

*Др Бернадеј Бордаш, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

О ПОТРЕБИ МЕЂУНАРОДНОГ РЕГУЛИСАЊА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА: СУДСКА ПРАКСА И АКТИВНОСТИ У 2014. ГОДИНИ¹

Сажетак: *Тема рада је преглед три значајна догађаја за неко будуће међународно регулисање сурогат мајтеринства са прекограничним дејствима. Документ „Пожељности и изводљивости даље рада на Пројекту о родитељству/сурогат мајтеринству“ Хашке конференције за међународно приватно право, прве две пресуде Европског суда за људска права о дејствима сурогат мајтеринства са прекограничним дејствима и две пресуде Суда Европске уније о праву намераваних мајки на породилско одсуство указују на то да је међународно регулисање проблематичке пожељно, али да велике разлике у националним правима држава захтевају даља истраживања у погледу могућности да одговарајући будући инструменти буде предмет консензуса држава. Посебно је значајна пресуда Менесон против Француске која утврђује повреду права на приватни живот деце коју је родила сурогат мајка, али тиме ствара и противречности између начела слободне процене државе и најбоље интереса деце која чини право некохерентним.*

Кључне речи: *сурогат мајтеринство, људска права, најбољи интерес деце, право ЕУ, Хашка конференција за међународно приватно право, пресуда Менесон*

1. УВОД

Сурогат материнство као биолошка и медицинска стварност и његове правне последице нарочито у погледу статуса (личног стања) детета и намераваних родитеља² стални је предмет интересовања правних теоретича-

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

² „Намеравани родитељи“, односно „намеравана мајка“ и „намеравани отац“ су изрази који се користе у Трећој књизи Преднацрта Грађанског законика Србије из јуна 2011. године, вид. <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>,

ра и практичара. Ови последњи се суочавају са сурогат материнством да би решили практичне проблеме који се јављају као дејство споразума о сурогат материнству. Они први разматрају правно-теоријско утемељење и постојећи правни контекст могућих практичних проблема у ситуацији која је у најбољем случају само делимично регулисана у националним правима. Свест о проблемима и о потреби да се они разматрају забележена је 2001.г. у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција),³ а 2010.г. закључено је да питања међународног приватног права која се односе на међународне аспекте проблематике сурогат материнства треба да постану предмет проучавања.⁴ Тиме је започео претходни рад на међународном регулисању проблематике сурогат материнства. После Претходне белешке о питањима међународног приватног права која се односе на статус деце из 2011.г.,⁵ и Претходног извештаја о аранжманима о међународном сурогат материнству из 2012.г.,⁶ Хашка конференција је ове године усвојила документ „Пожељност и изводљивост даљег рада на Пројекту о родитељству/сурогат материнству“ (у даљем тексту: Претходни документ ЗБ из 2014)⁷ и израдила пропратну „Студију о правном родитељству и питањима која произлазе из аранжмана о међународном сурогат материнству“⁸.

У овом раду ћемо изложити најпре закључке Хашке конференције, а затим приказати две пресуде које се односе на дејства сурогат материнства: прва је пресуда Европског суда за људска права, која указује на аспект заштите људских права у овом осетљивом домену, а друга пресуда Суда Европске уније, која показује да у условима у којима сурогат материнство има различит правни третман у појединим државама чланицама, не постоји спремност на такво тумачење права ЕУ које би обухватило и нека дејства сурогат материнства.

7. октобар 2014. Аутор је свестан да изрази нису најсрећније одабрани, нити су у духу српског језика – као што нису ни у другим језицима – али их користи ослањајући се на текст Преднацрта који служи као основа за разматрања у поступку израде Грађанског законика. Да ли би те изразе требало променити, тема је за Комисију за израду Грађанског законика Владе Републике Србије.

³ Вид. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=182, 1. септембар 2014.

⁴ Вид. http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010concl_e.pdf, 1. септембар 2014.

⁵ Вид. Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children, 2011, <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, 1. септембар 2014.

⁶ Вид. Preliminary Report on international surrogacy arrangements, 2012, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, 1. септембар 2014.

⁷ Вид. „The desirability and feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project“ (Prel. Doc. No 3 B of March 2014), http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf, 1. септембар 2014.

⁸ Вид. „A Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements“ 2014, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf, 1. септембар 2014.

2. СТАВ ХАШКЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ О ПОЖЕЉНОСТИ И ИЗВОДЉИВОСТИ ДАЉЕГ РАДА НА ПРОЈЕКТУ О РОДИТЕЉСТВУ/СУРОГАТ МАТЕРИНСТВУ

После прикупљања одговора на упитнике упућене државама чланицама, другим заинтересованим државама, правним практичарима, професионалцима у области здравства и агенцијама које посредују у случајевима сурогат материнства⁹ Стална канцеларија Хашке конференције припремила је горе наведене документе¹⁰ за Савет за општа питања Конференције. Ово тело се у априлу 2014.г. на основу разматрања докумената сагласило са предлогом да се рад настави да би се истражило питање изводљивости сачињавања једног вишестраног инструмента у области родитељства и сурогат материнства.¹¹

Наиме, Претходни документ ЗБ из 2014¹² закључује да су ставови у погледу пожељности даљег рада на стварању вишестраног инструмента јасни због постојања практичних, прекограничних проблема чијем решавању би рад на међународном нивоу могао значајно допринети.¹³ Практични, прекогранични проблеми потичу из значајних разлика које постоје у унутрашњим правима држава у погледу установљавања правног оцинства, правног родитељства након поступака медицински потпомогнутог зачећа, али и родитељства у оквиру једнополних заједница; значајне разлике постоје и у националним међународним приватним правима држава, како у погледу међународне надлежности и меродавног права, тако и у погледу признања правног родитељства које је установљено у иностранству, а не постоје свеобухватна и глобална истраживања која би циљала унификацију правила међународног приватног права у овој области. Проблеми су нарочито акутни у контексту сурогат материнства.¹⁴ Стога би будући рад требало да буде усмерен ка постизању следећих циљева: (1) обезбеђивање правне сигурности и сигурног правног статуса деце и породица за које се везује инострани елемент; и (2) заштита права и добробити деце, родитеља и других страна које су укључене у поступке зачећа деце у околностима које садрже инострани елемент, и то у складу са установљеним стандардима људских права¹⁵ на гобалном плану.

⁹ Вид. код Бернадет Бордаш, „Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 81.

¹⁰ Вид. горе у уводу овог рада.

¹¹ Вид. http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf, 1. септембар 2014.

¹² Вид. fn 7 у овом раду.

¹³ Вид. тачку 31 Претходног документа ЗБ из 2014.

¹⁴ *Ibid.*, тачке 33-40.

¹⁵ Вид. шире о заштити људских права у контексту сурогат материнства код: Yasmine Ergas, „Thinking 'Through' Human Rights: The Need for Human Rights Perspective With Resp-

Међутим, даљи рад у оквиру Хашке конференције зависи и од процене да ли би у будућности било могуће постићи консензус о правно обавезујућем вишестраном инструменту у овој области, или о не-обавезујућим мерама које би имале значајан утицај на постојеће и идентификоване проблеме.¹⁶ Ту је реч о изводљивости пројекта, тј. о реалним шансама да се уложени рад оконча усвајањем вишестраног инструмента, имајући у виду различите приступе држава у погледу правног родитељства како у супстанцијалном, тако и у међународном приватном праву, а нарочито питање јавног поретка у овом контексту који је везан за културно и друштвено наслеђе и стварност сваке државе.¹⁷ Ослањајући се на одговоре пристигле Хашкој конференцији, у Претходном документу ЗБ из 2014 се указује на – општу, али не безрезервно – изражену спремност, флексибилност, и отвореност да се размотре многобројне различите опције да би се решили идентификовани проблеми на међународном нивоу.¹⁸ Констатује се, међутим, да су многи проблеми остали недоречени, те су због тога потребна даља разматрања, која би се обавила у оквиру експертске групе у непосредним контактима између њених чланова. Предлаже се, дакле, стварање експертске групе са циљем да се разјасне питања изводљивости у стварању вишестраног правно обавезујућег или не-обавезујућег инструмента у области родитељства и сурогат материнства.¹⁹ У вези са овим, Савет за општа питања је одлучио да се коначно изјашњавање изврши на састанку 2015. године.²⁰

3. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА О ДЕЈСТВИМА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА: СЛУЧАЈ МЕНЕСОН

Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд за људска права) донео је 26. јуна 2014. године две пресуде против Републике Француске у предметима који се тичу повреде права на поштовање породичног и приватног живота. Предмети су настали поводом одбијања да се у Француској

ect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy“, *International Surrogacy Arrangements* (eds. Katarina Trimmings, Paul Beaumont,) Oxford 2013, 427-435; Yasmine Ergas, „Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy“, *Emory International Law Review*, 1/2013, 117; John Tobin, „To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?“, *International and Comparative Law Quarterly*, 2/2014, 317.

¹⁶ Вид. тачку 31 Претходног документа ЗБ из 2014.

¹⁷ *Ibid.*, тачка 42.

¹⁸ *Ibid.*, тачке 43-67.

¹⁹ *Ibid.*, тачке 69-73.

²⁰ Вид. http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf, 1. септембар 2014.

изврши упис у матичне књиге рођених деце коју су у САД родиле сурогат мајке на основу споразума о сурогат материнству закључених између француских брачних парова и сурогат мајки. Реч је о пресудама у предметима Менесон (*Mennesson*) против Француске²¹ и Лабасе (*Labassée*) против Француске^{22, 23}. Иако конкретне чињенице у овим случајевима нису идентичне, Суд за људска права је одлучио да се по представкама Менесон и Лабасе поступа симултано²⁴ због истоветних спорних питања; пресуде су донесене од стране истог судског већа и истог дана. У овом тексту ћемо размотрити случај Менесон који је постао широко познат у француској јавности, као и међу онима који се баве овом проблематиком.

3.1. Чињенице

Брачни пар – француски држављани – Доминик и Силви Менесон и њихове близнакиње – држављанке САД – Валентина и Фиорела Менесон поднеле су представку Европском суду за људска права 6. октобра 2011. г. против Француске због повреде њихових права из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција за заштиту људских права).²⁵ Представка је уследила након што је Касациони суд Француске у априлу 2011.г. одбио жалбу брачног пара Менесон, у својству заступника својих малолетних близнакиња, против пресуде Апелационог суда у Паризу из 2010.г. којом је наложено поништење уписа у француске књиге грађанских стања чињенице рођења близнакиња у САД *као деце француског брачног пара*.²⁶ Брачни пар Менесон је у октобру 2000. године добио близнакиње које је донела на свет сурогат мајка из Калифорније на основу споразума са Менесоновима. Врховни суд Калифорније је 14. јула 2000.г. донео пресуду која утврђује да ће

²¹ *Affaire Mennesson c. France*, Requête No. 65192/11, Arrêt, Strasbourg, 26 Juin 2014, Cour Européennes des Droits de l'Homme (пресуда Менесон), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>, 1. септембар 2014.

²² *Affaire Labassée c. France*, Requête No. 65941/11, Arrêt, Strasbourg, 26 Juin 2014, Cour Européennes des Droits de l'Homme, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>, 1. септембар 2014.

²³ Ове две пресуде су прве које је Европски суд за људска права донео у предмету сурогат материнства; пред Европским судом за људска права су у току још два поступка: *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête No. 25358/12, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111159>, 1. септембар 2014., и *D. et R. c. Belgique*, Requête No. 29176/13, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139544>, 1. септембар 2014.

²⁴ Вид. тачку 3 Пресуде Менесон.

²⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 9/2003*.

²⁶ Вид. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html, 1. септембар 2014.

генетски отац деце коју сурогат мајка буде родила бити господин Менесон, а правна мајка госпођа Менесон, јер су деца зачета *in vitro* коришћењем семених ћелија господина Менесона и донираних јајних ћелија. На основу те пресуде близнакиње су уписане у матичне књиге у Калифорнији. Пошто је француски конзулат у Лос Анђелесу одбио да упише рођење близнакиња у матичну књигу, оне су стигле у Француску са својим родитељима као држављанке САД, чије држављанство су добиле на основу начела *ius soli*. Оне су 25. новембра 2002.г. на основу упутства правобраниоца уписане у француске књиге грађанских стања.²⁷ У мају 2003. г. правобранилац је покренуо поступак ради поништења уписа, који је 2011.г. окончан пред Касационим судом. Касациони суд је потврдио пресуду Апелационог суда у Паризу из 2010.г. да упис рођења близнакиња, који је извршен на основу иностраног извода из матичне књиге заснованог на иностраној пресуди, треба да буде поништен утолико што је калифорнијска пресуда од 14. јула 2000.г. у супротности са међународним јавним поретком Француске, јер садржи одредбе које вређају суштинска начела француског права, тј. начело неутуђивости људског тела и личног стања. Калифорнијска пресуда, наиме, даје дејство споразуму о сурогат материнству у погледу установљења порекла, а такав споразум је, иако пуноважан у иностранству, ништав и супротан јавном поретку у француском праву. Према Касационом суду поништење уписа извршеног у француским књигама – које, међутим, не значи да деца остају без порекла (материнства и очинства) које им калифорнијско право признаје, нити да их спречава да живе са господином Менесоном у Француској – не представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота деце према члану 8 Европске конвенције, нити вређа њихове најбоље интересе из чл. 3 ст. 1 Конвенције о правима детета²⁸. Последица пресуде Касационог суда јесте да лично стање близнакиња није признато у француском праву; да француски држављанин, господин Менесон, иако генетски отац деце, није признат као њихов отац и да француска држављанка, госпођа Менесон, није призната као њихова правна мајка. На тај начин близнакиње не могу да добију француско држављанство, без обзира на одредбу чл. 18 Грађанског законика, која прописује да је француски држављанин дете чији је један родитељ француски држављанин. Без обзира на одлуку Касационог суда и њене последице, господин Менесон је у априлу 2013.г. надлежним органима поднео захтев за издавање уверења о држављанству близнакиња. У октобру

²⁷ Вид. детаљније Бернадет Бордаш, „Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 4/2012, 97.

²⁸ *Ibid.*, 109.

2013.г. и марту 2014.г. надлежни службеник је издао обавештење о томе да је поступак у току и да се чека повратна информација о аутентичности података коју би требало да достави француски конзулат у Лос Анђелесу.²⁹

3.2. Представка Европском суду за људска права

Брачни пар Менесон и близнакиње Менесон у представи Суду тврде да је Француска повредила њихова права утврђена Европском конвенцијом за заштиту људских права, и то на следећи начин: (1) онемогућавањем да у Француској, у супротности са најбољим интересима детета, буду у могућности да добију признање порекла, односно везе између родитеља и детета, мада је порекло пуноважно установљено у иностранству између брачног пара, с једне стране, и близнакиња, које су рођене у иностранству у оквиру споразума о сурогат материнству, с друге стране, што представља повреду њиховог права на поштовање приватног и породичног живота³⁰ из члана 8³¹; (2) онемогућавањем да се у Француској добије признање њиховог порекла, близнакиње у остваривању свог права на поштовање породичног живота трпе дискриминацију у односу на другу децу која су рођена након коришћења техника биолошки потпомогнутог зачећа донирањем јајних ћелија и чији су биолошки (генетски) очеви познати, с једне стране, а с друге стране трпе дискриминацију и у односу на децу која су рођена у иностранству у оквиру споразума о сурогат материнству а чији изводи из матичних књига рођених су уписани од стране службеника грађанских стања – што, у комбинацији са правом из члана 8 представља повреду забране дискриминације из члана 14;³² (3) подносиоци представке су се жалили на неправичност поступка у којем су француски судови одбили да признају дејства пресуде калифорнијског суда од 14. јула 2000.г. истичући несразмерност таквог одбијања, непостојање разумног образложења и околност да је

²⁹ Вид. тачку 28 пресуде Менесон.

³⁰ *Ibid.*, тачка 48.

³¹ Члан 8 Европске конвенције за заштиту људских права гласи: „1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. 2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“

³² *Vid.* тачку 103 пресуде Менесон; члан 14 Европске конвенције за заштиту људских права гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.“

правобранилац поступио непоштено када је наложио упис извода из матичних књига рођених, да би након тога захтевао поништење уписа³³ – позивајући се на чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права³⁴; (4) подносиоци представке истичу повреду права на заснивање породице, које је елемент права на брак, а повреда произлази из одбијања надлежних органа да признају пуноважно установљено порекло између брачног пара Менесон и њихових близнакиња које је донела на свет сурогат мајка у иностранству;³⁵ ова повреда има свој основ у члану 12 Европске конвенције за заштиту људских права.³⁶

Европски суд за људска права прогласио је прихватљивим захтев у погледу права на поштовање породичног и приватног живота горе наведен под бројем (1)³⁷ и одлучио да не постоји повреда права на поштовање породичног живота подносилаца представке, али да постоји повреда права на поштовање приватног живота близнакиња³⁸; прихватљивим је прогласио и захтев наведен под (2)³⁹, али пошто је утврдио повреду права на поштовање приватног живота близнакиња на основу чл. 8 није сматрао непоходним да посебно испита повреду чл. 14 у комбинацији са чл. 8;⁴⁰ Европски суд је, међутим прогласио неприхватљивим захтеве наведене под бројем (3)⁴¹ и (4)⁴².

3.3. Пресуда Европског суда за људска права

Појам њородичној и њривајној живојиа. – Суд се најпре изјаснио о питању да ли чињенице случаја Менесон потпадају под појам приватног и породичног живота из чл. 8 Конвенције. Да би чл. 8 могао да буде примењен мора да постоји породица, тј. *de facto* породични односи између детета и заинтересованих лица у конкретној ситуацији, без обзира на то да ли је према унутрашњем праву установљена, односно призната правна веза

³³ Вид. тачку 109 пресуде Менесон.

³⁴ Чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права гласи: „1. Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.“

³⁵ Вид. тачку 111 пресуде Менесон.

³⁶ Чл. 12 Европске конвенције за заштиту људских права гласи: „Мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права.“

³⁷ Вид. тачку 47 пресуде Менесон.

³⁸ *Ibid.*, тачке 101 и 102.

³⁹ *Ibid.*, тачка 104.

⁴⁰ *Ibid.*, тачка 108.

⁴¹ *Ibid.*, тачка 110.

⁴² *Ibid.*, тачка 112.

између њих.⁴³ У случају Менесон није спорно да се брачни пар од дана рођења близнакиња стара о њима као о својој деци и да се њихов заједнички живот ни у чему не разликује од породичног живота у уобичајеном смислу речи. Суд се изјаснио и о појму приватног живота који укључује не само физичке већ и друштвене аспекте идентитета, позивајући се на своју праксу⁴⁴, према којој право на идентитет чини интегрални део појма приватног живота: порекло одређује сваког појединца, а немогућност да се установи правна веза између детета и биолошког (генетског) родитеља није у складу са правом на поштовање приватног живота; то право тражи да свако буде у стању да установи детаље свог идентитета као људског бића, а овлашћење појединца на такву информацију има значаја за развој његове личности.⁴⁵ У том смислу Суд сматра да постоји директан однос између приватног живота деце коју је родила сурогат мајка и правног одређивања њиховог порекла.⁴⁶

Мешање државе у њено право на поштовање приватног и породичног живота. – Суд је прихватио тврдњу подносилаца представке да одбијање француских органа да по француском праву признају постојање породичне везе представља мешање у њихово право на поштовање породичног живота и оно поставља питање негативних обавеза тужене државе према чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права. То мешање је повреда чл. 8, осим ако је оно у складу са законом, ако служи легитимним циљевима одређеним у другом ставу тог члана и ако је оно, ради постизања тих циљева, неопходно у демократском друштву; појам неопходности подразумева да мешање представља одговор на акутне друштвене потребе и да је сразмерно постизању постављених легитимних циљева.⁴⁷

Европски суд за људска права је нашао да је мешање тужене државе у складу са законом: његов основ се налази у унутрашњем праву – пропис је доступан и последице његове повреде су предвидљиве.⁴⁸ Чл. 16-7 и 16-9 Грађанског законика⁴⁹ изричито прописују ништавост споразума о сурогат

⁴³ *Ibid.*, тачка 45 пресуде Менесон, у којој се Суд позива на своје пресуде у случајевима X, Y et Z c. Royaume-Uni, Requête No. 21830/93, тачке 36-37 пресуде од 22. априла 1997.г. и Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, Requête No.76240/01, тачка 117 пресуде од 28. јуна 2007.г.

⁴⁴ Случајеви Mikulić c. Croatie, Requête No. 53176/99, тачка 53 пресуде од 7. фебруара 2002.г. и Jäggi c. Suisse, Requête No. 58757/00, тачка 37 пресуде од 13. јула 2006.г.

⁴⁵ Вид. тачку 54 пресуде Mikulić.

⁴⁶ Вид. тачку 46 пресуде Менесон.

⁴⁷ *Ibid.*, тачке 48-49.

⁴⁸ *Ibid.*, тачка 57.

⁴⁹ Члан 16-7 Грађанског законика Француске гласи: „Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.“, а члан 16-9: „Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.“, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=>

материнству и проглашавају те одредбе одредбама јавног поретка у Француској. Иако се француски Касациони суд није генерално изјашњавао о питању признања по француском праву породичног односа између намераваних родитеља и деце коју сурогат мајка донесе на свет у иностранству, у једном случају у својој пракси је појаснио да споразум о сурогат материнству вређа начела неутуђивости људског тела и личног стања лица; такође се изјаснио о томе да је такав споразум сметња успостављању правне везе између детета и намераване мајке, као и упису чињенице рођења детета у иностранству у таквим околностима у књиге грађанских стања. У складу с тим следи да је ситуација створена у случају Менесон прописана законом, а судска пракса Касационог суда такође показује да је пресуда калифорнијског суда од 14. јула 2000.г. супротна француском поимању јавног поретка, због тога што даје дејство споразуму о сурогат материнству, те је упис у француске књиге грађанских стања извршен у овим околностима морао да буде поништен. Према Европском суду за људска права подносиоци представке нису могли да игноришу постојање озбиљног ризика да ће француски судија у случају какав је њихов *одлучиѣи у складу са ѣосѣојеђим ѣравом и ѣраксом*, чак и ако ниједна одредба унутрашњег права не представља изричито сметњу признању порекла између подносилаца представке.⁵⁰

Европски суд за људска права прихватио је да мешање служи *леѣиѣимном циљу*: непризнавањем везе порекла између намераваних родитеља и деце коју сурогат мајка донесе на свет у иностранству Француска жели да обесхрабри своје држављане да у иностранству прибегну начину потпомогнутог зачећа који је забрањен на њеној територији, а та забрана има за циљ заштиту детета и сурогат мајке.⁵¹ Тај циљ се може подвести под заштиту здравља и заштиту права и слобода других из чл.8 ст. 2 Конвенције за заштиту људских права.⁵²

Процена да ли је мешање у право на поштовање приватног и породичног живота, које је Француска извршила у случају Менесон, *неоѣходно* у демократском друштву треба да одговори на питање да ли је право из чл. 8 повређено или није. Какво ће бити то мешање препуштено је слободној процени државе, али та процена подлеже контроли Европског суда за људска права, који испитује да ли је мера којом држава, према својој слободној процени, ограничава неко индивидуално право, сразмерна колектив-

F83EB50D4494C44477EB49DCE96A10E3.tpdjo02v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136059 &cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20121124, 1. септембар 2014.

⁵⁰ Вид. тачке 57-58 пресуде Менесон.

⁵¹ О томе види више у студији Conseil d'État од 9 априла 2009.г., у тачки 37 пресуде Менесон.

⁵² Вид. тачке 61-62 пресуде Менесон.

ном циљу који се жели постићи.⁵³ Европски суд за људска права је подсетио да поље слободне процене које државе уживају зависи од околности случаја, области и контекста, као и од тога да ли међу правним системима држава чланица Савета Европе постоји или не постоји заједнички имени-тељ у том погледу: ако консензус не постоји, било у погледу важности неког интереса, било о најбољем начину његове заштите, а нарочито ако је реч о случајевима који се тичу осетљивих моралних или етичких питања – поље слободне процене је широко; ако је, међутим, реч о неком нарочито важном аспекту постојања или идентитета појединца – поље слободне процене државе је уско.⁵⁴ Имајући у виду да су ставови појединих држава⁵⁵ у погледу допуштености сурогат материнства, као и у погледу признавања или непризнавања порекла између детета кога је родила сурогат мајка у иностранству и намераваних родитеља веома различити, и да покрећу осетљива етичка питања, државе би требало да имају *широко поље слободне процене*. Суд, међутим, истиче да је у случају порекла (утврђивања или признавања родитељства) реч о „*суштинском аспектју идентитета појединца*“ те је неопходно сузити поље слободне процене државе.⁵⁶ Европски суд за људска права ће испитати да ли мере ограничења неког права, које држава предузима према својој слободној процени која јој је остављена, одражавају *правичну равнотежу* између интереса државе и појединаца који су том мером непосредно погођени. При томе ће Европски суд водити рачуна о суштинском начелу најбољег интереса детета увек када је реч о ситуацији детета.⁵⁷ Европски суд констатује да забрана сурогат материнства, која је резултат етичког избора француског законодавца, у околностима случаја Менесон, доводи до позивања на клаузулу јавног поретка као механизма својственог међународном приватном праву (у поступку признања калифорнијске пресуде која установљава везу родитеља и детета између Менесонових и близнакиња које је родила сурогат мајка на основу споразума о сурогат материнству). У том склопу се за Европски суд поставља питање да ли су француски судови приликом примене механизма међународног јавног поретка водили рачуна о потреби да се успостави правична равнотежа „између интереса заједнице да обезбеди да њени чланови прихвате избор који је у тој заједници учињен на демократски начин и ин-

⁵³ Вид. код George Letsas, „Two Concepts of the Margin of Appreciation“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 4/2006, 705.

⁵⁴ Вид. тачку 77 пресуде Менесон.

⁵⁵ Вид. код Б. Бордаш (2012); Бернадет Бордаш, „Питања биомедицински потпомогнутог оплођења пред Европским судом за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2011, 313.

⁵⁶ Вид. тачку 80 пресуде Менесон.

⁵⁷ *Ibid.*, тачка 81.

тереса подносилаца представке – укључујући најбољи интерес деце – да у пуној мери уживају право на поштовање њиховог приватног и породичног живота“.⁵⁸

3.3.1. Повреда ѣрава на ѣошћовање ѣриватној живошћа ѣодносилаца ѣредсћавке

Да би одговорио на питање да ли су последице мешања државе у право на поштовање приватног живота свих четворо подносилаца представке, које се огледа у непризнавању односа родитеља и детета у француском праву, сразмерне тешкоћама којима су подносиоци представке изложени због те чињенице, Европски суд за људска права је размотрио тврдње обе стране. Према подносиоцима представке непоседовање извода из француских матичних књига о грађанском стању има за последицу да у свим ситуацијама у којима приступ неком праву или коришћење неке услуге захтева доказ о пореклу (установљеном односу родитеља и детета) они морају да поднесу америчке изводе пропраћене службеним преводом; такве тешкоће их прате приликом укључивања близнакиња у систем социјалног осигурања, у школску кантину или приликом предаје захтева за финансијску помоћ из фондова за породичне додатке; непризнавање француског држављанства због чињенице да није утврђено порекло близнакиња ни према једном од родитеља (који су иначе француски држављани) може да изазове тешкоће приликом промене места становања породице, као и у погледу права на боравак близнакиња када буду постале пунолетне што може да утиче на стабилност нуклеарне породице; подносиоци представке су такође изнели своју забринутост о могућности одржавања породичног живота између намераване мајке и близнакиња у случају смрти намераваног оца или у случају развода брачног пара, пошто намеравана мајка нема генетску везу са децом, признање њеног статуса правне мајке у француском праву се ни не поставља.⁵⁹ Суд за људска права је изразио став да *ѣошћенцијалне* тешкоће на које су подносиоци представке указали ма колико биле значајне, морају да буду одређене у односу на практичне, стварне тешкоће које се морају превазићи због непризнавања односа родитеља и детета према француском праву. Суд у овом контексту сматра да подносиоци не истичу да су тешкоће које наводе биле несавладиве, нити су показали да недобијање признања њиховог односа према француском праву представља препреку уживању њиховог права на поштовање породичног живота у Француској. Напротив, Европски суд констатује да су Менесонови, убрзо након рођења близнакиња, сви четворо дошли у Француску као место њи-

⁵⁸ *Ibid.*, тачка 84.

⁵⁹ *Ibid.*, тачке 88-91.

ховог становања, где воде породични живот под условима који се, генерално посматрано, могу упоредити са условима у којима живе друге породице. Такође, нема разлога за бојазан да постоји опасност да их француске власти раздвоје због њиховог статуса у француском праву.⁶⁰ Суд је у овом склопу размотрио и чињеницу да је Касациони суд Француске подвукао да поништење уписа у француским књигама не спречава близнакиње да живе са намераваним родитељима (брачним паром Менесон у Француској) и да су француске судије процениле да практичне тешкоће с којима се подносиоци представке могу сусрести у породичном животу у условима у којима француско право не признаје однос родитеља и детета који је установљен у иностранству не прелазе границе које намеће поштовање чл. 8 Европске конвенције.⁶¹ Европски суд за људска права је на крају закључио, имајући у виду конкретна дејства непостојања признања односа родитељи – деца према француском праву и поље слободне процене Француске у датом случају, да ситуација која произлази из закључака Касационог суда у конкретном случају *одражава њравичну равнотјежу* између интереса подносилаца представке и интереса државе у погледу права на поштовање породичног живота.⁶²

3.3.2. Повреда њрава на њошћовање њриватњој живоѡја близнакиња Менесон

Европски суд је у својој анализи пошао од констатације да поштовање приватног живота захтева да свако може да установи детаље свог идентитета као људског бића, што свакако обухвата и установљење порекла као суштинског аспекта идентитета појединца. Француско позитивно право, међутим, ствара за близнакиње (подносиоце представке) у овом погледу правну несигурност. Она потиче из чињенице да Француска – иако не игнорише да су близнакиње деца брачног пара Менесон што утврђује пресуда калифорнијског суда и на њему заснован амерички извод из књиге грађанских стања – одбија да им призна такво својство у свом правном систему: таква контрадикција поткопава идентитет близнакиња у француском друштву.⁶³ Суд такође наводи да је и држављанство елемент идентитета појединца, а чињеница да је ситуација близнакиња у погледу добијања француског држављанства несигурна, без обзира на то што им је билошки отац Француз, негативно утиче на одређивање њиховог идентитета. Уколико близнакиње као деца брачног пара Менесон, нису француске др-

⁶⁰ *Ibid.*, тачка 92.

⁶¹ *Ibid.*, тачка 93.

⁶² *Ibid.*, тачка 94.

⁶³ *Ibid.*, тачке 95-96.

жављанке, та чињеница утиче на њихова наследна права према њима – оне се сматрају трећим лицима која могу да наследе само као легатари што је мање повољно за њих. Ова ситуација се односи и на намеравану мајку, и на намераваног оца као билошког оца.⁶⁴

Европски суд посебно наглашава да је прихватљив став Француске да обесхрабри своје држављане да у иностранству прибегну сурогат материнству које је забрањено, и да из тога следе последице као у случају Менесон, али се последице не ограничавају само на намераване родитеље, већ и на саму децу и на њихово право на поштовање приватног живота, на које се врши значајан утицај због немогућности да се установи суштина идентитета која укључује и порекло. Стога се поставља озбиљно питање усклађености ситуације са најбољим интересима детета које је руководно начело у свим одлукама које се тичу детета. Анализа Европског суда посебно истиче значај околности да је намеравани отац уједно и билошки отац деце. Билошко порекло је део идентитета појединца, те се не може сматрати да је у интересу детета да остане без такве правне везе када је та биолошка веза установљена, а дете и родитељ захтевају њено признање. Европски суд за људска права стога сматра да је „с обзиром на последице оваквих озбиљних ограничења у погледу идентитета и права на поштовање приватног живота трећег и четвртог подносиоца представке (близнакиња – прим. аутора), која представљају препреку признању и успостављању њиховог порекла према билошком оцу у унутрашњем праву, тужена држава прекорачила границе које јој дозвољава поље њене слободне процене“.⁶⁵

Европски суд за људска права је, дакле, пресудио да не постоји повреда чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права у погледу права на поштовање приватног живота брачног пара Менесон и њихових близнакиња које је родила сурогат мајка у иностранству, али да постоји повреда у погледу права на приватни живот близнакиња. Пресуда није коначна, обе стране имају право да се обрате Великом већу у року од три месеца. Уколико се Француска не обрати Великом већу, пресуда постаје коначна и Француска је обавезна да поступи по њој. Француски дневни лист Л’Монд (*Le Monde*) је пренео изјаву министарке правде Кристиан Тобира (*Christiane Taubira*) да држава намерава да призна очинство деце коју у иностранству роди сурогат мајка почев од 26. јуна 2014.г. али неће укинути забрану која се односи на праксу сурогат материнства.⁶⁶

⁶⁴ *Ibid.*, тачке 97-98.

⁶⁵ *Ibid.*, тачке 99-100.

⁶⁶ http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/06/27/gpa-pma-quel-sera-l-impact-de-la-decision-de-la-cedh-sur-le-droit-francais_4446718_3224.html, 1. септембар 2014.

4. СУД ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ДЕЈСТВИМА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Суд Европске уније (у даљем тексту: Суд ЕУ) је 18. марта 2014.г. до-нео, у поступку за претходно одлучивање на основу члана 267 Уговора о функционисању ЕУ, две пресуде које се односе на захтеве намераваних мајки да им се призна плаћено породилско одсуство. То су предмети Ц.Д. против С.Т. (предмет Ц-167/12)⁶⁷ и З. против Одељења Владе и Управног одбора једне државне школе (предмет Ц-363/12)⁶⁸. Обе пресуде су прогласиле да признавање породилског одсуства намераваним мајкама којима су сурогат мајке родиле децу не потпада под право уније, иако је та питања Суд ЕУ разматрао са аспекта различитих извора права уније.⁶⁹ На овом месту ћемо размотрити случај Ц.Д. против С.Т.

4.1. Чињенице предмета Ц.Д. против С.Т.

Захтев за претходно одлучивање потекао је из поступка између госпођице Ц.Д. и њеног послодавца Националног фонда за здравство (у даљем тексту: Фонд), поводом одбијања Фонда да јој одобри плаћено одсуство као намераваној мајци детета које је требало да донесе на свет сурогат мајка. Према чињеницама битним за поступак⁷⁰ Ц.Д. је склопила споразум о сурогат материнству, у складу са Законом оплођивању и хуманој ембриологији из 2008.г. Уједињеног Краљевста Велике Британије и Северне Ирске. Дете је зачето са семеним ћелијама партнера Ц.Д., али јајна ћелија није била њена; она у дотично време није била трудна. Дете је рођено у августу 2011.г., Ц.Д. је један сат после рођења детета почела да се стара о њему и да га доји. Она и њен партнер су на основу решења надлежног суда добили родитељску одговорност и уписани су у матичну књигу као правни родитељи. Ц.Д. је још пре рођења детета, у марту 2011. поднела захтев свом послодавцу за одобрење плаћеног одсуства, али ни унутрашње право УК, ни акти Фонда не прописују плаћено одсуство за намераване мајке у

⁶⁷ Предмет C-167/12, C.D. v S.T., пресуда од 18. марта 2014.г., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0167&rid=2>, 1.септембар 2014.

⁶⁸ Предмет C-363/12, пресуда од 18. марта 2014.г., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0363&rid=2>, 1.септембар 2014.

⁶⁹ У предмету Ц-167/12 питање је у првом реду размотрено са аспекта Директиве 92/85 о увођењу подстицајних мера ради побољшања сигурности и здравствене заштите трудница, породилца или дојиља, а у предмету Ц-363/12 са аспекта Директиве 2006/54 о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког поступања према мушкарцима и женама у материји запослења и занимања и Директиве 2000/78 о установљењу општег оквира за једнако поступање у запошљавању и обављању занимања.

⁷⁰ Види тачке 18-27. пресуде у случају Ц.Д. против С.Т.

случају споразума о сурогат материнству. Ц.Д. се ослонила на на ранију изјаву Фонда да ће се, у случају потребе, овакви захтеви решавати *јојединачно* у смислу правила која се односе на породилско одсуство, односно одсуство у случају усвојења детета. У свом формалном захтеву Ц.Д. је тражила одобрење плаћеног одсуства које замењује породилско одсуство у случају споразума о сурогат материнству које – према њеном ставу – одговара одсуству у случају усвојења детета, с тим да она није могла да поднесе уверење о подобности за усвојење, јер није учесник поступка за усвојење. Послодавац је одбио њен захтев и навео да би она имала право на плаћено одсуство да је усвојила дете, али пошто то није случај „на основу права јој не припада плаћено одсуство у вези са сурогат материнством“.⁷¹ Ц.Д. се после овога обратила 7. јуна 2011.г. Суду за радне односе због дискриминације по основу пола и/или трудноће и материнства на основу права УК, као и због тога што је стављена у неповољан положај због трудноће и материнства и жеље да користи редовно или допунско породилско одсуство. Она је, такође, истакла да је одбијање њеног захтева у супротности са одредбама Директиве 92/85/ЕЕЗ о увођењу подстицајних мера ради побољшања сигурности и здравствене заштите трудница, породиља или дојила (у даљем тексту: Директива 92/85).⁷² Неколико дана после покретања судског поступка Фонд је на основу свог дискреционог права одлучио да одобри захтев Ц.Д. за плаћено одсуство према условима који се односе на одсуство везано за усвојење. Ц.Д. није повукла свој тужбени захтев, с образложењем да јој је послодавац одобрио одсуство на основу дискреционог права, а тиме правно стање остаје неразјашњено за будућност.⁷³

4.2. Питање упућено Суду ЕУ

Надлежни национални суд за радне односе УК упутио је, између осталог, захтев Суду ЕУ ради тумачења чл.1 ст. 1, чл. 2 т.ц, чл. 8 ст.1 и чл.11 ст.2 т.б Директиве 92/85. Ова Директива, наиме, прописује да је њен циљ да се уведу мере које ће подстаћи побољшање сигурности и здравља трудних радника и радника који су се недавно породили или који доје дете (чл.1 ст. 1); да за циљеве примене Директиве радник који доји дете подразумева радника који доји дете у смислу одређеном према националном

⁷¹ *Ibid.*, тачка 21.

⁷² Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, Сл.Л. 1992 Л 348.

⁷³ Вид. тачку 25 Мишљења правобраниоца Kokott (Кокот) од 26. септембра 2013, <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CC0167&rid=1#Footnote 6>, 1. септембар 2014.

праву или пракси и који о таквом свом стању обавести послодавца у складу са националним правом или праксом (чл.2 т.ц); да чл. 8 ст. 1 и 2 под називом Породиљско одсуство прописује „државе чланице ће предузети неопходне мере да би обезбедиле да радници из чл. 2 буду овлашћени на породилско одсуство у непрекинutom трајању од најмање 14 недеља у периоду пре и/или после порођаја у складу са националним правом и праксом“ (ст. 1) и да породилско одсуство мора да обухвати обавезно одсуство од најмање две недеље пре и/или после порођаја у складу са националним правом и праксом (ст. 2); да у случајевима из чл. 8 мора да се обезбеди очување зараде радника из чл. 2, односно њихово право на накнаду (чл. 11 ст.2 т. б).

Најважније питање у контексту дејстава сурогат материнства које је упућено Суду ЕУ своди се, у суштини, на следеће: „... да ли Директиву 92/85 треба тумачити тако да она значи да је намеравана мајка, која је добила дете на основу споразума о сурогат материнству, овлашћена на породилско одсуство из чл. 8 те директиве, а нарочито у околностима у којима намеравана мајка може да доји после рођења детета или у којима у стварности доји дете“.⁷⁴

4.3. Пресуда Суда ЕУ

Суд ЕУ је у својој анализи пошао од *циља* Директиве 92/85, који се заснива на чл. 153 Уговора о функционисању ЕУ, израженог као подстицање побољшања безбедности и здравља трудних радника и радника који су се недавно породили или оних који доје дете.⁷⁵ У преамбули Директиве се истиче да се наведени радници сматрају специфичном ризичном групом, стога се морају подузети мере из чл. 8 ст. 1; Суд истиче, ослањајући се на своју ранију праксу, да је право на породилско одсуство које се признаје трудном раднику нарочито важан механизам заштите у оквиру *радној права*, и да због тога законодавство ЕУ сматра да фундаменталне промене у условима живота наведених лица у периоду од најмање 14 недеља које претходе или следе после рођења детета дају легитиман основ за суспендовање њиховог запослења.⁷⁶ Породилско одсуство има намену да заштити биолошко стање жене за време и после трудноће као и да заштити специјални однос између жене и њеног детета у периоду који наступа после трудноће и порођаја, тако што ће спречити да тај однос буде поремећен теретом који доноси са собом истовремено обављање професије. Ослањајући

⁷⁴ Вид. тачку 28 пресуде Суда ЕУ у случају Ц-Д. против С.Т.

⁷⁵ *Ibid.*, тачка 29.

⁷⁶ *Ibid.*, тачка 30-32.

се на текст чл. 8 који изричито упућује на порођај и на своју одговарајућу праксу, Суд извлачи закључак да је циљ породилског одсуства заштита здравља *мајке* детета у специјално рањивој ситуацији која произлази из њене трудноће. Суд такође наглашава да је породилско одсуство намењено и томе да заштити специјални однос између мајке и детета, али тај циљ се тиче само периода *после ѣрудноће и ѣорођаја*.⁷⁷ Стога, следи да одобравање породилског одсуства према чл. 8 Директиве 92/85 претпоставља да је радница која има право на одсуство *била ѣрудна и да је родила дејше*, а Ц.Д. у релевантно време није била трудна.⁷⁸

Суд ЕУ је закључио да радница, која је намеравана мајка детета, кога је сурогат мајка родила за њу, не потпада под поље примене чл. 8 Директиве 92/85, чак ни у околностима у којима би она могла да доји дете након његовог рођења или у којима она то дете стварно доји. Произлази, да *државе чланице ЕУ немају обавезу да ѣаком раднику обезбеде ѣраво на ѣородилско одсуство*.⁷⁹ Међутим, имајући у виду да директива поставља минималне захтеве, она ни на који начин не искључује право држава чланица да примењују или усвоје такве прописе који би били повољнији за заштиту сигурности и здравља намераваних мајки тако што ће им омогућити коришћење породилског одсуства када им сурогат мајка роди дете.⁸⁰

За разлику од ове пресуде у којој се Суд ЕУ стриктно држи језичког тумачења појмова и поља примене Директиве 92/85 у складу са њеним циљем, и то у контексту радног права, а не права о односима између родитеља и деце и најбољег интереса детета, правобранилац Кокот је у свом мишљењу⁸¹ изразила став да намеравана мајка има право на породилско одсуство у сваком случају када преузима бригу о детету после његовог рођења, ако је сурогат материнство дозвољено у конкретној држави чланици и ако су испуњени услови прописани националним правом чак и у случајевима у којима намеравана мајка не доји дете после његовог рођења.⁸² Према аргументима правобраниоца Директива 92/85 може да се прошири на намераване мајке које доје дете кога је сурогат мајка донела на свет, иако њено језичко тумачење не даје томе основа, јер је директива створена у време када сурогат материнство није било учестало као у савременим условима; поред тога породилско одсуство има за циљ и да заштити специјални однос између мајке и детета после доласка детета на свет ради ус-

⁷⁷ *Ibid.*, тачка 33-36.

⁷⁸ *Ibid.*, тачка 37-39.

⁷⁹ *Ibid.*, тачка 40.

⁸⁰ *Ibid.*, тачка 42.

⁸¹ Вид. горе, *fn.* 73.

⁸² Вид. тачку 90 Мишљења правобраниоца Кокот.

постављања и развоја односа између њих, који обухвата и негу детета и одговорност мајке за најбољи интерес детета. Пошто сурогат мајка роди дете намеравана мајка преузима њено место и од тог момента надаље она мора да има једнака права која би иначе имала сурогат мајка као жена која је родила дете, без обзира на то да ли сурогат мајка доји дете или не.⁸³

5. ЗАКЉУЧАК

Све три тематске јединице у овом раду показују да је сурогат материнство појава у савременом свету која се не може игнорисати, али због различитих схватања и решења у правним системима индивидуалних држава постојећи проблеми и тешкоће не могу лако да се превазиђу.

Хашка конференција за међународно приватно право је на основу обимног истраживања и израде „Студије о правном родитељству и питањима која произлазе из аранжмана о међународном сурогат материнству“ у Претходном документу „Пожељност и изводљивост даљег рада на Пројекту о родитељству/сурогат материнству“ закључила да је потпуно јасно да је даљи рад у циљу проналажења решења за проблеме и тешкоће у области правног родитељства и сурогат материнства са прекограничним дејствима пожељан. Међутим, у погледу изводљивости, тј. процене о реалним шансама да се уложени рад оконча усвајањем вишестраног инструмента, нема јасних и усклађених ставова, те су потребна додатна истраживања и проучавања која би била у надлежности будуће експертске групе. Изјашњавање о овоме одложено је за 2015. годину.

Судска пракса два наднационална суда у првом реду показује да, због разлика у правима држава чланица оних организација којима ти судови припадају, не постоји пуна спремност за такво тумачење извора права тих организација које би допринело решавању проблема дејстава сурогат материнства. Суд Европске уније установио је у две своје пресуде да питање породилског одсуства намераване мајке не потпада под право уније. Европски суд за људска права пресудио је, такође у две своје пресуде, да одбијање уписа у француске књиге грађанских стања правног родитељства деце коју је сурогат мајка донела на свет у иностранству не представља повреду права на поштовање породичног живота родитеља и деце, јер у погледу сурогат материнства државе уживају широко поље слободне процене. Овај Суд је, међутим, пресудио да је повређено право на поштовање приватног живота деце коју је донела на свет сурогат мајка, јер неуписивање правног родитељства њиховог генетског

⁸³ *Ibid.*, тачке 43-48.

оца у националне књиге грађанских стања продире у право на идентитет деце, а у том погледу је поље слободне процене држава уско. Из тих пресуда следи да су државе слободне у регулацији сурогат материнства у свом унутрашњем праву у складу са својим интересима, али су обавезне да децу рођену у оквиру споразума о сурогат материнству третирају у складу са њиховим најбољим интересима, што је са аспекта кохерентности унутрашњег права државе противречно.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

On the Need of Regulating Surrogacy: Recent Case Law and Activities in 2014

***Abstract:** The paper discusses three important events for a future possible international instrument on surrogacy with cross-border effects. The Hague Conference document “The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project”, the first two judgments of the European Court of Human Rights on the effects of cross-border surrogate motherhood and two judgments of the Court of the European Union on the right of intended mothers to maternity leave suggest that international regulation of the issues is desirable, but large differences between internal laws of states require further study on the possibility of reaching a consensus to draw up and accept a binding or not-binding multilateral instrument on the subject matter. The *Menesson v France* ECHR judgment is particularly important, because it establishes violation of the right to respect private life of children who were given birth by a surrogate mother, and creates by this a contradiction between the margin of appreciation of a respective State and the principle of best interests of the child.*

***Key words:** surrogate mother, human rights, best interests of children, EU law, Hague Conference on Private International Law, *Menesson* judgment*

