

Др Игор Милинковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци, Република Српска

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23441

UDK: 173.5:34
347.634

Раd примљен: 02.10.2019.
Раd прихваћен: 04.03.2020.

КОМЕРЦИЈАЛНО СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО И ПРОБЛЕМ КОМОДИФИКАЦИЈЕ (ЕТИЧКЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋНОСТ ПРОНАЛАЖЕЊА ПРАВНОГ ОДГОВОРА)**

Апстракт: *Неплодност представља озбиљан глобални проблем репродуктивног здравља. Према подацима Свјетске здравствене организације, између 7 и 15% парова репродуктивног доба у свијету је неплодно. Технике асистираних репродукција омогућиле су паровима суоченим са неплодношћу да остваре родитељство. Стога је, из перспективе остваривања репродуктивне аутономије, примјена метода асистираних репродукција несумњиво оправдана. С друге стране, развој нових репродуктивних технологија побуђује сложене етичке дилеме. Техника асистираних репродукција која побуђује највише контроверзи јесте сурогат материнство, споразум или уговор којим жена (сурогат мајка) пристаје да роди дијете за другу особу или пар. Комерцијално сурогат материнство, за разлику од алтруистичког, подразумијева да ће родитељи наручиоци сурогат мајци, као накнаду за пружене услуге, исплатити новчани износ који превазилази разумне трошкове повезане са трудноћом.*

У раду ће се настојати дати одговор на питање да ли је комерцијално сурогат материнство етички мање прихватљиво у односу на алтруистичко, или су примједбе које се упућују комерцијалном сурогат материнству усмјерене на случајеве његовог первертовања, који би могли бити избјегнути усвајањем одговарајућих законских рјешења. Посебна пажња биће посвећена проблему комодификације и његовом односу према вриједности људског достојанства. У склопу анализе овог проблема, биће упозорено на опасност од развијања

* igor.milinkovic@pf.unibl.org

** Раd је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

„комодификације у ширем смислу“, као и на механизме којима законодавац потенцијално може да осујети јачање ове тенденције. Анализи ће бити подвргнута рјешења прихваћена у упоредном праву, а биће анализирани и релевантне правне одредбе у Босни и Херцеговини (њеним ентитетима: Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине).

Кључне ријечи: *асистирана репродукција, сурогат материнство, комерцијално сурогат материнство, достојанство, комодификација, право.*

1. Увод

Рапидан напредак биомедицинских технологија непрекидно побуђује нове етичке и правне дилеме. “Биомедицинска револуција”, такорећи свакодневно, пред законодавце и правну и (био)етичку мисао поставља нове изазове. Од права, као регулатора друштвених процеса, захтијева се да на новонастале појаве благовремено и адекватно одговори (што, имајући у виду динамику биомедицинског развоја, представља готово нерешив задатак). Од биоетике се очекује да законодавцу обезбиједи одговарајуће етичке смјернице, одн. да дефинише морални правац у складу с којим би употреба нових технологија требала да буде правно уређена (у чему ова дисциплина, с обзиром на бројне супротстављене позиције и одсуство консензуса о кључним темама, само дјелимично успијева). Сфера у којој су наведене дилеме нарочито изражене, јесте подручје хумане репродукције. Рат са неплодношћу, као глобалним здравственим проблемом¹, условљава развој нових метода асистиране репродукције. Међу њима, једну од најконтроверзнијих представља сурогат материнство.

Сурогат материнство представља „споразум или уговор којим жена – сурогат мајка – пристаје да роди дијете за другу особу или пар“ (Morgan, 1990: 56). Иако се коријени ове појаве препознају већ у Старом завјету², први званично забиљежени случај сурогат материнства догодио се у америчком граду Луизвилу (држава Кентаки, САД), 1980. године. Мушко дијете, зачето вјештачком инсеминацијом, рођено је 9. 11. 1980. године. У априлу сљедеће године, сурогат мајка, којој је за њене услуге било плаћено нешто мање

1 Према процјенама Свјетске здравствене организације (WHO), у свијету је са проблемом неплодности суочено између 7 и 15% парова репродуктивне доби (15–45 година) (Montoya, 2002: 198).

2 Према Старом завјету, Сара, у немогућности да zatrudни, наговорила је свога мужа Абрахама да дијете зачне са њиховом слушкињом Хагаром (Smith, 1982: 639).

од 10.000\$, предала је дијете биолошком оцу и његовој супрузи. По истеку рока од деведесет дана од дана рођења дјетета, мајка наручилац поднијела је захтјев за усвојење, који је одобрен (Smith, 1982: 659). Овом приликом, и гестациска мајка и брачни пар – наручиоци поступили су у складу са преузетим обавезама (што касније неће увијек бити случај; управо су спорови настали поводом уговора о сурогат материнству привукли пажњу шире јавности и указали на бројне правне и етичке контроверзе које сурогат материнство производи, на које, напосљетку, нису могли да се оглуше ни законодавци).³

Могуће је разликовати више облика сурогат материнства. Према генетској вези између гестациске мајке и дјетета, сурогат материнство може бити:

Непотпуно (традиционално) сурогат материнство које подразумијева да је јајна ћелија гестациске мајке оплођена спермом оца наручиоца (између сурогат мајке и дјетета постоји генетска веза).

Потпуно (гестациско) сурогат материнство које подразумијева да се ембрион произведен вантјелесном оплодњом од гамета родитеља наручилаца имплантира сурогат мајци (гестациска мајка није генетски повезана са дјететом које носи) (Ramskold, Posner, 2013: 397; Cook, Day Sclater, Kaganas, 2003: 1).

У зависности од тога да ли је предвиђена новчана накнада за услуге које пружа гестациска мајка, сурогат материнство може бити алтруистичко и комерцијално. Код алтруистичког сурогат материнства, уговором није предвиђена обавеза родитеља наручилаца да гестациској мајци исплате извјестан новчани износ, иако може бити утврђена обавеза да сурогат мајци буду надокнађени разумни трошкови (попут трошкова медицинских услуга, изгубљене зараде, закупнине, животног осигурања и

³ Један од најпознатијих таквих случајева јесте случај „бебе М“. Мери Бет Вајтхед (Whitehead), из америчке државе Њу Џерси, закључила је 1987. године уговор о сурогат материнству са брачним паром Штерн (Stern). Оплодња је извршена вјештачком инсеминацијом помоћу сперме В. Штерна (дијете је генетски било повезано са оцем наручиоцем, што ће се показати релевантним за коначну судску одлуку). За своје услуге Мери Бет Вајтхед требала је добити 10.000\$. Она се, међутим, предомислила и одбила уговорени новчани износ, а дијете је покушала задржати тако што је напустила државу. Након исцрпљујуће правне борбе, Врховни суд државе Њу Џерси додијелио је трајно старатељство В. Штерну (иако је уговор о сурогат материнству прогласио неважећим), позивајући се на стандард „најбољег интереса дјетета“. Мери Бет Вајтхед задржала је своја родитељска права и право да дијете посјећује. Непосредно након доношења ове одлуке шест америчких држава донијело је законе којима је забрањено комерцијално сурогат материнство (доношење таквих закона разматрано је и у више од двадесет других америчких држава, али они, напосљетку, нису били донесени). Утицај ове одлуке није био ограничен само на простор САД. (Mortazavi, 2011: 2262–2264).

сл.). Употреба стандарда „разумни трошкови“ отвара простор за различите интерпретације, па и изигравање закона, нарочито у оним државама у којима је комерцијално сурогат материнство забрањено. Комерцијално сурогат материнство, које је у етичком смислу знатно контроверзније, подразумева да ће родитељи наручиоци сурогат мајци, као накнаду за пружене услуге, исплатити новчани износ који превазилази разумне трошкове повезане са трудноћом (Mortazavi, 2011: 2254).

2. Етичке контроверзе сурогат материнства

Сурогат материнство, као једна од најконтроверзнијих метода асистираних репродукције, побуђује бројне етичке дилеме. Аутори који заговарају легализовање сурогат материнства позивају се на вриједност репродуктивне (прокреативне) аутономије, одн. слободе. Робертсон (Robertson) прокреативну слободу дефинише као „слободу одлучивања да ли имати потомство или не“ (Robertson, 1994: 4). Према схватању овог аутора, прокреативна слобода треба да ужива претпостављени примат приликом одлучивања о поштовању репродуктивних избора, „будући да контрола над тиме да ли ће неко добити потомство или не има централни значај за лични идентитет, достојанство и смисао нечијег живота“ (Robertson, 1994: 24). Претпостављени примат прокреативне слободе подразумева да они који желе да ограниче репродуктивне изборе појединаца, снос терет доказивања да спорни репродуктивни поступци могу произвести тако значајну штету да је њихово ограничавање оправдано (Robertson, 1994: 24). Темељна посвећеност прокреативној слободи, сматра Робертсон, води проширивању тезе о претпостављеном примату и на већину облика „колаборативне репродукције“, чији облик представља и сурогат материнство (Robertson, 1994: 119). Сурогат материнство представља важан елемент прокреативне слободе свих актера, како парова који се боре са неплодношћу, тако и сурогат мајки које им у добијању потомства помажу (Robertson, 1994: 145).

Тезу о претпостављеном примату репродуктивне слободе заговара и Херис (Harris), према чијем схватању: „Таква претпоставка значи да терет оправдавања њихових поступака пада на оне који би да ускрате слободу, а не на оне који би да је остваре ... Дакле, они који би да остваре репродуктивну слободу не морају да покажу какво добро би то произвело; радије, они који би да умање слободу морају да покажу не само да је она непопуларна, или непожељна или нежељена, већ да је озбиљно штетна за друге или за друштво, и да су те штете стварне и садашње, а не будуће и спекулативне“ (Harris, 2007: 74). Попут Робертсона, Херис прокреативну

слободу схвата као негативну слободу, „право на репродуктивну слободу не представља овлашћење на сарадњу било кога приликом остваривања тог права“ (Harris, 2007: 74).

Појам репродуктивне слободе, са својим нагласком на поштовању индивидуалних репродуктивних избора, тијесно је повезан са концептом „достојанства као овлашћења“, према класификацији предложеној од стране Бејлевелда (Beyleveld) и Браунсорда (Brownsword) (Beyleveld, Brownsword, 2001). У расправама о етичкој оправданости сурогат материнства, међутим, снажно је присутна и друга, рестриктивна димензија људског достојанства на коју упозоравају поменути аутори („достојанство као ограничење“), која „одбацује праксе које су у супротности са људским достојанством, без обзира на њихове могуће корисне исходе“ (Samanta, Samanta, 2015: 214).

Аутори који заговарају забрану сурогат материнства често упозоравају да се овом праксом нарушава достојанство сурогат мајки, али и дјеце рођене на основу уговора о рађању за другога. Приговори који се упућују установи сурогат материнства припадају стандардном арсеналу аргумената заснованих на концепцији „достојанства као ограничења“, као што су оптужбе за инструментализацију, експлоатацију и комодификацију. Према схватању противника ове методе асистираних репродукције, сурогат материнство представљало би инструментализацију гестацијских мајки у смислу друге формулације Кантовог категоричког императива, тзв. „формуле циља по себи“: „Поступај тако да ти човештво у својој личности као и у личности сваког другог човека увек употребљаваш у исто време као сврху, а никада само као средство“ (Кант, 2008: 74). Уговором о сурогат материнству, тврде аутори који осуђују овај облик асистираних репродукције, гестацијска мајка бива сведена на пуко средство за испуњавање потреба родитеља наручилаца, трансформише се у „људски инкубатор“ (Van Niekerk, Van Ziel, 1995: 347), чиме се њено достојанство грубо нарушава. Да ли се овај приговор може упутити искључиво комерцијалном сурогат материнству, и да ли овај облик сурогат материнства нужно подразумева инструментализацију (експлоатацију)⁴ сурогат мајки? Пракса сурогат материнства у појединим земљама подгријава бојазни о могућој експлоатацији гестацијских мајки. У наведеним случајевима, међутим, ријеч је о злоупотребама комерцијалног сурогат материнства, аномалијама одн. первертовању овог облика асистираних репродукције. Херис с правом констатује да: „Чињеница да техника може бити злоупотребљена не

4 Вилкинсон (Wilkinson) појам инструментализације изједначава са посебним видом експлоатације, „експлоатацијом заснованој на погрешној употреби“, која подразумева да: „А експлоатише Б ... ако А третира Б само као оруђе, или средство за постизање циљева А“ (Wilkinson, 2004: 33).

представља аргумент против технике, осим ако нема изгледа да се злоупотреба или погрешна употреба спријече“ (Harris, 2004: 51). Имајући у виду консензуалан карактер односа између сурогат мајке и родитеља наручилаца, ни комерцијално сурогат материнство не може се означити неетичким по себи. Умјесто тога, неопходно је тежити проналажењу одговарајућих правних механизма како би могућност злоупотреба сурогат материнства била елиминисана. Јер као што „плаћање сурогат мајци не искључује алтруистичку мотивацију“ (Walker, Van Zyl, 2017: 12), тако ни алтруистичко сурогат материнство не елиминише могућност експлоатације (инструментализације) гестацијских мајки.

Аутори који алтруистичко сурогат материнство означавају као морално прихватљиво, осуђујући истовремено његов комерцијални облик, често повлаче паралелу са донацијом органа. Алтруистичко сурогат материнство пореди се са донацијом органа и третира као етички прихватљиво, док се комерцијално сурогат материнство сматра једнако неприхватљивим као и исплата новчане компензације даваоцима органа. Комерцијално сурогат материнство значило би једнак удар на достојанство личности, као и комерцијално располагање дијеловима властитог тијела. Стога расправе посвећене дистрибуцији органа нуде користан увид у арсенал аргумената и за расправе о сурогат материнству. Сател (Satel), анализирајући утицај продаје органа на достојанство појединца, цитира став папе Јована Павла II о неприхватљивости исплаћивања новчане накнаде за дониране органе. Према Јовану Павлу II „свака процедура која води комерцијализацији људских органа или их третира као робу за размјену или трговину мора се сматрати морално неприхватљивом, будући да користити људско тијело као објект значи нарушавати достојанство људске личности“ (Satel, 2008: 67). Сател, која заступа позицију супротну оној Јована Павла II, фокусира се на дио цитиране изјаве о третирању тијела као објекта, и долази до закључка да је нарушавање достојанства у овом контексту условног карактера и да ће зависити од начина на који је донор третиран. Ако се достојанство донора нарушава када се он третира као објект, из тога слиједи да ће достојанство донора бити сачувано уколико се поступа супротно, „уколико се о донорима мисли као о спасиоцима живота, уколико се брижљиво штити њихова сигурност и третира их се са захвалношћу због њихових поступака и са уважавањем због њихове способности да доносе промишљене судове о властитим најбољим интересима“ (Satel, 2008: 67). Цитирани одломак нуди корисну основу за разрјешавање дилема око сурогат материнства (што не значи да се у овом раду жели истовремено заузети позиција и у погледу успостављања тржишта људским органима). Уколико се сурогат мајка третира као давалац „поклона живота“, са пуним

уважавањем њене аутономије и уз брижљиву заштиту њене сигурности, тада исплата извјесне новчане надокнаде за услуге које она пружа не може представљати нешто морално лоше по себи (не може бити третирано као повреда њеног достојанства). Да ли се ова констатација треба сматрати аргументом за успостављање потпуно либералног тржишта репродуктивним услугама, укључујући и сурогат материнство? Одговор је одричан. Приликом законског уређивања сурогат материнства потребно је руководити се сврхом наведене установе, полазити од чињенице да је ријеч о облику асистиране репродукције намијењеном борби против неплодности, средству за превазилажење озбиљног глобалног медицинског проблема.

Наведени аргументи могу послужити као одговор на оптужбе за комодификацију гестацијских мајки, често присутне у расправама о етичкој оправданости сурогат материнства. Комодификација подразумијева да се сурогат мајке „сматрају замјењивим и да имају монетарну вриједност“ (Walker, Van Zyl, 2017: 48). Такав третман сурогат мајки значио би повреду њиховог достојанства, и у јасној супротности је са Кантовим ставом да: „У царству сврха све има или неку цену или неко достојанство. Оно што има цену такво је да се на његово место може поставити такође нешто друго као његов еквивалент; напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, достојанство је“ (Кант, 2008: 82). Вилкинсон, признајући да сурогат материнство може за последицу да има комодификацију сурогат мајки, констатује да не постоји ништа у природи сурогат материнства уопште, нити комерцијалног сурогат материнства посебно, што би их чинило нужно комодификујућим. Према схватању овог аутора, „тешко је замислити било шта у природи сурогат материнства што онемогућује потпуно признавање личности сурогат мајке – признавање да је она много више од простог инкубатора“ (Wilkinson, 2004: 175). Приликом дефинисања одговарајућих законских рјешења, неопходно је водити рачуна и о томе да се избјегне „комодификација у ширем смислу“, како је дефинише М. Радин (Radin, 1987). Таква, широко конструисана комодификација, према схватању ове ауторке, подразумијева „не само стварну куповину и продају, већ такође и тржишну реторику, праксу размишљања о односима као да они представљају продајне трансакције“ (Radin, 1987: 1859). Сурогат материнство неопходно је третирати у складу са његовом природом, водећи рачуна о његовој једино оправданој сврси, а то је да оно представља лијек против неплодности и средство које на располагању треба бити искључиво паровима који се боре са инфертилитетом. Стога један од нужних услова за одобравање закључивања уговора о сурогат материнству треба да буде постојање

одговарајуће медицинске индикације (неплодност родитеља, одн. ризик од преношења тешког наслеђеног обољења). Под тим условима, исплаћивање новчане надокнаде сурогат мајкама, само по себи, не би било морално неприхватљиво. Како би се избјегао шири контекст комодификације о коме говори М. Радин, неопходно је и да легализацији сурогат материнства претходи одговарајућа јавна расправа, уз укључивање што ширих кругова становништва, како би смисао и сврха ове установе били што адекватније представљени јавности.

3. Европски стандарди сурогат материнства и пракса Европског суда за људска права

Правна и етичка контроверзност овог питања видљива је и из односа који према сурогат материнству заузимају међународне организације. Овој теми приступа се веома опрезно, уз, по правилу, упућивање приговора оним облицима сурогат материнства који значе первертовање датог облика асистираних репродукције (ријеч је, прије свега, о осуди комерцијалног сурогат материнства и праксама које су идентификоване у појединим земљама у развоју, у којима се све интензивније одвија тзв. „репродуктивни туризам“). Извјесне смјернице националним законодавцима ипак постоје, иако оне, за сада, немају обавезујући карактер. Један од докумената који их пружају јесте и *Извјештај о принципима који се односе на заснивање и правне посљедице родитељства – „Бијела књига“*, који је Комитет експерата за породично право Савјета Европе усвојио 2006. године (овим документом допуштена је могућност искључиво алтруистичког сурогат материнства) (Migocha, 2019: 534–536). У децембру 2015. године, Европски парламент усвојио је *Годишњи извјештај о људским правима и демократији у свијету 2014. године и политици Европске уније по том питању*, којим је осуђена „пракса сурогат материнства, која подрива људско достојанство жене будући да се њено тијело и њене репродуктивне функције користе као роба“ (чл. 115)⁵. Током 2016. године, Комитет за друштвена питања, здравље и одрживи развој Парламентарне скупштине Савјета Европе у више наврата је одбацио различите верзије извјештаја под насловом *Људска права и етичка питања у вези са сурогат материнством* (током процеса мијењан је и назив документа; верзија Извјештаја која је представљала предмет изјашњавања у септембру 2016. године носила је назив *Дјечја права у вези са сурогат материнством*, и била је фокусирана на заштиту права дјете рођене на основу уговора о рађању за другога). Овај документ је од самог

5 *Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter*. Retrieved on 01 September 2019, from http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.pdf

почетка активности на његовој изради представљао предмет контроверзи, а ауторка Извјештаја оптуживана је за сукоб интереса, будући да руководи одјељењем за репродуктивну медицину у једној од белгијских болница (Извјештај је од стране противника сурогат материнства критикован као исувише благонаклон према овој методи асистираних репродукције). Нацрт препоруке, који је представљао саставни дио Извјештаја, одбацила је и Парламентарна скупштине Савјета Европе, на сједници одржаној у октобру 2016. године. Резултат гласања био је 82 гласа против, 77 гласова за и 7 уздржаних (Mirocha, 2019: 539). Позиција Савјета Европе о сурогат материнству, према томе, тек треба да буде прецизније дефинисана.

Извјесном изоштрављању фокуса када је сурогат материнство у питању доприноси пракса Европског суда за људска права. Иако Суд није расправљао о етичкој допуштености сурогат материнства, одлукама у предметима који су повезани са овом установом⁶ отворен је пут развијању репродуктивног туризма у оним случајевима када постоји генетска веза између родитеља наручиоца и дјетета. Будући да Суд није осудио праксу сурогат материнства, те да је омогућио признавање резултата таквих споразума реализованих у иностранству (само под одређеним условима, позивајући се на повреду права на приватни живот дјетета рођеног на основу уговора о сурогат материнству), наговјештен је либералнији однос спрам ове установе (за супротно мишљење, засновано на одлуци Великог вијећа у предмету *Paradiso and Campanelli v Italy*, в. Mirocha, 2019). На захтјев Касационог суда Француске, Европски суд за људска права је у априлу 2019. године издао савјетодавно мишљење којим су потврђени ставови наведени у ранијим одлукама Суда. Мишљење Суда је да у случајевима када је дијете рођено у иностранству на основу уговора о сурогат материнству, а зачето је употребом гамета оца наручиоца и треће стране-донора, и када је однос родитељ-дијете између њих признат домаћим правом: „Право дјетета на поштовање приватног и породичног живота, у смислу члана 8 Европске конвенције о људским правима, захтијева да домаће право обезбједи могућност признавања правног односа родитељ-дијете са намјераваном мајком (*intended mother*), која је у изводу из матичне књиге рођених у иностранству означена као „законска мајка”. Додуше, право дјетета на поштовање приватног и породичног живота не захтијева да признање односа родитељ-дијете буде у форми уписа у матичне књиге рођених садржине извода издатог у иностранству. Друга средства, попут института усвојења, такође могу бити предвиђена као основ за заснивање правног односа родитељ-дијете између мајке наручиоца и дјетета (под

6 *Mennesson v. France* (2014), *Labassee v. France* (2014), *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Chamber’s decision, 2015; Grand Chamber’s decision, 2017)

условом да је домаћим правом обезбијеђено да односна средства могу бити примијењена брзо и ефикасно, у складу са најбољим интересом дјетета, чиме је потврђено да Суд, рјешавајући спорове у вези са установом сурогат материнства, средишњи значај приписује заштити интереса дјеце рођене на основу уговора о рађању за другога).⁷

4. Третман сурогат материнства у упоредном законодавству

Упоредно законодавство познаје различит третман сурогат материнства. Алтруистичко сурогат материнство допуштено је у Бразилу, Грчкој, Холандији, Израелу, Јужној Африци, Великој Британији, Канади и Аустралији (Mortazavi, 2011). Такав третман, међутим, не ужива и комерцијално сурогат материнство, које у неким од наведених земаља подразумејева кривичну одговорност појединих актера (Закон о хуманој репродукцији Канаде, нпр., предвиђа новчане казне у износу до 500.000\$ и/или казну затвора у трајању до десет година за учеснике у комерцијалним аранжманима; сурогат мајка није обухваћена кривичном одговорношћу) (Ruparelia, 2007: 22). У појединим државама, осим алтруистичког, допуштено је и комерцијално сурогат материнство. У Израелу, комерцијално сурогат материнство легализовано је законом из 1996. године (закон забрањује традиционално (непотпуно) сурогат материнство, као и аранжмане гдје би се у својству сурогат мајке појавили сродници родитеља наручилаца) (Schuz, 2003: 36). У Русији, сурогат мајка осим накнаде трошкова повезаних са трудноћом може добити и извјестан новчани износ као награду за пружену услугу (уобичајени износ награде варира од 15000\$ до 30000\$) (Svitney, 2010: 94). Комерцијално сурогат материнство легализовано је и у Украјини, која постаје све видљивијом на мапи центара тзв. „репродуктивног туризма“ (Mohapatra, 2012: 195). У САД, државе-чланице различито уређују поменути материју (неке од њих још увијек нису законски уредиле сурогат материнство). Поједине федералне јединице забрањују овај облик асистирани репродукције (6 држава, од којих неке предвиђају и кривичну одговорност за актере), неке од њих допуштају само алтруистичко сурогат материнство, док је у појединим државама-чланицама (нпр. у Илиноису), легализовано и комерцијално сурогат материнство (Quinn, 2018). Индија, иако сурогат материнство није законски уређено, донедавно је представљала једну од најпопуларнијих дестинација за тзв. „репродуктивни туризам“ (у Индији су практиковани

7 ECHR, 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. Retrieved on 01 September 2019 from <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>

како алтруистичко, тако и комерцијално сурогат материнство). Закон о регулисању сурогат материнства, који предвиђа забрану комерцијалног сурогат материнства, још увијек није усвојен (иако је приједлог Закона сачињен још 2016. године). Доњи дом индијског парламента усвојио је приједлог овог закона у децембру 2018. године, али је распуштања парламента онемогућило његово усвајање у Горњем дому (због чега процедура усвајања Закона треба да буде спроведена од почетка) (Srivastava, 2019). О ризицима које одсуство одговарајуће законске регулативе повлачи свједочи и примјер Тајланда. Дуго времена, Тајланд је представљао једну од најпопуларнијих дестинација за „репродуктивни туризам“. Непостојање забране комерцијалног сурогат материнства било је широко коришћено од стране агенција и клиника које су нудиле услуге сурогат материнства. Комерцијално сурогат материнство је током овог раздобља доживјело процват. Међутим, након неколико контроверзних случајева, међу којима је најпознатији случај бебе Гами, 2015. године усвојен је закон којим је уведена забрана комерцијалног сурогат материнства. Законом је могућност за закључивање уговора о сурогат материнству дата искључиво држављанима Тајланда, док се као сурогат мајка једино може појавити сродник пара наручилаца (осим уколико сродници не постоје) (Zimmerman, 2016). У међувремену, међутим, појављују се нови центри репродуктивног туризма, попут Камбоџе и Гватемале (Beier, 2018: 257). У Кини, законска регулатива о сурогат материнству не постоји (Qiao, Feng, 2014), али су професионалним смјерницама Министарства здравља Кине забрањени сви облици сурогат материнства. И поред забране, постоје докази о постојању црног тржишта услуга сурогат материнства у овој земљи (Cook, 2018). Сурогат материнство, у свим својим облицима, забрањено је у Италији, Норвешкој, Шпанији, Француској и Њемачкој (Mortazavi, 2011). Забрана сурогат материнства утврђена је и Уставом Швајцарске Конфедерације: „Донација јајних ћелија и ембриона и сурогат материнство су забрањени“ (чл. 119, ст. 2, т. д).⁸

У државама насталим на просторима бивше СФРЈ, са изузетком Сјеверне Македоније⁹, сурогат материнство је забрањено. Акти којима се уређује медицински потпомогнута оплодња овај облик асистираних репродукције изричито забрањују у Словенији, Хрватској, Србији и Црној Гори. У Србији,

8 Federal Constitution of the Swiss Confederation. Retrieved on 1 September 2019 from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

9 Алтруистичко сурогат материнство легализовано је у Сјеверној Македонији Законом о изменама и допунама Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи из 2014 године (Закон за изменување и допунавање на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување. *Службен весник на РМ*. бр. 149/14).

Законом о биомедицински потпомогнутој оплодњи¹⁰ забрањено је укључивање у поступак биомедицински потпомогнуте оплодне жене „која има намеру да дете после рођења 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“ (чл. 49, ст. 18). Преднацртом Грађанског законика Србије¹¹ предвиђено је увођење сурогат материнства (под називом „рађање за другог“). Овим документом утврђено је да: „Уговор о рађању за другог може бити закључен између жене која ће носити и родити дете (родиља) и супружника или ванбрачних партнера (намеравани родитељи) само ако између намераваних родитеља не може доћи до зачећа природним путем као ни уз помоћ других видова биомедицински потпомогнутог зачећа, или ако зачеће природним путем или коришћењем других видова зачећа није пожељно због озбиљне опасности од преношења тешке наследне болести на дете“ (чл. 2177, ст. 1). Услов за закључивање уговора о сурогат материнству, према томе, јесте постојање медицинске индикације (неплодност или ризик од преношења тешког наслеђеног обољења). Састављачи Преднацрта уредили су сурогат материнство као *ultima ratio* асистираних репродукције. Преднацртом је, осим накнаде разумних трошкова, предвиђена могућност да уговором о рађању за другог буде уговорена и исплата умјерене награде сурогат мајци (чл. 2183). Судија ће одбити да овјери уговор уколико оцијени да је уговорена несразмјерна накнада трошкова или неумјерена награда за рађање (чл. 2178, ст. 3). Преднацртом је искључена могућност традиционалног (парцијалног) сурогат материнства: „У случају рађања за другог није дозвољено користити оплодне ћелије родиље“ (чл. 2178, ст. 2). Иако је судбина легализације сурогат материнства у Србији још увијек неизвјесна, сама чињеница да су наведене одредбе ушле у Преднацрт вјероватно ће допринијети актуелизацији овог питања и у Босни и Херцеговини (ентитетима).

5. Правни оквир сурогат материнства у Босни и Херцеговини

Босна и Херцеговина (БиХ), као сложена државна заједница, састоји се од два ентитета: Републике Српске (РС) и Федерације Босне и Херцеговине (ФБиХ). У састав Босне и Херцеговине улази и Брчко Дистрикт, политичко-

10 Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи. *Службени гласник РС*, бр. 40/2017

11 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Преузето 21. 09. 2019. године. https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html

територијална јединица са широком законодавном аутономијом. Према Уставу Босне и Херцеговине, регулисање здравствене заштите, укључујући и асистирану репродукцију, налази се у надлежности ентитета (у Федерацији БиХ, здравствена заштита представља подијељену надлежност Федерације и кантона). У овом дијелу рада биће укратко анализирани законске претпоставке за увођење установе сурогат материнства у Босни и Херцеговини (ентитетима).

У Републици Српској (РС), сурогат материнство није допуштено (иако законодавство РС не садржи одредбе којима се овај облик асистирани репродукције изричито забрањује). Уставом РС¹² утврђено је право човјека да слободно одлучује о рађању дјете (чл. 36, ст. 3). Принцип прокреативне слободе (аутономије), као етички основ различитих метода асистирани репродукције, укључујући и сурогат материнство, предвиђен је и Породичним законом РС¹³: „Свако слободно одлучује о закључењу брака, заснивању породице и рађању дјете“ (чл. 5, ст. 1). Међутим, прокреативном аутономијом појединца, установа сурогат материнства, барем за сада, није обухваћена. Породичним законом РС предвиђено је да се дјететовом мајком сматра жена која га је родила (чл. 109, ст. 1). Наведеном одредбом пракса сурогат материнства није у потпуности онемогућена, будући да постоји могућност да родитељи наручиоци дијете усвоје. Може се констатовати да Породични закон не обезбјеђује одговарајући оквир за имплементацију установе сурогат материнства. Непостојање посебног закона којим би била уређена медицински потпомогнута оплодња, онемогућило је законодавца да поменути материју децидније уреди (што би у предстојећем периоду требало бити учињено, без обзира на став који ће, напосљетку, превладати у погледу оправданости увођења сурогат материнства).

Чланом 53 Породичног закона Федерације БиХ¹⁴, такође је утврђено да се дјететовом мајком сматра жена која га је родила. 2018. године, у Федерацији Босне и Херцеговине је усвојен Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом¹⁵, који садржи изричиту забрану сурогат материнства: „Забрањено је уговарати или проводити биомедицински потпомогнуту оплодњу ради рађања дјетета за друге

12 Устав Републике Српске. Преузето 01. 09. 2019. године.
https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf

13 Породични закон Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. бр. 54/02, 41/08, 63/14

14 Породични закон ФБиХ. *Службене новине ФБиХ*. бр. 35/05, 31/14

15 Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом. *Службене новине ФБиХ*. бр. 59/18

особе и предаје дјетета рођеног након биомедицински потпомогнуте оплодње (сурогат мајчинство)" (чл. 45, ст. 2). У чл. 45, ст. 1, прописано је да је забрањено тражити или нудити, објавом јавног огласа или на други начин, услугу рађања за другога, док је, у ст. 3 истог члана, утврђено да су уговори, споразуми или други правни послови о рађању дјетета за другог и предаји дјетета рођеног након биомедицински потпомогнуте оплодње, ништави.

Породичним законом Брчко Дистрикта¹⁶, у чл. 49, прописано је да је мајка дјетета, у смислу овог закона, жена која је родила дијете. Ни у Брчко Дистрикту још увијек није усвојен закон који би регулисао област асистираних репродукција. Анализа одговарајућих законских одредби у Босни и Херцеговини (ентитетима и Брчко дистрикту), извршена у овом дијелу рада, показала је да не постоји могућност примјене установе сурогат материнства. Оно је или изричито забрањено, или одредбе породичног законодавства онемогућују примјену овог метода асистираних репродукција.

6. Закључак

Друштва у којима је проблем ниског наталитета изражен нарочиту пажњу морају поклонити развоју (примјени) метода асистираних репродукција. Непостојање одговарајуће законске регулативе извор је могућих дилема у погледу њихове примјене и може представљати препреку за реализацију и оних метода асистираних репродукција које, нити правно, нити етички, не смију бити спорне. Стога доношење закона о биомедицински помогнутој оплодњи на ентитетском нивоу у Босни и Херцеговини, по угледу на земље из окружења, представља својеврстан императив (утолико усвајање Закона Федерације БиХ 2018. године представља оправдан корак). Доношење поменутих закона представља прилику да се отвори расправа о оним контроверзнијим методама асистираних репродукција, међу које спада и сурогат материнства. У раду је констатовано да етички аргументи против сурогат материнства немају потребну увјерљивост, нарочито када је ријеч о алтруистичком сурогат материнству, те да не постоје препреке да законодавац предвиди могућност примјене и овог облика асистираних репродукција. Сурогат материнства за многе парове представља једину могућност да добију дијете са којим би били генетски повезани, што законодавац не би смио да игнорише. Чињеница да комерцијално сурогат материнства, иако се не може сматрати неетичким *per se*, повећава ризик

16 Породични закон Брчко Дистрикта. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. бр. 23/07

од инструментализације односно нарушавања достојанства гестацијских мајки, нарочито у економски слабије развијеним земљама, говори у прилог прихватања рестриктивнијег приступа. Стога би требало допустити искључиво алтруистичко сурогат материнство, у оним случајевима када постоји одговарајућа медицинска индикација (алтруистичко сурогат материнство не би смјело искључити могућност да се уговором о рађању за другог предвиди накнада разумних трошкова повезаних са трудноћом; могућност уговарања умјерене награде, коју предвиђа Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, иако етички није неприхватљива, захтијева успостављање одговарајућих контролних механизма како би биле избјегнуте злоупотребе). Како би се умањиле могуће психолошке посљедице по сурогат мајку, требало би предвидјети као услов да се ради о жени која је већ рађала. Ризик од „репродуктивног туризма“ може бити умањен прописивањем услова у погледу пребивалишта лица која закључују уговор о сурогат материнству.

Литература/References

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. ECHR. Retrieved on 01 September 2019 from [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22])

Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter. Retrieved on 01 September 2019, from http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.pdf

Beier, K. (2018). Ethical Objections About Surrogacy in German Debates: A Critical Analysis. In Mitra, S. Schikantz, S. Patel, T. (Eds.). *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg donation. Interdisciplinary perspectives from India, Germany and Israel.* Palgrave Macmillan.

Beyleveld, D. Brownsword, R. (2001). *Human dignity in bioethics and biolaw.* Oxford University Press.

Van Niekerk, A. Van Ziel, L. (1995). The ethics of surrogacy: woman's reproductive labor. *Journal of Medical Ethics.* Vol. 21.

Van Zyl, L., Walker R. (2013). Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model. *Bioethics* 27(7).

Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување. *Службен весник на РМ*. бр. 149/14.

Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом. *Службене новине ФБиХ*. бр. 59/18.

Zimmerman, A. L. (2016). Thailand's Ban on Commercial Surrogacy: Why Thailand Should Regulate, Not Attempt to Eradicate. *Brooklyn Journal of International Law*. 41(2).

Кант, И. (2008). *Заснивање метафизике морала*. Београд: Дерета.

Mirocha, L. (2019). Dark side of diversity. Actions undertaken in the system of the Council of Europe with regard to the issue of surrogate motherhood. In Mostowik, P. (Ed.). *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Warszawa.

Montoya, J.M. (2002). Diagnostics in assisted human reproduction, *Reproductive Biomedicine Online*. 5(2). 198–210.

Morgan, D. (1990). Surrogacy: An Introductory Essay. In Lee, R. and Morgan, D. (Eds.). *Birthrights. Law and Ethics at the Beginnings of Life*. London and New York: Routledge.

Mortazavi, S. (2011). It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy. *The Georgetown Law Journal*. 100. 2249.

Mohapatra, S. (2012). Achieving Reproductive Justice in the International Surrogacy Market. *Annals of Health Law*. Vol. 21. Issue 1.

Породични закон Брчко Дистрикта. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. бр. 23/07

Породични закон Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. бр. 54/02, 41/08, 63/14.

Породични закон ФБиХ. *Службене новине ФБиХ*. бр. 35/05, 31/14.

Qiao, J. Feng, H.L. (2014). Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance. *Translational pediatrics*. 3(2).

Quinn, D. (2018). Her Belly, Their Baby: A Contract Solution for Surrogacy Agreements. *Journal of Law & Policy*. 26.

Radin, M.J. (1987). Market-inalienability. *Harvard Law Review*. Vol. 100. No 8.

Ramskold, L.A.H., Posner, M.P. (2013). Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *Journal of Medical Ethics*. 39(6).

Robertson, J.A. (1994). *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. Princeton University Press.

Ruparelia, R. (2007). Giving away the "gift of life": surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act. *Canadian Journal of Family Law*. Vol. 23.

Samanta, J. Samanta, A. (2015). *Medical law*. Macmillan International Higher Education.

Satel, S. L. (2008). Concerns about Human Dignity and Commodification. In Satel, S.L. (Ed.). *When altruism isn't enough: The case for compensating kidney donors*. Washington, DC: Aei Press.

Svitnev, K. (2010). Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia. *Reproductive BioMedicine Online*. 20 (7).

Smith, G.P. (1982). The Razor's Edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers. *Western New England Law Review*. 5. 639–666.

Srivastava, A. (2019). Explained: Citizenship (Amendment) Bill, triple talaq bill among 46 draft laws set to lapse as Parliament adjourns sine die. Firstpost. Retrieved on 17 September 2019 from: <https://www.firstpost.com/india/explained-citizenship-amendment-bill-triple-talaq-bill-among-46-draft-laws-set-to-lapse-as-parliament-adjourns-sine-die-6082661.html>

Schuz, R. (2003). Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice. In Cook, R. Day Sclater, S. Kaganas, F. (Eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing.

Устав Републике Српске. Преузето 01. 09. 2019. године. https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf

Federal Constitution of the Swiss Confederation. Retrieved on 01 September 2019 from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

Harris, J. (2007). *Enhancing evolution: The ethical case for making better people*. Princeton University Press.

Harris, J. (2004). *On cloning*. Routledge.

Cook, M. (2018). Chinese black-market surrogacy is booming. BioEdge. Retrieved on 01 September 2019 from: <https://www.bioedge.org/bioethics/chinese-black-market-surrogacy-is-booming/12558>

Cook, R. Day Sclater, S. F. Kaganas, F. (2003). Introduction. In Cook, R. Day Sclater, S. Kaganas, F. (Eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing.

Walker, R. Van Zyl, L. (2017). *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*. Springer.

Wilkinson, S. (2003). *Bodies for sale: Ethics and exploitation in the human body trade*. Routledge.

Prof. Igor Milinković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Banja Luka,

Republika Srpska

**COMMERCIAL SURROGACY AND THE PROBLEM OF COMMODIFICATION:
ETHICAL DILEMMAS AND A POSSIBLE LEGAL RESPONSE**

Summary

Infertility is a serious global reproductive health problem. According to the World Health Organization, between 7% and 15% of all couples of reproductive age in the world are infertile. Assisted reproductive techniques have enabled infertile couples to experience parenthood. Therefore, from the perspective of the reproductive autonomy realization, the application of assisted reproductive methods is indisputably justified. On the other hand, the development of new reproductive technologies raises complex ethical dilemmas. The most controversial assisted reproductive technique is surrogacy, which entails an agreement or contract by which a woman (surrogate mother) agrees to bear a child for another person or couple. Commercial surrogacy, unlike the altruistic one, implies that intended parents will pay a cash amount as to the surrogate mother, as compensation for the services provided, which exceeds the reasonable costs associated with pregnancy.

The paper aims to respond to the question whether commercial surrogacy is ethically less acceptable than the altruistic one, or whether the objections to commercial surrogacy are in fact aimed at cases involving perverted practices, which could be avoided by the adoption of appropriate legal solutions. In particular, the paper focuses on the problem of commodification and its relation to the value of human dignity. As part of the analysis of this problem, the author points to the danger of developing “commodification in the broader sense” (Radin), as well as the mechanisms by which the legislator can potentially preclude this tendency. The analysis covers the solutions adopted in comparative law, as well as the relevant legal provisions in the legislation of Bosnia and Herzegovina (i.e. its entities: Republika Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina).

Keywords: *assisted reproduction, surrogacy, commercial surrogacy, dignity, commodification, comparative law, Bosnia and Herzegovina.*