

UDK: 347.634:[340.142:341.645.5(4)]

UDK: 173.5:34

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 15.11.2023.

Рад прихваћен: 25.12.2023.

Марина Радовановић,*

Истраживач приправник,

Институт за међународну политику и привреду

DOI: 10.5937/zgrfno-47743

ORCID 0009-0002-3079-5433

ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА У КОНТЕКСТУ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА: ОСВРТ НА НОВИЈУ ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Сурогат материнство сврстава се у ред етички најосетљивијих феномена данашњице. Различита виђења природе, сврхе и последица сурогат материнства – воде до различитих приступа држава у погледу политичког и правног регулисања ове праксе. Као последица тога, парови који се одлучују за овакав вид асистираниог родитељства, неретко су приморани да читав поступак спроведу ван територије матичне државе. Тиме и сам феномен поприма карактеристике транснационалног, стварајући сложено тле за заштиту људских права, превасходно права детета које се рађа у условима сурогат материнства. Последично, национални судови бивају приморани да вагају између забране сурогат материнства и заштите јавне безбедности, са једне стране, и заштите најбољег интереса детета, са друге стране. Круг се, међутим, не затвара у пољу националног правосуђа. Тако се на дневном реду Европског суда за људска права све чешиће налазе деликатне представке у вези са заштитом приватног и породичног живота у светлу сурогат материнства. Два таква скорашња случаја наћи ће се у средишту овог истраживања, пружајући оквир за разумевање својеврсног континуитета у резонувању Европског суда за људска права у овом домену, али и за идентификацију нових жарнишних питања која ће неизбежно пратити модалитете савременог транснационалног сурогатства.

Кључне речи: основна права, Европски суд за људска права, сурогат материнство, поштовање приватног и породичног живота, најбољи интерес детета, људско достојанство, забрана дискриминације.

* marina.radovanovic@diplomacy.bg.ac.rs

** Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта „Србија и изазови у међународним односима 2023. године”, који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, а реализује Институт за међународну политику и привреду током 2023. године.

1. Увод

Пракса сурогат материнства, као (крајњи) вид асистираниог родитељства, дуги низ деценија окупира пажњу истраживача и практичара у разним сферама друштвеног, академског и политичког деловања. Слојевите етичке, правне и јавно-политичке дилеме у пољу сурогат материнства – отварају мноштво спорних питања у вези са регулисањем ове праксе, како на нивоу националних држава, тако и на нивоу међународне заједнице када је у питању транснационално сурогатство.

Сложености расправа у домену сурогат материнства доприноси и сам развој праксе, која је током времена добијала нове карактеристике и појавне облике. Овакав развој препознат је и у крилу Светске здравствене организације, која истиче да *гестацијски сурогат* јесте „жена чија је трудноћа изазвала оплодњу јајних ћелија које, као и сперматозоиди, припадају трећем лицу, и у власништву је треће стране” (Vaena, Rowe, Griffin, 2002: xx).

Даље, наглашава се да „сурогат мајка носи плод уз услов, односно споразум, по којем ће нерођеном детету родитељи бити лица чије се гаметите користе за оплодњу” (Vaena et. al, 2001: xx). Сурогат материнство може се дефинисати и као „поступак у којем жена пристаје да изнесе трудноћу, с намером да преда дете пару које је наручило трудноћу” (Eggas, 2013: 120). Премда из другачијих перспектива приступају феномену сурогат материнства, обе дефиниције наслањају се на савремену праксу, праћену напредком биомедицинских технологија у служби заснивања родитељства. Међутим, важно је истаћи да осим *потпуног (гестацијског)* сурогат материнства – и даље опстаје тзв. *непотпуно (традиционално)* сурогат материнство, које подразумева оплодњу јајне ћелије саме сурогат мајке, те њену генетску повезаност са дететом које рађа по наруџби (Милинковић, 2020: 93).

На другој страни, према критеријуму новчане накнаде коју може остварити сурогат мајка током процеса, разликују се *комерцијално* и тзв. *алтруистичко* сурогат материнство. Док комерцијално сурогат материнство подразумева облик уговорног односа између намераваних родитеља и сурогат мајке на основу којег потоња остварује право на накнаду за учињену услугу, дотле је алтруистичко сурогат материнство засновано на добровољној одлуци сурогат мајке да роди дете и преда га намераваним родитељима, без тражења новчане накнаде за такав чин (Милинковић, 2020: 93–94).

Усложњавање врста и начина регулисања сурогат материнства – доприноси интензитету академских расправа о овом феномену. Током времена, сурогат материнство окупирало је пажњу истраживача уну-

тар разних научних области – попут биомедицине, филозофије (етике), друштвене и политичке теорије, и правних наука – сврставши се тако у ред „најмултидисциплинарнијих” подручја истраживања. У сваком случају, ни тако широк спектар ангажованих научних подручја још увек не успева да одговори на мноштво теоријских и практичних дилема које произилазе из праксе сурогат материнства.

Одређене слојеве таквих дилема покриће и ово истраживање, које феномену сурогат материнства приступа из перспективе међународног права људских права. У том смислу, истраживање ће покушати да понуди одговор на питање како је Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП/Европски суд), као врховни правосудни ауторитет у области међународноправне заштите људских права, у својој новијој пракси тумачио домашаје појединачних основних права у контексту сурогат материнства. Анализа садржаја двеју скорашњих пресуда ЕСЉП пружиће полазну основу за такву процену. Упоредно сагледавање ових случајева, у чијем је средишту питање заштите приватног и породичног живота, допринеће дубљем разумевању својеврсног континуитета Европског суда када је у питању одлучивање о заштити основних права у светлу сурогат материнства.

Међутим, пре отпочињања анализе новије судске праксе, важно је предочити главне димензије доктринарних расправа о врсти, сврси и садржају основних права у контексту сурогат материнства. Том задатку биће посвећен први део истраживања, који ће теоријска спорења ставити у раван са практично-политичким расправама о легализацији праксе сурогат материнства, које су и дан-данас у пуном јеку.¹

2. Сурогат материнство и заштита основних права

Из претходно изложених дефиниција појма сурогат материнства јасно се уочавају главни актери који иницирају и износе ову праксу. У том смислу, као носиоци сурогације издвајају се сурогат мајка с једне стране, и пар намераваних родитеља са друге стране. Релације ових актера обликоване су њиховим посебним мотивима и интересима за предузимање сурогат материнства, и оне творе својеврсни тржишни процес, заснован на деловању сила понуде и потражње.

¹ Интензитет и слојевитост ових расправа осећају се и на тлу Републике Србије. Питање модела регулације сурогат материнства најконкретније се поставило приликом рада на Преднацрту грађанског законика Републике Србије током 2019. године. Било како било, ово питање је убрзо пребачено на терен експертских расправа, те даља судбина предложених решења остаје неизвесна. Више о појединим аспектима овог процеса видети у: Рајић Ђалић, 2023.

Међутим, са становишта политике и права, пуки тржишни закони нису довољни да ову праксу промовишу у сасвим слободну, нити оправдану. Стога, већина држава својим законодавством у области породичног права изричито одбацује сурогат материнство, док одређене државе ову праксу прихватају тек као крајњи начин за остваривање родитељства.² Упркос оваквој статистици, сурогат материнство окупира садашњицу, остављајући са собом бројна нерешена питања. Осим етичких, политичких и друштвених, ова питања сежу и у домен међународног права људских права. Одвијајући се „иза кулиса”, у условима неуједначеног правног регулисања, пракса сурогат материнства производи незанемарљиве последице по заштиту основних права појединаца који у њој директно учествују. Осим актера који иницирају и реализују процес – намераваних родитеља и сурогат мајке – носилац основних права у контексту сурогације јесте и дете које се рађа под окриљем ове праксе.

2.1. Сурогат мајка као носилац права: између слободе избора и достојанства

Посматрање позиције сурогат мајке из перспективе заштите основних права посебно је значајно за разумевање упоришта политичких одлука о забрани ове праксе. Заговорници забране сурогат материнства квалификују ову праксу као исходиште вишеструке дискриминације у односу на сурогат мајку – дискриминације засноване на полу, економске дискриминације, дискриминације засноване на пореклу или на расној припадности. Телесни интегритет, а тиме и људско достојанство сурогат мајке тумаче се као неповратно нарушени. Поборници овакве тезе одбацују аргументе о слободи избора занимања, односно о телесној аутономији сурогат мајке, истичући да сурогатство као такво не може обезбедити основне претпоставке за информисан и слободан избор (Dillaway, 2008; McEwen, 1999; Winddance Twine, 2015).

У прилог тези о економској дискриминацији као позадини комерцијалног сурогат материнства, истиче се да начињен избор занимања најчешће произилази из сиромаштва и из тежње за елементарном економском сигурношћу. Овакво становиште поткрепљује се подацима о распрострањености тзв. репродуктивног туризма у сиромашним државама попут Индије, Украјине и Грузије (Ризнић, 2020: 235–239). Осим тога, избор прибегавања сурогатству као „брзом начину за стицање зараде” тумачи се као „још једна манифестација дубоке и укорене

2 Међу државама које су својим правним порецима допустиле сурогацију јесу Украјина, Русија, Канада, Велика Британија, Грчка, као и поједине федералне јединице САД, попут Тексаса. Више о начинима регулисања сурогат материнства у породичноправним порецима ових држава видети у: Милошевић, 2021: 201–213.

родно засноване дискриминације, чији је један од елемената ограничење друштвених улога жене на улогу у одржавању људске репродукције” (Ekberg, 2014, наведено према: Sifris, 2015: 366–368).

Међу заговорницима забране сурогатства истиче се и Шејла Џефрис (Sheila Jeffreys), која указује на широку мрежу актера који ускраћују право на телесни интегритет сурогат мајки. Поред намераваних родитеља – наручилаца сурогат материнства, као виновници нарушавања телесног интегритета сурогат мајке наводе се и посредничке агенције за сурогатство, медицински радници, и други. Осим на значај телесног интегритета, Џефрис указује и на важност пуног интегритета личности сурогат мајке, наводећи примере тешких психолошких последица које сурогат мајке трпе услед нужне раздвојености од детета које рађају у оквиру процеса сурогације (Jeffreys, 2014, наведено према: Sifris, 2015: 367).

Насупрот тези о нарушавању телесног интегритета, а тиме и људског достојанства сурогат мајке, стоји теза о телесној аутономији као манифестацији слободног избора да се понуде услуге сурогације. Заговорници ове тезе, попут Јасмине Ергас (Yasmine Ergas), наглашавају тржишне законе који стоје иза споразума двеју страна – сурогат мајке и пара намераваних родитеља. Могућност уговорних страна да унапред регулишу услове сурогатства тумачи се као манифестација правне предвидивости и слободе избора сурогат мајке и намераваних родитеља. С тим у вези, право сурогат мајке да одлучује о свом телу и о пружању „телесних услуга” сагледава се као апсолутно право, као право које не би требало да трпи дерогације од стране државних власти (Ergas, 1999: 140).

Међу заговорницима сурогатства посебно се издвајају они који подвлаче значај алтруистичког сурогат материнства. У том смислу, аргументи о економској неједнакости жена као фактору који приморава на сурогат материнство посматрају се као недостатни и неодрживи, посебно имајући у виду експанзију добровољне сурогације. На овом трагу, Шармила Рудрапа (Sharmila Rudrappa) и Кетлин Колинс (Caitlyn Collins) истичу да се на терену показује да пука тежња за зарадом није у сржи сурогат материнства, те да фактор алтруизма ствара “win-win” ситуацију у односу сурогат мајке и намераваних родитеља. У прилог моралном оправдању сурогације, истичу статистичке податке којима се доказује да сурогат материнство не доноси значајне промене у економском статусу сурогат мајки пре и након предузимања овог чина. С тим у вези, закључују да је пуна легализација сурогат материнства ништа више до један од начина да сурогат мајке равноправно приступе тржишту рада, повећавајући притом укупну друштвену корист (Rudrappa and Collins, 2015: 956).

Неку врсту опрезнијег приступа у оправдању комерцијалног сурогат материнства заговара Алексис Вилијамс (Alexus Williams). Премда

не спори легализацију праксе, овај аутор излаже важне опаске у вези са квалитетом споразума о сурогацији. У том духу, Вилијамс на првом месту позива на обазривију регулацију оних одредаба споразума које се односе на вођење трудноће, на начин да се сурогат мајци обезбеди пуно уживање репродуктивних права и телесне аутономије. Такође, Вилијамс истиче улогу судова у *ex post* надзору недостатних споразума о сурогацији, предлажући својеврсни „тест равнотеже” који би интересе намераваних родитеља подредио примарном интересу очувања основних права сурогат мајке, и тиме спречио прекомерно задирање у приватност потоње (Williams, 2018: 228–230).

На сличан начин резонује и Стефан Вилкинсон (Stephen Wilkinson), који не пориче могућност експлоататорских пракси према сурогат мајци, али уместо потпуне забране сурогације као прагматичније решење радије промовише увођење сурогације у легалне токове. У том смислу, Вилкинсон наглашава да мере забране и криминализације сурогације могу изазвати ненамераване последице, уводећи сурогат мајке у још већу опасност од експлоатације на црном тржишту рада. Такође, овај аутор подсећа да срж прибегавања сурогацији лежи у социо-економским условима које карактерише неједнака редистрибуција могућности, добара и моћи појединаца. Стога праведнији друштвени миље наглашава као услов *par excellence* за постепено одустајање сурогат мајки од прибегавања сурогацији (Wilkinson, 2003: 186).

2.2. Намеравано родитељство и право на поштовање породичног живота

На претходно описане дебате о заштити основних права сурогат мајке наслањају се расправе о праву на поштовање породичног живота намераваних родитеља у контексту сурогатства. Међутим, овога пута предмет расправа није сам садржај, односно унутрашња суштина конкретног права, већ домаћаји истог у конкретним околностима. Тако специфичне околности сурогације налажу „самеравање” права на поштовање породичног живота у односу на достојанство сурогат мајке и, посебно, у односу на најбољи интерес детета. Последишно, делови доктрине споре се приликом тражења одговора на питање докле сеже право на породични живот, прописано међународним конвенцијама универзалног и регионалног (европског) карактера.³

³ Међу таквим инструментима су Универзална декларација о људским правима (1948), Конвенција Савета Европе о заштити људских права и основних слобода (1950), потом Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1976), усвојен у крилу Уједињених нација, те Повеља Европске уније о основним правима (2000).

Тако један део доктрине сматра да је право на поштовање породичног живота еволуирало до нивоа „најфундаменталнијег”, те да је пуна легализација сурогат материнства један од начина да се омогући или барем олакша уживање овог људског права.⁴ С друге стране, део доктрине рестриктивније тумачи домашаје права на поштовање породичног живота. Иза овог уздржанијег приступа неретко стоји и само језичко тумачење водећих инструмената у домену међународног права људских права, при чему се истиче да ни један од ових не прописује право на родитељство као саставни елемент права на поштовање породичног живота (Bromfield and Smith Rotabi, 2014: 129).

2.3. Права детета у контексту сурогат материнства

Носилац основних права у контексту сурогат материнства јесте и дете које се рађа под окриљем ове праксе. У односу на разне слојеве тумачења основних права намераваних родитеља и, посебно, сурогат мајке – заштита најбољег интереса детета у оквиру сурогат материнства не доводи се у питање, барем у теорији. У том смислу, Конвенција УН о правима детета из 1989. године (у даљем тексту: Конвенција УН) садржи опште одредбе, које су важан оквир у условима изостанка међународне конвенције или пакта који би на засебан начин регулисао положај и права деце рођене у условима сурогатства. Поред одредаба Конвенције УН којима се административним телима, социјалним службама, и законодавним и правосудним органима налаже старање о најбољем интересу детета у свим околностима (чл. 3) – у контексту сурогат материнства посебно су релевантне одредбе у вези са поштовањем идентитета детета, тј. правом на лично име, држављанство и родитељско старање (чл. 7 и 8), те одредбе о спречавању отмице, продаје и трговине децом (чл. 35).⁵

Међутим, потешкоће за несметано уживање права настају у пракси, и оне су нераскидиво повезане са транснационалним карактером комерцијалног сурогат материнства. У том смислу, у пракси су веома честе ситуације да се дете роди на територији државе у којој је сурогат

4 О значају и еволуцији репродуктивних права, тј. права на родитељство у контексту заштите породичног живота, видети: Stark, 2011: 377–380. О предлозима за унапређење услова за уживање родитељских права у контексту сурогатства, заснованим на тзв. инцидентој надлежности Суда правде у овој области, у два наврата, видети: Caracciolo di Torella and Foubert, 2015. О аргументима за уважавање сурогат материнства као легитимне методе асистираних репродукције, као и о потреби за законским регулисањем овог питања у оквиру правног поретка Републике Србије, видети у: Милошевић, 2021: 213–216.

5 Више о међународноправним инструментима и стандардима за заштиту права деце у условима сурогатства, видети у: Букановић и Ђуришић, 2021; Wade, 2017.

материнство допуштено, док су родитељи држављани државе која ову праксу изричито забрањује. Овакве околности „репродуктивног туризма” надасве прете да угрозе најфундаменталнија права деце која су предмет „примопредаје”, чинећи их потенцијалним објектима трговине људима (Ђукановић и Ђуришић, 2021).

Осим тога, готово редовно на удару су и права детета повезана са идентитетом, посебно право на држављанство, те право на остваривање правне везе са намераваним родитељима (Blauwhoff and Frohn, 2016: 231; Harland, 2017: 122–124; Ђукановић, 2018: 253). Тако је у условима сурогатства уобичајено да дете има једног или ниједног законски признатог родитеља, због чега је у старту доведено у неповољан положај у односу на децу рођену регуларним путем. Успостављање тзв. крњег родитељства (енг. *limping parentage*) или других модалитета односа са намераваним родитељима, попут старатељства – доводи у питање мноштво аспеката приватног и породичног живота детета које се рађа у условима сурогатства. Поред најфундаменталнијих питања, попут неге детета и приступа здравству и другим јавним услугама, на удару су и право на породичну пензију, али и шири сет наследних права. Напоследку, треба имати у виду да остваривање правне везе са намераваним родитељима утиче на свакодневни живот детета, пружајући претпоставке за бољу интегрисаност у ширу породицу и у друштвени контекст (Harland, 2017: 124).

Због природе права која се јављају као посебно угрожена, неколицина експерата залаже се за усаглашавање норми међународног приватног права, као корпуса који би могао послужити као својеврсни „коректив” у датим околностима (Blauwhoff and Frohn, 2016: 217–219; Дамњановић, 2020; Fenton-Glynn, 2014). Ипак, овакве иницијативе још увек нису материјализоване, што није изненађујући исход уколико се има у виду интензитет расправа о допуштености сурогат материнства, те немогућност постизања елементарног консензуса о питањима основних права која су ове расправе избациле на површину.

3. Новија пракса Европског суда за људска права: заштитна брана легализацији сурогат материнства?

Трагање за својеврсном „равнотежом интереса” између носилаца основних права у контексту сурогат материнства осликава се и у пољу јуриспруденције Европског суда. Два скорашња случаја потврђују да заштита најбољег интереса детета остаје примарна брига ЕСЉП у домену сурогат материнства.⁶ Са друге стране, нови случајеви отворили су – посредно или непосредно – друга важна питања која прате савремено

6 Више о укупном развоју овакве праксе ЕСЉП видети у: Ní Shúilleabháin, 2019.

сурогатство, у првом реду питање дискриминације намераване мајке по основу биолошких карактеристика, тј. немогућности зачећа.

3.1. *Случај А. М. против Норвешке*

Случај А. М. против Норвешке из 2022. године карактеристичан је по бројности, сложености и слојевитости испреплетених интереса. Осим питања у вези са заштитом најбољег интереса детета, која се показују као неизоставно поље процене у готово свим сличним случајевима, у овом конкретном случају покренула су се и посебна питања у вези са могућом дискриминацијом једног од намераваних родитеља, конкретно – намераване мајке, и то по више могућих основа, и у односу на велик број других актера посредно или непосредно укључених у читав процес сурогације.

Намеравана мајка, подносиатељка представке, и њен тадашњи партнер, као пар намераваних родитеља из Норвешке, закључили су споразум о сурогацији са сурогат мајком са територије Тексаса у САД. Приликом оплодње, искоришћен је репродуктивни материјал намераваног оца и анонимне донаторке јајне ћелије. У тренутку зачећа сурогат мајке, пар намераваних родитеља више није у партнерском односу, али заједнички одлучује да се сам поступак настави до краја. Административни органи Норвешке утврдили су да вршење родитељских права поседује искључиво биолошки отац, али не и намеравана мајка, будући да изостаје њена биолошка повезаност са дететом које је рођено у међувремену, те да није упутила захтев за усвојење детета. Након низа неуспелих покушаја споразума између некадашњих супружника о организовању старанга над новорођеним дететом, биолошки отац преузима дете код себе, прекинувши сваки контакт са некадашњом партнерком. У тренутку ове једностране одлуке о прекиду контакта, дете је имало 17 месеци. Све до тада дете је живело са намераваном мајком, уз готово свакодневно виђање са оцем.

Последично, намеравана мајка започиње борбу за признавање материнства, и, супсидијарно, усвојитељског права, али бива одбијена по основу оба захтева. На одбијене захтеве одговара тврдњом да домаће (норвешко) законодавство пропушта да се повинује обавезама које произилазе из Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) и Конвенције УН. На крају, истиче да је минимум који јој треба обезбедити у датој ситуацији – гарантовање права на контакт са дететом.⁷

Норвешки правосудни органи најпре су размотрили могућност правног признања родитељства намераване мајке. Том приликом, право на

⁷ *A.M. v. Norway*, app. 30254/18, 24/06/2022, § 30.

правно признато родитељство тумачило се искључиво у светлу најбољег интереса детета, а полазећи од тога да Норвешка не допушта сурогат материнство као такво. На овом трагу, надлежни судови заузели су став да је процес усвајања детета једини начин да намеравана мајка стекне законско право на родитељство у конкретном случају, подвлачећи да „нема директног трансфера родитељства” (од биолошке мајке ка намераваној мајци, прим. аут).⁸ Такође, констатовано је да је тражење претходног пристанка биолошког родитеља да намеравани родитељ усвоји дете није противно најбољем интересу детета, нити је проблематично у овој конкретној ситуацији, посебно имајући у виду да и сама Конвенција УН предвиђа овакав услов.⁹ Осим тога, истакнуто је да ни чињеница заједничког планирања родитељства није од значаја ако се има у виду да су намеравани родитељи прекинули партнерски однос пре рођења детета. Штавише, у аргументацији судова истиче се „примат биолошког материнства, без обзира на све посебне околности”, што је подстакнуто важећим (политичким) становиштем ресорног министарства о увођењу сурогат материнства у легалне токове.¹⁰

Премда није сасвим одбачена могућност одступања од позитивно-правних прописа у вези са вршењем родитељских права уколико се испостави да најбољи интерес детета налаже предност усвојитеља наспрам биолошког родитеља – закључено је да у овом конкретном случају нису испоштовани услови за такав исход. У том смислу, норвешки судови констатовали су да се чињенице овог случаја знатно разликују у односу на раније случајеве пред Европским судом, попут случаја *Менесон против Француске*, када је у крајњој инстанци утврђивано да „најбољи интерес детета претеже наспрам потпуне забране намераваних родитеља да врше родитељска права”.¹¹ Последично, утврђено је да у овом конкретном случају није дошло до дискриминације намераване мајке од стране норвешких административних тела. Сет негативних одлука норвешких правосудних органа заокружен је одбијањем захтева за остваривање права на контакт са дететом, који је намеравана мајка поднела независно. Одбијање овог захтева образложено је недостатком правне везе између намераване мајке и детета, те проценом да најбољи интерес детета не би био доведен у питање ако на снази остане забрана контакта.¹²

8 *A.M. v. Norway*, § 38.

9 *A.M. v. Norway*, § 39.

10 *A.M. v. Norway*, §§ 67, 69.

11 Видети случај: *Menneson v. France*, app. 65192/11, 26/06/2014.

12 *A.M. v. Norway*, §§ 86–90.

Када је случај коначно дошао на ред Европског суда, одлучивало се о евентуалном кршењу права на поштовање приватног и породичног живота (ЕКЉП, чл. 8), односно о кршењу начела забране дискриминације (ЕКЉП, чл. 14). Питање остваривања контакта са дететом није разматрано.

Као неку врсту прелиминарног полазишта, ЕСЉП је истакао да је у конкретном случају релевантнији аспект поштовања приватног живота, док је питање поштовања породичног живота „убичајено изван домена процене када се одлучује о правима намераваних родитеља у контексту сурогат материнства, али да то не значи да Европски суд неће придати дужну пажњу чињеници да је намеравана мајка остварила емотивну везу са дететом током периода старања о њему”.¹³

Приликом примене својеврсног „теста пропорционалности” у односу на мере које су предузели норвешки органи, резонување Европског суда заснивало се на одредбама ЕКЉП о критеријумима за одступање од гарантовања права на приватан и породичан живот (чл. 8, ст. 2). Тако је најпре цењен услов „законитости” и „легитимности” предузетих мера. У том смислу, истакнути су аспекти „заштите другог”, односно „забране криминалитета”, као појединачне манифестације примењеног критеријума. Позивајући се на ранију одлуку у случају *Парадизо и Кампанели против Италије*, Европски суд је закључио да је у конкретном случају услов испоштован, имајући у виду да државе имају „слободно поље процене када је у питању правно регулисање сурогат материнства, те друштвених односа који су деривати ове праксе”.¹⁴ На овом трагу, ЕСЉП је установио да – уз све уважавање неповољне позиције у коју је намеравану мајку довео некадашњи партнер – сама држава Норвешка није одговорна за постојеће исходе, посебно имајући у виду „етичке контроверзе” и позитивноправне прописе на снази.¹⁵ С тим у вези, потврђено је да се постојећа ограничења права на приватност могу сматрати „неопходним у демократском друштву”, те да, укупно узев, није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП.¹⁶

С друге стране, када је у питању процена евентуалне дискриминације намераване мајке у односу на биолошког оца, резонување ЕСЉП у великој мери је наслоњено на претходна образложења норвешког правосуђа. У том смислу, потврђено је да није дошло до повреде чл. 14 ЕКЉП.¹⁷

Посебан печат на случај дало је издвојено мишљење судије Иване Јелић. Именована је неслагање изразила поводом оба главна сегмента

¹³ *A.M. v. Norway*, § 110.

¹⁴ *A.M. v. Norway*, § 124.

¹⁵ *A.M. v. Norway*, §§ 133–134.

¹⁶ *A.M. v. Norway*, § 135.

¹⁷ *A.M. v. Norway*, § 147.

мериторне одлуке. Окарактерисавши резоновање Европског суда у овом случају као „чисто процесно”, госпођа Јелић истакла је другачији суд поводом примењеног теста пропорционалности.¹⁸ Осим тога, указала је на проблематичност отклона од сегмента заштите породичног живота у посматраном случају, посебно имајући у виду остварене *de facto* породичне везе између намераване мајке и детета. Самим тим, закључује да је обема странама у овом односу начињена несумњива штета.¹⁹

Осим конкретних примедаба на начин и дух резоновања већине судија у овом случају, издвојено мишљење судије Јелић посебно је значајно са становишта будућег обликовања права и политике у контексту сурогат материнства. У том смислу, она је подвукла важне теме у контексту могућих нивоа дискриминације намераване мајке, а водећи се притом чињеницама посматраног случаја.

Сматрајући да је у конкретном случају подносиатељка представке била дискриминисана по више основа – попут здравственог стања (немогућност зачећа) и брачног статуса, при чему је развод од намераваног оца искоришћен као контрааргумент судова у оспоравању „заједничког планирања родитељства” – судија Јелић указала је на значај примене доктрине „живог инструмента”, која ЕКЉП тумачи у светлу развојних кретања савременог друштва, и промена које су нужни део тог процеса.²⁰ С тим у вези, апострофирала је одлуке Европског суда о остваривању родитељских права хомосексуалаца под окриљем регистрованих партнерстава, оценивши исте као „потребне у савременом друштву”, те „довољно прогресивне” да задовоље захтеве цивилизацијских кретања у последње време.²¹

3.2. *Случај К. К. и други против Данске*

Попут претходно описаног случаја, и најскорији случај пред ЕСЉП у вези са сурогат материнством – случај К. К. и други против Данске из марта 2023. године – проблематизује заштиту најбољег интереса детета, уз посебан осврт на питање утврђивања правне везе са намераваном мајком. Услед другачијих околности случаја, овога пута није било директно покренуто питање дискриминације намераване мајке у односу на намераваног оца. Ипак, не може се отети утиску да оно, барем посредно, провејава целокупним случајем. Осим материјалних чињеница, у прилог томе сведочи и сам језик пресуде, будући да се намеравана мајка претежно

18 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 24.

19 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 30.

20 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 44–47, 50.

21 *A.M. v. Norway*, Dissenting Opinion of Judge Jelić, § 49.

ословљава као „супруга биолошког оца”.²² Такође, у односу на претходни случај, експлицитније се реферише на питање заштите достојанства сурогат мајки, као резултат чврстог интереса државе Данске у погледу забране сурогатства.

Процес сурогације овога пута одвио се на територији Украјине, током 2013. године. Новорођени близанци убрзо су пребачени у Данску, матичну државу намераваних родитеља. Слично као у претходном случају, вршење родитељских права омогућено је искључиво намераваном оцу, чији је генетски материјал био искоришћен у процесу оплодње. С друге стране, намеравана мајка није стекла овакву могућност, будући да се – према данском законодавству – мајчинство може признати искључиво особи која је родила дете. Последично, намераваној мајци омогућено је искључиво вршење заједничког старатељства над децом. У намери да оствари најчвршћу могућу правну везу са децом, подноси захтев за усвајање, који бива одбијен од стране административних органа Данске. Образлажући негативну одлуку, данске институције истичу да се пристанак сурогат мајке на усвајање не може сматрати слободним, имајући у виду новчану надокнаду коју је сурогат мајка примила од стране намераваних родитеља за сврху уступања родитељских права.²³

Овакву одлуку потврдили су правосудни органи Данске, на челу са врховним судом. Том приликом, врховни суд је спровео својеврсно двоетапно расуђивање – најпре је ценио усклађеност административних одлука са данским законодавством на снази, а потом и у светлу одредба ЕКЉП, односно права на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8.

Позивајући се на неке од кључних случајева пред ЕСЉП, као и на Саветодавно мишљење о правном признању родитељске везе између намераване мајке и детета рођеног у иностранству по основу споразума о гестацијском сурогатству²⁴ – врховни суд Данске нагласио је значај „индивидуалне процене” о томе да ли одбијање захтева за усвајање, као вид настојања да се заштити јавни интерес за забрану комерцијалног сурогат материнства, претеже спрам заштите приватног и породичног живота детета рођеног под окриљем ове праксе.²⁵ Тесном већином, одлучено је да у овом конкретном случају није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП, имајући у виду да су деца одмах по рођењу стекла данско држављанство, те да је

22 *K.K. and others v. Denmark*, app. 25212/21, 06/03/2023.

23 *K.K. and others v Denmark*, § 11.

24 *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-001, 10/04/2019.

25 *K.K. and others v Denmark*, § 14.

заједничко старатељство довољан основ да деца у будућности остварују право на наследство имовине намераване мајке.²⁶ Било како било, део судија није се сложио са оваквим резонам већине, нагласивши да се захтев поштовања најбољег интереса детета треба тумачити као „врховни” (енг. *paramount*), што би значило да су потребни снажни контрааргументи за евентуално одступање, иако су у питању околности сурогат материнства. С тим у вези, подвукли су да је у овом конкретном случају прекршен чл. 8 ЕКЉП, имајући у виду дуг период заједничког живота деце и намераване мајке, због чега би требало и правно осигурати равноправно вршење родитељских права.²⁷

На сличан начин резонаовао је и Европски суд, ценећи евентуалне повреде чл. 8 ЕКЉП у односу на подносиоце представке – намеравану мајку и децу која су објекат захтева за усвојење. Притом, важно је напоменути да је ЕСЉП – слично као у претходно размотреном случају – раздвојио аспекте приватног и породичног живота, заштићене предметним чланом ЕКЉП. С тим у вези, проценио је да је у погледу заштите породичног живота подносилаца представке постигнут одговарајућа „равнотежа интереса”, те да се у том сегменту не може говорити о евентуалном кршењу чл. 8 ЕКЉП.²⁸

Међутим, у погледу заштите приватног живота – исход није био исти у односу на све подносиоце представке. У том смислу, Европски суд заузео је становиште да је пропуштање државе Данске да својим законодавством обезбеди алтернативне механизме за вршење родитељских права намераване мајке створило „негативне последице” по поштовање приватног живота деце, посебно услед недостатка правне сигурности у вези са њиховим идентитетом унутар друштва.²⁹ Осим тога, истакнуто је да заједничко старатељство није довољан основ ни у домену наследних права, те да су подносиоци представке у неповољном положају у односу на другу децу у Данској.³⁰ Последично, Европски суд је закључио да надлежне институције Данске нису обезбедиле одговарајућу равнотежу између „специфичног” интереса подносилаца представке за правно признање родитељства намераване мајке, са једне стране, и „општег и апстрактног” интереса за забрану комерцијалног сурогат материнства, на другој страни, прекршивши тако чл. 8 ЕКЉП у погледу поштовања приватног живота деце у питању.³¹ Истовремено, ЕСЉП је закључио да у погледу поштовања

26 *K.K. and others v Denmark*, § 16.

27 *K.K. and others v Denmark*, § 18.

28 *K.K. and others v Denmark*, § 51.

29 *K.K. and others v Denmark*, § 72.

30 *K.K. and others v Denmark*, § 73.

31 *K.K. and others v Denmark*, § 77.

приватног живота намераване мајке захтеви јавне безбедности, садржани у забрани сурогатства, претежу у односу на остваривање личног развоја намераване мајке, оличеног у признању родитељских права и одговорности. Последично, процењено је да у овом сегменту није дошло до кршења чл. 8 ЕКЉП.³²

Иза оваквих коначних одлука стоје разни слојеви спорења унутар седмочланог судијског већа. То потврђује заједничко издвојено мишљење, којим је троје судија истакло жаљење због „прекомерног задирања” Европског суда у поље слободне процене Данске у контексту сурогат материнства.³³ У том смислу, указали су да је тумачење заштите најбољег интереса детета као „врховног” принципа, недовољно образложено у постојећим околностима, те да је прикладније да се најбољи интерес детета третира као „примаран” (енг. *a primary consideration*).³⁴ С тим у вези, истакли су неслагање са оценом већине о угрожавању најбољег интереса детета услед одбијања захтева намераване мајке за усвојење. Додатно, закључили су да су данске институције гарантовањем заједничког старатељства обезбедиле „брзо и ефикасно” реаговање у правцу заштите најбољег интереса детета, у складу са поменутиим саветодавним мишљењем ЕСЉП.³⁵

4. Закључак

Неслагање судије Јелић „између редова” указује на одређене тенденције Европског суда у правцу посредног и суптилног легитимисања забране праксе сурогат материнства. Иако нема простора експлицитној подршци одређеном моделу регулације сурогатства, слово и дух анализираних пресуда подупиру утисак да ЕСЉП – у оквиру сопственог домена надлежности – прилично упорно поставља „заштитну брану” евентуалном дубљем и „прогресивнијем” тумачењу домашаја основних права лица која директно учествују у процесу сурогатства. У том смислу, константа остаје самеравање националних мера спрам питања заштите најбољег интереса детета. С тим у вези, иако два размотрена случаја доносе различите исходе у погледу процене кршења чл. 8 ЕКЉП – сам начин резоновања Европског суда остаје прилично доследан и предвидив. Такав утисак није пољуљало ни заједничко издвојено мишљење у другом

32 *K.K. and others v Denmark*, § 55.

33 *K.K. and others v Denmark*, § 87.

34 Образлажући овакво становиште, троје судија је посебно указало на формулације садржане у релевантним инструментима међународног права, попут Конвенције УН и Повеље ЕУ о основним правима. Видети: *K.K. and others v Denmark*, § 93.

35 *K.K. and others v Denmark*, § 104.

случају, будући да су у питању само нијансе исте медаље – тумачења околности у светлу заштите права детета.

Међутим, упркос конзистентној и суштински уједначеној пракси ЕСЉП, анализирани случајеви бацили су светло на нова важна питања која се отварају у условима комерцијалног сурогатства. У том смислу, посебно је интригантна питање дискриминације намераване мајке у односу на намераваног оца. Чини се да је Европски суд пропустио прилику да се у новијој пракси дубље позабави овим сегментом анализе, посебно ако се има у виду да је у првом случају такво питање директно покренуто. Било како било, готово је извесно да ће се у блиској будућности ЕСЉП суочавати и са овим, али и са другим важним питањима у вези са потенцијалним жариштима дискриминације у условима савременог сурогатства.

Читање судске праксе између редова посебно је важно ако се вратимо на сам почетак, на теоријске расправе о садржају и домашају основних права у контексту сурогат материнства – расправе које су лице и наличје неуједначених политичких ставова о регулисању ове праксе. Уз сва отворена питања и предстојеће (политичке и међународноправне) правце развоја, једино нема сумње да су последице сурогат материнства по уживање основних права у пракси несагледиво веће и озбиљније него што је било каква теоријска расправа могла да предвиди и да опише. Управо зато, ове последице траже брзо реаговање, како на нивоу националних држава, тако и на нивоу међународне заједнице. До таквог реаговања, засигурно, остаће вапај деце препуштене вртлозима сурогат материнства.

Литература/References

Blauwhoff, R. & Frohn, L. (2016). International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child and as a Concern of Both Human Rights and Private International Law. In: Christophe Paulussen et. al (Eds.), *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives* (pp. 211–241).

Bromfield, N. F. and Smith Rotabi, K. (2014). Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations. *Global Social Welfare*. 1. 123–135.

Caracciolo di Torella, E. and Foubert, P. (2015). Surrogacy, pregnancy, and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU. University of Leicester School of Law Research Paper No 15–20.

Дамјановић, Д. (2020). Сурогатство – нови изазов за међународно приватно право. У Д. Ђеранић (Ур.), *Зборник радова „Право, традиција и промјене“* (стр. 261–286). Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Dillaway, H. E. (2008). Mothers for Others: A Race, Class, and Gender Analysis of Surrogacy. *International Journal of Sociology of the Family*. 34(2). 301–326.

Букановић, А. (2018). Питање сурогат материнства у пракси Суда правде Европске уније. *Европско законодавство*. Год. XVII, бр. 64. 251–264.

Букановић, А. и Ђуришић, Ј. (2021). Комерцијално сурогатство, репродуктивни туризам и трговина малолетним лицима ради усвојења. *Studia iuridica montenegrina*. (2). 83–100.

Ekberg, M. E. (2014). Ethical, legal and social issues to consider when designing a surrogacy law. *Journal of Law and Medicine*. 21(3). 728–738.

Ergas, Y. (2013). Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy. *Emory International Law Review*, 27(1). 117–188.

Fenton-Glynn, C. (2014). Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy. *Journal of Private International Law*. 10(1). 157–169.

Harland, A. (2017). Surrogacy, Identity, Parentage and Children's Rights – Through the Eyes of a Child. *Family Court Review*. 59(1). 121–130.

Jeffreys, S. (2014, August 11). Reject Commercial Surrogacy as Another form of Human Trafficking, Retrieved 1, November 2023, from <https://the-conversation.com/reject-commercial-surrogacy-as-another-form-of-human-trafficking-30314>.

McEwen, A. G. (1999). So You're Having Another Women's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 32(1). 271–304.

Милинковић, И. (2020). Комерцијално сурогат материнство и проблем комодификације (етичке дилеме и могућност проналажења правног одговора). *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*. 86. 91–109.

Милошевић, М. С. (2021). *Материјални и процесни услови за заснивање односа родитеља и детета у савременом породичном праву*. Докторска дисертација. Универзитет у Нишу.

Ní Shúilleabháin, M. (2019). Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and The Family*. 33(1). 104–122.

Рајић Ђалић, Ј. (2023). Импликације сурогат материнства у радном праву. У М. Орлић (Прир.), *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа* (стр. 549–562). Београд: Удружење правника Србије.

Ризнић, Ј. (2020). Феминистичка разумевања сурогат материнства. *Антропологија*. 20(2). 233–248.

Rudrappa, C. & Collins, C. (2015). Altruistic Agencies and Compassionate Consumers: Moral Framing of Transnational Surrogacy. *Gender & Society*. 29(6). 937–959.

Sifris, R. (2015). Commercial Surrogacy and Human Right to Autonomy. *Journal of Law and Medicine*. 23(1). 365–377.

Stark, B. (2011). Transnational Surrogacy and International Human Rights Law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. 18(2). 369–386.

Vayena, E., Rowe, P. J., Griffin, D. P. (2002). Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction. Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland (17–21 September, 2001). Available at: <https://www.who.int/publications/i/item/9241590300>.

Wade, K. (2017). The regulation of surrogacy: a children’s rights perspective. *Child Fam Law Q*. 29(2). 113–131.

Wilkinson, S. (2003). The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy. *Bioethics*. 17(2). 169–187.

Williams, A. (2018). State Regulatory Efforts in Protecting a Surrogate’s Bodily Autonomy. *Seton Hall Law Review*. 49. 205–231.

Winddance Twine, F. (2015). *Outsourcing the Womb: Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*. Second Edition. Routledge.

Судска пракса:

Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request no. P16-2018-001, 10/04/2019.

A.M. v. Norway, app. 30254/18, 24/06/2022.

K.K. and others v. Denmark, app. 25212/21, 06/03/2023.

Menneson v. France, app. 65192/11, 26/06/2014.

Paradiso and Campanelli v. Italy, app. 25358/12, 27/01/2015.

Marina Radovanović,
*Junior Researcher,
Intitute of International Politics and Economics Belgrade,
Republic of Serbia*

**PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE
CONTEXT OF SURROGACY: A review of the recent
case law of the European Court of Human Rights**

Summary

Surrogate motherhood is one of the most ethically sensitive phenomena today. Different views on the nature, purpose and consequences of surrogate motherhood lead to different approaches regarding political and legal regulation of surrogacy at the state level. As a result, couples who opt for this type of assisted parenting are often forced to carry out the entire procedure outside the territory of their home country. Thus, surrogacy takes on the characteristics of a transnational phenomenon, creating a complex ground for the protection of human rights, primarily the rights of children who are born in the circumstances of surrogate motherhood. Consequently, national courts are forced to weigh between the prohibition of surrogacy and the protection of public safety, on the one hand, and the protection of the best interests of the child, on the other. However, the circle does not close in the field of national jurisdictions. Thus, the agenda of the European Court of Human Rights increasingly includes delicate applications related to the protection of private and family life in light of surrogate motherhood. This research focuses on two recent cases, which provide a framework for understanding a kind of continuity in the reasoning of the European Court of Human Rights in this domain, but also for identifying new focal issues that will inevitably accompany the modalities of contemporary transnational surrogacy.

Keywords: *fundamental rights, European Court of Human Rights, surrogate motherhood, respect for private and family life, best interest of the child, human dignity, non-discrimination.*