

PRAVNA REGULACIJA INSTITUTA SUROGAT MAJČINSTVA: PRAVA SUROGAT MAJKE U SITUACIJAMA VANREDNIH STANJA

Sažetak: Modernizacijom društva i procesom globalizacije, pojavili su se i novi izazovi sa kojima se porodica i porodični odnosi susreću, ali s tim paralelno i problem regulacije tih novina. Pa tako, jedno od najkontroverznijih pitanja povezanih sa porodicom jeste proširenje porodice putem instituta surogat majčinstva. Fokus rada je usmjeren ka problematiziranju, istraživanju i obradi sljedećih aktuelnih pitanja u vezi sa institutom surogat majčinstva za vrijeme oružanog sukoba u Ukrajini; kako je regulisan institut surogat majčinstva u Ukrajini i svijetu, da li surogat majka ima određena roditeljska prava prema djetetu, da li uživa cijeli opus roditeljskih prava, ko postaje staratelj djeteta u tom slučaju, koji je pravni status djeteta, a koji surogat majke, šta u slučaju da strana država dodijeli starateljstvo surogat majci ukoliko se ona pri rođenju djeteta zadesi u toj državi – da li to predstavlja međunarodnu otmicu djeteta shodno Haškoj konvenciji iz 1980. godine.

Ključne riječi: surogat majčinstvo, pravna regulacija, međunarodna otmica djeteta, Ukrajina, Haška konvencija 1980

1. Uvod

Porodica, kao i druge sfere čovjekovog života, podvrgnuta je zakonskom uređenju. Različite implikacije koje se javljaju kao produkt zasnivanja, proširenja ili prestanka porodice i porodičnih odnosa nužno je pravno urediti zbog prava i obaveza koji proizilaze iz takvih odnosa. Prilikom uređivanja porodičnih odnosa, zakonodavac je morao biti posebno oprezan kako bi porodicu i pravne odnose koji uz nju nastaju što bolje i praktičnije uredio.

Modernizacijom društva i pojavili su se i novi izazovi, kao i promjene u tradicionalom načinu proširivanja porodice. Pa tako, jedno od najkontroverznijih pitanja povezanih sa porodicom jeste proširenje porodice putem instituta surogat majčinstva.

Surogatmajčinstvo se smatra jednim od najkontroverznijih metoda potpomognute oplodnje i načina zasnivanja porodice koji je u određenim zakonodavstvima u potpunosti zabranjen, dok je u drugim decidno regulisan i prihvaćen.

Obzirom na različite globalne, manje ili veće, katastrofe koje su zadesile svijet posljednjih nekoliko godina, krenuvši od pandemije COVID-a 19, pa do oružanih sukoba na tlu Europe, tako je i institut surogat majčinstva naišao na mnogobrojne izazove i pravne dileme.

Pored problema pravne regulacije, fokus rada će se biti na pravnom statusu, pravima i obavezama surogat majke i partnera – roditelja u slučaju prinudnog

razdvajanja na duži ili neizvjesan vremenski period surogat majke i partnera – roditelja, u toku trudnoće i nakon poroda.

U radu će se posebno razmatrati sljedeća tri problemska pitanja: problem međunarodno-pravne neujednačenosti instituta surogat majčinstva, mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, te problem nedostatka prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba.

U zaključnim razmatranjima, autorica će ponuditi i praktična rješenja za apostrofirana otvorena pitanja u vezi sa aktualiziranim pitanjima surogat majčinstva.

2. Institut surogat majčinstva

2.1. Primjena surogat majčinstva

Neploidnost među bračnim parovima koji žele proširenje porodice predstavlja veliki problem. U takvim slučajevima, partneri se obično odlučuju za potpomognutu oplodnju. Modernizacijom nauke, i pojavom novih reproduktivnih tehnologija, bračni partneri sada imaju prednost izbora između brojnih opcija, uključujući umjetnu oplodnju, in vitro oplodnju, te surogat majčinstvo. Međutim, surogat majčinstvo je na meti osuda i predstavlja kontroverznu temu. Također, ovdje je neophodno napomenuti da surogat majčinstvo odabiru ne samo žene koje nisu u mogućnosti da prirodnim putem rode dijete iz medicinskih razloga, nego i žene koje odaberu da ne prolaze proces trudnoće iz različitih razloga. Surogat majčinstvo bilo je gotovo nepoznato prije 1978. godine.¹ Mnogi etički, društveni i pravni problemi uključeni u pojavu i proces surogat majčinstva stvaraju labirint pitanja podobnih za proučavanje - značenje roditeljstva, valjanost ugovora, komercijalizacija trudnoće, zakonska regulacija i sl. Upravo zato što su u institut surogat majčinstva, evidentno, uključena najvažnija pravna pitanja za postojanje instituta, a to je zakonska legalizacija i regulacija, razvili su se mnogi različiti pristupi u razmatranju zakonitosti surogat majčinstva. Stoga su različite analize surogat majčinstva, iako se bave istom temom, često analitički potpuno nepovezane. Proučavanje surogat majčinstva stoga dovodi do nedosljednosti i zabune. U uporednom zakonodavstvu institut surogat majčinstva ima različite načine pravne regulacije, a u pojedinim slučajevima i nedovoljno dobro regulisane, a o čemu će u radu pod tačnom 3. biti više riječi. U tom kontekstu, a kada govorimo o pravnoj teoriji, primjetna su različita poimanja surogat majčinstva. Tako, potpuno su drugačija poimanja ovog instituta iz ugla ugovornog prava koje se bavi ugovorom surogat majke i roditelja, i međunarodnog privatnog prava koje se bavi pitanjem prekograničnog elementa surogat majčinstva.

¹ Laura Peritore, „*Special Issue on Surrogacy*“, Family Law Quarterly, izdanje 22, broj 2, 1988., str. 213-224

2.2. Pojam i definicija surogat majčinstva

Surogat majčinstvo je važna metoda potpomognute oplodnje za žene koje ne mogu ili ne žele roditi dijete na tradicionalni način.² Surogat majčinstvo definira se kao majčinstvo po dogovoru, često podržano pravnim sporazumom, odnosno potpisivanjem ugovora, prema kojem žena - surogat majka, pristaje roditi dijete za roditelje djeteta. Surogat majka se naposljetku odriče svih roditeljskih prava nad djetetom nakon rođenja.³

Riječ surogat potiče od latinske riječi *surrogatus*, što znači zamjena, odnosno osoba imenovana da djeluje umjesto drugoga. Stoga je surogat majka žena koja nosi dijete u ime druge žene, bilo iz vlastite jajne ćelije ili iz implantacije u njezinu maternicu oplođenog jajašca druge žene.⁴

U nastavku će, radi uporedne analize definisanja pojma, biti prikazane različite definicije instituta surogat majčinstva.

Enciklopedija *Britannica* definiše surogat majčinstvo kao razvijenu praksu gdje žena rađa dijete za bračni par koji nije u stanju roditi dijete na uobičajeni način.

Povjerenstvo za reformu zakona Novog Južnog Walesa, (engl. *The New South Wales Law Reform Commission*) također je definisalo surogat majčinstvo kao dogovor prema kojem žena pristaje da zatrudni i rodi dijete za drugu osobu ili osobe kojima će prenijeti skrbništvo nad djetetom pri ili ubrzo nakon rođenja djeteta.⁵

Izvještaj Warnockove komisije (engl. *Warnock Commission Report*) definiše surogat majčinstvo kao praksu pri kojoj jedna žena nosi dijete za drugu s namjerom da se dijete preda nakon rođenja.⁶

Još jednu standardnu definiciju surogat majčinstva nudi *American Law Reports*, koji definiše surogat majčinstvo kao ugovornu obvezu prema kojoj surogat majka, uz naknadu, pristaje začeti dijete umjetnom oplodnjom spermom prirodnog ili biološkog oca, nositi ga i predati prirodnom ili biološkom ocu, te prekinuti sva svoja roditeljska prava nakon rođenja djeteta.

Posljednje navedena definicija je najmanje prihvaćena, te je uvriježeno mišljenje da je u potenciranju uloge oca u procesu surogat majčinstva diskriminatorna prema majci djeteta. Iz tog razloga, ova definicija se ne koristi često.

2 Vidi: Kathryn Venturatos Lorio, „*Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation*“ Louisiana Law Review, broj 164., 1984.

3 Lisa L. Behm, „*Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States*“, DePaul University, izdanje 2, broj 3, 2005., 557.

4 Christine L. Kerian, „*Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or Commodification of Women's Bodies and Children?*“ Wisconsin Women's Law Journal, broj 113, 1997., 115.

5 Vidi: New South Wales Law Reform Commission, „*Artificial Conception - Discussion Paper 3: Surrogate Motherhood*“ Sydney, 1988.

6 Vidi: „*The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*“, United Kingdom, 1984., para 8.1., dostupno na <<https://www.ethicshare.org/node/751750>>, posjećeno 01.09.2022.

3. Pravna regulacija instituta surogat majčinstva

Kako je već naprijed navedeno, surogat majčinstvo je vrlo kontroverzan institut, te je njegova prihvaćenost i pravna regulacija od države do države različita. Tako postoje države u kojima je ovaj institut u potpunosti zabranjen, npr. Francuska, Italija, Švedska, Njemačka. U drugim državama surogat majčinstvo nije regulisano izravno ali ga je moguće posredno zabraniti, a to su Argentina, Belgija, Hrvatska, Češka i sl. Države u kojima je surogat majčinstvo eksplicitno dopušteno i regulisano su Izrael, Grčka, Ujedinjeno Kraljevstvo. Države sa izrazito liberalnim stavom o institutu surogat majčinstva su Ukrajina, Rusija, Gruzija, Tajland, Indija.

U Bosni i Hercegovini kao složenoj državi, surogat majčinstvo je u Federaciji BiH i Republici Srpskoj izričito zabranjeno,⁷ dok u Distriktu Brčko BiH nije pravno regulisano.

Rasprava koju je potaknulo surogat majčinstvo, i razna pravna pitanja koja je ono pokrenulo, dovela je do mišljenja da bi trebala postojati neka univerzalna politika ili smjernice za njegovu kontrolu i regulaciju. Međutim, ne postoji konsenzus mišljenja među zemljama svijeta u pogledu pravnih mjera koje treba usvojiti za kontrolu i regulaciju surogat majčinstva. Različite zemlje usvojile su različite smjernice i zakone u skladu sa svojim društvenim, ekonomskim, kulturnim i vjerskim potrebama i pravnim zahtjevima.⁸

Upravo pravni sporovi, koji su se pojavili zbog prakse surogat majčinstva u zemljama širom svijeta, doveli su do donošenja zakona i propisa kojima se odobrava, zabranjuje, reguliše surogat majčinstvo.

4. Uporedno – pravna analiza instituta surogat majčinstva

4.1. Pravna regulacija surogat majčinstva u Izraelu

Zakon o ugovorima o surogatnom majčinstvu iz 1996. donesen je u Izraelu na temelju preporuka koje je dala Komisija Aloni.⁹ Stoga je Izrael pionir u regulaciji i omogućavanju komercijalnih ugovora o surogat majčinstvu. Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu dopušta samo gestacijska surogat rješenja, čime se implicitno zabranjuje tradicionalno surogat majčinstvo.

Nadalje, Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu ne daje nikakav pravni status surogat majci nakon rođenja djeteta. Zakonsko se roditeljstvo gotovo odmah delegira na namjeravane roditelje. Zakon o ugovorima o surogat majčinstvu navodi da će dijete od svog rođenja biti pod starateljstvom namjeravanih roditelja, a oni će prema njemu snositi sve odgovornosti i obaveze roditelja prema svom djetetu. Predaja

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

8 Susan Markens, „*Surrogate Motherhood*“, University of California, California, 2007., 28-29.

9 Israel Ministry of Justice, „*Report of The Public-Professional Commission in The Matter of In Vitro Fertilization*“, 1994.

djeteta od strane surogat majke na brigu roditeljima mora biti u prisustvu službenika socijalnog rada i mora se izvršiti što je prije moguće nakon rođenja djeteta. U roku od sedam dana od rođenja djeteta, namjeravani roditelji moraju podnijeti zahtjev za roditeljski nalog.

Rješenje o starateljstvu, sud automatski izdaje namjeravanim roditeljima, osim ako, nakon što je primio izvještaj službenika socijalnog rada, sud utvrdi da bi to ugrozilo dobrobit djeteta. Predviđeni roditelji su „zadani” roditelji i ukoliko nema nekih vanrednih okolnosti, dobit će starateljstvo nad djetetom po njegovom rođenju i puna prava roditeljstva ubrzo nakon toga.¹⁰

4.2. Pravna regulacija surogat majčinstva u Ujedinjenom Kraljevstvu

U Ujedinjenom Kraljevstvu institut surogat majčinstva je regulisan u Zakonu o surogat majčinstvu iz 1985.godine (engl. The Surrogacy Arrangements Act).¹¹ i Zakonu o ljudskoj oplodnji i embriologiji iz 1990.godine (engl. The Human Fertilisation and Embryology Act).¹² Zakon o surogat majčinstvu primjenjuje se na ugovore o surogat majčinstvu bez obzira jesu li zakoniti i jesu li provedivi ili ne. Zakon definiše surogat majku kao ženu koja nosi dijete prema dogovoru koji je sklopljen prije nego što je zatrudnjela, a to je uređenje napravljeno s ciljem da se dijete preda drugoj osobi ili osobama koje će, u mjeri u kojoj je to izvedivo, vršiti starateljstvo.¹³ U dijelu 2.1. Zakona, nalaze se odredbe koje definišu plaćanje ugovorom definisane usluge surogat majčinstva. Navodi se da nijedna osoba neće na komercijalnoj osnovi inicirati niti sudjelovati u bilo kakvim pregovorima s ciljem sklapanja dogovora o surogat majčinstvu. Osoba čini radnju na komercijalnoj osnovi ako je bilo kakva uplata već primljena ili će biti naknadno primljena. Ova odredba, odnosno zabrana, se ne odnosi se na potencijalno surogat majku ili planirane roditelje. Analizom Zakona, dolazi se do zaključka da ovakve zabranjujuće odredbe komercijalizacije surogat majčinstva štite masovno pregovaranje, nagovaranje i navođenje osoba na institut surogat majčinstva od strane trećih osoba, a radi pribavljanja imovinske koristi za sebe ili nekog drugoga. Zakon ovakvo shvatanje dodatno potvrđuje navodeći da plaćanje ne uključuje plaćanje surogat majci ili budućoj surogat majci ili u korist surogat majke.¹⁴ Iako Zakon ne navodi izričito kakva se vrsta plaćanja može i treba izvršiti surogat majci ili budućoj surogat majci, postoje određeni propisi, budući da će svaka novčana naknada koju ona primi biti predmetom procjene kada se zatraže roditeljski ili usvojiteljski nalog.¹⁵

4.3. Pravna regulacija surogat majčinstva na Novom Zelandu

Novi Zeland je 2004. godine donio zakone u području surogat majčinstva, odnosno Zakon o ljudskoj potpomognutoj oplodnji (engl. Human Assisted

10 Pamela Laufer-Ukeles, „*Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis*“, Duke Journal of Gender Law and Policy, 2002., 98.

11 Vidi: The Surrogacy Arrangements Act, 1985 (UK) S. 1(9)

12 Vidi: The Human Fertilisation and Embryology Act, 1990 (UK)

13 The Surrogacy Arrangements Act, čl. 1(A)

14 Ibid. 2.2., 2.3.

15 Vidi: The Human Fertilisation and Embryology Act, S.30.

Reproductive Technology Act). Prije 2004. nije bilo propisa koji su regulisali surogat majčinstvo. Međutim, klinike su zabranile surogat majčinstvo jer je etički komitet odbio odobriti praksu IVF surogat majčinstva koja uključuje altruistički prijenos embrija rođaku ili prijatelju. Odbor ministara je u svom izvješću iz 1994. kritikovao ovu odluku, i smatrao je ograničavajućom.¹⁶ To je dovelo do promjene politike etičkog komiteta i napokon je deset godina kasnije Parlament donio zakon koji dopušta surogat majčinstvo.

Odjeljak 14. Zakona iz 2004. godine propisuje da „dogovor o surogat majčinstvu nije sam po sebi nezakonit”, te navodi da nije ni provediv. U ovom Zakonu, sporazum o surogat majčinstvu je onaj u kojem žena pristaje zatrudnjeti u svrhu prepuštanja skrbništva nad djetetom rođenim kao rezultat trudnoće.¹⁷ Ova definicija nije ograničena na surogat majčinstvo korištenjem potpomognutih sredstava, već također uključuje aranžmane koji se oslanjaju na prirodni odnos i vjerojatno uključuje maorsku praksu gdje postoji mogućnost da će dijete biti predano drugom članu porodice, a ne ugovaračima surogat majčinstva. Ovakvo stajalište i odredba postaje još konfuznije kada Zakon dalje u svojim odredbama propisuje da niko, uključujući surogat majku, bračnog para - roditelja i posrednika koji dogovara surogat majčinstvo, ne smije dati ili primiti vrijednu naknadu. Zakon izričito propisuje da razumni i nužni izdaci za stručne usluge, uključujući pravne savjete, nisu obuhvaćeni zabranom naknade.

4.4. Pravna regulacija surogat majčinstva u Kanadi

U Kanadi je 2004. godine usvojen Zakon o potpomognutoj oplodnji. Međutim, ne reguliše izričito ko može ili ne smije sklopiti ugovor o surogat majčinstvu. Njime se zabranjuje plaćanje naknade ženi da bude surogat majka.¹⁸ To je u skladu s načelom iznesenim u odjeljku 2(f) da trgovina reproduktivnim sposobnostima žena i iskorištavanje žena u komercijalne svrhe izaziva zdravstvene i etičke probleme koji opravdavaju njihovu zabranu. Osim toga, Zakon zabranjuje plaćanje drugoj osobi za ugovaranje usluga surogat majke.¹⁹ Surogat majci se mogu nadoknaditi troškovi koji su nastali u vezi s njezinim surogat majčinstvom ako se priloži račun. Također, surogat majka može dobiti naknadu za gubitak prihoda povezan s radom tokom trudnoće, pod uslovom da su ispunjeni određen uslovi. Kažnjivo je djelo savjetovati ili navesti ženu za koju se vjeruje da ima manje od 21 godine da postane surogat majka ili izvršiti bilo kakav medicinski postupak kako bi se takvoj osobi pomoglo da postane surogat majka.²⁰

4.5. Pravna regulacija surogat majčinstva u Ukrajini

U ovom dijelu, kratko će biti predstavljen stav Ukrajine i njenog zakonodavstva naspram institutu surogat majčinstva, dok će u dijelu 5. surogat majčinstvo u Ukrajini

16 Vidi: Department of Justice, „Assisted Human Reproduction Navigating Our Future Report of the Ministerial Committee on Assisted Reproductive Technologies“, Wellington, 1994., 112-114.

17 Vidi: The Human Assisted Reproductive Technology Act, 2004, S. 5.

18 Vidi: The Assisted Human Reproduction Act, 2004., S. 6(1)

19 Ibid., 6(2).

20 Ibid., 6(4)

– području zahvaćenom međunarodnim oružanim sukobom, biti predmetom posebne i detaljne analize.

Surogat majčinstvo je postalo vrlo zastupljeno u Ukrajini, a zemlja se pretvorila u jedno od glavnih svjetskih središta surogat majčinstva. Prema službenim podacima u Informativnom i statističkom priručniku o potpomognutim reproduktivnim tehnologijama u Ukrajini koji je izdao Centar za medicinsku statistiku Ministarstva zdravstva Ukrajine, u zemlji je 2018. bilo 40 ART klinika.²¹ Pojedini Ukrajinski pravni teoretičari²² navode da je Ukrajina najliberalnija platforma za surogat majčinstvo jer dopušta plaćene usluge rađanja, koje su zakonom dopuštene.

5. Potreba za uniformnom regulacijom instituta surogat majčinstva

Iako se o sporovima u vezi surogatstva ne piše mnogo, analizom dostupnih slučajeva, dolazi se do zaključka da se pristupi koje koriste sudovi pri odlučivanju u ovim sporovima razlikuju od slučaja do slučaja. Na primjer, u predmetu *In Re Baby M*,²³ Vrhovni sud u New Jersey-ju smatrao je da su ugovori o surogat majčinstvu ništavni i protivni javnoj politici i moralu jer su u suprotnosti sa zakonom koji zabranjuje komercijalizaciju djece, kao što je i davanje novca za posvajanje djeteta. Nasuprot toga, 1986. godine Vrhovni sud u Kentucky-ju utvrdio je da plaćeno surogat majčinstvo ne krši Zakon države Kentucky koji zabranjuje prodaju beba.²⁴

Razlog za ove različitosti je taj što su sudovi prisiljeni smjestiti pitanja surogat majčinstva u već postojeće okvire i zakone koji se ne bave na odgovarajući način problemskim pitanjima. Prema zadanim postavkama, institut surogat majčinstva se preslikava na pravni sistem koji nije prilagođen i usklađen sa novim izazovima i modernizacijom društva i naučnih polja, pa tako i medicine. Pravna neusklađenost stavova različitih sudova stvara nekoherentnost koja nadalje navodi na scenarij pogoršanja situacije i nerazumijevanja, kako se ad hoc pristupi budu gomilali. Umjetni oblici reprodukcije dovode u pitanje sam pojam porodice u javnosti, ali sudovi ne mogu, i ne smiju, kao ni donosioci zakona da izbjegavaju problematiziranje i regulisanje ovako osjetljivih pitanja koja se neminovno moraju urediti shodno modernizaciji društva. Ujednačavanje zakonodavstava sudovima bi pružilo prikladniji okvir za analizu izravnim rješavanjem problema, kao i pitanja koja su jedinstvena za sva pravna pitanja koja se javljaju u vezi sa surogat majčinstvom, umjesto pokušaja stavljanja ovog instituta u već postojeće, neodgovarajuće i nedovoljno detaljne pravne norme i okvire.

U kontekstu svega naprijed navedenog, kao i pravnih pitanja koja se javljaju u vezi sa praktičnom upotrebom surogat majčinstva, u nastavku rada bit će analiziran

21 V.M. Zabolotko, Report, Center for Medical Statistics of the Ministry of Health of Ukraine, Kyiv, 2019., 24.

22 O.L. Kuchma, L.M., *Surrogate motherhood as a way of implementing the demographic function of social security law*, Comparative Analytical Law, 2019; 3: 108-111.

23 *In re Baby M*, 537 A.2d1227, 109 N.J. 396, od 02.03.1988.godine

24 *Surrogate Parenting v. Commonwealth ex. rel. Armstrong*, 704 S.W.2d 209, od 1986.

stepen regulisanosti instituta surogat majčinstva u izvanrednim situacijama kao što su oružani sukobi. Kroz pomenuti analizu, pokušat će se dati odgovor na pitanja koliko je pravno sigurno surogat majčinstvo, da li postoje praktična rješenja za izvanredne situacije u kojima se nađu sudionici surogat majčinstva, a sve sa posebnim akcentom na surogat majčinstvo u Ukrajini koja je već mjesecima područje zahvaćeno međunarodnim oružanim sukobom.

6. Analiza zakonske regulacije instituta surogat majčinstva u Ukrajini i praktičnih problemskih pitanja uzrokovanih međunarodnim oružanim sukobom na tlu Ukrajine

6.1. Analiza zakonske regulacije instituta surogat majčinstva u Ukrajini

Ukrajina je, kako je već naprijed navedeno, u novije vrijeme postala jedna od najpoznatijih i najvećih svjetskih središta umjetne oplodnje, tačnije upotrebe surogat majčinstva. Glavni regulatorni akti koji uređuju surogat majčinstvo u Ukrajini su Građanski zakon Ukrajine,²⁵ Porodični zakon,²⁶ Zakon Ukrajine o osnovama zdravstvene zaštite u Ukrajini,²⁷ Naredba Ministarstva zdravstva br. 787 o odobravanju primjene potpomognutih reproduktivnih tehnologija u Ukrajini,²⁸ Dekret Ministarstva pravosuđa Ukrajine br. 140/5 o izmjenama i dopunama pravila o civilnoj registraciji u Ukrajini.²⁹

Prema članu 48. Zakona Ukrajine o osnovama zdravstvene zaštite u Ukrajini, primjena umjetne oplodnje i implantacije embrija provodi se u skladu sa uslovima i postupkom koji je utvrdilo središnje izvršno tijelo koje osigurava formiranje državne zdravstvene politike, prema medicinskim indikacijama odrasle žene u odnosu na koju se takva radnja izvodi i uz pisani pristanak bračnog druga.³⁰ Još jedan pravni akt koji regulira postupak za korištenje ART-a je Naredba Ministarstva zdravstva Ukrajine br. 787 od 09. septembra 2013. godine o odobrenju postupka za primjenu potpomognutih reproduktivnih tehnologija u Ukrajini. Odjeljak 6. istog u potpunosti je posvećen pitanju surogat majčinstva. Preduslov za provedbu surogat majčinstva prema ovoj Naredbi je genetski odnos između namjeravanih roditelja ili jednog od njih i fetusa. Međutim, zakonodavac ne zabranjuje bliskim rođacima namjeravanih roditelja (sestra, majka, rođakinja itd.) da nose trudnoću. Ovom Naredbom je određeno da se surogat majčinstvo smije koristiti samo uz medicinske indikacije. Bračni par ima pravo učestvovati u programu surogat majčinstva samo u slučaju potvrđene neplodnosti.³¹ Dakle, zakon nedvosmisleno zabranjuje plodnim i zdravim

25 Civil Code of Ukraine, No. 435-IV od 16.01.2003.godine

26 The Family Code of Ukraine, No. NAU CD-ROM 2002, od 10.01.2002.godine

27 Act № 2801-XII on Fundamentals of Ukrainian legislation on health care, od 19.11.1992.godine

28 Order of the Ministry of Health No. 787 On the Approval of the Application of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine, od 09.09.2013.godine

29 The Decree of the Ministry of Justice of Ukraine No. 140/5, OD 18.11.2003.godine

30 Fundamentals of Ukrainian Health Care Legislation: Law of Ukraine dated November 19, 1992, No. 2801-XII., dostupno na: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.

31 On Approval of the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine:

ženama da oplodnju prepuste surogat majkama iz profesionalnih, političkih ili estetskih razloga.

Porodični zakon Ukrajine precizira pitanje zakonskog roditeljstva. Konkretno, dio 2. člana 123. i dio 2. člana 139. Porodičnog zakona Ukrajine navode da su roditelji djeteta donatori genetskog materijala. Dijelom 2. članom 123. utvrđeno je da u slučaju prijenosa ljudskog embrija začetog od namjeravanih roditelja (muškarca i žene) u tijelo druge žene kao rezultat upotrebe potpomognute oplodnje, roditelji djeteta su namjeravani roditelji, a dio 2. člana 139. zabranjuje osporavanje majčinstva u ovom slučaju.³² Dakle, prema navedenim članovima Porodičnog zakona Ukrajine, surogat majka ne može zahtijevati priznanje svog majčinstva, čak ni na sudu.

Kroz analizu Ukrajinskog zakonodavstva, iskristalisalo se nekoliko praktičnih problemskih pitanja, a to su: pojmovi „surogat majčinstvo“ i „surogat majka“ nisu konsolidovani u zakonodavnim aktima Ukrajine, ograničen je pristup ugovorima o surogat majčinstvu za nevjenčane parove, ugovor o surogat majčinstvu nije definisan u zakonodavstvu Ukrajine, surogat majčinstvo u Ukrajini je dostupno stranim državljanima, kolizija pri upisu djeteta rođenog putem surogat majke.

Evidentno je da ukrajinski zakoni i propisi, općenito, nisu detaljno i dovoljno uređeni u polju surogat majčinstva, te da zbog takvih zakonskih nedostataka cjelokupna funkcionalnost ovog instituta trpi. Zakonske manjkavosti i nedostaci surogat majčinstva u Ukrajini, posebno su se istakli kada je Ukrajina postala poprište međunarodnog oružanog sukoba.

6.2. Praktično funkcionisanje instituta surogat majčinstva u oružanim sukobom zahvaćenom području, sa fokusom na Ukrajinu

6.2.1. Problem međunarodno-pravne nejednačenosti instituta surogat majčinstva

Oružani sukob između Ruske Federacije i Ukrajine na ukrajinskom tlu, ima razoran učinak na milione ljudi, infrastrukturu, kao i na prirodna bogatstva države. Međutim, medijski manje poznato područje katastrofe pomenutog oružanog sukoba jeste i utjecaj ovog vanrednog stanja na novorođenčad, a posebno na bebe rođene primjenom instituta surogat majčinstva, na prava surogat majki, roditelja djeteta, kao i roditelja koji su, eventualno, državljani neke strane sržave.

Međunarodni oružani sukob na tlu Ukrajine pred surogat majke je postavio dvije opcije; ili ostati na području sukoba – Ukrajine, u kojoj državi bi imali zaštitu pravnog položaja surogat majke, ili izbjeći u neku od susjednih jurisdikcija gdje surogat majčinstvo i ugovori o surogat majčinstvu nisu priznati, odnosno gdje je ovaj institut potpuno zabranjen, što bi dalje značilo da surogat majke, pravno, ne bi imale nikakvu zakonsku zaštitu niti mogućnosti.

Za svrhu ovog rada, komparativno-pravnom metodom proučena su i zakonodavstva susjednih država Ukrajine. Pa tako, u Poljskoj, Mađarskoj, Rumuniji

Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 787., September 9, 2013., dostupno na: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

32 Family Code of Ukraine

i Moldaviji surogat majčinstvo je u potpunosti zabranjeno, u Slovačkoj nije izričito, zakonski zabranjeno, ali ne postoji zakonska regulacija istog.

Praktični pravni problem predstavljala bi situacija da surogat majka pobjegne od sukoba, u bilo koju od naprijed navedenih graničnih država i tu rodi dijete, tada bi surogat majka bila priznata kao zakonski staratelj djeteta. U takvoj situaciji, surogat majka, sada zakonski staratelj, morala bi dijete dati na posvajanje biološkim roditeljima kako bi se njima omogućilo da preuzmu brigu i starateljstvo o svom djetetu. Ovo, možda, izgleda jednostavno i kao dobra solucija u kojoj bi se surogat majka sklonila iz oružanog sukoba, ali je situacija mnogo komplikovanija, pogleda li se procedura usvajanja u svim navedenim državama.

Dakle, u ovakvim situacijama, postavlja se pitanje ko su pravni roditelji djeteta rođenog u inostranstvu primjenom instituta surogat majčinstva? Porijeklo djeteta u prekograničnim slučajevima može se odrediti na dva načina. Tako se može govoriti o procesnopravnom priznanju strane presude kojom su namjeravani roditelji određeni kao pravni roditelji djeteta, odnosno o priznanju javne isprave – izvoda iz matične knjige rođenih, kao i o kolizionopravnom priznanju u inostranstvu stečenog roditeljskog odnosa i s tim povezanog pravnog statusa djeteta. Jedno od najvažnijih jeste pitanja koje se javlja, u vezi sa naprijed navednim, jeste povrede domaćeg javnog poretka: jesu li učinci koje proizvodi strana presuda ili javna isprava u suprotnosti s domaćim javnim poretkom, odnosno da li se primjenom stranog mjerodavnog prava vrijeđaju osnovne vrijednosti domaćeg javnog poretka.³³

6.2.2. Mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke

Kako je naprijed i navedeno, ukoliko bi se desilo da surogat majka iz Ukrajine, a zbog oružanog sukoba, pobjegne u jurisdikciju koja ne poznaje institut surogat majčinstva, prilikom rođenja djeteta u toj drugoj državi, starateljstvo nad novorođenčetom bi, automatski, dobila surogat majka.

Međutim, potpisanim ugovorom o surogat majčinstvu, shodno Ukrajinskom zakonodavstvu, kao i Porodičnom zakonu Ukrajine,³⁴ za koje je prethodnom analizom utvrđeno da ima nedostataka i manjkavosti, starateljstvo nad djetetom po njegovom rođenju pripada namjeravanim roditeljima djeteta.

Dakle, jasno je da shodno Zakonu i ugovoru/sporazumu o surogat majčinstvu, namjeravani roditelji po rođenju djeteta dobijaju i starateljstvo nad njima, ali ako se ono rodi u Ukrajini ili državi koja poznaje i dozvoljava institut surogat majčinstva. No, šta kada se to ne desi? Da li u slučaju da surogat majka, nakon dobijanja starateljstva nad djetetom u stranoj državi, više ne želi vratiti dijete namjeravanim roditeljima? Da li se to ima smatrati međunarodnom otmicom djeteta, i da li i koja prava imaju namjeravani roditelji, kao i surogat majka nad djetetom?

Nesporno, dijete jeste genetski materijal namjeravanih roditelja, a starateljstvo nad djetetom dobija surogat majka, što dalje može značiti, da ukoliko surogat majka – iz bilo kojih razloga, ne želi dati dijete namjeravanim roditeljima na usvajanje, to

³³ Za više, vidi: A. Duraković, J. Alihodžić, *Učinci prekograničnog surogat materinstva:...*, Zbornik radova „Pravo, tradicija i promjene“, Istočno Sarajevo 2020., 129.

³⁴ Family Code of Ukraine, čl. 123, 129.

se može smatrati međunarodnom otmicom djeteta koju reguliše Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980.godine (dalje: Haška konvencija)?³⁵

Haška konvencija u članu 3. st. a) i b) definiše u kojim situacijama će se odvođenje ili zadržavanje djeteta smatrati nezakonitim: „a) ako predstavlja povredu prava na brigu što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dijete bilo stalno nastanjeno prije odvođenja ili zadržavanja; b) ako su se u vrijeme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala kolektivno ili pojedinačno, ili bi se bila ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja.“³⁶

Ako se polazi od ukrajinskog zakona i sporazuma o surogat majčinstvu, naprijed navedene odredbe ne bi činile zapreku da se nevraćanje djeteta od strane surogat majke, smatra međunarodnom otmicom djeteta.

Iako, u konkretnom slučaju, dijete bi se rodilo i bilo zadržavano u drugoj zemlji, ciljnim tumačenjem Haške konvencije i člana 3. a), došlo bi se do potpune realizacije glavnog postulata, kako porodičnog prava općenito, tako i cilja Haške konvencije, a to je najbolji interes djeteta. Obzirom da je surogat majčinstvo bilo planirano u Ukrajini, gdje je i potpisan sporazum o surogat majčinstvu, gdje je dijete trebalo da bude rođeno, i zakonima Ukrajine, potpuno zaštićeno u smislu roditeljstva, to onda znači da su namjeravani roditelji dobili pravo na brigu o djetetu po njegovom rođenju, shodno Porodičnom zakonu Ukrajine i sporazumu o surogat majčinstvu, a da je surogat majka to pravo povrijedila zadržavanjem djeteta u drugoj državi. Stav b) člana 3. Haške konvencije ovakvo ciljno tumačenje dodatno osnažuje, jer bi starateljstvo nad djetetom namjeravani roditelji nedvojbeno imali po rođenju djeteta u Ukrajini, da nije došlo do odvođenja i zadržavanja djeteta u stranoj državi.

Konačno, ovakvo tumačenje u konkretnoj situaciji ispunjava i uslov iz stava c) člana 3. – da je pravo na brigu, spomenuto u stavu a) stečeno, između ostalog, sporazumom koji ima pravni učinak po pravu dotične države, a u ovom slučaju je to sporazum o surogat majčinstvu.

Opisana situacija, u praksi bi bila izuzetno komplikovana zbog pitanja *a priori* dodjele starateljstva surogat majki u drugoj državi u kojoj je i rodila dijete, te bi pred sud stavila težak zadatak donošenja univerzalnog rješenja, a pored činjenice neuniformnog regulisanja instituta surogat majčinstva.

Ali i pored toga, na određeni način, mogućnost korištenja Haške konvencije u svrhu povratka djeteta od surogat majke koja ga odbija vratiti roditeljima iz strane države, umnogome bi olakšala i dala pravnu sigurnost namjeravanim roditeljima sve do međunarodno-ujednačenog regulisanja instituta.

35 Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (dalje: Haška konvencija) od 25.oktobra 1980.godine.

36 Haška konvencija, čl.3.st.a),b)

6.2.3. Prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba

U Ukrajinskom zakonodavstvu institut surogat majčinstva je vrlo oskudno regulisan, iako je Ukrajina svjetsko središte istoga. Posljedično tome, mnogobrojna, eventualna problemska pitanja koja bi se mogla pojaviti u praksi nisu razrađena niti regulisana zakonom.

Iako je već od postanka civilizacije jasno da je porodično pravo najosjetljivija grana prava, i da zakonodavac mora biti posebno oprezan pri donošenju i regulisanju prava i obaveza koje proizilaze iz porodičnih odnosa, a sve u skladu sa principom najboljeg interesa djeteta.

Stanje oružanog sukoba u Ukrajini u nepovoljan položaj dovelo je i namjeravane roditelje, ali i surogat majke. U prethodnom dijelu prikazana je analiza problema moguće međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, prvenstveno izazvane bijegom sa područja oružanog sukoba. Međutim, postavlja se pitanje, šta sa surogat majkama koje odluče ostati u Ukrajini ili koje nemaju mogućnost i priliku napuštanja države? Šta kada se dijete rodi? Šta ako se dijete ne može sigurno predati roditeljima u državu njihovog prebivališta, ili ako roditelji nemaju mogućnost sigurnog dolaska u Ukrajinu?

Shodno sporazumu koji sklapaju surogat majka i namjeravani roditelji, starateljstvo nad djetetom prelazi na namjeravane roditelje, odmah po rođenju djeteta. Zakonodavstvo Ukrajine, a ni naprijed analizirane zemlje u kojima je dopušteno surogat majčinstvo, nije regulisalo prava i obaveze surogat majčinstva u izvanrednim situacijama, situacijama u kojim surogat majka ne može predati dijete namjeravanim roditeljima bez obzira na njenu volju da to učini.

U kontekstu toga, dijete rođeno u Ukrajini, uz nemogućnost napuštanja države bespravno se nalazi na tlu države. Surogat majka nema nikakva prava niti obaveze prema tom djetetu, te se isto ostavlja bez efikasne pravne zaštite.

Drugi dio problema javlja se, kada se govori o neizvjesnosti trajanja izvanredne situacije, u konkretnom slučaju oružanog sukoba. Koji su pravni alati zaštite i regulacije statusa djeteta, namjeravanih roditelja i surogat majke, ako silom prilika dijete sa surogat majkom provede nekoliko prvih godina života? Iako sporazum jasno definiše ko je i kada postaje staratelj djeteta, u ovom slučaju, roditeljska prava i dužnosti vršila bi surogat majka. Sa druge strane, i ako bi se dijete vratilo nakon nekoliko godina u državu prebivališta namjeravanih roditelja, kako bi zasnovalo državljanstvo u toj državi?

Sva ova problemska pitanja ostaju bez konkretnog odgovora, a sve je vjerovatnije da će se uskoro svaki od njih pojaviti u praksi. Iako je surogat majka, sa potpunim pravom, uskraćena od prava nad djetetom koje nosi u ime namjeravanih roditelja, svrsishodno bi bilo zakonski urediti i dati određena prava surogat majci u izvanrednim situacijama.

7. Prijedlozi adekvatnog rješavanja trenutnih i sprečavanja nastanka novih pravnih nedostataka primjene instituta surogat majčinstva

Kako je već naprijed navedeno, porodično pravo je najosjetljivija grana prava. U vezi sa time, institute koji su usko vezani uz porodicu i imaju bilo kakve reperkusije na porodicu i porodične odnose, a posebno na zaštitu najboljeg interesa djeteta, neophodno je detaljno regulisati i ne ostavljati pravne praznine koje bi mogle, eventualno, nanijeti štetu stranama.

Tako, od samog nastanka surogat majčinstva, i njegove mjestimične regulacije, jasno je bilo da će takva neujednačenost izazvati mnogobrojne nejasnoće i pravne zamke. Međutim, od početka međunarodnog oružanog sukoba na tlu Ukrajine, pomenuti pravni nedostaci surogat majčinstva, prouzlokovali su pravnu nesigurnost.

7.1. Donošenje jedinstvenog pravnog dokumenta koji reguliše institut surogat majčinstva i njegovu primjenu

Donošenje jedinstvenog pravnog dokumenta u obliku Konvencije umnogome bi doprinijelo uniformnoj regulaciji instituta surogat majčinstva, i pravnoj sigurnosti surogat majki i namjeravanih roditelja, kao i zaštiti najboljeg interesa djeteta.

Sadržaj ovakvog pravnog dokumenta, morao bi biti usmjeren ka regulisanju primjene instituta surogat majčinstva, kao i prava i obaveza surogat majki i namjeravanih roditelja. Svjedoci smo da su svijet u samo nekoliko godina zadesile dvije ogromne katastrofe, prva je pandemija Corona virusa, a druga međunarodni oružani sukob Rusije i Ukrajine na tlu Ukrajine. Oba događaja izazvala su određene promjene u načinu života, ograničili putovanja, svakodnevni normalan način života, pred pravne teoretičare i praktičare stavili težak zadatak. To je pokazatelj da se surogat majčinstvo mora regulisati i u slučaju izvanrednih situacija, obzirom da je u pitanju život i zdravlje djeteta, kao i njegov pravni status. Pravila za surogat majke i namjeravane roditelje u izvanrednim situacijama, kada surogat majka mora otići iz zemlje u kojoj treba da rodi dijete ili ako nema uslova da dijete sigurno preda roditeljima, u konkretnoj situaciji oružanog sukoba olakšalo bi i surogat majkama i namjeravanim roditeljima jer bi uskratilo neizvjesnost daljnjeg postupanja.

Davanje određenih roditeljskih prava surogat majki u slučaju nemogućnosti sigurne predaje djeteta namjeravanim roditeljima, značilo bi da će dijete biti sigurno zbrinuto i da će mu se prižiti sva pravna zaštita do predaje namjeravanim roditeljima, a čime bi bio ostavljen princip najboljeg interesa djeteta.

7.2. Donošenje univerzalnih pravila o statusu djece rođene primjenom instituta sirogat majčinstva

Uspostavljanje i donošenje ovakvih pravila (u sklopu naprijed navedene Konvencije, ili čak zasebno od nje) bi značilo da, u kojoj god jurisdikciji se nalazila surogat majka u trenutku poroda, starateljstvo nad djetetom dobijaju namjeravani roditelji. Jasno, ovakvo rješenje doima se vrlo komplikovanim, obzirom na stav država koje zabranjuju surogat majčinstvo, no u svrhu ostvarivanja najboljeg interesa djeteta, ovakva pravila bi trebala biti univerzalno korištena bez izuzetka. Ukoliko bi

uvođenje akta univerzalnih pravila bilo vremenski i praktično teško, države koje zabranjuju surogat majčinstvo trebale bi uvesti institut zamjenskog majčinstva koji bi se primjenjivao u slučaju poroda surogat majke u toj državi. Institut zamjenske majke bi podrazumijevao da surogat majka uživa sva prava i obaveze nad djetetom do predaje djeteta namjeravanim roditeljima.

7. Zaključak

Iako je surogat majčinstvo u medicini predstavljeno kao jedna od mogućih opcija za bračne parove koji standardni putem ne mogu dobiti dijete, ovaj institut ima velike praznine i nedostatke u pravnom, regulatornom smislu.

Na početku rada, kazano je kako neke zemlje zabranjuju surogat majčinstvo, neke ga odobravaju i zakonom regulišu, dok one treće ne zabranjuju eksplicitno, ali ga i ne regulišu zakonski. Nadalje, komparativno-pravnom analizom, pravnog okvira različitih zemalja svijeta koje dozvoljavaju upotrebu surogat majčinstva, vidljivo je da su i ta zakonska rješenja umnogome razlikuju. Počevši od toga da je u nekima zabranjeno plaćeno surogat mjačinstvo, dok u drugima nije, da je u jednim zabranje posredovanje surogat majčinstva i plaćanje naknade za posrednika, dok u drugima to pitanje uopće nije pravno regulisano.

U suštini, jasno je da zakonska rješenja u vezi sa institutom surogat majčinstva nisu uniformna, a što u praksi može stvoriti nesagledive posljedice.

Fokus rada jeste bilo pravna regulacija surogat majčinstvo u Ukrajini u toku međunarodnog oružanog napada na području Ukrajine, i posljedice koje nedovoljno dobra regulacija može u praksi izazvati.

U tom smislu, detektovano je nekoliko problemskih pitanja koja se ili već javljaju u praksi, ili je vrlo vjerovatno da će se uskoro početi javljati, kao što su; problem međunarodno-pravne neujednačenosti instituta surogat majčinstva, mogući problem međunarodne otmice djeteta od strane surogat majke, te problem nedostatka prava i obaveze surogat majke u slučaju onemogućenosti predaje djeteta namjeravanim roditeljima zbog stanja oružanog sukoba.

Iz svega navedenog, zaključuje se kako svi praktični izazovi u vezi sa institutom surogat majčinstvom proizilaze zbog nedostatka jedinstvene međunarodne legislative o surogat majčinstvu. Izbor, pred koji su surogat majke stavljene u Ukrajini, da ostanu na području oružanog sukoba i imaju pravnu zaštitu kao surogat majke, ili odu da se spase od sukoba u zemlje u kojima je surogat majčinstvo zabranjeno i gdje bi rađanjem djeteta automatski nad istim dobile starateljstvo, iako to ne žele.

Veliki izazov je nepostojanje međunarodne konvencije o priznavanju zakona koji se odnose na roditeljstvo ili onih koji se odnose na ugovore o surogat majčinstvu. Umjesto toga, postoji šarenilo različitih međunarodnih zakona o surogat majčinstvu, koji ne štite uvijek interese uključenih strana, uključujući interese djeteta.

Armina Čunjalo, LL.M., Assistant
Faculty of Law, University of Zenica

LEGAL REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD INSTITUTE: RIGHTS OF SURROGATE MOTHERS IN EMERGENCY SITUATIONS

Summary: Through the process of modernization of society and the process of globalization, new challenges have appeared that the family and family relationships face, but in parallel with that, the problem of the regulation of these new things. So, one of the most controversial issues related to the family is the expansion of the family through the institute of surrogacy. The focus of the work is directed towards problematization, research and treatment of the following current issues related to the institute of surrogacy during the armed conflict in Ukraine; how is the institute of surrogacy regulated in Ukraine and the world, does the surrogate mother have certain parental rights towards the child, does she enjoy the full range of parental rights, who becomes the guardian of the child in that case, what is the legal status of the child, and which is the surrogate mother, what in the event that a foreign country grants custody to the surrogate mother if she happens to be in that country during the birth of the child - does this constitute international child abduction in accordance with the 1980 Hague Convention.

Key words: surrogacy, legal regulation, internacional child abduction, Ukraine, Hague convention 1980.