

Doc. dr. sc. Mirela Župan, docentica na Katedri za međunarodno privatno pravo,
Pravni fakultet Osijek
Prof. dr. sc. Vjekoslav Puljko, izvanredni profesor na Katedri za međunarodno privatno pravo,
Pravni fakultet Osijek
Marko Sukačić, raniji student, Pravni fakultet Osijek

Izvorni znanstveni rad
UDK: 364.6-055.52-
055.2

MEĐUNARODNI UGOVORI O ZAMJENSKOM MAJČINSTVU – NESTAJE LI PARADIGMA MATER SEMPER CERTA EST?

Sažetak: *Pravo je korektiv i okvir društvenim pojavama svoga vremena. Stoga pravno promišljanje ne smije ostati indiferentno prema društvenim pojavama koje prate njegovu suvremenost: danas je poglavito tomu tako kada govorimo o prakticiranju medicinskih postupaka poput zamjenskog majčinstva. Naša su promišljanja usmjerena k pravnom okviru u kojemu se u pravilu prakticira zamjensko majčinstvo: međunarodno obilježeni ugovorni odnos te, posljedično, problematika priznanja stranih isprava i statusa stečenoga u inozemstvu. Preduvjet je tomu poznavanje materijalno-pravnih prilika nacionalnih zakonodavaca i sudske prakse, pa stoga ova rasprava: 1) definira ključne pojmove i temeljnu problematiku zamjenskoga majčinstva; 2) daje usporedni pregled odabranih nacionalnih zakonodavstava grupirajući ih u ona: a) koja eksplicitno zabranjuju sporazume o zamjenskom majčinstvu, b) koja ostavljaju pitanje nereguliranim; c) koja eksplicitno dozvoljavaju zamjensko majčinstvo, te u konačnici d) koja imaju liberalan stav prema sporazumima o zamjenskom majčinstvu; 3) predstavlja najznajnije primjere i stavove sudske prakse kako nacionalnih sudova tako i Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde; 4) polemizira o mogućoj unifikaciji konvencijskog prava u okvirima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo kao i o sukobljenim temeljnim ljudskim pravima aktera sporazuma o zamjenskom majčinstvu. Ova je rasprava početak šire diskusije o brojim pitanjima međunarodno obilježenog sporazuma o zamjenskom majčinstvu.*

Ključne riječi: zamjensko majčinstvo, ljudska prava, međunarodno privatno pravo.

1. UVODNA PROMIŠLJANJA

Živimo u vremenu konstantnih promjena i napretka znanosti i tehnologija, posebice na području medicine. Stoga bi realnost postojanja i prakticiranja medicinskih postupaka poput *in vitro* oplodnje ili pak zamjenskog majčinstva¹ bilo besmisleno i neodgovorno negirati i u pravnom promišljanju. Činjenica je da pravo uvijek „kaska“ za društvenim pojavama koje treba regulirati, što proizlazi iz prirodnog slijeda događaja: društvene pojave se događaju, njihova učestalost se povećava, slijede nemoralni pokušaji zlouporabe pravnih praznina u pogledu tih društvenih po-

¹ „In vitro fertilization (IVF)“ je postupak spajanja ženske jajne stanice i sperme u laboratoriju, „izvan tijela“. Enciklopedija medicinskih pojmova Medline Plus: <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/007279.htm>>, 30.1.2013.

java, potom prepoznavanje problema od strane države te ponekad prvotno negacija (tj. apsolutna zabrana), a kao posljednji stadij, njegova pravna regulacija. Pokušamo li ovaj tijek događanja primijeniti na zamjensko majčinstvo, ovaj će rad ukazati na činjenicu da su danas države uglavnom na razini negiranja problema ili njegovom prepoznavanju, iako postoji i određeni broj država koje su pravno regulirale ovu društvenu pojavu.

Nesumljivo je da prakticiranje zamjenskog majčinstva postaje globana pojava, kao i to da je ona povezana s brojnim moralnim i etičkim dvojbama. O problematici međunarodnih ugovora o zamjenskom majčinstvu, mišljenja i stavovi kako doktrine i političkih krugova, tako i zakonodavaca, su podijeljena. Upravo se stoga ovim radom smjera izložiti stav nekolicine zakonodavaca i postojeće sudske prakse u problematici zamjenskog majčinstva. Ukratko će biti prezentirana i recentna nastojanja Haške konferencije za međunarodno privatno pravo da regulira ovaj rastući društveni fenomen. Vjerujemo da će izloženi primjeri i praksa pridonijeti boljem razumijevanju problematike i zauzimanju što objektivnijeg stajališta hrvatske prakse prema ovim društvenim pojavama koje niti Hrvatsku zasigurno ne zaobilaze.

2. DEFINIRANJE KLJUČNIH POJMOVA

Zamjensko majčinstvo je medicinski postupak u kojem žena zatrudni s namjerom ne da zadrži to dijete, već kako bi ga po rođenju predala roditelju ili roditeljima koji to ne mogu postići sami.² Postupak se provodi postavljanjem oplodene jajne stanice (žene koja želi biti majka ili neke treće žene) u maternicu zamjenske majke koja time *de facto* postaje živući „inkubator“.

Subjekti su ovog pravnog odnosa³ a) zamjenska majka; b) namjeravani roditelj/i (koji mogu, ali nije nužno, i imati genetsku vezu s djetetom), te u nekim slučajevima i c) donor jajne stanice/sperme (genetski materijal može potjecati od jednog ili oba namjeravana roditelja, ali i od treće osobe).⁴ Sporazumi o zamjenskom majčinstvu mogu biti dvojake naravi: altruistične i komercijalne.⁵ Kod altruističnog sporazuma između osoba koja žele dijete i zamjenske majke nema naplato pravnog posla, iako se zamjenskoj majci mogu naknaditi razumni troškovi koji mogu nastati zamjenskim majčinstvom. Mnogo je kontroverzniji komercijalni sporazum o majčinstvu gdje namjeravani roditelji kao protučinidbu plaćaju određeni iznos novca zamjenskoj majci, a taj iznos je puno veći od razumnih troškova.⁶ Taj bi se iznos mogao definirati kao naknadu za bol i neugodnosti koje mogu nastati zamjenskoj majci zbog činjenice da je trudna. Oba oblika zamjenskog majčinstva mogu biti tradicionalno zamjensko majčinstvo ili zamjensko majčinstvo u užem smislu.⁷ S pravom se može postaviti pitanje razgraničenja u razlikovanju komercijalnog sporazu-

ma od altruističnog, budući da se u oba pojavljuje novčani iznos kao neki oblik naknade.⁸ Jedan je od mogućih kriterija visina naknade, ali i on nije uvijek dostatan. Uzmemo li za primjer sporazum o zamjenskom majčinstvu nezaposlene zamjenske majke, razumni troškovi koji joj pripadaju obuhvaćaju i izgublenu zaradu – radi li se ovdje i dalje o altruističnom sporazumu ili pak o tome komercijalne prirode?⁹

3. USPOREDNI PREGLED ODABRANIH NACIONALNIH ZAKONODAVSTAVA

S obzirom na pristup sporazumima o zamjenskom majčinstvu, nacionalna zakonodavstva možemo sistematizirati u nekoliko skupina: ona koja eksplicitno zabranjuju sporazume o zamjenskom majčinstvu, ona koja ostavljaju pitanje nereguliranim; ona u kojima je zamjensko majčinstvo eksplicitno dozvoljeno i regulirano te u konačnici države s liberalnim stavom prema sporazumima o zamjenskom majčinstvu, uključujući i onima komercijalne prirode.¹⁰

Države u kojima je sporazum o zamjenskom majčinstvu zabranjen,¹¹ glavni je razlog zabrane sporazuma o zamjenskom majčinstvu moralne prirode. On počiva na shvaćanju da se takvim sporazumom vrijeđa ljudsko dostojanstvo zamjenske majke i djeteta te ih se svodi na objekt ugovora. Posljedično se u društvu potencijalno narušavaju etičke vrijednosti. Dalje se argumentira da statusna pitanja osoba ne mogu biti predmetom privatnih sporazuma.¹² U ovim državama će kršenje propisa o zabrani zamjenskog majčinstva povlačiti kaznene sankcije, kako za same subjekte tih odnosa tako i za klinike i posrednike u zamjenskom majčinstvu. Pravna posljedica ovoga pristupa očituje se u činjenici da su takvi sporazumi ništetni te nisu utuživi.¹³ Ukoliko dođe do sklapanja takvog sporazuma on neće imati nikakav pravni učinak te će se na dijete primjenjivati pravne presumpcije majčinstva i očinstva kao da sporazuma nije niti bilo.¹⁴ Posljedično, zamjenska majka će se smatrati majkom, te će namjeravanim roditeljima kao jedina mogućnost ostati posvojenje djeteta. Niti ta opcija neće uvijek biti moguća jer u nekim sustavima posvojenje neće biti dozvoljeno jer su posvojitelji sudjelovali u postupcima koji su suprotni pozitivnom pravu i javnom poretku države. Unatoč eksplicitnoj zabrani i u ovoj skupini država sporazumi o zamjenskom majčinstvu sklapaju se u sferi „podzemlja“, odnosno u inozemstvu.¹⁵

2 B. Stark, Transnational surrogacy and International human rights, u *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18:2, 2012. Dostupno na Internet stranici: <<http://ssrn.com/abstract=2118077>>, 30.1. 2013. str. 1.

3 V. Todorova, Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for EU action?, u *Policy Department C. Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2010, str. 14.

4 B. Stark, op. cit. bilj. 2, str. 2.

5 Gruenbaum, D., Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat. Vol. 60 *AJCL*, 2012. str. 479; A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, Prel. Doc. No 10 of March 2012. Permanent Bureau - 2012., str. 9.

6 S. Mortazavi, It takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 100, 2012, str. 2254.

7 Tradicionalni oblik sporazuma zamjenskog majčinstva podrazumijeva prirodnu oplodnju ili pak proces umjetne oplodnje. Zamjensko majčinstvo u užem smislu podrazumijeva sporazum gdje zamjenska majka nema nikakve genetske veze s djetetom. Degtyareva, V., Defining Family in Immigration Law: Accounting for Nontraditional Families in Citizenship by Descent, 120 *Yale Law Journal* 2011. str. 862. et seq.

8 Y. Ergas, The Transnationalization of Everyday Life: Cross-Border Reproductive Surrogacy, Human Rights and the Re-visioning of International Law, Columbia University, 2012. str. 33. <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/444.pdf>, 30.1.2013.

9 Iz perspektive našeg pravnog poretka izgubljena zarada do koje je došlo zbog smanjene radne sposobnosti smatra se pozitivnom štetom. P. Klarić i M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, d.d. Zagreb, 2009., str. 594.

10 Trimmings, K., Beaumont, P., General report on Surrogacy, u: Trimmings, K., Beaumont, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. Hart Law Publishing, 2013. str. 439-464.

11 To su primjerice: Kina, Francuska, Njemačka, Italija, Meksiko, Švedska, Švicarska te pojedine savezne države Sjedinjenih Američkih Država, primjerice savezna država Arizona. Op.cit. bilj. 5. str. 9.

12 U literaturi se navode i drugi razlozi, poput psiholoških poremećaja i općenito problema koji mogu nastati kada dijete odraste s osobom koja mu nije majka, odnosno s osobom s kojom nije genetski vezano te tako ima dvije majke. Op. cit. bilj. 5, str. 9.

13 Neutuživost ovih sporazuma značila bi da nije moguće putem suda zahtijevati od zamjenske majke predaju djeteta, ukoliko bi se ona predomisliła te odlučila da želi zadržati dijete.

14 Uzmemo li za primjer Njemačku, tamošnji propisi dozvoljavaju obaranje presumpcije zakonskog očinstva te će namjeravani (genski) otac moći pred sudom utvrditi svoje očinstvo. S. Gössl, "National Report on Surrogacy: Germany", op.cit. bilj. 5. str. 10.

15 Preliminary draft report, op. cit. bilj. 5, str. 10.

Države u kojima je zamjensko majčinstvo većinom neregulirano.¹⁶ Za ove države je karakteristično da ne postoji eksplicitna zabrana sporazuma o zamjenskom majčinstvu, ali bi, s obzirom na odredbe nekih sektorskih propisa odnosno opće pravne principe, takav sporazum svakako bio ništetan te shodno tomu neutuživ. Neke od ovih država neizravno zabranjuju zamjensko majčinstvo - pozivajući se na kaznenopravne propise o trgovini ljudi, odnosno trgovinu djecom, ili pak zabranjuju samo komercijalne sporazume o zamjenskom majčinstvu.¹⁷ U ovoj se skupini država osobni status djeteta rođenog u zamjenskom majčinstvu određuje pravilima obiteljskog prava, dakle, primjenom presumpcija.

Države u kojima je zamjensko majčinstvo eksplicitno dozvoljeno i regulirano¹⁸ dozvoljavaju sporazume o zamjenskom majčinstvu u određenim zakonom propisanim situacijama. Povreda tih pravila povlači u pravilu kaznenopravnu odgovornost.¹⁹ Mogu se uočiti dva obrasca: ili je potrebno prethodno dopuštenje organa javne vlasti (sud ili odbor/komisija uspostavljena posebno za tu svrhu) ili se pak radi o propisima koji približe određuju proces u kojem namjeravani roditelji stječu roditeljska prava. U ovim sustavima dopušteni su altruistički sporazumi, odnosno, namjeravani roditelji plaćaju razumne troškove zamjenskoj majci.²⁰ Nadalje, u većini ovih država zabranjeno je posredovanje između zamjenskih majki i namjeravanih roditelja te oglašavanje posredovanja, koje se smatra nemoralnim. Svaki sustav predviđa pravila o uvjetima koje namjeravani roditelji i zamjenske majke moraju ispuniti, poput: dobi,²¹ dobrog zdravlja,²² već rođenog djeteta,²³ bračnog statusa,²⁴ činjenice da namjeravani roditelji ne mogu sami imati dijete, činjenice da su svi akteri dobili pravne savjete u svezi sa zamjenskim majčinstvom.

U državama gdje je proces zamjenskog majčinstva u potpunosti reguliran, namjeravani roditelji se po automatizmu smatraju roditeljima čim se dijete rodi.²⁵ Države koje imaju *ex post* kontrolu u većini slučajeva ostavljaju određeni rok u kojem namjeravani roditelji moraju podnijeti zahtjev.²⁶ Postavlja se pitanje, jesu li u ovim državama sporazumi ovakve prirode utuživi? Odgo-

16 Neke od ovih država su: Argentina, sjeverna Australija, Belgija, Brazil, Kanada, Češka, Irska, Japan, Meksiko, Nizozemska, Venezuela te određene savezne države Sjedinjenih Američkih Država, poput Michigana. Preliminary draft report, op. cit. bilj. 5.

17 Kao primjer se može uzeti Kanadski propis (Assisted Human Reproduction Act, 2004.) kojega čl. 6. st. 1. glasi: „No person shall pay consideration to a female person to be a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise that it will be paid.“ Dostupno na Internet stranici: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>>, 29.1. 2013.

18 Australija (Teritorij australskog glavnog grada, Queensland, Novi Južni Wales, Južna Australija, Viktorija, Zapadna Australija), Kanada (Alberta i Britanska Kolumbija, Posebna upravna regija Hong Kong, Izrael, Grčka, Južnoafrička Republika, Ujedinjeno Kraljevstvo te donekle Novi Zeland. Preliminary draft report, op. cit. bilj. 5, str. 13.

19 Op. cit. bilj. 5, str. 12.

20 U pozitivnom zakonodavstvu Izraela komisija koja daje „zeleno svjetlo“ sporazumu može ujedno odrediti i plaćanje kompenzacije za bol i patnje zamjenske majke. Iznos naknade ostavljen je na diskreciji komisiji. D. Opolin, *Brave new way to have a baby: Surrogacy law in Israel*, 2012. Podaci preuzeti s internetske stranice: <<http://www.juf.org/news/israel.aspx?id=414137>>, 29.1.2013.

21 Australija, Izrael (zamjenska majka mora imati minimalno 22, a maksimalno 38 godina), Južnoafrička Republika (zamjenska majka kod tradicionalnog zamjenskog majčinstva mora imati minimalno 21, a maksimalno 34 godine). Op. cit. bilj. 5, str. 13.

22 Australija (zamjenska majka mora proći fizičko i psihičko ispitivanje), Grčka, Izrael (rezultati fizičkog i psihičkog ispitivanja se dostavljaju komisiji koja daje pristanak za zamjensko majčinstvo), ibidem.

23 Australija (zamjenska majka mora imati živo dijete), Izrael (zamjenska majka mora roditi barem 1 dijete prije, s tim da zamjensko majčinstvo neće biti dozvoljeno ukoliko ima više od 3 djece), Novi Zeland (zamjenska majka mora imati „dovršenu/završenu“ obitelj), ibidem.

24 Izrael - zamjenska majka ne smije biti razvedena, s tim da komisija može u posebnim situacijama dozvoliti i da žena koja se razvela bude zamjenska majka, ibidem.

25 Izuzetak je Izrael, gdje namjeravani roditelji moraju podnijeti zahtjev u roku od 7 dana od rođenja djeteta. D. Opolin, op. cit. paragraf 34.

26 Ovdje se ubrajaju Australija, Kina i Ujedinjeno Kraljevstvo. Op. cit. bilj. 5, str. 14.

vor je ne. Ukoliko dođe do spora, odlučivat će se u najboljem interesu djeteta.²⁷ Ipak, ukoliko se radi o *ex ante* kontroli te se dobije pristanak nadležnog tijela, zamjenska majka nema mogućnost nepridržavanja sporazuma.

Države s liberalnim stavom prema sporazumima o zamjenskom majčinstvu, uključujući i onima komercijalne prirode.²⁸ Za ovu je skupinu država karakteristično da su komercijalni sporazumi dozvoljeni te često i prakticirani. Propisi također omogućuju namjeravanim roditeljima stjecanje roditeljskih prava po rođenju djeteta te često ne postoji uvjet prebivališta ili pak uobičajenog boravišta na teritoriji tih država za namjeravane roditelje. Tako su neke države, poput Indije i Tajlanda postale središta „reproduktivnog turizma“²⁹ ili „turizma rađanja“.³⁰ U nekim državama ove kategorije postoje određeni uvjeti koji se moraju zadovoljiti.³¹ Nadalje, neke dozvoljavaju automatski upis namjeravanih roditelja u matične knjige rođenih prilikom rođenja djeteta, uz uvjet da zamjenska majka da svoj pristanak.³² Rješenja država o utuživosti ovih sporazuma su različita, pa iako primjerice u Ukrajini i Rusiji ti sporazumi nisu utuživi, sud gleda blagonaklono na namjeravane roditelje.³³ Upravo se države bivšeg SSSR-a stoga smatraju mekom reproduktivnog turizma!³⁴

4. SPORAZUMI O ZAMJENSKOM MAJČINSTVU S MEĐUNARODNIM ELEMENTOM

S obzirom na gore prikazane materijalno-pravne sustave koji bitno različito tretiraju ugovore o zamjenskom majčinstvu, osobe koje žele ostvariti roditeljstvo po svaku cijenu, često odlaze u inozemstvo da bi to postigle. U tom smislu sporazumi o zamjenskom majčinstvu često u sebi kriju međunarodni element. Stoga se pred nacionalnim sudovima problematika zamjenskog majčinstva može javiti u dvojakom smislu. Namjeravani roditelji mogu tražiti pravosudnu zaštitu radi ispunjenja činidbi sporazuma o zamjenskom majčinstvu³⁵ ili pak mogu težiti reguliranju pravnog odnosa prema djetetu.

27 Za englesku praksu vidi Gamble, N., Ghevaert, L., *The Chosen Middle Ground: Engleand, Surrogacy and the International Arena*, 2009 *International Family Law*, str. 223 et.seq.; Gruenbaum, *Foreign Surrogate Motherhood*, op.cit. str. 484-485.

28 Ovdje ubrajamo: Indiju, Rusiju, Gruziju, Tajland, Uganda, Ukrajina te 18 saveznih država Sjedinjenih Američkih Država (Kalifornija, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, Južna Karolina, Alabama, Arkansas, Connecticut, Illinois, Iowa, Nevada, Sjeverna Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, Utah i Zapadna Virginia). Op. cit. bilj. 5., str. 16.

29 Bilten Svjetske zdravstvene organizacije. Podaci preuzeti s internetske stranice: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/85/3/07-010307/en/index.html>>, 29.1.2013.

30 Više vidi Zeller, J., *Reprodukcijski turizam u Europi*, u: Župan, M., (ur.) *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska - Hrvatska*. Osijek-Pećs, 2011. str. 579-591.

31 Za primjer uzmimo Ukrajinu: 1) samo heteroseksualni bračni drugovi mogu sklopiti sporazum o zamjenskom majčinstvu, 2) mora postojati „medicinska potreba“ za zamjenskim majčinstvom te 3) dijete mora biti genetski povezano s jednim od bračnih drugova. Teško je procijeniti koliko se ti kriteriji provode u praksi: npr., slučaj Jeanette Runyon iz 2007. gdje je par uspio sklopiti sporazum o zamjenskom majčinstvu koristeći donora jajne stanice. Podaci preuzeti s internetske stranice <<http://surrogacy.ru/eng/news/news13.php>>, 29.1.2013., Preliminary Report, op.cit. bilj. 5. - G. Druzenko, „National Report on Surrogacy: Ukraine“.

32 Na primjer, Rusija i Ukrajina, gdje se taj pristanak daje u upravnom postupku, što znači da ima svojstvo upravnog akta. Podaci preuzeti s internetske stranice <<http://surrogacy.ru/eng/news/news14.php>>, 29. 1. 2013.

33 G. Druzenko, *National Report on Surrogacy: Ukraine*. op. cit. bilj. 5, str. 17.

34 Svitnev K., *Legal control of surrogacy – international perspectives*, u: Schenker J.: *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*. Berlin/Boston, 2011. str. 155.

35 Vidi npr. talijanski predmet Tribunale di Roma, 17.10.2010., *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2000 I 310, *Foro Italiano* 2000 I 972.

Hipotetski primjer poslužit će za ilustraciju. Namjeravani roditelji žive u državi A. Saznaju da u državi B postoji mogućnost sklapanja sporazuma o zamjenskom majčinstvu te putem interneta ujedno pronalaze ženu u braku, koja želi biti zamjenska majka. Odlaze u državu B i tamo sklapaju s njom sporazum komercijalne prirode, prema kojemu plaćaju zamjenskoj majci novčanu nagradu koja prelazi iznos razumnih, opravdanih troškova. U sporazumu se navodi da će po rođenju djeteta namjeravani roditelji steći sva roditeljska prava. Po rođenju se djetetu u matični list upisuju imena namjeravanih roditelja, ali po pozitivnom zakonodavstvu države B to dijete ne stječe državljanstvo države B. Zbog tog se razloga namjeravani roditelji obraćaju konzularnom predstavništvu države A u državi B te traže izdavanje putovnice, ili općenito putnih isprava za dijete kako bi se mogli vratiti u državu A. Međutim, konzularno predstavništvo odbija njihov zahtjev navodeći da pravo države A zabranjuje zamjensko majčinstvo. Dijete je bez državljanstva, a namjeravani roditelji se u državi B ne mogu zadržati beskonačno. Dijete nema putne isprave te može napustiti državu. Rješenje se ovakvih situacija nalazi u suradnji između država koje diplomatskim putem dogovaraju međudržavno posvojenje, ili pak dijete dobiva jednokratnu vizu kako bi moglo doputovati u državu A. U ovom dugotrajnom postupku postoji opasnost da osobni status djeteta ostane upitan.³⁶ Kada se namjeravani roditelji uspiju s djetetom vratiti u državu A, može nastati problem oko priznavanja statusa stečenog u inozemstvu. Sud će inicijalno često prvo odbiti priznati stranu ispravu ili sudsku odluku temeljem koje su u rodni list upisani namjeravani roditelji, zbog toga što to smatra suprotnim javnom poretku. Ovakva odluka može imati ozbiljne posljedice za dijete: ono ostaje bez roditelja te postaje upitan njegov identitet,³⁷ dijete istovremeno postaje i apatid.³⁸ Koje mjere ostaju na raspolaganju kada su svi dovedeni pred gotov čin: dijete je rođeno, zamjenska majka ga ne želi, namjeravani roditelji ga žele, ali ne mogu ozakoniti svoj status? Države smišljaju *ad hoc* rješenja kako bi se uklonile negativne posljedice ovakvih pravnih praznina, sve na dobrobit djeteta. Istraživanja pokazuju da će u pravilu države/A i dalje pokušati doskočiti situaciji i radi najboljeg interesa djeteta koji bi mogao ostati bez roditelja i dozvoliti „posebno posvojenje“. Čak i ukoliko u tom smislu postoji dobra volja da se ovaj status regulira, rješenja nisu posve zadovoljavajuća: govorimo o dugotrajnom postupku s visokim troškovima; takvom mjerom samo jedan namjeravani roditelj - najčešće biološki otac, stječe roditeljska prava, dok se to ne osigurava i drugom roditelju.

Pitanje roditeljskog prava nad djetetom rođenim u zamjenskom majčinstvu u drugoj državi rješava se primjenom pravila međunarodnog privatnog prava, poglavito kroz segment priznanja stranih isprava ili stranih odluka.³⁹ Moguće su dvije situacije: namjeravani roditelji traže priznanje rodnog lista iz druge države ili priznanje roditeljskog prava, utvrđenog u drugoj državi. Vođena najboljim interesom djeteta, nadležna tijela često podržavaju uspostavljanje roditeljskog prava između djeteta i oca, jer se u svim pravnim porecima može osporavati očinstvo bračnog oca

36 Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference Permanent Bureau, Private International Law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements, str. 8-10.

37 Ibidem, čl. 8. 1. Države stranke obvezuju se jamčiti djetetu pravo na očuvanje svog identiteta, uključujući državljanstvo, ime i obiteljske odnose priznate zakonom u što se neće nezakonito miješati. 2. Ako su djetetu nezakonito uskraćene neke ili sve sastavnice identiteta, države stranke osigurati će dogovarajuću pomoć i zaštitu u cilju njegova što bržeg potvrđivanja.

38 Konvencija o pravima djeteta (NN – MU br. 12/93), čl. 7. 1. Odmah nakon rođenja dijete mora biti upisano u matične knjige te mu se mora jamčiti pravo na ime, pravo na državljanstvo i, koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa njihovom skrbi. 2. Države stranke osigurati će primjenu ovih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom i obvezama koje proizlaze iz odgovarajućih međunarodnih instrumenata u ovom području, osobito ako bi dijete inače ostalo bez državljanstva.

39 Gruenbaum, Foreign Surrogate Motherhood, op.cit. str. 489.

zamjenske majke.⁴⁰ S namjeravanom majkom je situacija drugačija jer u većini poredaka stoji neoboriva presumpcija „*Mater semper certa est*“.⁴¹ Države common law sustava pitanje roditeljskih prava vide kao činjenično pitanje, a ne kao zaključak prava. Budući da one stoga na pitanja roditeljskog prava primjenjuju domaće pravo - *lex fori*,⁴² velika je mogućnost da se strana odluka o roditeljskom pravu u potpunosti ne prizna. Učestalo se pitanje pravnog odnosa djeteta i namjeravane majke rješava dozvoljavanjem posvojenja.

5. ZNAČAJNIJI PREDMETI ZAMJENSKOG MAJČINSTVA

Analiza sudske prakse sastoji se od dva dijela. U prvom, nacionalnom sektoru obrađuju se poznati nacionalni predmeti zamjenskog majčinstva. U drugom dijelu analizira se situacija i praksa dvaju najznačajnijih europskih sudova: Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije.

5.1. ZAMJENSKO MAJČINSTVO U NACIONALNOJ PRAKSI

Jedan od značajnijih slučajeva iz prakse američkih sudova predmet je *Baby M*.⁴³ Mary Whitehead je 1985. godine pristala biti zamjenska majka namjeravanim roditeljima, gospodinu i gospođi Stern, a zauzvrat je dobila iznos od 10000 dolara. Radilo se o tradicionalnom zamjenskom majčinstvu, a u sporazumu su se zamjenska majka i njen muž odrekli roditeljskih prava. Namjeravani otac je imao genetsku vezu s djetetom. Problem je nastao kada je po rođenju djeteta gospodin Whitehead, suprug zamjenske majke, postao suicidalan i očajan pri samoj pomisli da će morati predati dijete Sternovima. On i gospođa Whitehead su s djetetom pobjegli u drugu saveznu državu, te su bježali od policije sljedećih nekoliko mjeseci. Po uhićenju je dijete predano Sternovima⁴⁴ ali su supružnicima Whitehead omogućeni limitirani susreti! Sporazum o zamjenskom majčinstvu u ovom je slučaju postao utuživ i ovršan jer je dijete dodijeljeno namjeravanim roditeljima, ali nažlost pravnoj priči ovdje nije kraj! Vrhovni sud države New Jersey naknadno je promijenio svoju odluku te je utvrdio da je ovaj sporazum u suprotnosti s javnim poretkom.⁴⁵ Sud u svome obrazloženju sporazum ovog tipa izjednačava s trgovinom djecom te sugerira da su Sternovi zapravo platili iznos kupovnine za dijete a ne da su davali naknadu za bol i reproduktivne usluge gospođe Whitehead!⁴⁶ Nadalje je Vrhovni sud tvrdio da takav sporazum nikako nije bio u najboljem interesu djeteta. Zaključio je, iako je sklapanje ovakvih sporazuma dobrovoljno,

40 U švicarskom predmetu namjeravani otac nije imao nikakve genetske veze s djetetom ali je ipak dobio roditeljska prava. Prel. Doc., op. cit. bilj. 5, str. 22.

41 Gruenbaum, Foreign Surrogate Motherhood, op.cit. str. 476.

42 Australija, Irska, Novi Zeland, Ujedinjeno Kraljevstvo, op. cit. bilj. 5, str. 23.

43 B. Steinbock, Defining parenthood, u *The International Journal of Children's Rights*, 13, Koninklijke Brill NV, 2005, str. 287. i S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2262-2265.

44 Temeljem sporazuma o zamjenskom majčinstvu koji je bio utuživ te su se stoga Sternovi obratili odvjetniku Garyu Skoloffu, koji je pokrenuo postupak za "izvršenjem sporazuma". Podatak preuzet s internetske stranice <http://www.gale.cengage.com/free_resources/whm/trials/babym.htm>, 29.1.2013.

45 Sud je naprotiv ustvrdio da u altruističkim sporazumima o zamjenskom majčinstvu nema ničega protivnog pozitivnom pravu New Jersey.

46 M. Hansen, *As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate*. ABA Journal Law News. Posted Mar 1, 2011. Podaci preuzeti s internetske stranice: <http://www.abajournal.com/magazine/article/as_surrogacy_becomes_more_popular_legal_problems_proliferate>, 29.1.2013.

to i dalje ne mijenja činjenicu da je plaćanje zamjenskog majčinstva iskorištavanje te je shodno tomu takav sporazum ništavan!⁴⁷ Sud je natoč svemu dodijelio roditeljska prava gospodinu Sternu, argumentirajući je zaštitom najboljeg interesa djeteta. Budući da je sam sporazum bio ništavan, gospođa Whitehead je također imala roditeljska prava te joj je sud dodijelio pravo na susrete s djetetom. Medijska eksponiranost ovog predmeta u konačnici je rezultirala promjenom zakonodavstva u šest saveznih država, gdje su komercijalni sporazumi o zamjenskom majčinstvu postali ništavni.⁴⁸ Mellisa Elizabeth Stern je u trenutku kada je napunila 18 godina pokrenula proces da bi namjeravanoj majci Elizabeth Stern omogućila posvojenje Mellise, te da bi dokinula sva roditeljska prava zamjenske majke.⁴⁹

U predmetu *Johnson v. Calvert*⁵⁰ činjenice su bile sljedeće: bračni par Mark i Crispini Calvert, namjeravani roditelji oboje genetski vezani uz dijete sporazumjeli su se sa zamjenskom majkom Annom Johnson. Sporazum je bio komercijalne prirode te je isplata naknade od 10,000 USD bila prevedena u ratama, s posljednjom ratom 6 tjedana poslije rođenja djeteta. Zamjenska majka još je u vrijeme trudnoće prijetila da se neće odreći roditeljskih prava ukoliko ne dobije cjelokupan iznos unaprijed. Istodobno su namjeravani roditelji saznali da je zamjenska majka ranije imala rizične trudnoće, spontane pobačaje te da je rodila mrtvorođenče. U konačnici je Vrhovni sud Kalifornije trebao odlučiti o sankcioniranju komercijalnog sporazuma o zamjenskom majčinstvu. Utvrdio je da i namjeravani roditelji i zamjenska majka polažu podjednaka prava na roditeljska prava.⁵¹ Sud je smatrao da se u ovom slučaju ne radi o povredi javnog poretka te da se sporazumom nije kupovalo dijete, već se plaćala „reproduktivna usluga“ zamjenske majke. Stoga sud smatra da se dijete nije dehumaniziralo i svelo na objekt ugovora, a činjenica da je zamjenska majka dala pristanak znači da niti ona nije povrijeđena ovim ugovorom. Sud je utvrdio da je ugovor valjan, kao takav odražava volju stranaka – volju namjeravanih roditelja da dobiju dijete i volju zamjenske majke da rodi ali ne i da stekne roditeljska prava nad djetetom. Ovaj primjer svjedoči drugačiju logiku od one iz prethodnog primjera te upućuje na potpunu liberalizaciju komercijalnih sporazuma što je vrlo upitno iz moralnih razloga.⁵² Ukoliko sud zapravo dođe u situaciju odlučivati o roditeljskom pravu tako da mora izabrati između namjeravanih roditelja ili zamjenske majke on može primijeniti dva kriterija: test genetske veze ili test namjeravanog roditeljstva. Čini se da je u praksi⁵³ država koje dozvoljavaju zamjensko majčinstvo test „namjere“ superiorniji testu „genetske veze“.⁵⁴

U predmetu *Baby Manji Yamada v. Union of India* činjenice su bile sljedeće:⁵⁵ dijete imenom Manji rodila je 2008. godine zamjenska majka, državljanka Indije Pritiben Mehta. Namjeravani su roditelji bili državljani Japana, Ikufumi Yamada i Yuki Yamada. Gospodin Yamada je bio ge-

47 Ibidem

48 To su: Florida, Indiana, Kentucky, Louisiana, Michigan i Nebraska. S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2262-2265.

49 Podaci preuzeti s internetske stranice <http://www.northjersey.com/news/Whatever_happened_to_Baby_M.html>, 29.1.2013.

50 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2265-2266.

51 B. Steinbock, op. cit. bilj. 70, str. 288.

52 Pravo i moral su uvelike povezani budući da su oba sustavi društvenih normi, koje su stalno u sukobu, interakciji i upotpunjavanju. I. Josipović, *Pravo i moral*. Podatak preuzet s internetske stranice <<http://www.ivojosipovic.com/radovi/Pravo%20i%20moral.pdf>>, 29.1.2013.

53 Nedvojbeno je nemoralno dozvoliti trgovinu ljudima, posebice djecom pa se stoga s pravom postavlja pitanje, nije li davanje svojstva utuzivosti komercijalnim sporazumima o zamjenskom majčinstvu otvaranje trgovine djecom na mala vrata? Primjena standarda namjere omogućuje takav razvoj događaja. S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2265-2266.

54 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2277-2289.

55 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2274.

netski vezan za dijete, dok je jaina stanica pripadala trećoj osobi, te stoga gospođa Yamada nije imala krvnu vezu s djetetom. Sukladno sporazumu o zamjenskom majčinstvu zamjenska majka je dobila iznos od 8,820 američkih dolara. Problem nastaje nekoliko tjedana prije rođenja Manji, kada su se gospodin i gospođa Yamada razveli. Namjeravana majka je tvrdila da je izgubila interes za djetetom te ga stoga više nije željela. Kada se pak dijete rodilo, gospodin Yamada dolazi u Indiju po dijete ali zbog manjkavosti rodnog lista (dijete nije imalo upisanu majku) djetetu je uskraćena putovnica. Majčino ime u rodnom listu bilo je neophodno i za ishođenje japanskog državljanstva koje se steče prema državljanstvu majke. Namjeravana majka, bivša gospođa Yamada, nije imala niti mogla po bilo kojoj osnovi steći roditeljska prava jer nije imala genetsku vezu s djetetom.⁵⁶ Donorica jajne stanice je osoba koja je imala genetsku vezu s djetetom ali se unaprijed odrekla svojih roditeljskih prava, dok je ista situacija i sa zamjenskom majkom koja je sporazumom iznijela trudnoću, ali nije imala genetsku vezu s djetetom. Manji nije mogla steći niti državljanstvo Indije jer nije imala roditelje iz Indije. U priču se uključila i nevladina organizacija Satya koja je tužila osobu koja je omogućila zamjensko majčinstvo ovom paru, tvrdeći da se ovdje radi o trgovini djecom te je nastojala onemogućiti gospodinu Yamadi da napusti zemlju s djetetom. Predmet je ubrzo došao do indijskog Vrhovnog suda te je ujedno bio prvi ovakav slučaj u kome je taj sud odlučivao. Sud je u kratkom roku donio odluku kojom je djetetu omogućen izlazak iz zemlje, to jest ovdje se radi o već navedenoj *ad hoc* mjeri. Japanska je vlada djetetu podijelila humanitarnu vizu, te se obvezala dati japansko državljanstvo kada se utvrdi očinstvo.

U predmetu *Jan Balaz v. Union of India* činjenice su slučaja sljedeće:⁵⁷ zamjenska majka iz Indije rodila je blizance Leonarda i Lukasa Balaza. Namjeravani roditelji, ujedno oboje genetski roditelji djece, bili su njemački državljani Jan Balaz i Susan Anna Lohlad. Sud pokrajine Gujarat izdaje rješenje kojim dozvoljava izdavanje putovnice djeci, a da bi ih gospodin Balaz odveo iz Indije u Njemačku. Odluka pokrajinskog suda je poništena uz obrazloženje da djeca nemaju pravne osnove za dobivanje državljanstva i putovnice jer nemaju nikakvu vezu s indijskim državljanstvom. Njemačka je pak odbila zahtjev za izdavanjem putovnica jer su po njemačkom pravu sporazumi o zamjenskom majčinstvu eksplicitno zabranjeni, te je ovaj zahtjev smatran suprotnim javnom poretku. Ova je kontroverza trajala pune dvije godine te je to vrijeme gospodin Balaz ostao u Indiji, budući da nije mogao djecu povesti sa sobom izvan države. Konačno je indijska Centralna agencija za posvojenje omogućila gospodinu Balazu *ad hoc* mjerom posvojenje blizanaca.⁵⁸ Po završetku postupka posvojenja, djeca su dobila njemačku vizu i dozvolu za boravak u Njemačkoj.

Recentni primjeri Francuskog kasacijskog suda primjer je netolerancije prema zamjenskom majčinstvu.⁵⁹ U prvom su predmetu francuski državljani podnijeli zahtjev za priznanjem američke presude,⁶⁰ kako bi namjeravana majka mogla biti upisana kao majka u rodni list djece. Iako je bilo u najboljem interesu djece priznanje strane odluke, sud je iz razloga protivnosti javnom poretku odbio istu priznati te dati francusko državljanstvo blizankama koje je u Kaliforniji rodi-

56 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2273-2275.

57 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2275-2276.

58 Podaci preuzeti sa Internet stranice: <<http://blog.indiansurrogacylaw.com/tag/surrogacy-jan-balaz>>, 29. 1. 2013.

59 S. Mortazavi, op. cit. bilj. 6, str. 2276-2278, R. FStorrow, Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel, u *Reproductive BioMedicine Online* 23, 2011, str. 540; Y. Ergas, Thinking "Through" Human Rights: the need for a human rights perspective with respect to the regulation of cross-border reproductive surrogacy, u *Trimnings, K, Beaumont, P., National Approaches to Surrogacy*. Hart Publishing, str. 4.

60 Radi se o presudi američkog suda, kojom je bilo utvrđeno da je namjeravana majka iz Francuske majka blizanaca. Ibidem.

la zamjenska majka.⁶¹ Isti je sud odbio dati francusko državljanstvo djeci rođenoj od zamjenske majke u SAD-u, iako je postojao američki pravorijek u kojem je utvrđeno da je namjeravana majka iz Francuske majka djeteta. U trećem predmetu ovaj je sud odbio priznati majčinstvo namjeravane majke u situaciji kada ona nema genetsku vezu s djetetom, odnosno korištena je jajna stanica anonimnog donora. Ova tri primjera pokazuju najtvrdi stav koji država može imati prema zamjenskom majčinstvu, a može se pretpostaviti da se takvim stavom želi spriječiti i suzbiti širenje zamjenskog majčinstva.

5.2. ZAMJENSKO MAJČINSTVO U PRAKSI DVAJU EUROPSKIH SUDOVA

Osvrnimo se kratko i na praksu Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde. Trenutno se pred ESLJP nalaze tri zahtjeva po ovom pitanju, dok na aktualnost ove teme ukazuje recentno pojavljivanje dvaju zahtjeva za odlukom u prethodnom postupku pred Sudom EU. Uz izuzetak jednog zahtjeva, niti u jednom zahtjevu ili predmetu još nije odlučeno niti je objavljeno mišljenje nezavisnog odvjetnika.

Prvi zahtjev za odluku u prethodnom postupku⁶² odnosi se na uskratu prava iz radnog odnosa te roditeljskog dopusta. Postavlja se pitanje povrede odredbi Direktive br. 92/85/EEZ o poboljšavanju uvjeta na radu za trudnice⁶³ i Direktive br. 2006/54/EZ. Radni sud⁶⁴ iz Newcastle-a propitkuje ulazi se namjeravana majka u domašaj termina „majka“ za potrebe tumačenja ovih uredbi; je li status namjeravane majke dovoljan da joj se osigura pravo na roditeljski dopust na temelju njezine povezanosti sa zamjenskom majkom? Predmetom je drugog zahtjeva⁶⁵ zaštita prava na roditeljski dopust namjeravane majke čije je dijete rođeno u zamjenskom majčinstvu, ali i dokidanje diskriminacije žena koje su nesposobne same iznijeti trudnoću.⁶⁶

Trebamo napomenuti da je od Lisabonskog ugovora dijelom primarnoga prava postala i Povelja temeljnih prava.⁶⁷ Tumači se da sve politike i pravne akte EU treba promatrati kroz prizmu ljudskih prava! Stoga će s obzirom na strukturu navedenih zahtjeva za odluku o prethodnom pitanju očekivano da će broj zahtjeva u pogledu zamjenskog majčinstva rasti.

61 K. J. Saarloos, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage, Maastricht University, 2010, str. 29.

62 Reference for a preliminary ruling from Employment Tribunal Newcastle upon Tyne (United Kingdom) made on 3 April 2012. - C.D. v S.T., Case C-167/12.

63 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 (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) OJ L 348, str. 1.

64 Employment Tribunal Newcastle upon Tyne, podaci preuzeti s internetske stranice suda <<http://www.justice.gov.uk/tribunals/employment>>, 29. 1. 2013.

65 Reference for a preliminary ruling from Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School, C-363/12.

66 Pravna osnova za ovaj zahtjev nalazi se u čl. 10. Ugovora o funkcioniranju EU, odredbama članaka 21., 26. i 34. Povelje o temeljnim pravima EU, a sve u odnosu na odredbe Direktive 2006/54/EZ o implemetaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana u zapošljavanju muškaraca i žena i Direktive 2000/78/EZ o okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju.

67 CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2010/C 83/02), 30.3.2010. Official Journal of the European Union C 83/389.

Pred najznačajnijim europskim sudom za deteminiranje standarda ljudskih prava nekoliko je zanimljivih predmeta.⁶⁸ U predmetu S.H. i ostali protiv Austrije⁶⁹ ESLJP prava podržao je zabranu zamjenskog majčinstva austrijskog zakonodavca. Sud smatra da je razlog zabrane podvojeno majčinstvo te taj razlog ukazuje na opravdanu bojazan državnih vlasti. Istovremeno, Sud ne nalazi da bi se takvom zabranom kršilo tužiteljevo pravo na obiteljski život po čl. 8. EKLJP: pravo na poštivanje obiteljskog života ne podrazumijeva da postoji i pravo na zasnivanje obitelji putem sporazuma o zamjenskom majčinstvu niti ono štiti samu želju za osnivanjem obitelji!⁷⁰

Činjenice su zahtjeva *Sylvie Mennesson and others v. France*⁷¹ (zahtjev br. 65192/11) sljedeće: djeca su rođena u zamjenskom majčinstvu u SAD, Kalifornija. Nakon što su u Nante upisana u maticu, drugostupanjski sud poništio je taj upis s argumentacijom da je protivan francuskom javnom poretku. Pred Vrhovnim sudom argumentiralo se da je nepriznati status stečen u inozemstvu povreda temeljnoga ljudskog prava, kako je ESLJP argumentirao u predmetu Wagner,⁷² te krši čl. 8. EKLJP. Vrhovni sud je odbio njihovu argumentaciju⁷³ te je sada na ESLJP da odluči postoji li povreda čl. 8., u vezi sa čl. 14. EKLJP.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Nebrojeni sudski sporovi diljem svijeta svjedoče da je zamjensko majčinstvo široko rasprostranjeno i učestalo. O pravnom normiranju možemo razmišljati na nacionalnoj razini, ili na razini međunarodne zajednice putem međunarodnog sporazuma. Međunarodna je kolizijopravna unifikacija zbog velikih razlika nacionalnih sustava realno još uvijek neizgledna, ali se u nju ulažu značajni napor.⁷⁴ Argumentira se da bi multilateralni instrument državama i građanima pružio pravni okvir te otklonio pojavljivanje „šepavih“ statusnih odnosa i apatridije. Međunarodni instrument o zamjenskom majčinstvu sugerira se oblikovati na način da ne promiče takve sporazume već da pruža zaštitu onima koji se nađu u takvim odnosima. Isto tako, cilj je spriječiti dovođenje državnih tijela, poput suda ili uprave, pred svršen čin, gdje onda oni moraju donijeti odluku koja možda neće nikome odgovarati.⁷⁵ Minimalni standard koji bi međunarodna konvencija o zamjenskom majčinstvu postavila trebao bi poslužiti kao podloga određenom principu „priznanja“ učinka takvih sporazuma, te time sprječavanju nastanka „šepavih“ odnosa.⁷⁶ Ipak, mnoge države *apriori* odbijaju ovu mogućnost jer drže da bi samo normiranje osnažilo ovu pojavu i potvrdilo njezinu sveprisutnost, što većina država ne želi. U doktrini se već duže govori o kreiranju „europske tržnice obiteljskopравnih proizvoda“ koja nije poželjna.⁷⁷

68 Vidi i zahtjev Francis Labassee and others v. France (application no. 65941/11).

69 S.H. and others v. Austria (application no. 57813/00), Strasbourg, 1 April 2010.

70 Kako je ESLJP ranije utvrdio u pogledu prava na posvojenje, E.B. v France.

71 Sylvie Mennesson and others v. France (no. 65192/11), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110100>

72 Wagner J.M.W.L. v. Luxembourg (no. 76240/01), 28.06.2007. više vidi Župan, M., Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 33., br. 2. 2012. str. 629-667.

73 Cass. 1e Civ., 6/04/2011, n° 09-66.486; Cass. 1e Civ., 6/04/2011, n° 09-17.130.

74 Netom je oglasan upitnik državama ugovornicama Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, vidi Prel. Doc. No 3 of April 2013, više na http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178 1.6.2013.

75 Op. cit. bilj. 5, str. 29.

76 K. Trimmings i P. Beaumont, International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level, u *Journal of Private International law*, Vol. 7, No. 3, str. 635.

77 Župan, Izbor mjerodavnog prava, op.cit. bilj. 70.

U konačnici, kao jedno od ključnih pitanja zamjenskog majčinstva ostaje spektar zaštite ljudskih prava. Na ovom se pitanju lome koplja i postavlja pitanje stavljanja u ravnotežu različitih ljudskih prava. S jedne se strane ističu argumenti da je sukladno brojnim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima zamjensko majčinstvo nespojivo s dostojanstvom žene i djeteta te krši njihova temeljna prava. Povreda ljudskog dostojanstva te uvjeti i okolnosti pod kojima u nerazvijenim zemljama žene ulaze u ove sporazume zabrinjavaju kako stručnu tako i širu javnost. Temeljna konvencijska načela prava na obiteljski život iz čl. 8. EKLP kao i čl. 7. Povelje temeljnih prava treba tumačiti na način da ona obuhvaćaju „pravo na fizički i psihički integritet“ koji podrazumijeva „zabranu učiniti ljudsko tijelo u njegove dijelove kao takve izvorom financijske koristi“.⁷⁸ Dijete ima pravo znati svoj identitet kako mu to jamči čl. 7. Konvencije o pravima djeteta. Dijete rođeno kroz surogat majčinstvo ne bi smjelo snositi krivicu za postupke odraslih aktera toga postupka; pravni sustavi koji deklarirano štite najbolji interes djeteta trebaju svakom djetetu dati priliku da raste u zdravoj i sretnoj okolini. To djetetu jamče kako konvencijski, tako i sustav EU kroz čl. 24. Povelje temeljnih prava.

Ova znanstvena rasprava ima za cilj otvoriti prostor boljem razumijevanju problematike međunarodnih sporazuma o zamjenskom majčinstvu. Nastavno će trebati provesti brojna istraživanja i znanstvene rasprave kako bismo utvrdili: a) postoje li u Hrvatskoj predmeti koji pripadaju ovoj problematici; kako se s njima postupa iz perspektive međunarodnog privatnog i međunarodnog procesnog prava, poglavito koja je snaga strane javne isprave o činjenici rođenja djeteta u surogat majčinstvu u inozemstvu te kakav je stav naših tijela prema takvim slučajevima; b) u kojem se pravcu kreće praksa Europskog suda za ljudska prava i Suda EU u pitnjama vezanim uz zamjensko majčinstvo.

⁷⁸ Brunet, L., et.al., A comparative study on a regime of surrogacy in EU member states. European Parliament, Bruxelles, 2013. p. 143.

Mirela Župan, LL.D, assistant professor, Chair of Private International Law, Faculty of Law in Osijek
Vjekoslav Puljko, LL.D, associate professor, Chair of Private International Law, Faculty of Law in Osijek
Marko Sukačić, student, Faculty of Law in Osijek

INTERNATIONAL CONTRACTS ON SURROGATE MOTHERHOOD – HAS THE MATER SEMPER CERTA EST PARADIGM BEEN DISAPPEARING?

Summary

Law is a corrective force and the framework for social affairs of the time. Therefore, the legal reflection should not be indifferent to social affairs that go along with its contemporariness: this is the case in practising medical procedures such as surrogate motherhood. Herewith we consider a legal framework in which surrogate motherhood is practised: internationally marked contracts and a problem area of acknowledging foreign certificates and the acquired status abroad. The prerequisite thereto would be the material law conditions knowledge of national legislators and court rulings; the discussion herein 1) defines key notions and fundamental problem area of surrogate motherhood; 2) makes a comparative survey of assorted national legislation division into: a) legislation that explicitly prohibits surrogate motherhood agreements; b) legislation that leaves the issue unregulated; c) legislation that explicitly allows surrogate motherhood and finally d) legislation that takes a liberal attitude towards agreements on surrogate motherhood; 3) represents the most important examples and attitudes of court rulings of national courts and the European Court of Human Rights and the European Court of Justice; 4) deals with possible unification of convention law within the framework of the Hague Conference on Private International Law as well as on conflicting fundamental human rights of the parties to surrogacy agreements. This is the beginning of a broader discussion on a number of issues concerning international agreement on surrogate motherhood.

Key words: Surrogate motherhood, human rights, private international law

Dr. jur. Mirela Župan, Dozentin am Lehrstuhl für Internationales Privatrecht, Fakultät für Rechtswissenschaften, Osijek

Dr. jur. Vjekoslav Puljko, Ausserordentlicher Professor am Lehrstuhl für Internationales Privatrecht, Fakultät für Rechtswissenschaften, Osijek

Marko Sukačić, ehemaliger Student, Fakultät für Rechtswissenschaften, Osijek

INTERNATIONALE VERTRÄGE ÜBER LEIMUTTERSCHAFT – VERSCHWINDET DER PARADIGMA MATER SEMPER CERTA EST?

Zusammenfassung

Das Recht bildet ein Korrektiv und einen Rahmen der gesellschaftlichen Phänomene. Aus diesem Grunde sollte rechtswissenschaftliches Denken gegenüber zeitgenössische gesellschaftliche Erscheinungen nicht gleichgültig bleiben: heute kommt dies insbesondere zum Ausdruck, wenn um medizinische Vorgänge wie Leimutterschaft die Rede ist. Unsere Erörterungen sind nach dem Rechtsrahmen gerichtet, in welchem die Leimutterschaft in der Regel praktiziert wird: internationales Vertragsverhältnis und die Problematik der Anerkennung ausländischer Urkunden und des im Ausland erlangten Status. Eine Voraussetzung dafür ist die Kenntnis über die materiell-rechtlichen Umstände der jeweiligen Gesetzgebung und Justiz. Aus diesem Grunde sind die Aufgaben dieser Erörterung:

- 1) Hauptbegriffe und grundlegende Problematik der Leimutterschaft zu definieren;
- 2) eine vergleichende Übersicht über die ausgewählten Nationalgesetzgebungen zu geben, wobei diese in folgende Gruppen eingeteilt werden: a) diejenigen, die die Abkommen über Leimutterschaft ausdrücklich verbieten; b) diejenigen, die diese Frage ungerlegt lassen; c) diejenigen, die die Leimutterschaft ausdrücklich zulassen, und d) diejenigen, die eine liberale Einstellung zu den Abkommen über die Leimutterschaft haben;
- 3) die wichtigsten Beispiele und Auffassungen der Gerichtspraxis darzustellen – sowohl der Nationalgerichte, als auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften;
- 4) über die Möglichkeit der Unifizierung der Konventionsrechte im Rahmen der Konferenz für das Internationale Privatrecht in den Hague und über die gegenübergestellten Menschenrechte der Beteiligten im Vertrag über

Leimutterschaft zu polemisieren.

Diese Erörterung stellt die Eröffnung einer breiten Diskussion über zahlreiche Fragen des internationalrechtlich ausgeprägten Abkommens über die Leimutterschaft dar.

Schlüsselwörter: die Leimutterschaft, Menschenrechte, Internationales Privatrecht.

Doc. dr. sc. Igor Vuletić

Docent na Katedri kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta u Osijeku

Klara Dumančić, studentica V. godine Pravnog fakulteta u Osijeku

Stručni rad

UDK: 368.2(497.5)

NOVA KONCEPCIJA KAZNENOPRAVNE ZAŠTITE PROMETA U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Sažetak: Promatrajući stopu kriminaliteta u RH tijekom godina, vidljivo je kako prometna delinkvencija, u pravilu, zauzima jedno od vodećih mjesta. Značajna društvena opasnost koju ovakva ponašanja predstavljaju, kao i težnja za osuvremenjivanjem hrvatskoga kaznenog prava u skladu s europskim standardima, potakli su hrvatskog zakonodavca na veliku reformu prometnih kaznenih djela u novom Kaznenom zakonu.

Iako je riječ o području koje je vrlo značajno, ne samo teoretski, već i praktično, ova je tema u novijoj domaćoj literaturi relativno slabo zastupljena. U želji da daju svoj doprinos razjašnjenju navedene problematike, autori u radu najprije ukazuju na bitne odrednice dosadašnjeg razvoja kaznenopravne regulacije prometne delinkvencije u Hrvatskoj, a potom prikazuju i kritički analiziraju nova zakonska rješenja, imajući pritom na umu pojedine slučajeve iz novije hrvatske sudske prakse.

Ključne riječi: promet, prometna nesreća, izazivanje, uzročnost, namjera i nehaj, vještačenje, posljedica, šteta, reforma, prometna delinkvencija, sigurnost prometa

1. UVOD

Promatrajući stopu kriminaliteta u RH tijekom godina, vidljivo je kako prometna delinkvencija u pravilu zauzima jedno od vodećih mjesta. Značajna društvena opasnost koju ovakva ponašanja predstavljaju, kao i težnja za osuvremenjivanjem hrvatskoga kaznenog prava u skladu s europskim standardima, potakli su hrvatskoga zakonodavca na veliku reformu prometnih kaznenih djela u novom Kaznenom zakonu koji je stupio na snagu početkom 2013. godine. Neadekvatan pristup i evidentna podnormiranost ovog praktično vrlo važnog dijela kaznenog prava doveli su do značajnog proširenja kruga inkriminacija te do postroženja kaznenopravne represije na ovom području. Kako kazneno pravo predstavlja najstroži oblik ograničavanja ljudskih sloboda, ne čudi da su se u javnosti odmah pojavili oponenti novog uređenja, koji su ga označili nepotrebno prestrogim. Držimo da je takav načelan stav rezultat nedovoljne upućenosti u problematiku prometne delinkvencije, posebno ako se uzme u obzir da ovo područje u Hrvatskoj još nije dovoljno teoretski obrađeno te da su domaći znanstveni radovi koji obrađuju ovu problematiku tek sporadični. Imajući u vidu relativno čestu prisutnost prometnih kaznenih djela u sudskoj praksi, cilj nam je prikazati najvažnije značajke njihovog novog uređenja u hrvatskom kaznenopravnom sustavu. Nadamo se da ćemo time pripomoći otklanjanju skepticizma prema novim zakonskim rješenjima te dati skroman doprinos u ra-