

Виши асистент мр Драгана Дамјановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

СУРОГАТСТВО – НОВИ ИЗАЗОВ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Право је сваког дјетета да, уколико је то могуће, зна за своје родитеље и ужива њихово старање. Међутим, развој медицинских наука, као и промјена устаљених породичних образаца, унијели су неизвјесност у питање успостављања, признања и оспоравања правног родитељства. У вези са тим, у овом раду, аутор ће разматрати гестационо сурогатство, те родитељство настало као последица сурогат аранжмана. Имајући у виду да је у већини земаља ово питање дјелимично или сасвим нерегулисано, парови који се одлуче да на овакав начин добију потомство, често одлазе у иностранство гдје се налази сурогат мајка, или, пак, њу доводе у своју земљу. Било како било, нужно се појављује питање успостављања или признања правног родитељства над дјететом рођеним од сурогат мајке, у тзв. сурогат аранжману који има прекогранични карактер. Регулисање ове правне ситуације, у надлежности је унутрашњег законодавства сваке земље, но можда је дошло вријеме за унификацију правила, све с циљем заштите дјетета.

Кључне ријечи: Права дјетета; Сурогат мајка; Прекогранични сурогат аранжман; Правно родитељство; Признање стране судске одлуке; Хашка конференција; Најбољи интерес дјетета.

1. О СУРОГАТ МАТЕРИНСТВУ УОПШТЕ И СТАЊЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Стручњаци су дефинисали неплодност као „болест која се манифестује изостанком клиничке трудноће који настаје након 12 или више мјесеци редовних незаштићених односа или услед слабљења репро-

дуктивне способности било појединца или његовог/њеног партнера“.¹ Према подацима из 2012. године, са неплодношћу се бори негдје око 48,5 милиона парова и 186 милиона појединаца широм свијета.² Суочени са суровом стварношћу, парови који остају истрајни у својој жељи за потомством, принуђени су да помоћ траже у неком од поступака биомедицински потпомогнуте оплодње.

Премда већина земаља у свијету дозвољава биомедицински потпомогнуту оплодњу, постоје знатне разлике у погледу дозвољених облика. Тако, либералније државе,³ поред класичних поступака тзв. вјештачке оплодње, дозвољавају и сурогат материнство,⁴ док се у државама са рестриктивнијим ставом по овом питању,⁵ лијечење болести неплодности своди на вјештачку оплодњу сопствене или дониране јајне ћелије жене са сјеменим материјалом њеног мужа или ванбрачног партнера односно донираним материјалом, при чему плод касније носи и рађа лијечена жена.

Босна и Херцеговина, према посљедњим статистичким подацима,⁶ спада у групу земаља са негативним природним прираштајем.⁷ Упркос томе, сурогат материнство изричито је забрањено у Федерацији БиХ,⁸ а однедавно и у Републици Српској.⁹ Но, чак и када би се, упркос забрани,¹⁰ десио случај рађања за другог на територији Републике Срп-

¹ F. Zegers-Hochschild *et al.* „The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017“, *Human Reproduction* Vol. 32, no. 9/2017, 1786–1801. Ова дефиниција прихваћена је и од стране Свјетске здравствене организације.

² M. N. Mascarenhas *et al.* „National, regional and global trends of infertility prevalence since 1990: a systematic analysis of 277 health surveys“, *PLoS Medicine* Vol. 9, no. 12/2012, 1–12.

³ У ову групу земаља спада већина чланица САД, Украјина, Русија, Пољска, Индија, Албанија, Грчка, Уједињено Краљевство, Сјеверна Македонија итд.

⁴ Постоји гестационо и традиционално сурогат материнство. У првом случају, сурогат мајка нема никакве генетске везе са дјететом које рађа, док се у другом случају за оплодњу користи њена јајна ћелија, али након порођаја, дијете препушта другим лицима. У овом раду, бавићемо се искључиво гестационим сурогатством.

⁵ Француска, Њемачка, Италија, Швајцарска, Шведска, Србија, Хрватска, Црна Гора, итд.

⁶ Вид.: *Природно кретање становништва и бракови, I – IX мјесец 2018. године*, Агенција за статистику Босне и Херцеговине. Доступно на: http://www.bhas.ba/saopstenja/2018/DEM_01_2018_Q3_0_BS.pdf, 14. 1. 2020. године.

⁷ Управо због те чињенице, борба са тзв. бијелом кугом требало би да буде на првом мјесту свим нивоима власти у БиХ. Ово нарочито након масовног одлива становништва, који се дешавају задњих година у склопу економских миграција.

⁸ Вид.: Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 59/2018, чл. 45.

⁹ Вид. Закон о лијечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, *Службени гласник РС*, бр. 68/2020, чл. 57, ст. 1, тач. 18.

¹⁰ Примјера ради, да је трудноћа започела прије ступања на снагу Закона о лијечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплодње, дакле за вријеме тзв. правног вакуума.

ске, готово да је извјесно да би правно родитељство¹¹ припало сурогат мајци, а не намјеравној мајци,¹² имајући у виду одредбе Породичног закона РС.¹³ Намјераваном оцу,¹⁴ преостала би могућност утврђивања очинства судским путем, те евентуално признања очинства, уколико би сурогат мајка била неудата жена.

Но, шта је то заправо сурогат материнство, па представља табу тему у великом броју земаља?

Сурогат материнство је облик биомедицински потпомогнуте оплодње, при чему ембрион настао оплодњом јајне ћелије жене – намјераване мајке или дониране јајне ћелије, сјеменим материјалом мушкарца – намјераваног оца или донираним материјалом, носи и касније рађа друга жена, тј. сурогат мајка, док правно родитељство према рођеном дјетету стичу намјеравани родитељи.

Сурогат материнство може бити алтруистичко и комерцијално.

Алтруистичко сурогат материнство подразумијева рађање за другог без награде, при чему се накнађују само разумни трошкови, попут оних потребних за праћење трудноће, лијекова, порођаја и њега након порођаја, те накнаде изгубљене добити. Овај облик сурогат материнства једини је дозвољен, примјера ради у Уједињеном Краљевству и Сјеверној Македонији. Добра страна овог облика је мања могућност злоупотреба, али с друге стране, паровима је јако тешко пронаћи сурогат мајку, па то, углавном, буде члан породице, пријатељица и др.

Комерцијално сурогат материнство, поред накнаде разумних трошкова, подразумијева и давање поприличне награде за рађање дјетета. Карактеристично је за Албанију, Украјину,¹⁵ Индију итд. Парови сурогат

¹¹ Израз „правно родитељство“ користићемо да означимо правно признат статус неког лица као родитеља дјетета. Исто код: Б. Бордаш „Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *Зборник радова* 4/2012, 97–118. Ријеч је о, законом или судском одлуком, признатом односу родитељ–дијете, из којег проистичу одговарајућа права и обавезе. Под термином „правно родитељство“ не подразумијевамо родитељско право, које представља скуп права и обавеза „правног родитеља“, установљених с циљем заштите личности, права и интереса дјетета, као што су нпр. обавеза старања о дјетету, чувања и подизања, васпитавања дјетета, образовања, заступање дјетета, издржавање дјетета и располагање његовом имовином.

¹² Жена која има намјеру путем сурогатства добити дијете, назива се жена наручилац или жена комитент или намјеравана мајка. У овом чланку, зваћемо је намјеравном мајком.

¹³ Вид.: Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02, 41/08, 63/14 и 56/19, чл. 109, ст. 1 – „Дјететова мајка је жена која га је родила.“

¹⁴ Мушкарац, који има намјеру путем сурогатства добити дијете, назива се мушкарац наручилац или мушкарац комитент или намјеравани отац. За потребе овог чланка, зваћемо га намјераваним оцем.

¹⁵ Прва успјешна сурогат трудноћа у Украјини, окончана је 1995. године, да би се, 2013. године, тај број попео на око 1020 трудноћа. Ријеч је о правом бизнису, са растом

мајку најчешће проналазе путем агенција које нуде овакве типове услуга. С обзиром на то да је засновано на комерцијалној основи, овај облик сурогатства је чешћи, а самим тим подложнији разним злоупотребама.¹⁶

Пошто државе које, изузетно дозвољавају сурогат материнство у виду алтруистичког аранжмана, ту могућност већиним дају само сопственим држављанима, појава тзв. „репродуктивног туризма“, која, у ствари, и доводи до појаве иностраног елемента и узрокује интересовање међународног приватног права за ово питање, чешће је везана за комерцијалне сурогат аранжмане.¹⁷

2. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО И ЊЕГОВА РЕФЛЕКСИЈА НА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

„Репродуктивни туризам“ је појава двадесетог и двадесет првог вијека изазвана масовнијом појавом стерилитета код брачних или ванбрачних партнера, али и промјеном дозвољених облика породичних образаца.¹⁸ Наиме, парови који се не могу остварити као родитељи природним путем, нити помоћу неких од поступака биомедицински потпомогнуте оплодне гдје плод носи и рађа лијечена жена, често одлазе у иностранство, и то тамо гдје је сурогат материнство дозвољено, или, у своју земљу из иностранства доводе жену вољну да им роди дијете, све с циљем добијања потомства путем сурогат аранжмана. Овакав вид сурогат аранжмана који у себи садржи елемент иностраности називамо сурогат материнством са прекограничним дејствима¹⁹ или, просто, прекогранични сурогат аранжман.

Бројни су разлози зашто се парови који желе потомство одређују за одлазак у иностранство, како би тамо склопили сурогат аранжман.

од 20 % годишње. С обзиром на законску заштиту намјераних родитеља и цијену аранжмана, Украјина је постала пожељна дестинација за прекогранични сурогат аранжман. Између осталих погодности, намјерани родитељи у Украјини могу да бирају чак и пол дјетета. Више о томе вид. S. N. Kirshner, „Selling a Miracle: Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy“, *Journal of International Business and Law* Vol. 14, no. 1/2015, 77–98.

¹⁶ Скоро да је ријеч о глобалном бизнису, са годишњим приходима од шест милијарди долара годишње. Вид.: Б. Бордаш, (2012), 101.

¹⁷ Сурогат аранжман је одредница коју ћемо користити за уговор о рађању за другог, гдје се као уговорне стране јављају сурогат мајка / сурогат мајка и њен супруг, са једне стране, и намјерани родитељи са друге стране. Сурогат аранжман са елементом иностраности, за потребе овог чланка, зваћемо прекограничним сурогат аранжманом или сурогат аранжманом са прекограничним дејствима.

¹⁸ При томе мислимо на истополне бракове, регистроване истополне заједнице живота, као и нерегистроване истополне заједнице живота.

¹⁹ Вид.: Б. Бордаш, (2012), 101.

Прије свега, они то чине, јер у држави њиховог уобичајеног боравишта, сурогат материнство није уопште дозвољено. Поред тога, честе су ситуације када, уистину, сурогат материнство јесте дозвољено, али само његов алтруистички облик, те намјеравани родитељи нису у могућности пронаћи сурогат мајку. Наравно, евидентирани су и случајеви када парови одлазе у иностранство како би склопили сурогат аранжман, премда је у земљи њиховог уобичајеног боравишта, дозвољено како алтруистичко, тако и комерцијално сурогат материнство. Разлози за то су најчешће финансијске природе, јер све има своју цијену, вишу или нижу, па чак и изнајмљивање матереце.²⁰

Било како било, прекогранични сурогат аранжман неминовно доводи до појаве иностраног елемента, што представља својеврсни аларм за међународно приватно право. Сурогат материнство са прекограничним дејствима може послужити као школски примјер за изучавање правних цјелина међународног приватног права и логичког редослиједа њиховог излагања,²¹ с обзиром на то да изазива одређене правне недоумице у свакој од њих.

Наиме, међународно приватно право позвано је да одговори на најмање следећа три питања:

1. Питање међународне судске надлежности приликом одлучивања о правним посљедицама прекограничног сурогат аранжмана,²²

²⁰ Примјера ради, у Украјини, сурогат аранжман кошта око 40.000 евра, у Албанији 70.000 евра, док у САД око 100.000 долара. Укуцамо ли на Гугл претраживач појам „surrogacy“, искочиће на десетине огласа за сурогат аранжмане, које нуде разне агенције, све са прецизним финансијским понудама.

²¹ О логичком редослиједу излагања правних цјелина међународног приватног права вид. М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, Службени гласник, Београд 2010⁴, 23–26.

²² Пар из Калифорније ушао је у сурогат аранжман са држављанком Уједињеног Краљевства. Ембриони су усађени (донирана јајна ћелија и сјемена течност намјераваног оца) у клинику у Калифорнији. Према споразуму између намјераваних родитеља и сурогат мајке, сурогат мајка је требало да се врати натраг у Уједињено Краљевство, гдје би провела већи дио трудноће, скривајући исту и, наравно, редовно посјећујући лекара. Потом би, пред термин порођаја, дошла у Калифорнију, гдје би родила уз присуство намјераваних родитеља, који би одмах преузели бебу. Међутим, сурогат мајка је, по повратку у Уједињено Краљевство, сазнала да носи близанце. Та чињеница је за собом повукла питање награде за сурогат мајку, јер је она тада тражила већи износ. Намјеравани родитељи су се томе успротивили и предложили да се изврши дјелимични абортус. Сурогат мајка је то одбила. Недуго затим, одлучила је да задржи дјецу за себе, охрабрена чињеницом да она јесте њихова мајка, бар што се тиче породичног права Уједињеног Краљевства. У међувремену, калифорнијски суд је додијелио правно родитељство намјераваним родитељима, наводећи као аргумент да сурогат мајка нема никакве генетске везе са дјецом. Сурогат мајка је оспорила надлежност калифорнијског суда. Потом се породила у Уједињеном Краљевству и донијела на свијет близанце.

2. Питање избора мјеродавног права²³ приликом одлучивања о правном родитељству намјераваних родитеља над дјететом рођеним из сурогат аранжамана, али и статусних права таквог дјетета,

3. Питање признања и извршења страних судских одлука о успостављању правног родитељства у напријед наведеној ситуацији.²⁴

У периоду када су близанци били узраста око три мјесеца, намјеравани родитељи су покренули поступак по Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјеце из 1980. године, тражећи да британски суд одреди повратак дјеце у Калифорнију. Међутим, британски суд је одбацио такав захтјев, сматрајући да нема мјеста примјени Конвенције, с обзиром на то да близанци нису имали уобичајено боравиште у Калифорнији у вријеме незаконитог задржавања. На крају ове животне драме, намјеравани родитељи успјели су да оспоре надлежност британских судова, те је утврђена надлежност калифорнијског суда. Одлука врховне судске инстанце Уједињеног Краљевства, заснивала се на чињеници да сурогат мајка није имала никакве генетске везе са близанцима и да је била случајна околност то што су дјеца рођена у Великој Британији. Вид. W. And B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy) (2002) 1 FLR 1008. Доступно на: <https://www.incadat.com/en/case/470>, 31. 1. 2020. године.

²³ Супружници, поријеклом из Уједињеног Краљевства, склопили су уговор о сурогат аранжману са женом из Украјине и њеним супругом. Она је носила ембрион настао оплодњом дониране јајне ћелије сјеменом течностју намјераваног оца. Сурогат мајка се породила у Украјини. Рођени су близанци. По украјинском праву, намјеравани родитељи из сурогат аранжмана уписују се као родитељи, одмах по рођењу дјетета. С друге стране, према праву Уједињеног Краљевства, сурогат мајка је мајка, а њен муж отац дјетета рођеног из сурогат аранжмана, сем уколико намјеравани родитељи, у року од шест мјесеци од рођења дјетета, не поднесу захтјев суду за покретање процедуре, која за крајњи циљ има да докаже да су они правни родитељи. Какве последице су поменута рјешења имала у овом конкретном случају? Што се тиче Украјине, близанци су били дјеца намјераваних родитеља, те нису имали право на украјинско држављанство. Иста ситуација је била са држављанством Велике Британије, бар до доношења рјешење којег смо малочас помињали. Према томе, услед мимоилажења у прописима, дјеца су била сирочад и апатриди. У овом конкретном случају, појавио се проблем код уласка дјеце у Велику Британију, с обзиром на то да је, у поступку доношења рјешења о правном родитељству који се проводио пред британским органима, требало доказати велики број чињеница. Као спорна, појавила су се питања да ли је сурогат аранжман био комерцијалан, што је противправно у Великој Британији, и да ли су дјеца живјела заједно са лицима која покрећу поступак најмање шест мјесеци. Проблем је ријешен тако што је мушкарац – намјеравани отац, помоћу ДНК анализе доказао да је отац дјеце, те су британске власти допустиле улазак у земљу. На крају је донесено рјешење којим се намјераваним родитељима признаје доживотно правно родитељство, премда је у поступку било доста проблема. Наиме, судија је сматрао да износ који су намјеравани родитељи требало да исплате сурогат мајаци, превазилази разумне трошкове. Детаљније о овом случају вид. K. Trimmings, P. Beaumont, „International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level“, *Journal of Private International Law* Vol. 7, no. 3/2011, 635–636.

²⁴ Пар, намјеравани родитељи, француски држављани, добили су дијете из сурогат аранжмана који је био спроведен у америчкој држави Минесота. Надлежни суд Минесоте признао је намјераване родитеље као правне родитеље и то изгледа путем усвојења. Надлежни органи у Француској првобитно су признали ову одлуку, те је извршен упис у одговарајуће регистре грађана, да би касније пред Апелационим судом,

Поред ова три питања, неопходно је одлучити о правима странаца да ступе у сурогат аранжман, и готово сваки пут, појавиће се питање признања страних јавних исправа, у смислу признања извода из матичне књиге рођених односно потврде о рођењу издатом од органа стране државе.

Но, без обзира на то што се ради о појави која је први пут регистрована прије нешто више од три деценије,²⁵ њено регулисање у законским кодификацијама међународног приватног права, на глобалном нивоу, је изостало.²⁶ Међутим, свакако постоји потреба да се регулишу ситуације изазване прекограничним сурогат аранжманима. То је велики изазов, па му, као таквом, треба и приступити, препознавајући најприје најчешће проблеме са којима се сусрећу учесници таквих аранжмана, а потом трагајући за могућим рјешењима.

3. НАЈЧЕШЋЕ ПРОБЛЕМАТИЧНЕ СИТУАЦИЈЕ СА КОЈИМА СЕ СРЕЋУ НАМЈЕРАВАНИ РОДИТЕЉИ ИЗ ПРЕКОГРАНИЧНОГ СУРОГАТ АРАНЖМАНА

У пракси су забиљежени многобројни случајеви борбе за породични суживот родитеља и дјетета рођеног из сурогат аранжмана, а све као посљедица изостанка унификације правила која би могла ријешити овакве проблема на глобалном нивоу. Дакле, након исцрпљујуће борбе за потомством, у већини случајева слиједи још једна борба за задржавањем тог потомства. Проблеми о којима говоримо потичу из разноликог приступа сурогат материнству као једној од опција биомедицински потпомогнуте оплодње, али и различитог приступа регулисању односа родитељ–дијете, тј. начина стицања правног родитељства, како на нивоу супстанцијалних норми, тако и на нивоу колизионих норми и правила која регулишу признање страних судских пресуда, али и јавних исправа.

на захтјев јавног тужиоца, дошло до поништења одлуке о признању, с образложењем да је сурогат аранжман супротан јавном поретку Француске. Вид. *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Hague Conference of Private International Law, General Affairs and Policy, *Prel. Doc. No. 11*, Hague 2011 – у даљем тексту: *Prel. Doc. No. 11*, фн. 38, 9. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 31. 1. 2020. године.

²⁵ Године 1985, објављен је чланак о првој успјешној трудноћи сурогат мајке, која је вјештачком оплодњом носила ембрион са туђим генетским материјалом. Вид. Б. Бордаш, (2012), 97–98.

²⁶ Поједини аутори сматрају да је ова проблематика могла бити регулисана Хашком конвенцијом о заштити дјете и међународној сарадњи у погледу међународног усвојења из 1993. године или Хашком конвенцијом о надлежности, мјеродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мјера за заштиту дјете из 1996. године. Вид. више о томе А. М. Hutchinson, Н. Khan, „International Surrogacy Arrangements: Time for a Multi-lateral Convention“, *International Family Law* 2011, 305–306.

Супстанцијална рјешења су слична, мајка дјетета је жена која роди дијете, отац је муж мајке,²⁷ што проиходи из самог закона. Ријеч је оборивим правним претпоставкама, но поред тога, правно родитељство може бити стечено путем признања очинства или судском одлуком којом се утврђује очинство и материнство. Исто рјешење предвиђено је у Босни и Херцеговини.²⁸

С друге стране, право мјеродавно за правно родитељство које проиходи по сили закона, већином се везује за *lex fori* – у англосаксонским земљама, или, неку од комбинација слједећих тачака везивања – у осталим јурисдикцијама: (а) уобичајено боравиште, домицил и боравиште²⁹ или држављанство дјетета,³⁰ (б) држављанство једног,³¹ или оба родитеља³² или боравиште родитеља.³³ При томе, тачке везивања могу бити постављене алтернативно или супсидијарно. Мјеродавно право у нашој земљи одређује се према сличним критеријима: заједничко држављанство родитеља и дјетета, заједничко пребивалиште родитеља и дјетета, *lex fori* (уколико је дијете или који од родитеља домаћи држављанин) и држављанство дјетета, при чему је ријеч о супсидијарном везивању.³⁴ Када је ријеч о признању очинства или материнства, мјеродавно право најчешће се цијени према држављанству³⁵ или боравишту³⁶ лица које даје изјаву о признању, те уобичајеном боравишту³⁷ или држављанству³⁸ дјетета. Земље примјењују једну или више тачака везивања, с циљем фаворизације успостављања односа родитељ–

²⁷ Вид. *Prel. Doc. No. 11*, 15.

²⁸ Вид.: ПЗ РС, чл. 109–126, Породични закон – ПЗ ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 33/05, 41/05, 31/14 и 32/19, чл. 53–55, Породични закон – ПЗ БДБиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 23/07, чл. 49–51.

²⁹ На примјер, Бразил, Аргентина, Парагвај, Шпанија, Швајцарска, Уругвај, Венецуела. *Prel. Doc. No. 11*, 16.

³⁰ На примјер, Шпанија. *Ibid.*

³¹ На примјер, Француска. *Ibid.*

³² Њемачка, Јапан и Низоземска. *Ibid.*

³³ Низоземска. *Ibid.*

³⁴ Вид. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима – ЗРСЗ РС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени гласник РС*, бр. 21/91, чл. 40, Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима – ЗРСЗ ФБиХ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, чл. 40, Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима – ЗРСЗ БДБиХ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 17/08, чл. 40.

³⁵ Француска, Јапан, Низоземска и Швајцарска. *Prel. Doc. No. 11*, 16.

³⁶ Низоземска и Швајцарска. *Ibid.*

³⁷ Низоземска и Швајцарска. *Ibid.*

³⁸ Француска; Њемачка, Јапан; Низоземска и Швајцарска. *Ibid.*

дијете.³⁹ Мјеродавно право за признање, утврђивање и оспоравање очинства или материнства у БиХ, одређује се према држављанству, у вријеме рођења дјетета, лица чије се очинство, односно материнство признаје, утврђује или оспорава.⁴⁰ Исти члан се примјењује на утврђивање очинства или материнства судским путем. У упоредном праву, уколико се очинство или материнство утврђује судском одлуком, земље које баштине *common law* правну традицију, као мјеродавно право већином бирају *lex fori* и то, како за утврђивање, тако и за оспоравање. Земље које припадају европскоконтиненталном систему права, као мјеродавно у овом случају, предвиђају право уобичајеног боравишта⁴¹ или држављанства⁴² дјетета, право заједничког држављанства⁴³ или боравишта⁴⁴ потцејалних родитеља, право држављанства мајке⁴⁵ и, изузетно, *lex fori*,⁴⁶ при чему се врло често ради о алтернативном или супсидијарном везивању у колизионој норми која предвиђа мјеродавно право.

У вези са признањем страних судских одлука којима је успостављено правно родитељство, пракса је буквално црно-бијела: одлуке се признају или захтјев за признање напросто буде одбијен. Могућност контроле стране одлуке приликом њеног признања је питање које се, већ, разликује од државе до државе. Но, оно што је заједничко свима њима је то да на располагању имају установу јавног поретка,⁴⁷ која уви-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ ЗРСЗ РС, чл. 41, ЗРСЗ ФБиХ, чл. 41, ЗРСЗ БДБиХ, чл. 41.

⁴¹ Шпанија и Швајцарска. *Prel. Doc. No. 11*, 18.

⁴² Шпанија. *Ibid.*

⁴³ Јапан. *Ibid.*

⁴⁴ Низоземска. *Ibid.*

⁴⁵ Француска. *Ibid.*

⁴⁶ Шведска. *Ibid.*

⁴⁷ Ваља напоменути да јавни поредак представља промјенљиву категорију. То обавезује судију да, приликом доношења одлуке о признању стране судске одлуке, узима у обзир тренутно важећи јавни поредак, а не норме које су биле његов дио, нпр. у вријеме када се спорни случај десио. Ово је свакако добро, јер дозвољава својеврсну еволуцију јавног поретка, а тако и његове перцепције од стране суда. Узмимо за примјер случај из Њемачке. Хомосексуални пар који је живио у правно регистрованој заједници у Њемачкој, закључио је прекогранични сурогат аранжаман са неударом женом из Калифорније. Она је родила дијете настало оплодњом дониране јајне ћелије и сјемење течности једног од партнера. Калифорнијски суд донио је пресуду којом је признато правно родитељство обојици намјераваних родитеља, чему је претходила изјава о одрицању било каквих права од стране сурогат мајке, те признање очинства од стране биолошког оца. Пар се, заједно са дјететом, вратио у Њемачку, и тражио да се чињеница рођења, као и њихово правно родитељство, упишу у одговарајуће регистре. Јавни регистар је одбио тај захтјев, наглашавајући да би то довело до повреде јавног поретка. Уствари, признање правног родитељства биолошког оца било је могуће, али не и другог намјеравног родитеља. Случај је стигао до Врховног суда. Треба

јек може послужити као разлог за одбијање признања, нарочито, ако у тој земљи сурогат материнство није дозвољено.⁴⁸ Поред тога, од значаја је индиректна надлежност, чије непостојање према правилима државе признања, често води негативној одлуци.⁴⁹

Кад се ради о признању страних јавних исправа, тј. извода из матичне књиге рођених и уписа података у домаће регистре, земље

напоменути да је сурогат материнство изричито забрањено у Њемачкој, и да су, све до тада, њемачки судови досљедно одбијали признање правних посљедица сурогат аранжмана, чак и ако су се они реализовали у земљи у којој је то потпуно законито. Међутим, у овом случају, Врховни суд је, децембра 2014. године, донио одлуку којом, у потпуности, признаје калифорнијску пресуду о правном родитељству оба намјеравана родитеља. Суд је одбацио кршење јавног поретка Њемачке, као разлог за одбијање признања пресуде. У доношењу овакве одлуке, Суд се водио, првенствено, најбољим интересом дјетета, који превазилази забрану сурогат материнства као норме јавног поретка. Ипак, Суд се оградио, тако што је навео да овакво схватање треба да буде примијењено само приликом признања страних судских одлука о правном родитељству, у ситуацијама када постоји генетска веза бар једног намјераваног родитеља и дјетета. Више о овом случају вид: S. L. Gossel, „The Recognition of a Judgment of Paternity in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law“, *Cuadernos Derecho Transnacional* Vol. 7, no. 2/2015, 448–465.

⁴⁸ Узмимо за примјер Швајцарску. Швајцарска не дозвољава сурогат материнство, али се свакако суочава са проблемом признања правних посљедица прекограничних сурогат аранжмана, у које ступају њени држављани и резиденти. Тако је Кантонални суд у Санкт Галену, 19. августа 2014. године донио одлуку да признање, у иностранству успостављеног правног родитељства хомосексуалном пару из Швајцарске, над дјететом које су добили путем сурогата у Калифорнији, не представља повреду јавног поретка. Наиме, дјетете је добијено оплодњом дониране јајне ћелије сјеменом течносту једног од намјераваних очева. Међутим, наредне године, Врховни суд Швајцарске, поништио је ту пресуду и одбио да региструје као правног оца, мушкарца који није био биолошки отац дјетету. У саопштењу Суда поводом те пресуде, наведено је да забрана сурогат материнства улази у јавни поредак земље, те да намјеравани родитељи нису имали никакве везе са САД, што је имплицирало да је заобиђено швајцарско право. Но, оно што је изазвало још више контраверзи, јесте саопштење Суда да овај случај не значи да ће сваки сљедећи пут бити одбијено признање правног родитељства које је стечено у иностранству, над дјететом рођеним уз помоћ сурогат мајке, већ да ће се цијенити сваки случај посебно. Вид. A. Buchler, L. Maranta, „Surrogacy and International Private Law in Switzerland“, *International Survey of Family Law* 2015, 334. и 342. Шта то значи? Установа јавног поретка као разлог за одбијање признања стране судске одлуке у овим стварима, очигледно може бити другачије интерпретирана, у зависности од свих околности сваког појединачног случаја. То нас води у два озбиљна проблема: дискриминацији и правној несигурности. Да би се спријечило тако нешто, судија треба одвагати све расположиве чињенице и имати на уму најбољи интерес дјетета, прије него што посегне за клаузулом јавног поретка.

⁴⁹ Што се тиче директне надлежности за доношење судских одлука о правном родитељству, она се већином заснива на општем критеријуму надлежности, који се у већини земаља везује за домицил туженог. С друге стране, забиљежени су и посебни основи директне надлежности, као што су боравиште дјетета, боравиште потенцијалног оца, држављанство једне од страна, па чак и *forum necessitatis*. *Prel. Doc. No. 11*, 17.

најчешће користе један од следећих метода признања. Према првом – методу сукоба закона, страна исправа служи као доказ о чињеницама,⁵⁰ на основу којих ће домаћи орган, примјењујући мјеродавно право према домаћим колизионим нормама, установити ко су правни родитељи дјетета.⁵¹ Према другом – методу признања, страна исправа пролази кроз поступак признања, у којем она треба да испуни одређене услове,⁵² те ако то буде успјешно, бива призната. У супротном, њено признање се одбија.⁵³ Дакле, према првом методу, лица која су у страној исправи уписана као правни родитељи, не морају то нужно бити и у земљи признања, док према другом методу, уколико се изврши признање стране исправе, лица уписана као родитељи се као такви уписују и у домаће регистре.⁵⁴

У сваком случају, потребно је осврнути се на практичне проблеме са којима се сусрећу намјеравани родитељи у прекограничном сурогат аранжману. Хашка конференција за међународно приватно право, која се овим проблемом бави још од 2010. године, препознала је неколико типичних ситуација,⁵⁵ које ћемо изложити у наставку рада.

3.1. Тешкоће приликом прибављања путних докумената за дијете

Прва и можда најчешћа ситуација, дешава се у склопу следећих чињеница: пар – намјеравани родитељи, са уобичајеним боравиштем у држави А, склопе сурогат аранжман са женом чије је уобичајено бора-виште у држави Б. Дијете бива рођено, такође у држави Б. Намјеравани родитељи не могу довести дијете у своју земљу, државу А, због немогућности да му прибаве путне документе.

⁵⁰ Али не и о правним посљедицама тих чињеница!

⁵¹ На примјер, Белгија: вид. Law of 16 July 2004 Holding the Code of Private International Law, Article 29, Њемачка: вид. *Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements – Germany*, Permanent Bureau, Hague 2013, 23–24. Доступно на: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3de.pdf>, 31. 1. 2020. године.

⁵² На примјер, Низоземска. Потребно је да је страну исправу издао надлежни орган у иностранству, да су утврђене релевантне правне чињенице или акти, да су они уписани у исправу и да је на основу тога у иностранству успостављено правно родитељство. Вид. Act Conflict of Law Rules for Familial Relationships arising from Descendancy, *Act of 14 March 2002 (Stb. 2003, 161)*, Chapter 5, Article 10.

⁵³ Признање јавне исправе ће, у већини земаља које користе овај метод, нужно бити одбијено уколико приликом успостављања правног родитељства у иностранству нису предузете законом предвиђене радње, те ако је јавна исправа супротна јавном поретку или некој судској одлуци земље признања.

⁵⁴ *Prel. Doc. No. 11*, 14–15.

⁵⁵ *Prel. Doc. No. 11*, 8–11.

Примјер из стварног живота, води нас до случаја⁵⁶ који је свој исход имао пред Европским судом за људска права.⁵⁷ Пар, госпођа и господин Д, обоје белгијски држављани са уобичајеним боравиштем у Белгији, склопили су сурогат аранжаман са женом из Украјине. Након успјешне оплодње и трудноће, 26. фебруара 2013. године, рођено је дијете, такође у Украјини. Пар је пријавио рођење дјетета надлежним властима у Украјини, те добио извод из матичне књиге рођених за дијете, у којему је назначено да је господин Д отац, а госпођа Д мајка дјетета, без помињања чињенице да је дијете рођено у сурогат аранжману. Родитељи су 15. марта 2013. године, у белгијској амбасади у Кијеву, покушали да дјетету прибаве пасош, но њихов захтјев је одбијен, с образложењем да нису успјели доказати породичну везу између њих и дјетета. Четири дана касније, родитељи су се обратили Суду у Белгији, тражећи да у хитном поступку, буде одређено издавање путних докумената за дијете, како би га довели у Белгију. Поред тога, 22. марта исте године, покренули су поступак признања украјинског извода из матичне књиге рођених. Белгијски првостепени суд је, 5. априла 2013. године, одбио захтјев родитеља, наводећи да нису доказали биолошку везу са дјететом, нити пружили довољно одговора у вези са сурогат аранжманом. Родитељи су били принуђени да се врате у Белгију без дјетета, с обзиром на то да је њихова боравишна виза у Украјини истичала. Тако су се, 23. априла 2013. године, раздвојили од дјетета. У међувремену, уложили су жалбу Апелационом суду на првостепену одлуку. Трудиле су се да што чешће посјећују дијете које је остало са дадиљом у Украјини. Апелациони суд, 31. јула 2013. године, донио је одлуку којом се белгијским властима налаже да дјетету издају привремени пасош или неки други административни документ, како би га родитељи довели у Белгију. Суд је ову одлуку донио након што је господин Д доказао да је биолошки отац дјетета. Родитељи су, 6. августа 2013. године, довели дијете у Белгију и од тада живе скупа. Међутим, родитељи су, 30. априла 2013. године, поднијели тужбу Европском суду за људска права, против Белгије, позивајући се на кршење члана 3 (забрана нечовјечног или понижавајућег поступања), члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота), члана 6 (право на правично саслушање) и члана 13 (право на ефикасан правни лијек) Европске конвенције о људ-

⁵⁶ Вид. случај *D. and Others v. Belgium* (dec.) – 29176/13. Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 30. 1. 2020. године.

⁵⁷ О пракси Европског суда за људска права у вези са прекограничним сурогат аранжманима, вид. P. Beaumont, Working paper No. 2016/4: „Recent jurisprudence of European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for a global regulation of surrogacy“. Доступно на: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIIL_2016-4.pdf, 21. 2. 2020. године.

ским правима.⁵⁸ Суд је одбио тужбу по свим тачкама, сем прве која је одбачена. Укратко, Суд је нашао да је Белгија имала право да спроведе одређене провјере прије него што је дозволила улазак дјетета на своју територију, те да, иако је поступак којим је родитељима омогућено да доведу дијете у Белгију, трајао нешто више од четири мјесеца, то није превазишло разуман и очекиван рок.⁵⁹

3.2. Тешкоће приликом признања стране судске одлуке о родитељском праву

Друга типична ситуација тиче се непризнавања стране судске одлуке о успостављању правног родитељства. Чињенице су већином распоређене на следећи начин: држава А, из које су намјеравни родитељи, не признаје судску одлуку државе Б, у којој је дијете рођено, о успостављању правног родитељства намјеравних родитеља над дјететом рођеним из сурогат аранжмана. Дакле, као и у претходном случају, пар одлази у иностранство гдје закључује сурогат аранжман и добија дијете, али овај пут нема проблема у вези са довођењем дјетета у примајућу земљу, већ са признањем стране судске одлуке о правном родитељству коју је донио суд земље рођења дјетета.

Као примјер, послужиће судбина пара из Јапана, који је своје наслједнике добио захваљујући сурогат аранжману са женом из америчке државе Невада. Одлука пара да дјецу добије помоћу сурогат аранжмана узрокавана је претходном болешћу жене, која је због рака била подвргнута хистеректомији и радијацијском зрачењу. Међутим, успјела је да сачува јајнике, те је намјера пара била да њене јајне ћелије буду вјештачки оплођене сјеменом течностју супруга, а да су-

⁵⁸ 1950 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS No. 005, 213 UNTS 222 (No. 2889), ступила на снагу 3. септембра 1953. године - у даљем тексту: Европска конвенција о људским правима и основним слободама. Доступно на: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 14. 1. 2020. године. Родитељи су тврдили да је одбијањем белгијских власти да дјетету издају путне документе, дошло до кршења чланова 3 и 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Надаље, родитељи су тврдили да је ефективним раздвајањем од дјетета, које је проузроковано одбијањем да му се изда путни документ, повређен члан 8 Конвенције, а да су све троје, у вези са повредом права на породични живот, били подвргнути повреди члана 3, тј. забрани нечовјечног или понижавајућег поступања. На крају, ослањајући се на члан 13, помоћу члана 6 и чланова 3 и 8, родитељи су тврдили да им није био доступан ниједан ефикасан правни лијек за њихове жалбе, имајући у виду дужину поступка који би дјетету омогућио долазак, тј. путовање у Белгију.

⁵⁹ О пракси Европског суда за људска права о праву дјетета на породични живот вид. Д. Теранић, „Право на породични живот и права дјетета у Републици Српској“, *Зборник радова Начела и вриједности правног система – норма и пракса* (ур. Г. Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2012, 211–226.

рогат мајка изнесе трудноћу и роди дијете. Након два неуспјела покушаја 2002. године, такође у САД, пар је 2003. године сачинио уговор о сурогат аранжману са женом из Неваде. Уговор је предвиђао да ће сурогат мајка бити оплођена ембрионом који носи генетески материјал оба намјеравана родитеља, те да ће након порођаја дијете бити предато намјераваним родитељима. При томе, сурогат мајка и њен муж не би имали никаква права, нити обавезе према дјетету. Крајем новембра 2003. године, рођени су близанци. Државни суд Неваде, након увида у уговор и узетих изјава уговорних страна, донио је одлуку којом су намјеравани родитељи проглашени родитељима дјете, како по крви, тако и по закону, те је наложено надлежним властима да одмах издају извод из матичне књиге рођених, у којем ће, као родитељи, бити уписани намјеравани родитељи. Родитељи су, негдје у јануару 2004. године, заједно са дјецом, дошли у Јапан, те покренули поступак признања стране судске одлуке и потврде о рођењу, у којима су назначени као отац и мајка близанаца. Надлежни орган одбио је захтјев, с образложењем да се није могло утврдити да је мајка доиста и родила дјецу, те да стога, није било могуће донијети позитиван закључак о постојању породичне везе са дјецом. Родитељи су уложили жалбу која је, нажалост, одбијена од стране првостепеног суда у Јапану. Но, другостепени суд донио је одлуку којом је укинуо одлуку првостепеног суда и наложио да се прихвати потврда о рођењу дјете. У образложењу, суд је навео да правне посљедице судске одлуке донешене у Невади, нису супротне јавном поретку Јапана, упркос постојању значајних разлика у породичноправним прописима који регулишу правно родитељство. Међутим, Врховни суд Јапана, поништио је другостепену пресуду и одбацио жалбу против првостепене пресуде. У својој одлуци, Врховни суд Јапана навео је да је, страна судска одлука о успостављању односа родитељ–дијете, између лица која према Грађанском законик Јапана нису подобна за такав однос, супротна јавном поретку, и да, као таква, не може бити призната. Поред тога, Суд је заузео став да се жена, која помоћу вјештачке оплодње туђе јајне ћелије затрудни и роди дијете, има сматрати мајком тог дјетета. С друге стране, то не може бити случај са женом која није зачала и родила дијете, чак иако је оно зачето оплодњом њене сопствене јајне ћелије.⁶⁰

3.3. Тешкоће приликом признања стране јавне исправе

Трећа ситуација коју је Хашка конференција препознала као проблематичну, слична је претходној, само овај пут надлежни органи државе

⁶⁰ Случај 2006 (Кьо) 47, Supreme Court of Japan. Доступно на: http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=883, 10. 2. 2020. године.

А, из које су намјеравани родитељи, одбијају признати извод из матичне књиге рођених, тј. потврду о рођењу, издат од стране недлежних органа државе Б, у којој је закључен и спроведен сурогат аранжман.

Узмимо за примјер случај који је крајем 2019. године, свој исход имао пред Европским судом за људска права. Господин Ц и госпођа Ц, обоје француски држављани, су, у фебруару 2010. године, у САД добили дијете. Оно је рођено из сурогат аранжмана, тако што је сурогат мајка носила ембрион настао оплодњом дониране јајне ћелије и сјеменог материјала господина Ц. Потврда о рођењу издата је у Флориди, октобра 2010. године. Господин Ц је био означен као отац, а госпођа Ц као мајка дјетета. Родитељи су се, 2014. године, обратили француском Конзулату у Мајамију, тражећи да се изврши упис података за дијете у француски Регистар рођених, вјенчаних и умрлих. Међутим, захтјев је, због сумње да се радило у гестационом сурогатству, прослијеђен канцеларији јавног тужиоца у Нантесу. Канцеларија јавног тужиоца, 2015. године, обавјестила је господина и госпођу Ц, да је њихов захтјев одбијен. Родитељи су, затим, уложили тужбу суду против Канцеларије јавног тужиоца Нантеса, тражећи да се подаци из потврде о рођењу дјетета упишу у француски Регистар рођених, вјенчаних и умрлих, а позивајући се на чланове 8 (право на приватни и породични живот) и 14 (забрана дискриминације) Европске конвенције о људским правима. Француски суд је, 2016. године, дозволио њихов захтјев за упис. Међутим, већ сљедеће године, Апелациони суд поништио је ту одлуку, у дијелу који се тиче уписа госпође Ц као мајке, имајући у виду да није родила дијете. На снази је остао дио одлуке којим се господин Ц означава као отац дјетета. Родитељи су се, 4. јануара 2019. године, обратили Европском суду за људска права, ослањајући се на кршење чланова 8 и 14 Европске конвенције о људским правима. Њихов захтјев је одбијен као неоснован, с образложењем да одбијање француских власти да изврше упис података из потврде о рођењу иностраног органа, у којој је као мајка уписана намјеравана мајка, а дијете је рођено из сурогат аранжмана помоћу дониране јајне ћелије, није несразмјерно. Суд је нарочито имао у виду могућност да намјеравана мајка може, путем усвојења, засновати родитељске везе са дјететом. Одлука је донесена 12. децембра 2019. године.⁶¹

4. ИДЕЈЕ О МОГУЋИМ РЈЕШЕЊИМА

Чини нам се да сурогат материнство још увијек представља својеврсну табу тему, не само у нашој земљи и региону, који је иначе познат по тежем прихватању „савремених“ породичних образаца, већ и у свијету уопште. Због тога, улазак у прекогранични сурогат аранжман,

⁶¹ Вид. *Case C and E v. France* ECHR 433 (2019). Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22fulltext%22:%5B%22surrogacy%22%5D%7D>, 31. 1. 2020. године.

дефинитивно са собом носи ризик евентуалног непризнања његових правних посљедица. Међутим, дијете је дијете, било оно рођено од биолошке мајке, усвојено, или рођено од сурогат мајке. Према томе, сваки облик дискриминације дјетета који настане због чињенице да је рођено из сурогат аранжмана, директно крши његова права, а свакако и права намјераваних родитеља. Подсјетимо се Конвенције Уједињених нација о правима дјетета⁶² која гарантује сваком дјетету да одмах након рођења буде регистровано, те да има право на име, стицање држављанства, и уколико је то могуће, право да зна ко су му родитељи, те да ужива њихово старање⁶³. Поред тога, стране уговорнице ове Конвенције обавезале су се поштовати право дјетета на очување идентитета, укључујући држављанство, име и породичне односе.⁶⁴ Европска конвенција о људским правима и основним слободама сваком лицу даје „право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке“.⁶⁵

С обзиром на то да је готово немогуће ријешити проблем правних посљедица прекограничног сурогат аранжмана без међународног инструмента⁶⁶ који би на јединствен начин регулисао ово питање,⁶⁷ Хашка конференција за међународно приватно право је још 2010. године препознала овај проблем, те наложила Сталној канцеларији да организује састанак везан за тематику сурогатства. Од

⁶² *1989 Convention on the rights of the Child*, ступила на снагу 2. септембра 1990. године – у даљем тексту: Конвенција УН о правима дјетета, чл. 7 и 8. Доступно на: <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text>, 14. 1. 2020. године.

⁶³ Конвенција УН о правима дјетета, чл. 7. ст. 1.

⁶⁴ Конвенција УН о правима дјетета, чл. 8, ст. 1

⁶⁵ Европска конвенција о људским правима и основним слободама, чл. 8, ст. 1.

⁶⁶ У правној теорији, присутна је и извјесна доза страха да би међународно регулисање прекограничног сурогат аранжмана, могло довести до дискриминације одређених група, у смислу да би оне биле ускраћене за права која би такав инструмент гарантовао. Ријеч је о геј популацији, појединцима који намјеравају да буду самохрани родитељи, те старијим особама. То би могло имати за посљедицу „заобилажење“ конвенције, што би погодновало црном тржишту. Вид. S. Mohapatra, „Adopting an International Convention on Surrogacy - A Lesson from Intercountry Adoption“, *Loyola University Chicago International Law Review* Vol. 13. no. 1/2016, 35.

⁶⁷ Међутим, постоје и потпуно супротна мишљења. Поједини аутори сматрају да се међународним инструментом не могу ријешити витална питања у прекограничном сурогат аранжману, попут правног родитељства и држављанства дјетета. Разлог за то је неизвјесност у погледу довољног броја ратификација, затим проблем обезбјеђења буџета неопходног за реализацију једне такве конвенције и слично. Насупрот томе, став је аутора, треба размислити о локалном приступу проблему, тј. стимулисати државе да измјене унутрашње законодавство, а по маским да је „најбољи приступ међународном проблему, у великој мјери, појединачни приступ.“ Више о томе вид. С. Прусе, „Surrogacy and Citizenship: A Conjective Solution to A Global Problem“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 23, no. 2/2016, 925–952.

тада, па до данас, Конференција је одржала шест састанака Експертске групе, сачињене од стручњака за међународно приватно право широм свијета. У међувремену, Конференција је израдила десетак извјештаја у којима је презентovala стање везано за овај вид биомедицински потпомогнуте вјештачке оплодње на свим континентима, којима су обухваћени супстанцијални прописи, пракса судова, ситуације које изазивају највише проблема, те могућа рјешења.⁶⁸ С обзиром на обим овог рада, осврнућемо се на посљедње приједлоге, напомињући да су они посљедица дугогодишњег исцрпног рада и труда, чија еволуација заслужује посебан приказ.⁶⁹

План је да се у догледно вријеме усвоји једна општа конвенција о признању страних пресуда о успостављању правног родитељства, као и посебан протокол о признању страних судских одлука о правном родитељству проишашлом из прекограничног сурогат аранжмана.

У вези са првим актом, примјетна је склоност Хашке конференције да избјегава колизионо регулисање проблема. Наиме, тренутни приједлог је да правно родитељство буде регулисано путем признања страних судских одлука у којима је о њему одлучено, и то непосредно на основу закона. Индиректна надлеженост могла би бити заснована на дјететовом уобичајеном боравишту, те на уобичајеном боравишту подносиоца захтјева за признање.⁷⁰ Експертска група оставила је простор за размишљање о коришћењу осталих техника регулисања, као што је колизиона техника, али и признање страних јавних исправа.⁷¹ У вези са одбијањем захтјева за признање, тренутни приједлози обухватају разлоге који се тичу заштите јавног поретка узимајући у обзир најбољи интерес дјетета, непоштовање права на одбрану и литиспенденције или недослиједности пресуде.⁷²

⁶⁸ Сви материјали израђени од стране Хашке конференције за међународно приватно право, односно Експертске групе задужене за пројекат Родитељства / сурогатства, укључујући и упитнике земљама чланицама у вези са овом тематиком, као и њихове одговоре, доступни су на веб страници Хашке конференције. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 19. 2. 2020. године.

⁶⁹ Више о томе вид. Б. Бордаш, „Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013, 81–100, и Б. Бордаш, „О потреби међународног регулисања сурогат материнства: судска пракса и активности у 2014. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 151–171.

⁷⁰ *Report of the October/November 2019 meeting of the Experts's Group on Parentage / Surrogacy (6th meeting)*, Hague Conference of Private International Law, General Affairs and Policy, Prel. Doc. No. 11, Hague 20203. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 10. 2. 2020. године.

⁷¹ *Ibid.*, 4.

⁷² *Ibid.*

Када је ријеч о посебном протоколу, битно је напоменути да он још увијек није разрађен до детаља. Експертска група истакла је важност признања правног родитељства, проистеклог из прекограничног сурогат аранжмана, признањем стране судске одлуке, непосредно на основу самог закона, али исто тако је примијетила потребу да се регулишу случајеви када родитељско право у иностранству није признато судским актом. Поред тога, предвиђено је усвајање обрасца који би био саставни дио протокола. Образац би садржавао потребне информације везане за сурогат аранжман и према, мишљењу Експертске групе, знатно би олакшао признање одлука.⁷³

Било како било, рад Хашке конференције на овом пројекту свакако представља огроман допринос рјешавању недоумица које се тичу правних посљедица прекограничног сурогат аранжмана, јер поред конкретних приједлога до којих је дошла Експертска група, он представља повод за конструктивну научну расправу, која може изродити и неке конкретне идеје. Треба имати на уму да је врло тешко спојити неспојиво, у овом случају помирити интересе земаља у којима је сурогат материнство законом дозвољено и оних у којима то није, а које ће најчешће и бити земље признања правног родитељства насталог као посљедица прекограничног сурогат аранжмана. Поред тога, неопходно је постићи међународни конзензус који се тиче етичких питања и људских права.⁷⁴ С тим у вези, не могу се очекивати епохална рјешења, јер коначни циљ није просто регулисање признања иностраних судских одлука у вези са правним родитељством, већ што већи број ратификација једног таквог међународног инструмента. Да би се то постигло, евентуална рјешења морају бити прихватљива и земљама које још увијек не признају сурогат материнство као дозвољен облик биомедицински потпомогнуте оплодње.⁷⁵ Стога схватамо опрезан приступ који евидентно показује Експертска група.

Хашка конференција на овом пројекту блиско је сарађивала са истраживачким тимом Универзитета у Абердину. Носиоци тог истраживања, својевремено су понудили потпуно други приступ регулисању прекограничног сурогат аранжмана.

Наиме, они се свакако слажу да је неопходно усвојити међународни инструмент који би регулисао ову проблематику, али сматрају да у

⁷³ *Ibid.*, 5–7.

⁷⁴ Вид. К. Brugger, „International Law in the Gestational Surrogacy Debate“, *Fordham International Law Journal* Vol. 35, no. 3/2012, 686.

⁷⁵ У правној теорији, срећемо ставове да би једна таква конвенција морала бити неутрална по питању праксе одобравања или неодобравања прекограничног сурогатства, те да би њена сврха била остварена подстицањем сарадње између држава по овом питању. Вид. Y. Margalit, „From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements“, *Journal of Law and Policy* Vol. 24, 1/2015, 72.

потпуности треба заобићи класична правила о надлежности и мјеро-
давном праву и, умјесто тога, установити оквир за међународну сарад-
њу, путем регулисања материјалне заштите и процедура за судове, дру-
га административна тијела и посреднике. Циљ такве конвенције био
би „развијање система правно обавезујућих стандарда који би морали
бити испуњени у прекограничним сурогат аранжманима, затим разви-
јање система супервизије како би се осигурало испуњавање напријед
поменутих стандарда, те установљивање оквира за сарадњу и комуни-
кацију између укључених јурисдикција“. Конвенција би требало да се
примјењује у случајевима када је уобичајено боравиште сурогат мајке
у једној земљи чланице, а уобичајено боравиште намјераваних родите-
ља у другој. Аутори су такође нагласили неопходност примјене прин-
ципа најбољег интереса дјетета. Он би требало да буде испуњен кроз
осигуравање подобности намјераваних родитеља и очување података о
идентитету сурогат мајке и евентуалног донора генетског материјала,
те кроз принцип биолошке везе, који би нужно захтијевао постојање ге-
нетске везе између дјетета рођеног из сурогат аранжмана и бар једног
намјераваног родитеља.⁷⁶ Државе чланице би морале именовати Цен-
тралне органе, чији би задатак била међународна сарадња и координа-
ција, те надгледање агенција које се баве сурогат аранжманима. Поред
тога, Конвенција би требало да регулише накнаду за сурогатство, награ-
ду мимо разумних трошкова, накнаде за адвокате и друге посреднике,
пуноважност уговора о сурогат аранжманима,⁷⁷ регулисање приступа
подацима о рођењу, те признању последица сурогат аранжмана, што
нас највише и занима. Аутори сматрају да правно родитељство стечено
у земљи поријекла (земља уобичајеног боравишта сурогат мајке) тре-
ба аутоматски бити признато у примајућој земљи (земља уобичајеног
боравишта намјераваних родитеља). Наводе да би се то могло постићи
путем „потврде о усклађености“, која би служила као доказ *prima facie*
и елиминисала потребу било каквог поступка признања у примајућој
држави. У вези са држављанством, аутори сматрају да дијете треба ау-
томатски добити држављанство примајуће земље.⁷⁸

Чини нам се да је овај други приступ свакако има своје предно-
сти, јер предлаже детаљније регулисање прекограничног сурогат аран-
жмана, тј. све стране пирамиде. Он би дефинитивно изискивао више
новчаних средстава за провођење такве конвенције у пракси и, можда,

⁷⁶ Ово зато што за стварање родитељског односа према дјетету, у одсуству међусобне биолошке везе, постоји институт усвојења. Наиме, аутори сматрају да свакако постоји много дјеце без родитељског старања, која чекају да буду усвојена.

⁷⁷ Аутори предлажу да ово питање треба бити регулисано националним прописима, уз минималне корекције путем конвенције.

⁷⁸ Више о томе вид. К. Trimmings, Р. Beaumont, (2011), 627–648.

оснивање потпуно новог сектора у управним органима, имајући у виду идеју да Централна тијела држава чланица буду, не само, инструмент међународне сарадње, већ и супервизори рада агенција које се баве сурогат аранжманима.

С друге стране, основни проблем са оваквим приступом, био би признање посљедица сурогат аранжмана, што, по нама, представља круцијално питање, бар за укључена лица. О чему се ради? Упитно је да ли би државе, које не дозвољавају рађање за другог, ратификовале конвенцију која предлаже да би сертификат, као одређена врста потврде о правном родитељству, требало да буде призната у примајућој држави, као држави чланици, непосредно по самом закону, без икаквог претходног поступка. Иако је ријеч о идеји која се показала добром кроз Хашку конвенцију о усвојењу,⁷⁹ са чим аутори праве паралелу, треба имати на уму да већина држава на свијету дозвољава усвојење. То није случај са сурогат материнством. Поред тога, аутори занемарују случајеве у којима сурогат мајка дође и роди дијете у земљи уобичајеног боравишта намјераваних родитеља, или некој трећој држави, а не земљи свог уобичајеног боравишта.

Због тога, не треба на прву одбацити идеју Експертске групе Хашке конференције, да се правне посљедице сурогат аранжмана признају путем признања страних судских одлука, јер је то пут који гарантује више правне сигурности, у односу на онај којим би се такав посао препустио управним органима. На тај начин, отворила би се могућност да и државе које не дозвољавају сурогат материнство, ратификују овакву конвенцију, јер би им, ипак, на располагању стајао одређени вид контроле и то судске. Наравно, ту контролу требало би ограничити забраном непризнавања страних судских одлука ради разлика у супстанцијалном праву земље признања и земље поријекла одлуке, те свођењу разлога за непризнање на минимум. При томе, заштита јавног поретка као разлог за непризнање, морала би строго бити ограничена најбољим интересом дјетета, што је уосталом већ и предложено од стране Експертске групе.

У вези са могућим основама индиректне надлежности, сматрамо да би требало поставити више критеријума. Најпогоднији би можда били мјесто рођења дјетета и уобичајено боравиште једног или оба намјеравана родитеља. Не треба одбацити ни уобичајено боравиште самог дјетета као основ индиректне надлежности, премда би то понекад било нецјелисход-

⁷⁹ *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption*, ступила на снагу 1. маја 1995. године. Има 102 државе чланице. Нажалост, Босна и Херцеговина је једина чланица бивше СФРЈ, која није ратификовала ову Конвенцију. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>, 27. 2. 2020. године.

но, имајући у виду разлике у схватању уобичајеног боравишта, због којих је често мишљење да новорођенчад уопште немају уобичајено боравиште.⁸⁰ С друге стране, мјесто рођења дјетета намеће се као незаобилазан критеријум, јер по логици ствари, најприје ће суд државе у којој је дијете рођено одлучивати о правном родитељству намјераваних родитеља.

У принципу, питање начина регулисања прекограничног сурогат аранжмана и његових посљедица, биће отворено још неко вријеме, те стога не треба доносити коначне закључке.

5. УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

У раду смо се осврнули на неке од недаћа са којима се сусрећу намјеравни родитељи у својој борби за потомством. Пракса судова је шаренолика, што је свакако био један од разлога да Хашка конференција за међународно приватно право посвети читав један пројекат управо тематици родитељства/сурогатства. Потребна за усвајањем инструмента, који ће прекогранични сурогат аранжман регулисати на међународном нивоу, је неспорна.

Босна и Херцеговина је чланица Хашке конференције скоро већ 19 година,⁸¹ с укупно девет ратификованих конвенција. Тренутно, супстанцијалне норме оба ентитета БиХ, изричито забрањују сурогат материнство. Поред тога, Породични закон Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко Дистрикта БиХ имају врло рестриктиван приступ када је ријеч о материнству и очинству које извире из самог закона. По важећим правилима, жена која роди дијете је мајка дјетета, без обзира на то да ли има генетске везе са дјететом.

Да ли ће БиХ ратификовати инструмент Хашке конференције о ком смо писали, отворено је питање. Поред тога, усвајање такве конвенције изискује дуг временски период, те јој се не можемо надати, бар још три године. Имајући у виду све наведено, осјећамо потребу да на тематику признања правних посљедица прекограничног сурогат аранжмана од стране наших судова, кажемо нешто, још данас.

Имајући у виду супстанцијална рјешења ФБиХ и РС којима је предвиђена забрана рађања за другог, те одредбе Породичних закона о настанку односа родитељ–дијете, извјесно је да би признање стране судске одлуке о правном родитељству насталом из прекограничног сурогат аранжмана, могло бити одбијено, с позивом на заштиту домаћег јавног поретка. Међутим, скрећемо пажњу судијама да, иако је сурогат

⁸⁰ Вид. фн. 22.

⁸¹ БиХ је чланица Хашке конференције за међународно приватно право од 7. јуна 2001. године.

аранжман можда супротан домаћем јавном поретку, правне посљедице таког аранжмана то свакако нису. Не треба спречавати породичну везу дјетета и намјераваних родитеља, имајући у виду да је Босна и Херцеговина чланица међународних конвенција које гарантују право дјетета на такву везу, а нарочито не, у случајевима, када постоји биолошка веза дјетета и најмање једног намјераваног родитеља. У том смислу, ваљало би напоменути да је садржина јавног поретка БиХ, у смислу појединих рестриктивних правила, као што су забрана рађања за другог или *mater semper certa est*, коригована принципом најбољег интереса дјетета.⁸²

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Beaumont Paul, Working paper No. 2016/4: „Recent jurisprudence of European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for a global regulation of surrogacy“;
2. Бордаш Бернадет „Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *Зборник радова* 4/2012;
3. Бордаш Бернадет, „Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима“, *Зборник радова* 4/2013;
4. Бордаш Бернадет, „О потреби међународног регулисања сурогат материнства: судска пракса и активности у 2014. године“, *Зборник радова* 2/2014;
5. Brugger Kristiana, „International Law in the Gestational Surrogacy Debate“, *Fordham International Law Journal* Vol. 35, 3/2012;
6. Buchler Andrea, Maranta Luca, „Surrogacy and International Private Law in Switzerland“, *International Survey of Family Law* 2015;
7. Gossli Sussane Lilian, „The Recognition of a Judgment of Paternity in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law“, *Cuadernos Derecho Transnacional* Vol. 7, 2/2015;
8. Zegeres-Hochschild Fernando et al. „The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017“, *Human Reproduction* Vol. 32, 9/2017;
9. Kirshner Shany Noy, „Selling a Miracle: Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy“, *Journal of International Business and Law* Vol. 14, 1/2015;

⁸² Који је постао дијелом јавног поретка кроз Конвенцију УН о правима дјетета, али и ратификацијом неких хашких конвенција: Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјеце - *Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction*, ступила на снагу 1. децембра 1983. године и Хашке конвенције о међународној наплати потраживања за издржавање дјеце и других облика издржавања породице – *Convention on 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, ступила на снагу 1. јануара 2013. године. Доступно на: <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=26>, 27. 2. 2020. године.

10. Margalit Yehezkel, „From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements“, *Journal of Law and Policy* Vol. 24, 1/2015;
11. Mascarenhas Maya N et al. „National, regional and global trends of infertility prevalence since 1990: a systematic analysis of 277 health surveys“, *PLoS Medicine* Vol. 9, no. 12/2012;
12. Mohapatra Seema, „Adopting an International Convention on Surrogacy - A Lesson from Intercountry Adoption“, *Loyola University Chicago International Law Review* Vol. 13, 1/2016;
13. Pryce Caitlin, „Surrogacy and Citizenship: A Conjective Solution to A Global Problem“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 23, 2/2016;
14. Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право – општи део*, Службени гласник, Београд 2010;
15. Trimmings Katarina, Beaumont Paul, „International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level“, *Journal of Private International Law* Vol. 7, 3/2011;
16. Ђеранић Димитрије, „Право на породични живот и права дјетета у Републици Српској“, *Зборник радова са Међународног научног скупа Начела и вриједности правног система- норма и пракса* (ур. Г. Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2012;
17. Hutchinson Anne-Marie, Khan Hassan, „International Surrogacy Arrangements: Time for a Multi-lateral Convention“, *International Family Law* 2011.

Међународне конвенције

1. Конвенција УН о правима дјетета, *1989 Convention on the rights of the Child*;
2. Европска конвенција о људским правима и основним слободама, *1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*;
3. Хашка конвенција о заштити дјеце и сарадњи у погледу међународног усвојења, *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption*;
4. Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице дјеце, *Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction*;
5. Хашка конвенција о међународној наплати потраживања за издржавање дјеце и других облика издржавања породице, *Convention on 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*.

Закони

1. Belgian Law of 16 July 2004 Holding the Code of Private International Law;
2. Dutch Act Conflict of Law Rules for Familial Relationships arising from Descendancy, *Act of 14 March 2002 (Stb. 2003, 161)*;

3. Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 59/18;
4. Закон о лијечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 68/20;
5. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени гласник РС*, бр. 21/91;
6. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92;
7. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 17/08.
8. Породични закон, *Службене новине ФБиХ*, бр. 33/05, 41/05, 31/14 и 32/19;
9. Породични закон, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 23/07;
10. Породични закон, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02, 41/08, 63/14 и 56/19.

Остали акти

1. *Природно кретање становништва и бракови, I – IX мјесец 2018. године*, Агенција за статистику Босне и Херцеговине;
2. *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Hague Conference of Private International Law, General Affairs and Policy, *Prel. Doc. No. II*, Hague 2011;
3. *Report of the October/November 2019 meeting of the Experts's Group on Parentage/Surrogacy (6th meeting)*, Hague Conference of Private International Law, General Affairs and Policy, *Prel. Doc. No. II*, Hague 2020;
4. *Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements – Germany*, Permanent Bureau, Hague 2013.

Судске одлуке

1. W. And B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy) (2002) 1 FLR 1008;
2. D. and Others v. Belgium (dec.) – 29176/13;
3. 2006 (Kyo) 47, Supreme Court of Japan;
4. Case C and E v. France ECHR 433 (2019);

Интернет извори

1. <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text>;
2. http://www.bhas.ba/saopstenja/2018/DEM_01_2018_Q3_0_BS.pdf;
3. <https://www.narodnaskupstinars.net/>;
4. <https://www.incadat.com/en/case/470>;

5. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy;>
6. [https://hudoc.echr.coe.int/;](https://hudoc.echr.coe.int/)
7. [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf;](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf)
8. [http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=883;](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=883)
9. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%22surrogacy%22}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%22surrogacy%22}]);
10. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>;
11. <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=26>;
12. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

Senior Assistant Dragana Damjanović, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

SURROGACY - A NEW CHALLENGE FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

It is the right of every child to know, as far as possible, his or her parents and to enjoy their care. However, the development of medical science, as well as changes in established family patterns, have brought uncertainty into the issue of establishing, acknowledging and denying legal parenting. In this regard, in this paper, the author considered surrogacy, and parenting which arises as a consequence of the surrogate arrangement.

The author has come to the conclusion that cross-border surrogacy arrangements are very common, which is the consequence of the fact that many countries do not allow birth for another, allow only altruistic surrogacy motherhood or, simply, because surrogate arrangements are cheaper abroad.

Either way, this leads to the emergence of a foreign element and raises many questions: jurisdiction of the courts to decide the legal consequences of a surrogate arrangement, choice of the applicable law for legal parenting of the child and status-related issues of the child, the issue of recognition of foreign judicial decisions on legal parenting, recognition of foreign public documents, etc.

Regulating this legal situation is within the jurisdiction of each country's domestic legislation, but the author believes that the time has come to unify the rules, all with the aim of protecting the child.

In this regard, the work of the Hague Conference on Private International Law on the Parenting/Surrogacy project was presented, in particular the

proposals were contained in the last Report of the October/November 2019 meeting of the Expert's Group. In addition, the author also examines a study by the University of Aberdeen team dedicated specifically to the international unification of a cross-border surrogate arrangements.

In order to give the reader a better understanding of the complexity of the situation in the cross-border surrogate arrangement, a number of examples of case law are presented, including the case law of the European Court of Human Rights.

At the end of the this paper, the author draws attention to the situation in Bosnia and Herzegovina, giving his opinion regarding the recognition of foreign court decisions on legal parenting.

Key words: *Child rights; Surrogate mother; Cross-border surrogate arrangement; Legal parenting; Recognition of a foreign court decision; The Hague Conference; The best interests of the child.*