

Др Бернадеј И. Бордаш, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Bordas@pf.uns.ac.rs

РЕСТРИКТИВНИ КОНЦЕПТ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА У РАДНОМ ТЕКСТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ¹

Сажетак: Радни текст Грађанског законика Србије који је објављен у јуну 2015.г. садржи модел-одредбе о сурогаћ мајтеринству које је у позитивном праву изричито забрањено. Поред прегледа предложених одредаба посебно се разматрају оне које дефинишу која лица могу да закључују уговор о рађању за друго. Ограничавањем овог права на домаће држављане или на домаће држављане и лица која имају пребивалиште на територији Србије најмање три (три) година жели се избећи репродукциони туризам. Из тих односа сурогаћ мајтеринства са прекограничним дејствима настају компликовани правни проблеми у погледу одређивања и признавања правног родитељства намераваних родитеља како у земљама у којима сурогаћ мајка рађа дете, тако и земљама у којима ће намеравани родитељи живети са својим децом. Рестриктивни концепт који задржава сурогаћ мајтеринство у границама домаће државе између домаћих држављана онемогућава излазне случајеве сурогаћ мајтеринства, али то није сасвим тачно за лица која нису држављани Србије, али живе на њеној територији. Због тога се критички разматрају ова ограничења у предлозима, и указује на то да се улазни случајеви сурогаћ мајтеринства не могу сиречити због слободe крећања људи. Такође се даје анализа правних проблема код улазних случајева сурогаћ мајтеринства и указује на начин њиховог решавања уколико се у ГЗ усвоји предложено решење ipso iure правног родитељства намераваних родитеља. Уз ipso iure правног родитељства децетина која рађа сурогаћ мајка у иностранству нису заправо неопходна ограничења којима се сурогаћ мајтеринство у Србији резервише за домаће држављане.

¹ Рад је написан у оквиру пројекта „Биомедицина, животна средина и право“ који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Кључне речи: Грађански законик Србије, суроџаџи маџеринсџиво, уџовор о рађању за друџоџи, намеравани родиџельџи, џравно родиџельсџиво, излазни случај суроџаџи маџеринсџива, улазни случај суроџаџи маџеринсџива

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Чланак под насловом „Сурогат материнство: медицинска стварност у правном вакуму“² из 1981.г. највероватније није био први текст посвећен проблематици, али илуструје бројне проблеме које пракса сурогат материнства – омогућена развојем медицинских истраживања и науке – намеће праву, односно нормативном уређењу спровођења сурогат материнства у живот. Аутор у том чланку констатује да „репродуктивна технологија може да се користи као корекција људског репродукционог система али и да угрози друштво и поремети природне људске односе“.³ Пре скоро 35 година трудноћа сурогат мајке могла је да изазове питање неверства у њеном браку, уговор о сурогат материнству поставио је питање спровођења (испуњења) права и обавеза сурогат мајке и брачног пара који се јавља као усвојитељ детета, јер се у то време чинило да предаја детета намераваним родитељима може да се спроведе само путем усвојења, постављало се питање брачног или ванбрачног порекла детета које је родила сурогат мајка, јавило се и питање родитељске одговорности сурогат мајке према детету.⁴ Године 1985. објављена је у САД белешка о првој успешној трудноћи сурогат мајке у чију је материцу, након *in vitro* оплодње јајне ћелије жене чија је материца одстрањена, трансферисан ембрион.⁵ Овај податак се у лите-

² Perry J. Vieth, „Surrogate Mothering: Medical Reality in a Legal Vacuum“, *Journal of Legislation*, 1/1981, 9.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Вид. Wulf H. Utian et al., „Successful Pregnancy After In Vitro Fertilization and Embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate“, *New England Journal of Medicine*, 21/1985, 1351., <http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJM198511213132112>, страна последњи пут посећена 22.10.2015.г.; вид. такође „*Journal of in Vitro Fertilization and Embryo Transfer*“, 3/1989, 188 и веб страну http://download.springer.com/static/pdf/341/art%253A10.1007%252FBFB01130787.pdf?auth66=1353190456_373379f482ce4891fcc8baf1442078f7&ext=.pdf

последњи пут посећену 22.10.2015.г.; Hague Conference on Private International Law, Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements - Preliminary Document No 11 of March 2011, General Affairs and Policy – документ доступан на веб адреси: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, последњи пут посећеној 22.10.2015.; из чланка James M. Goldfarb, Cynthia Austin, Barry Peskin, Hannah Lisbona, Nina Desai, J.Ricardo Loret de Mola, „Fifteen years experience with an in-vitro fertilization surrogate gestational pregnancy programme“, *Human Reproduction*, 5/ 2000, 1078, види се да је *in vitro* оплодња и након тога гестационо

ратури и документима који се баве правним питањима које изазива сурогат материнство наводи као почетак редовне праксе хумане репродукције путем ангажовања жене која ће родити дете за другу жену. Ова жена се назива гестациона сурогат мајка⁶, а жена за коју рађа дете је намеравана мајка⁷. Прво дете које је зачето *in vitro* и кога је изнела гестациона сурогат мајка родило се 1986.г.⁸ Овај податак односи се на *йоййуно или тесћационо* сурогат материнство које подразумева да жена – сурогат мајка – изнесе трудноћу и роди дете које је зачето *ин виџро* од оплодних ћелија жене и мушкарца који су намеравани родитељи и којима ће се дете предати након рођења, или од оплодних ћелија жене-донора и намераваног оца, или од оплодних ћелија жене-донора и мушкарца-донора.⁹ Суштина овог вида сурогат материнства јесте да сурогат мајка није у генетској вези са дететом које ће да роди. Други вид сурогат материнства је *йарџијално или йтрадиџионално* сурогат материнство које подразумева да жена – сурогат мајка – изнесе трудноћу и роди дете које је зачето *in vitro* оплодњом њене сопствене јајне ћелије са семеном ћелијом мушкарца који је заједно са својом партнерком (супругом или женом са којом није у браку већ у заједници живота без брака) намеравани родитељ и којима дете након рођења треба предати.

У данашње време, са аспекта права сурогат материнство обухвата три круга питања. Први круг се односи на дозвољеност сурогат материнства као начина биомедицински потпомогнутог оплођења и на процедуру која се спроводи у медицинским установама. Други круг обухвата питања уговора о сурогат материнству почев од уговорних страна, права и обавеза из уговора, услова пуноважности уговора до спровођења уговора. Трећи круг се тиче правних последица уговора о сурогат материнству на одређивање материнства и очинства детета (порекло детета) које на свет донесе суро-

сурогат материнство практиковано и од 1984.г., а код Lori B. Andrews, Lisa Douglass, “Alternative Reproduction”, *Southern California Law Review*, 1991-1992, 623, наводи се да су од краја седамдесетих година до почетка деведесетих XX века сурогат мајке родиле око 4000 деце.

⁶ Вид. код L. B. Andrews, L. Douglass, 670.

⁷ Намеравана мајка је жена која сама не може, највероватније из медицинских разлога, да носи и роди своје дете. То је, дакле, жена која има намеру да постане мајка и да подиже своје дете и тако оствари материнство као природну улогу. Намеравана мајка није лепа реч, али се користи ради концизности и избегавања описног израза „жена која има намеру да постане мајка“ у контексту сурогат материнства. Израз „намеравана мајка“ користи се и у текстовима Нацрта Грађанског законика Србије.

⁸ Вид. фн 5, уз позивање на Wulf H. Utian, et al., “Preliminary Experience with In Vitro Fertilization-Surrogate Gestational Pregnancy”, *Fertility and Sterility*, 52/1989, 633.

⁹ Овим нису исцрпљени сви модалитети потпуног гестационог сурогат материнства, али нагласај је у сваком случају на томе да сурогат мајка није генетски повезана са ембрионом, тј. са дететом које ће доћи на свет.

гат мајка. Основно и примарно питање јесте дозвољеност сурогат материнства. Из угла упоредног права, ово питање је и данас различито регулисано у различитим државама. Сурогат материнство је у неким државама нерегулисано¹⁰, у неким изричито забрањено¹¹, а неке државе га изричито дозвољавају и регулишу¹². Европски суд за људска права потврдио је у својим пресудама да у области медицински потпомогнуте репродукције и сурогат материнства државе уговорнице Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода уживају широко поље слободне процене јер не постоји међународни или европски консензус нити стандарди који би их обавезивали.¹³ Државе су, дакле, слободне у свом опредељењу за или против сурогат материнства. Ипак, да се поново позовемо на цитат из једног америчког часописа у којем се каже да је сада већ “дошло време да царство права следи социјалну прихватљивост која се већ догодила у погледу признања легитимитета уговора о сурогат материнству и да се чак настави у правцу спроводљивости уговора под одговарајућим условима”.¹⁴

Право Србије изричито забрањује сурогат материнство. Према члану 56 Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења¹⁵ (у даљем тексту: ЗБМПО) у поступку биомедицински пот-

¹⁰ Сурогат материнство је у великој мери нерегулисано у Аргентини, Аустралији (Северна територија), Белгији, Бразилу, Канади, Чешској, Ирској, Јапану, Мексику (Мексико Сити), Холандији, државама Мичиген и Њујорк у САД-у, Венецуели; извор: Hague Conference of Private International Law, A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, drawn up by the Permanent Bureau, General Affairs and Policy, Prel. Doc. No 10, March 2012 – документ доступан на веб адреси <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, последњи пут посећеној 22.10.2015.г.; вид. такође Katarina Trimmings, Paul Beaumont (ур.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford 2013, 437 и даље.

¹¹ Сурогат материнство је изричито забрањено у Кини, Француској, Немачкој, Италији, Мексику (Кверетаро), Шведској, Швајцарској, Аризини и Дистрикту Колумбија у САД-у; извор: *ibid.*

¹² Сурогат материнство је изричито дозвољено у Аустралији (Квинсленд, Нови Јужни Велс, Јужна Аустралија, Викторија, Западна Аустралија, Територија Главног града), Канади (Алберта, Британска Колумбија), Кина (Хонгконг), Грчка, Израел, Јужна Африка, Уједињено Краљевство, Нови Зеланд (у одређеној мери), Русија, Украјина; извор: *ibid.*; за Русију вид такође Konstantin N. Svitnev, *Legal control of surrogacy: international perspectives*, у: Joseph G. Schenker (ур.), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, De Gruyter, Berlin/Boston 2011, 149.

¹³ Тако, на пр. у пресуди о представци бр. 6339/05, *Evans v. United Kingdom*, став 77 пресуде Великог већа; став представци бр. 57813/00, *S.H. and Others v. Austria*, ставови 94-97 пресуде Великог већа; представци бр. 65192/11, *Mennesson v. France*, ставови 70, 80.

¹⁴ Вид. код Yehezkel Margalit, „In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective“, *William & Mary Journal of Women and the Law*, 20/ 2014, 423.

¹⁵ Вид. Сл. гласник РС бр. 72/2009.

помогнутог оплођења забрањено је „укључити жену која има намеру да дете после рађања уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи“.¹⁶ Оваква ситуација би се, међутим, могла изменити доношењем Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: ГЗ). Нацрт ГЗ је у јуну 2015.г. објављен на интернет страни Министарства правде РС заједно са Закључком Одбора Владе за правни систем и државне органе од 25. јуна 2015. г., којим је одређено спровођење јавне расправе о Нацрту грађанског законика.¹⁷ Објављени текст не наводи да је реч о нацрту, већ да он представља “Радни текст. Припремљен за јавну расправу, са алтернативним предлозима”. Ово одређење је, у ствари, веома важно за одредбе о сурогат материнству које обухватају чл. 2272 – 2281 под тачком 2 “Материнство и очинство у случају зачећа уз биомедицинску помоћ” трећег дела “Односи детета и родитеља” Књиге четири “Породични односи”, јер их прати напомена да су “Све одредбе о рађању за другог... формулисане као илустрација могућих законских решења ако се, након јавне расправе... прихвати могућност зачећа уз биомедицинску помоћ, а посебно рађање за другог (сурогат мајке), које се може регулисати посебним законом.”¹⁸ Из чега следи да питање дозвољености сурогат материнства, односно рађања за другог у праву Србије још није одлучено. Према личном схватању, правна судбина рађања за другог зависи од етичких и социјалних оправдања, односно разлога а не од медицинских и компаративних: успешна медицинска пракса у различитим државама света непобитно постоји¹⁹, јер о последицама сурогат материнства у праву сведоче безбројни радови објављени у научним и стручним часописима. Ово је, наравно, посредан доказ али да медицинска страна сурогат материнства није остварљива, не би се право бавило – макар и каскајући за животом – овом проблематиком. Упоредноправни аспект помаже у сагледавању питања и проблема у стварању правне регулативе, уколико се рађање за другог прихвати као облик или као један од поступака биомедицински потпомогнутог оплођења.

¹⁶ Тачка 25 чл. 56 ЗБМПО.

¹⁷ Вид. веб адресу <http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/9345/nacrt-gradjanskog-zakonika-.php>, последњи пут посећену 22.10.2015.г. Јавна расправа ће трајати од 26. 06.2015. до 1.7.2016.г., вид. веб адресу <http://www.mpravde.gov.rs/files/Zakljucak%20-%20Javna%20rasprava%20o%20Nacrtu%20Gradjanskog%20zakonika.pdf>.

¹⁸ Вид. Грађански законик Републике Србије (текст за јавну расправу), стр. 569.

¹⁹ Вид. Katarina Trimmings, Paul Beaumont, „General Report on Surrogacy“ који садржи статистички преглед о прекограничним аранжманима о сурогат материнству, у: K. Trimmings, P. Beaumont, 464.

Овај рад посветићемо међународно-приватноправном аспекту рађања за другог, уколико би оно било дозвољено у праву Србије. Разлог је у чињеници да модел-одредбе ГЗ имају за резултат рестриktivни концепт сурогат материнства који у области међународног приватног права има за последицу да је уговор о рађању за другог доступан само домаћим држављанима, а по алтернативном предлогу и странцима са пребивалиштем у Србији најмање три (пет) година. Најпре ћемо се осврнути на одредбе радног текста ГЗ, а потом на рађање за другог са међународним елементом у контексту радног текста ГЗ, с обзиром на идеју да се у Србији онемогући репродукцији туризам због сложених правних проблема којима може дати повода.

2. РАЂАЊЕ ЗА ДРУГОГ У ПРАВУ СРБИЈЕ – *DE LEGE FERENDA*

2.1. Преглед модел-одредаба радног текста ГЗ

Из одредбе тачке 25 чл. 56 ЗБМППО произлази да се у српском праву под сурогат материнством подразумева ситуација када жена има намеру да дете после рађања уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, а из чл. 2273 ГЗ да је сурогат мајка жена која ће носити и родити дете за другог.²⁰ Питање дозвољености сурогат материнства простире се и на видове рађања за другог (чл. 2277 ГЗ), на питање ко не може, односно ко може да буде сурогат мајка (чл. 2275 ГЗ), на комерцијални или некомерцијални карактер сурогат материнства, тј. уговора о рађању за другог (чл. 2280. ГЗ).

Видове рађања за другог ГЗ одређује у зависности од тога да ли се за оплодњу сурогат мајке користи репродукциони материјал (бар) једног или

²⁰ У Глосаријуму уз Прелиминарни извештај о питањима која се постављају поводом међународних споразума о сурогат материнству Хашке конференције за међународно приватно право (A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference), сурогат мајка одређује се као жена која даје своју сагласност да изнесе дете (или децу) за намреваног родитеља/намераване родитеље и да се одрекне свог родитељског права после рођења детета; намеравани родитељ/родитељи је/су лице/лица које тражи од другог лица да дете за њега/њих, са намером да преузме/преузму старање о детету/деци после рођења и да се као родитељ/родитељи брине/брину о детету/деци као о свом/својима. Такво лице/лица може/могу, али не морају да буду генетски повезана са дететом које се роди као резултат споразума; вид. веб адресу <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, посећену последњи пут 22.10.2015.г.

оба намеравана родитеља. На основу овога ГЗ говори о делимичној, генетској сурогацији и потпуној, гестацијској сурогацији: делимична (генетска) је она код које се за оплодњу сурогат мајке користи репродукциони материјал бар једног од намераваних родитеља, а потпуна (гестацијска) сурогација означава да се за (*in vitro*) оплодњу сурогат мајке користи репродукциони материјал оба намеравана родитеља. Оба вида су дозвољена (чл. 2277 ГЗ), није, међутим, дозвољено користити оплодне ћелије жене која ће носити и родити дете, тј. сурогат мајке (чл. 2275 ГЗ). У упоредној правној литератури потпуна и делимична сурогација у контексту генетске повезаности *сурогат мајке и њеног детета* (детета које ће родити) има другачије значење: традиционална или генетска или делимична сурогација је она у којој се користи репродукциони материјал сурогат мајке и намераваног оца, а потпуна, гестацијска сурогација је свака у којој се *не* користи репродукциони материјал сурогат мајке. У овом случају репродукциони материјал може да потиче од намераваних родитеља, од донора и једног од намераваних родитеља или од жене-донора и мушкарца-донора.²¹ Класификација која се користи у тексту ГЗ није уобичајена у упоредном праву²², јер се као критеријум користи генетска повезаност са намераваним родитељима, а у упоредном праву је мерило генетска повезаност са сурогат мајком. ГЗ искључује могућност генетске повезаности, тј. коришћење оплодне ћелије сурогат мајке (чл. 2275), а ту могућност не преферира ни упоредно право²³, јер се сматра да генетска повезаност са сурогат мајком изазива веће проблеме у погледу обавезе сурогат мајке да преда дете намераваним родитељима одмах после рођења детета. ГЗ, дакле, дозвољава сурогат материнство уколико су намеравани родитељи брачни пар или жена и мушкарац који нису формално у браку али који су заједно намеравани родитељи (ст. 1 чл. 2277), а да се за оплодњу сурогат мајке користи репродукциони материјал *бар једног* од намераваних родитеља. Жени или мушкарцу који живе сами се може дозволити да буду самохрани родитељ детета које роди сурогат мајка ако постоје нарочито оправдани разлози, чије постојање се утврђује у ванпарничном поступку, и под условом да се користи репродукциони материјал намераване мајке, односно намераваног оца.

²¹ Глосаријум, вид. фн 18, одређује да традиционално сурогат материнство постоји када сурогат мајка даје свој сопствени генетски материјал, те је дете које рађа генетски повезано са њом; гестацијско сурогат материнство постоји када сурогат мајка не даје свој генетски материјал те рађа дете које није генетски повезано са њом.

²² Вид. слично код Гордана Ковачек-Станић, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији“, *Стиановништво* 1/2013, 1.

²³ Вид. националне извештаје у регулисању сурогат материнства у: К. Trimmings, P. Beaumont, *passim*.

У питања дозвољености сурогат материнства потпада и оно које одређује ко може да буде сурогат мајка, тачније да ли ће сурогат материнство бити сродничко или не. Сродничко је оно које дозвољава постојање сродничке везе између сурогат мајке и намераваних родитеља. ГЗ нуди све три варијанте: сродничку и несродничку, само сродничку и само несродничку (чл. 2275). Опредељење за једну од три могућности повезано је посредно и са питањем комерцијалног или некомерцијалног карактера сурогат материнства, али и са намером законодавца да сурогат материнство учини доступним свима као једним од видова биомедицински потпомогнутог лечења или да га третира само као изузетну меру, јер сродничко сурогат материнство сигурно сужава потенцијални број рађања за другог. Истовремено, определење за некомерцијални карактер сурогат материнства је сигурно лакше остварив међу сродницима. Лично сматрамо да би требало дозволити и сродничко и несродничко, јер би иначе људи који немају сроднике, односно који не могу да нађу сродницу која би била вољна да буде сурогат мајка били у неповољнијем положају које би могло да буде и дискриминаторско. Даље питање које потпада под дозвољеност сурогације је и оно које се тиче могућности постхумног коришћења оплодне ћелије једног од намераваних родитеља који није више жив. Ова алтернатива се нуди у тексту ГЗ (чл. 2277). Оваква могућност није само теоретска и може да се постави и шире, у склопу биомедицински потпомогнуте оплодне, те би је требало регулисати као такву, и користити те одредбе *mutatis mutandis* у случају рађања за другог.

Регулисање медицинске процедуре за остварење циља сурогат материнства потпадало би под прописе о биомедицински потпомогнутој оплодни јер је сурогат материнство један њен вид (чл. 2282).

Други круг питања везаних за сурогат материнство односи се на уговор о рађању за другог (чл. 2273 ГЗ). Уговор закључују жена која ће носити и родити дете (сурогат мајка) с једне стране, и супружници или ванбрачни партнери као намеравани родитељи, с друге стране. Сурогат мајка пре закључења уговора мора прибавити медицинске доказе да је здравствено подобна да носи и роди дете; уколико је у браку за пуноважност уговора о рађању за другог потребна је сагласност њеног супружника. Намеравани родитељи могу да закључе уговор о рађању за другог само уколико између њих не може доћи до зачећа природним путем, ни уз помоћ других видова биомедицински потпомогнутог зачећа, или ако зачеће на наведене начине није пожељно због озбиљне опасности од преношења тешке наследне болести на дете (ст. 1 чл. 2273). О испуњењу ових услова намеравани родитељи морају имати медицински доказ пре закључења уговора. Намеравани родитељи и сурогат мајка такође морају имати доказ да су

се „обратили саветовалишту ради психолошке припреме за сурогат материнство“²⁴. Овај последњи услов је од великог значаја због спровођења, односно испуњења уговора и осетљиве природе односа у који улази сурогат мајка, али и намеравани родитељи. Услов који је везује за намераване родитеље указује на то да законодавац није спреман да сурогат материнство призна као редован вид биомедицински потпомогнуте оплодње, већ га жели везати за строге услове и тако дозволити само у изузетним, медицински оправданим случајевима.

Рађање за другог је према тексту ГЗ некомерцијално: „Уговарање наградe за рађање за другог је забрањено“ (ст. 1 чл. 2280), али уговором може да буде предвиђена накнада разумних трошкова изазваних ношењем и рађањем детета, као што су на пр. губитак зараде, трошкови медицинских услуга, трошкови превоза, смештаја, исхране сурогат мајке. Према тексту ГЗ уговор о рађању за другог може бити закључен између држављана Републике Србије, као и између лица која имају пребивалиште на територији Републике Србије најмање три (или пет) година (чл. 2276), а према алтернативи само између држављана Републике Србије. Овој одредби/одредбама ћемо посветити пажњу под насловом који се односи на међународно-приватноправне аспекте рађања за другог²⁵, на овом месту само толико да би и она одражавала рестриктивну политику законодавца и намеру да се рађање за другог очува као изузетна могућност уз контролисане услове и задржавање у границама државе, односно код куће.²⁶ Упоредно право такође познаје оваква ограничења²⁷, која, с једне стране, донекле ублажавају тешкоће које би сурогат материнство са иностраним елементом изазвало, а сасвим извесно искључује репродукциони туризам²⁸.

Уговор о рађању за другог подлеже овери од стране судије, који је дужан да утврди испуњење медицинских и осталих прописаних услова. Такође је обавезан да упозори уговорне стране на „последике уговора, а нарочито да се жена која је родила дете неће сматрати мајком детета“ (чл. 2274). Судија ће ускратити оверу уговора ако је уговорена накнада трошкова рађања несразмерна.

Права и обавезе из уговора о рађању за другог су она која се односе на сурогат мајку, на намераване родитеље и на остала права и обавезе у ве-

²⁴ Вид. ст. 3 чл. 2273 ГЗ.

²⁵ Вид. ниже наслов „3. Рађање за другог у праву Србије – међународно-приватноправни аспекти“.

²⁶ Вид. код Г. Ковачек-Станић, 14.

²⁷ Вид. Konstantinos A. Rokas, „Greece“, у: К. Trimmings, P. Beaumont, 152.

²⁸ Вид. о репродукционом туризму више код Бернадет Бордаш, „Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 97.

зи са рађањем за другог. Жена која је носила и родила дете за другог дужна је да дете по рођењу преда намераваним родитељима (с. 1 чл. 2278), а намеравани родитељи су дужни да преузму дете, и то без обзира на пол и особине рођеног детета. Из ове обавезе и саме суштине уговора о рађању за другог следи да су намеравани родитељи ти који заснивају родитељски однос са дететом и стичу сва законска родитељска права и дужности, и то без обзира да ли њихов брак или ванбрачна заједница још увек постоји у време рођења детета (ст. 2 чл. 2278). Из уговора следи и обавеза намераваних родитеља да исплаћују накнаду разумних трошкова изазваних ношењем и рађањем детета, уколико је оваква накнада уговорена (чл. 2280 и ст. 3 чл. 2278). Уговором о рађању детета за другог регулишу се и остала права и обавезе уговорних страна (на пр. обавеза сурогат мајке да води здрав начин живота током трудноће, да се подвргава редовној лекарској контроли, да следи упутства лекара, да се уздржава од конзумације алкохола, употребе дрога, пушења – ст. 3 чл. 2278).²⁹ У упоредној теорији која се бави рађањем за другог, а и у законодавној пракси појединих држава, спорно је да ли се испуњење, односно спровођење уговора о рађању за другог може правно санкционисати и принудно извршити. Овај проблем се јавља, по природи ствари, у погледу обавезе сурогат мајке да преда дете намераваним родитељима и на обавезу намераваних родитеља да преузму дете.³⁰ Радни текст ГЗ прихвата идеју да се уговор о рађању за другог може правно санкционисати, односно да ужива судску заштиту и следствено томе се обавезе могу принудно извршити. Чл. 2279 односи се на ситуацију када сурогат мајка одбија да дете које је родила за другог преда намераваним родитељима, као и на ситуацију када намеравани родитељи одбију да преузму дете и прописује да о тим питањима одлучује суд. Поступак за предају и за преузимање детета „могу покренути намеравани родитељи као и сурогат мајка у року од три (шест) месеца од рођења детета“³¹. Уз ове одредбе треба навести и алтернативу из чл. 2278 (права и обавезе из уговора о рађању за другог) која се односи на могућност да жени која је родила дете за другог суд може да призна право на контакте са дететом уколико оцени да је то у најбољем интересу детета.

Трећи круг питања који се односи на правне последице уговора о рађању за другог на одређивање материнства, али и очинства, детета које на свет донесе сурогат мајка сматрамо најважнијим у погледу установљења

²⁹ Радни текст ГЗ садржи и одредбе о прекиду трудноће сурогат мајке из медицинских разлога које се односе на плод, односно на сурогат мајку, вид. чл. 2281.

³⁰ Вид. посебно Yehezkel Margalit, „In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective“, *William and Mary Journal of Women and the Law*, 20/2014, 423.

³¹ Вид. чл. 2279 ГЗ.

порекла детета због чињенице да се овде сучељава правна дефиниција мајке са новом/новијом стварношћу коју стварају медицинска достигнућа.³² Радни текст ГЗ у чл. 2271 полази од одређења да је мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ жена која га је родила, у складу са максимумом *mater semper certa est*. У случају рађања за другог чл. 2272 прописује да је „правна претпоставка о материнству жене која је родила дете (сурогат мајке) и о очинству њеног супруга без дејства“³³. У матичне књиге се као мајка детета уписује жена која на основу уговора о рађању за другог има намеру да се стара о детету (намеравана мајка), без обзира да ли су њене оплодне ћелије коришћене у поступку *in vitro* оплођења³⁴, чиме се постиже сврха сурогат материнства и непосредно установљава правно материнство. Оно је *јавна фикција*, и то поткрепљује и одредба ст. 4 из које произлази да се материнство (намераване мајке) не може оспоравати ни у случају када су коришћене оплодне ћелије жене-донора а не намераване мајке.³⁵ Одредба овог члана одређује и ко је правни отац – то је супруг или ванбрачни партнер намераване мајке (намеравани отац), без обзира да ли су његове оплодне ћелије коришћене у поступку *in vitro* оплођења; очинство намераваног оца се не може оспоравати.³⁶ Остаје, међутим, проблем спровођења уписа материнства (у првом реду) у матичне књиге.

2.2. Упис порекла детета кога је родила сурогат мајка у матичне књиге

Упоредноправна истраживања³⁷ проблематике сурогат материнства показују да се право суочава са озбиљним тешкоћама у сусрету са доласком на свет детета на основу уговора о рађању за другог. Питање је како у праву може да се спроведе циљ уговора који се огледа у томе да мајка детета буде намеравана мајка, а не сурогат мајка која је дете родила, иако је она та на коју указује максима *mater semper certa est*. У ширем смислу

³² Вид. посебно код Daniel Gruenbaum, „Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat“, *American Journal of Comparative Law*, 2/2012, 475.

³³ Ст. 3 чл. 2272 ГЗ.

³⁴ У радном тексту (ст. 1 чл. 2272) ЗГ користи се формулација „без обзира да ли су њене оплодне ћелије коришћене за оплодњу друге жене“. С обзиром да је чланом 2275 прописано да код рађања за другог није дозвољено коришћење оплодне ћелије сурогат мајке и да до зачећа долази у *in vitro* поступку, не бисмо користили израз „оплодња друге жене“, тј. сурогат мајке.

³⁵ Ст. 4 чл. 2272: „Материнство и очинство намераваних родитеља (намераване мајке и намераваног оца) не може се оспоравати, чак ни у случају када су за оплодњу друге жене (сурогат мајке) коришћене оплодне ћелије само једног од њих.“

³⁶ Ст. 2 и 4 чл. 2272.

³⁷ Вид. уместо свих Browne C. Lewis, „Three Lies and a Truth Adjudicating Maternity in Surrogacy Disputes“, *University of Louisville Review*, 2/2011, 371; D. Gruenbaum, 475.

питање се односи на правно родитељство намераваних родитеља, а не само намераване мајке. У контексту истраживања које спроводи Хашка конференција за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција) почев од 2011. године³⁸ израђен је упитник, намењен у првом реду државама чланицама Хашке конференције, о статусу деце, укључујући и питања која се постављају у вези са аранжманима о сурогат материнству са прекограничним дјествима³⁹ у коме се истиче као најважније питање ко су (или ко је) правни родитељи детета кога је родила сурогат мајка по самом праву, односно „без икаквих даљих корака које би било које лице требало да предузме“⁴⁰. Тако, на основу максиме *mater semper certa est* жена која је родила дете је у тренутку рођења детета по самом праву биолошка и правна мајка детета, а њен муж правни отац, тј. они су правни родитељи.⁴¹ Ако је рађање за другог дозвољено законодавац може да пропише да су намеравани родитељи по самом праву правни родитељи, с тим да треба прописати и поступке који ће омогућити да се то правно родитељство успостави. У такве поступке се убрајају захтеви намераваних родитеља да суд пре рођења детета донесе деклараторну одлуку о томе да ће они бити родитељи детета кога роди сурогат мајка („pre-birth order“), захтеви намераваних родитеља да суд после рођења детета донесе одлуку о преносу правног родитељства на њих („parental order/parentage order“), подношење уговора о рађању за другог надлежном органу; упитник Хашке конференције наводи и могућност да никакав посебан поступак није потребан, јер су правни родитељи чим се дете роди по самом праву намеравани родитељи.⁴²

Радни текст ГЗ у чл. 2272 прописује да је правна претпоставка о материнству жене која је родила дете без дејства у случају рађања за другог, а да се у *мајичне књиџе ујисује жена која на основу ујовора о рађању за друјот има намеру да се сџара о дејшејџу*, без обзира да ли су коришћене њене оплодне ћелије или оплодне ћелије донора (у овом случају је донор обавезно трећа жена, јер се ни у ком случају не могу користити оплодне

³⁸ Вид веб страну Хашке конференције за међународно приватно право: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178, последњи пут посећене 22.10.2015.г.

³⁹ Вид. Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (questionnaire No 1), Preliminary Document No 3 of April 2013, извор: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178, последњи пут посећене 22.10.2015.г.; вид. такође Бернадет Бордаш, „Елементи за регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима“, *Зборник Правној факултетеја у Новом Саду*, 4/2013, 81.

⁴⁰ Т. 26 Упитника, фн 39.

⁴¹ Вид. чл. 42 Породичног закона, Сл. гласник РС, бр. 18/2005.

⁴² Т. 26-27 Упитника, фн. 38.

ћелије сурогат мајке⁴³). Текст, дакле, не говори о томе да је правна мајка детета намеравана мајка, већ да се она уписује у матичне књиге, а не сурогат мајка која је родила дете; текст такође прописује да не важи претпоставка да је мајка детета жена која је родила дете. Оваква формулација може да буде од значаја уколико би се у оквиру регулисања проблематике заузео став да дете кога је родила сурогат мајка има право да познаје своје порекло: ту би се створио простор да са правног аспекта и сурогат мајка буде „видљива“⁴⁴, док медицина у будућности не покаже чија је улога значајнија код сурогат материнства.

Према ст. 2 чл. 2272 оцем детета се сматра супруг или ванбрачни партнер намераване мајке, без обзира да ли су коришћене његове оплодне ћелије приликом ин витро оплодње, или ћелије донора. Прописивањем да се материнство и очинство намераваних родитеља не може оспоравати ни у ком случају⁴⁵, заокружено је питање правног родитељства детета кога је родила сурогат мајка у складу са циљем уговора о рађању за другог. Остаје, међутим, питање спровођења ових одредби, тј. суштинске одредбе о материнству у случају рађања за другог.

Према горе наведеној, условно реченој, типологији у упитнику Хашке конференције одредба радног текста ГЗ би потпадала под категорију која не захтева никакав посебан поступак, већ би намеравани родитељи аутоматски, по самом праву постали правни родитељи детета кога је – за њих – родила сурогат мајка. Подзаконски акт који би у праву Србије омогућио упис у матичну књигу материнства намераване мајке је Правилник о поступку пријаве рођења детета у здравственој установи.⁴⁶ Према одредбама овог Правилника одлучујућа улога за спровођење одредбе о правном родитељству по самом праву припала би здравственој установи у којој се сурогат мајка породила, која би на основу података (документације) о рађању за другог у пријаву рођења детета уносила податак о намераваним родитељима и тако одредила жену и мушкарца који би били уписани у матичну књигу рођених као правни родитељи.⁴⁷

⁴³ Вид. чл. 2275.

⁴⁴ Вид. т. 28 Упитника.

⁴⁵ Ст. 4 чл. 2272 ГЗ: „Материнство и очинство намераваних родитеља (намераване мајке и намераваног оца) не може се оспоравати, чак ни у случају када су за оплодњу друге жене (сурогат мајке) коришћене оплодне ћелије само једног од њих.“

⁴⁶ Правилник о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи, Сл. гласник РС, бр. 25/2011.

⁴⁷ Вид. чл. 3-6 Правилник о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи; одредбе чл. 6 омогућиле би транспарентност чињеница и података у случају сурогат материнства и у погледу права на познавање порекла.

3. РАЂАЊЕ ЗА ДРУГОГ У БУДУЋЕМ ПРАВУ СРБИЈЕ – МЕЂУНАРОДНО-ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТИ

3.1. Улазни и излазни случајеви сурогат материнства у међународном приватном праву

Радни текст ГЗ у чл. 2276 прописује као алтернативе да уговор о рађању за другог у Србији буде доступан само држављанима Републике Србије или држављанима Републике Србије и лицима која имају пребивалиште на територији Србије најмање три (пет) година.

Модел-одредба је инспирисана намером да се спречи репродукциони туризам и да се тиме избегну правни проблеми које сурогат материнства са прекограничним дејствима изазива у националним правима разних држава када се суоче са чињеницом да је дете родила сурогат мајка у иностранству или на њеној територији (у домаћој држави) за намераване родитеље који су странци. Према документима Хашке конференције⁴⁸ код сурогат материнства са прекограничним дејствима битне су две државе, и то са аспекта чињенице места становања намераваних родитеља и места у држави у којој сурогат мајка рађа дете за другог: (1) сурогат мајка рађа дете на територији домаће државе (домаћа држава је она из чијег угла се посматра однос са иностраним/међународним елементом) за намераване родитеље који не станују, не живе на територији домаће државе, већ у иностранству и који ће после рођења детета напустити домаћу државу заједно са својим новорођеним дететом – ова ситуација носи назив *излазни* случај сурогат материнства, и (2) сурогат мајка рађа дете у иностранству (страној држави) за намераване родитеље који станују на територији домаће државе, који ће после рођења детета у иностранству да се врате заједно са дететом у домаћу државу – ова ситуација носи назив *улазни* случај сурогат материнства. Правни проблеми се разликују у зависности од тога да ли је излазни или улазни случај и на њих утиче и држављанство намераваних родитеља.

Код излазних случајева сурогат материнства сурогат мајка рађа дете на територији домаће државе, а намеравани родитељи нису (или један од њих није) држављани домаће државе и најчешће немају место становања у домаћој држави. Када се дете роди, рођење се мора пријавити надлежним државним органима у домаћој држави и уписати у матичне књиге, без обзира на то да ли су намеравани родитељи домаћи држављани или странци. Држављанство детета од тренутка рођења се може одредити само ако су испуњени услови за стицање домаћег држављанства (по принципу *ius san-*

⁴⁸ ФН 38.

guinis)⁴⁹ или ако домаћа држава прихвата принцип *ius soli*. Уколико су намеравани родитељи инострани држављани, чињеница рођења детета мора да буде уписана у домаће матичне књиге, а о држављанству детета могу да одлучују само инострани органи. Пошто излазни случај сурогат материнства означава да намеравани родитељи одлазе из домаће државе заједно са новорођеним дететом, настаје проблем издавања излазних докумената (путне исправе или другог одговарајућег документа) за дете. Ова тачка може да буде критична, јер надлежним иностраним органима (на пр. конзуларној служби државе држављанства намераваних родитеља) намеравани родитељи презентују јавну исправу домаће државе о рођењу и о пореклу детета (о мајци и оцу детета), а ти органи одлучују да ли ће признати ту јавну исправу која је за њих инострана.⁵⁰ При том, надлежни инострани органи примењују право државе која их је именовала. У оваквим случајевима није од значаја држављанство сурогат мајке, нити место становања у иностранству намераваних родитеља. Нема значаја ни чињеница да намеравани родитељи који су инострани држављани не живе/станују у држави свог држављанства, односно да живе у домаћој држави или у некој трећој. Уколико живе у домаћој држави евентуални проблем око издавања путне исправе за дете само се одлаже.

Код улазних случајева сурогат материнства са аспекта наведене домаће државе домаћи држављани (супружници или ванбрачни партнери) одлазе у иностранство где за њих сурогат мајка (њено држављанство је небитно) рађа дете. Домаћи држављани – намеравани родитељи – се након доласка детета на свет враћају у домаћу државу у којој живе. Као и код излазних случајева и код улазних дете кога је родила сурогат мајка мора да буде уписано у матичне књиге у држави у којој је рођено. Правна питања која се постављају су иста као у претходним излагањима: у држави рођења детета се, према праву те државе, установљава ко су правни родитељи и ти подаци се уписују у матичну књигу и изводе из матичних књига. Држављанство детета се утврђује само ако држава у којој је дете рођено примењује принцип *ius soli*. Такав инострани извод из матичне књиге државе у којој је сурогат мајка родила дете, дакле, страну јавну исправу са аспекта домаће државе, намеравани родитељи подносе надлежном органу (за конзуларне послове) домаће државе у држави рођења детета, да би дете добило путни документ домаће државе и помоћу њега напустило територију

⁴⁹ Ако би домаћа држава била Србија, а намеравани родитељи су држављани Србије или је један од њих држављанин Србије, у домаћој држави се може утврдити само српско држављанство детета.

⁵⁰ Вид. на пр. случај Менесон, Европски суд за људска права, представка бр. 65192/11, *Mennesson v. France*, пресуда Великог већа од 26.06.2014.г., вид. веб страну: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>.

државе у којој је рођено. Овај моменат обрађања надлежном органу домаће државе у иностранству такође може да буде критичан из истог разлога: признање иностраног извода из матичне књиге у првом реду зависи од става права домаће државе у погледу дозвољености рађања за другог. Ако домаћа држава не дозвољава рађање за другог, инострана јавна исправа неће послужити као доказ правног родитељства намераваних родитеља и дете кога је родила сурогат мајка остаје без путног документа, тј. дете не може да напусти територију државе у којој је рођено.⁵¹ Ако је, међутим, у домаћој држави рађање за другог дозвољено, дете ће на основу података из извода из матичне књиге и држављанства намераваних, у изводу именованих правних родитеља моћи да добије путни документ и оно ће напустити државу свог рођења са својим родитељима. Са овог аспекта за домаћу државу није битно да ли се место становања намераваних/правних родитеља налази у домаћој или страниој држави, као што нема значаја ни питање држављанства сурогат мајке.

3.2. Која лица могу да закључе уговор о рађању за другог у Србији *de lege ferenda*

Радни текст ГЗ⁵² предлаже два одговора на ово питање: (а) уговор о рађању за другог може бити закључен само између држављана Републике Србије, и (б) уговор о рађању за другог може бити закључен између држављана Републике Србије, као и између лица која имају пребивалиште на територији Републике Србије најмање три (пет) година.

Имајући у виду горе описане ситуације поставља се питање који је значај одредаба чл. 2276 радног текста ГЗ који даје одговор на питање која лица могу да закључе уговор о рађању за другог.

(а) *Уговор о рађању за другој може бити закључен само између држављана Републике Србије.* – Ова одредба значи да уговорне стране морају да буду држављани Србије, дакле како сурогат мајка, тако и намеравани родитељи. Нема сумње, да оваква ситуација у којој је право да се закључи уговор о рађању за другог апсолутно резервисано право за домаће држављане, односно у којој се искључује међународни елемент који би настао на основу држављанства уговорних страна, чиста и без правних компликација за домаћег законодавца. Намеравани родитељи постају *ipso iure* родитељи детета кога роди сурогат мајка, они се уписују у матичну књигу ро-

⁵¹ Вид. на пр. случај *Re X&Y (Foreign Surrogacy)*, Case No FD08P01466, High Court of Justice Family Division, 9 December 2008 [2008] EWHC 3030 (Fam) 2008 WL 5326758, текст доступан на веб адреси <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>, последњи пут посеђеној 22.10.2015.г.

⁵² Вид. чл. 2276 ГЗ.

ђених и тиме постају правни родитељи, без обзира на то ко је од њих генетски повезан са дететом, како то произлази из одредбе чл. 2277 радног текста ГЗ.

На основу наведене одредбе ГЗ закључивање уговора о рађању за другог ограничава се само на домаће држављане, али тиме се не искључује могућност да сурогат мајка и намеравани родитељи имају уобичајено боравање или пребивалиште у иностранству. Пошто је овде са међународно-приватноправног аспекта реч о статусу родитеља и детета које се решава по праву држављанства, наведени међународни елементи немају значаја.

Може се, међутим, поставити питање да ли је са аспекта потенцијалних правних проблема у погледу *правног ситијуса* детета и намераваних родитеља неопходно прописати да *све* уговорне стране, дакле и сурогат мајка, буду српски држављани. Уколико пледирамо за дозвољеност сурогат материнства, тада одговор на питање да ли је неопходно да сурогат мајка буде домаћа држављанка зависи од тога како домаће право регулише питање правног родитељства намераваних родитеља. *Ipso iure* правно родитељство намераваних родитеља чини ирелевантним држављанство сурогат мајке за статусна питања. Ако бисмо, међутим ово питање ставили у контекст законодавства Уједињеног Краљевства, које правно родитељство намераваних родитеља решава путем решења о родитељству (*parental order*), јер је правна мајка сурогат мајка, држављанство сурогат мајке постаје битно⁵³. Друго је питање спорова који би простекли из повреде права и обавеза из уговора о рађању за другог, али оно превазилази оквире овог рада.

Такође се поставља питање да ли одредба о апсолутно резервисаном праву држављана Републике Србије да буду уговорне стране уговора о рађању за другог елиминише правне проблеме који настају рођењем детета чија је биолошка мајка сурогат мајка. Нема сумње да таква одредба онемогућава репродукциони туризам и излазне случајеве сурогат материнства у Србији. Али, остаје могућност да домаћи држављани – намеравани родитељи – својом акцијом ангажовања сурогат мајке у иностранству која ће им родити дете у иностранству суоче право Србије са улазним случајем сурогат материнства и његовим правним последицама у погледу статуса (порекла) детета и његових родитеља који се жели избећи напред наведеном одредбом из радног текста ГЗ. Ако ће сурогат материнства у праву Србије бити дозвољено, али ако би одредбе биле рестриктивне (на пр. сродничка или несродничка, комерцијална или некомерцијална) не може се искључити да домаћи држављани своју намеру да постану родитељи остваре у ино-

⁵³ Вид. уместо свих Michael Wells-Greco, „United Kingdom“, у: K. Trimmings, P. Beaumont, 367.

странству према праву које прописује лакше услове и чини доступним су-рогат материнство без обзира на држављанство уговорних страна.

(б) *Уџовор о рађању за друџоџи може биџи закључен између државља-на Реџублике Србије, као и између лица која имају џребивалишџиџе на џтери-џориџи Реџублике Србије најмање џри (џеџи) џодина.* – Ова одредба такође има за циљ да спречи репродукциони туризам у Србији, али узима у обзир чињеницу да на територији Србије не живе само српски држављани, већ и странци (инострани држављани и лица без држављанства). Такође ради спречавања репродукционог туризма постављен је услов који право стра-наца да буду уговорне стране уговора о рађању за другог у Србији везује за *џребивалишџиџе* у трајању од најмање три (пет) година.

За почетак, оваква одредба подложна је критици из два разлога. Нај-пре, она утемељује дискриминацију по основу држављанства, јер да би странци могли да буду уговорне стране морају имати пребивалиште у Ср-бији, док држављани Србије ово право имају без обзира где им је пребива-лиште, тј. и у случају када имају пребивалиште у иностранству.⁵⁴ Друга за-мерка односи се на прописивање минималног трајања пребивалишта у Ср-бији од три (пет) година. Из угла међународног приватног права везивање права странаца за постојање пребивалишта у одређеном трајању није аде-кватно имајући у виду услове под којима странци могу да стекну пребива-лиште у Србији. Ове услове прописује Закон о странцима из 2008. године.⁵⁵ Према чл. 74 овог Закона пребивалиште странца је „место у коме *сџиранаџ* коме је одобрено *сџално настањење* има намеру трајно да живи на одре-ђеној адреси“, а стално настањење може да се одобрџи странцу који је до дана подношења захтева за стално настањење у Србији боравио непрекид-но *дуже од џеџи џодина* на основу одобрења за привремени боравак, стран-цу који је најмање три године у браку са држављанином Србије, или са странцем који има стално настањење као и странцу који је пореклом са те-риторије Србије.⁵⁶ Произлази дакле, да пребивалиште за странца у трајању од најмање три, односно пет година у Србији да би стекао право да у Ср-бији постане уговорна страна уговора о рађању за другог представља не-потребно дугачак период, бар за оне странце којима се стално настањење не одобрава по основу брака са држављанином Србије или странцем који има одобрење за стално настањење. Ситуација која би евентуално дала основа за сумњу у репродукциони туризам је она у којој је реч о странцу

⁵⁴ Оваква процена дискриминације по основу држављанства инспирисана је забраном овакве дискриминације из чл. 18 Уговора о функционисању Европске уније, те правно не обавезује Србију, али перспектива пуноправног чланства може да наметне ово питање.

⁵⁵ Сл. гласник РС, бр. 97/2008.

⁵⁶ Вид. т. 1, 2 и 4 ст. 1 чл. 37 Закона о странцима фн 55.

пореклом са територије Србије, пошто за њега Закон о странцима не прописује услове. Дакле, уколико се сматра да би право страних држављана у овом домену требало ограничити, довољан је услов пребивалиште у Србији. Друго је питање да ли је пребивалиште адекватна чињеница у овом контексту, с обзиром да се савремено међународно приватно право креће у правцу замене пребивалишта, или чак држављанства са уобичајеним боравиштем као тачком везивања.⁵⁷ Имајући у виду да уобичајено боравиште у међународном приватном праву није правни, већ чињенични концепт, чије постојање се утврђује у сваком конкретном случају, блиско би нам било решење које би у контексту сурогат материнства у Србији стране уговора о рађању за другог везивало за уобичајено боравиште, а не пребивалиште.⁵⁸

Питање је како оваква контролисана могућност странаца да постану уговорне стране уговора о рађању за другог у Србији утиче на правне последице које настану у погледу статуса намераваних родитеља и детета када сурогат мајка донесе дете на свет. Пребивалиште или уобичајено боравиште странаца – уколико су све уговорне стране страни држављани – представљају сталне и трајне везе са територијом Србије, њихово стицање није лако, те засигурно не би подстицали репродукциони туризам. У Србији, дакле, не би постојала опасност за наступање извозних случајева сурогат материнства. Чак и да су све уговорне стране страни држављани са пребивалиштем/уобичајеним боравиштем у Србији, упис рођења детета у матичне књиге, *ipso iure* правно родитељство намераване мајке и намераваног оца везују се за примену права Србије. Питање држављанства детета у тренутку његовог уписа у матичну књигу, међутим, није у надлежности српских органа, већ државе чији су држављани намеравани родитељи, изузев ако су испуњени услови за стицање српског држављанства рођењем на територији Србије.⁵⁹ Ова ситуација, дакле, са аспекта права Србије не мул-

⁵⁷ Вид. више код Gareth Davies, „Any Place I Hang My Hat?” or: Residence is the New Nationality“, *European Law Journal*, 1/2005, 43.

⁵⁸ Текст Нацрта Закона о међународном приватном праву Србије у чл. 6 одређује шта се подразумева под уобичајеним боравиштем: „1. Уобичајеним боравиштем физичког лица сматра се место у држави у којој се налази центар његових животних интереса и у којој уобичајено борави, без обзира да ли је његов боравак уписан у евиденцију надлежног органа и независно од дозволе боравка или настањења. 2. У циљу одређивања уобичајеног боравишта у смислу става 1 овог члана, узимају се у обзир све околности личне или пословне природе које указују на трајније везе са овом државом или на намеруда се такве везе заснују.“ Текст Нацрта доступан је на веб адреси <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, која је последњи пут посећена 22.10.2015.г.

⁵⁹ Вид. чл. 13 Закона о држављанству Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 135/2004 и 90/2007.

типликује правне проблеме, али статус детета и намераваних родитеља у држави њиховог држављанства зависи од признања у тој држави.

Као и у случају када би сурогат материнство у Србији било резервисано само за домаће држављане, и страни држављани са пребивалиштем/уобичајеним боравиштем у Србији могу увести случај сурогат материнства у Србију. Оваква ситуација би, међутим, била различита: ни право Србије, ни органи Србије немају релевантну везу са случајем јер су актери инострани држављани, те статусна питања детета и родитеља не потпадају под српско право. Питање које потпада под српско право јесте право на боравак или настањење новорођенчета⁶⁰ на основу одговарајућег права његових родитеља или лица која имају према њему родитељско право.

4. ЗАКЉУЧАК

Из претходних излагања произлази да ће се у Србији у оквиру јавне расправе о Нацрту/радном тексту ГЗ размотрити и питање да ли да се дозволи сурогат материнство, које је у позитивном праву Србије забрањено. Према модел-одредбама оно би било подвргнуто строгим правилима и резервисано само за домаће држављане, а у најбољем случају и за странце са пребивалиштем у Србији.

На рестриктивни концепт сурогат материнства указују посебно одредбе које овај начин биомедицински потпомогнутог зачећа омогућују само супружницима или ванбрачним партнерима, а само изузетно жени или мушкарцу који би били самохрани (намеравани) родитељи; алтернативни предлози који се односе на сродничко или несродничко сурогат материнство; одредбе о обавезној генетској повезаности бар једног намераваног родитеља са дететом које ће сурогат мајка донети на свет; некомерцијални карактер уговора о рађању за другог; алтернативни предлози о томе која лица могу да закључе уговор о рађању за другог – да ли само домаћи држављани или и странци са пребивалиштем у Србији.

Конципирање права да се закључи уговор о рађању за другог као апсолутно резервисаног права за домаће држављане, или условљавање тог права пребивалиштем од три (пет) година у Србији има за циљ да се избегне репродукциони туризам, који у упоредној пракси изазива многе правне проблеме због садејства различитих националних права у погледу одређивања и признавања правног родитељства детета кога је родила сурогат мајка. Разликовање излазних и улазних случајева сурогат материнства, када се сурогат материнство у некој држави не резервише само за домаће држа-

⁶⁰ Вид. чл. 32, 37 Закона о странцима.

вљане и, евентуално странце са пребивалиштем у домаћој држави, допушта анализу која расветљава правне проблеме сурогат материнства са прекограничним дејствима. Излагања указују да строги и рестриктиван концепт не иде у прилог излазних случајева, али и на то да се улазни случајеви сурогат материнства у Србији као последица репродукционог туризма изазваног мање строгим правним прописима у другим земљама неће моћи избећи, без обзира на дозвољеност сурогат материнства.

*Bernadet I. Bordaš, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Bordas@pf.uns.ac.rs*

Restrictive Concept of Surrogacy in the Draft Text of the Civil Code of Serbia

Abstract: *The working draft of the Civil Code of Serbia, which was published in June 2015, includes model-provisions on surrogate motherhood, which is, at present, expressly prohibited by law. The paper gives a survey of the proposed provisions and examines particularly those that define which persons can conclude a contract on surrogacy. By limiting this right to persons holding the nationality of Serbia, or to these nationals and persons residing in the territory of Serbia for at least three (five) years the legislator wish to avoid reproductive tourism. Surrogate mothering with cross-border effects gives rise to complicated legal problems as regards the definition and recognition of legal parentage of the intended parents both in the countries in which the surrogate mother gives birth to the child, as well as in countries in which the intended parents wish to live with their child. The restrictive concept which retains surrogate mothering within the borders of the domestic state and between domestic nationals disables outgoing cases of surrogate motherhood, but it is not quite true for persons who are not citizens of Serbia, but living on its territory. For these reasons the paper critically examines these limitations in the proposals, and indicates that the incoming cases of surrogate motherhood cannot be prevented due to the free movement of people. The paper also provides analysis of the legal issues of the incoming cases of surrogate motherhood, and suggests solution for them if in the future Civil Code the proposed ipso jure legal parenthood of intended parents will be adopted. With ipso jure legal parenthood of a child who is born to a surrogate mother abroad there is no need to restrict surrogacy cases to nationals of Serbia or to foreigners domiciled in Serbia for three (five) years minimum.*

Key words: *Civil Code of Serbia, surrogate motherhood, surrogacy contract, intended parents, legal parentage, outgoing cases of surrogacy, and incoming cases of surrogacy*

Датум пријема рада: 13.11.2015.