

УДК 347.63 : 341.9
316.356.2-055.52
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 485-507

*Др Бернадеи Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

НОВЕ ПОЈАВЕ И ИЗАЗОВИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ – СУКОБ ЗАКОНА У ПОГЛЕДУ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Сажетак: *Рад је посвећен питањима решавања сукоба закона у погледу оних појава које су везане за савремено друштво и за савремену породицу. Не-традиционални односи попут истополних заједница и сурогат материнства својом новином стављају пред изазове појмове брака и материнства не само у суистанцијалном праву, већ се и у међународном приватном праву морају пронаћи решења уколико ти односи садрже страни елементи. Сурогат материнства представља питање да ли се мајком дејетца сматра генетска или гестациона мајка, а различито правно регулисање у правним порецима различитих држава намеће потребу да се одреди меродавно право. Ни домаће, ни уредно међународно приватно право не познају колизионе норме за ову правну категорију. Одговор на ово отворено питање може да се истражи у правилима националних међународних приватних права користећи се аналозијом и екстензивним тумачењем, али исто тако и стварањем нове, специјалне колизионе норме за нови однос.*

Кључне речи: *сурогат материнства, генетска мајка, гестациона мајка, порекло дејетца, родитељско право, меродавно право, асистирана репродукција*

1. Увод

– супстанцијално право које даје повода сукобу закона

Околности које утичу на формирање савременог живота не заобилазе ни породицу и њен појам. Почев од друге половине XX века уобличио се појам тзв. „нуклеарне породице”, под којом се подразумева она коју чине само родитељи и њихово дете, односно њихова деца (која нису бројна). Околности су, такође, довеле до тога да у бројним случајевима дете/децу подиже само један од родитеља који дају појам самохраног родитеља и породице самохраног родитеља (*single parent family*). У тесној вези с овим појмом и овом појавом стоји један од највећих проблема родитељског права и односа родитеља и деце: коме од родитеља припада право на старање, односно право на чување и васпитање детета/деце и која су права и обавезе другог родитеља. Из овог проблема проистиче одвођење, односно отмица детета/деце која, такође, није ретка појава.

С друге стране, промена, лабављење моралних, друштвених и – делимично – правних норми доводи, такође, до нових појава. Све је више жена које одлучују о рађању и подизању детета иако нису у браку, све је више заједница живота чији основ није брак (партнерска веза), уговора о кохабитацији који су засновани на закону и породица које прате овакве форме и које се разликују од традиционалног појма породице. У оваквим и сличним, неконвенционалним породицама своје место налази и усвојење: ко може да буде усвојилац? Брачни партнери заједнички, само један од брачних партнера самостално, партнер или партнери који живе у заједници која није брак?

Највећи изазов представља, међутим, могућност законског уређења заједнице живота особа истог пола (истополне заједнице): која је форма тих заједница, које су њихове правне последице и, посебно, где је место детета у оваквим односима, без обзира да ли је то рођено дете једног од партнера или дете кога усвоји један од партнера или га усвоје заједнички.

Развој, проналасци и пракса у медицини задиру последњих деценија и у суштину традиционалних концепција које дефинишу однос родитеља и деце. Потпомогнуто рађање (асистирана репродукција), тј. медицинске интервенције којима се потпомаже зачеће намећу разликовање генетског, гестационог и социјалног (друштвеног), правног родитеља, као и потребу правног регулисања различитих облика асистиране репродукције како у погледу њене допуштености, тако и правних последица.

Све ове, мање-више нове појаве су већ и саме по себи довољно сложене и представљају озбиљан изазов у области њиховог регулисања на нивоу супстанцијалног права. Уколико по природи ствари ту додамо и неизбежан међународно-приватноправни аспект, онда би се могло рећи да међународно приватно право стоји у области породичног права пред већим изазовима него у правном регулисању питања и проблема које намећу промене настале установљењем информатичког друштва.

На почетку XXI века најизазовнији задаци међународног приватног права јесу одређивање меродавног права у погледу истополних заједница и у погледу статуса родитеља који намеће асистирани репродукција с једне стране, и признање оваквих односа креираних на основу иностраног права од стране домаћег форума.

Који разлози оправдавају да ова питања означимо као најинтригантнија? У овом тренутку није распрострањено ни њихово правно регулисање у домену супстанцијалног права, а колизионоправно уређење, колико је познато, скоро да не постоји. Упоредноправна истраживања показују да је правно уређење истополних заједница започело. Најпре путем правног регулисања регистровано партнерства у скандинавским земљама и Холандији¹, а у овој последњој је пре три године, први пут у свету, озакоњен брак између лица истог пола. У Холандији је 1. априла 2001. године ступио на снагу Закон о доступности установе брака лицима истог пола који у параграфу 1:30 прописује да две особе истог пола могу да закључе брак². Овај закон не прави никакву разлику у погледу личних и имовинских односа брачних партнера (презиме, издржавање, заједница имовине, право на пензију, међусобни уговорни односи, наслеђивање, сродство) у случају бракова особа истог пола и бракова жене и мушкарца. Најзначајније разлике постоје у погледу деце. У овом склопу међународно приватно право се суочава са следећим питањима: да ли је у државама у којима је регистровано партнерство правна установа, оно доступно само домаћим држављанима или може да буде закључено без обзира на то чији су држављани његови субјекти? Уколико је овакав правни однос доступан и странцима, које је право меродавно? Да ли би инострани суд применио прописе који омогућују регистровано партнерство или брак између лица истог пола уколико право његове државе не познаје ове установе? Да ли би суд државе чије право не познаје ове установе признао правна дејства оваквих односа који су пуноважно настали у иностранству?

С аспекта уређења правног положаја родитеља (и деце) асистирани репродукција намеће различита питања у зависности од тога који су медицински методи коришћени да би се потпомогло зачеће и да би дете дошло на свет. Вештачко оплођивање (било *in vivo*, било *in vitro*³) обично проблематизује пи-

¹ Установу регистровано партнерства познају права Данске, Шведске, Финске, Норвешке, Холандије, у Шпанији Каталонија и Арагонија, видети код Н.У. Jessurun d'Oliveira, *Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union*, in: J. Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, 527 – 543; као и Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад 2000, 150.

² Прва четири оваква брака закључена су у Амстердаму, 2. априла 2001. године, неколико минута после 00:00 часова, а до краја те календарске године закључено је укупно 2.387 бракова, видети код М. Antokolskaia, К. Boele-Woelki, *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend Setting and Stragglings Behind at the Same Time*, *Electronic Journal of Comparative Law*, као и N.G. Maxwell, *Opening Civil Marriages to Same-Gender Couples: A Netherlands – United States Comparison*, *Electronic Journal of Comparative Law*, <http://law.kub.nl/ejcl/43/art-1.html>

³ Овај облик вештачког оплођења је најстарији: прва беба из епрувете, Louise Brown рођена је 25. јула 1978. године.

тање правног очинства, пошто осим случајева у којима су брачни партнери генетски родитељи, до зачећа може да дође и семеном даваоца (донора). Ко је, дакле, отац детета: муж мајке или давалац? С аспекта права – то је први, а генетике – други. Генерално посматрано, упоредно супстанцијално право је на страни правног оца, али је дозвољено оспоравање очинства било по специјалним⁴, било по општим правилима. Медицина, међутим, у данашње време омогућује и проблематизовање материнства и ово је с правног аспекта како изазовније, тако и компликованије питање. *Mater semper certa est* више не важи безрезервно и у сваком случају. Ко је с аспекта права – мајка? Жена, у чију је материцу усађено донирано јајашце (или ембрион) које је вештачки оплођено оплодним ћелијама њеног мужа или даваоца и која ће га носити и плод донети на свет (сурогат мајка, гестациона мајка) или жена чије је јајашце вештачки оплођено (генетска мајка, жена донор) и усађено у материцу сурогат мајке? Варијанта овог случаја јесте ситуација у којој *in vitro* оплођено јајашце генетске мајке (супруге) буде усађено у материцу друге жене која ће плод носити и родити, или случај када супруга није ни генетска мајка, ни гестациона мајка а ова последња као сурогат мајка донесе на свет плод који настане вештачким оплођивањем ћелијама мужа – која жена је дететова биолошка и/или правна мајка?

Пошто је у овим случајевима циљ асистираних репродукције управо тај да дете добије жена код које су зачеће и гестација из биолошких разлога онемогућени, поставља се питање да ли се у праву мајком детета може сматрати генетска, а не гестациона мајка. Ово питање је у компаративном праву или нерегулисано, или се сурогат материнства сматра недозвољеним у сваком облику, или су недозвољени комерцијални уговори о сурогат материнству⁵, или се, пак, изричито каже да жена која је носила и родила плод не мора безусловно да буде и правна мајка тог детета, већ се под одређеним условима правним родитељима сматрају они брачни партнери чије је генетско дете родила сурогат мајка⁶. Ово сложено, осетљиво питање, које даје повода етичким и правним дилемама, на терену међународног приватног права постаје само још компликованије.

У првом реду из разлога што је супстанцијално право појединих држава у овој материји јако различито и има доста празнина, и то неизоставно намеће сложено питање квалификације: по ком праву треба обавити исту ради избора одговарајуће колизионе норме. На другом месту је питање како одредити ме-

⁴ Закон о браку и породичним односима Републике Србије у члану 101 прописује: „Није допуштено истраживање очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке.“, а у члану 110: „Муж може оспорити очинство детета које је родила његова жена у току брака или пре истека 300 дана од престанка брака, ако је дете без његове сагласности зачето вештачком оплодњом мајке оплодним ћелијама другог мушкарца.

Тужбу ради оспоравања очинства може поднети у року од шест месеци од сазнања за чињеницу да је дете зачето вештачким путем оплодним ћелијама другог мушкарца, а најкасније у року од десет година од рођења детета.”

⁵ F. Granet, red., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternité de substitution dans les Etats de la CIEC*, 20.02.2003, www.ciec1.org

⁶ Видети § 30(1) – 30(7) *Human Fertilization and Embryology Act*, 1990.

родавно право када међународно приватно право још нема специјалне колизионе норме за ово питање. Уколико би се путем квалификације и тумачења и дошло до одређене, тзв. „*hard and fast*” колизионе норме, преостаје питање правичности и интереса учесника (правног) односа, а такође и питање заштите детета и афирмисање најбољег интереса рођеног детета. Следе и питања усвојења које може да уследи после испуњења задатка сурогат мајке.

Ове две проблематике су на самом почетку XXI века скоро потпуно нерешене у међународном приватном праву, иако је последња деценија XX века донела већ довољно чињеничног материјала за то да би се могло почети са уобличавањем решења. У овом раду ће се, овом приликом обрађивати само питање одређивања меродавног права у погледу сурогат материнства.

2. Асистирана репродукција и статус родитеља

С обзиром на методе асистиране репродукције поставља се питање у којој мери су на почетку XXI века одрживе претпоставке *Pater est iste, quem nuptiae demonstrant* и *Mater semper certa est*. Уколико би у овом тренутку занемарили питање даљег задржавања и спровођења разлике у погледу правног статуса брачне и ванбрачне деце због свеопште забране дискриминације, а посматрали могућности које отвара *in vivo* или *in vitro* оплодња, онда се намеће став да претпоставка *pater est iste, quem nuptiae demonstrant* имплицира много мање дилема у погледу правног регулисања него што је то случај са претпоставком *mater (semper) certa est*, за коју се све донедавно могло рећи да је вечитог важења.

In vivo и *in vitro* оплодња је дозвољена и правно регулисана у складу са следећим начелима:

- уколико се оплодња врши оплодном ћелијом донора уз сагласност мужа мајке, важи *pater est iste, quem nuptiae demonstrant* и муж мајке не може да оспорава очинство;
- уколико се оплодња врши оплодном ћелијом донора без сагласности мужа мајке, муж мајке може покренути патернитетски спор;
- уколико жена није у браку, донор најчешће остаје (или може да остане) непознат.

Према новијим тенденцијама развоја, као и према члану 7 Конвенције УН о правима детета, дете има право да зна сопствено порекло у смислу права да му се открије идентитет родитеља. Ово право обухвата како право да дете зна идентитет лица које га је зачело, тако и идентитет даваоца (донора) оплодне ћелије⁷.

⁷ Видети, на пример, холандско право које још увек гарантује анонимност донора, али нацрт који се односи на чување и откривање података о донорима предвиђа другачије решење. Према нацрту, подаци се могу открити чак и у случају да се донор оплодне ћелије или ембриона не сагласи о откривању података у будућности, када дете наврши 16 година живота и пошто се обави евалуација интереса како детета, тако и донора. Према ставу холандске владе претпоставља се да је интерес детета јачи, пошто дете не може да утиче на начин на који је зачето, а донор и родитељи су слободном вољом одлучили о таквом начину оплодње.

2.1. Mater (semper) certa est

Према овом принципу, мајка је (увек) сигурна – мајка детета је жена која га је родила. Биолошка чињеница одређује и правни статус мајке, односно биолошка мајка је уједно и правна мајка. Осим тога, правна мајка може да буде и жена која је усвојила дете.

Различити облици асистираних репродуктивних технологија доводе у сумњу саму срж овог правила. Откако оплодњу и зачеће помажу не само даваоци мушких оплодних ћелија већ и донори женских оплодних ћелија и донори ембриона, раздваја се појам, али и улога генетске мајке, биолошке/гестационе мајке, као и социјалне мајке. Ови изрази нису спорни: генетска мајка је жена која даје оплодну ћелију ради оплодње (донор) и која на овај начин одређује генетске особине детета које ће се родити. Биолошка, гестациона мајка је жена у чију материцу се усађује оплођена јајна ћелија, пре-ембрион (зигот почев од оплодње до 14. дана) или ембрион (живи људски ембрион после окончане оплодње до 12., или по другим мишљењима до 8. недеље трудноће), која ће плод носити и родити. Социјална мајка је жена која се о детету брине, која га чува и подиже, васпитава, која га сматра својим и коју и други сматрају мајком детета. Овакво или слично одређење социјалне мајке већ није општеприхваћено, нарочито уколико би се уз њега додала и изричита намера социјалне мајке да она буде сматрана мајком детета (кога није она родила). Таква намера већ свесно упућује на проблематику сурогат материнства. Донација женске оплодне ћелије има исти циљ као и донација мушке: омогућавање лицима којима је прокреација из биолошких или физиолошких разлога ускраћена да имају своје дете. Поред донора мора, дакле, да постоји и жена која намерава да подигне дете као своје, али пре свега жена која ће будући плод носити и донети на свет – та жена је сурогат мајка. Ове две последње улоге се могу стећи у једној особи, али могу бити и раздвојене. У зависности од тога ко носи и рађа дете могу се разликовати облици сурогат материнства, једно је, међутим, сигурно: у случају донације женске оплодне ћелије или ембриона, генетска мајка и гестациона мајка су увек две различите жене.

У овом смислу је, на пример, Врховни суд Калифорније у чувеном случају *Johnson v. Calvert*⁸, у складу са владајућим схватањима у САД навео најмање три ситуације у којима је сурогат материнство неизбежно: (1) после ин витро оплодње женске оплодне ћелије која потиче од донора, оплођена ћелија се усађује у материцу друге жене која намерава да дете које ће родити подиже као своје; (2) жена која је донор оплодне ћелије намерава сама да подиже дете које ће носити и донети на свет гестациона мајка, тј. сурогат мајка; (3) пар који жели дете унајми сурогат мајку да би она за њих изнела женску оплодну ћелију донора која је оплођена мушким оплодним ћелијом даваоца и донела на свет дете које ће дотични пар подизати као своје. Случај под (1) је тзв. *традиционално* сурогат материнство, док су случајеви под (2) и (3) гестациона сурогат

⁸ 1993 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494.

материнства⁹. У сва три случаја су гестационе и генетске мајке различите жене, али два последња случаја (гестационо сурогат материнство) су та која максимуму *mater (semper) certa est* уистину стављају на кушњу. Коју жену право сматра мајком детета?

Да ли је то жена која је донор оплодне ћелије, или жена која изнесе и роди дете или, као у трећем случају жена која намерава да подигне дете, тј. социјална мајка? Са правног аспекта гестационо сурогат материнство је још компликованије због тога што је са потенцијалном гестационом мајком пре спровођења *in vitro* оплодне неопходно постићи споразум, сачинити *уговор* о томе да пристаје на то да се у њену материцу усади оплођена јајна ћелија, да ће ембрион/плод носити и донети на свет као и да ће дете које ће родити да преда пару или лицу које се појављује као „наручилац”. С друге стране, пар који је наручилац преузима обавезу да надокнади трошкове гестационе мајке и да за њену услугу пружи новчано или другачије противдавање. Да ли су овакви уговори пуноважни и да ли се могу извршити с обзиром на њихов предмет и природу услуге?

2.2. Упоредно супстанцијално право

Упоредно супстанцијално право углавном игнорише питање утврђивања материнства у наведеним специфичним случајевима. С друге стране, у државама у којима је пракса асиситиране репродукције распрострањенија, правна регулатива је већином на страни гестационе мајке; уговори о гестационом материнству су обично забрањени, или су забрањени бар они који имају комерцијални карактер. Навешћемо неколико примера, илустрације ради.

Немачки *Embryonenschutzgesetz* из 1990. године забрањује донацију женских оплодних ћелија (пар. 1 I Nr. 1) и спровођење вештачког оплођивања и усађивање ембриона у случајевима у којима се жена обавезује путем уговора о сурогат материнству да ће после порођаја предати дете родитељима – наручиоцима (пар. 7 I Nr. 1)¹⁰. Грађански законик Холандије (члан 1:198) прописује да је мајка жена која је родила дете, као и жена која је дете усвојила. У случају донације женске оплодне ћелије и сурогат материнства мајка је, такође, гестациона мајка. Жена не може да се одрекне овог материнства, као што ни генетска мајка не може да призна дете. У праву Шпаније, Француске, Швајцарске уговори о сурогат материнству су ништави, а супротни су и јавном моралу и јавном поретку¹¹.

⁹ Goodwin, *Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surrogacy Arrangements*, 1992, 26 Family Law Quarterly 275; видети, такође, B.L. Wilder, *Assisted Reproduction Technology: Trends and Suggestions for the Developing Law*, 18 Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers, 2002, 177.

¹⁰ V. Keppler, M. Bokelmann, *Surrogate Motherhood – The Legal Situation in Germany*, <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.html>

¹¹ Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), *L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC*, Note de Synthèse, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

Савет Европе у Нацрту бр. 1 о статусу деце (02/08/2001), у документу под називом "Draft Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage" потврђује начело садржано у извештају „Human Artificial Procreation (1989)" ad hoc експертског комитета при Савету (Committee of experts on progress in the biomedical sciences – САНВИ) према којем „Мајком детета се сматра жена која је дете родила."¹² Тачке 2. и 4. начела 15 овог Извештаја одређују:

„2. Непуноважан је сваки уговор или споразум који закључи сурогат мајка и лице или брачни, или други пар за које је сурогат мајка изнела дете."¹³

„4. Међутим, државе чланице могу у изузетним случајевима одређеним њиховим националним правима предвидети да лекар или медицинска установа може, уз поштовање одредаба параграфа 2 овог начела, извршити вештачку оплодњу сурогат мајке, под условом:

- а) да сурогат мајка у вези са поступком не остварује никакву материјалну корист,
- б) да сурогат мајка по рођењу детета може да се изјасни о његовом задржавању."¹⁴

У Израелу је 1996. године донесен Закон о споразумима о сурогат материнству (Surrogate Motherhood Agreements Law) који уређује комерцијалне споразуме о сурогат материнству. Закон дозвољава само гестационо сурогат материнство, с тим да донор мушке оплодне ћелије може да буде само тзв. намеравани отац. Законом се не обезбеђује никакав правни статус за гестациону мајку после рођења детета. Намеравани родитељи (генетски родитељи) такорећи одмах после рођења детета постају правни родитељи: „Дете се смешта почев од рођења код намераваних родитеља и ови родитељи имају све оне обавезе које су карактеристичне за породичноправни однос између родитеља и деце." Мајка која је родила дете предаје га, у присуству државног службеника, намераваним родитељима ради смештања детета код њих, и то одмах након што је то после порођаја могуће обавити. У року од 7 дана од дана рођења детета намеравани родитељи подносе захтев за издавање родитељске наредбе. Наредбу о правном статусу родитеља суд издаје намераваним родитељима аутоматски, осим ако на основу извештаја државног службеника процени да би она довела у опасност добробит детета. Намеравани родитељи су претпостављени родитељи и уколико се не појаве изванредне околности, дете ће бити после рођења смештено под њихов надзор, а убрзо после тога ће добити и пуно родитељско право. Правни положај намераваних родитеља се види и из чињенице да сурогат мајка

¹² „The woman who gives birth to the child shall be considered as the mother.”

¹³ „2. Any contract or agreement between the surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable.”

¹⁴ „4. However, States may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that:

- a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation,
- b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child.”

нема право да одустане од споразума¹⁵. Супротно овом, јеврејско право се залаже за то да је сурогат мајка правна мајка¹⁶ и одбацује споразуме о сурогат материнству као непуноважне.

Параграф 30(1) – 30(7) „Human Fertilization and Embriology Act” Уједињеног Краљевства из 1990. године одређује: „Мајком детета се сматра искључиво она жена која је, као резултат усађивања ембриона, или сперматозоида и јајашца у њену материцу, дете изнела.”¹⁷ Ова одредба трпи модификацију у корист генетске мајке: „(1) Суд може да изда наредбу којом ће се прописати да се дете правно има сматрати дететом брачних партнера, у овом одељку наведених као „супруг” и „супруга”, под условом: (а) да је дете изнела друга жена а не супруга као резултат усађивања у њену материцу ембриона или сперматозоида и јајашца или њеног вештачког оплођивања; (б) да су ради стварања ембриона коришћене гамете супруга или супруге, или њих обоје.”¹⁸ Што се тиче споразума о сурогат материнству непуноважни су како комерцијални, тако и некомерцијални споразуми и противни су грађанском праву (правна политика делом има за циљ застрашивање, а делом жели да се спречи третман детета као робе или имовинског предмета пошто је то у супротности са начелом да људско тело не може да буде имовински предмет).

Једном одлуком грчког суда из 1999. године¹⁹ одобрено је једном брачном пару да усвоји дете које је зачето *in vitro* оплодњом користећи оплодње ћелије тог брачног пара, а кога је изнела и донела на свет сурогат мајка. После овог случаја грчко право је дозволило сурогат материнство и то на основу уговора који, уз судско одобрење, закључи жена која није у стању да изнесе пре-ембрион зачет оплођивањем оплодних ћелија пара-наручилаца са гестационом мајком. Дете се од рођења смешта код генетске мајке и у матичну књигу рођених се уписује име генетске мајке као правне мајке.

Белгијска доктрина, ослањајући се на право, заузима став да је уговор о сурогат материнству у супротности са јавним моралом и јавним поретком (параграф 6 Грађанског законика), а такође и са параграфом 1128, који прописује да предмет уговора може да буде само ствар која има прометну вредност – а ту не спада ни пре-ембрион, ни репродуктивна функција жене. Упркос овоме, за-

¹⁵ Pamela Laufer-Ukeles, *Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A comparative Legal Analysis*, www.law.duke.edu/journals/djglp/articles/#H1N1

¹⁶ Genetic Mother vs. Surrogate Mother: *Which Mother does the Law Recognize? A Comparison of Jewish Law, American Law and England's Law* <http://www.tourolaw.edu/404.asp?404>

¹⁷ „The woman who has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman is to be treated as the mother of the child.”

¹⁸ „(1) The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage, referred to in this section as the "husband" and the "wife" if,

(a) the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination;

(b) the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo.”

¹⁹ Tribunal de grande instance d'Héraklion, l. Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC, Note de Synthèse, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

бележене су чак две судске одлуке²⁰ које су омогућиле усвојење детета зачетог оплодним ћелијама родитеља-усвојилаца и кога је изнела и донела на свет сестра једног од њих. Судови су се у оба случаја позвали на заштиту интереса детета.

САД су несумњиво држава у којој је пракса сурогат материнства најраширенија. Федерални законодавац се све до 2000. године није изјашњавао о овим питањима, а ни Врховни суд није имао ниједан случај у овој материји, тако да државе чланице регулишу ова питања у складу са сопственом законодавном политиком. Значајан број савезних држава чланица не регулише сурогат материнство, а у државама чланицама у којима постоје одговарајући прописи – сурогат материнство се уређује различито. Примера ради, судска пракса Калифорније сматра споразуме о сурогат материнству пуноважним и сва права и овлашћења која у односу на дете припадају правним родитељима признаје генетским родитељима; у Вирџинији су дозвољени некомерцијални споразуми о сурогат материнству и уколико је намеравана мајка генетска мајка – она ће бити и правна мајка. Право савезне државе Флориде дозвољава комерцијалне споразуме о сурогат материнству и ускраћује гестационој мајци статус правне мајке. Преко двадесет савезних држава САД има регулативу о сурогат материнству²¹, а у државама Калифорнија²², Масачусетс²³, Њу Џерси²⁴, Охајо²⁵ став је формиран кроз судску праксу. Члан 8 Uniform Parentage Act 2000 регулише споразуме о сурогат материнству, тј. о гестацији, али препушта савезним државама чланицама да одлуче о томе да ли ће овај текст усвојити заједно са одредбом члана 8, или без те одредбе. Према одредбама овог члана споразуми о гестацији морају да буду одобрени од стране суда, иначе су непуноважни. Ипак, лицу које одбије да усвоји дете које је дошло на свет на основу споразума који нема судско одобрење, може да буде наметнута обавеза да издржава дотично

²⁰ Tribunal de première instance de Turnhout, 4 octobre 2000, Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4. octobre 2001, R.W. 2001, no. 6, 6. oct. 2001, Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p. 1182, Revue du Droit de la santé 1997, p. 124; I. Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC, Note de Synthèse, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

²¹ Прописе о споразумима о сурогат материнству имају Alabama – Code of Alabama, § 26-10A-34 (1997), Arizona – Ari. Rev. Stat. Ann. § 25-218 (1996), Arkansas – Ark. Code Ann. § 9-10-20 et sey. (Michie 1995), District of Columbia – D.C. Code Ann. §§ 160401, 402 (1996), Флорида – Fla. Stat. Ann. §§ 63.212., 742.15 (West 1997), Indiana – Ind. Code. Ann. § 31-8-2.1 et sey. (Burns Cum. Supp. 1994), Illinois – S.H.A. ch. 40&2506, Iowa – Iowa Code Ann. § 710.11 (West 1997), Kentucky – Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590 (Michie/Bobbs-Merrill), Louisiana – La.Rev.Stat.Ann. § 2713 (West 1991), Michigan – Mich. Comp. Laws Ann. §722.853 et sey. (West 1997), Nebraska – Neb. Rev. Stat. § 25-21, 200 (1989), Nevada – Nev. Rev. Stat. Ann. §§ 126.045, 126.051 (Michie 1995), New Hampshire – N.H.Rev. Stat. Ann. § 168-B:16 et sey (1996), New Mexico, New York – N.Y. Dom. Rel. Law § 121 et sey. (McKinney 1997), North Dakota – N.D.Cen. Code § 14-18-05 (1991), Tennessee – Tenn. Code Ann. 36-1-102 (1996), Utah – Utah Code Ann. § 76-7-204 (1997), Virginia – Va. Code Ann. § 20-160 (Michie 1997), Washington – Wash. Code Rev. Ann. §26.26.210 (West 1997), West Virginia – W.Va. Code § 48-4-16 (1997), Wisconsin – Wis. Stat. Ann. § 69.14 (West 1997).

²² Marriage of Balduzzi, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998).

²³ RR v. MH.

²⁴ Baby M, 537 A.2d 1227.

²⁵ Balsito v. Clark, 644 N.E. 2d 760.

дете. Члан 8 такође прописује да су правни родитељи она лица која желе да постану родитељи; ова лица морају да буду у браку и обоје су уговорне стране гестационог споразума; сам споразум може да има комерцијални карактер и за његову пуноважност је неопходно судско одобрење. Један од услова судског одобрења јесте и тај да мајка или намеравани родитељи буду резиденти дотичне државе најмање 90 дана.²⁶

3. Сукоб закона у погледу сурогат материнства и уговора о сурогат материнству у међународном приватном праву

Различито регулисање сурогат материнства и уговора о сурогат материнству у различитим државама је већ само по себи довољно за међународни сукоб закона. Имајући у виду, међутим, да неке државе (још) ни немају супстанцијалну правну регулативу по овим питањима, ова околност само повећава вероватноћу појављивања сурогат материнства са страним елементом, пошто се може претпоставити да ће ради постизања циља доћи до миграције потенцијалних генетских родитеља и потенцијалних сурогат мајки. Може се, дакле, поставити питање које је право меродавно да одреди ко је мајка детета кога је родила сурогат мајка, односно ко су родитељи тог детета; које је право меродавно за пуноважност уговора о сурогат материнству, по чијим одредбама је сурогат мајка обавезна да одмах по доношењу детета на свет њега преда родитељима-наручиоцима, који ће са своје стране за ову услугу исплатити сурогат мајци значајну суму новца заједно са накнадом трошкова изазваних трудноћом и насталих за време трудноће. Одговори на ова питања и правно стање које буде створено применом супстанцијалног права отвара и питање признања одлука, односно питање признавања дејства иностраних исправа о грађанском стању. Овај део рада ће бити посвећен само питању одређивања меродавног права у погледу сурогат материнства.

3.1. Меродавно право за одређивање материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка

Одређивање материнства детета кога је родила сурогат мајка несумњиво спада у статусна питања. Статус треба да одреди правни положај детета у односу на родитеља – мајку и њеног мужа или партнера – и у односу на породицу сваког од родитеља. Када се утврди ко је мајка, односно ко су родитељи, успоставља се однос – крвно сродство – између мајке (родитеља) и детета, а као *дејствио* тако успостављеног односа настају бројне правне последице. Најваж-

²⁶ О стању у Јужној Америци, видети *C.L. Marques, Assisted Reproductive Technology (ART) in South America and the Effect on Adoption*, 35 *Tex. Int'l L.J.* 65 (2002).

нија последица успостављеног односа мајка (родитељи) – дете јесте родитељско право, које обухвата, како се то уобичајено одређује, старање о личности и имовини детета, са читавим низом конкретних овлашћења, права и дужности²⁷. Утврђено крвно сродство производи дејства и у наследном и брачном праву.

За сврхе одређивања меродавног права за деликатне односе који се појављују поводом сурогат материнства у обзир долазе категорије статуса детета, статуса мајке и односа родитеља и детета. Пошто су допуштеност сурогат материнства и односи који настану поводом њега недовољно регулисани у националним правима, тешко би било очекивати да национална међународна приватна права нуде специфична колизиона решења за ова питања. Последица оваквог стања јесте да би се у случају спора око утврђивања материнства између генетске и гестационе (биолошке) мајке морало користити колизионим нормама које одређују меродавно право за статус детета, или, евентуално за односе између мајке (родитеља) и детета. Сврха овог разматрања јесте да се обави анализа могућих колизионих решења, на основу постојећих позитивноправних норми у упоредном праву, као и да се дође до закључка о решењу *de lege ferenda*, с обзиром на специфичности дате ситуације.

3.1.1. Колизиона норма за *сџајџус* (*џорекло*) *дејџџа* као колизионо решење за одређивање меродавног џрава за сурогајџ мајџеринсџво

Упоредноправна колизиона решења као инспирација за меродавно право у погледу одређивања материнства детета кога је родила сурогат мајка, с једне су стране недовољно прикладна, с друге стране превише различита а да би се могле установити правилности или извршити генерализација. Та решења су неприкладна пошто се већином односе на ванбрачно порекло детета; одређени број националних закона садржи и посебне одредбе о меродавном праву за брачно порекло, тј. за брачност детета²⁸. Одређивање меродавног права за ванбрачно порекло обухвата признање, утврђивање, оспоравање очинства или материнства, а закони неких држава прописују и посебне колизионе норме за питања *мајџеринсџва* ванбрачног детета²⁹. Постоје, међутим, решења у законима о међународном приватном праву скорашњих датума која одражавају начело недискриминације између деце чији би основ био у рођењу, те у духу начела изједначавања статуса брачне и ванбрачне деце у овом домену говоре уопште о пореклу, тј. о утврђивању порекла. Последица оваквог става је и је-

²⁷ Видети, на пример, чланове 113 – 122. Закона о браку и породичним односима Србије.

²⁸ На пример, члан 17 Грађанског законика Грчке из 1940. године, са изменама из 1983., члан 19. Закона о међународном приватном праву Немачке из 1986.; чл. 25 Закона о регулисању односа међународног приватног права Румуније из 1992., параграф 21 Закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978. године; видети Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000., 163 – 172.

²⁹ Видети, Б. Бордаш, *op. cit.*, 176 – 186.

динствена колизиона норма³⁰. Све ове правне категорије су одређиване у време када проблематика сурогат материнства није постојала, или је била у зачетку. Правне норме, па тако и колизионе норме требало би да буду довољно опште да би оставиле простора за то да се тумачењем могу подвести под њих и нова чињенична стања и односи, чак и ако имају особености које се у време стварања норме нису могле у потпуности предвидети. Сурогат материнство је такво једно чињенично стање, а суштина његова се састоји у утврђивању која ће од две жене бити мајка детета у чијем долажењу на свет обе имају једнако важну улогу. Ни без генетске, ни без гестационе мајке одређено дете не би дошло на свет.

Да ли се порекло таквог детета може подвести под традиционалне појмове брачног и ванбрачног детета? Одговор на ово питање би могао да зависи од брачног статуса гестационе мајке, под претпоставком да се прихвати дефиниција да је мајка детета жена која га је родила – дете би било брачно по другој претпоставци – *pater est iste, quem nuptiae demonstrant*. Иста би била ситуација да се прихвати дефиниција да је мајка жена која је дала генетски материјал, тј. женску оплодну ћелију уколико би она била у браку. Све ово под даљим претпоставкама које важе у погледу даваоца мушке оплодне ћелије. *Mutatis mutandis* би важио силогизам и у случају ванбрачног порекла детета кога би донела на свет сурогат мајка. Све ово указује, међутим, да би проблем био прекомпликован и као такав неоперативан за циљеве које сурогат материнство служи.

Следећи појам који се користи у колизионим нормама неких држава је признање, утврђивање и оспоравање материнства. У контексту сурогат материнства ови појмови, такође, нису од користи. Биолошке чињенице у овом случају нису спорне, спорно је којој од њих дати предност да би се материнство (и крвно сродство) правно успоставило са свим последицама које оно носи са собом. Да ли ће се предност дати генетској или гестационој мајци неће зависити од биолошких чињеница већ од циља који се жели постићи и који има одговарајуће друштвено вредновање попут најбољег интереса детета или намере (брачних) партнера да постану родитељи, макар и уз цену асистираних репродуктивних технологија.

Најзад, употреба речи *порекло*, без обзира да ли је реч о брачном или ванбрачном, односно пореклу према оцу и мајци, јесте последица начела забране дискриминације деце по основу рођења (забране дискриминације брачне и ванбрачне деце), али је она довољно широка да би могла да обухвати и порекло детета кога је родила сурогат мајка.

³⁰ На пример, члан 135 Породичног законика Бугарске из 1985.г.: „За порекло је меродавно национално право детета у време рођења.”; члан 33 Италијанског закона о реформи италијанског система међународног приватног права из 1995.г.: „1. Статус детета се одређује према његовом националном праву у време рођења. 3. Национално право детета у време рођења меродавно је за услове и дејства пријаве и оспоравања његовог статуса.” Члан 311-4 *Code civil* Француске: „За порекло је меродавно персонално право мајке на дан рођења детета; уколико мајка није позната, персонално право детета.”; члан 68 швајцарског Закона о међународном приватном праву: „1. За утврђивање, установљење и оспоравање порекла меродавно је право државе редовног боравишта детета. 2. Међутим, уколико ниједан од родитеља нема пребивалиште у држави редовног боравишта детета и уколико су родитељи детета држављани исте државе, меродавно је право те државе.”

С друге стране, упоредноправни преглед колизионих решења показује да су повезнице које се користе следеће: држављанство детета, држављанство оца за случајеве очинства, држављанство мајке – како за случај патернитетских, тако и за случај матернитетских спорова, најчешће у време рођења детета; редовно боравиште детета³¹; домицил детета³². Може да се уочи и тренд ка фаворизацији интереса детета тако да се постављају алтернативна колизиона решења, као и супсидијарна, све у циљу да би се успоставила правна веза између одређеног родитеља и детета³³. За циљеве одређивања материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка ни право држављанства детета, ни право држављанства мајке (да ли генетске мајке или гестационе (биолошке) мајке?), ни право домицила детета, ни право уобичајеног боравишта детета не би представљали сретно решење.

Држављанство детета могло би да буде решење само уколико у држави места рођења детета важи систем *ius soli*. Тада би, на пример, колизиона норма „За порекло детета меродавно је право његовог држављанства у време рођења” могла да обухвати и случај статуса детета кога је у САД родила жена италијанског држављанства пошто је у њену материцу усађена оплођена јајна ћелија жене која има немачко држављанство; да ли би дете припало Италијанки или Немци, одредиле би чињенице релевантне за одређивање меродавног права унутар САД и од права и праксе тако утврђене савезне државе. Стицање држављанства по систему *ius sanguinis* са аспекта држављанства као тачке везивања не доводи до утврђивања меродавног права, или би утврђивање држављанства детета било веома компликовано. Заједничко држављанство родитеља одређује држављанство детета, али ко је мајка – Италијанка као сурогат, тј. биолошка мајка која у Швајцарској роди дете чији су гени одређени полном ћелијом Немце и њеног партнера Француза?

Држављанство мајке као тачка везивања доводи до зачараног круга: најпре би требало одредити која жена је мајка, да би се по праву њеног држављанства решило питање да ли ће као мајка бити уписана гестациона или генетска мајка. Управо је држављанство мајке детета она одлучујућа чињеница која одговара на питање порекла детета по мајци.

Домицил, односно редовно боравиште детета као тачке везивања у контексту сурогат материнства трпе исти приговор. С обзиром да питање материнства, односно статуса детета мора да се реши у врло кратком року после долажења детета на свет, ни домицил, ни редовно боравиште није могуће одредити. Новорођенче, а и дете уопште има домицил/редовно боравиште у месту у коме га име лице (или институција) које остварује родитељско право, које обухвата и право да се одреди домицил, односно редовно боравиште детета. Природно је да родитељско право припада родитељу, односно родитељима – а личност мајке је управо та која је спорна и меродавно право је позвано да реши тај спор.

³¹ На пример, Закон о међународном приватном праву Немачке у чл. 19; Закон о међународном приватном праву Швајцарске у члану 68.

³² На пример, Грађански законик Перуа у члановима 2084-2085.

³³ Видети, на пример, одредбу члана 20 Закона о међународном приватном праву Немачке.

Sitatus мајке као правне категорије у контексту сурогат материнства не може да буде посебно издвојен пошто је он и појмовно и биолошком чињеницом везан за статус детета, као и уопште у случају одређивања меродавног права за порекло детета. Одређивањем порекла детета истовремено и неодвојиво се установљава и статус мајке.

Из овога што је речено следи да су *колизионе норме у погледу порекла дејетета*, онакве какве су постављене у националним законима о међународном приватном праву неадекватне за одређивање материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка.

3.1.2. Колизиона норма за односе родитеља и деце (родитељско право/одговорност) као колизионо решење за одређивање меродавног права за сурогат мајчинство

Установљено порекло детета, без обзира на то да ли је реч о брачном или ванбрачном пореклу, као и без обзира на то да ли је оно у односу на оца или мајку, производи дејства која се огледају у правном односу родитеља и детета. Тај правни однос се у савременим условима назива родитељским правом или родитељском одговорношћу и под њим се подразумева скуп права и дужности у односу на дете, прецизније речено у односу на личност и на имовину детета.

Установљење, утврђивање порекла детета је, дакле, предуслов за успостављање односа између родитеља и детета а базира се на нераскидивој генетској, биолошкој, крвној вези. У том склопу порекло је услов, а однос између родитеља и детета се појављује као његова последица, тј. дејство.³⁴ Обрнути редослед није могућ, пошто се из односа између родитеља и детета не може закључити о пореклу, тј. о очинству и материнству детета.³⁵ Ово се може видети у случајевима када се порекло (очинство, али и материнство) појављује у виду претходног питања за остваривање неког права, као што је право на издржавање, право наслеђивања или као брачна сметња.³⁶ Овакво стање је важило безрезервно све до тренутка када је почела да се примењује асистирана репродуктивна технологија. Питање очинства је прво довело до диспаратитета између

³⁴ Слично је, на пример, код брака: пуноважан брак је услов за настанак брачног односа, односно настанак пуноважног брака има за последицу личне и имовинске односе, лична и имовинска дејства брака. Са аспекта сукоба закона настанак пуноважног брака и дејства брака имају различит колизиони третман, тј, различите колизионе норме одређују меродавно право када је нека релевантна чињеница везана за страну државу.

³⁵ Ова тврдња свакако вреди, ако правно стање одговара фактичком стању, односно чињеницама генетске, биолошке, крвне везе, али у погледу очинства се подвргава сумњи, ако имамо у виду претпоставку брачности, односно брачног очинства.

³⁶ Неки аутори посебно наглашавају у контексту међународног приватног права да се питање очинства или материнства превасходно појављује као претходно питање у овом смислу, видети код: A. Grammaticaki-Alexiou, *Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: an Initial Approach*, 60 *Louisiana Law Review* (La. L.Rev.) 1113 (2000); K. McK. Norrie, *Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New problems for International Private Law*, 43 *ICLQ* 757 (1994).

генетског и правног оца, али право се изборило с овим уз помоћ постојећих, како супстанцијалних, тако и колизионих норми. Сурогат материнство је, међутим, раздвајањем генетске и гестационе, биолошке улоге – а да се при томе и за једну и за другу везу може рећи да су крвне – уздрмало след услов–последница, те се мора извршити преиспитивање постојећих правних норми не само у сфери супстанцијалног, већ и колизионог права.

Контекст сурогат материнства у сусрету са природним, традиционалним правним појмом мајке би могао да се посматра са аспекта његовог циља, који је успостављање односа родитељ – дете, а да при том није у потпуности искључена генетска, такође, биолошка, веза. Ако је неспорно да се сурогат материнству прибегава тада, када генетска мајка из здравствених разлога није у стању да затрудни, изнесе трудноћу и донесе на свет дете, а жели јој се омогућити да добије дете које ће подизати, чувати, васпитавати, правни нагласак би се могао померити у настанку односа родитељ – дете, са услова (порекло), на последицу (дејство, тј. однос родитељ – дете, односно успостављање родитељског права или одговорности). Чувени калифорнијски случај, *Johnson v. Calvert*³⁷, одлучен је аргументима који нису дали предност ни генетском, ни гестационом материнству, већ управо онима који су ишли у прилог успостављању односа родитељ (у овом случају генетска мајка) и дете (кога је родила гестациона мајка). Наиме, већинско мишљење је засновано на постојању *намере* генетске мајке да има дете које иначе не би могла да има, а и издвојено мишљење које је засновано на уважавању *најбољег интереса деце* као стандарда за доношење одлуке, надовезује се на однос између родитеља и детета, а не на порекло.³⁸

Са аспекта међународног приватног права овакво размишљање би могло да оправда подвођење проблема одређивања порекла детета кога је родила сурогат мајка под правну категорију односа родитеља и детета, тј. родитељског права/родитељске одговорности. Тада би, истина, питање морало да буде постављено не као „ко је мајка детета”, већ да ли ће генетска мајка или гестациона мајка добити статус родитеља у односу родитељ – дете. У овом последњем случају задатак је да се утврди коме припада статус, положај, у једном постојећем односу или односу у настајању.³⁹ Нека сличност би се могла пронаћи са потпуним усвојењем детета, код које установе, по њеном пуноважном заснивању усвојилац добија статус родитеља, усвојеник статус рођеног детета и успоставља се однос родитељ – дете.

Уколико се горњи став прихвати као полазна основа за одређивање меродавног права за порекло детета кога је родила сурогат мајка, тј. ако овакво порекло подведемо под правну категорију „односи родитеља и деце”, стоје нам на располагању колизионе норме упоредног међународног приватног права које треба размотрити с обзиром на то да ли су коришћене тачке везивања подобне да доведу до резултата.

³⁷ 1993 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494.

³⁸ Видети, такође, *Human Fertilization and Embryology Act 1990* Уједињеног Краљевства.

³⁹ Упоредити са К. Мак. Норри, *Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law*, 43 ICLQ 757 (1994).

Колизиона решења националних законодавстава крећу се од *lex fori*⁴⁰, редовног боравишта⁴¹, домицила⁴² или држављанства детета⁴³, супсидијарно постављених тачака везивања ради обезбеђивања примене права са којим су субјекти односа заједнички повезани (заједничко држављанство родитеља, заједничко држављанство родитеља и деце, заједничко пребивалиште родитеља и деце, заједничко редовно боравиште родитеља или родитеља и деце)⁴⁴, до алтернативно постављених решења ради остварења принципа најбољег интереса детета (на пример, *lex nationalis* детета, или *lex fori*, ако дете има држављанство и пребивалиште државе форума а домаће право је повољније за њега)⁴⁵.⁴⁶ Користи се још увек и право држављанства оца као тачка везивања⁴⁷.

Од свих ових тачака везивања меродавно право би се могло одредити само по оној која предвиђа примену права суда и по оној која се односи на држављанство оца, уколико је отац познат. Ни једна, ни друга чињеница у односима са страним елементом није најсретније решење. Држављанство оца не би можда морало да трпи критике уколико је отац муж генетске мајке; међутим, већ у случају да је оплодња извршена оплодном ћелијом познатог донора меродавно право би лако могло да буде случајно, али исто тако и предмет манипулације тако што би се бирао донор из државе чије супстанцијално право предност даје генетској мајци. *Lex fori* јесте у међународном приватном праву повољно решење ако је међународна надлежност суда заснована на одговарајућим чињеницама, али његова највећа слабост је управо у томе што се чињенице на којима се може засновати надлежност лако могу мењати и тако дају широке могућности изигравањима и манипулацијама.

Од алтернативних и супсидијарних повезивања једино је колизионо решење Јапана оно које као последњу могућност за одређивање меродавног права предвиђа примену права државе са којом су субјекти односа у најближој вези (члан 20-21 Хореи из 1990. године).

Не може се, дакле, рећи да избором колизионе норме за односе родитеља и деце уместо колизионе норме за порекло детета, не постоји ниједна конструкција која би могла да буде оперативна за одређивање меродавног права за порекло детета кога је родила сурогат мајка. *Lex fori* јесте прихватљиво решење, с тим што носи са собом проблем признања пресуда у иностранству, а надлежност суда који је донео пресуду као један од најважнијих услова у поступку егзекутуре не гарантује лако признање баш због могућег *forum shopping*-а.

⁴⁰ УК, Канада, Аустралија, САД.

⁴¹ Закон о међународном приватном праву Швајцарске, чл. 82.

⁴² Грађански законик Квебека, став 3 чл. 3091.

⁴³ Закон о реформи италијанског система међународног приватног права, чл. 36; Закон о међународном приватном праву Пољске, став 1 чл. 19.

⁴⁴ Грађански законик Грчке – Закон о примени уставног принципа једнакости мушкарца и жене, чл. 18; Закон о међународном приватном праву Јапана, Хореи, чл. 20-21.

⁴⁵ Закон о међународном приватном и процесном праву Чешке, став 1 чл. 24; Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, пар. 46; Породични законик Бугарске, чл. 137.

⁴⁶ Видети детаљно Б. Бордаш, *op. cit.*, 193 – 196.

⁴⁷ Грађански законик Шпаније, став 4 чл. 9.

Остаје као могућност меродавност права оне државе са којом су субјекти, односно чињенични склоп датог односа у *најближој вези*.

3.2. Колизiona норма за одређивање меродавног права за сурогат материнство

Домашај колизционе норме. – Сурогат материнство настаје на основу сагласности воља генетске мајке и њеног (брачног) партнера, с једне стране, и гестационе мајке, с друге стране. Предмет споразума чини обавеза гестационе мајке да се подвргне медицинској интервенцији да би се у њену материцу усадила оплођена јајна ћелија генетске мајке, да тако насталу трудноћу изнесе, да донесе на свет плод и да новорођенче преда генетској мајци (и њеном партнеру). Са своје стране генетска мајка и њен партнер се обавезују да снесу трошкове наведених интервенција, трошкове везане за трудноћу и трошкове порођаја. Формалноправно посматрајући, сагласност воља двеју страна конституише правни посао чији је предмет у овом случају услуга крајње деликатне природе. Такав правни посао може да буде добротин, што се у реалном свету дешава уколико се као гестациона мајка појављује рођака или, можда, блиска пријатељица генетске мајке. Уколико гестациона мајка није у таквом односу са генетском мајком, алтруистичке побуде је тешко претпоставити, што значи да генетска мајка (и њен партнер) дугују одређену цену за услугу гестационе мајке. Поводом оваквог аранжмана о сурогат материнству постављају се два основна питања: да ли је он допуштен с обзиром на предмет и да ли може да има комерцијални карактер.⁴⁸ Са аспекта међународног приватног права је изузетно важно питање правне природе аранжмана о сурогат материнству, односно да ли имају карактер облигационог уговора или је то уговор *sui generis* који регулишу правила породичног права. Уколико би био оквалификован као облигациони уговор, меродаван би био уговорни статут, у противном породични, тј. у погле-

⁴⁸ Видети о овим питањима супстанцијалног права S. F. Seavello, *Are you my mother? A judge's decision in in vitro fertilization surrogacy*, 3 Hastings Women's Law Journal 211 (1992); E. Hirschman, *Babies for sale: Market ethics and the new reproductive technologies*, 25 Journal of Consumer Affairs 358 (1991); R. Hyams, *Who gets to choose? Responses to the foetal/maternal conflict*, 2 Feminist Jurisprudence (1995), www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v2n3/hyams23.html; M.M. Schultz, *Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, 1990 Wisconsin Law Review 297; P.Laufer-Ukeles, *Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis*, www.law.duke.edu/journals/djgip/articles/#H1N1; J.C. Sheldon, *Surrogate mothers, gestational carriers and a pragmatic adaptation of the Uniform Parentage Act of 2000*, 53 Maine Law Review 523 (2001); A.N. Hatzis, *„Just the Oven” – A Law&Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, www.ssrn.com/lisn/index.html; J.R. Combs, *Stopping the Baby-trade: Affirming the Value of Human Life through the Invalidation of Surrogacy Contracts: A Blueprint for New Mexico*, 29 New Mexico Law Review 407 (1999); M. Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 Harvard Law Review 845 (2000); L.B. Andrews, *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 81 Virginia Law Review 2343 (1995); J.M. Place, *Gestational Surrogacy and the Meaning of Mother: Johnson v. Calvert*, 17 Harvard Journal of Law and Public Policy 907 (1994); A. Stuhmcke, *For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood*, 2 Murdoch University Electronic Journal of Law (1995), www.murdoch.edu.au/elaw/indices/issue/v2n3.html; G. Binion, *Baby M, Surrogate Parenting and Public Policy*, 11 Policy Studies Review, 1 (1992).

ду пуноважности би било меродавно исто оно право које би било меродавно и у погледу порекла детета кога је родила сурогат мајка. Питање природе уговора о сурогат материнству решава се путем првостепене квалификације.

Поред одговора на питање која жена је мајка и којој припада родитељско право, меродавно право у погледу одређивања порекла детета кога је родила сурогат мајка мора да пружи одговоре и на друга питања, попут следећих: уколико сурогат мајка одбије да преда новорођенче генетској мајци и њеном партнеру, да ли они могу одузети дете, односно да ли могу да траже извршење које се састоји у предаји детета; уколико генетска мајка и њен партнер одбију да преузму дете, да ли гестациона мајка може да тражи принудно извршење; да ли генетска мајка и њен партнер постају родитељи на основу самог уговора о сурогат материнству или је по потребно да усвоје дете; да ли је гестациона мајка обавезна да издржава дете које је родила.⁴⁹

Специјална колизиона норма за одређивање меродавног права за сурогат материнство. – Проблем сурогат материнства је нов и у упоредном супстанцијалном праву, и како је горе наведено, није довољно регулисан. Законодавства неких држава су га уредила, негде је пракса та која доприноси решавању правних проблема везаних за њега, а у бројним државама ни појава, па тако ни проблем сурогат материнства још није актуелан.⁵⁰ Случајева сурогат материнства ће развојем медицине реално бити све више и они се не могу географски локализовати, нити се могу стављати ограничења потенцијалним учесницима с обзиром на њихову припадност некој држави. Задатак међународног приватног права је, стога, било проналажење места проблему сурогат материнства у постојећим нормама, било предлог решења проблема кроз креирање новог правила отвореног свим критикама.

Горњи преглед упоредних колизионих решења за категорију порекла (статуса) детета и категорију односа родитеља и деце (родитељског права) и анализа елемената мултиларелних колизионих норми ради испитивања могућности њихове примене на проблем сурогат материнства са страним елементом показују незадовољавајући резултат. Разлози су следећи: најпре, колизионе норме које би уопште могле да дођу у обзир за примену, ни у ком случају нису биле дизајниране тако да би евентуално могле да обухвате правне последице сурогат материнства, пошто је оно временски релативно, а по својој суштини апсолутно нова појава. Покушај подвођења под одређену постојећу норму је само испитивање и провера области примене позитивноправних норми, односно покушај елиминисања правне празнине применом метода аналогije и екстензивног тумачења. Суштина проблематике сурогат материнства је одређивање мајке детета у ситуацији која је у овом тренутку нерешива: дете не би било донесено на свет ни без генетске, ни без гестационе мајке. Право дефинише мајку као жену која је родила дете, а медицина указује да исто дете не мора да има само једну биолошку мајку, у смислу крвне повезаности. У овом тренутку, дакле, ма-

⁴⁹ Видети, такође, А. Grammaticaki-Alexiou, *op. cit.* 1113.

⁵⁰ Видети први део овог рада.

теринство детета кога је родила сурогат мајка тешко може да се подведе под постојеће категорије којима се користи међународно приватно право. Други разлог се везује за чињенице које се уобичајено користе као тачке везивања у статусним и породичним односима. Осим у ретким околностима, држављанство, домицил и уобичајено боравиште детета или мајке нису одговарајући контакти: ако се везују за дете, одређивање тих чињеница зависи од дететове мајке, ако се везују за мајку, питање је управо то – која је жена дететова мајка.

Уколико „*hard and fast rules*”, односно колизионе норме које кроз тачку везивања омогућују да се меродавно право одреди брзо и сигурно, нису подобне за примену, мора да се прибегне другом инструменту колизионог метода. Овај други инструмент спада у „мека правила (*soft rules*)”⁵¹ који је изражен кроз принцип најближе везе. Свака колизиона норма, без обзира на то да ли поставља „брзо и чврсто правило” или „меко правило” за одређивање меродавног права, израз је *начела најближе везе* као једног од основних начела међународног приватног права. Разлика је у томе, што „брзо и чврсто правило” не допушта одступање, док „меко правило” омогућује да се меродавно право одреди с обзиром на околности конкретног случаја. Први инструмент оличава правну сигурност и предвидљивост, други уноси флексибилност, тј. даје могућност да се меродавно право прилагоди сваком конкретном спорном питању у оквиру правне категорије колизионе норме. Имајући све ово у виду, можемо се питати, која колизиона решења преостају за сурогат материнство са страним елементом?

Једно решење је *lex fori*. У овом случају одлучујући значај добијају правила о међународној надлежности, пошто ће сваки суд који у статусним и/или породичним стварима може да заснује међународну надлежност, применити на конкретно спорно питање домаће супстанцијално право. У овом склопу сурогат материнство са страним елементом коначан епилог добија у поступку егзекватуре у страниј држави у којој донесена судска одлука треба да произведе дејство.

Друго решење је отворена колизиона норма, тј. примена права оне државе са којом конкретан однос сурогат материнства има *најближу везу*. С обзиром на начине и тешкоће око утврђивања најближе везе у случају уговорних односа са страним елементом, где је ова тачка везивања у најширој употреби, следи да ни у овом домену именоване меродавног права не може да буде лак задатак. Заједничко држављанство генетске мајке и њеног партнера, заједнички домицил или заједничко редовно боравиште ових лица, заједничко редовно боравиште генетске и гестационе мајке, место медицинске интервенције, место рођења детета могу да буду чињенице које ће утицати на одређивање меродавног права. Уз све ове чињенице карактеристичне за колизиони метод, а које би ипак могле да буду недовољно убедљиве, не би требало искључити ни могућност употребе елемената из сфере супстанцијалног права, као што је циљ сурогат материнства, начело најбољег интереса детета и начело заштите детета. Таква комбинација би са методолошког аспекта била неуобичајена,

⁵¹ Видети F. K. Juenger, *The Problem with Private International Law*, in: J. Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, 289, The Hague

али би била оправдана с обзиром на предмет спорног питања. Дете кога је родила сурогат мајка је људско биће које има право на живот, на породицу и на складан развој без обзира на околности у којима је дошло на свет и на то да право нема једносмислени одговор на чињенице живота и изазове развоја медицине.

Премошћивање проблема меродавног права за сурогат материнство. – Проблем одређивања меродавног права за контроверзно питање порекла, односно материнства детета кога је родила сурогат мајка могао би да буде елиминисан и на један сасвим други начин. Пошто према стању науке у датом тренутку није могуће одредити да ли је допринос генетске или гестационе мајке преовлађујући за настанак и долажење на свет новог људског бића, право се користи и познатим и признатим установама које, такође, изазивају дилеме и потребу прилагођавања постојећих норми, али у много мањој мери. Решење супстанцијалног породичног права стоји надохват руке.

Уколико је сурогат материнство прихватљиво за људско друштво уопште, полазна тачка за одлуку по питању која жена је мајка детета не мора да буде различита од оне која се користи откад је ово питање постало не само чињенично, већ и правно. *Mater semper certa est* – максима која се базира на чињеници доношења на свет детета признаће за правну мајку жену која је дете родила, тј. гестациону мајку. Да би се постигла сврха сурогат материнства, која јесте успостављање односа родитељ – дете са генетском мајком, стоји на располагању установа потпуног усвојења. Услови и поступак његовог заснивања би могли да буду прилагођени с обзиром на специфичне околности које прате сурогат материнство. Супстанцијално решење и поступак који предвиђа *Human Fertilization and Embryology Act 1990* Уједињеног Краљевства могли би да послуже као модел.

При једној таквој шеми у решавању сукоба закона за сурогат материнство са страним елементом меродавно право би најпре било оно које је предвиђено за установљење порекла детета према мајци, а после тога би према колизиционој норми за заснивање усвојења порекло било утврђено према генетској мајци као усвојитељу, и коначно би према колизиционој норми за дејства усвојења могао да буде успостављен однос родитељ – дете, тј. успостављено родитељско право.

Закључак

Сурогат материнство је реална опција, упркос противречностима које га прате како у биологији и медицини, тако и у праву. Дилеме око питања ко је мајка детета кога је родила сурогат мајка, тј. да ли је то жена с којом је дете повезано генетски преко јајне ћелије или је то жена с којом је дете повезано кроз гестацију, ношењем и рађањем, а које ни биологија, ни медицина нису у стању на данашњем степену развоја да разреше, требало би да разреши право. Оно је, међутим, конзервативно и држи се максиме старе као оно само – *mater (semper) certa est*. Европска законодавства, уколико уопште уређују питање сурогат материнства, не допуштају га, а уговор о сурогат материнству сматрају

противним јавном поретку. Ипак, постоје изузеци, попут оних у пракси белгијских и грчких судова и законодавству Уједињеног Краљевства и Северне Ирске. Законодавство и пракса САД, односно савезних држава САД, попустљивији су у третману ове појаве, што подразумева да поред поштовања начела *mater (semper) certa est*, одређени број држава стоји на становишту да је мајка детета – генетска мајка, а не она која је дете носила и родила. У том контексту су допуштени и уговори о сурогат материнству.

Позитивно законодавство у Србији не регулише ову проблематику. Нацрт Породичног закона Републике Србије из јуна 2003. године, у трећем делу који је посвећен Односима детета и родитеља под насловом „Материнство и очинство у случају зачећа уз биомедицинску помоћ” посвећује један члан материнству⁵², који обухвата и сурогат материнство. Уз потврду максиме *mater semper certa est*, мајком се сматра жена која је дете родила, чак и ако је дете зачето неким од метода асистираних репродуктивне технологије. Ако је за зачеће коришћена дарована јајна ћелија, материнство генетске мајке се не може утврђивати. Из овога би се могло закључити да је недопуштено сурогат материнство у форми рађања за другу жену чија би последица била предаја детета генетској мајци, те су недопуштени и сами споразуми о сурогат материнству, али је тзв. традиционално сурогат материнство могуће – гестациона мајка је и правна мајка и родитељско право се успоставља између ње и детета кога је она родила.

Упоредно међународно приватно право, као ни домаће не садрже колизионе норме за питања сурогат материнства са страним елементом. Постојеће норме путем којих се одређује меродавно право у погледу порекла детета или у погледу односа између родитеља и детета нису адекватне за овај специфичан случај. Карактеристике односа поводом сурогат материнства и начини који међународном приватном праву стоје на располагању за одређивање меродавног права, дају основа за неколико решења. Прво је меродавност права места суда, које носи у себи искушења изигравања закона; друго је комбинација принципа најтешње повезаности са стандардима супстанцијалног права, односно начелима најбољег интереса детета и заштите детета, које омогућава фаворизовање генетске мајке и, треће, које представља повезивање једне нове, још недовољно јасне и недовољно регулисане животне чињенице са познатим установама и уобичајеним одговорима, попут *mater semper certa est* и усвојења.

⁵² Члан 59: „(1) Мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ јесте жена која га је родила. (2) Ако је мајка дала писмени пристајак на поступак биомедицински потпомогнутог оплођења, њено материнство не може се оспоравати. (3) Ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованом јајном ћелијом, материнство жене која је даровала јајну ћелију не може се утврђивати.”

*Bernadet Bordaš Ph. D., Associate professor
Novi Sad School of Law*

New issues and challenges in private international law – Conflict of laws with respect to surrogate motherhood

Abstract

Surrogate motherhood is a reality, despite the controversies related to it in both biology and medicine on one hand and law on the other. Law should resolve the dilemma on who is the mother to the child born by a surrogate mother, which neither contemporary biology, nor medicine may resolve i.e. is it the woman to whom the child is related through the ovarian egg, or is it the woman to whom the child is related through gestation, pregnancy and birth. However, law sticks to the principle *mater (semper) certa est*. European legislations do not permit surrogate motherhood; if there are any provisions on it provided in the first place, whereas the contracts on surrogate motherhood are declared contrary to public order. There are, however, some exceptions, like those contained in the case law of Belgian and Greek courts, as well as in the legislation of the United Kingdom and Northern Ireland. Legislature and judicial practice in the United States are more favorable towards the issue, which means that apart from obeying the rule *mater (semper) certa est*, certain states adopt the view that mother of the child is its genetic mother and not the one who carried the child and who gave birth to it. The contracts on surrogate motherhood are allowed in the same manner.

Neither comparative Private international law, nor national law contain conflict rules for the issue of surrogate motherhood with a foreign element. The existing norms that determine applicable law with respect to origin of the child and relations between parents and children are not adequate for such a specific case. Specifics of the relations arising from surrogate motherhood and instruments available to Private international law for determination of the applicable law give way to several solutions. First of them calls for application of the law of the acting court and it bears with it the jeopardy of forum shopping. The second one is a combination of the principle of the closest connection and the standards of substantial law, or the principles of the best interest and protection of the child, which puts the genetic mother into a better position. The third solution connects a new, unclear and insufficiently regulated factual state with the recognized institutes and solutions, such as *mater semper certa est* and adoption.