недопуштено да делови људског тела буду предмет правног посла, осим уколико је у питању располагање деловима тела којим не настаје опасност по живот и здравље, односно ако су у питању алтруистички циљеви (здравље другог лица). Како се у конкретном случају тело сурогат мајке, односно њена материца, користи да би се испунила уговорна обавеза према намераваним родитељима, те како је замисливо да се трудноћом сурогат мајка излаже опасности по своје здравље или живот, потенцијално би се могло говорити о томе да је предмет обавезе сурогат мајке недопуштен јер дира у њену личну сферу.<sup>79</sup> Слична схватања постоје и у другим правним системима у којима су сурогацијски уговори забрањени. Тако се, рецимо, у француском праву истиче да су сурогацијски уговори у супротности са јавним поретком те да су стога ништави (Pintens 2016, 18). Штавише, и француски Касациони суд је у случају у којем је поновио да су сурогацијски уговори забрањени нагласио и да су људско тело и статус особе неповредиви и да се не могу посматрати као роба.<sup>80</sup> Осим тога, и етички разлози говоре против прихватања уговора о сурогат материнству да би биле избегнуте ситуације у којима дете постаје предмет размене између инфертилних парова и сурогат мајки (Pintens 2016, 18). Драшкић (2022, 355) истиче да би такав уговорни однос могао угрозити психолошки статус тако рођеног детета, док би се пак у случају забране тог уговорног односа могло предупредити експлоатисање жена из нижих друштвених слојева.<sup>81</sup> Како спровођење поступка сурогације, за разлику од поступка донације јајне ћелије и донације ембриона, подразумева

<sup>76</sup> Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС* 18/2020.

<sup>77</sup> Видети 300, чл. 49.

<sup>78</sup> Видети 300, чл. 47.

<sup>79</sup> Детаљније о врстама недопуштености видети Цигој, Предмет обавезе (чл. 46), 1983, 168.

<sup>80</sup> Cass. (Ass. plén) 31. мај 1991, D. 1991, note D. Thouvenin, JCP 1991 II, 21 752, note J. Bernard. Наведено према Драшкић 2022, 355 фн 29. Детаљније видети Драшкић 2022, 355.

<sup>81</sup> Она међутим наводи да постоје и супротни примери, о чему најбоље сведочи случај *Менесон против Француске*. Вид. Драшкић 2022, 355.



поступак који отвара бројна важна питања и задира у личну сферу приватног живота сурогат мајке, чини се да се став оних аутора који тврде да се забраном спровођења поступка сурогације крше уставне норме мора релативизовати.

Напоследку, треба се осврнути и на ставове правних писаца да су одредбе о забрани сурогат материнства „посебно неприхватљиве“ онда када жене које могу да изнесу трудноћу и роде – роде до двоје деце, док, с друге стране, постоје правне сметње да жене које, иако желе, бивају онемогућене да дете добију уз помоћ сурогат мајке. Чини се да је став тих аутора усмерен ка томе да право на слободно одлучивање о рађању деце обухвата и право на избор на који ће начин до рађања доћи. Разуме се, право на слободно одлучивање о рађању деце пре свега подразумева право свакога да начин избор да ли жели потомство или не (Ковачек Станић 2013, 2; Драшкић 2020, 51–53). Након што је појединац направио такав избор, њему/њој се на основу права на слободно одлучивање о рађању гарантују и овлашћења која обухватају право на зачеће и природним и вештачким путем. Право на зачеће природним путем много је једноставније остварити с обзиром на његов биолошки аспект. Право на зачеће вештачким путем пак подразумева лечење неплодности спровођењем поступака који подразумевају различите репродуктивне технологије телесног или вантелесног зачећа, које се, последично, остварује на сложенији начин. Последично се може закључити да поступак сурогације као начин зачећа детета вештачким путем не може да се третира једнако као други начини зачећа детета. Тако, ваљало би најпре имати на уму да у спровођењу поступка сурогације постоји једна врло специфична обавеза сурогат мајке да носи и роди дете које може, али не мора да настане употребом њеног генетског материјала и које она потом треба да преда намераваним родитељима. Осим тога, истиче Ковачек Станић (2013, 16), „трудноћа и рађање детета заправо доводе до настанка емоционалних веза између мајке и детета које је неприродно, па чак и нехумано раскидати“. Гарантовање права на оснивање породице не значи нужно да ће то право заиста бити остварено. Тако би се, рецимо, у случају да жена жели да прекине трудноћу, а њен муж није сагласан са тим, могло говорити о примеру где иако муж има уставно право на слободно одлучивање о рађању деце, он не може и стварно да буде родитељ.<sup>82</sup> Ипак, чак и уколико би се прихватио став правних писаца да треба дозволити спровођење поступка сурогације, не треба занемарити чињеницу да би се у том случају сасвим сигурно поставила одређена питања биолошке али и правне природе на која наш правни

<sup>82</sup> Видети Драшкић 1992, 248 фн. 53.

систем, макар за сада, нема одговор. Имајући све претходно речено у виду, ауторка сматра да нема простора за тумачење да се под правом на зачеће вештачким путем може говорити о праву на спровођење поступка сурогације те да последично не види корелацију између права жене да изабере да „ограничи“ сопствену репродукцију тиме што жели једно до двоје деце и непризнавања права на спровођење поступка сурогације.

Недавно је у српском праву било говора о измени законодавства којом би се дозволио поступак сурогат материнства. Заправо, Преднацртом грађанског законика (Преднацрт) предложено је законско решење којим се дозвољава закључење уговора о сурогат материнству уз испуњење одговарајућих услова. Најпре треба истаћи да су предложене норме постављене тако да се у сваком члану говори о алтернативним решењима те да није до краја јасно каква је заиста била намера радне групе која је сачинила Преднацрт. Тако се уговор о сурогат материнству дефинише као уговор о рађању за другог који се може закључити између жене која ће носити и родити дете (сурогат мајка) и намераваних родитеља, при чему намеравани родитељи могу да буду и супружници и ванбрачни партнери, као и лице које живи само (мушкарац или жена).<sup>83</sup> Преднацрт остаје нејасан по питању облика сурогације јер су предложена алтернативна решења, тако да се предвиђа могућност спровођења сродничке сурогације, али забрањује сурогација између лица која нису у сродству, да би се потом као алтернатива предложило решење којим се сродничка сурогација забрањује, а дозвољава само сурогација између лица која нису у сродству.<sup>84</sup> Надаље се предвиђа могућност парцијалне и потпуне сурогације, при чему се критеријум одређивања врсте сурогације разликује од оног који је прихваћен у упоредном праву.<sup>85</sup> Дакле, у Преднацрту су бројне дилеме остале отворене. Ауторка сматра да тако постављеним нормама

<sup>83</sup> Видети Преднацрт, чл. 2273.

<sup>84</sup> Видети Преднацрт, чл. 2275.

<sup>85</sup> Тако се у Преднацрту под парцијалном сурогацијом мисли на сурогацију која је спроведена употребом репродуктивног материјала бар једног од лица које желе дете (супротно, у упоредном праву се као критеријум разликовања утврђује да ли је за поступак сурогације коришћена јајна ћелија сурогат мајке). Потпуна сурогација се, према решењу предложеном у Преднацрту, односи на случајеве у којима је за поступак сурогације употребљен репродуктивни материјал оба намеравана родитеља – док се у упоредном праву под потпуном сурогацијом подразумевају и случајеви када је коришћен донирани генетски материјал једног или оба намеравана родитеља. Детаљније о предложеним решењима Преднацрта у Ковачек Станић 2013, 14–15. Видети Видић Трнинић 2015, 1166 и даље.

Преднацрта не треба поклонити пуно пажње имајући у виду да је он стављен *ad acta* те да је упитно да ли ће се и на који начин у будућности поступак сурогат материнства у српском праву решити. Ипак, имајући у виду специфичну правну природу уговора о сурогат материнству, чини се да постоје одређена претходна питања на која се мора дати одговор како би се потом на одговарајући начин приступило решавању питања спровођења поступка сурогације. Другим речима, на првом месту би се морало одговорити на питање да ли је уговор о сурогат материнству у супротности са јавним поретком, с обзиром на чињеницу да се уговором предвиђају ношење и рађање детета за другог и предаја детета намераваним родитељима. Даље, нужно би било одговорити и на питање форме тог уговора. Дакле, да ли би уговор о сурогат материнству требало закључити уз претходну/накнадну сагласност управног органа, да ли би уговор требало закључити у форми јавнобележничког записа, односно да ли требало предвидети да уговор о сурогат материнству не производи никаква правна дејства док надлежни суд након рођења детета не донесе одлуку да се на основу уговора о сурогат материнству између намераваних родитеља и детета рођеног сурогацијом може успоставити родитељскоправни однос.<sup>86</sup> Напослетку, требало би дати одговор и на питање да ли треба дозволити и парцијалну и потпуну сурогацију. Ковачек Станић сматра да би у нашем правном систему требало почети од рестриктивнијих законских решења те да би се због тога требало одредити само за потпуну сурогацију.<sup>87</sup> Ауторка указује на то да се, осим ових, могу поставити и бројна друга питања правне природе која би била значајна за спровођење поступка сурогат материнства (питања која се односе на право на накнаду трошкова, право на раскид уговора због неиспуњења, немогућност испуњења, право на раскид или измену уговора због промењених околности итд.). Управо зато се може недвосмислено закључити да у овом тренутку наше законодавство није у довољној мери и са довољно пажње обрадило питање спровођења поступка сурогације, те да би било неопходно првенствено разрешити бројне дилеме које се могу поставити у вези са тим поступком БМПО, а тек потом приступити његовом спровођењу.

<sup>86</sup> Детаљније о форми уговора о сурогат материнству вид. Влашковић 2011, 333–335.

<sup>87</sup> У супротном, ако би се дозволила и парцијална сурогација, постојао би ризик да сурогат мајка одбије да преда дете због постојања генетске везе између ње и детета. Видети Ковачек Станић 2013, 15.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Поступак сурогат материнства је као механизам медицински асистиране репродукције познат и доступан већ готово четрдесет година. Ипак, без обзира на то што се тим поступком инфертилним паровима нуди могућност да постану родитељи детета које је у генетској вези са једним од њих или чак обоје, то још увек не значи да је прихваћен као одговарајући механизам за лечење неплодности. Напротив, ауторка је истраживањем и анализом дошла до закључка да правни системи европских и светских држава питању поступка сурогације још увек не приступају једнако. Ипак, на примеру одређених законодавстава може се уочити да подела правних система на оне који забрањују сурогат материнство, односно оне који дозвољавају само алтруистичку сурогацију, или пак оних који дозвољавају сваки вид сурогације не мора и не треба да буде тако стриктна. Ауторка је у раду учинила упоредноправни осврт на два правна система који сведоче управо томе. На једној страни налази се Русија, чији правни систем карактеришу изузетно либералне норме о признавању права на поступак сурогације. Такав приступ, међутим, отвара одређена спорна питања, од којих је најважније питање оправданости права сурогат мајке да се након рођења детета одлучи да одбије да се сагласи са регистрацијом намераваних родитеља као правних родитеља детета. Ипак, у начелном мишљењу Пленарног заседања Врховног суда Русије јасно је указано на то да судови приликом оцене да ли сурогат мајка има право да одбије да преда дете и да се не сагласи да намеравани родитељи буду означени као правни родитељи детета морају проценити околности случаја (да ли су странке закључиле уговор, уколико јесу, како гласе одредбе уговора, који је разлог за недавање сагласности сурогат мајке) и уважити принцип најбољег интереса детета. Штавише, наглашено је да судови приликом одлучивања морају да реше спор у интересу детета. Осим тога, у Русији се као спорно појављује и питање спровођења поступка комерцијалне сурогације. Боље речено, ауторка сматра да постоји потреба да се детаљније уреде норме које се односе на право на награду, а пре свега у контексту могућих злоупотреба жена из нижих друштвених слојева које се из комерцијалних разлога опредељују на сурогат материнство. Такође, одређене законске норме руског права постављене су тако да се може поставити питање да ли су оне противуставне. Другим речима, у Русији се, бар према слову закона, мушкарцима не признаје право на спровођење поступка сурогације, чиме се директно крши уставна одредба о једнакости мушкараца и жена у заштити здравља и приликом пружања помоћи.

Немачка је, с друге стране, пример законодавства који се, макар на први поглед, определио за конзервативнији приступ. Тако, немачки правни систем у више законских текстова садржи норме којима се сурогат материнство изричито забрањује. Ипак, како правни писци наводе, та забрана је усмерена томе да спречи спровођење поступака сурогације на немачкој територији. Да је то заиста тако, потврђује и одлука немачког Савезног суда правде из 2014. године, у којој је речено да страна судска одлука којом се признаје правни статус намераваних родитеља не представља повреду јавног поретка уколико је један од намераваних родитеља генетски повезан са дететом. С тим у вези, одлука Савезног суда правде најпре је била заснована на потреби признавања и поштовања права детета рођеног поступком сурогације, односно права детета да се родитељи пре свих старају о њему као и право на васпитање. Таква одлука немачког Савезног суда правде представља рефлексију ставова изражених у одлукама Европског суда. Дакле, може се уочити да се и у једном и другом правном систему, који потпуно другачије приступају регулисању питања сурогат материнства, препознаје потреба за признавањем правних дејстава уговора о сурогат материнству ради заштите најбољег интереса детета. Треба додуше имати на уму да је такав став немачких судова, бар у овом тренутку, усмерен само на међународно сурогат материнство.

Наша држава, као и Немачка, забрањује сурогат материнство. Као што се могло закључити, сурогат материнство је у нашем праву забрањено нормама ЗБМПО. Такав став законодавца се, међутим, у правној теорији критикује и истиче се да се на тај начин крше уставне норме којима се прокламује право свакога да слободно одлучује о рађању те да се забраном сурогат материнства то право ограничава. Осим тога, истиче се и да се тиме дискримишу жене јер се њима, за разлику од мушкараца, не признаје право на коришћење свих доступних и познатих метода БМПО. Ауторка је понудила и другачије тумачење тих норми те је истакла да се право на слободно одлучивање о рађању деце не мора тумачити као апсолутно право, о чему најбоље сведочи чињеница да су и нека друга овлашћења која улазе у састав права на слободно одлучивање о рађању такође на одређени начин регулисана (на пример, право на прекид трудноће). Осим тога, треба узети у обзир и то да је и сам Европски суд јасно истакао да државе чланице уживају широко поље слободне процене у одлучивању о сурогацији јер међу њима не постоји консензус у вези са сурогацијом због тога што се тим питањем отварају деликатне етичке дилеме. Осим етичких недоумица, уговором о сурогат материнству отварају се и дилеме правне природе, као што су, на пример, дилеме о томе да ли би такав уговор био у супротности са јавним поретком, у којој се форми мора закључити, да ли

би се могао закључити и као комерцијални или само као алтрустички уговор. Због тога је неопходно најпре одговорити на те дилеме, а тек потом евентуално приступити нормирању законских норми којима се признаје право на спровођење поступка сурогат материнства. Јасно је да би чак и у случају да се дозволи спровођење поступка сурогације било важно почети од рестриктивнијих решења, а тек касније оценити да ли има могућности и за прихватање либералнијих норми.

На крају, треба имати на уму да је поступак сурогат материнства за одређена лица једини механизам за лечење неплодности на начин на који би они могли бити генетским путем повезани са својим дететом. Управо зато се чини да је упитно да ли је и у којој мери дугорочно могуће говорити о забрани спровођења поступка сурогат материнства, а посебно уколико се у обзир узме чињеница да неплодност изазива велики стрес за појединца, односно (ван)брачни пар, те да рађање детета ствара „врхунско осећање испуњености и смисла живота, омогућавајући им и поштовање сопственог идентитета и достојанства (Драшкић 2013, 219)“. На основу свега реченог, нужан је закључак да постоји потреба да се поставе одређени стандарди којима би се државама макар у извесној мери могло олакшати нормирање правила која се односе на поступак сурогат материнства.<sup>88</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

- [1] Бараћ, Ивана. 2020. Прекид трудноће: Нове тенденције и стари недостаци. 185–204. *Зборник радова Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић*.
- [2] Бараћ, Ивана. 4/2021. Биомедицински потпомогнуто оплођење и демографска политика. *Политичка ревија* 70 (4): 173 – 195.
- [3] Била, Сретен, Иван Тулић, Небојша Радуновић. 1994. *Основе ван-телесног оплођења*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

---

<sup>88</sup> Драшкић с тим у вези истиче да је Хашка конференција о међународном приватном праву преузела иницијативу у покушају да формулише одговарајућу међународну конвенцију којом би се регулисали различити аспекти међународних уговора о сурогат материнству, али да за сада нема напретка. Чак и да је обрнуто, она истиче да то неће решити проблеме који постоје у домаћем праву. Видети Драшкић 2022, 369.

- [4] Бордаш, Бернадет. 4/2012. Сурогат материнство са прекограничним дејствима: Стварност и право. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 46(4): 97–117.
- [5] Цигој, Стојан. 1983. Ништавост уговора због предмета. 165–172. *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд: Савремена администрација.
- [6] Цвејић Јанчић, Олга. 10/2010. Акутелни изазови биомедицински потпомогнуте оплодње. *Правни живот* 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>, последњи приступ 16. септембра 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] Драшкић, Марија. 4/1992. Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације. *Анали Правног факултета* 40 (4): 239–264.
- [10] Драшкић, Марија. 2013. Биомедицински потпомогнуто оплођење. *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*: 219–235.
- [11] Драшкић, Марија. 2019. *Породично право и право детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [12] Драшкић, Марија. 2020. *Коментар Породичног закона. Пракса Европског суда за људска права. Пракса Уставног суда. Пракса редовних судова*. Београд: ЈП „Службени гласник“.
- [13] Драшкић, Марија. 2022. Уговор о сурогат материнству – између пуноважности и ништавости. 341–373. *Зборник Треће регионалне конференције о обвезном праву*, ур. Марко Баретић, Саша Никшић. Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу.
- [14] Государственная Дума. 2022. Иностранцам могут запретить пользоваться услугами суррогатных матерей в России. Мај 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>, последњи приступ 16. септембра 2022.
- [17] Јовић Прлаиновић, Олга. 10/2015. Сурогат материнство – аргументи *pro et contra*. *Правни живот* 10: 41–51.
- [18] Јовић Прлаиновић, Олга. 2017. *Биолошки основи родитељства – Право и стварности*. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.
- [19] Ковачек Станић, Гордана. 121/2006. Породични закон Србије из 2005. године у контексту планирања породице. *Зборник Матице Српске за друштвене науке*: 157–170.
- [20] Ковачек Станић, Гордана. 1/2013. Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета. *Становништво* 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] Младеновић, Марко. 1989. *Породично право у Југославији*. Београд: ИРО Научна књига.
- [25] Мршевић, Зорица. 2020. *Анализа услова и начина остваривања биомедицински потпомогнуте оплодње у Србији*. Београд: Лабрис – организација за лезбејска људска права.
- [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] Стеванов, Милош. 11/1977. Право на слободно родитељство. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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] Видић Трнинић, Јелена. 3/2015. Сурогат материнство у праву Србије (De lege lata и de lege ferenda) и праву Македоније. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 49 (3): 1161–1190.
- [32] Влашковић, Вељко. 2011. Сурогат материнство на прагу нашег правног поретка. 323–347. *Зборник радова XXI век – век услуга и Услужног права*.
- [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.