УДК: 618.177-089.888.11:341.645(4-672EU)
Biblid 1451-3188, 17 (2018)
Год XVII, бр. 64, стр. 251–264
Изворни научни рад

ПИТАЊЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

др Анђела ЂУКАНОВИЋ[1]

Апстракт: Сурогат материнство представља питање које већ дуже време изазива низ етичких дилема, а пре свега у вези могућности експлоатације сурогат мајки. Данас је посебно актуелно у светлу напретка репродуктивних технологија, као и репродуктивног туризма. ЕУ право не регулише питање сурогат материнства, оно припада сфери посебно осетљивих питања. Из овог разлога су посебно занимљива два случаја из праксе Суда правде ЕУ који показују како питање сурогат материнства може искрснути на посредан начин, тј. кроз прописе који не регулишу директно ово питање. Када је реч о поменута два случаја може се приметити да Суд правде ЕУ у принципу није прекорачио своје надлежности. Треба имати у виду да након закључивања споразума о сурогатству интереси и права рођене деце могу бити заиста погођени, пре свега у светлу репродуктивног туризма. Међутим, постизање било каквог консензуса у овој области је тренутно готово немогуће.

Кључне речи: Европска унија, сурогат материнство, Суд правде ЕУ, репродуктивни туризам, људска права, Европски суд за људска права.

---

[1] Институт за међународну политику и привреду, Београд.
E-mail: andjela@diplomacy.bg.ac.rs.

Рад представља део научног пројекта „Србија у савременим међународним односима: Стратешки правци развоја и учвршћивања положаја Србије у међународним интегративним процесима – спољнополитички, међународни економски, правни и безбедносни аспекти", финансираног од стране Министарства науке и технолошког развоја Владе Републике Србије (евиденциони број: 179029), а реализује се у Институту за међународну политику и привреду у периоду од 2011. до 2018. године.

1) УВОД

Као посебно питање које изазива доста етичких дилема издваја се питање сурогат материнства – може се дефинисати као поступак у којем жена пристаје да изнесе трудноћу с намером да преда дете пару које је наручило трудноћу.[2] Сурогат материнство поставља основна питања природе личности и њеног интегритета, људског достојанства, индивидуалне аутономије и обима избора, питања шта може бити предмет трговине а шта мора остати у домену поклона, и многа друга питања.[3] Основне бриге углавном се тичу питања могуће експлоатације сурогат мајки, којима би сурогатство могло представљати пут до материјалних средстава. У контексту потпомогнуте оплодње релевантно је тзв. гестационо сурогатство – када сурогат мајка носи дете које није у генетском сродству са њом, мада је могуће и делимично сурогатство, тзв. традиционално сурогатство, када се користи јајна ћелија мајке.[4] Реч је о пракси која постаје све распрострањенија, пракси која постаје прекогранични феномен јер се омогућава неплодној жени, односно жени која има или је носилац озбиљног генетског обољења, генетска веза са дететом које сурогат мајка носи, а при томе треба имати на уму да је присутна повећана неплодност у многим земљама.[5] Поједине земље су отворене ка сурогатству чиме привлаче заинтересоване појединце у светским размерама, а који потичу из земаља које су рестриктивне у овом погледу и у том смислу се често користи и термин „репродуктивни туризам". Међу њима се пре свега наводе Калифорнија, Украјина и Индија. Присутан је став да је реч је о намерном толерисању од стране законодавца како би се појачала репутација ових земаља као поузданих за предузимање „посла сурогатства".[6] Европске земље углавном не дозвољавају уговоре о сурогатству, односно неважећи су, и сматра се да сурогат мајка представља мајку детета.[7] Поједине земље их, дакле, изричито забрањују, с тим

---

[2] Гордана Ковачек Станић, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рађање детета – сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији", *Становништво*, бр. 1, 2013, стр. 2.

[3] Yasmine Ergas, "Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy", *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013, p. 177.

[4] Kristiana Brugger, "International Law in the Gestational Surrogacy Debate", *Fordham International Law Journal*", Vol. 35, Issue 3, 2012–2013, p. 666.

[5] A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, *Hague Conference on Private International Law*, pp. 6-7.

[6] Martin Engel, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", Доступно на: http:// www.academia.edu/4991816/Cross-Border_Surrogacy_Time_for_a_Convention, 20.04.2018, p. 4.

[7] Ibid.

да се уз то предвиђају и кривичне санкције у случају њиховог предузимања (Кина, Шведска, Шпанија, Француска, Италија, Немачка, у САД нпр. Аризона), усвајање може бити у појединим земљама путања до добијања родитељства, мада је могуће да је оно забрањено јер се до детета дошло на незаконит начин.[8] У другим земљама ово питање није регулисано, али овакви уговори немају правне ефекте, тј. нема обавезе сурогат мајке да преда дете намењеним родитељима, или је у другима изричито забрањено комерцијално сурогатство, било кроз трговину децом (Чешка, Ирска, Холандија), односно поједине земље омогућавају тзв. сурогатство из алтруистичких разлога (Чешка, Ирска, Грчка).[9] Могуће је и законом превидети одредбу којом је поступак сурогатства могућ само за домаће држављане, што би требало да утиче на смањење „репродуктивног туризма", што је случај у Грчкој.[10] У Великој Британији је могуће тзв. сурогатство из алтруистичких разлога, тј. дозвољена су давања која се могу сматрати разумним, што је питање о којем у крајњој линији одлучује суд, мада није јасно питање санкција уколико је дат новац који прелази разумне трошкове а дете је већ рођено.[11] С тим у вези указује се на неефикасност забране комерцијалног сурогатства у Великој Британији.[12] Посебан проблем код овакве врсте „репродуктивног туризма" представља признавање родитељства над дететом и његовог држављанства, односно када је држављанство детета повезано са родитељством. Тада родитељи у сопственој држави морају доказати родитељство, односно да би дете добило исти пасош као и намеравани родитељи углавном морају да доведу у питање родитељство сурогат мајке и њеног мужа (у већини земаља родитељство се везује за мајку, а уколико је сурогат мајка удата, већина законодавстава претпоставља да је њен супруг отац детета).[13] Мајчинство се тешко може довести у питање за разлику од очинства, што доводи до значајне опасности да бебе остану без држављанства или родитеља.[14] У сваком случају, реч је о заиста сложеном проблему који се тиче различитих области права, уз мноштво разноликости у законодавствима у овом погледу.[15] Присутно је мишљење да репродуктивни

[8] A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements, op. cit., p. 9.

[9] Ibid., p. 11.

[10] Гордана Ковачек Станић (2013), стр. 6.

[11] Ibid., стр. 5.

[12] Mrinal Vjay, "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal of Law and Jurisprudence,* Vol. 3, 2014, p. 236.

[13] Martin Engel, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", op. cit., pp. 6-7.

[14] Ibid.

[15] Као посебно сликовит пример, спомиње се пар који је живео у Француској (иначе Италијан и Португалка), који су организовали да сурогат мајка из Велике Британије

туризам може навести законодавце да „је боље имати уговоре о сурогатству под сопственом контролом, него бити препуштен милости страног законодавца са још либералнијим нормама и слабијом заштитом сурогат мајки“, а имајући у виду и да се у европским судовима повећао број случајева који се баве сурогатством, где због разлика у праву судије често прибегавају неформалним решењима која се налазе изван права.[16] Додуше, постоји могућност усаглашавања на међународном нивоу правила међународног приватног права о установљавању и оспоравању родитељства. Међутим, питање је да ли је могућ консензус с обзиром на ширину ове области, а посебно јер правно родитељство над дететом које је родила сурогат мајка повлачи и примену клаузуле јавног поретка, у контексту признања страног права, одлуке или јавних исправа.[17] Друга опција је усаглашавање само у области сурогат материнства, што је пут који би можда пре могао бити прихваћен међу државама.[18] Независно од ове могућности, већ се препознаје тренд либерализације постојећег рестриктивног правног оквира у погледу сурогат материнства, што у принципу није резултат директног, демократског одлучивања или позитивног утицаја одређених моралних вредности и идеја, већ пре последица притиска који настаје услед све распрострањеније појаве репродуктивног туризма.[19]

2) НАДЛЕЖНОСТ ЕУ

ЕУ право не регулише питање сурогат материнства. Надлежност ЕУ у области јавног здравља регулисана је чланом 168 Консолидоване верзије Уговора о функционисању Европске уније (некада регулисана чланом 152 Уговора о Европској унији). Чланом 168 Уговора о функционисању ЕУ предвиђа

буде инсеменирана у лабораторији у Грчкој спермом анонимног даваоца, иначе Американца, који је донирао сперму банци сперме у Данској. Сурогат мајка је родила близанце, а пар је одбио да их прихвати јер су по њиховом мишљењу били погрешног пола, да би децу на крају усвојио лезбијски пар из Калифорније. D. Kelly Weisberg, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Florida 2005, p. 45. Цитирано према: June Carbone, Paige Gottheim “Ethics within Markets or a Market for Ethics?: Can Disclosure of Sperm Donor Identity Be Effectively Mandated?“, *Baby Markets: Money and the New Politics of Creating Families* (ed. M. Goodwin), New York 2010, p. 208.

[16] Martin Engel, “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?“, op. cit., pp. 7, 9, 21.

[17] Бернадет Бордаш, “Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Вол. 46, бр. 4, 2012, стр. 114.

[18] Ibid.

[19] Brrita. C. Van Beers, “Is Europe ‘Giving in to Baby Markets?’ Reproductive Tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets“, *Medical Law Review*, Vol. 23, Issue 1, 2014, pp. 103-134.

се да се приликом утврђивања и спровођења свих политика и активности Уније мора осигурати висок ниво заштите здравља људи. Деловање ЕУ које надопуњује националне политике усмерено је ка побољшању јавног здравља, спречавању телесних и душевних болести и обољења, као и уклањању извора опасности за телесно и душевно здравље. Такво деловање обухвата и борбу против великих опасности по здравље, информисање о здрављу и здравствено образовање, праћење, као и рано упозоравање и сузбијање озбиљних прекограничних претњи здрављу.[20] Међутим, с друге стране: „Унија ће поштовати одговорности држава чланица за дефинисање њихове здравствене политике и за организацију и пружање здравствених услуга и здравствене заштите. Одговорности држава чланица ће обухватати управљање здравственим услугама и медицинском негом, као и расподелом ресурса који су им додељени.“[21] Европски парламент и Савет након саветовања са Економско-социјалним комитетом и Комитетом региона, доприносе остваривању циљева из члана 168 Уговора о функционисању ЕУ, усвајањем: „а) мера којима се утврђују високи стандарди квалитета и безбедности органа и супстанци људског порекла, крви и крвних деривата – с тим да ове мере не спречавају ниједну државу чланицу да задржи или уведе строже заштитне мере; б) мера у ветеринарској и фитосанитарној области којима је непосредни циљ заштита јавног здравља; ц) мера којима се утврђују високи стандарди квалитета и безбедности лекова и медицинских помагала“.[22] Међутим, када је реч о мерама Европског парламента и Савета којима се утврђују високи стандарди квалитета и безбедности органа и супстанци, крви и крвних деривата из тачке а), оне: „не утичу на националне одредбе о донирању органа и крви или о њиховом коришћењу у медицинске сврхе“.[23] Јасно је да, у складу са чланом 168 Уговора о функционисању ЕУ, главну надлежност у области здравља имају државе чланице, и да у овој сфери ЕУ има обазрив приступ будући да је у области здравља искључена могућност усаглашавања закона држава чланица, осим у експлицитно наведеним областима.

3) ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ

Занимљива су два случаја из праксе Суда правде ЕУ који показују како питање сурогат материнства може искрснути на посредан начин, иако оно није у надлежности ЕУ. Чињеница да ово питање није регулисано у оквиру ЕУ може

[20] “Consolidated versions of the Treaty on the Functioning of the European Union“, *Official Journal of the European Union,* C 326/47, 26.10.2012, Article 168 (1).

[21] Ibid., Article 168 (7).

[22] Ibid., Article 168 (4).

[23] Ibid., Article 168 (7).

бити посебно проблематична због раније наведеног проблема репродуктивног туризма и путовања у друге земље чланице ЕУ (али и земље које нису чланице ЕУ) за које се може рећи да имају либералне прописе поводом сурогат материнства. С друге стране, треба имати у виду и да сваки покушај регулисања може имати негативан утицај на ЕУ, с обзиром да је ово питање заиста етички осетљиво, и различито је регулисано у државама чланицама ЕУ. Наиме, у пракси Суда правде ЕУ појавила су се два случаја која су се тицала примене Директиве 92/85/ЕЗ о увођењу подстицајних мера побољшања у области безбедности и здравствене заштите трудница, породиља или дојиља (у даљем тексту: Директиве 92/85/ЕЗ), Директиве 2006/54/ЕЗ о имплементацији принципа једнаких могућности и једнаког поступања према мушкарцима и женама у области запослења и занимања (у даљем тексту 2006/54/ЕЗ), као и Директиве 2000/78/ЕЗ о успостављању општег оквира за једнако поступање при запошљавању и обављању занимања (у даљем тексту Директива 2000/78/ЕЗ).[24] У случају Ц.Д. против С.Т. био је поднет захтев за тумачење релевантних одредби Директиве 92/85/ЕЗ и Директиве 2006/54/ЕЗ, а у вези спора између запослене и њеног послодавца. Наиме, запослена није носила дете, нити је била биолошка мајка детета, већ је путем уговора о сурогатству постала мајка, а њен послодавац је одбио да јој одобри плаћено одсуство.[25] Дакле, она није носила дете али је одмах након рођења преузела дете, дојила га и бринула се о њему. У случају се поставило питање пре свега да ли Директива 92/85/ЕЗ даје право на породиљско одсуство и особама које су постале мајке путем споразума о сурогатству, и да ли је одбијање таквог одсуства складу са Директивом 2006/54/ЕЗ. Наиме, пре свега је био релевантан члан 8 Директиве 92/85/ЕЗ којим се обезбеђује да државе предузму неопходне мере како би се осигурало право на непрекидно породиљско одсуство у трајању од најмање 14 недеља у континуитету, а распоређених пре и/или након порођаја, с тим да ово одсуство мора обухватити обавезно породиљско одсуство у трајању од две недеље,

[24] Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC, *Official Journal of the European Community, L 348, 28.11.1992.;* Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *Official Journal of the* European Union*,* L *204/23*, 26.7.2006; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *Official Journal of the European Union,* L 303/16, 2.12.2000.

[25] C-167/12, *C.D. v S.T.*, пресуда од 18. марта 2014, published in the electronic Reports of Cases (Court Reports - general) ECLI:EU:C:2014:169.

распоређене пре и/или након порођаја. Суд правде ЕУ је сматрао да се ова одредба тиче искључиво периода након трудноће и порођаја, тј. да подразумева да је реч о особи која је била у другом стању и која се породила.[26] Такође, Суд правде ЕУ је сматрао да чињеница да је запослена дојила дете нема утицаја на примењивост члана 8 Директиве 92/85/ЕЗ.[27] При томе, судећи по Преамбули Директиве 92/85/ЕЗ, она пружа само минимум захтева, тј. не спречава државе чланице да предвиде и одредбе којима би се заштитиле и особе које су постале мајке путем споразума о сурогатству.[28] У случају Ц.Д. против С.Т. поставило се и питање да ли одбијањем плаћеног одсуства може бити повређен члан 14 Директиве 2006/54/ЕЗ (заједно са чланом 2 став 1), који предвиђа забрану дискриминације која је заснована на полу у јавном и приватном сектору. Суд правде ЕУ је дошао до закључка да према прописима који су примењиви у случају, лице које је постало отац путем споразума о сурогатству, третира се на исти начин као и мајка у истој ситуацији (нема право на плаћено одсуство), тј. овде одбијање плаћеног одсуства није ограничено на запослене који су одређеног пола.[29] Међутим, овде треба имати у виду и још једну, нешто старију пресуду, у којој је Суд правде ЕУ заузео нешто другачији став. Наиме, у овом случају Суд правде ЕУ је сматрао да прописи који се тичу одсуства трудница са посла нису били примењиви у случају који се тицао одбијања одсуства жене због предузимања *in vitro* оплодње, већ прописи који се односе на једнакост мушкараца и жена у погледу запослења, тј. да у поменутом смислу не може бити дискриминације.[30] Додуше, околности случаја су биле нешто другачије, и запослена је добила отказ због недоласка на посао. Ипак, можемо се сложити са ставом да овде није реч о дискриминацији која је заснована на полу, као и у случају Ц.Д. против С.Т, јер и *in vitro* оплодња такође подразумева учешће оба родитеља (мада је по логици ствари вероватно да ће жене бити у случају сурогатства више погођене уколико доје дете, односно у склопу *in vitro* оплодње је нешто сложенија процедура за жене), овде је једноставно реч о недостатку консензуса међу државама чланицама ЕУ.[31] У случају З. против Одељења Владе и Управног одбора државне школе пред Судом правде ЕУ се такође поставило питање плаћеног одсуства у случају

[26] Ibid., par. 36.

[27] Ibid., par. 40.

[28] Ibid., paras. 41-42.

[29] Ibid., par. 47.

[30] C-506/06, *Sabine Mayr v Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, пресуда од 26. фебруара 2008, [2008] ECR I-01017, par. 50.

[31] Mel Cousins, "Surrogacy leave and EU law: Case C 167/12, C.D. v S.T. and Case C 363/12, Z. v A Government Department, Judgements (Grand Chamber) of 18 March 2014", Maastricht Journal of *European* and Comparative *Law, Vol. 2., Issue 2,* 2014, pp. 485-486.

сурогатства.[32] Реч је о сличним околностима случаја, с тим да је споразум о сурогатству закључен у Калифорнији, будући да случај потиче из Ирске (тј. није дозвољено закључивање оваквих споразума за разлику од случаја Ц.Д. против С.Т. који потиче из Велике Британије, где је сурогатство под одређеним условима могуће), и што запослена због здравственог стања није имала материцу, међутим будући да је имала здраве јајне ћелије, дете које је носила сурогат мајка је њено биолошко дете, као и њеног супруга. Када је реч о дискриминацији заснованој на полу, Суд правде ЕУ је заузео исти став као и у случају Ц.Д. против С.Т., мада се није детаљно бавио Директивом 92/85/ЕЗ.[33] У овом случају се поставило и питање сагласности Директиве 2000/78/ЕЗ са Конвенцијом УН о правима особа са инвалидитетом од 2006. године, а пре свега у смислу да чињеница да запосленој која није у могућности да носи дете одбијено плаћено одсуство, представља дискриминацију засновану на инвалидитету.[34] Међутим, Суд правде ЕУ је сматрао да чињеница да запослена не може да има децу на „конвенционалан начин", није је спречила у могућности да има приступ, да учествује и напредује на радном месту, тј. да стање запослене не представља инвалидитет у смислу Директиве 2000/78/ЕЗ.[35] Овде треба узети у обзир и праксу Европског суда за људска права како би се видело како се и у контексту заштите људских права на основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) тешко доносе одлуке када, с једне стране треба заштитити права деце а, с друге стране не постоји консензус држава.[36] У пракси Европског суда за људска права су се, дакле, такође појавили случајеви који се баве питањем, а у вези са Правом на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 Конвенције. Наиме, у два случаја је била реч о одбијању признања родитељства паровима у Француској над децом која су рођена у САД као резултат сурогатства, с обзиром на то да су намењене мајке биле неплодне. Европски суд за људска права је утврдио кршење права на приватан живот детета.[37] У једном случају, после

[32] C-363/12, *Z. v A Government Department and The Board of management of a community school*, пресуда од 18. марта 2014, published in the electronic Reports of Cases (Court Reports – general) ECLI:EU:C:2014:159

[33] Ibid., paras. 54, 60.

[34] *Convention on the Rights of Persons with Disabilities,* Resolution adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106.

[35] -363/12, *Z. v A Government Department and The Board of management of a community school*, op. cit., paras 81-82.

[36] *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, Council of Europe.

[37] *Labassee v. France*, представка бр. 65941/11, пресуда од 26. juna 2014; *Mennesson v. France.* представка бр. 65192/11, пресуда од 26. јуна 2014.

безуспешних покушаја да зачну дете *in vitro* оплодњом, употребом сопствених полних ћелија, брачни пар је отпутовао у Калифорнију.[38] Тамо је употребом јајне ћелије анонимног даваоца и сперме једног од подносиоца представке имплантиран оплођени ембрион у материцу друге жене. Приступили су уговору о гестационом сурогатству и навели да су поштовали калифорнијске прописе, тако да је 2000. године Врховни суд Калифорније донео одлуку да је подносилац представке генетски отац деце, а да је подноситељка представке њихова законска мајка. Након тога су у конзулату затражили да се подаци из крштенице унесу у француски регистар рођења, а имена деце унесу у њихов пасош. Захтев је одбијен пошто се није могло доказати да је наведена мајка родила децу, а пошто су сумњали на сурогатство, прослеђена је и пријава тужиоцу. Деци је издат пасош САД у којем су они наведени као родитељи, након чега су се вратили у Француску. Ослобођени су од оптужби (донета је одлука да је кривично дело учињено на територији САД, где се не сматра кривичним делом). У међувремену су подаци из крштенице унети у француски регистар рођених. Након тога, Апелациони суд је 2010. године ипак поништио уносе. Касациони суд није усвојио жалбу. Европски суд за људска права је указао на то да тренутно не постоји консензус у Европи у погледу договора о сурогатству (у многим земљама чланицама забрањени су, а у мањем броју дозвољени односно толерисани), али ни о каснијем признању деце. Иако се ово питање тиче осетљивих моралних дилема, овде је у питању „егзистенција индивидуе и њен идентитет".[39] Европски суд за људска права навео је да су договори о сурогатству као такви према праву Француске у супротности са његовим основним принципима односно јавним поретком, а као последица оваквог става између подносилаца представке није могао да се успостави однос родитеља и деце.[40] Међутим, указао је и да „домаћи судови морају узети у обзир потребу за успостављањем правичне равнотеже између интереса заједнице и интереса подносиоца представке – интереси деце су најважнији и пуно уживање њиховог права на приватан и породичан живот".[41] С друге стране, Европски суд за људска права је указао да приватан живот подразумева да сви имају могућност успостављања сопственог идентитета, што пре свега укључује однос родитеља и деце.[42] Указао је и да су последице у наследном праву значајне, будући да деца у Француској нису идентификована као деца првог и другог подносиоца представке, а као резултат договора о сурогатству не могу да наследе ни имовину сурогат мајке, дакле, не могу да наслеђују по основу

[38] *Mennesson v. France,*

[39] Ibid., paras. 77-78.

[40] Ibid., par. 58.

[41] Ibid., par. 84.

[42] Ibid., par. 96.

односа родитеља и детета ни у једном ни у другом случају.[43] Европски суд за људска права „може да схвати да Француска жели да одврати своје држављане од путовања у иностранство да предузму неку од метода потпомогнуте оплодње које су забрањене на њеној територији. Ипак, ефекти непризнавања правне везе родитеља и детета између зачете деце и намењених родитеља није ограничена само на родитеље", она утиче и на децу, тако да је Европски суд за људска права утврдио кршење права на приватан живот деце у питању.[44] Други случај се тицао неплодног пара који је отпутовао у Русију ради предузимања потпомогнуте оплодње, након чега им је сурогат мајка родила дете.[45] Русија је издала крштеницу у којој се наводи да су они родитељи детета, међутим дете је по доласку у Италију смештено у дом за незбринуту децу, и започет је кривични поступак против родитеља. Европски суд за људска права је првобитно утврдио кршење члана 8 Конвенције јер је опет сматрао да су власти пропустиле да успоставе правичан баланс између интереса у питању, тј. да интереси детета ипак треба да буду приоритет.[46] Међутим, пред Великим већем Европског суда за људска права је донета сасвим другачија одлука, тј. није утврђено кршење члана 8 Конвенције.[47] Суд је прво указао на разлику у односу на ранији наведени случај против Француске, тј. да је у овом случају доказана биолошка веза између оца и детета.[48] Осим тога, тај случај се тицао признавања стране крштенице и правне везе са дететом, а овде је управљен против мера италијанских власти којима је дете раздвојено од подносиоца представке.[49] Такође, дете у питању није подносилац представке, пошто је одбијен захтев подносилаца представке да заступају интересе детета.[50] У свом издвојеном мишљењу у којем се нису сложили са одлуком већине (11:6), поједине судије су указале да је и у ранијој пракси Европског суда за људска права указано да нису битне биолошке везе, већ стварне личне везе између родитеља и деце, а према њиховом мишљењу дете и родитељи су остварили јаке везе у првим месецима живота детета (што су препознали и социјални радници).[51] Такође, указали су да раздвајање од детета свакако није било у

[43] Ibid., par. 98.

[44] Ibid., paras. 99,101.

[45] *Paradiso et Campanelli v. Italy,* представка бр. 25358/12, пресуда од 27. јануара 2015.

[46] Ibid., par. 87.

[47] *Paradiso et Campanelli v. Italy (GC),* представка бр. 25358/12, пресуда од 24. јануара 2017. године.

[48] Ibid., par 132.

[49] Ibid., par 133.

[50] Ibid., par 134.

[51] Ibid., Joint Dissenting Opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens and Grozev.

његовом интересу, већ пре у јавном интересу, тј. да се оконча „илегална ситуација“ која је настала као резултат репродуктивног туризма, и у том смислу да се обесхрабре грађани Италије да прибегавају оваквој пракси.[52] Уколико се дакле узме у обзир пракса Суда правде ЕУ, може се приметити да Суд правде ЕУ у принципу није прекорачио своје надлежности, тј. није у ширем смислу тумачио релевантне одредбе ЕУ законодавства које су настале у периоду када репродуктивни туризам и сурогатство нису узели маха (пре свега Директива 92/85/ЕЗ). Као изузетак од оваквог поступања може се навести раније наведени случај у вези *in vitro* оплодње, тј. не сурогатства, али је овде вероватно реч о преседану.[53] Питање дозвољености сурогат материнства ће се сигурно дуго налазити у надлежности држава чланица. С једне стране, репродуктивни туризам ће стварати необичне ситуације и можда наводити силом прилика на усаглашавање законодавстава земаља чланица, међутим с друге стране, у земљама чланицама ЕУ код којих постоји јак утицај цркве сматрамо да неће ускоро доћи до било каквих промена. Када погледамо праксу Европског суда за људска права можемо рећи да је иницијално у извесној мери прекорачио своју надлежност будући да, како је и сам навео, око дозвољености сурогат материнства не постоји консензус. Пре се могло очекивати да је у овој области дао широко поље слободне процене државама, без детаљног упуштања у околности случаја.[54] Иницијално је као суд у чијој је надлежности пре свега заштита људских права решио да заштити интересе деце. Међутим, у новијој пресуди је пре свега под изговором да дете нема биолошку везу са родитељима, ипак решио да заштити интересе државе у питању. Не улазећи овде у етичке дилеме око сурогатства, које су заиста замршене и веома дуго су предмет расправа, мора се приметити да су интереси и права детета услед репродуктивног туризма заиста погођени. Ово се свакако односи и на ситуацију која је искрсла пред Судом правде ЕУ, тј. када мајка не добије одсуство у првим недељама након рођења детета, јер иако није носила, односно родила дете, новорођеној деци је неопходна посебна нега, односно исхрана.

5) ИЗВОРИ

Beers, C. Van Brrita, “Is Europe ‘Giving in to Baby Markets?’ Reproductive Tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets“, *Medical Law Review*, Vol. 23, Issue 1, 2014.

[52] Ibid.

[53] Mel Cousins, “Surrogacy leave and EU law: Case C 167/12, C.D. v S.T. and Case C 363/12, Z. v A Government Department, Judgements (Grand Chamber) of 18 March 2014”, op. cit., p. 485.

[54] Анђела Ђукановић, *Европски стандарди у области биомедицине – право на интегритет личности*, докторска дисертација, Београд, 2015, стр. 303.

Brugger, Kristiana, "International Law in the Gestational Surrogacy Debate", *Fordham International Law Journal*", Vol. 35, Issue 3, 2012–2013.

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *Official Journal of the European Union,* L 303/16, 2.12.2000.

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC, *Official Journal of the European Communitie, L 348, 28.11.1992.*

Cousins, Mel, "Surrogacy leave and EU law: Case C 167/12, C.D. v S.T. and Case C 363/12, Z. v A Government Department, Judgements (Grand Chamber) of 18 March 2014", *Maastricht Journal of* European *and Comparative* Law*,* Vol. 2., Issue 2*,* 2014;

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *Official Journal of the* European Union*,* L *204/23*, 26.7.2006.

Engel, Martin, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", Доступно на: *http://www.academia.edu/4991816/Cross-Border_Surrogacy_Time_for_a_Convention*, 20. 04. 2018.

Ergas, Yasmine, "Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy", *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013.

Vjay, Mrinal, "Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas", *UCL Journal ofLaw and Jurisprudence,* Vol. 3, 2014.

Weisberg, D. Kelly , *The Birth of Surrogacy in Israel*, Florida 2005.

Бордаш, Бернадет, "Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Вол. 46, бр. 4, 2012.

Бордаш, Бернадет, „Рестриктивни концепт сурогат материнства у Радном тексту Грађанског законика Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр, 3, 2015.

Ђукановић, Анђела, *Европски стандарди у области биомедицине – право на интегритет личности*, докторска дисертација, Београд, 2015.

Ковачек, Станић Гордана, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рађање детета – сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији", *Становништво*, бр. 1, 2013.

6) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Република Србија, као држава чија је политика усмерена ка чланству у ЕУ, има обавезу усаглашавања са прописима и стандардима ЕУ. Међутим, као што је раније наведено, питање сурогат материнства се у принципу регулише искључиво на начин на који земље ЕУ сматрају најподеснијим за своју државу, тј. искључиво је у надлежности домаћег правног поретка. Може се приметити да се Република Србија поводом сурогат материнства налази негде између решења, са још увек нејасном идејом како тачно регулисати ово питање. Тренутно су у Републици Србији споразуми о сурогатству забрањени.[55] У новом Закону о биомедицински потпомогнутој оплодњи од 2017. године је дакле поновљена забрана из ранијег Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења од 2009. године, тј. преузета је одредба идентичне садржине.[56] Међутим, паралелно са оваквом законском регулативом, у Радном тексту Грађанског законика Републике Србије нашле су се одредбе којима се дозвољава сурогат материнство (уговор о рађању за другог).[57] Према предложеним одредбама, оно би било подвргнуто строгим правилима и резервисано само за домаће држављане, а најбољем случају и за странце са пребивалиштем на територији Републике Србије.[58] Пресуде Суда правде ЕУ, као и Европског суда за људска права можда могу послужити као водич у разматрању евентуалних последица репородуктивног туризма приликом опредељивања законодавца за конкретно решење. У сваком случају, јасно је да ако се задржи забрана споразума о сурогатству, а родитељи прибегавају репродуктивном туризму како би дошли до потомства, интереси деце могу бити значајно погођени, нпр. укидањем могућности плаћеног одсуства ради неге детета, или немогућност добијања држављанства и наслеђивања родитеља и сл.

---

[55] Забрањено је: „Укључити жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи“, члан 49. став 18. Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС*, бр. 40/2017 и 113/2017 - др. закон.

[56] Члан 56 тачка 25 Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

[57] Грађански законик Републике Србије, Радни текст припремљен за јавну расправу, са алтернативним предлозима, Влада Републике Србије, 29. мај 2015. године, Интернет: https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf, 20.04.2018., стр. 569-572.

[58] Бернадет Бордаш, „Рестриктивни концепт сурогат материнства у Радном тексту Грађанског законика Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр, 3, 2015, стр. 998.

QUESTION OF THE SURROGATE MOTHERHOOD IN PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Abstract: Surrogacy is an issue that has caused a series of ethical dilemmas for quite some time, primarily regarding the possible exploitation of the surrogate mothers in a difficult economic situation. The issue of surrogacy is especially important in light of the progress of reproductive technologies and reproductive tourism. Surrogate motherhood is a sensitive issue, and the EU law does not regulate it. Therefore, particularly interesting were two cases which appeared before the Court of Justice of the EU. They showed how the issue of surrogate motherhood could pose a problem in an indirect way. As for the aforementioned two cases, it may be noted that the Court of Justice of the EU has not exceeded his jurisdiction. However, in the light of surrogacy arrangements, it should be taken into account that the interests and rights of children born through surrogacy can be affected significantly, especially in the context of reproductive tourism. Nevertheless, achieving any consensus in this area is almost impossible.

Key words: European Union, surrogacy, Court of Justice of the EU, reproductive tourism, human rights, European Court of Human Rights.