

ИМПЛИКАЦИЈЕ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА У РАДНОМ ПРАВУ**

Апстракт: Сурогат материнство, као институт о коме се доста полемише представљањем Нацрта Грађанског законика, прате моралне недоумице, подршка и противљења. У раду ће бити представљени поједини аспекти института које превиђа Преднацрт Грађанског законика, као и ставови домаћих и страних аутора поводом истих. Сурогат материнство уноси измене у многе области права, а терен радног права није изузетак. Зато ће поменути ставови бити увертира за проучавање радноправних консеквенци по питању посебне заштите жене, труднице односно мајке, без чијег разумевања није могуће ни разумети посебну заштиту трудница у радном односу, а још мање направити поделу права у оквиру ове посебне заштите између сурогат и намераване мајке.

Кључне речи: сурогат материнство, интерес детета, радно право, посебна заштита.

1. Уводна разматрања

Постојање никад већих дилема у вези са институтом сурогат материнства у упоредном и у домаћем праву почива на промени традиционалног схватања породице и мајке. Римско правило из Дигеста да *mater semper certa est*² доживљава своју трансформацију, ња је њако код њодврсти сурогаити материнство могуће да деије има њри мајке: сурогаити мајку, намеравану мајку и ону која је донирала јајну ћелију.³ Треба се сеиити да се још у Свешом њисму сјомиње сурогаити материнство.⁴ Бадић наводи да је сурогаити материнство њрактиковано

* Истраживач сарадник у Институту за упоредно право, Београд

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

² Corpus Juris Civilis, Digest 2, 4, 5.

³ Дејан Мицковић, „Регулисање сурогат материнства у савременим законодавствима”, *Национално и међународно њраво – актуелна њишњања и њеме*, (у даљем тексту Дејан Мицковић, *op. cit.*), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, стр. 59.

⁴ *Свешо њисмо сјарога и новога завјеша*, Британско инострано библијско друштво, Београд, 1992, стр. 11.

у САД *ѓре Грађанској рати* у 19. веку, *ѓри чему су родиње биле сурогаи* мајке које су децу рађале својим *ѓосѓодарима*, док су се у 20. веку у улози сурогаи мајке у *ѓлавно*м јављале *ѓријати*ељице, односно сроднице *неѓлодном ѓару*.⁵ *Истѓорија* бележи да је *ѓрво деѓе* „из *ѓѓрувеѓе*”, односно *in vitro* у савременом друштву родила гестациона мајка 1986. године.⁶

Уговор о рађању за другог подразумева рођење детета од стране сурогат мајке намераваним родитељима, односно пару који ће се старати о детету, односно особи мушког или женског пола која живи сама, са или без ѓиховог генетског материјала, а који су у браку или ванбрачној заједници, уз исплату неопходних трошкова сурогат мајци за трудноћу и порођај и финансијску надокнаду, у неким правима. Да би сурогат материнство било дозвољено, неопходно је да постоје медицински разлози за одобравање процеса сурогат материнства, чиме би се искључили други разлози. Такви медицински разлози подразумевају непостојање материце рођењем или одстрањивање из здравствених разлога, неразвијеност материце, као и немогућност жене да остане у другом стању више пута применом медицински потпомогнуте оплодње (што указује на немогућност да жена остане у другом стању природним путем).⁷

Слажемо се са ауторима који, у контексту признавања института сурогат материнства, сматрају да се треба водити најбољим интересом детета⁸, те последицама које може да проузрокује непризнавање сурогат материнства у држави немараваних родитеља, односно права детета рођеног на овај начин у иностранству.⁹ Ђураковић и Алихоѓић указују на пример Босне и Херцеговине, сматрајући да на овај начин може доћи до дискриминације деце, чији су намеравани родитељи, у жељи да добију дете, заобишли забрану сурогат материнства и овај поступак спровели у иностранству.¹⁰ Професорка Јовић

⁵ Илија Бабић, „Материнство на основу уговора о рађању за другог”, *Суѓроѓѓтављање савременим облицима криминалиѓѓѓа – анализа сѓања, евроѓки сѓандарди и мере за унаѓређење*, (у даљем тексту Илија Бабић, *op. cit.*), Криминалистичко-полиѓијска академија, Фондација Ханс Зајдел, Београд 2015, стр. 150.

⁶ Бернадет Бордаш, „Рестриктивни концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, (у даљем тексту Бернадет Бордаш, *op. cit.*), бр. 3/2015, стр. 981.

⁷ Мелиха Фрндић Имамовић, „Сурогат материнство – не/оправданост нормирања у будућем закону о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом у Босни и Херцеговини”, *Civitas* (у даљем тексту Мелиха Фрндић Имамовић, *op. cit.*) год. 2, бр. 2 (2015), стр. 29.

⁸ Право детета је да зна своје порекло предвиђају Конвенција Уједињених наѓија и Европска конвенција за заштиту ѓудских права и основних слобода, али су законодавства подељена када је у питању ово право у случају асистиране репродукције. За више видети: Богдана Стјепановић, „Право детета зачетог уз помоћ асистиране репродукције да добије информацију о свом донору – упоредноправна решења”, *Сѓирани ѓравни животи* бр. 3/2018, стр. 233–249.

⁹ Анита Ђураковић, Јасмина Алихоѓић, „Учинци прекограничног сурогат материнства: пракса националних судава и Европског суда за ѓудска права”, *Зборник радова Право, ѓрадиѓија и ѓромјене*, Правни факултет Универзитет у Источном Сарајеву, Пале, 2020, стр. 144.

¹⁰ *Ibidem*.

Прлаиновић сматра да је потребно испунити два услова кумулативно да би институт сурогат материнства био прихваћен: поступак сурогат материнства може бити примењен само у случају неплодности намераваних родитеља који на други начин не могу постати родитељи, уз поштовање интереса детета које је на тај начин зачето.¹¹ Занимљива је и веза између права на поштовање породичног живота из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и сурогат материнства, на коју указује Ђорац, те појашњава да се ово право остварује кроз блиске везе које успостављају двоје људи са жељом да таква веза траје, која посебно може бити поремећена рођењем детета путем сурогат мајке, поготову у иностранству.¹²

2. РЕШЕЊЕ ИЗ ПРЕДНАЦРТА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА У СВЕТАЛУ ОПШТИХ ОДРЕДАБА ИНСТИТУТА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Мајка детета јесте жена која га је родила, док се оцем сматра муж жене која је дете родила, што представља саставни део нашег позитивног породичног законодавства.¹³ Развој медицине омогућио је материнство другим начинима оплодње сем природног, те је поступак биопотпомогнуте оплодње телесне *in vivo* и вантелесне *in vitro* нашао своје место у законском нормирању. Тако, Породични закон познаје и материнство које је омогућено зачећем уз биомедицинску помоћ, те се мајком детета које је зачето на тај начин сматра жена која га је родила.¹⁴ С друге стране, ако је до зачећа дошло биомедицинским путем даривањем јајне ћелије, материнство жене која ју је даровала се не може утврђивати. Сурогат материнство, односно материнство посредством уговора о рађању за другог дефинисано је Преднацртом Грађанског законика, те се мајком детета сматра жена која намерава да се о детету стара (намеравана мајка), без обзира на то да ли су њене ћелије коришћене за оплодњу друге жене (сурогат мајка).¹⁵ Аналогно томе, оцем детета сматра се брачни или ванбрачни партнер намераване мајке (намеравани отац), без обзира на то да ли је његов генетски материјал коришћен за оплодњу сурогат мајке или не. На темељу

¹¹ Олга Јовић Прлаиновић, „Утврђивање материнства и очинства детета зачетог поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње – *de lege lata* и *de lege ferenda*”, *Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности* (у даљем тексту Олга Јовић Прлаиновић, *op. cit.*), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2017, стр. 85.

¹² Више о овој теми у: Sanda Ђорач, “Cross-border surrogacy and the right to respect for family life”, *Strani pravni život*, br. 4/2022, str. 508–509.

¹³ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – и др. закон, 6/2015, у даљем тексту ПЗ, члан 42.

¹⁴ ПЗ, члан 57.

¹⁵ Преднацрт Грађанског законика, члан 2175, преузето са <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260615/260615-nacrt-gradjanskog-zakonika.html>, 4. 5. 2020.

промена у медицини, настао је и термин сурогат материнства. Сурогат мајка, у том смислу, дефинише се као жена која рађа дете и предаје га намераваним родитељима, са или без свог генетског материјала, а који могу бити брачни или ванбрачни партнери, с тим што је пре зачећа потребно је закључити уговор. Анализа Преднацрта укључује разматрање питања ко може бити сурогат мајка, какви видови рађања за другог постоје, као и на дозвољеност финансијске надокнаде за рађање детета за другог.

Разликујемо потпуно, односно гестацијско и непотпуно, односно генетско сурогат материнство. У случају потпуног сурогат материнства, намеравани родитељи донирају свој репродуктивни материјал, тако да се оплодња врши без генетског материјала сурогат мајке. Неки аутори сматрају да једино ова врста сурогат материнства може бити дозвољена.¹⁶ Супротно, код непотпуног сурогат материнства, недостаје репродуктивни материјал једног од родитеља (најчешће намераване мајке), тако да се за оплодњу користе генетски материјал сурогат мајке или донора и другог намераваног родитеља, што може бити брачни или ванбрачни партнер намераване мајке. Упоредно право разликује случајеве у којима се користи генетски материјал неког другог лица, односно донора, чиме се искључује коришћење репродуктивног материјала сурогат и намераване мајке, што такође представља непотпуно сурогат материнство.¹⁷ Нека права дозвољавају изостанак генетског материјала не само намераване мајке или намераваног оца, већ је у оквиру непотпуног сурогат материнства могућа оплодња донора, чак и без генетског материјала сурогат мајке.¹⁸ Преднацрт Грађанског законика предвиђа забрану коришћења јајне ћелије сурогат мајке, чиме се оставља само опција употребе генетског материјала једног од намераваних родитеља или оба.¹⁹

Надаље сурогат материнство може бити комерцијалног карактера²⁰ или без накнаде, што изазива посебне дилеме када је овај институт у питању.²¹ Уколи-

¹⁶ Олга Јовић Прлаиновић, *op. cit.*, стр. 85.

¹⁷ Сања Стојковић Златановић, „Радноправне последице сурогат материнства”, *Теме*, (у даљем тексту: Сања Стојковић Златановић, *op. cit.*) год. XLII, бр. 1, стр. 228.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Преднацрт Грађанског законика, члан 2275.

²⁰ Литература бележи први пример комерцијалног сурогат материнства из 1986. године, када је брачни пар из САД платио 10.000 долара сурогат мајци ради трудноће и порођаја. Посреди је била гестациона, односно непотпуна сурогација, те се за поступак користио само генетски материјал оца. Случај је резултирао тиме да сурогат мајка није желела да преда дете, те побегла у другу државу. Иако је првостепени суд пресудио у корист намераваних родитеља, деценију касније Врховни суд је заузео став да је сурогат мајка законита мајка и да има право да одржава контакт са дететом. Наведено према: Тијана Петковић, „Православни погледи на сурогат материнство”, *Српска теологија данас* (у даљем тексту: Тијана Петковић, *op. cit.*), 2015, Београд 2016, стр. 188.

²¹ Детаљније о подели на комерцијално и алтруистичко сурогат материнство видети Swapendu Banerjee, “Gestational Surrogacy contracts: Altruistic or Commercial?”, *The Manchester School* 81(3), Manchester 2013, 438–460.

ко сурогат мајка добија финансијску компензацију за трудноћу и рађање детета, уговор о рађању за другог поприма карактеристике новчане трансакције, те је комерцијално сурогат материнство контроверзно са етичког аспекта и један је од главних разлога постојања противника овог института.²² Ова накнада не подразумева надокнаду медицинских трошкова у вези са одржавањем трудноће и рођењем детета. Додатна бојазан постоји због могућности настанка репродуктивног туризма, а у вези са тим ваља узети у обзир и заштиту репродуктивног здравља жене.²³ Има аутора који наглашавају да је дете божји дар, а не роба, па се у литератури сугерише да би сурогат материнство било оправдано само без новчане надокнаде и између пријатеља и рођака, чиме би се омогућило одржавање контакта сурогат мајке и намераваних родитеља.²⁴ То је тзв. „алтруистичко сурогат мајчинство”, које представља одраз саосећајности и великодушности жене која пристаје да роди и да дете брачном или ванбрачном пару који се не може остварити у улози родитеља, а која добија само надокнаду трошкова за одржавање трудноће.²⁵ Преднацрт дозвољава само алтруистичко рађање за другог.²⁶

Бордаш сматра да би требало дозволити и сродничко и несродничко сурогат материнство,²⁷ те је подела на сродничко и несродничко сурогат материнство условљена тиме ко може бити сурогат мајка. Како само име говори, сродничко сурогат материнство дозвољава постојање сродничких веза између сурогат мајке и намераваних родитеља. Преднацрт предвиђа три могућности:

²² Комерцијално сурогат материнство представља посебан камен спотицања у признавању сурогат института уопште. На темељима комерцијалног сурогата настаје репродуктивни туризам, што охрабрује намераване родитеље да шансу за родитељство потраже у иностранству, односно у оним државама чија права дозвољавају овај институт. Поред тога што је нејасан положај рођеног детета у иностранству посредством сурогат мајке, Ђукановић и Ђуришић указују да је споразум о рођењу детета уз помоћ сурогат мајке у иностранству према домаћем праву кривично дело, које не признаје овај институт. Тако, аутори указују да комерцијално сурогат материнство представља супротност међународним одредбама о забрани трговине децом. Оваква важна забрана присутна је и онда када је уговором признато право сурогат мајци на накнаду неопходних трошкова за ношење и рођење детета. Анђела Ђукановић, Јелена Ђуришић, „Комерцијално сурогатство, репродуктивни туризам и трговина малолетним лицима ради усвојења”, *Studia Iuridica Montenegrina*, бр. 2/2021, стр. 97–98.

²³ Више о репродуктивном здрављу у: Гордана Ковачек Станић, „Репродуктивна аутономија жене као људско право”, *Родна равноправност – од једнаких љубави до једнаких могућности* (ур. Тибор Варанди, Маријана Пајванчић), (Гордана Ковачек Станић, *Репродуктивна аутономија жене као људско право*, *op.cit.*), Српска академија наука и уметности, Београд, 2020, стр. 122–139.

²⁴ Janet Dolgin, „Status and contract in surrogate motherhood: an illumination of the surrogacy debate”, *Buffalo Law Review* no. 38(2) 1990, стр. 524.

²⁵ Ана Човић, „Услуга сурогат мајчинства у правним системима европских држава”, Међународна научна конференција *Правна реулајива услуга у националним законодавствима и љаву Европске уније* (у даљем тексту Ана Човић, *op. cit.*), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 19 – 20. 5. 2023. (у штампани).

²⁶ Преднацрт Грађанског законика, члан 2183.

²⁷ Бернадет Бордаш, *op. cit.*, стр. 986.

сродничку и несродничку, само сродничку и само несродничку.²⁸ Бордаш с правом примећује да је питање сродничког сурогат материнства уско повезано са питањем комерцијалне сурогације, чиме би се са сигурношћу искључила финансијска надокнада за рађање детета, а тиме и повећао број некомерцијалних рађања за другог.²⁹

Надаље, сурогат мајка мора бити здрава и подобна да носи и роди дете, а намеравани родитељи да буду у немогућности да постану родитељи природним путем, другим поступцима потпомогнутог лечења или онда када постоји опасност од преношења тешких наследних болести.³⁰ Слажемо се са ауторима који сугеришу да је оваква одредба Преднацрта неодређена и дискутабилна за примену јер није јасно колико година код парова је нужно да изостане потомство природним путем, као ни то кроз колико процеса вантелесних оплодњи је потребно да парови прођу да би стекли право на сурогат материнство.³¹ У улози намераваних родитеља може се наћи особа мушког или женског пола која живи сама,³² а нека права признају ово право хомосексуалним паровима. Видић-Трнанић посебно истиче важност да сурогат мајка буде психолошки спремна за сурогат материнство³³, што се указује посебно у контексту раније описаног случаја у САД, када је сурогат мајка одбила да преда дете.

Многа решења из Преднацрта покрећу дилеме о њиховој легитимности. Једно од тих је и оно које се тиче услова за заснивање сурогат материнства, па тако намеравани родитељи могу бити само држављани Републике Србије, односно страни држављани који имају пријављено пребивалиште у Србији најмање три, односно пет година.³⁴ Тиме је искључена међународна компонента, а тиме и проблеми у примени страног права, али остаје отворено питање дискриминације по основу држављанства. То питање посебно проблематизује Бордаш, с обзиром на то да ће српском држављанину бити омогућено да добије дете уз помоћ сурогат мајке без обзира на своје пребивалиште, дакле чак иако је оно у иностранству, док ће то странцу бити омогућено само ако има пребивалиште у Србији одређени број година.³⁵

²⁸ Преднацрт Грађанског законика, члан 2275.

²⁹ Бернадет Бордаш, *op. cit.*, стр. 986.

³⁰ Преднацрт Грађанског законика, члан 2177.

³¹ Јелена Видић-Трнанић, „Сурогат материнство у праву Србије (*de lege lata* и *de lege ferenda*) и праву Македоније”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (у даљем тексту Јелена Видић-Трнанић, *op. cit.*), 3/2015, стр. 1167.

³² После измена, ово право је признато и мушкарцима који живе сами, а не само женама. Видети: Преднацрт ГЗ, члан 63, ст. 2.

³³ Јелена Видић-Трнанић, *op. cit.*, стр. 1168.

³⁴ Преднацрт ГЗ, члан 2273.

³⁵ Бернадет Бордаш, *op. cit.*, стр. 996. Бордаш даље проблематизује и број година који се захтева за ову врсту уговора, указујући на неусаглашеност одредаба Преднацрта и Закона о запошљавању странаца.

3. СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Упоредно право познаје различите варијетете сурогат материнства. Сурогат материнство забрањено је у Немачкој, Аустрији, Шпанији, Швајцарској, Италији, Француској, док се овај поступак рађања дозвољава у Македонији, Великој Британији, Израелу, Грчкој.³⁶ Холандија и Русија, на пример, немају законодавство које регулише овај институт, али се овакав поступак оплодње и рађања сматра дозвољеним.³⁷

Законодавство Велике Британије умногоме је специфично.³⁸ Мајком детета сматра се жена која је дете родила, што јој пружа могућност да бебу задржи чак и онда кад је беба зачета без генетског материјала сурогат мајке. С обзиром на дозвољеност истополних заједница у улози намераваних родитеља, поред брачних и ванбрачних партнера истог пола, могу наћи и хомосексуални партнери у браку или ванбрачној заједници, али и транссексуалне особе или лица која су променила пол, која иначе имају признато право на склапање брака.³⁹ Ранији поступак усвајања деце рођене од стране сурогат мајке сада је замењен поступком уписа намераваних родитеља у матичне књиге уз дозволу суда. Сурогат материнство у Великој Британији обавља се без финансијске надокнаде, уз обавезу да бар један од намераваних родитеља учествује генетским материјалом у оплодњи сурогат мајке.

Право Израела је специфично по томе што је у овој држави основан посебан медицински комитет који испитује да ли су испуњени услови за процес сурогат материнства.⁴⁰ Сурогат мајка има право само на разумне трошкове, чиме се искључује комерцијална сурогација. Дозвољена је само потпуна сурогација, уз услов да намеравани родитељи буду у брачној заједници.

Грчко право најпотпуније регулише сурогат материнство, у смислу гарантовања права и прописивања обавеза.⁴¹ Тако ће шансу за родитељство путем сурогат мајке добити само парови који на други начин не могу да се остваре у улози родитеља. Институт сурогат материнства у Грчкој је усложњен чињеницом да сурогат мајка има право да задржи дете. У радноправном смислу, намеравани родитељи уживају сва права у вези са рођењем детета као запослени, као и они запослени који биолошким путем постану родитељи. Таква

³⁶ Јелена Видић Трнинић, *op. cit.*, стр. 1163.

³⁷ Гордана Ковачек Станић, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији”, *Сјановништво*, (у даљем тексту: Гордана Ковачек Станић, *Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији*, *op. cit.*), бр. 1/2013, стр. 5.

³⁸ Сања Стојковић Златановић, *op. cit.*, стр. 230.

³⁹ Гордана Ковачек Станић, *Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији*, *op. cit.*, стр. 7.

⁴⁰ Сања Стојковић Златановић, *op. cit.*, стр. 231.

⁴¹ Victoria Douka, *Labour law in Greece*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015, стр. 193.

одредба представља раритет у упоредном праву, те нам грчко право може послужити као модел. Посебна специфичност грчког права јесте право за дојиле, тачније могућност скраћеног радног времена за сурогат мајку али и за намеравану мајку, што представља прогресивно решење и одраз је посебне заштите жена у радном односу.

Сурогат материнство дозвољено је и у Македонији и уређено је Законом за биомедицинско потпомогнато оплодување.⁴² Право ове суседне државе врло рестриктивно уређује овај институт, и додали бисмо дискриминаторски, допуштајући га само намераваним родитељима који су у браку. Такође, намеравани родитељи могу бити само македонски држављани, а сурогат мајка може само једном родити дете посредством уговора о рађању за другога.⁴³ Предности регулисања сурогат материнства у Македонији видимо у томе што се прецизира да се за поступак сурогат материнства могу одлучити намеравани родитељи после три неуспешне трудноће. Занимљиво решење је и оно у погледу испуњености услова за сурогат мајку, која се претходно мора остварити као мајка. Ово се чини важним из моралних разлога, те се чини да доприности чињеници да се тиме лакше спроводи поступак сурогат материнства, односно предаја детета. Са аспекта радног права, најзначајнија је норма која се односи на посебну заштиту која се реализује кроз поделу права пре и након порођаја између сурогат мајке и намераване.

4. PRO ET CONTRA

Присталице овог института залажу се за увођење сурогат материнства, имајући у виду чињеницу да је за одређене парове то једини начин да се остваре као родитељи, тачније да добију дете које је за њих „генетски везано.“⁴⁴ Ово, разуме се, важи код потпуне сурогације, односно када се за поступак сурогат материнства користи генетски материјал намераваних родитеља. Аутори сматрају да сурогат материнство треба дозволити управо и само у овом случају, дакле, уз постојање медицинског разлога, што искључује друге, естетске или професионалне⁴⁵, чему се и ми приклањамо. Аутори томе додају и чињеницу да не треба ограничавати репродуктивну улогу жене на једно и двоје деце, што је често случај у Србији, као и да шансу за родитељство треба дати партнерима који желе, а не могу добити дете других метода, поготову када жена има

⁴² Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, *Службен весник на Македонија*, бр. 37/2008, 164/2013, 149 /2014, 192/2015 и 37/2016.

⁴³ Дејан Мицкић, *op. cit.*, стр. 70.

⁴⁴ Марта Сјенчић, Ранко Совиљ, Сања Стојковић Златановић, „Нове тенденције у развоју законодавства у области биомедицински потпомогнутог оплођења“, *Правни животи*, бр. 9/2018, стр. 736.

⁴⁵ *Ibidem*.

могућност да произведе јајну ћелију, али није у стању да изнесе трудноћу.⁴⁶ Човић налази оправдање за сурогат материнство само ако се оно спроводи међу сродницима, до одређеног степена сродства, јер се у супротном оставља простор за „комерцијализацију женског тела и душе”.⁴⁷ Има и оних који сматрају да се достигнућа медицине не могу занемарити у праву, те да би и институт сурогат материнства требало регулисати, и то на начин који ће узети у обзир вредности у друштву и најбољи интерес детета зачетог на овај начин.⁴⁸

Институт сурогат материнства у многим државама нема дозвољену примену, а сматра се да томе доприноси и јак утицај католичке цркве, као и учење да се сурогат материнством нарушава традиционални концепт породице и рађања деце унутар породице.⁴⁹ Опоненти увођења сурогат материнства сматрају да се Грађанским закоником покушају увести правни институти који не одговарају постојећем правном систему и култури друштва.⁵⁰ Ђурковић сматра да је много мања корист за друштво од увођења овог института, него што су потенцијални проблеми који могу настати експлоатацијом генетског материјала и репродуктивног туризма.⁵¹ Бабић држи до става да уговор о рађању за другога није у интересу детета, већ да се сурогат материнство уводи ради експлоатације мајки, поготову у сиромашним државама.⁵² Ту су и аутори који указују на верске аспекте сурогат материнства, које се не може прихватити, јер институт није у складу са православном традицијом, чиме се „нарушава моногамност брака и губи традиционална породица”.⁵³

5. ПОРОДИЉСКО ОДСУСТВО И ОДСУСТВО РАДИ НЕГЕ ДЕТЕТА – КЉУЧНИ РАДНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Породиљско одсуство представља једно од права које се пружа жени са циљем заштите њене репродуктивне функције. Како је трудноћа и брига о детету разлог да жена привремено буде ослобођена радних обавеза, накнада за време ових одсустава држи у животу радни однос. У литератури се може

⁴⁶ Олга Цвејић-Јанчић, „Актуелни изазови биомедицинске потпомогнуте оплодње”, *Правни животи*, бр. 10/2010, 10–11, 22.

⁴⁷ Ана Човић, *op. cit.*

⁴⁸ Мелиха Фрндић Имамовић, *op. cit.*, стр. 30.

⁴⁹ *Ibid.*, стр. 26.

⁵⁰ Миша Ђурковић, „Покушај увођења сурогат материнства у Србију”, *Култура полиса* бр. 27 (2015), стр. 147.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Илија Бабић, *op. cit.*, стр. 147.

⁵³ Тијана Петковић, *op. cit.*, стр. 189. Ауторка, докторанд на Православном факултету Универзитета у Београду, наводи да је злоупотребљено Свето писмо поводом рођења Исмаила да би се створила правдајућа идеологија за сурогат материнство јер „Агара није била сурогат мајка, нити га је предала, нити га је продала.”

прочитати да би се без права на породилско одсуство и одсуство ради неге детета, жене повукле са тржишта рада, не би се посветиле одгајању детета, или би одложиле материнску улогу.⁵⁴ Према томе, право на породилско одсуство ради неге детета обезбеђују континуитет радном односу, истовремено охрабрујући жене да се одлуче за рађање деце, јер су сигурне што се посла и накнаде тиче. Зато се овај период у литератури назива „заштићеним периодом.“⁵⁵ Важно је нагласити да је претпоставка за коришћење ових права радни однос, тако да незапослена трудница и мајка нема правну заштиту. Тиме се отвара питање радноправне заштите трудница и мајки које нису радно ангажоване. Можемо константовати да је домаће право на трагу решења таквог проблема јер је изменама Закона о финансијској подршци породице са децом проширен круг титулара права, те ће право на накнаду, а самим тим и коришћење породилског одсуства имати и жене које су одређени број месеци пре порођаја приходовале по основу уговора о обављању привремених и повремених послова, уговора о делу, ауторског уговора, као и по основу уговора о правима и обавезама директора ван радног односа.⁵⁶ Дакле, право на коришћење породилског одсуства има, пре свега, запослена жена, мајка детета. Право на породилско одсуство жена стиче најраније 45, а најкасније 28 дана пре датума предвиђеног за порођај и траје три месеца након порођаја.⁵⁷ Отац детета ће само изузетно имати право да се користи делом породилског одсуства, и то оним после порођаја, у случају када мајка умре, напусти дете или је други разлози спречавају да се брине о детету, попут теже болести.⁵⁸ Одсуство ради неге детета својим трајањем наставља се после искоришћеног права на породилско одсуство и траје 365 дана од отпочињања породилског одсуства.⁵⁹ Одсуством ради неге детета може се користити како мајка, тако и отац детета.

Премда се породилско одсуство ради неге детета користи у континуитету, циљеви ових права се разликују, трајање, као и титулари коришћења. Право на породилско одсуство установљено је првенствено ради заштите интереса труднице, односно мајке. Оно припада жени и предвиђено је са циљем да се она припреми за порођај, односно опорави од порођаја у предвиђеном

⁵⁴ *Eligibility for parental leave in EU member states*, European Institute for Gender Equality, Luxembourg, 2020, стр. 3.

⁵⁵ Кристина Балножан, Посебна заштита запослених са породичним дужностима од отказа уговора о раду, *Гласник Адвокајске коморе Војводине*, бр. 1/2021, стр. 159.

⁵⁶ Закон о финансијској подршци породице са децом, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017, 50/2018, 46/2021 – одлука, 53/2021 – одлука УС и 66/2021, члан 17.

⁵⁷ Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, члан 94.

⁵⁸ Закон о раду, члан 94, ст. 5.

⁵⁹ Закон о раду, члан 94, став 4.

трајању.⁶⁰ Зато законодавац само изузетно дозвољава коришћење овог одсуства оцу детета. Са друге стране, одсуство ради неге детета признаје се у дужем трајању, јер су интереси детета у првом плану. Како је ово период када је детету потребна нега, овим одсуством се на једнак начин могу користити и мајка и отац. У оваквој подели титулара права види се један од начина одржавање баланса између породичног и професионалног живота. Због традиционалног концепта породице, у већини друштава мајка је једини корисник овог права, што повлачи дискриминацију жена на тржишту рада и опредељивање послодавца за мушке кандидате за запослење.

6. ДИЛЕМЕ У РАДНОМ ПРАВУ У ВЕЗИ СА СУРОГАТ МАТЕРИНСТВОМ – ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

С обзиром на све поменуто у вези са сурогат материнством, с правом се може поставити питање радноправног положаја сурогат мајки и намераване мајке. Дилеме које се јављају тичу се питања која од њих може уживати права попут породилског одсуства, одсуства ради неге детета, накнаде зараде, одређених бенефиција на послу и права на паузу за дојење и слично. Сматрамо да посебна заштита која је предвиђена одредбама Закона о раду треба да буде подељена између сурогат и намераване мајке. Тако, постоје норме које се тичу посебне заштите предвиђене Законом о раду, које би требало применити на запослену сурогат мајку, ако узмемо у обзир решење Преднацрта Грађанског законика, по ком сурогат мајка има уговорну обавезу да изнесе деветомесечну трудноћу и порођај, те да након њега дете преда намераваној мајци, са или без накнаде. Сурогат мајка је, дакле, она која испуњава услове за остваривање заштите предвиђене радним правом, а то су трудноћа и порођај. С друге стране, у контексту истих прописа, запослена намеравана мајка, односно мајка која се о детету стара остаће без посебне заштите, јер неће имати право на породилско одсуство чији је циљ заштита мајке пре и након порођаја, неће бити у прилици да доји своје дете, јер поступак лактације неће бити покренут, и самим тим да се користи повољностима по том основу, остаће без накнаде зараде, док је право на одсуство ради неге детета упитно. Зато ће бити неопходна измена Закона о раду, уколико решење из Преднацрта Грађанског законика буде усвојено. Сматрамо нужним да се област радног и грађанског права ускладе, те да развој радноправне заштите иде са циљем поделе права између мајке која је дете родила и мајке која намерава да се о детету стара. Исти став налазимо и у раду Стојковић Златановић, која сматра да посебна заштита у радном односу треба да буде подељена између сурогат и

⁶⁰ Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2015, стр. 276.

намераване мајке, чиме се штити право на породични живот запослене жене, њена социјална сигурност, али се на овај начин, како тврди ауторка, штите и деца рођена посредством сурогат материнства.⁶¹ Мишљења смо да сурогат мајци треба омогућити право на породилско одсуство током ког ће се припремити за порођај и опоравити три месеца након њега, али да одсуство ради неге детета у трајању од годину дана од отпочињања породилског одсуства треба бити резервисано за намеравану мајку која ће се о детету заиста и старати. Накнада зарада би требало на исти начин бити подељена. То значи да би запослена сурогат мајка имала право на накнаду зараде током породилског одсуства, док би се правом на накнаду зараде за време одсуства ради неге детета намеравана мајка користила након истека породилског одсуства. Исто тако сматрамо да би права која се по закону гарантују за жену која доји била ускраћена у потпуности у случају сурогат материнства, јер жена која је дете родила и која је природно једина у могућности да доји дете то неће чинити. Само подељеном заштитом може се постићи заштита материнства у правом смислу, која подразумева заштиту сурогат и намераване мајке, заштиту порођице и, најважније, заштиту детета које је рођено на основу уговора о рађању за другог.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић Илија, „Материнство на основу уговора о рађању за другог”, *Суврој-сџављање савременим облицима криминалиџеџа – анализа сџања, евројски сџандарди и мере за унајређење*, Криминалиџичко-полиџијска академија, Фондација Ханс Зајдел, Београд, 2015;
- Балножан Кристина, Посебна заштита запослених са породичним дужностима од отказа уговора о раду, *Гласник Адвокаџиске коморе Војводине*, бр. 1/2021;
- Banerjee Swapnendu, “Gestational Surrogacy contracts: Altruistic or Commercial?”, *The Manchester School* 81(3), Manchester 2013;
- Бордаш Бернадет, „Рестриктивни концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Србије”, *Зборник радова Правној факулџеџа у Новом Саду*, бр. 3/2015;
- Видић-Тирнанић Јелена, „Сурогат материнство у праву Србије (de lege lata и de lege ferenda) и праву Македоније”, *Зборник радова Правној факулџеџа у Новом Саду* 3/2015;
- Eligibility for parental leave in EU member states*, European Institute for Gender Equality, Luxembourg, 2020;

⁶¹ Сања Стојковић Златановић, *op. cit.*, стр. 240–241.

- Dolgin Janet, „Status and contract in surrogate motherhood: an illumination of the surrogacy debate”, *Buffalo Law Review* no. 38(2), 1990;
- Douka Victoria, *Labour law in Greece*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015;
- Ђураковић Анита, Алихоџић Јасмина, „Учинци прекограничног сурогат материнства: пракса националних судова и Европског суда за људска права”, Зборник радова *Право, њтрадиција и њромјене*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале, 2020;
- Ђурковић Миша, „Покушај увођења сурогат материнства у Србију”, *Култура полиса* бр. 27 (2015);
- Јовић Прлаиновић Олга, „Утврђивање материнства и очинства детета зачетог поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње – de lege lata и de lege ferenda”, *Начела добре владавине – начело њравне сигурносџи и начело њравносџи*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2017;
- Ковачек Станић Гордана, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Сурогат материнство у упоредном европском праву и у Србији”, *Сџановнишиџво*, бр. 1/2013;
- Ковачек Станић Гордана, „Репродуктивна аутономија жене као људско право”, *Родна равноџравносџи – од једнаких њрава до једнаких моџућносџи* (ур. Тибор Варанди, Маријана Пајванчић), Српска академија наука и уметности, Београд, 2020;
- Јовановић Предраг, *Радно њправо*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2015;
- Мицковић Дејан, „Регулисање сурогат материнства у савременим законодавствима”, *Национално и међународно њправо – акџуелна њиџиња и џеме*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017;
- Петковић Тијана, „Православни погледи на сурогат материнство”, *Срџска џеолоџија данас* 2015, Београд, 2016;
- Свеџо џисмо сџароџа и новоџа завјеџа*, Британско инострано библџјско друштво, Београд, 1992;
- Сјенчић Марта, Совиљ Ранко, Стојковић Златановић Сања, „Нове тенденције у развоју законодавства у области биомедицински потпомогнутог оплођења”, *Правни живоџи*, бр. 9/2018;
- Стјепановић Богдана, „Право детета зачетог уз помоћ асистиране репродукције да добије информацију о свом донору – упоредноправна решења”, *Сџирани њравни живоџи*, бр. 3/2018;

- Стојковић Златановић Сања, „Радноправне последице сурогат материнства”, *Теме*, год. XLII, бр. 1;
- Цвејић-Јанчић Олга, „Актуелни изазови биомедицинске потпомогнуте оплодње”, *Правни живот*, бр. 10/2010;
- Човић Ана, „Услуга сурогат мајчинства у правним системима европских држава”, Међународна научна конференција *Правна рејулајива услуга у националним законодавствима и њраву Евројске уније*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 19 – 20. 5. 2023. (у штампи).
- Ћорас Sanda, “Cross-border surrogacy and the right to respect for family life”, *Strani pravni život*, br. 4/2022;
- Фрндић Имамовић Мелиха, „Сурогат материнство – не/оправданост нормирања у будућем закону о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом у Босни и Херцеговини”, *Civitas* год. 2, бр. 2. (2015).

ЈОВАНА РАЈИЋ ЋАЛИЋ, М.А.*

LABOUR LAW ASPECTS OF SURROGATE MOTHERHOOD

Summary: Surrogate motherhood, as an institution that has been discussed a lot with the presentation of the draft of the Civil Code, is followed by moral doubts, support and opposition. The paper will present certain aspects of the institute that are overlooked by the Preliminary Draft of the Civil Code, as well as the views of domestic and foreign authors regarding them. Surrogacy brings changes in many areas of law, and the field of labor law is no exception. Therefore, the mentioned positions will be a prelude to the study of labor law consequences regarding the special protection of women, pregnant women, i.e. mothers. Without understanding these terms it is not possible to understand the special protection of pregnant women in the employment relationship, and even less to divide the rights within this special protection between surrogates and intended mothers.

Keywords: surrogate motherhood, interest of the child, labor law, special protection.

* Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade