

РАДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА*

Сања Стојковић Златановић

Институт друштвених наука Београд, Србија
szlatanovic@idn.org.rs

Апстракт

Регулисање сурогат материнства подразумева и разматрање питања последица које сурогат материнство може произвести у односу на радноправни положај сурогат мајке и намераване мајке. У раду је, након одређивања појма и врста сурогат материнства, дат преглед решења у неким државама у којима је предметно питање уређено посебним законом. Недавни случајеви покренути и окончани пред Европским судом правде говоре у прилог неопходности регулисања ове области и заштите статусу са запослених жена у вези са сурогат материнством. Право на плаћено одсуство везано за материнство, укључујући и пратећа права из здравственог осигурања, треба признати како сурогат тако и намераваној мајци, узимајући у обзир њихове потребе. Циљ је заштита психичког и физичког здравља, као и права на породични живот у оквирима остваривања права на рад.

Кључне речи: сурогат материнство, пракса Европског суда правде, радноправне последице, заштита материнства, остваривање права на рад.

LABOUR LAW IMPLICATIONS OF SURROGATE MOTHERHOOD

Abstract

Regulation of surrogate motherhood includes consideration of labour law implications on the status of the surrogate and intended mother as well. After determination of the concept and type of surrogate motherhood, the paper deals with comparative legal responses of countries which adopted specific legislation in this field. Recent cases initiated and completed before the European Court of Justice favor the regulation of labour implications of surrogacy agreements. The right to a paid maternity leave, including the health insurance rights, has to be recognized to the surrogate and intended mother, taking into account their specific needs. The aim is to protect the

* Рад је написан у оквиру пројекта *Медицинскоправни и други друштвени аспекти на пољу ретких болести – људска права, политика и пракса*, бр. III 41004 Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

mental and physical health as well as the right to a family life within the concept of the right to decent work.

Key words: surrogate motherhood, case law of European Court of Justice, labour law implications, motherhood protection, right to decent work.

УВОД

Преднацртом Грађанског законика Републике Србије предвиђа се увођење новог института – рађања за другога, односно сурогат материнства у домаће позитивно право у оквиру дела који се односи на породицу, породичне односе и права детета. Ова новина изазвала је велика неслагања у научној, стручној, али и широј, домаћој јавности у погледу моралне, односно етичке, оправданости и правне допуштености закључења уговора о рађању за другога. Такође, отворила је и додатна питања последица једног таквог уговора на шири, првенствено, социјалноправни статус како сурогат мајке (жене која носи и рађа дете на основу закљученог уговора о рађању за другога) тако и тзв. намераване мајке (жене која из различитих медицинских разлога не може да изнесе трудноћу и последично порођај). У раду ће бити изнесени аргументи у прилог института сурогат материнства и против њега, иначе присутни, пре свега, у инострану, али и домаћу научној и стручној литератури, уз преглед решења у неким државама у којима је предметно питање уређено посебним законом. Циљ истраживања усмерен је ка дефинисању и регулисању пратећег, односно ужег социјалноправног, тј. радноправног статуса у вези са остваривањем основних права на раду и у вези са радом сурогат мајке и намераване мајке, у чему се огледају и основна истраживачка питања. Пракса Европског суда правде од нарочитог је значаја, те може да послужи као основа у правцу регулисања радноправних последица сурогације. Недавно објављени радови у инострану периодично свакако потврђују (Burry, 2015; Cousins, 2014). Са друге стране, уколико одредбе *Преднацрта Грађанског законика Србије* буду усвојене као такве, увођење института сурогат материнства, а полазећи од владајућег холистичког принципа у остваривању основних људских права, где су сва основна права међусобно повезана и условљена, неизоставно захтева и регулисање радноправних питања, као и последица уговора о рађању за другога на радноправни статус сурогат и намераване мајке у контексту одредаба заштитног радног законодавства које се односе на материнство. Решења упоредног права значајно се разликују у погледу правне допуштености сурогат материнства и крећу се од потпуне забране, односно апсолутне ништавости уговора о рађању за другога и предвиђања санкција – пример Француске, Немачке, Италије, Шпаније, Португалије, Бугарске (Rogerson, Cornwell, 2012), па до регулисања сурогат материн-

ства и законског признавања уз значајне разлике у погледу установљавања родитељских права у корист сурогат или намераване мајке и њихових партнера. Разлике постоје и у вези са дозвољеношћу закључења комерцијалног уговора о рађању за другога, односно исплате накнаде сурогат мајки, где је комерцијална сурогација забрањена, односно ограничена у Великој Британији, Израелу, Ирској, Данској и Белгији (Laufer-Ukeles, 2002).

ПОЈАМ И ВРСТЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Одређивање појма сурогат материнства претходно захтева дефинисање мајчинства, што је у великој мери, условљено и везано за традиционалне културне и друштвене вредности држава, због чега морална, односно етичка начела и друштвене норме, утичу на стварање правних норми, посебно у нарочито „осетљивим” областима каква је хумана репродукција у условима великог техничког и технолошког напретка. Право треба да прати и регулише питања која су везана за цивилизацијски напредак, и, у вези са тим, постави одређене границе којима се штите стечене вредности друштва, али и слобода појединаца, која се сматра основним начелом и темељем савременог права.

Традиционално, мајком се сматра она жена која је родила дете (Stumph, 1986, p.187), што је предвиђено и важећим *Породичним законом Србије* у чл. 42, ст. 1. Међутим, развојем биотехнологије долази се до увођења одређеног степена флексибилности у погледу дефинисања традиционалног мајчинства и утврђивања пратећих права. Ово нарочито важи код сурогат материнства, узимајући у обзир да, у другим случајевима биомедицински попомогнуте оплодње (телесно (*in vivo*) и вантелесно (*in vitro*) оплођење жене), жена чији је генетски материјал је и жена која рађа дете, што код сурогат материнства не мора да буде случај.

Сурогат мајком сматра се жена која на основу уговора са брачним или ванбрачним партнерима (тзв. намераваним родитељима) носи и рађа дете, те га након тога предаје намераваним родитељима, при чему уговор треба да буде закључен пре зачећа. Треба разликовати следеће врсте, односно облике, сурогат материнства. Постоји сурогат материнство где генетски материјал припада намераваним родитељима, док је сурогат мајка, жена која носи и рађа дете без донирања свог генетског материјала, те се таква сурогација назива потпуна или генетска. Супротно, од потпуне сурогације разликује се непотпуна, односно гестацијска сурогација, где сурогат мајка донира генетски материјал, носи и рађа дете за намераване родитеље, при чему се узима генетски материјал намераваног оца, односно партнера намераване мајке. Овај облик непотпуне сурогације има дугу

историју и веже се за Библију и Стари завет¹, а значи да ће дете бити генетски повезано са намераваним оцем и сурогат мајком, а не и са намераваном мајком (McDermott, 2012, р. 6). Поред тога, могуће је да генетски материјал не припада ни сурогат ни намераваној мајци, већ неком трећем лицу, што, такође, попада под други облик и сматра се непотпуном сурогацијом (Laufer-Ukeles, 2002, р. 91). Под непотпуном сурогацијом подразумева се и случај када генетски материјал не припада намераваном оцу, али је могуће да генетски материјал не припада ни намераваном оцу нити намераваној мајци, укључујући и сурогат мајку, већ трећим лицима – донорима (McDermott, 2012, р. 7). У горенаведеним случајевима, мајка детета може да буде сурогат мајка, односно жена која носи и рађа дете, затим намеравана мајка, али и у случајевима где се јавља и треће женско лице – донор репродуктивних ћелија. Насупрот разликовању по основу припадности генетског материјала, сурогат материнство може бити уз накнаду (комерцијално) или без накнаде (некомерцијално), где се у литератури, са етичког становишта, некомерцијална сурогација оправдава под одређеним условима, при чему се дете сматра посебним даром, не и робом, предаје се пријатељима или рођацима, уз задржавање блиских веза између сурогат мајке и намераваних родитеља (Dolgin, 1990, р. 524).

Етичка оправданост и правна допуштеност закључења уговора о рађању за другог одвија се у оквиру сталних дебата, где, са једне стране, стоји начело слободе, принцип аутономије и самоодређења, док је са друге стране начело забране нехуманог и понижавајућег поступања како према сурогат мајци тако и према детету у контексту закључења уговора о рађању за другог уз накнаду, где се дете сматра својином и робом која је доступна на тржишту. Начело слободе, укључујући и слободу закључења уговора о рађању за другог, принцип аутономије и самоодређења вежу се за либералне друштвене и правне системе, насупрот традиционалним друштвима, где се трудноћа и порођај природно вежу за мајку, те подразумевају њену основну друштвену улогу, због чега се одрицање од чувања и подизања детета у корист неке друге жене сматра неприродним чином, а самим тим и друштвено неприхватљивим и правно забрањеним (Van Zyl, Van Niekerk, 2000, р. 404). Феминистички теоретичари су, такође, подељени у погледу легитимности и легалности сурогат материнства, где присталице истичу да начело једнаког третмана мушкараца и жена, односно забрана дискриминације по основу пола, савременог

¹ У првој књизи Мојсијевој стоји да Сара, жена Аврамова, није рађала децу. Сара је имала робињу по имену Агара. Сара је наговорила Аврама „иди к робињи мојој, не бих ли добила деце од ње”. И Аврам приста на ријеч Сарину (Babić, 2015, р. 58).

права говоре у прилог закључењу уговора о рађању за другога јер улога жена у друштву не сме да се посматра искључиво и једино на основу биолошких предиспозиција, истичући да „биологија није судбина”, те да постоје жене које уживају у рађању, али не сматрају себе способним нити су вољне да одгајају и васпитавају децу (Van Zyl, Van Niekerk, 2000, р. 404). Ту су и становишта да забрана сурогат материнства доводи до повреде права намераване мајке да рађа (Lyndon Shanley, 1993, р. 618). У прилог закључења уговора о рађању за другога најчешће се користи аргумент пристанка, где сурогат мајка приликом закључења уговора о рађању за другога (са уговореном накнадом или без ње) даје слободан и изричит пристанак, уз обавезно претходно обавештење, односно информисање о ризицима и последицама такве изјаве воље. У вези са тим, феминистички теоретичари то даље оправдавају слободом и правом жена да делају као мушкарци, те да се воде рационалним разлозима насупрот биолошким, односно репродуктивним, те да жене без обзира на утицај урођених хормона остају при свом ставу и поштују закључени уговор и дат пристанак, јер „уговор је уговор” (Lyndon Shanley, 1993, р. 622). Поред тога, као аргумент за оправдање комерцијалне сурогације истиче се да накнаду сурогат мајка добија по основу услуге да носи и рађа дете, а не и за само дете, које се не сматра робом у комерцијалном смислу (Lyndon Shanley, 1993, р. 624). У основи правне допуштености сурогат материнства налазе се етички, односно морални принципи који су пак последица усвојених друштвених и културних вредности, с тим да данас, у ери људских права и слобода, индивидуалистичког начина живота у условима глобализације, те равноправности полова, сурогат материнства јесте начин за остваривање важне друштвене улоге оних парова који на други начин то не могу да остваре, уз испуњење предвиђених услова везаних за сам поступак стицања права. Разматрање етичких и пратећих правних основа у контексту оправдања института сурогат материнства неизоставно укључује и, данас, значајан демографски аспект, односно проблем утврђених неповољних показатеља фертилитета у Србији, али и у државама Европске уније. Наиме, другу половину 20. века карактерише непрестано смањење нивоа рађања, што се повезује са одређеним променама у репродуктивном понашању становништва, а у контексту промене улоге и статуса жена у друштвеном животу и појаве феномена одложеног рађања, односно рађања у каснијем животном добу (Magdalenić, Vojković, 2015, р. 44). С тим у вези, модернизација у (био)технолошком смислу, која, на одређен начин, представља и предуслов за сурогацију, као и онај њен облик који је условио промену улогу жена са аспекта рађања – треба да буде праћена и својеврсном „модернизацијом” људских права и слобода. То свакако подразумева и неопходност прилагођавања мера социјалне и

радне политике оваквим променама, што, у крајњем случају, може имати импликације и на побошљање демографских прилика у државама.

УПОРЕДНОПРАВНА РЕШЕЊА

Велика Британија је још 1985. године донела *Закон о уговорима о рађању за другога* (енгл. *The Surrogacy Agreements Act*), којим се први пут регулише закључење уговора о рађању за другога. Закон забрањује комерцијалну сурогацију, те свако преговарање о условима закључења уговора о рађању за другога предузето од стране трећих лица карактерише као кривично дело (Rogerson, Cornwell, 2012, р. 2). Према законодавству Велике Британије, мајком детета сматра се жена која је дете родила, што се примењује и код сурогат материнства, те сурогат мајка има законско право да задржи дете, чак и у случају када не постоји генетска повезаност између ње и детета. У складу са тим, оцем детета сматра се партнер сурогат мајке (*The Surrogacy Agreements Act*, 1985, стр. 49). Међутим, сурогат материнство у Великој Британији регулисано је, поред *Законом о уговорима о рађању за другога* (1985), и *Законом о људској фертилизацији и ембриологији* (2008), којим се регулише поступак стицања родитељских права од стране намераваних родитеља и усклађује законодавство са новим тенденцијама у развоју биомедицинске технологије, али и развоја људских права. Установљавањем редоследа у стицању родитељских права, законодавац је предвидео могућност преношења родитељских права намераваним родитељима, с тим да увек остаје могућност примене института усвојења, што је и био једини начин, пре доношења *Закона о људској фертилизацији и ембриологији* (2008), да намеравани родитељи стекну родитељска права код сурогат материнства (Burreli and O'Connog, 2013, р.114). У вези са тим, предвиђени су неопходни услови за аплицирање код преношења родитељских права над дететом у случају сурогат материнства: 1. генетска повезаност са дететом и 2. постојање одговарајуће везе (брачне, ванбрачне или случај цивилног партнерства код хомосексуалних партнера), што значи да је самцима забрањено подношење захтева за стицање родитељских права. Уз ове услове, захтева се да дете живи са намераваним родитељима, као и да они имају трајни боравак у Уједињеном Краљевству. Закон забрањује исплату накнаде сурогат мајци, осим тзв. разумних трошкова, које одређује суд (Burreli and O'Connog, 2013, р. 114).

Поред Велике Британије, Израел је друга држава која је законски регулисала сурогат материнство и предвидела услове за закључење уговора о рађању за другога, као и начин стицања родитељских права од стране намераваних родитеља. У односу на законодавство

Велике Британије, *Законом о одобравању уговора о рађању за другога и о статусу новорођеног детета* из 1996. године прецизно су дефинисани услови закључења уговора, врста дозвољене сурогације, статус сурогат мајке, као и статус новорођеног детета и начин стицања родитељских права на страни намераваних родитеља. У контексту регулације сурогат материнства основан је јавноправни, мултидисциплинарни комитет који утврђује да ли су испуњени законски услови за сурогацију и који поступа у сваком појединачном случају и, у крајњем, одобрава поступак, а чине га два лекара, специјалисте гинекологије и акушерства, специјалиста интерне медицине, клинички психолог, социјални радник, правник и свештеник (Benshushan and Schenker, 1997, p.1832). Закон начелно забрањује комерцијалну сурогацију, али, као и Велика Британија, предвиђа право сурогат мајке на накнаду разумних трошкова које утврђује мултидисциплинарни комитет (Schuz, 1996, p. 206). Дозвољена је само потпуна сурогација, где се генетски материјал узима од намераваних родитеља, за које се захтева да буду у браку, с тим да постоји изузетак када Комитет одобрава сурогацију у случају донирања јајних ћелија жене, али забрањује донирање семене течности јер је то у супротности са владајућом религијом (Benshushan and Schenker, 1997, p. 1832). И израелски законодавац мајком детета сматра жену које је дете родила, али, у случају сурогат материнства, предвиђа преношење родитељских права са сурогат мајке на намераване родитеље путем усвојења, с тим да до окончања поступка усвојења Министарство здравља одређује социјалног радника, који се сматра старатељем детета. У Израелу закључење уговора о рађању за другога са намераваним родитељима хомосексуалне оријентације није дозвољено, што одговара традиционалном схватању мајчинства и породице (Novav, 2011, p. 22).

ЗАШТИТА МАТЕРИНСТВА У РАДНОМ ПРАВУ

У оквиру заштитног радног законодавства, државе, укључујући и Србију, предвиђају заштиту жена у периоду трудноће и након порођаја, чиме се истовремено штите и права детета, узимајући у обзир, најбољи интерес детета у периоду након рођења, односно потребу за присуством мајке ради задовољења основних животних потреба, као и са циљем заштите посебног односа мајке и детета.

На међународном нивоу, посебна заштита жена у вези са материнством регулисана је документима Уједињених нација, односно *Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима* (1966), којим се утврђује право на посебну заштиту радница у одређеном периоду пре и после порођаја и право на плаћено одсуство са рада, као и *Конвенцијом о елиминисању свих облика дискриминације жена* (1979), где се гарантује заштита биолошких и ре-

продуктивних функција жена у контексту рада. Заштита материнства у вези са радом предвиђена је и регулисана *Конвенцијом Међународне организације рада* бр. 3 из 1919. године, која је ревидирана 1952. године Конвенцијом бр. 103 (*Службени лист ФНРЈ* – додатак бр. 9/55). Конвенцијом је предвиђено право на породилшко одсуство запослених жена у периоду од најмање 12 недеља, затим право на накнаду зараде, као и право на здравствену заштиту у време одсуствовања са рада. Висина накнаде треба да обезбеди животни стандард који би задовољио потребе мајке и детета, док здравствена заштита укључује пренаталне и постнаталне медицинске услуге, затим захтеване услуге у току порођаја, али и евентуалну хоспитализацију, уз поштовање права запослене жене на слободан избор лекара, као и медицинске установе у којој ће се обавити порођај (Valticos, 1979, р. 172). Поред тога, предвиђа се и право жена које доје на паузу у току рада у трајању од пола сата два пута дневно, која улази у радно време, а запослена жена остварује право на накнаду зараде, као и заштиту од отказа уговора о раду у току одсуства у вези са материнством (Valticos, 1979, р. 173). Међународна организација рада донела је 1952. године и Препоруку бр. 95. којом се право на материнско одсуство продужава са 12 на 14 недеља, уз предвиђање права на накнаду зараде у износу од 100 % претходне зараде. Значајна је и Конвенција бр. 183 о заштити материнства (ревизија, 2000), којом се још гарантује заштита запослења са аспекта спречавања дискриминације, односно предвиђа се заштита од опуштања свих запослених жена, укључујући и оне које су ангажоване на основу неког нестандарног облика рада за време трудноће и након порођаја, осим из разлога који нису везани за трудноћу, порођај или дојење (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010).

По угледу на међународно универзално радно право, заштита жена у вези са материнством установљена је и у европском комунитарном праву, односно праву Европске уније (ЕУ), и то Директивом бр. 92/85 о заштити радница у току трудноће и након порођаја. Директива 92/85 има за циљ заштиту здравља и безбедности на раду жена за време трудноће и након порођаја, као и жена које доје. У вези са тим, посебним одредбама предвиђене су додатне мера за остваривање и заштиту права на раду и у вези са радом, односно обезбеђење достојанствених услова рада, узимајући у обзир, нарочито „осетљивост” статуса запослене жене. Тако је Директивом установљена обавеза на страни послодавца да изврши процену ризика радног места и услова рада, те да, у складу са тим, донесе смернице ради обезбеђења здравих и безбедних услова рада. Послодавац је дужан да привремено прилагоди услове рада потребама запослене жене у вези са материнством, а уколико то није технички изводљиво, да јој омогући привремено распоређивање на друго, одговарајуће радно место

(*Official Journal of the European Union*, L 348; Lubarda, 2004, p. 255). Запосленим женама за време трудноће и током одређеног периода након порођаја забрањен је и рад на високоризичним пословима, те је предвиђена заштита од отказа за време трудноће до краја породилског одсуства (*Official Journal of the European Union*, L 348; Lubarda, 2004, p. 255). Законодавство Европске уније прати међународне стандарде рада, па Директива установљава право на 14 недеља трудничког и породилског одсуства у складу са националним законодавством и/или праксом, уз право на накнаду зараде у износу који не сме да буде мањи од предвиђене накнаде зараде за случај одсуства са рада због болести. Поред тога, треба навести и Директиву бр. 86/613/ЕЕЗ, која се односи на заштиту samozапослених жена и њихових партнера у вези са правом на одговарајуће одсуство и накнаде у контексту материнства и примене начела једнаког третмана (Foster, 2013, p. 422), као и Директиву бр. 96/34/ЕЗ. Директива бр. 96/34/ЕЗ установљава право запослених жена, али и мушкараца, на одсуство са рада по основу рођења или усвојења детета, као и ради неге детета, и то најмање у трајању од три месеца (Јовановић, 2015, p. 1464). Ова Директива ревидирана је Директивом бр. 2010/18/ЕУ, где је право на родитељско одсуство продужено за још месец дана, односно сада износи четири месеца, уз предвиђање да раднице могу да захтевају флексибилно радно ангажовање након повратка са одсуства у складу са њиховим потребама и утврђеним околностима (Galić, 2014, p. 437-438).

Домаће законодавство регулише заштиту жена у вези са материнством посебним одредбама важећег *Закона о раду (Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 89–100). Право на посебну заштиту припада запосленим женама за време трудноће и након порођаја, с тим да као уживаоце овог права Закон препознаје и издваја жене које доје, што је установљено и правом ЕУ. Тако се код заснивања радног односа та заштита огледа у забрани да послодавац условљава заснивање радног односа тестом трудноће осим уколико је реч о пословима где постоји ризик по здравље жене и детета утврђен од стране надлежног здравственог органа. Запослена за време трудноће и запослења која доји дете не може да ради прековремено и ноћу, уколико је то утврђено налазом надлежног здравственог органа. Поред тога, запослена за време трудноће, али и запослени родитељ детета млађег од 3 године или детета са тежим степеном психофизичке ометености – имају право на прераспodelу радног времена уз њихову писану сагласност. Установљава се право на плаћено одсуство у вези са трудноћом и порођајем, тј. породилско одсуство (почиње најраније 45, а обавезно 28 дана пре времена одређеног за порођај и траје до навршена три месеца од дана порођаја), као и право на посебно одсуство за потребе не-

ге детета (траје до истека 365 дана од дана отпочињања породилског одсуства). Закон ово право признаје и оцу детета у случајевима када је мајка спречена да користи то право. Ради заштите физичког и психичког здравља, право на породилско одсуство припада и жени у случају да се дете роди мртво или умре пре истека породилског одсуства.

У случају увођења сурогат материнства у домаће позитивно право, запослена сурогат мајка остварила би право на посебну заштиту у вези са материнством предвиђену одредбама важећег *Закон о раду*, с обзиром на то да постоје услови везани за уживаоца права, односно утврђена трудноћа и каснији порођај. Међутим, ова заштита остала би ускраћена намераваној мајци која није носила нипи родила дете, због чега је неопходно, да, у случају увођења института сурогат материнства у грађанско законодавство Србије, то буде праћено изменама и допунама важећег радног законодавства. Наиме, *Преднацрт Грађанског законика Србије* прописује да се мајком детета које је рођено на основу уговора о рађању за другога сматра жена која има намеру да се стара о детету, односно намеравана мајка, док се оцем детета сматра супруг или ванбрачни партнер намераване мајке, независно од тога да ли је он и биолошки отац детета (*Преднацрт Грађанског законика*, чл. 2272, ст. 1 и 3). Даље је предвиђено да је жена која је носила и родила дете, односно сурогат мајка, у обавези да га преда намераваним родитељима одмах по рођењу, где су они дужни да преузму дете без обзира на пол или наследне особине, те да, у том тренутку, долази да успостављања родитељског односа и стицања свих родитељских права и дужности на страни намераваних родитеља (*Преднацрт Грађанског законика*, чл. 2278, ст. 1–3). У случају да сурогат мајка или намеравани родитељи то одбију, коначну одлуку доноси суд. Битно је рећи да је *Преднацртом Грађанског законика* забрањена комерцијална сурогација, што је преовлађујуће решење и у упоредном праву, с тим да је предвиђена накнада тзв. разумних трошкова насталих ношењем и рађањем детета, као што су губитак зараде, трошкови медицинских услуга, трошкови превоза, смештаја, исхране и слично (Видић-Трнинић, 2015, р. 1179). Поставља се питање да ли тзв. разумни трошкови изражени у виду „губитка зараде” представљају ону накнаду која одговара накнади зараде за време трудноће и касније након порођаја, која, и иначе, према одредбама важећег *Закон о раду* (2005) припада жени која носи и рађа дете, односно жени која доји, те да ли „трошкови медицинских услуга” одговарају правима из здравственог осигурања, односно праву на здравствену заштиту, које *Закон о раду* (2005) такође установљава у корист запослене жене која носи и рађа дете, без закљученог уговора о рађању за другога. Другим речима, да ли сурогат мајка има право на кумулативну накнаду, односно накнаду тзв. разумних трошкова

који укључују „губитак зараде, односно трошкове медицинских услуга”, а одређују се уговором о рађању за другога, и накнаду зараде, односно остваривање права из здравственог осигурања која се признају одредбама важећег радног законодавства. Уколико је то тако, онда „разумни трошкови” представљају додатни приход, чиме некомерцијална сурогација добија облик комерцијалне сурогације, што је предлогом *Грађанског законика Србије* забрањено. Поред тога, с обзиром на то да намеравана мајка спиче родитељска права одмах након рођења детета, поставља се питање последица преноса родитељских права на њен радноправни статус. Наиме, према важећим одредбама радног законодавства Србије, она неће остварити право на плаћено породилско одсуство (мисли се на период од 3 месеца након рођења детета), нити право на одсуство ради неге детета јер, у смислу одредаба *Закона о раду* (2005), она није жена која је носила и родила дете, чиме се, у крајњем, повређују права мајке, али и права детета, те такво деловање ни у ком случају није у најбољем интересу детета рођеног помоћу сурогације.

СУДСКА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

У вези са последицама закључења уговора о рађању за другога на радноправни статус како сурогат тако и намераване мајке, од значаја је пракса Европског суда правде. Иако суд није директно разматрао питања радноправних последица закључења уговора о рађању за другога, већ је поступао у вези са правним питањем утврђивања дискриминације у области рада и запошљавања према Директиви бр. 2000/78, која се односи на забрану дискриминације по основу инвалидитета, Директиви бр. 92/85 о питањима заштите жена у вези са трудноћом и порођајем, као и Директиви бр. 2006/54 о једнаким шансама и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и занимања, случајеви *Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school* и *C. D. v. S. T.* важни су за регулисање сурогат материнства у контексту остваривања права на рад и заштите здравља и безбедности на раду сурогат и намераване мајке.

У случају *Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school* жена Z има ретку болест која се испољава тако што она има здраве јајнике и плодна је, али нема утерус, због чега не може да сама изнесе трудноћу. Она и њен супруг су због тога одлучили да добију потомство уз помоћ сурогат мајке. У питању је попуна сурогација, где је дете биолошки потомак Z и њеног супруга, док је сурогат мајка носила и дала детету живот. Z је одбијен захтев за остваривање права на плаћено породилско, као и на плаћено одсуство у случају усвојења детета. поступајући у овој правној ства-

ри, Европски суд правде заузео је становиште да се Директива бр. 92/85, која установљава право на породилско одсуство, примењује само у случају када иста жена затрудни и роди дете, позивајући се на случај *Mahr*, где је утврђено да се Директива примењује само када је особа која је родила дете била трудна, што искључује сурогат материнство. Поред тога, утврђено је да ни Директива бр. 2006/54 о једнаким шансама и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и занимања није применљива у овом случају, односно да ни супруг *Z* нема право на плаћено одсуство ради неге детета јер биолошки отац има иста права као и биолошка мајка, те према Директиви бр. 92/85 не остварује право на плаћено породилско одсуство, односно плаћено одсуство због усвојења детета. Суд је даље навео да „с обзиром на то да се ово питање налази изван примене права Европске уније, односно њених директива, ни *Повеља о основним правима Европске уније* (2000), којом се забрањује дискриминација на основу генетских особина, не може да се примени у овом случају”. У одлуци суда је даље истакнуто да се, у складу са Директивом бр. 2000/78, право на плаћено одсуство ради усвојења уређује према националном праву држава чланица. Поред тога, суд је разматрао и евентуалну дискриминацију по основу инвалидитета предвиђену Директивом бр. 2000/78, где је заузео становиште да, с обзиром на то да се она примењује само у случају дискриминације у области запошљавања и рада, инвалидитет треба да отежава учешће радника у професионалном животу, док, у случају *Z*, њено стање не утиче на професионално ангажовање нити приступ запослењу. На крају, закључено је да се ни легитимитет Директиве бр. 2000/78 не сме доводити у питање, без обзира на то што није у сагласности са *Конвенцијом Уједињених нација о правима лица са инвалидитетом* (коју је Европска унија ратификовала) зато што је Конвенција „програмска” (*Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school*, 2012).

Поред случаја *Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school*, Европски суд правде, одлучивао је у сличној правној ствари – случај *Ц. Д. против С. Т.* поводом сурогат материнства, односно примене Директиве бр. 92/85, где је жени *Ц. Д.*, која је добила дете путем сурогат мајке, послодавац *С. Т.* одбио остварење права на плаћено породилско одсуство. *Ц. Д.* је у захтеву послодавцу тражила остварење права на плаћено одсуство у случају усвојења (*Ц. Д.* доји дете), које је предвиђено националним законом, док је институција сурогат мајке регулисана – *Законом о људској фертилизацији и ембриологији* (2008) Велике Британије, на основу кога биолошки родитељи добијају сва родитељска права над дететом рођеним путем сурогат мајке. У овом случају, суд је закључио да Директива бр. 92/85 о увођењу мера подстицања побољшања

заштите здравља и безбедности на раду радница за време трудноће и након порођаја или за време дојења треба да се тумачи тако да, према члану 8, државе чланице нису у обавези да предвиде плаћено одсуство радници која је као биолошка мајка добила дете помоћу сурогат материнства, чак и у случају да она доји дете. Поред тога, суд је још закључио да чл. 14 Директиве бр. 2006/54 о примени принципа једнаких шанси и третмана мушкараца и жена у области запошљавања и занимања треба да се тумачи тако да одбијање послодавца да одобри плаћено породилско одсуство биолошкој мајци која је добила дете уз помоћ сурогат мајке не представља дискриминацију на основу пола (*C. D. v. S. T.*, 2014). Међутим, у истом случају, пре покретања поступка пред Европским судом правде од стране Ц. Д., Трибунал рада Њу Кастла, као национални суд Велике Британије, поднео је захтев Европском суду правде да у прелиминарном поступку да мишљење у погледу тумачења чл. 1, чл. 2, чл. 8 и чл. 11 Директиве бр. 92/85 о правима радница за време трудноће, а у вези са остваривањем права на плаћено породилско одсуство мајци која је добила дете уз помоћ сурогат мајке. Европски суд правде је у прелиминарном поступку, за разлику од касније одлуке, закључио да чл. 2 Директиве бр. 92/85 може да се примени и на мајку која је добила дете уз помоћ сурогат мајке уколико она доји дете јер у Директиви стоји „раднице које доје” не прецизирајући да ли су оне само носиле и родиле или су добиле дете уз помоћ сурогат мајке. Поред тога, Суд наводи и да разлоге за непризнавање права на плаћено породилско одсуство мајци која је добила дете уз помоћ сурогат материнства у Директиви бр. 92/85 треба повезати са историјским контекстом времена њеног доношења, те да пракса сурогат мајке није раних деведесетих година двадесетог века била широко прихваћена, као што је то данас случај. Даље, истиче да приликом утврђивања лица на која се Директива односи, суд треба да се води функционалним, а не и биолошким разлозима (*Cousins*, 2014). Поред тога, наводи и да право на плаћено породилско одсуство не треба да буде ускраћено и другим женама које су добиле дете помоћу сурогат материнства, а не само онима које доје, односно да циљ Директиве бр. 92/85 није само заштита здравља и безбедности на раду радница, те да породилско одсуство има за циљ и заштиту посебног односа мајке и детета у периоду након трудноће и порођаја, што је предвиђено и *Повељом о основним правима у Европској унији* (2000). Европски суд правде зато закључује да плаћено одсуство у случају рођења детета, када је реч о сурогат материнству, треба да се дели између сурогат мајке (оне која носи и рађа) и намераване мајке (која се стара о детету након рођења и која је донирала биолошки материјал), тако да прва треба да има право на плаћено одсуство ради одржавања трудноће и евентуално посебну заштиту на раду као жена

која је недавно родила дете, док друга треба да има право на плаћено одсуство за негу детета након његовог рођења, и то у минималном трајању од две недеље. Повеља о основним правима у Европској унији (2000) у чл. 24 предвиђа да све мере било јавних или приватних институција које се односе на децу морају да се доносе у складу са принципом најбољег интереса детета (*C. D. v. S. T., Opinion of Advocate General Kokott*, 2014).

ОПРАВДАНОСТ РЕШЕЊА И ПРЕПОРУКЕ ВЕЗАНЕ ЗА РАДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Увођење института сурогат материнства у домаће позитивно право захтева свеобухватно регулисање ширег, социјалноправног статуса сурогат и намераване мајке у смислу последица преноса, односно стицања родитељских права. Породичноправне последице таквог односа неизоставно доводе до утицаја на социјалноправни, односно, уже посматрано, радноправни статус како сурогат тако и намераване мајке. Остваривање и заштита права на рад у смислу обезбеђења достојанствених услова рада и заштите здравља и безбедности на раду гарантују се свима, без разлика, по основу урођењих или стечених карактеристика. Одређена лична својства/карактеристике (у овом случају оштећења везана за репродуктивно здравље) не смеју да утичу на уживање гарантованих основних људских права, укључујући и права на рад, где се, узимајући у обзир специфичност потреба имаоца права, утврђују мере заштитног радног законодавства. Оштећења репродуктивног здравља која су трајног карактера свакако се квалификују као инвалидитет, с тим да се, у области радног права, према владајућем биопсихосоцијалном моделу инвалидитета, захтева да такво здравствено оштећење утиче и онемогућава лица у обављању радних активности. Такво схватање је и утицало на то да Европски суд правде у случају *Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school* одбије тужбени захтев, те закључи да, у овом случају, не постоји дискриминаторско поступање од стране послодавца на основу инвалидитета јер инвалидитет подразумева и ограничења у обављању професионалних активности запослене, а не само постојање здравствених оштећења. То се, под одређеним условима, може и оправдати. Међутим, онемогућавање остваривања права на плаћено одсуство за потребе неге детета жени која је добила дете на основу уговора о рађању за другога, а који је закључен у складу са националним правом, свакако представља дискриминаторско поступање, односно повреду начела једнакости у погледу примене одредаба заштитног радног законодавства у вези са материнством. Такво поступање може се подвести под *дискриминацију по основу здравствених карактеристика*

на страни намераване мајке, полазећи од тога да су здравствене карактеристике биле и разлог за закључење уговора о рађању за другога, који је довео до последица по радноправни статус намераване мајке. Тако, правни основ за признавање права у вези са материнством намераваној мајци јесте забрана дискриминације по основу здравствених карактеристика и остварење начела једнакости у уживању свих права по основу рада, али и заштита приватног и породичног живота запослене жене која се сматра мајком детета, што укључује и ону која је добила дете помоћу сурогат материнства. Уз то, начело најбољег интереса детета је да, у периоду након рођења, буде са мајком, где, према одредбама *Наирта Грађанског законика Србије*, до преноса родитељских права треба да дође одмах након рођења, чиме намеравана мајка и постаје мајка детета у правном смислу.

Правни системи који признају сурогат материнство и регулишу услове за његову допуштеност, те предвиђају пренос родитељских права на намераване родитеље, у периоду одмах након рођења детета, у обавези су да регулишу и последице по шири, социјално-правни, односно радноправни статус. Решење треба тражити у оквирима одлуке Европског суда правде у прелиминарном поступку, у случају Ц. Д. против С. Т, с тим да је потребно ићи и корак даље. Наиме, сурогат мајка има сва права која се заштитним радним законодавством признају жени за време трудноће и одређено време након порођаја, са циљем заштите физичког и психичког здравља жене. С обзиром на то да домаћи законодавац признаје право на породилско одсуство у трајању од три месеца од рођења детета и жени која роди мртво дете или дете умре пре истека породилског одсуства, то право треба, у истом временском тајању, признати и сурогат мајци, јер је реч о времену које је жени потребно за опоравак након порођаја. Са друге стране, намераваној мајци треба признати право на плаћено одсуство ради неге детета док дете не наврши годину дана, почев од дана стицања родитељских права, а у складу са одредбама националног законодавства која уређују сурогацију, са циљем успостављања посебног односа мајке и детета. То значи да се права у вези са материнством која се утврђују радним законодавством, у случају сурогат материнства, деле између сурогат и намераване мајке, у складу са њиховим утврђеним потребама.

Државе које су до сада законски уредиле сурогат материнство углавном су предвиделе забрану комерцијалне сурогације, али уз установљавање права на накнаду тзв. разумних трошкова сурогат мајци, који, између осталог, укључују и накнаду због губитка зараде, као и накнаду трошкова медицинских услуга. Битно је напоменути да сурогат мајка, чак и у одсуству радноправних одредаба у случају сурогат материнства, остварује право на накнаду зараде за време трудноће и по порођају, те права из здравственог осигурања, с обзи-

ром на то да она и носи и рађа дете. Предвиђање накнаде разумних трошкова за задовољење истих потреба доводи до дуплирања накнаде, која се остварује по два основа, уговора о рађању за другога и законских одредаба радног права о заштити материнства, што може да представља облик комерцијалне сурогације, који је забрањен. Са друге стране, ове државе пропуштањем да регулишу питања радно-правних последица таквог односа врше повреду права на раду и у вези са радом, односно права на плаћено одсуство у вези са материнством, као и пратећих права из здравственог осигурања намераване мајке.

ЗАКЉУЧАК

У савременим условима развоја биотехнологије, као и развоја људских права у смислу ширења заштите са тенденцијом укључивања свих рањивих друштвених група, нарочито оних које се сматрају здравствено рањивим, те предвиђања посебних, додатних мера за заштиту права, увођење института сурогат материнства може се оправдати под одређеним условима. Ти услови тичу се свеобухватног, односно потпуног законског регулисања услова за закључење уговора о рађању за другога, као и ширих последица дејства уговора на уговорне стране. Рађање за другога има дугу историју и сеже све до Библије и Старог завета, где су моралне, друштвене, као и религијске норме имале значајну улогу и утицале на стварање правних норми, што се одразило и на законско признавање, односно непризнавање сурогат материнства. Решења упоредног права показују разлике по питању услова за закључење, као и дејства уговора о рађању за другога, уз приметну сагласност о забрани комерцијалне сурогације, мада, и данас, већина држава изричито забрањује сурогат материнства. Ипак, начело слободе, принцип аутономије и самоодређења, који доминирају у савременом праву, иду у прилог етичке оправданости и правне допуштености уговора о рађању за другога. Радноправне последице овог уговора на статус сурогат и намераване мајке не смеју бити игнорисане у контексту законског регулисања и увођења сурогат материнства у домаће позитивно право уколико *Преднацрт Грађанског законика Србије* буде усвојен као такав. Пракса Европског суда правде то доказује, при чему, мишљење суда у прелиминарном поступку у случају Ц. Д. против С. Т. може представљати ваљан основ за регулисање овог питања. Радно право предвиђа посебну, односно додатну заштиту за жене у вези са материнством, што је случај и у домаћем праву, те та заштита, сходно начелу једнакости и забране дискриминације, припада како сурогат тако и намераваној мајци, због чега регулатива треба да иде у правцу поделе заштите између сурогат и намераване мајке. На тај начин штити

се право на рад, обезбеђује заштита здравља и безбедности на раду, право на породични живот и социјалну сигурност запослених жена, учесница у овом односу, али се штите, истовремено, и права деце рођене помоћу сурогат материнства.

ЛИТЕРАТУРА

- Babić, I. (2015). Materinstvo na osnovu ugovora o rađanju za drugog [Maternity Contract based on the birth for someone else]. *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, godina 5, broj 5, Banja Luka, 54–68.
- Benshushan, A., Schenker, J.G. (1997). Legitimizing surrogacy in Israel. *Human Reproduction*, Vol.12, No. 8, 1832–1834.
- Burrell, C., O'Connor, H. (2013). Surrogate pregnancy: ethical and medico-legal issues in modern obstetrics. *The Obstetrician & Gynaecologist*, 15, 113–119. doi: 10.1111/tog.12010
- Burry, S. (2015). Care in Family Relations, The Case of Surrogacy Leave. *European Journal of Law Reform*, (17)2, 271–281. doi: 10.5553/EJLR/138723702015017002005
- C.D. v. S.T., C167/12, Opinion of Advocate General Kokott, Preliminary ruling, (30 January 2014).
- 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. Official Journal of the European Union, L 348.
- Cousins, M. (2014). Surrogacy leave and EU law: Case C-167/12, C.D. v S.T. and Case C-363/12, Z. v A Government Department, Judgements (Grand Chamber) of 18 March 2014. Преузето 5. августа 2016.године, са http://works.bepress.com/mel_cousins/79/
- Dolgin, J.L. (1990). Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate. *Buffalo Law Review*, 38:515, 516–550.
- Foster, N. (2013). *Blackstones EU Treatises & Legislation 2013–2014*. Oxford: Oxford University Press.
- Galić, V. (2014). Zaštita majčinstva u Evropskoj uniji i Hrvatski zakonodavni okvir [Protection of maternity in European union and Croatia – legislative framework]. *Pravni vjesnik*, 30(2), 435–447.
- Hovav, A. (2011). *(Re)conceiving Kinship: Gay Parenthood through Assisted Reproductive Technologies In Isreal*, Master thesis, Central European University, Department for Gender Studies, Budapest, Hungary.
- Јовановић, П. (2015). Посебна радноправна заштита појединих категорија радника [Special Labour Protection of Certain Employee Categories]. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 4, 1459–1486.
- Конвенција Међународне организације рада о заштити материнства [Convention of the International Labor Organization on Maternity Protection], Службени лист ФНРЈ – додатак бр. 9/55.
- Laufer-Ukeles, P. (2002). Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Anaysis. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol.9:91, 91–134.
- Lubarda, B. (2004), *Evropsko radno pravo* [European Labour Law]. Podgorica: CID.
- Lyndon Shanley, M. (1993). "Surrogate Mothering" and Women's Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction. *Signs*, Vol. 18, No. 3, 618–638.

- Magdalenic, I., Vojković, G. (2015). Promene u starosnom modelu rađanja u Srbiji i zemljama Evropske unije – komparativna analiza [Changes in the Age Pattern of Childbearing in Serbia and EU Countries – Comparative Analysis]. *Stanovništvo*, vol. 52(2), 43–66.
- McDermott, H. (2012). *Surrogacy Policy in The United States and Germany: Comparing the Historical, Economic and Social Context of Two Opposing Policies*, Senior Capstone Projects. Paper 137. Преузето 3. августа 2016. године, са http://digitalwindow.vassar.edu/senior_capstone
- Преднацрт Грађанског законика [Civil Code Draft]. Преузето 5. октобра 2017. године, са http://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html
- Породични закон [Family law Act]. *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.
- Rogerson, C., Cornwell, D. (2012). *Surrogacy and Employment Law: When it's not your pregnancy is it your leave of absence? The UK position*, CLE Conference Philadelphia. Преузето 10. јула 2016.године,са http://www.dawsoncornwell.com/en/documents/ABA_CR.pdf
- Schuz, Rh. The Developing Right to Parenthood in Israeli Law. U: A. Bainham (ur.), (1996). *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing Limited.
- Stumph, A. (1986). Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies. *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 1, 187–208.
- The UK Surrogacy Agreements Act, 1985, (c.49).
- Valticos, N. (1979). *International Labour Law*. Deventer: Kluwer.
- Van Zyl, L., Van Niekerk, A. (2000). Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood. *Journal of Medical Ethics*, 26, 404–409. doi: 10.1136/jme.26.5.404
- Видић-Грнинић, Ј. (2015). Сурогат материнство у праву Србије (*De lege lata* i *De lege ferenda*) и праву Македоније [Surrogate Motherhood in Laws of Serbia (de Lege Lata and de Lege Ferenda) and Republic of Macedonia]. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 1161–1190. doi:10.5937/zgrfns49-9720
- Закон о раду (Labour Law Act). *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – одлука УС.
- Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена [Law on Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women]. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/1981.
- Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 183 о заштити материнства [Law on Ratification of the International Labor Organization Convention No. 183 on Maternity Protection]. *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима [Law on Ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights]. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.
- Z. v. A Government Department and The Board of management of a community school, C-363/12, (Judgment of 18 March 2014 (Grand Chamber), Opinion AG Wahl of 26 September 2013).

LABOUR LAW IMPLICATIONS OF SURROGATE MOTHERHOOD

Sanja Stojković Zlatanović
Institute of Social Sciences Belgrade, Serbia

Summary

The progress in biotechnology has opened a number of questions related to moral justification and legality of surrogacy agreements in legal systems of different countries. There is no unique international or regional legal response in terms of surrogacy, so there are considerable differences among the states ranging from an absolute prohibition to the establishment of legal requirements for admissibility of surrogacy agreements. Surrogacy agreements lead to family law and broader, civil law consequences but consequences to surrogacy and intending mother labour status could not be neglected as well. The introduction of surrogacy motherhood in domestic legislation, in case of adoption of the Draft Serbian Civil Code, requires regulation of labour law issues of that significantly vulnerable relation, i.e. enabling the exercise of the right to work and protection of health and safety at a workplace for surrogacy and intending mother and providing social well-being for the whole family. Regulation of labour law implications on surrogacy and intending mother status need to be based on protection sharing, taking into consideration current provisions of labour legislation in terms of motherhood protection. The surrogacy mother is entitled to paid leave for pregnancy maintenance and, in order to protect her physical and mental well-being, to paid leave after the delivery. Moreover, the intending mother is entitled to paid leave for child care aiming to protect the special relationship between mother and child, and act in the best interest of the born child.