

Prof. dr. sc. Anita Duraković

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Prof. dr. sc. Jasmina Alihodžić

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

UČINCI PREKOGRANIČNOG SUROGAT MATERINSTVA: PRAKSA NACIONALNIH SUDOVA I EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA¹

Surogat materinstvo zanimljiva je i aktualna tema koja zaokuplja pravne teoretičare i praktičare na nacionalnom, europskom i međunarodnom nivou. Za jedne je surogat materinstvo poslovni aranžman u kojem se dijete tretira kao roba, a drugi ga promatraju altruistički, kao pomoć parovima koji na drugi način ne mogu realizirati svoju želju za roditeljstvom. Šarolikost nacionalnih propisa: jedan broj država izričito zabranjuje ili pravno ne regulira surogat materinstva, u drugima je dozvoljeno pod različitim uvjetima, i odsustvo međunarodne regulacije, izaziva brojne probleme međunarodnog privatnopravnog karaktera, prije svih priznanje roditeljskog odnosa stečenog u inostranstvu te s tim povezani pravni status djeteta rođenog u inostranstvu u okviru surogat aranžmana. U tom kontekstu značajna je praksa pojedinih nacionalnih sudova u državama koje zabranjuju ili pravno ne reguliraju surogat materinstvo, a koja ukazuje na svu kompleksnost ove problematike. Posebna pažnja posvetit će se novijoj judikaturi Europskog suda za ljudska prava, koji se u više predmeta bavio pitanjima prekograničnih učinaka surogat materinstva te svojim odlukama

Anita Duraković, *Anita.Durakovic@unmo.ba*.

Jasmina Alihodžić, *jasmina.altumbabic@untz.ba*

¹ Rad je nastao na temelju rezultata istraživanja provedenog u sklopu projekta Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, pod nazivom „Uticaj biomedicinski potpomognute oplodnje na koncept tradicionalne porodice u bh zakonodavstvu i praksi: surogat materinstvo sa međunarodnim elementom“. Projekat je sufinansiralo Federalno ministarstvo obrazovanja i nauke. Pored autorica rada, u svojstvu mladog istraživača, u realizaciji projekta je učestvovala mr. Sunčica Hajdarović, viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, i mr. Vildana Altumbabić, u svojstvu konsultanta i vanjskog suradnika.

učinio veliki i inventivni korak za sve buduće slučajeve surogat materinstva s međunarodnim obilježjem. Njegovi stavovi nesumnjivo će utjecati na nacionalni i europski pravni okvir; te na odluke nacionalnih sudova.

Ključne riječi: Prekogranično surogat materinstvo; Priznanje roditeljskog odnosa; Pravni status djeteta; Nacionalni sudovi; Europski sud za ljudska prava.

1. UVODNE NAPOMENE

Surogat materinstvo je biološka i medicinska stvarnost, a njegove pravne posljedice, naročito u pogledu statusa djeteta i namjeravanih roditelja stalni su predmet interesiranja pravnih teoretičara i praktičara. Za razliku od drugih postupaka medicinski potpomognute oplodnje, surogat materinstvo izaziva najviše kontroverzi zbog činjenice da podrazumijeva učešće treće osobe – ne samo u vidu kratkotrajnog postupka uzimanja jajnih ćelija nego devetomjesečnog perioda u kojem surogat majka svoje tijelo stavlja na raspolaganje namjeravanim roditeljima. Surogat materinstvo za parove, kod kojih žena nije u stanju iznijeti trudnoću i roditi, predstavlja jedinu mogućnost da dobiju dijete koje genetski potiče najmanje od jednog namjeravanog roditelja. Radi se o postupku koji omogućava da druga žena iznese trudnoću i rodi dijete s namjerom da to dijete preda paru koji je „naručio“ dijete. Možemo govoriti o dva oblika surogat materinstva. Prvi je kada žena nosi i rađa dijete oplodeno njenom jajnom ćelijom i sjemenom partnera para koji će nakon poroda preuzeti dijete. Surogat majka je i biološka i genetska majka djeteta. Ovaj oblik naziva se genetska, djelomična ili parcijalna surogacija. Drugi oblik surogat materinstva jeste kada žena pristaje da nosi, a potom i rodi dijete začeto izvantjelesnom oplodnjom spolnih stanica para ili izvantjelesnom oplodnjom donirane jajne ili sjemenske stanice. U ovom slučaju žena rađa dijete s kojim nije genetski povezana. Ovaj oblik surogat materinstva naziva se potpuna, totalna ili gestacijska surogacija.² U ovoj situaciji možemo govoriti o „podijeljenom materinstvu“ s obzirom na to da biološka majka – majka koja je rodila dijete, nije i genetska majka djeteta – majka čiji genetski materijal dijete nosi.³ Broj majki – žena koje učestvuju u surogat aranžmanu može se povećati i na tri: majka koja je nosila i rodila dijete, majka koja je donirala svoju jajnu stanicu i namjeravana majka – majka koja će nakon poroda preuzeti dijete. Naravno moguća je i situacija u kojoj

² Više o tome u: D. Šimonović, 35–36; G. Kovaček Stanić, „Biomedicinski potpomognuto začeće i rađanje djeteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji“, *Stanovništvo* 1/2013, 4.

³ H. Dieter, „Das Kind mit zwei Mutter (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht“, u: S. Hofer, D. Klippel, U. Walter, (Izd), *Perspektiven für Familienrechts, FS für Dieter Schwab*, Bielfeld 2005, 1141.

dijete nije genetski povezano s namjeravanim roditeljima. Za potrebe ovog rada mi ćemo istražiti i analizirati gestacijsko surogat materinstvo i to ono s međunarodnim elementom odnosno prekograničnim učincima.

2. PROLEGOMENA

Trideset osam godina stara gospođa XX, i njen dvije godine stariji suprug XY, oboje državljani Bosne i Hercegovine, duži niz godina bezuspješno su pokušavali začeti dijete prirodnim putem.

Nakon opsežnih medicinskih pretraga, ustanovljeno je da gospođa XX, zbog urođenog nedostatka maternice ne može iznijeti trudnoću. Bračnom paru je rečeno da se u skladu sa suvremenim medicinskim standardima neplodnost smatra bolešću, te da im se mora osigurati adekvatan medicinski tretman.

Nakon prvobitnog razočarenja i suočavanja sa činjenicama, bračni par odlučio se raspitati o alternativnim metodama dobivanja potomstva, odnosno djeteta koje će sa njima biti, ako za to postoji mogućnost, genetski povezano. Imajući u vidu da su urođene anomalije maternice razlog neplodnosti gospođe XX, te činjenicu da ona može proizvesti zdrave jajne ćelije, kao najprihvatljiviji način u tom momentu činilo se posegnuti za suvremenim tehnikama reproduktivnih tehnologija, tačnije IVF oplodnjom i gestacijskim surogat materinstvom, o čemu je gospođa XX mnogo istraživala. Nakon što su posjetili IVF centar za oplodnju, rečeno im je da se surogat materinstvo, kao jedna od najsloženijih metoda medicinski potpomognute oplodnje, ne provodi u Bosni i Hercegovini, te da će, kako sada stvari stoje, ova metoda kod nas biti i zakonski zabranjena. Iako su ih prijatelji i rodbina pokušavali odgovoriti od namjere da surogat majku potraže u inostranstvu, najviše zbog etičkih, moralnih i religijskih uvjerenja, bračni par se odlučio upravo za ovu opciju. Naime, zbog činjenice da se u Bosni i Hercegovini proces surogat materinstva ne može legalno provesti, bračni par se odlučio da putem interneta stupi u kontakt sa agencijom koja se bavi posredovanjem između parova, odnosno budućih namjeravanih roditelja i surogat majke. Zahvaljujući angažmanu spomenute agencije, rješenje za svoj problem su pronašli u Sjedinjenim Američkim Državama. Sa surogat majkom su zaključili ugovor prema kojem se ona obavezuje putem gestacijskog surogat materinstva bračnom paru roditi dijete, koje je zahvaljujući IVF oplodnji i implantaciji embriona u maternicu surogat majke, genetski isključivo povezano sa svojim biološkim roditeljima, državljanima Bosne i Hercegovine. Nadalje, surogat majka se obavezala da će nakon rođenja dijete predati njegovim biološkim roditeljima i na njih prenijeti pravo roditeljskog staranja nad djetetom. Bračni par iz Bosne i Hercegovine zauzvrat se obavezao da će surogat majci platiti sve nužne troškove koji su nastali u vezi sa trudnoćom (troškovi oplodnje, medicinske pretrage, troškovi

nastali u toku trudnoće i porođaja, te gubitkom zarade za period dok je trajala trudnoća i izvjestan period nakon toga dok je trajao oporavak). Devet mjeseci nakon provedenog tretmana u SAD, surogat majka je rodila zdravu djevojčicu, koja je shodno propisima koji vrijede u toj državi dobila državljanstvo SAD, a u matičnu evidenciju rođenih u toj državi kao pravni roditelji upisani su njeni biološki roditelji, dakle bračni par iz Bosne i Hercegovine. Nakon dolaska u Bosnu i Hercegovinu, bračni par podnio je zahtjev za legalizaciju strane javne isprave, kako bi dijete moglo biti evidentirano u matične knjige rođenih u Bosni i Hercegovini, te shodno tome dobiti državljanstvo Bosne i Hercegovine, gdje će i živjeti sa svojim biološkim roditeljima.

Ovo je jedan od brojnih mogućih scenarija (možda i najprihvatljiviji! op. a.) realizacije surogat materinstva. Međutim, ovo je ujedno adekvatan primjer koji oslikava svu složenost i multidisciplinarnost u pristupu ovom metodu medicinski potpomognute oplodnje. Niz je pitanja različite naravi, na koja je potrebno dati odgovor, kako bi se pravilno razumjeli efekti realizovanog surogat materinstva.

3. MEĐUNARODNI PRIVATNOPRAVNI ASPEKTI SUROGAT ARANŽMANA

Surogat materinstvo izaziva brojne probleme s obzirom na to da pravno reguliranje ne prati razvoj i dostignuća biomedicine. Prisutna je šarolikost nacionalnih propisa: jedan broj država izričito zabranjuje ili pravo ne regulira surogat materinstvo, u drugima je dozvoljeno pod različitim uvjetima,⁴ te odsustvo međunarodne regulacije što dodatno usložnjava problematiku i potiče pravu nesigurnost stranaka u tom odnosu. U Bosni i Hercegovini kao složenoj državi, surogat materinstvo je u Federaciji BiH i Republici Srpskoj izričito zabranjeno,⁵ a u Distriktu Brčko BiH nije pravno regulirano. Ukoliko se postupak surogat materinstva odvija u državi koja ga dozvoljava, onda namjeravani roditelji postaju i pravni roditelji nakon što surogat majka rodi

⁴ Surogat materinstvo je izričito zabranjeno u Njemačkoj, Francuskoj, Austriji, Italiji, Švicarskoj i Hrvatskoj. Surogat materinstvo je dozvoljeno u Velikoj Britaniji, Grčkoj, Rusiji, Ukrajini, Izraelu, Indiji i pojedinim državama SAD. Zbog izuzetno liberalnih zakona, Ukrajina, Rusija i Kalifornija su posebno atraktivne za namjeravane roditelje koji potiču iz država koje zabranjuju surogat materinstvo. U pojedinim državama surogat materinstvo uopće nije pravno regulirano ili ne postoji dovoljan broj normi koje su posvećene ovoj problematici, npr. Nizozemska i Belgija. Više u: N. Lederer, *Grenzloser Kinderwunsch: Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen Spannungsfeld*, Frankfurt am Main, 2016; K. Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck 2015.

⁵ Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom Federacije BiH (*Službene novine FBiH*, br. 59/18, od 27.7.2018. godine), čl. 45 i Zakon o liječenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje (*Službeni glasnik RS*, br. 68/20 od 22.7.2020. godine), čl. 57. st. 1. tač. 18.

dijete i preda im ga. Situacija je značajno drugačija kada roditelji potiču iz države koja zabranjuje surogat materinstvo, pa svoju želju za roditeljstvom nastoje da realiziraju u državi koja to omogućuje. Stvarni problemi nastaju kada se roditelji s djetetom žele vratiti u svoju državu, bilo da se radi o državi čiji su državljani ili u njoj imaju prebivalište, odnosno uobičajeno boravište. Surogat materinstvo tada postaje odnos međunarodnog privatnog prava, te se javljaju sva ona pitanja tipična za ovu oblast.

Osnovno jeste pitanje porijekla djeteta kojeg je u inostranstvu rodila surogat majka. Od odgovora na to pitanje ovisi pravni status djeteta: njegov identitet, ime, državljanstvo, starateljstvo, izdržavanje, nasljedna prava djeteta itd. Određivanje porijekla djeteta podrazumijeva pozicioniranje djeteta u odnosu na određenu ženu kao majku i određenog muškarca kao oca djeteta. Ko su pravni roditelji djeteta rođenog u inostranstvu u okviru surogat aranžmana? Porijeklo djeteta u prekograničnim slučajevima može biti određeno na dva načina. S jedne strane, možemo govoriti o procesnopravnom priznanju strane presude kojom su namjeravani roditelji određeni kao pravni roditelji djeteta, odnosno o priznanju javne isprave – izvoda iz matične knjige rođenih, a s druge strane, o kolizionopravnom priznanju u inostranstvu stečenog roditeljskog odnosa i s tim povezanog pravnog statusa djeteta. U oba slučaja javljaju se brojna pitanja. Jedno od najvažnijih jeste pitanje povrede domaćeg javnog poretka: jesu li učinci koje proizvodi strana presuda ili javna isprava u suprotnosti s domaćim javnim poretkom, odnosno da li se primjenom stranog mjerodavnog prava vrijeđaju osnovne vrijednosti domaćeg javnog poretka.

U situaciji kada ne postoji, po pitanju surogat materinstva konsenzus na europskom nivou, posebno značajno jeste razmotriti ova pitanja sa stanovišta prava zagwarantiranih Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava (u daljem tekstu EKLJP). Stav Europskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) značajan je za nas, jer u Bosni i Hercegovini EKLJP ima snagu ustavnopravnog izvora, a odluke ESLJP nisu samo savjetodavne prirode već je moguće neposredno se pozivati na njih pred domaćim sudovima. Prije toga osvrnut ćemo se na sudsku praksu u pojedinim državama koje izričito zabranjuju surogat materinstva, kako bi mogli imati bolju sliku o svim problemima s kojim se sudovi susreću odlučujući o priznanju u inostranstvu stečenog roditeljskog odnosa.

4. PRAKSA POJEDINIH NACIONALNIH SUDOVA PO PITANJU PREKOGRANIČNIH UČINAKA SUROGAT ARANŽMANA

U državama, koje izričito zabranjuju surogat materinstvo i polaze od načela da je majka žena koja je rodila dijete, imamo vrlo bogatu, ali i neu-

jednačenu sudsku praksu. Osvrnut ćemo se na odluke sudova u Njemačkoj i Francuskoj, u kojima nailazimo na različitu argumentaciju bez obzira jesu li priznali ili odbili priznati pravno roditeljstvo namjeravanih roditelja stečeno u inostranstvu u okviru surogat aranžmana.

Upravni sud u Berlinu odlučivao je o procesnopravnom i kolizionopravnom priznanju pravnog roditeljstva namjeravanih genetskih roditelja (njemačkih državljana) djeteta kojeg je rodila udata surogat majka u Ukrajini, a koje je utvrđeno ukrajinskom odlukom.⁶ Sud je 2012. godine odbio priznati ovu odluku pozivajući se na povredu domaćeg javnog poretka. Smatrao je da je primjena ukrajinskog prava, prema kojem su genetski namjeravani roditelji pravni roditelji djeteta, kao mjerodavnog u suprotnosti s njemačkim javnim poretkom. Posljedica ove odluke bila je da dijete nije moglo dobiti njemačko državljanstvo i putne dokumente, te je moralo ostati u Ukrajini u kojoj nema pravnih roditelja jer su prema ukrajinskom pravu namjeravani roditelji njegovi pravni roditelji. Potpuno drugačije, u sličnom slučaju, odlučio je Okružni sud u Freidbergu 2013. godine.⁷ Naime, on je priznao ukrajinsku odluku kojom je utvrđeno da su namjeravani genetski roditelji (njemački državljani) djeteta koje je rodila udata surogat majka u Ukrajini pravni roditelji djeteta, pozivajući se na najbolji interes djeteta. Sud je konstatirao da su se, prema dosadašnjoj praksi, ovakve odluke u Njemačkoj odbijale priznati pozivom na javni poredak, ali je naveo da bi odbijanje priznanja imalo za posljedicu da dijete ostane bez roditelja. U ovom slučaju postoji upravo ta opasnost: sa stanovišta ukrajinskog prava njemački namjeravani roditelju su pravni roditelji djeteta, dok su, sa stanovišta njemačkog prava, pravni roditelji ukrajinski bračni par – surogat majka i njen muž, iako oni nisu preuzeli brigu za dijete već su ga odmah po rođenju predali namjeravanim roditeljima. Ovom odlukom izbjeglo se da dijete ostane bez pravnih roditelja, odnosno roditeljskog staranja. Njemački Savezni sud prvi je put odlučivao u predmetu prekograničnog surogat materinstva 2014. godine. Radilo se o priznanju kalifornijske odluke kojom su registrirani partneri (njemački državljani) utvrđeni kao pravni roditelji djeteta koje je rodila neudata surogat majka. Prethodno je Viši zemaljski sud u Berlinu donio polovičnu oluku.⁸ Priznao je pravno očinstvo biološkog oca jer se i prema njemačkom pravu on smatra pravnim ocem jer je priznao očinstvo

⁶ Beschluss vom VG Berlin vom 5. 9. 2012. – 23 I 283.12, *IPRax* 1/2014, 80–81; C. Mayer, „Sachwidrige Differenzierungen in internationales Leihmutterschaftsfällen“, *IPRax* 1/2014, 58.

⁷ Beschluss des AG Freidberg vom 1. 3. 2013. P. M. Reuss, Neues zur Leihmutterschaft: Anerkennung jetzt doch? Ja, aber nur unter Umständen!, 22. 12. 2013. <http://www.abstammungsrecht.de/neues-zur-leihmutterschaft-erkennung-jetzt-doch-ja-aber-nur-unter-umstaenden/> (7. 12. 2017); N. Lederer, 2016, 143–144.

⁸ Beschluss des KG Berlin vom 1. 8. 2013. 1 W 413/12. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=01.08.2013&Aktenzeichen=1%20W%20413%2F12> (29. 10. 2019).

djeteta. Na temelju toga dijete je dobilo njemačko državljanstvo. Međutim, odnos drugog partnera, smatrao je sud, ne može se priznati kao odnos roditelj – dijete jer se temelji na ugovoru o surogat materinstvu koji je u suprotnosti s temeljnim načelima njemačkog prava. Priznanja kalifornijske odluke, prema stajalištu suda, proturječi ustavnopravnom načelu zaštite ljudskog dostojanstva konkretne majke i djeteta i u suprotnosti je s pravom djeteta na saznanje svog porijekla. Njemački Savezni sud, međutim, zauzeo je drugačije stajalište.⁹ Priznao je kalifornijsku odluku kojom su registrirani partneri utvrđeni kao pravni roditelji djeteta koje je rodila neudata surogat majka smatrajući da ono nije u suprotnosti s domaćim javnim poretom. Posebno je istakao biološku vezu između oca i djeteta. Naglasio je da je ovakva odluka u najboljem interesu djeteta i da bi odbijanje priznanja vodilo stvaranju šepajućeg roditeljskog odnosa. U daljem obrazloženju odluke sud je naveo da dijete nije moglo imati utjecaj na okolnosti svog začeća te ga se ne može smatrati odgovornim za to. Stoga se ne smije izgubiti iz vida da su namjeravani roditelji, za razliku od surogat majke, preuzeli ulogu roditelja te brigu i odgovornost za dijete što je bitan dio standarda „najbolji interes djeteta“. Pravo djeteta na saznanje porijekla nije ovim ugroženo jer matične knjige sadrže podatke o pravnim roditeljima, a ne o genetskom ili biološkom roditeljstvu. Ovakva sudska praksa potvrđena je u još nekoliko odluka njemačkih sudova.¹⁰

Interesantna je odluka njemačkog Saveznog suda iz 2018. godine kojom se priznaje odluka iz SAD (*Colorado*) kojom su namjeravani roditelji određeni pravnim roditeljima djeteta, koje je rodila surogat majka u okviru komercijalnog surogat aranžmana.¹¹ Sud je zauzeo stanovište da iako je surogat majka svoje usluge ponudila isključivo iz komercijalnih razloga, strana odluka treba biti priznata jer je to u najboljem interesu djeteta, koje je genetski povezano s namjeravanim ocem, i to bez obzira na zabranu surogat materinstva u Njemačkoj.¹² Sasvim drugačije odlučio je njemački Savezni sud u najnovijem slučaju priznanja ukrajinskog izvoda iz matične knjige rođenih djeteta kojeg je rodila surogat majka, a koje je genetski poveza-

⁹ Bundesgerichtshof Beschluss AZ XII ZB 463/13 vom 10.12.2014. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=10.12.2014&Aktenzeichen=XII%20ZB%20463%2F13> (29. 10. 2019).

¹⁰ Beschluss vom 7. 4. 2015. – II – 1 UF 258/13, Nr. 927 OLG Düsseldorf, *FamRZ* 18/2015, 1638–1640; Urteil des BGH vom 20.04.2016. AZ XII ZB 15/15; Beschluss vom 22. 5. 2017. – 17 W 8/16, Nr. OLG Celle – BGB. *FamRZ* 18/2017, 1496–1500.

¹¹ Bundesgerichtshof Beschluss AZ: XII ZB 224/17 vom 5. 9. 2018. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=88279&pos=0&anz=1> (7. 12. 2018).

¹² Prije toga je njemački Pokrajinski sud odbio priznati ovu odluku navodeći da surogat majka nije dobrovoljno djelovala već isključivo potaknuta financijskom korišću (iznos od 23.000 dolara kao i 3000 dolara mjesečno za vrijeme trudnoće), te da je ova odluka suprotna domaćem javnom poretu s obzirom na zabranu surogat materinstva predviđenu prema njemačkom pravu. *Ibid.*

no s namjeravanim roditeljima.¹³ Odbio ju je priznati navodeći da je dijete njemački državljanin (otac je priznao očinstvo djeteta) s uobičajenim boravištem u Njemačkoj te da je za pitanje njegovog porijekla mjerodavno njemačko pravo, koje zabranjuje surogat aranžmane i polazi od načela da je majka djeteta žena koja ga je rodila. Za razliku od ranijih slučajeva, ovdje se nije radilo o priznanju strane odluke kojom su namjeravani roditelji određeni pravnim roditeljima djeteta koje je rodila surogat majka, već o priznanju javne isprave, koja, prema stanovištu Suda, nije pravno valjana. Jedina opcija koja je ostala namjeravanoj majci jeste usvajanje djeteta.

Najpoznatiji francuski slučajevi u kojima je raspravljao i ESLJP bili su slučajevi *Mennesson* i *Labassee* i na njih ćemo se detaljnije osvrnuti u dijelu koji se odnosi na sudsku praksu ESLJP. Stav francuskog pravosuđa prezentirat ćemo kroz nekoliko odluka kasacionog i upravnog suda. Kasacioni sud je 6. 4. 2011. godine donio tri odluke koje se odnose na statusna pitanja djece, čije je porijeklo utvrđeno odlukama američkih sudova temeljenim na ugovoru o surogat materinstvu.¹⁴ Jedna od tih odluka tiče se već spomenutog slučaja *Mennesson*, koji je prošao kroz različite sudske instance i bio predmetom mnogih komentara.¹⁵ Kasacioni sud je je tvrdio da je u sva tri slučaja došlo do povrede temeljnog načela francuskog prava, te da su ove odluke protivne domaćem javnom poretku. Ugovor o surogat materinstvu, koji je bio osnova za sudsko utvrđivanje porijekla djece koje je rodila surogat majka, kontaminirao je cijeli postupak i bio opravdan razlog za odbijanje priznanja američkih odluka. Djece nisu mogla biti upisana u francuske matične knjige, iako njihovo porijeklo ni u jednom momentu nije dovedeno u pitanje – njihovi pravni roditelji su namjeravani roditelji kako je bilo i utvrđeno odlukama američkih sudova.¹⁶ Visoki francuski Upravni sud donio je dvije odluke u kojima se bavio pitanjem mogućnosti dolaska u Francusku djece koje je u inostranstvu rodila surogat majka.¹⁷ Sud je odlukom od 4. 5. 2011. godine¹⁸ dao odobrenje djeci da doputuju u Francusku i to u formu „laissez-passer“

¹³ Bundesgerichtshof Beschluss Az. XII ZB 530/17 vom 20. 3. 2019. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.03.2019&Aktenzeichen=XII%20ZB%20530%2F17>.

¹⁴ Cass. Civ. I 6. 4. 2011, Nr. 09-66.486, Nr. 09-17.130 i Nr. 10-19.053. F. Ferrand, L. Francoz-Terminal, „Aktuelles zum französischen Recht 2010-2011“, *FamRZ* 18/2011, 1448–1449.

¹⁵ F. Ferrand, L. Francoz-Terminal, „Aktuelles zum französischen Recht 2009-2010“, *FamRZ* 18/2010, 1489; „Neuste Entwicklung im französischen Familienrecht 2008-2009“, *FamRZ* 18/2009, 1539; „Entwicklungen im französischen Familienrecht 2007-2008“, *FamRZ* 18/2008, 1692.

¹⁶ F. Ferrand, L. Francoz-Terminal, „Entwicklungen im französischen Familienrecht 2013-2014“, *FamRZ* 18/2014, 1507.

¹⁷ F. Ferrand, L. Francoz-Terminal, „Neuste Entwicklung im französischen Familienrecht 2011-2012“, *FamRZ* 18/2012, 1438–1439.

¹⁸ Conseil d’Etat od 4. 5. 2011. Nr. 348778.

– privremene mjere, koja samo u iznimnim slučajevima omogućuje dolazak u Francusku. Svoju odluku obrazložio je time da, iako je ugovor o surogat materinstvu protivan francuskom javnom poretku, u najboljem interesu djece je da im se omogući da doputuju u Francusku sa svojim genetskim ocem. Naime, surogat majka nije imala nikakvog interesa da preuzme odgovornost za djecu, ona je roditeljska prava prenijela na namjeravanog oca koji je i genetski otac djece što je utvrđeno DNA testom, a koji je i priznao očinstvo. S obzirom na to da u državi porijekla – Indiji nije bilo moguće organizirati trajnu brigu za djecu, u njihovom interesu je bilo dopustiti im da sa namjeravanim ocem doputuju u Francusku. Također, ustanovljeno je da je sadržaj indijskog izvoda iz matične knjige rođenih pravno valjan. Drugom odlukom od 8. 7. 2011. godine¹⁹ sud je odbio dati „*laissez-passer*“, odnosno nije odobriti djeci da doputuju u Francusku. Iako je konstatirao da bi u najboljem interesu djece bilo da doputuju u Francusku, postojala je opravdana sumnja u sadržajnu valjanost indijskog izvoda iz matične knjige rođenih koju je predočio namjeravani otac, posebno zbog toga što nije bilo sasvim jasno je li se surogat majka odrekla svojih roditeljskih prava. Francuski ministar pravde je 23. 1. 2013. godine izdao pismo, koje se tiče državljanstva djece koje je u inostranstvu rodila surogat majka, a odnosi se na čl. 47. *Code Civile* koji regulira pravnu snagu stranih dokumenata o državljanском statusu francuza i stranaca.²⁰ Ovi dokumenti će se priznati ukoliko nisu krivotvoreni ili ukoliko njihov sadržaj odgovara stvarnom stanju. Prema ovom pismu, dijete koje je surogat majka rodila u inostranstvu treba imati dokaze da ispunjavaju uvjete za stjecanje francuskog državljanstva. To znači da strani izvod neće biti priznat, zbog sadržajne nekorektnosti, u dijelu koje se odnosi na pravno materinstvo jer je prema francuskom pravu majka žena koja je rodila dijete, a to je surogat majka, a ne namjeravana majka. Dio izvatka koji se odnosi na pravnog oca smatrat će se sadržajno ispravnim i priznat će se ukoliko je biološko očinstvo namjeravanog oca dokazano DNA analizom.²¹ Nakon toga uslijedile su dvije odluke Kasacionog suda od 13. 9. 2013. godine,²² kojima se pooštava stanovište francuskog suda prema surogat materinstvu. U oba slučaja djeca su rođena nakon zaključenja ugovora o surogat materinstvu, u okviru kojeg je predviđena naknada za surogat majku. Očevi, koji su tvrdili da sugenetski očevi, priznali su očinstvo pred francuskim državnim službenikom te tražili upis djeceu matične knjige rođenih u Francuskoj na temelju izvatka, kojeg je izdalo nadležno indijsko tijelo. Kasacioni sud ne samo da je odbio upis, već je otišao i korak dalje ustvrdivši da čitav postupak predstavlja

¹⁹ Conseil d’Etat od 8. 7. 2011, Nr. 350486.

²⁰ Smisao i cilj ovih pisama je protumačiti i razjasniti pravnu normu. N. Lederer, 2016, 53.

²¹ *Ibid.*

²² Cass. Civ. I, od 13. 9. 2013., Nr. 12-30.138 i Nr. 12-18.315.

fraudulozno zaobilaženje domaćeg (francuskog) prava i ima za posljedicu poništenje priznatog očinstva i na njemu zasnovanog roditeljskog odnosa. Naime, nije postojao dokaz da su osobe koje su priznale djecu genetski očevi djece. *Fraus omnia corrumpit* – stara latinska poslovice koja znači „prevara sve kvari“ primijenjena je u punom obimu.²³

5. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PO PITANJU PREKOGRANIČNIH UČINAKA SUROGAT ARANŽMANA

U posljednjih nekoliko godina ESLJP je, na temelju pojedinačnih (individualnih) predstavki, u više navrata razmatrao činjenice i donosio odluke u oblasti međunarodnog surogat materinstva.²⁴ Radi se o sljedećim presudama: Mennesson protiv Francuske, Predstavka br. 65192/11, od 26. 6. 2014., Labassee protiv Francuske, Predstavka br. 29175/11, od 26. 6. 2014., D. i dr. protiv Belgije, Predstavka br. 65941/11, od 8. 7. 2014., Paradiso i Campanelli protiv Italije, Predstavka br. 25358/12, od 27. 1. 2015., Paradiso i Campanelli protiv Italije, Predstavka br. 25358/12, od 24. 1. 2017., Laborie protiv Francuske, Predstavka br. 44024/13, od 19. 1. 2017., Foulon protiv Francuske, Predstavka br. 9063/14, od 21. 10. 2016., Bouvet protiv Francuske, Predstavka br. 10410/14, od 21. 10. 2016. U radu ćemo prezentirati presude u predmetima Mennesson i Labassee protiv Francuske²⁵ i Paradiso i Campanelli protiv Italije.

5.1. Odluka ESLJP u predmetima Mennesson protiv Francuske, Predstavka br. 65192/11 od 26. 6. 2014. i Labassee protiv Francuske, Predstavka br. 65941/11 od 26. 6. 2014.

ESLJP donio je 26. 6. 2014. godine dvije odluke protiv Republike Francuske u predmetima Mennesson protiv Francuske i Labassee protiv Francuske, a nastalim povodom odbijanja Francuske da upiše u matične knjige rođenih djecu koju je u SAD-u rodila surogat majka na osnovu surogat aranžmana sklopljenog između francuskih bračnih parova i surogat majki. Konkretno činjenice u ovim slučajevima nisu identične, ali zbog

²³ F. Ferrand, L. Francoz-Terminal, *FamRZ* 18, 2014, 1507.

²⁴ Prema odredbi člana 34. EKLJP, „Sud može primiti predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe osoba koji tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju, učinjene od strane neke visoke strane ugovornice. Visoke strane ugovornice obavezuju se da ni na koji način ne ometaju stvarno rješenje ovog prava“. Uvjet prihvatljivosti predstavke je prema odredbi člana 35. da se može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lijekovi.

²⁵ Predmeti Laborie, Foulon i Bouvet protiv Francuske, činjenično su slične predmetima Mennesson i Labassee protiv Francuske, te su i odluke ESLJP, shodno tome, sadržajno vrlo slične.

istovjetnih spornih pitanja, odluke su donesene od strane istog sudskog vijeća i istoga dana. Posebno ćemo iznijeti činjenična stanja u oba predmeta, a zatim i odluke/u ESLJP.

5.1.1. Činjenično stanje – Mennesson

U predmetu Mennesson radi se o bračnom paru – francuski državljani, koji su u Kaliforniji sklopili sporazume sa surogat majkom prema kojem će ona nositi i roditi dijete/djecu začeto *in vitro* korištenjem sjemenih ćelija gospodina Mennessona i doniranih jajnih ćelija. Još za vrijeme trudnoće Vrhovni sud Kalifornije donio je 14. 6. 2000. godine presudu koja utvrđuje da će roditelji djece koju surogat majka bude rodila biti gospodin i gospođa Mennesson. U oktobru 2000. godine rođene su bliznakinje koje su potom na temelju te presude upisane u matične knjige rođenih u Kaliforniji. Francuski konzulat u Los Angelesu odbio je da upiše rođenje bliznakinja u matičnu knjigu, pa su one stigle u Francusku sa svojim roditeljima kao američke državljanke, čije državljanstvo su dobile na osnovu načela *ius soli*. One su 25. 11. 2002. godine, prema uputama Javnog tužilaštva, upisane u francuske knjige građanski stanja, da bi maja 2003. godine javni tužilac pokrenuo postupak u cilju poništavanja tog unosa. Cijeli postupak okončan je 2011. godine odlukom Kasacionog suda koji je potvrdio presudu Apelacionog suda u Parizu iz 2010. godine da upis rođenja bliznakinja, koji je izvršen na temelju inostranog izvoda iz matične knjige rođenih, zasnovanog na inostranoj odluci, treba biti poništen jer je kalifornijska presuda od 14. 6. 2000. godine suprotna francuskom javnom poretom – ona sadrži odredbe koje vrijeđaju temeljna načela francuskog prava, tj. načelo neotuđivosti ljudskog tijela i osobnog stanja. Kasacioni sud je naveo „da takvo poništenje, međutim, ne lišava djecu materinske i očinske filijacije koju im priznaje kalifornijsko pravo niti ih sprečava da žive sa supružnicima Mennesson u Francuskoj, te ne ugrožava pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života te djece u smislu člana 8. EKLJP, niti vrijeđa njihov najbolji interes garantiran članom 3. stav 1. Konvencije o pravima djeteta.“²⁶ Nakon toga bračni par Mennesson obraća se ESLJP.

5.1.2. Činjenično stanje – Labassee

U predmetu Labassee radi se o bračnom paru Labassee – francuski državljani, koji se, zbog nemogućnosti da svoju želju za roditeljstvom realiziraju prirodnim putem, odluče za surogat materinstvo. S tom namjerom, za-

²⁶ Više u: B. Bordaš, „Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvom: stvarnost i pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012, 107–109; B. Bordaš, „O potrebi međunarodnog regulisanja surogat materinstva: sudska praksa i aktivnosti u 2014. godini“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 155–157.

ključili su ugovor o surogat materinstvu u Minnesoti (SAD), prvo s *Fertility Center for Surrogacy* 20. 5. 2000. godine, a zatim i sa gospodinom i gospođom L. 29. 10. 2000., godine prema kojem će gospođa L nositi i roditi dijete začeto *in vitro* korištenjem sjemenih ćelija gospodina Labassee i doniranih jajnih ćelija. Kratko nakon rođenja djevojčice, oktobra 2001. godine, sud u državi Minnesota donio je 31. 10. 2001. godine, na zahtjev gospođe L, presudu kojom je utvrđeno da se bračni par L odriče roditeljskih prava. Isti dan, isti sud donio je, na zahtjev bračnog para Labassee, drugu presudu kojom je odredio da su gospodin i gospođa Labassee roditelji djeteta – genetski otac i zakonska majka, te su oni i upisani u Minnesoti, novembra 2001. godine, u matične knjige rođenih kao roditelji djevojčice. Aprila 2003. godine javno tužilaštvo odbija izvršiti upis rođenja djevojčice u francuske knjige građanskih stanja pozivajući se na institut „javni poredak“. Nakon toga bračni par Labassee obraća se sudovima koji odbiju njihovu tužbu, a potom i žalbu navodeći da je ugovor o surogat materinstvu pravno nevaljan, da je protivan francuskom pravu te da ima „prevarantski“ karakter. Nakon odluke Kasacionog suda od 6. 4. 2011. godine, kojom je još jednom potvrđeno da je došlo do povrede francuskog javnog poretka te da se roditeljski odnos ne može zasnovati na ništavom ugovoru o surogat materinstvu, Bračni par Labassee obraća se ESLJP. Kao i u prethodnom slučaju Kasacioni sud je naveo da to, međutim, ne znači da je djevojčica ostala bez porijekla koje joj strana odluka priznaje, niti je to sprječava da živi sa gospodinom i gospođom Labassee, te da nije došlo do povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života u smislu člana 8. EKLJP, niti je ugrožen njen najbolji interes garantiran članom 3. stav 1. Konvencije o pravima djeteta.

5.1.3. Presuda ESLJP u predmetima Mennesson i Labassee

Predstavke u ovom premetima sadržajno su iste, pa iako činjenice ova dva slučaja nisu identične, ESLJP donio je dvije istovjetne odluke. U obje predstavke navedeno je da je Francuska povrijedila njihova prava utvrđena EKLJP, i to onemogućavanjem da u Francuskoj, na štetu najboljeg interesa djeteta, budu u mogućnosti dobiti priznanje porijekla, mada je porijeklo punovažno uspostavljeno u inostranstvu temeljem ugovora o surogat materinstvu, što predstavlja povredu njihovog prava na poštivanje privatnog i porodičnog života iz člana 8. EKLJP²⁷. ESLJP se prvo izjasnio o pitanju da li činjenice oba slučaja potpadaju pod pojam privatnog i porodičnog života iz člana 8. EKLJP.

U oba slučaja je nesporno da se namjeravani roditelji od dana rođenja djece staraju o njima kao o svojoj djeci i da njihov zajednički život odgovara razumijevanju porodičnog života u uobičajenom smislu riječi te da se radi o

²⁷ Tač. 43. presude Mennesson i tač. 34. presude Labassee.

de facto zajednici života.²⁸ ESLJP uspostavio je direktnu vezu i sa privatnim životom, pozivajući se na svoje ranije odluke,²⁹ prema kojim pravo na identitet čini integralni dio pojma privatnog života.³⁰

ESLJP proglasio je prihvatljivim zahtjev u pogledu prava na poštivanje privatnog i porodičnog života te prihvatio tvrdnju podnosioca predstavke da odbijanje francuskih organa da po francuskom pravu priznaju postojanje porodične veze predstavlja miješanje u njihovo pravo na poštivanje i da ono stoga predstavlja pitanje više sa aspekta negativnih obaveza tužene države u pogledu člana 8. nego sa aspekta pozitivnih obaveza.³¹ To miješanje predstavlja povredu člana 8. EKLJP, osim ako je ono u skladu sa zakonom, ako služi legitimnim ciljevima propisanim u stavu 2. tog člana te ako je ono, radi postizanja tih ciljeva, neophodno u demokratskim društvima.³²

ESLJP smatrao je da je miješanje tužene države u skladu s zakonom: propis je pristupačan zainteresiranim osobama, a posljedice njegove povrede su predvidljive.³³ Naime član 16-7 i 16-9 francuskog Građanskog zakona izričito propisuju ništavost sporazuma o surogat materinstvu i proglašavaju te odredbe odredbama javnog poretka u Francuskoj.

ESLJP prihvatio je da je miješanje služilo legitimnom cilju: odbijanje Francuske da prizna filijacijsku vezu između djece rođene u inostranstvu u okviru surogat aranžmana i namjeravanih roditelja potiče iz želje da obeshrabri svoje državljane da u inostranstvu pribjegnu metodi prokreacije koju na svojoj teritoriji zabranjuje, a u cilju zaštite djece i surogat majke. Stoga se može smatrati da je sporno miješanje imalo u vidu dva od legitimnih ciljeva pobrojanih u drugom stavu člana 8 Konvencije: „zaštitu zdravlja“ i „zaštitu prava i sloboda drugih lica“.³⁴

Odgovor na pitanje je li u konkretnim slučajevima došlo do povrede prava iz člana 8. EKLJP ili nije, zavisit će od procjene je li miješanje u pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života neophodno u demokratskom društvu. Kakvo će biti miješanje prepušteno je, u pravilu, slobodnoj procijeni države. ESLJP ukazuje na različitost nacionalnih propisa u pogledu dopuštenosti surogat materinstva i mogućnosti priznanja veze između djeteta koje je

²⁸ Sud se poziva na svoje presude u slučajevima Wagner i J.M.W.L. protiv Luksemburga, Predstavka br. 76240/01 od 28. 6. 2007 i X, Y i Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Predstavka br. 21830/93 od 22. 4. 1997.

²⁹ Slučaj Mikulić protiv Hrvatske, Predstavka br. 53176/99 od 7. 2. 2002. i Jäggi protiv Švicarske, Predstavka br. 58757/00 od 13. 7. 2006.

³⁰ Tač. 45. presude Mennesson i tač. 37. i 38. presude Labassee.

³¹ Tač. 48. presude Mennesson i tač. 49. presude Labassee.

³² Tač. 50. presude Mennesson i tač. 51. presude Labassee.

³³ Tač. 57. presude Mennesson i tač. 51. presude Labassee.

³⁴ Tač. 62. presude Mennesson i tač. 54. presude Labassee.

rodila surogat majka u inostranstvu i namjeravanih roditelja, ističe da odsustvo konsenzusa pokreće osjetljiva etička pitanja te konstatira da bi države trebale imati široko polje slobodne procjene.³⁵ Međutim, ESLJP dalje ističe da u konkretnim slučajevima ipak treba suziti polje slobodne procjene države jer se radi o porijeklu kao suštinskom aspektu identiteta pojedinca.³⁶ ESLJP treba ispitati da li mjere ograničenja nekog prava odražavaju pravičnu ravnotežu između interesa države i pojedinaca koji su tom mjerom neposredno pogođeni te će pri tome voditi računa o temeljnom načelu najboljeg interesa djeteta kao prioritetnom u svim situacijama vezanim za djecu.³⁷ Uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnih slučajeva te ocjenu Kasacionog suda u ovim predmetima da nemogućnost unosa podataka iz američkih rodni listova u francuske matične knjige ne ugrožava ni pravo djece na privatni i porodični život, niti njihov najbolji interes, ne lišava ih materinske i očinske filijacije koje im strano pravo priznaje te ih ne sprečava da u Francuskoj žive s prvim podnosiocima predstavke, ESLJP je na kraju zaključio da situacija koja proizlazi iz zaključaka Kasacionog suda u konkretnim slučajevima odražava pravičnu ravnotežu između interesa podnosioca predstavke i interesa države u pogledu prava na poštivanje porodičnog života.³⁸

ESLJP je smatrao da u konkretnim slučajevima treba razlikovati pravo namjeravanih roditelja kao podnosilaca predstavke na poštovanje njihovog porodičnog života, s jedne strane, i pravo djece kao podnosioca predstavke na poštovanje njihovog privatnog života, s druge strane.³⁹ S obzirom da poštivanje privatnog života podrazumijeva da svako može ustanoviti detalje svog identiteta, što obuhvata i utvrđivanje porijekla kao suštinskog aspekta identiteta pojedinca, ESLJP konstatira da francusko pravo stvara za djecu u ovom pogledu pravnu nesigurnost. Naime, iako francuski sud prihvata roditeljsku vezu između namjeravanih roditelja i djece koje je rodila surogat majka, budući da je nju ustanovilo kalifornijsko pravo, odbijanje da se osigura bilo kakvo djelovanje američkoj presudi i da se u francuske matične knjige unesu podaci o osobnom stanju koje proizlazi iz te presude, pokazuje istovremeno i da tu vezu ne priznaje francuski pravni poredak. Drugim riječima, Francuska, iako zna da su ta djeca u inostranstvu identificirana kao djeca namjeravanih roditelja, poriče im to svojstvo u svom pravnom poretku. ESLJP smatra da takva proturječnost ugrožava njihov identitet u francuskom društvu.⁴⁰ Nadalje, ESLJP navodi da je državljanstvo, iako nije

³⁵ Tač. 78. i 79. presude Mennesson i tač. 55. presude Labassee.

³⁶ Tač. 80. presude Mennesson i tač. 56. presude Labassee.

³⁷ Tač. 81. presude Mennesson i tač. 60. presude Labassee.

³⁸ Tač. 94. presude Mennesson i tač. 73. presude Labassee.

³⁹ Tač. 86. presude Mennesson i tač. 65. presude Labassee.

⁴⁰ Tač. 96. presude Mennesson i tač. 75. presude Labassee.

obuhvaćeno članom 8. EKLJP, element identiteta pojedinca, te nemogućnost djece da dobiju francusko državljanstvo bez obzira što im je biološki otac Francuz, negativno utječe na određivanje njihovog identiteta. Također, ESLJP konstatira da činjenica da djeca nisu identificirana u francuskom pravu kao djeca namjeravanih roditelja ima posljedice po njihovo pravo na nasljeđivanje – djeca se smatraju trećim osobama koja mogu naslijediti samo kao legatari što je manje povoljno za njih. Ova situacija se odnosi i na namjeravanu majku i na namjeravanog oca kao biološkog oca.⁴¹ S obzirom na navedeno, ali i na činjenicu da je u konkretnim slučajevima, namjeravani otac i biološki otac djece, postavlja se ozbiljno pitanje usklađenosti situacije sa najboljim interesom djeteta koje je osnovno načelo u svim odlukama koje se tiču djece. ESLJP stoga smatra da je „s obzirom na posljedice ovakvih ozbiljnih ograničenja u pogledu identiteta i prava na poštivanje privatnog života djece, koja predstavljaju prepreku priznanju i uspostavljanju njihovog porijekla prema biološkom ocu u unutrašnjem pravu, Francuska prekoračila granice koje joj dozvoljava polje njene slobodne procjene“.⁴²

ESLJP je presudio da nije bilo kršenja člana 8. EKLJP kad je riječ o pravu podnosilaca predstave na porodični život. S druge strane ta odredba je prekršena kad je riječ o pravu djece – bliznakinja iz predmeta *Mennesson*, odnosno djevojčice iz predmeta *Labassee* kao podnosioca predstave na poštovanje privatnog života.⁴³⁴⁴

5.2. Presuda ESLJP u predmetima *Paradiso i Campanelli* protiv Italije, Predstavka br. 25358/12 od 27. 1. 2015. i *Paradiso i Campanelli* protiv Italije, Predstavka br. 25358/12 od 24. 1. 2017.

Predmet *Paradiso i Campanelli* interesantan je jer je Vijeće i Veliko vijeće ESLJP donijelo dvije oprečne odluke. ESLJP trebao je odlučiti o tome jesu li talijanski organi činom oduzimanja djeteta povrijedili EKLJP. Dijete je rođeno u Rusiji u okviru surogat aranžmana i nije genetski povezano sa namjeravanim roditeljima. Italija je optužila namjeravane roditelje da su zaobišli pravila o usvojenju, oduzela im dijete i smjestila ga kod njegovatelja te odredila mu staratelja. Za razliku od presude Vijeća iz januara 2015. godine, Veliko vijeće odlučilo je, januara 2017. godine, da Italija ovim činom nije prekršila pravo na poštivanje porodičnog života iz člana 8. EKLJP.

⁴¹ Tač. 98. presude *Mennesson* i tač. 77. presude *Labassee*.

⁴² Tač. 100. presude *Mennesson* i tač. 79. presude *Labassee*.

⁴³ Tač. 102. presude *Mennesson* i tač. 81. presude *Labassee*.

⁴⁴ ESLJP na isti način odlučio je i u predmetima *Laborie* protiv Francuske (tač. 29, 30, 31, 32), *Foulon i Bouvet* protiv Francuske (tač. 55, 56, 57, 58) pozivajući se upravo na stavove iznijete u presudi *Mennesson i Labassee* protiv Francuske.

5.2.1. Činjenično stanje – Paradiso i Campanelli

Bračni par – talijanski državljani, nakon više neuspješnih pokušaja da postanu roditelji, odlučili su svoju želju za roditeljstvom realizirati putem surogat materinstvo. Pošto je ono u Italiji izričito zabranjeno, kontaktirali su u Moskvi kompaniju *Rosjurconsulting* te sa njima zaključili ugovor o surogat materinstvu. Surogat majka pristala je na unos embrija (19. 6. 2010.) koji je nastao *in vitro* oplodnjom doniranih spolnih stanica, na nošenje trudnoće i porod te predaju djeteta talijanskom bračnom paru. Nakon rođenja dječaka u februaru 2011. godine, surogat majka se pismenim putem odrekla roditeljstva te su gospođa Paradiso i gospodin Campanelli upisani u matične knjige rođenih kao roditelji dječaka – surogat materinstvo uopće nije spomenuto u izvodu urađenom u skladu s relevantnim odredbama Haške konvenciji o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava iz 1961. godine. Na temelju izvoda iz matične knjige rođenih, a na zahtjev gospođe Paradiso, talijanski konzulat u Moskvi izdao je 29. 4. 2011. godine dozvolu s kojom je dječak mogao ući u Italiju. Nakon povratka kući, gospođa Paradiso se obratila nadležnom matičnom uredu kako bi registrirala svoje dijete. U međuvremenu, talijanski konzulat u Moskvi obavijestio je Sud za djecu i mlade i nadležne organe da su podaci vezani za rođenje djeteta netačni. Na temelju toga, pokrenut je protiv talijanskog bračnog para krivični postupak zbog davanja netačnih osobnih podataka, zaobilaženje propisa o usvojenju te nelegalno dovođenje djeteta u Italiju. Nakon što je DNA – test, urađen na zahtjev suda augusta 2011, pokazao da gospodin Campanello nije biološki otac djeteta, odbijen je upis djeteta u matične knjige rođenih. Sud za djecu i mlade je svojom odlukom od 20. 10. 2011. godine naložio hitno oduzimanje tada devetomjesečne bebe uz obrazloženje da je bračni par u želji da zadovolji svoje „narcisoidne potrebe za djetetom“, zanemario zakonske propise i pokušao zaobići pravila o usvojenju te stoga postoji ozbiljna zabrinutost oko njihove sposobnosti da budu roditelji. Dijete je predano u dom za nezbrinutu djecu, a bračnom paru je zabranjeno da ga viđaju i s njim kontaktiraju. Januara 2013. godine dijete je predato udomiteljima. Viši sud je aprila 2013. godine potvrdio raniju odluku kojom je odbijena mogućnost upisa dječaka u matične knjige rođenih, te naložio izdavanje novog izvoda iz matične knjige rođenih u svrhu dobivanja novog identiteta, a u kojem će stajati da su roditelji dječaka nepoznati. Sud za djecu i mlade je 5. 6. 2013. godine donio još jednu odluku kojom oduzima procesnu legitimaciju talijanskom bračnom paru u postupku usvojenja jer se ne mogu smatrati zakonskim roditeljima dječaka. Nakon toga bračni par se obratio ESLJP.

5.2.2. Presuda ESLJP u predmetu *Paradiso i Campanelli* iz januara 2015. godine

ESLJP odmah je odbacio mogućnost da podnosioci predstavke nastupaju u ime djeteta s kojim nisu genetski povezani, nisu njegovi zakonski staratelji, a dijete je u procesu usvajanja od strane drugih usvojitelja.⁴⁵ Također, odbacio je zahtjev koji se odnosi na povredu člana 8. EKLJP zbog nepriznavanja ruskog izvoda iz matične knjige rođenih te nemogućnosti unosa podataka u talijanske matične knjige navodeći da nisu iscrpljena sva pravna sredstva pred nacionalnim sudovima.⁴⁶ ESLJP proglasio je prihvatljivim zahtjev u pogledu prava na poštivanje privatnog i porodičnog života te prihvatio tvrdnju podnosioca predstavke da čin oduzimanje djeteta predstavlja miješanje države u njihovo pravo. Konstatirao je da, iako je dijete provelo s namjeravanim roditeljima tek šest mjeseci u Italiji, činjenice su pokazale da su se oni prema djetetu ponašali kao uobičajeni roditelji, te da se radi o *de facto* porodičnoj zajednici.⁴⁷ Miješanje talijanskih organa predstavlja povredu člana 8., osim ako je ono u skladu sa zakonom, ako služi legitimnim ciljevima propisanim u stavu 2. tog člana te ako je ono, radi postizanja tih ciljeva, neophodno u demokratskim društvima.

ESLJP smatrao je da je miješanje tužene države u skladu s zakonom: sud za djecu i mlade nije se, utvrđujući porijeklo dječaka, bazirao na stranom izvodu iz matične knjige rođenih⁴⁸ već je postupao u skladu s domaćim pravilima međunarodnog privatnog prava koja su ga uputili na primjenu talijanskog prava u situaciji kada se odlučuje o porijeklu djeteta bez državljanstva. Propis je bio pristupačan zainteresiranim osobama, a posljedice njegove povrede predvidljive.⁴⁹

ESLJP prihvatio je da je miješanje služilo legitimnom cilju, odnosno da mjera poduzeta u odnosu na dijete služi „održavanju reda“ i ima za cilj zaštitu „prava i slobode djeteta“.⁵⁰

Odgovor na pitanje je li u konkretnim slučajevima došlo do povrede prava iz člana 8. EKLJP ili nije, zavisit će od procjene je li miješanje u pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života neophodno u demokratskom

⁴⁵ Tač. 46, 49, 50. presude *Paradiso i Campanelli*.

⁴⁶ Tač. 58. i 62. presude *Paradiso i Campanelli*.

⁴⁷ Tač. 69. presude *Paradiso i Campanelli*.

⁴⁸ Izvod iz matične knjige rođenih urađen je u skladu s Haškom konvencijom o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isparava iz 1961. godine kojom se države ugovornice oslobađaju postupka legalizacije javne isprave, a iz koje proizlazi da apostille ne potvrđuje autentičnost sadržaja. Član 5. propisuje da „Propisno ispunjena, ona potvrđuje vjerodostojnost potpisa, svojstvo u kojem je potpisnik isprave postupio i, po potrebi, vjerodostojnost pečata ili žiga što ga sadrži“.

⁴⁹ Tač. 72. presude *Paradiso i Campanelli*.

⁵⁰ Tač. 73. presude *Paradiso i Campanelli*.

društvu. Kakvo će biti miješanje prepušteno je, u pravilu, slobodnoj procjeni države. Država treba uspostaviti ravnotežu između javnog i privatnog interesa, a posebno voditi računa o najboljem interesu djeteta kao prioritarnom načelu u svim aktivnostima vezanim za djecu.⁵¹ Poziv na zaštitu javnog poretka ne može biti opravdanje za poduzete službene radnje. Puno važnije je postojanje genetske ili druge veze u situacijama koje se tiču djeteta čiji najbolji interes mora biti na prvom mjestu. Oduzimanje djeteta dopušteno je samo u onim situacijama u kojima djetetu prijeti akutna opasnost. Stajalište talijanskog suda da je oduzimanje djeteta prihvatljivo s obzirom na mladu dob djeteta, ESLJP smatra neprihvatljivim.⁵² Nadalje, pozivajući se na krivični postupak pokrenut protiv bračnog par, ESLJP ističe da se trebao sačekati ishod postupka prije nego što je bračnom paru trajno zabranjena mogućnost usvajanja.⁵³ Pored toga, ESLJP smatra neprihvatljivim to što je dijete tek 2013. godine dobilo novi identitet, što znači da dvije godine nije „pravno egzistiralo“. Dijete koje je rodila surogat majka ne smije biti u nepovoljnijem položaju u odnosu na drugu djecu posebno u pogledu njegovog državljanstva i identiteta, koji su iznimno važni.⁵⁴ Ovo posebno ako se uzme u obzir član 7. Konvencije o pravima djeteta.⁵⁵

Uzimajući u obzir sve navedene činjenice, ESLJP je zaključio da je došlo do povrede prava na poštivanje privatnog i porodičnog života iz člana 8. EKLJP. Talijanski organi nisu uspjeli uspostaviti pravičnu ravnotežu između javnih i privatnih interesa, a posebno nisu uzeli u obzir postojanje *de facto* porodične veze između djeteta i namjeravanih roditelja. To, međutim, ne znači da su talijanski organi obavezni vratiti dijete namjeravanim roditeljima, jer se u međuvremenu razvila bliska veza djeteta sa udomiteljima.⁵⁶ Presuda ESLJP nije jednoglasno donesena. Dvojica od sedam sudaca izdvojili su svoje mišljenje u ovom predmetu.

Suci Raimondi i Spanó smatrali su da je miješanje države bilo neophodno u demokratskom društvu. Istaknuli su da se radi o jednom slabom *de facto* porodičnom odnosu nastalom na temelju nezakonitog djelovanja bračnog para. U situaciji kada su nacionalni sudovi suočeni s teškim pitanjima koja zahtijevaju uspostavljanje ravnoteže između najboljeg interesa

⁵¹ Tač. 74. i 75. presude Paradiso i Campanelli.

⁵² Tač. 82. presude Paradiso i Campanelli.

⁵³ Tač. 83. presude Paradiso i Campanelli.

⁵⁴ Tač. 85. presude Paradiso i Campanelli.

⁵⁵ Čl. 7: 1. Dijete se prijavljuje odmah nakon rođenja i od rođenja ima pravo na ime, pravo na staranje, državljanstvo i, ako je to moguće, pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje. 2. Države članice osiguravaju ostvarivanje ovih prava u skladu s nacionalnim zakonom i svojim obavezama u skladu s odgovarajućim međunarodnim instrumentima iz ove oblasti, posebno u slučajevima u kojima bi dijete inače bilo apatrid.

⁵⁶ Tač. 86, 87, i 88 presude Paradiso i Campanelli.

djeteta i njegove dobrobiti, s jedne strane, i javnog poretka, s druge strane, ESLJP trebao bi se ograničiti na procjenu je li odluka nacionalnih sudova bila proizvoljna ili ne. Izdvojeno mišljenje zaključili su navodeći, da je ovim uskraćen legitimitet odlukama nacionalnih sudova kojima se ne priznaju prekogranična dejstva surogat materinstva.⁵⁷

5.2.3. Presuda ESLJP u predmetu Paradiso i Campanelli iz januara 2017. godine

Veliko vijeće ESLJP donijelo je, postupajući po žalbi Italije,⁵⁸ novu presuda u predmetu Paradiso i Campanelli. Ova presuda u potpunosti je drugačija od prethodne. U njoj je izneseno da se, prije svega, mora uzeti u obzir da su podnosioci predstavke djelovali ilegalno i da je njihov odnos prema djetetu od momenta dolaska u Italiju bio pravno neizvjestan. Situacija se još više pogoršala kada je DNA-test pokazao da dijete nije biološki povezano ni sa namjeravanim ocem ni sa namjeravanom majkom.⁵⁹ U presudi je naznačeno da su talijanski organi ispravno postupili time što su brzo reagirali. Na taj način spriječili su da dijete uslijed razdvajanja od roditelja pretrpi ozbiljnu i nepopravljivu štetu. Naveli su da obrazloženje talijanskih sudova u pogledu najboljeg interesa djeteta nije bilo automatsko i stereotipno, već rezultat procjene posebne situacije u kojoj se dijete našlo.⁶⁰

ESLJP u novoj presudi nije vagao između najboljeg interesa djeteta, s jedne strane, i javnog poretka, s druge strane, već je odlučivao o pravu bračnog para, da, u danim okolnostima, ostvari svoje pravo na roditeljstvo. Naglasio je da talijanski organi imaju pravo zauzeti svoj stav o surogat materinstva, kao osjetljivom etičkom pitanju, o kojem ni unutar Europe ne postoji jedinstveno stajalište. U takvim okolnostima, Italija ima široko polje procjene. ESLJP naveo je da se ne može ignorirati emocionalna bol parova koje ne mogu imati djecu, ali da EKLJP ne sadrži pravo na roditeljstvo. U ovoj situaciji javni interes veći je od interesa podnosioca predstavke da zadrže dijete. Ako im se omogućiti da dijete ostane kod njih, da ga čak usvoje, legalizirat će se jedna situacija nastala povredom većeg broja talijanskih pozitivnih propisa. ESLJP na kraju navodi da nije došlo do povrede prava iz čl. 8. EKLJP.⁶¹ Ni ova presuda nije donesena jednoglasno – 11 sudaca je bilo za ovu odluku, a njih 6 protiv.

⁵⁷ J. Goldbach, *Die Rechtsprechung des EGMR zur Leihmutterchaft und ihre Konsequenzen für das deutsche Recht*, Grin Verlag 2015, 14.

⁵⁸ Dana 27. 4. 2015. godine vlada Italije zatražila je da se slučaj uputu Velikom vijeću na temelju čl. 43. EKLJP, a 1. 6. 2015. godine Veliko vijeće je odobrilo taj zahtjev.

⁵⁹ Tač. 211. presude Paradiso i Campanelli iz 2017.

⁶⁰ Tač. 210. presude Paradiso i Campanelli iz 2017.

⁶¹ Tač. 215. presude Paradiso i Campanelli iz 2017.

Najbolji interes djeteta u novoj odluci uopće nije spomenut i upravo je to glavna zamjerka sucima koji su glasali protiv. U svojoj zajedničkoj izjavi, oni su naglasili da nisu suglasni s načinom na koji je u presudi potpuno izostavljen najbolji interes djeteta. Ni u jednom momentu većina sudaca se nije zapitala bi li u najboljem interesu djeteta bilo ostati s osobama koji se o njemu staraju i brinu kao roditelji. Oduzimanje djeteta baziralo se na pravnim motivima, a najbolji interes djeteta spomenut je samo kada je trebalo procijeniti jesu li posljedice tog čina, nakon što se već dogodio, štetne za dijete. Za šest sudaca sasvim je jasno da je sud napravo teški propust jer čin oduzimanja djeteta nisu cijenili s aspekta najboljeg interesa djeteta. Najbolji interes djeteta mora u ovakvim slučajevima biti na prvom mjestu.⁶²

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Surogat materinstvo kao vid medicinski potpomognute oplodnje izaziva brojne probleme s obzirom na to da pravno reguliranje ne prati razvoj i dostignuća biomedicine. Šarolikost nacionalnih propisa, neujednačena pravna situacija u Bosni i Hercegovini, te nekonzistentna sudska praksa stavlja domaće suce i druge organe primjene prava pred brojne izazove. Osnovni problem svakako predstavlja priznanje u inostranstvu stečenog roditeljskog odnosa i s tim povezani pravni status djeteta rođenog u inostranstvu u okviru surogat aranžmana. Sudska praksa u pojedinim državama kao i praksa ESLJP, rukovodeći se najboljim interesima djeteta, ide u pravcu priznavanja pravnog roditeljstva kada se utvrdi genetsko srodstvo te kada namjeravani roditelj/i zatraže puno priznanje. Ako postojeća socijalna i porodična veza ima i genetsku podlogu, onda bi u svakom slučaju trebala biti obuhvaćena zaštitom privatnog i porodičnog života iz čl. 8. EKLJP.

U fokusu našeg razmišljanja treba biti dijete i ono što je za njega najbolje. Društvena svijest o tome da dijete nema utjecaja na način svog začeca i rođenja kao i da svako dijete ima jednako pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života već je razvijena i prihvaćena kada se radi o bračnoj i vanbračnoj djeci. Zašto bi to danas bilo upitno kada se radi o djetetu koje je rodila surogat majka? Kazniti djecu zbog toga što su namjeravani roditelji zaobišli domaće propise i zabrane nikada nije dobro. To što država izričito propisuje zabranu surogat materinstva ne daje joj za pravo da sankcionira i diskriminira djecu rođenu u inostranstvu u okviru surogat aranžmana u pogledu njihovog prava na porijeklo, ime, državljanstvo, staranje, izdržavanje, nasljeđivanje itd. Ako je dijete rođeno u okviru surogat aranžmana, o njegovoj daljoj sudbini se mora voditi računa i to uzimajući u obzir sve okolnosti

⁶² Leihmutterschaft: Kehrtwende der Grossen Kammer des Europäischen Gerichtshofes, <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/europarats-organe/egmr/urteile/leihmutterschaft-grosse-kammer-entscheid>, 2 (10. 9. 2017).

konkretnog slučaja. Nije dobro iznositi paušalne i generalne izjave o tome šta bi za takvu djecu bilo općenito najbolje, već je potrebno pozabaviti se s konkretnim pitanjima svakog pojedinačnog slučaja.

Zabrana surogat materinstva kao preventivna mjera može se opravdati nedostatkom konsenzusa i nepostojanjem jedinstvenih rješenja na regionalnom i globalnom nivo, ali se ne može koristiti kako bi se djetetu koje je rodila surogat majka onemogućilo da živi s namjeravanim genetskim roditeljima. Nacionalna rješenja trebaju biti usklađena s čl. 8. EKLJP i to tako što će se svakom djetetu nakon rođenja omogućiti potpuna integracija i odrastanje u okvirima svoje „porodice“.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Bordaš, Bernadet, „Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvom: stvarnost i pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012;
2. Bordaš, Bernadet, „O potrebi međunarodnog regulisanja surogat materinstva: sudska praksa i aktivnosti u 2914. godini“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014;
3. Kovaček, Stanić, Gordana, „Biomedicinski potpomognuto začeće i rađanje djeteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji“, *Stanovništvo* 1/2013;
4. Duden, Konrad, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat - und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck 2015;
5. Goldbach, Johanna, *Die Rechtsprechung des EGMR zur Leihmutterschaft und ihre Konsequenze für das deutsche Recht*, Grin Verlag 2015;
6. Hofer, Sibylle, Klippel, Diethelm, Walter, Ute, (Izd), *Perspektiven für Familienrechts, FS für Dieter Schwab*, Bielfeld 2005;
7. Lederer, Nadine, *Grenzloser Kinderwunsch: Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen Spannungsfeld*, Frankfur am Main 2016;
8. Mayer, Claudia, „Sachwidrige Differenzierungen in internationales Leihmutterschaftsfällen“, *IPRax* 1/2014;
9. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence *Entwicklungen im französischen Familienrecht 2007-2008*, *FamRZ* 18/2008;
10. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence, „Neuste Entwicklung im französischen Familienrecht 2008-2009“, *FamRZ* 18/2009;
11. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence, „Aktuelles zum französischen Recht 2009-2010“, *FamRZ* 18/2010;
12. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence, „Aktuelles zum französischen Recht 2010-2011“, *FamRZ* 18/2011;
13. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence, „Neuste Entwicklung im französischen Familienrecht 2011-2012“, *FamRZ* 18/2012;

14. Ferrand, Frédérique, Francoz-Terminal, Laurence, “Entwicklungen im französischen Familienrecht 2013-2014“, *FamRZ* 18/2014.

Internet izvori

1. <http://www.abstammungsrecht.de/neues-zur-leihmutterschaft-anerkennung-jetzt-doch-ja-aber-nur-unter-umstaenden/>;
2. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=01.08.2013&Aktenzeichen=I%20W%20413%2F12>;
3. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=10.12.2014&Aktenzeichen=XII%20ZB%20463%2F13>;
4. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=88279&pos=0&anz=1>.
5. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.03.2019&Aktenzeichen=XII%20ZB%20530%2F17>;
6. <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/europarats-organe/egmr/urteile/leihmutterschaft-grosse-kammer-entscheid>.

Associate Professor Anita Duraković, LL.D.

Faculty of Law, University “Džemal Bijedić” in Mostar

Associate Professor Jasmina Alihodžić, LL.D.

Faculty of Law, University of Tuzla

THE EFFECTS OF CROSS-BORDER SURROGATE MOTHERHOOD: THE PRACTICE OF NATIONAL COURTS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Surrogate motherhood is an interesting and current topic that engages legal theorists and practitioners at national, European and international level. For some, surrogacy is a business arrangement in which the child is treated as a commodity, while others view it altruistically as an aid to couples who cannot otherwise realize their desire for parenthood. Variety of national regulations (a number of states explicitly prohibit or do not legally regulate surrogate motherhood, in others it is allowed under different conditions and the absence of international regulation) causes numerous problems of private international law, primarily, recognition of the parental relationship acquired abroad and related legal status of the child born abroad under a surrogate arrangement. In this context, the practice of individual national

courts in states that prohibit or legally do not regulate surrogate motherhood is significant, pointing to the complexity of this issue. Particular attention will be paid to the recent decisions of the European Court of Human Rights, which has addressed the cross-border effects of surrogate motherhood in a number of cases and has made a major and inventive step in its decisions for all future cases of surrogate motherhood with an international element. Its views will undoubtedly affect the national and European legal framework and the decisions of national courts.

Key words: *Cross-border surrogacy motherhood; Recognition of parental relationship; Legal status of child; National courts; European Court of Human Rights.*