

**Дејан Мицковиќ  
Елена Игновска  
Ангел Ристов**

# **НОВИТЕ РЕПРОДУКТИВНИ ТЕХНОЛОГИИ И ПРАВОТО**

**Скопје, ноември 2016**

**Издавач:**

Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје  
Бул. Гоце Делчев бр. 9, 1000 Скопје  
www.ukim@ukim.edu.mk

**Уредник за издавачка дејност на УКИМ:**

проф. д-р Никола Јанкуловски, ректор

**Уредник на публикацијата:**

Проф. д-р Дејан Мицковиќ, Правен факултет „Јустинијан Први“ -  
Скопје

**Рецензенти**

1. Проф. д-р Херд Версхелден
2. Проф. д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска

**Техничка обработка**

*Костадин Батев*

**Лектура на македонски јазик:**

*Александра Тимковска*

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

618.177-089.888.11:341.24

618.177-089.888.11:608.1

МИЦКОВИЌ, Дејан

Новите репродуктивни технологии и правото / Дејан Мицковиќ, Елена Игновска, Ангел Ристов.  
- Скопје : Универзитет "Св. Кирил и Методиј", 2018. - 417 стр. ; 25 см

Фусноти кон текстот

ISBN 978-9989-43-405-1

1. Игновска, Елена [автор] 2. Ристов, Ангел [автор]

а) Вештачко оплодување - Меѓународни правни акти б) Вештачко оплодување - Биоетички аспекти

COBISS.MK-ID 106109962

Ниту еден дел од оваа публикација не смее да биде репродуциран на било кој начин без претходна писмена согласност на авторот

Е-издание: [http://www.ukim.edu.mk/mk\\_content.php?meni=53&glavno=41](http://www.ukim.edu.mk/mk_content.php?meni=53&glavno=41)

# СОДРЖИНА

## I. Воведни теми

1. Вовед
2. Биоетичка подлога
3. Појавата и примената на репродуктивните технологии
  - 3.1. Историска димензија
  - 3.2. Медицинска димензија
  - 3.3. Психолошка димензија
  - 3.4. Етичка димензија
  - 3.5. Правна димензија

## II. Основни поими и концепти во пресекот на примената на репродуктивните технологии и правото

1. Репродукција, прокреација, инсеминација, оплодување и зачнување
2. Желба, копнеж и потреба да се има дете
3. Одгледување, носење и прокреирање на дете
4. Прогенитори/генетски предци, донори и родители (генетски, биолошки, фактички и правни)
5. Сродството и семејството
6. "Вештачка инсеминација" и донација на сперма како биомедицинско потпомогнато оплодување (БПО)

## III. Меѓународни регулативи

1. Универзалната декларација за човекови права (УДЧП), Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП) и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (МПЕСКП)
2. Конвенцијата за елиминирање на сите форми на дискриминација против жените (КЕСФДЖ)
3. Конвенцијата за правата на детето (КПД)
4. Конвенцијата од Овиедо, Универзалната декларација за човечкиот геном и човековите права и Универзалната декларација за биоетика и човекови права
5. Европската конвенција за извршување на правата на децата (ЕКПД) и Конвенцијата за контакт што се однесува на децата (ККД)

#### **IV. Судска пракса на Европскиот суд за човекови права**

1. Осврт кон меѓународните конвенции од страна на Европскиот суд за човекови права
2. Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) и нејзиниот праг на толерантност во сферата на почитување на приватниот и семејниот живот
3. Судска пракса во областа на репродуктивните права и правото на засновање на семејство
  - 3.1. Репродуктивното право на партнери
    - 3.1.1. Право на пристап до биомедицинско потпомогнато оплодување за партнери
    - 3.1.2. Право на донација на сперма и јајце-клетки на партнери
  - 3.2. Репродуктивното право на индивидуи
    - 3.2.1. Вкрстени интереси помеѓу две индивидуи кои сочинуваат партнерство во поглед на репродуктивниот избор во употребата на БПО
    - 3.2.2. Право на сама индивидуа да заснова семејство со посвојување
4. Судска пракса во сферата на родителските права
  - 4.1. Утврдување и оспорување на родителското правно сродство во брачна заедница
  - 4.2. Утврдување и оспорување на родителското правно сродство во вонбрачна заедница
  - 4.3. Утврдување и оспорување на родителското правно сродство за донорот на сперма
5. Судска пракса во сферата на правата на детето
  - 5.1. Право на информирање на детето за генетското и личното потекло
  - 5.2. Право на детето да биде одгледано од двајцата родители

#### **V. Семејства настанати од сами жени со донација на сперма**

1. Генерален осврт на различните национални регулативи
2. Аргументација за правото на сама жена да користи БПО
3. Сама жена како родител по сопствен избор

4. Индивидуалните права и соодветните одговорности на сама жена
  - 4.1. Права
  - 4.2. Одговорности
5. Дискусија за положбата на сами жени како корисници на БПО

## **VI. Правата на децата зачнати со БПО**

1. Право на детето да го знае своето генетско потекло
2. Други права на детето поврзани со правото да го знае генетското потекло

## **VII. Сурогат мајчинство**

1. Општи карактеристики на сурогат мајчинството
2. Судски случаи поврзани со сурогат мајчинството во САД
3. Аргументи против прифаќањето на сурогат мајчинството
4. Аргументи во прилог на сурогат мајчинството
5. Сурогат мајчинството во споредбеното право

## **VII. Постхумна репродукција**

1. Општи карактеристики на постхумната репродукција
2. Репродуктивната слобода, интересот на детето и постхумната инсеминација
3. Судовите и постхумната репродукција
4. Законското регулирање на постхумната репродукција и наследните права на децата во европските земји и во САД

## **IX. Правниот статус на ембрионот**

## **X. Биомедицински потпомогнатото оплодување во Република Македонија**

1. Постапка за БПО
2. Корисници на биомедицински потпомогнато оплодување

3. Советување за постапката на БПО
4. Сурогат мајчинство – оплодување со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена – гестациски носител
  - 4.1. Општо за сурогат мајчинство
  - 4.2. Гестациски носител (сурогат мајка)
  - 4.3. Поведување на постапка за БПО со внесување ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки во матката на жената-гестациски носител
  - 4.4. Согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител
  - 4.5. Родителски права и статус на гестацискиот носител и на брачната двојка
  - 4.6. Права и должности на гестацискиот носител и на брачниот пар
  - 4.7. Регулација на сурогат мајчинството во Република Македонија *de lege ferenda*
5. Постхумната репродукција во Република Македонија
6. Донирање на репродуктивен материјал
7. Достапност на податоците за донорите на репродуктивни ќелии
8. Забрана за надомест за репродуктивните клетки и за ембрионите
9. Постапување со полови клетки и ембриони
10. Претпоставки за користење на донирани полови клетки
11. Забрани предвидени во Законот за БПО
12. Чување на половите клетки и ембриони

# I. Воведни теми

## 1. Вовед

Растечкиот просперитет на човештвото предизвикан од огромниот напредок на науката е добредојден. Но, на патот на незапирливиот научен напредок, некои суштествени човечки вредности почнаа да се загрозуваат, соочувајќи го човештвото со комплексен збир на морални и правни дилеми. Можностите, како што се биомедицински потпомогнатото оплодување (понатаму во текстот БПО) се наоѓаат на работ на етичката чувствителност во однос на самиот живот и примената на револуционерните откритија на науката.

Репродукцијата се наоѓа во самата суштина на кругот на животот, како процес на продолжување на човечкиот род кој на тој начин се стреми кон вечноста. Она што некогаш се сметаше за природен процес на зачнување на дете, сега е, повеќе од било кога, планирана и свесна трансформација на човечкиот живот во моментот кога луѓето се подготвени и сакаат да се најдат во улога на родители (а во согласност со заложбите на повеќе меѓународни документи кои промовираат слободно, планирано и одговорно родителство).

Првото бебе родено од епрувета Луиз Браун, родена во Велика Британија во 1978 година, е веројатно најпознатото бебе во светот. Луиз Браун не е само зачеток од нејзините родители, туку и почеток на нов и револуционерен концепт во репродуктивната медицина, со што започна револуцијата во модерните семејства во целиот свет. Сè до раѓањето на Луиз,

етичките и правните аспекти во однос на процесот на раѓање и создавање на семејства беа фокусирани околу дебатите за контрацепција, абортус, стерилизација и неизбежно - телесниот интегритет на жените. *Ин vitro* оплодувањето (ИВО) ја надмина ексклузивноста на женското тело во кое до тогаш зачнувањето секогаш се случуваше. Телото на жената, особено нејзината утроба, повеќе не го држи приматот во процесот на зачнувањето. Технологијата *ин vitro* во лабораториски услови исто така ја надмина ексклузивноста, па дури и го застари конвенционалниот начин на зачнување на деца- полов однос помеѓу еден маж и една жена. Од тој момент па натаму, се создадоа услови за моделирање, па дури и манипулирање на човечкото оплодување, што сега веќе е под големо влијание на новите научни случувања во биорепродуктивната медицина. Овие новосоздадени можности станаа единствената можност за некои родители да прокреираат генетски сродно потомство.

Интегрален дел од современата натална политика се сурогат мајчинствата, раѓањето на деца од сама жена со донација на сперма, постхумната репродукција, ко-родителските аранжмани (две индивидуи со намера да бидат родители а без намера да бидат партнери во емотивна и фактичка заедница се согласни да со помош на *ин vitro* оплодување создадат дете кое ќе го чуваат заедно. Ова е особено присутен тренд во други држави, како на пример во Соединетите Американски Држави или Европа каде што постои систем на заедничко вршење на родителските одговорности кога родителите не живеат заедно), зачнувањето на дете од страна на тројца (дониран дел од ДНК -митохондрии



од третта здрава жена на жена од партнерство кое сака да има дете но постои потенцијален ризик за наследување на генетски аномалии. Со цел да се надмине ризикот, митохондриите од здравата жена се комбинираат во *in vitro* услови со ДНК од двајцата родители со намера, при што како резултат се раѓа дете кое има претежен генетски принт од двајцата родители и само 1% од жената донор. Оваа технологија пионерски ја претстави Велика Британија во 2014 година со закон кој влезе во сила во октомври, 2015 година). Сите овие погоре наведени технологии се можни, правно дозволени и практикувани во поголем или помал број на земји. Постојат и многу други можности кои ги нуди науката но се универзално и официјално забранети, како на пример, клонирањето, бирање на полот, подобрување на физичките, интелектуалните или другите капацитети (евгеника) на идното дете итн.

Така, денес постои широк спектар на можности за оплодување на располагање. Дали тие ќе бидат прифатени во националните законодавства, не е само етичко или правно прашање, туку и политичко. Вообичаено, земјите со пролиберални репродуктивни политики, ја црпат својата аргументација или во индивидуалните репродуктивни права (како дел од универзалните човекови права) или во колективниот придонес спрема нацијата или државата. Во поголем дел од западно европските земји, засновање то на семејството се смета за личен избор на индивидуи/партнерства, додека во некои други, репродукцијата може да се гледа и низ призмата на општествена обврска, обезбедувајќи континуитет на потесен круг, на семејното име или на поширок круг, на нацијата. Затоа,

во некои земји, родителството има подлабоки социолошки корени, што идат заедно со построги последици заради немањето на деца (особено доколку тие посакуваат да бидат родители). Ова е во согласност со анализата на Мишел Фуко во неговата „Историја на сексуалноста“ од 1990 година во која објаснува како репродуктивната сексуалност се сврти во доменот на „колективна анксиозност и државна интервенција“ поради фактот што „иднината на нашиот род и нација зависи од неа“. Често, политиките на приоритизирање на поголемо заедничко добро пред индивидуалното ја поврзуваат личната социјална и морална вредност со репродукцијата, ставајќи примат на поголема национална идеологија пред индивидуалниот избор и благостостојба.

Преку драстични научни, социолошки и законски промени во последниве години се создаде разноликост на семејни модели и односи. Дефинициите на бракот, сродството, родителството и семејството почнаа драстично да се разликуваат во различни национални законодавства, па дури и може да се каже дека нема повеќе калап-дефиниции туку дека секое семејство е модел за себе. Промените во семејно-правната област се охрабрени од прерогативите на секој поединец да биде носител на репродуктивното право и следствено, правото да создаде семејство.<sup>1</sup> Имајќи во предвид дека семејството е заедница од партнери (што може и не сакаат да имаат деца), родител/и, и дете/ца, актуелните истражувања во сферата на репродуктивните технологии поблиску се фокусираат на приближување на човековите

---

<sup>1</sup> Во правната рамка на членот 12 и во помал степен во членот 8 на Европската конвенција за човечки права (ЕКЧП).

права на прогениторите и човековите права на децата зачнати со БПО.<sup>2</sup> Оттука, не може да се избегнат некои прашања како на пример, зошто секогаш во фокусот на дебатите за алтернативните семејства е благосостојбата на детето кога акцентот за прифаќање на БПО обично се става на правата на родителите да имаат деца на тој начин.<sup>3</sup> Вообичаено, и покрај заложбите за почитување на најдобрите интереси на детето (меѓу другото, и како меѓународна обврска), општества со пронатална политика имаат либерален став на прифаќање сè она што води кон зголемување на стапката на наталитетот.

Зачнувањето на дете од сама жена со донација на генетски материјал, како и постхумната репродукција сега се составен дел од современата натална политика. Се поголем број на едно-родителски семејства и деца кои ќе растат со отсуство на еден од родителите се јавува како нов тренд. Ова, за возврат, го разводнува квалитетот на родителските односи, лишувајќи ги децата од грижа од двајцата родители како посакуван контекст за нивниот развој, што како таков е заштитен во членовите 7 и 8 од Конвенцијата за правата на детето (КПД).

Заедничка карактеристика на националните законодавства за семејствата во Европа е главното правило дека донорот/донорката не треба да се сметаат за татко/мајка. Како резултат на тоа, одредбите за утврдување/оспорување на

---

<sup>2</sup> Преку член 8 (ЕСЧП) што ги заштитува правата на почитување на личните и семејните права и изведеното право – право на идентитет.

<sup>3</sup>Penning G., Mertes H., "Ethical Issues in Infertility Treatment", *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynecology*, Vol. 26, No. 6, 2012, стр. 855.

татковството/мајчинството не се применуваат во случаи во кои зачнувањето се случило преку БПО. Таквата регулатива е компромис изразен во членовите 12, 2 и 18 од КПД.

Јасно е дека со менување на начинот на зачнување на деца, дефинициите и концептите на семејството се радикално променети. Иако поминаа речиси 40 години од раѓањето на Луиз Браун, учесниците во БПО - идните „родители“, донорите, третите лица и децата се уште се дел од неизвесен социолошки експеримент, преиспитувајќи, менувајќи и создавајќи закони преку нови судски постапки, национални и меѓународни регулативи. Од тој аспект, концептот на родителство (кое претходно имаше ексклузивно значење) е во процес на фрагментација на биолошко/генетско, правно и фактичко во зависност од намерата и улогата што родителите ќе ја имаат или веќе ја имаат во животот на детето.

## 2. Биоетичка подлога

Поимот биоетика за прв пат го среќаваме кај Потер (Van Rensselaer Potter) во 1970 година<sup>4</sup> кој како почетна каписла го лансира зачетокот на една нова димензија на критичен став спрема животот и новите предизвици на науката кои го разнишуваат животот онаков каков што дотогаш сме го знаеле. Имено, станува збор за дисциплина која неизбежно интегрира

---

<sup>4</sup>Potter, V.R, „Bioethics, the Science of Survival“, *Perspectives in Biology and Medicine*, No. 14, 1970, стр. 127-153, 1970 и  
Potter V.R., *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice- Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1971

во себе повеќе области како би можела да ги собере, рафинира, анализира, систематизира и регулира суровите материјали од медицината, правото, психологијата, етиката, социологијата, филозофијата, па дури и религијата со цел да понуди издржани решенија за новите животни предизвици.

Покрај Потер (Potter), особено значење за зачетокот на оваа наука има и Хелегерс (Andre Hellegers). Имено, овие двајца автори работат како специјалисти во различни области, независно еден од друг и секој во согласност со потребите на својата научна обсервација го воведуваат терминот биоетика. Додека за првиот автор - биолог терминот е поширок во своето значење опфаќајќи го биолошкиот циклус на животот генерално, вториот автор - лекар, биоетиката ја употребува како средство за да ги разреши моралните дилеми со кои се соочува развојот на медицината, а кои несомнено и неодојно мораат да воспостават стандарди. Ваквите стандарди и норми (правната димензија) се потребни за да се воспостават рамки и да се ограничи човекот во неговиот енергичен научен порив со цел да се разграничи колку далеку може да се оди во вештачкото креирање на човечките природни функции и човечкиот живот, а без притоа да се отстапи од природната рамнотежа. Од правна гледна точка, биоетиката треба да одговори на прашањата кои развојот на медицинската наука неуморно ги наметнува, но кои етиката ги блокира. Правото треба да воспостави рамнотежа меѓу она што е дозволено во прилог на подобрување на човечкиот живот и она што е забрането поради тоа што ја разликува природната суштина на човечкиот живот. Ваквата правна регулатива мора да регулира на начин кој што би спречил евентуални злоупотреби

на науката во вакуум периодот меѓу брзиот развој на медицината и лаичкиот став на правниците кон ваквиот подем. Несомнено е дека, изолирана научна интерпретација на секоја област одделно не би ја опфатила суштината на проблематиката и би довела до хаос во смисла на целосна слобода на новите биотехнолошки достигнувања за вештачко креирање на човечки животи, кои како такви “Франкештајни” не се правни субјекти, или од друга страна би ја инхибирало медицината која како хуманитарна наука треба да биде благотворна по човечкиот живот.

Во зачетокот на биоетиката како наука, несомнена е доминацијата на американската заслуга. Имено, на Конференцијата “За раѓањето на биоетиката” организирана од Албер Јонсен (Albert R. Jonsen) на Универзитетот во Вашингтон во 1992 година, изрично се нагласува заслугата на американскиот етос како стремеж за своевидно “патентирање” на новосоздадената творба - биоетика.

На оваа конференција се нагласува дури и дека “биоетиката е типичен и специфичен производ на американската култура кој може да се распространува и по останатите географски дестинации, но никако да се менува во својата есенција”.<sup>5</sup> Оправдувањата за ваквата генеза на биоетиката, Јонсен ја лоцира во природата на американскиот етос, кој според него е составен од три карактеристики: морализам - склоност кон морализирање на човековите постапки, мелиоризам - верување дека моменталната состојба

---

<sup>5</sup>Jonsen, AR., „The Birth of Bioethics: The Origin and Evolution of a Demi-discipline“, *Medical Humanities Review*, Vol. 11, No.1, 1997, стр. 9-21.

секогаш може, и треба да се подобри, и индивидуализам како одраз на слободната волја на секој човек самостојно да донесува одлуки, бивајќи сам за себе сопствен агент кој си ја трасира животната патека. Спротивно на желбата на американските биоетичари да задржат супрематија и ексклузивитет за “нивниот пронајдок”, постојат и автори со спротиставена аргументација за глобалното значење на биоетиката. Така на пример, Диего Грациа (Diego Grazia), не ја оспорува американската “иницијална иновација” на биоетиката, но наведува дека биоетиката е резултат на повеќе причинско - последични процеси кои се случуваат во секуларизирана Европа, меѓу кои од најголемо значење е еманципацијата на процесот на одлучување на самиот човек за сопственото тело (а со тоа и за контраверзната одлука за сопствениот живот или смрт) преку замена на традиционалниот принцип на наметнати преферирани одлуки - патернализам со принципот на автономизам.<sup>6</sup> Европската тенденција да ја разниша американската хегемонија во полето на биоетиката е уште поевидентна и со нејзиниот подем во земјите во развој, и како што нагласува Диего Грациа, нејзините глобални хоризонти само што се отвораат со оглед на фактот што биоетиката е повеќе иднина одколку што е минато.

---

<sup>6</sup>Gracia, D., *Fundamentos de bioetica*, EUEMA, Madrid, 1989.

Gracia, D., *La relacion medico-enfermo en Espania: Balance de los ultimos veinticinco anos: Todos Hospital*, 1989.

### **3. Појавата и примената на новите репродуктивни технологии**

Репродукцијата не е повеќе прашање кое е надвор од човековата контрола и кое исклучиво зависи од природата. Напротив, стана прашање на избор на потенцијалниот родител дали да стане родител сега или подоцна, дали ќе ја надмине стерилноста, дали посакува дете со определени генетски карактеристики или пак ќе го употреби својот репродуктивен капацитет за создавање на ембриони кои ќе бидат употребени за истражувачки цели. Меѓутоа, ваквата моќ дадена на човекот не е без свои реперкусии. Ако порано човекот се плашеше за својот опстанок поради своето незнаење, денес човекот може да се плаши за својот опстанок поради своето знаење. Имено, развојот на медицината, технологијата и науката воопшто, го доведува човекот пред етичкиот суд, кој доколку занемарен може да доведе до изобличување на човековиот род во потрагата по идеалот за постигнување на совршенство.

Ваквата контрола на човекот врз репродукцијата започна дури во 1960тата година со појавата на контрацептивните средства за контрола на раѓањето и енормниот интерес за нивна употреба. Контрацепцијата беше само еден од елементите на сексуалната револуција и промоцијата за свест на индивидуата типична за 60тите години од 20тиот век.<sup>7</sup> Во оваа смисла, контрацептивните средства се јавуваат како еден од начините за остварување на негативното репродуктивно право на жената - да не се оплоди.

---

<sup>7</sup>Robertson J.A. „Children of Choice“, *Princeton University Press*, 1994, стр. 6.



На другата страна од спектрумот, се новите репродуктивни технологии кои го промовираат позитивното репродуктивно право на обата пола, маж и жена во нивниот стремеж да создадат потомство.

Вештачката инсеминација е една од најстарите и најпопуларните репродуктивни технологии. Станува збор за потпомагање на репродуктивниот процес во ин виво средина, односно во самиот утерус на жената без сексуален однос. Својот замав го доби во 50ите години на 20тиот век.<sup>8</sup> Се до 80ите беше користена речиси исклучително од брачните партнери како начин за подобрување на можноста за оплодување кај жената преку совладување на цервикалната бариера или заради “надминување” на проблемот на стерилноста на страната на мажот. И покрај тоа што во двата случаи крајниот ефект е зачнување на дете, последиците се различни. Имено, во првиот случај, двајцата брачни партнери ќе бидат и генетски родители на детето, а со самото тоа и правни родители (според дотогаш постоечките закони), во вториот случај се појави проблем во толкувањето на правната позиција на родител на брачниот другар на жената оплодена со генетски материјал од донор. Така на пример, судот во случајот Граѓаните против Соренсен (People v. Sorensen) пресудува дека сопругот на мајката треба да биде и правен татко на детето според теоријата дека доброволно ја претпоставувал таа обврска со самиот факт што се согласил за вештачката инсеминација на својата жена.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>Donald E., Sonneblick S. B., „The Widow and the Sperm: The Law of Post Mortem Insemination“, *Journal of Law and Health*, 1986-87.

<sup>9</sup>Види People v. Sorensen, 437 P.2d 495, 501-02, 1968.

Како резултат на ваквата состојба, веќе во 70ите години од 20тиот век, државите почнаа да донесуваат закони кои изрично ќе ја определат правната позиција на родителите на детето зачнато со вештачка инсеминација. Така на пример, Униформниот родителски закон (Uniform Parentage Act) во САД уште во 1973 година пропишуваше дека “ако под контрола на овластен лекар и со согласност на сопругот на жената која што вештачки се оплодува со генетски материјал од друг маж (донор), нејзиниот сопруг ќе биде третиран од правото како природен татко на така зачатото дете”.<sup>10</sup>

Покрај вештачкото оплодување, една од најзначајните репродуктивни технологии е ин витро инсеминацијата која за разлика од претходната репродуктивна технологија, зачнувањето го процесира надвор од телото на жената, во лабораториски услови. На овој начин зачатите ембрини (сите или некои од нив) се внесуваат во утерусот на жената. За прв пат, официјално се спроведува во Велика Британија во 1978 година. Почетно беше замислена да ги опфати само брачните двојки со проблеми со стерилноста. Првото бебе Луиз Браун (Loise Brown), беше зачнато со генетскиот материјал на Господинот и Госпоѓата Браун.<sup>11</sup>

Правните недоразбирања во врска со утврдувањето на родителството со ин витро технологијата се дури и посложени споредбено со вештачкото оплодување. Спектарот на можни учесници во зачнувањето на ембрионот може да биде мултидимензионален. И покрај фактот што иницијално ин

---

<sup>10</sup>Uniforme Parentage Act 5 (a), 9 B.U.L.A. 301,1973.

<sup>11</sup>Edwards R., Staptoe P, *A Matter of Life: The Story of a Medical Brakethrough*, 1980.

витро постапката беше дозволена исклучително за брачни хетеросексуални партнери, денес овој софистициран начин на креирање на човечки живот во повеќе земји е достапен и за вонбрачни партнери, сами жени кои сакаат да ја исполнат својата мајчинска улога без партнер, истополови партнери, или евентуално во себе вклучуваат можност за учество на повеќе лица (во случајот на гестатиционото сурогат мајчинство, каде покрај мажот и жената кои учествуваат со свој генетски материјал, клучна улога има и жената која го носи фетусот).

Во вакви услови, определувањето на родителскиот однос како природно замислен однос меѓу двајца родители и дете е исклучително отежнат и загрозен од можноста да ја изгуби својата есенција. Од друга страна пак, неопходно е правно да се регулира родителскиот однос, со оглед на фактот што родителската функција е од активна природа и во себе опфаќа вршење на права и обврски на родителот спрема една посебна, заштитена категорија - детето. Покрај овие дилеми, ин витро постапката отвара и нова сфера на етичка и правна дебата. Ин виво зачатите ембриони се веќе исцрпно елаборирани преку дилемите за абортус, каде најчесто жената има право на абортус, и согласно на тоа и право да одлучи за животот на зачатниот ембрион. Од друга страна пак, ин витро постапката го намалува интензитетот на ова нејзино право, со оглед на фактот што нејзиниот телесен интегритет не е повеќе засегнат со таквата одлука. Од тука натаму, правото на мажот и на жената подеднакво да одлучуваат за судбината на вака креираните ембриони може да не биде согласно, односно може да биде со спротивна содржина (едниот од нив да ја посакува родителската функција, а со тоа и внесувањето на

ембрионот во утерусот на жената, а другиот не)<sup>12</sup> и покрај фактот што креираниот ембрион ин витро воопшто не се разликува од креиранот ембрион ин виво (освен во контекстот на средината во која е создаден).

Сурогат мајчинството пак, во својата реализација може да ги “позајми” двете погоре наведени репродуктивни технологии: вештачката инсеминација или ин витро фертилизацијата. Во зависност од тоа, може да се појави во две форми: (1) традиционално и (2) гестационо сурогат мајчинство.<sup>13</sup>

Првото се нарекува традиционално поради тоа што историски се појавува прво, во времето кога е достапна само вештачката инсеминација. Јајце клетката од сурогат мајката е фертилизирана преку интра- утерина инсеминација. Како резултат на тоа, сурогат мајката покрај тоа што ја спроведува гестацијата е и генетски поврзана со ембрионот што го носи. Клучен случај решавајќи го родителскиот статус на мајката кај традиционалното сурогатство е култниот случај Бебето М (Baby M), каде што Врховниот Суд на Њу Џерси одигра пионерска улога.<sup>14</sup>

Гестационото сурогат мајчинство пак, се спроведува со помош на ин витро постапката каде што зачнатиот ембрион со генетски материјал на жената и мажот кои сакаат да зачат дете се внесува во сурогат жената. Поради тоа, таа нема

---

<sup>12</sup> Види на пример случајот *Evans vs. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 6339/05, пресуда на 10.04.2007.

<sup>13</sup>Kindregan C.P. Jr., McBrien M., *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science* 129 No.2, ABA Publishing, 2006.

<sup>14</sup>In re Baby M 537 A. 2d 1227, New Jersey, 1988.

никаква генетска поврзаност со ембрионот што го носи, но е одговорна за гестацијата и исхраната на детето во периодот на бременоста.

И во ваквото гестационо сурогат сценарио, можноста за мултидимензионален родителски однос е заканувачка. Имено, како квалифицирани мајки на детето може да се појават мајката која што учествува со својот генетски материјал, но и сурогат жената, особено ако не се заборави сеуште преовладувачката одредбата дека како мајка на детето се смета жената која што го родила (како решение во најголем број законодавства во светот, независно дали од англосаксонскиот или од континенталниот правен систем). Покрај мајчинството и татовството е доведено во прашање. Имено, за татко на детето може да “аплицира” брачниот партнер на жената што го родила детето, со оглед на фактот што повторно, во најголем број законодавства постои правна пресумпција дека за татко на детето се смета сопругот на жената која што го родила детето, оној кој што е генетски поврзан со детето или пак оној кој што имал намера на овој начин да ја реализира родителската улога и поради тоа ја започнал постапката.

Во ваква поставеност на односите, правото мора изрично да избере модел што ќе го следи при толкување на граничните случаи. Пред се, мора да се заземе став во однос на три прашања: (1) каков е статусот на ембрионот, и согласно на тоа, до каде се ингеренциите на родителите да одлучуваат по повод неговата судбина, дали да се роди или не, дали е етички да ги подобрат неговите перформанси, итн; (2) како се

воспоставува татковскиот однос и кога започнува и 3. како се воспоставува мајчинскиот однос и кога започнува.

Џон Робертсон (John Robertson) смета дека е излишна забраната и инкриминацијата на новите био-медицински технологии, и поради тоа поттикнува нивна примена, која со тек на време ќе направи социолошко скенирање на пожелните и непожелните, и соодветно на тоа, дозволените и недозволените практики, како во иднина би се оформил унифициран став.<sup>15</sup>

### 3.1. Историска димензија

Старите грци го дефинираа семејството како динамичен ентитет со моќ на регенерација.<sup>16</sup>

Аристотел во своето дело “Политика”, го дефинира семејството како најмалата клетка во општеството (оикос). Според него, децата се најзначајниот дел од таа клетка, и поради тоа семејство без деца не е право семејство, со оглед на фактот што недостасува елементот на самообновување.<sup>17</sup> Џон Лок (John Locke) го дефинира бракот како доброволна заедница меѓу маж и жена со првенствена цел за продолжување на човековиот род.<sup>18</sup> Во најголем број

---

<sup>15</sup>Robertson J.A., „Liberty, Identity and Human Cloning“, *Texas Law Review*, No. 76 1998, стр. 1371-1456.

<sup>16</sup>Walter K. Lacey, *The Family in Classical Greece*, 1968.

<sup>17</sup>Aristotle, „Politika“, *The Basic Works of Aristotle*, (ed) McKeon R. & Jowett B., Random House, 1941.

<sup>18</sup>Locke J., *Two Treatises of Government*, (ed) Laslett P., Norton W.W., 1960.

цивилизаци и култури, создавањето на потомство низ историјата се смета за главна цел на бракот.

Меѓутоа, трансформацијата на западниот свет во 19ти век под влијанието на индустриската револуција и културата, доведе до ситуација каде што образованието и поголемата отвореност на семејството спрема надворешниот пазар створи клима каде што семејствата со многу деца станаа непожелна форма, повеќе товар отколку инвестиција.<sup>19</sup> Токму во овој период и започнуваат етичките дилеми околу контрацепцијата и абортусот, судрувајќи ги од една страна, традициите поддржувачи на наталитетот кои потекнуваат од религијата, и од друга страна, реалноста создадена од економските услови и медицинскиот напредок.<sup>20</sup>

Можеби во овој период со зголемен интензитет, но неспорно дека и одсекогаш низ историјата, општеството се обидуvalo да даде големо значење на репродуктивниот процес, како начин на контрола на сексуалноста и репродуктивноста, а со тоа и контрола потесно на семејниот, а пошироко на општествениот живот. На почетокот таквата контрола се манифестирала во форма на промовирање на големи семејни заедници. Подоцна, во форма на ограничување на слободата на жената да одлучува за својот пород, преку забраната за абортус. Денес, во технолошки развиен свет, репродуктивните политики целат кон промовирање на остварувањето на репродуктивното право во услови кога таквата функција е посакувана и планирана, меѓутоа невозможна по природен пат.

---

<sup>19</sup>Griffith T.G., *Population Problems of the Age of Malthus*, 2d ed. 1967, стр.107-28

<sup>20</sup>AbramsP, „The Tradition of Reproduction“, *Arizona Law Review*, 1995.

### 3.2. Медицинска димензија

Според Светската здравствена организација, стерилноста се смета за здравствен проблем.<sup>21</sup> Ваквиот проблем ја засега просечно секоја шеста двојка во западните земји. и покрај тој факт, не во секоја земја, стерилноста е третирана во сферата на јавното здравје.<sup>22</sup> Бројот на неплодните двојки се зголемува поради повеќе причини меѓу кои повозрасната старосна граница кога паровите се одлучуваат на родителство, животните навики, факторите на средината итн.

Просечно 15-20% од машката популација во западните земји страда од стерилност. Многу често причините за стерилноста не можат да бидат дијагнозирани и поради тоа таквата ситуација е наречена “идиопатска стерилност”.<sup>23</sup>

Стерилноста е опишана како “неуспех да се зачне дете после најмалку една година од незаштитени сексуални односи”.<sup>24</sup> Клучна улога за дефинирање на репродуктивното право беше Конференцијата за популацијата и за репродуктивното право, одржана во Каиро во 1994 година. Конференцијата прифати дефиниција за репродуктивно право која што во себе ги интегрира и контролата на плодноста и третманот против неплодноста во генералното право за планирање на семејството - “репродуктивното здравје е состојба на комплетна физичка, ментална и социјална благосостојба, а не само отсуство на болест или нестабилност

---

<sup>21</sup>World Health Organisation (WHO): Reproductive Health Strategy.

<sup>22</sup>Dill S., *Consumer Perspectives in Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Report of a WHO Meeting Geneva, 2001.

<sup>23</sup>Vogt P., *Genomic Heterogeneity and Instability of the AZF Locus on the Human Y Chromosome*, *Mol Cell Endocrinol*, 2004, стр. 224.

<sup>24</sup>Dill S., 2001, *op. cit.*



во сите области кои го засегаат репродуктивниот систем и сите негови функции и процеси".<sup>25</sup> Ваквата дефиниција практично значи дека репродуктивното здравје имплицира дека луѓето имаат право на него, како и можност слободно да одлучат дали, кога и како ќе го реализираат тоа свое право. Планирањето на семејството опфаќа покрај избегнување на несакана бременост, исто така и постигнување на посакувана бременост. Дефинирањето ја плодноста и неплодноста во генералниот контекст на репродуктивното здравје и планирањето на семејството е значајно и за етичката евалуација, а подоцна и за правната регулатива.

### 3.3. Психолошка димензија

Родителството е едно од најголемите транзиции на животните улоги на возрасен маж и жена.<sup>26</sup> Стерилноста спречува да се случи таа транзиција. Транзицијата е дефинирана како „случување или неслучување на настан кој ја менува перцепцијата на индивидуата за себе и за светот што ја опкружува, и која несомнено налага промена на начинот на однесување, кој што може да води до лична сатисфакција или, во спротивниот случај, до депресија поради неисполнување на посакуваната цел и замисла".<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup>United Nations, Programme of action adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994.

<sup>26</sup>Demyttenaere, K., *Anxiety and depression in subfertility, in Mood disorders in women*, стр. 371-79.

<sup>27</sup>Koropatrik, S. et al, „Infertility: a Non-event Transition“, *Fertility and Sterility*, No. 59, 1993, стр. 163-71.

Генерално, постојат два пристапи да се разбере феноменологијата на „желбата за дете“: (1) *квантитативен* кој што ја анализира од аспект на желба, потреба или барање и (2) *квалитативен* пристап кој што во себе вклучува повеќе индивидуални, релациски и трансгенерациски врски.

За нас е поинтересен првиот пристап и поради тоа ќе се ограничиме на него. Имено, според шемата на приоритети (Principle of Precedence) на Хери Франкфурт (Harry Frankfurt), постои хиерархија во спектрумот на желби и потреби. Желбите се на елементарното ниво и како резултат на тоа со најнизок интензитет и притисок за нивно реализирање.<sup>28</sup> Според него, потребите имаат поголем приоритет од желбите поради причина што имаат поголема ургентност да бидат исполнети, и покрај тоа што секоја потреба потекнува од некоја желба. Тој нагласува дека моралниот удел на нешто што е потребно е многу поголем од уделот на нешто што е само посакувано, генерирајќи го својот заклучок од фактот дека личноста нема контрола врз она што и е потребно, и поради тоа длабоко би страдала доколку не се исполни потребата. Додека желбите ги дели во три слоја: (1) силни, принудни, кои секогаш планираат однапред и посакуваат нешто повеќе од она што се има во моментот, (2) обесивни, како фиксација дека нешто мора да се исполни, независно колку објектот на исполнување е тривијален и незначителен и (3) симболични, кои само претставуваат желба за исполнување на нешто што не ни е до крај јасно, како замислена, идеализирана претстава. Тука, Франкфурт ја елаборира посебната релација меѓу родителот и

---

<sup>28</sup>Frankfurt H., „Necessity and Desire“, Frankfurt H., *The Importance of What We Care About*, Cambridge University Press, 1988, стр. 104-16

детето како безусловна љубов дури и пред раѓањето (пред да знае кон кого всушност е насочена таа љубов).

Од друга страна, Франкфурт ги класифицира потребите во три категории: (1) слободни посакувани потреби, (2) принудни посакувани потреби и (3) не посакувани потреби. Тој понатаму анализира дека не сите потреби се на ист степен по своето значење и приоритет во воспоставената хиерархија меѓу желби, потреби и барања, туку напротив дека и во рамките на втората категорија некои потреби уживаат поголем приоритет да бидат задоволени.

Според шемата на Франкфурт, желбата за дете припаѓа во категоријата на принудни посакувани потреби, поради причина што е генерирана од многу силна и ургентна потреба која што останува присутна се додека не е исполнета. Франкфурт нагласува дека неисполнувањето на силната ургентна потреба предизикнува стрес, депресија и во случај на непосакувана стерилност, голема трагедија во животот на личноста.<sup>29</sup>

И конечно, да се разбере желбата за дете како барање за исполнување на позитивното право да се има дете, значи да се обезбеди функционален и технички капацитет кој ќе може да го реализира тоа право. Ваквото проширување на реализацијата на правото на дете од индивидуалниот домен меѓу партнерите до општествениот контекст и неговата обврска да го обезбеди ова право е дополнително охрабрено со појавата на новите репродуктивни технологии. Меѓутоа, не

---

<sup>29</sup>Frankfurt, H., *The importance of what we care about*, Cambridge University Press, 2004, стр.104.

сmee да се забораи дека кога среќата на идните родители кои безрезервно бараат исполнување на својата репродуктивна желба се сведува на задолжителен успех од примената на новите репродуктивни технологии се добива obsесивен карактер. И покрај тоа што со примената на био-медицинските технологии за потпомогнато оплодување може да се дојде до генетски поврзано потомство, не треба да се забораи дека постојат и други начини за да се реализира желбата за чување, грижа и одгледување на дете, како на пример посвојување.

### **3.4. Етичка димензија**

Покрај ваквите психолошки манифестации кои ја оправдуваат, но истовремено и не дозволуваат да прејде во obsесивна желбата за дете, свое огромно и незанемарливо влијание врз соодветната етичка интеграција на новите репродуктивни технологии во секојдневниот живот има и влијанието на религијата, кое несомнено наметнува определени вредносни ставови. Имено, влијанието на религијата е од круцијално значење да се разбере како 21от век ќе ги интегрира новите репродуктивни технологии, особено преку својот став за „светоста“ на семејството и почетокот на човечкиот живот. Ваквите догми може да доведат до ограничена соодветна етичка интерпретација на новите репродуктивни технологии, но истовремено се значајни нивните аргументации во правец да се добие целосна слика за евентуална етичка загриженост.

Еден начин да се направи тоа е преку анализата на ставот на католичката црква спрема ин витро технологијата. Трите главни премиси за католичкото толкување на човековата есенција се засноваат на три групи: (1) *персоналистичка*, која ја третира човековата личност како единствена и оригинална творевина во сликата на Господ, (2) *релациската*, која го третира човекот како општествено суштество креирано во дијалог со Господ, и (3) *солидарната*, која е несомнено поврзана со релациската и го овозможува опстанокот на човекот во господовото кралство на основа на взаемна помош и емпатија. Од тука потекнува и вредносниот систем кој главно се заснова на почитување на секој човечки живот од моментот на зачнувањето, како и фаворизираната стабилна, хетеросексуална брачна врска која овозможува меѓусебно почитување, стабилност и продолжување на човековиот род според волјата на семокниот креатор. Поради тоа, католичката религиозна аргументација против употребата на новите репродуктивни технологии е главно концепирана во два фронта: (1) не дозволеноста на човекот да „си игра Господ“ кој единствено ја има моќта на креацијата и ги креира луѓето со љубов, и (2) апсолутноста на почитување на секој човечки живот, кој според нив почнува во моментот на зачнувањето. Во согласност со тоа, непоимливо е создавање на човечки живот без природниот сексуален чин. На децата им требаат родители кои пред се, се добри брачни другари од брачна заедница заснована на љубов, а не само генетски донори. Во таа насока е и јавниот став на Католичката црква против ин витро постапката изразен во 1978 година, дека ин витро постапката ја пореметува брачната кохезија и во крајна линија води до човекова манипулација со самиот чин на создавање кој е и

треба да биде единствено во Господова јурисдикција. Во поглед на самиот производ на таквата креација - ембрионот, генералниот став од кој не се отстапува е дека човековиот живот е свет и почнува со зачнувањето. Ваквиот став би значел дека во ин виво услови абортусот е голем грев и спротивен на природното право, а во ин витро услови дека креираните ембриони пред имплантацијата се веќе човечки живот, кој што го анулира правото на учесниците во ин витро постапката да се откажат од имплементацијата, односно од одлуката да го повлечат своето родителство.

Во поглед на прашањето кога човековиот живот започнува, религиозните струи се поделени во неколку категории во зависност од критериумот што го земаат за одлучувачки при детерминирањето на суштината на човековиот живот: (1) *когнитивните способности* (во согласност со Кантовиот рационален аргумент), (2) *спиритуалните способности* или (3) *сензитивните капацитети*. Така, во христијанската теологија, човековиот живот започнува со зачнувањето, во повеќе источни религии со моментот на вдахнување на живот, кој што има повеќе спиритуален карактер, но сепак остава простор за дополнителна дебата кога тој момент настанува, со моментот на имплантацијата, со моментот кога ембрионот ќе може да почувствува надворешна дразба или болка, или со моментот кога ембрионот ќе може да опстане самостојно од утерусот.

Значењето на разграничувањето на вредноста на животот на ембрионот е подалекусежно отколку што навидум изгледа. Всушност, одговорот на тоа прашање директно ги тангира и правата и обврските на потенцијалните родители, односно на оние кои ги применуваат новите репродуктивни

технологии со намера да го реализираат своето репродуктивно право.

Наспроти религијата пак, научното портфолио бара етичка аргументација за прашањето за вредноста на животот на ембрионот во три позиции, меѓу кои всушност и не постојат остри граници: оние базирани на биолошките компоненти, нагласувајќи го уникатниот генетски печат, аргументи во правец на рационални човечки суштества, и аргументи засновани на потенцијалот за растечки живот на ембрионот.

Во еден екстрем, ембрионот се смета за човечки субјект веднаш по зачнувањето поради тоа што од тој момент ја претставува целата генетска информација што ќе биде присутна низ целиот живот. Оваа позиција, содржи во себе обврска да се обезбеди можност за имплементација на ембрионот и забранува било какво дејствие пред трансферот што би можело да го повреди ембрионот. Во рамките на оваа перспектива, фертилизираната јајце клетка и ембрионот имаат еднаква, неприкосновена вредност како и секое друго човечко суштество, и соодветно на тоа и право на живот.

Спротивниот екстрем, го содржи гледиштето дека ембрионот нема никаков поинаков статус од било кое друго човеково ткиво, базирано на фактот што не претставува индивидуа се додека не е имплементирано во утерусот на жената. Тоа би значело дека, во согласност со оние кои имаат авторитет за одлучување, дополнително поддржано со ексклузивноста на нивниот сопствен интерес, не треба да се поставуваат граници во однос на дејствијата што може да се превземат врз ембрионот. Овој пристап го застапува

тврдењето дека ембрионот нема право на живот, и поради тоа, нема право ни на било каква заштита.<sup>30</sup>

Третото гледиште пак, го застапува ставот дека ембрионот заслужува поголемо почитување од секое друго човечко ткиво поради својот потенцијал да стане човек и поради неговото симболично значење за многу луѓе, но сепак сеуште не може да се третира како човек, бидејќи ги нема развиено карактеристиките на личноста, не е етаблиран како развиена индивидуа, и може никогаш да не го реализира својот потенцијал. Овој концепт може да биде поддржан од градуелната позиција, која што ги третира и јајце клатката и сперматозоидите како живи ентитети, а фертилизираната јајце клетка како човечково суштество во постепен развој. Поради тоа, тие даваат значење на правото на живот и на правото на развој на ембрионот, иако не во смисла на права кои што потекнуваат од апсолутна вредност. Како резултат на ваквата релативност, градуелната позиција во себе опфаќа варијабилни степени на заштита спрема ембрионот, кои што прогресивно се зголемуваат во зависност од фазата на развојот, се до моментот на раѓањето кога всушност стануваат апсолутни. Како и да е, градуалистите не негираат дека преку континуираниот процес на развој, правата на ембрионот се предизвикани од посилните права или интереси на мајката, независно дали процесот со одвива *ин vivo*, во нејзиното тело, или *ин vitro*, надвор од него.

---

<sup>30</sup>*The Protection of the Human Embryo In Vitro. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus, Steering Committee on Bioethics, 2003.*



### 3.5. Правна димензија

Правото на репродукција како човеково право *vis-à-vis* правото на живот на ембрионот или негова инструментализација во функција на остварувањето на таквото право се неизбежно конфронтирани, и многу често меѓусебно се исклучуваат. Во таа смисла, Џон Робертсон (John Robertson) ги класифицира овие права во три струи во зависност од доминантноста на индивидуалниот елемент на оние кои аплицираат за остварување на своето репродуктивно право, како веќе воспоставени физички лица, субјекти во правото.<sup>31</sup>

Така, според него, строгиот традиционализам го претставува едниот екстерм кој остро осудува било какви интервенции на родителите во поглед на своето потомство.

Во оваа смисла, репродукцијата е подарок од Господ, кој се остварува поради взаемна љубов на две личности од спротивен пол. Според тоа, секое отстапување во смисла на креирање на ембрион со определени карактеристики според желбата на родителите, или откажување од веќе креираната творевина се конфронтира со идејата на “безусловен подарок” и сугерира дека детето е направено како производ избран на пазарот од понудени можности. Ваквиот став е водечки подржан од Лион Кас (Leon Kass), кој во функција на претседател на Советот за биоетика го изразува на седниците, како и во својот творечки опус од 70 тите години па наваму.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup>Robertson J.A., „Procreative Liberty in the Era of Genomics“, *American Journal of Law and Medicine*, No. 29, 2003, стр. 439-87.

<sup>32</sup>Kass L.R., „Making Babies“, *The Public Interest* 32, 1979; Kass L.R., „Making Babies – The New Biology and the Old Morality“, *The Public Interest* 18, 1972.

На сосема спротивната страна од ваквото поимање се наоѓаат радикалните либерали, кои даваат супрематија на индивидуата и нејзините избори во сопствениот живот. Според нив, секоја личност е слободна да ја избере било која репродуктивна технологија, на начин на кој што сака, независно од причината и без никакви ограничувања во однос на превземените дејствија врз ембрионот се до моментот на неговото раѓање, односно до раѓањето на новата личност. Заради тоа, не би требало да се постави никаква забрана за создавање, модифицирање, клонирање на потомство според личните желби.<sup>33</sup> Човекот е господар на своите одлуки и може да избере на кој начин сака да го води својот живот, без никаква репресија и забрана а во рамките на се она што му се нуди како опција на располагање во правец на себе-реализирање и водење на среќен и достоинствен живот, па дури и кога тоа ја вклучува одлуката какви деца би посакал да има.

Третата струја застапува среден пат помеѓу двата екстрема кој се обидува да ги доближи разликите и да воспоставен вредносна средина. Станува збор за модерниот традиционализам кој се обидува да ги замени апсолутните одговори со релативни, и да испита зошто некои репродуктивни технологии се полезни во прилог на имање здраво, генетско потомство и ја изразуваат основната слобода и право на човекот за достоинствен живот во општеството, а други се деструктивни по човековата природа.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup>Robertson A. J., *Children of Choice, Freedom and the New Reproductive Technologies*, 1994.

<sup>34</sup>National Bioethics Advisory Commission, *Cloning Human Beings: Report and Recommendation of the National Bioethics Advisory Commission 95*, 1997.

Репродуктивната слобода во смисла на човеково право е неутуѓиво правно и морално овластување, кое е во прилог на минимални услови за човеково достоинство и за реализирање на човековата природа да се има потомство. Правото да се има дете е во сферата на природното право. Како такво би требало да биде неутуѓиво право. Самото тоа не значи и дека мора да биде апсолутно право. Неутуѓивоста е во смисла на негова непреносливост на друг, но не значи дека може да се реализира под секакви услови и во неограничени размери. Неговата релативност всушност претпоставува граници онаму каде што реализацијата на таквото право може да наштети на некој друг, независно дали е тоа другиот родител или засегнатиот интерес на креираниот живот. Доколку го земеме во предвид Кантовиот Императив<sup>35</sup> кој наложува никој да не биде третиран како средство за остварување на нечии други интереси и желби, туку единствено како цел сама за себе, би извеле заклучок дека и детето не може да биде инструментализирано како средство за родителско себе-исполнување. Репродуктивната слобода всушност подразбира право да се одлучи дали некој сака да го реализира своето репродуктивно право и да чува и воспитува дете, а не право да избере какво дете сака да има.

Во таа смисла, законодавствата на многу земји во светот ги поддржуваат стандардите за заштита на потомството креирано со новите репродуктивни технологии, и на тој начин го штитат и јавниот интерес, заклучувајќи дека правото на абортус не може да биде апсолутно право, и во тој правец дека државата може да заштити важен јавен интерес во прилог на

---

<sup>35</sup>The Foundations of the Metaphysics, 1785.

заштита на здравјето, професионалните медицински стандарди и лекарската етика заради заштита на човечкиот живот.<sup>36</sup>

Велика Британија отсекогаш имала нај-сеопфатна регулатива преку својот закон (Human Fertilisation and Embryology Act) кој ги уредува “чувствителните теми за моралната и правната сложеност, и ги балансира понекогаш спротиставените интереси на непосакуваната стерилност на родителите и децата зачнати со помош на репродуктивна технологија”. Некои од другите земји - членки на Советот на Европа имаат приближно слични решенија: забрануваат избор на полот, освен со намера да се избегнат сериозни генетски болести,<sup>37</sup> забрануваат продажба на репродуктивниот материјал (пример Канада и Франција<sup>38</sup>), го ограничуваат бројот на ембриони кои што може да бидат имплантирани<sup>39</sup>, не дозволуваат употреба на новите репродуктивни технологии пост-менопаузно (Франција) или посмртно.<sup>40</sup> Италијанскиот закон е најрестриктивен во однос на употребата на новите репродуктивни технологии. Тој е донесен релативно покасно во однос на другите европски земји со оглед на внимателното разгледување на оваа тема поради фактот на сеуште присутното влијание на ставот на Католичката црква, ориентиран во прилог на заштита на човечкиот живот од

---

<sup>36</sup>Roe, 410 US at 153

<sup>37</sup>Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 1997, член 14.

<sup>38</sup>Assisted Human Reproduction Act, 2004 S.C., ch 2, 87 (Can) i French Law Concerning Medically Assisted Reproduction. 1843, 1845, 1996.

<sup>39</sup>International Federation of Fertility Societies Surveillance 07, 87 Fertility and Sterility S8, S12, 2007.

<sup>40</sup>*ibid.*

моментот на зачнување. Имено, законот дозволува примена на вештачкото оплодување само на хетеросексуални партнери кои се во репродуктивни години, меѓутоа се стерилни. Понатаму, забранува креирање на повеќе од три ембриони во исто време и наложува имплементација на сите креирани ембриони, строго санкционирајќи уништување на ембриони или нивно замрзнување, освен во исклучителни околности. Исто така забранува, употреба на донирана сперма, јајце клетки и сурогат мајчинство.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup>Law 40/2004, Gazz Uff. No. 45, Feb. 19, 2004.



## **II. Основни поими и концепти во пресекот на примената на репродуктивните технологии и правото**

За целите на дискусијата за репродуктивното право и етиката во ерата на технологиите на БПО, битно е да се направи разлика помеѓу користењето и толкувањето на терминологијата во литературата, и тоа во зависност од историскиот и професионалниот контекст. Тоа е битно за интердисциплинарните истражувања да индуцираат хармонизирана терминологија, што ќе се користи на конзистентен начин. Етичките и правните дебати поврзани со чувствителни прашања како што се животот, личниот идентитет, репродукцијата и семејството се премногу апстрактни за потребите на целосно егзактен научен заклучок. Земајќи во предвид дека тие не можат да се пресметаат со математички формули, корисно е на почетокот да се елаборираат одредени разновидни лични толкувања на двосмислените термини во зависност од нивниот контекст на употреба. Во овој дел, важно е да се воведат разлика меѓу: (1) репродукција, прокреација, инсеминација, оплодување и зачнување; (2) желба, копнеж и потреба да се има дете; (3) одгледување, носење и прокреирање на дете; (4) претци/прокреатори, донори и родители (генетски, биолошки, фактички и правни); (5) сродство и семејство и (6) "вештачко оплодување" и донација на сперма како БПО.

Толкувањето на терминологијата ќе се користи како основна алатка за разграничување меѓу основните поими и концепти во пресекот на примената на репродуктивните технологии и правото како предуслов за понатамошна дискусија.

## 1. Репродукција, прокреација, инсеминација, оплодување и зачнување

Важна промена која беше воведена и која ја најави новата ера на човечкото инволвирање во областа на медицинската наука, поспецифично во она што претходно се сметаше за ексклузивност на природата, беше тоа што терминот "прокреација" беше заменет со зборот "репродукција", што помалку асоцира на производствен термин. Диференцијацијата помеѓу двата термини - "репродукција", што се однесува на создавањето на деца како лабораториски производ и "прокреација", што се однесува на природното зачнување преку полов однос го најави почетокот на продорот на ин витро постапките во секојдневниот живот на луѓето.<sup>42</sup> Според оваа логика, БПО не *прокреира* деца туку само *репродуцира*. Затоа фокусот на терминот "репродукција" е во интерес на правата на возрасните чинители да се "репродуцираат себе си", а не на создавање на потомство.

Постои, исто така, многу тесна разлика помеѓу термините: "инсеминација", "оплодување" и "зачнување" кои што многу често се користат не само во медицинските кругови – како на пример во лаборатории, но уште повеќе во религиозни, филозофски и етички дебати во однос на прашањето "кога започнува човечкиот живот". Од техничка гледна точка, *инсеминација* е медицинска техника за постигнување на *оплодување* во телото на жената. Поради тоа што се прави со неприродни методи (вметнување сперма во

---

<sup>42</sup>Ramsey P., "Shall we "Reproduce"? II Rejoinders and Future Forecast", *Journal of the American Medical Association*, Vol. 220, Бр. 11, 1972, стр. 1480-1485.



гениталиите на жената), исто така е наречена вештачко оплодување или интраутерина инсеминација. Некои родови студии ја критикуваат оваа терминологија како офанзивна кон женските тела и нивниот капацитет на донесување одлуки, што ја нагласува пасивноста на жените во прокреацијата: тие се сметаат само како предмети на кои се врши инсеминацијата (нешто им се прави, тие се пасивни).<sup>43</sup>

*Оплодувањето*, од друга страна, е процес на спојување на два гамети од различен пол во една единка што резултира со нова клетка наречена зигот, потенцијално нова идна индивидуа. Оплодувањето може да се случи *ин vivo* (т.е. во телото на жената), но, исто така може и да се случи *ин vitro* (односно надвор од човечкото тело).<sup>44</sup> *Зачнување* е термин кој најчесто се употребува во про-животни и про-изборни етички поставки во контекст на почетокот на животот. Неговото значење, иако е многу блиску до она на *оплодувањето*, се разликува најмногу во толкувањето на вечното прашање - дали човечкиот живот започнува со фузијата на гаметите или во подоцнежна фаза? Понекогаш, овој термин (*зачнувањето*) се користи за да се опише попрецизно моментот кога е воспоставено поврзување со сидот на матката на зиготот, и затоа претставува подоцнежна фаза на *оплодувањето*.

Чедвик (Chadwick) ја преиспитува конзистентноста на термините забележувајќи дека: "се чини дека има нешто чудно тврдејќи дека луѓето имаат природно право да се

---

<sup>43</sup>Zerjav T., "The Politicization of Singlehood", *CEU eTD Collection*, 2012.

<sup>44</sup> Vspages, Страници кои ја компарираат разликата помеѓу инсеминација и фертилизација: <http://vspages.com/insemination-vs-fertilization-25363/>

репродуцираат со помош на вештачки методи".<sup>45</sup> Терминот *вештачка инсеминација*, што има главна намена да ја диференцира природната *прокреација* од *потпомогнатата репродукција*, не кореспондира со начинот на кој процесот има тенденција да биде третиран и се заменува со термините: *потпомогнато оплодување* и *био-медицински потпомогната репродукција*, при што се губи вештачкиот аспект а се задржува репродукцијата во доменот на вродената човечка природа.

## 2. Желба, копнеж и потреба да се има дете

Копнежот за дете е диференциран и елабориран од Дењи (Denier)<sup>46</sup> користејќи го Франкфуртовиот принцип на шема на приоритети.<sup>47</sup> Градацијата меѓу желба за дете, копнежот и потребата за дете ја отсликува нивната различна важност и итност за исполнување, промоција и реализација на желбата за дете која треба да биде признаена како основно човеково право. Применувајќи ја шемата на Хери Франкфурт, копнежот за дете всушност припаѓа во категоријата на волеви потреби поради тоа што е генериран од многу силна и итна потреба што останува присутна се додека не е задоволена. Како резултат на тоа, неисполнувањето на тесните волеви

---

<sup>45</sup>Chadwick R. F., "Having Children: Introduction", Chadwick R.F. (ed.) *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, Routledge, 1990.

<sup>46</sup>Denier, Y. "Need or Desire? A Conception and Moral Phenomenology of the Child Wish", *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 20, No. 1, 2006, стр. 81-95.

<sup>47</sup>Frankfurt G. H., "Necessity and Desire", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 45, No. 1, 1984, стр. 1-13; Frankfurt, G. H., "The Importance of What we Care About", *Cambridge University Press*, 1988.

потреби предизвикува болка и во случај на принудно немање деца индивидуата трпи штета.<sup>48</sup>

Разликата во содржината и значењето на желбите, копнежите и потребите е важна за да се испита легитимитетот на правото на репродукција со примена на репродуктивна технологија. Постепената еволуција на нивната важност користејќи го принципот на приоритети е во согласност со идејата дека етичката евалуација на одредени права не треба да биде определена од субјективни сензации и чувства како што се желби и копнежи.<sup>49</sup> Харе (Hare) тврди дека не е неопходно сите копнежи да се реализираат и дека сентиментот не треба да биде почетна точка на моралните аргументи.<sup>50</sup> Дењи, од друга страна, ги подига тесните потреби на волјата на ниво на права, со образложение дека тие не треба да се третираат како лични чувства.

Според хиерархијата на Хери Франкфурт и поривот кој силната потреба за дете го има за човечкиот живот, репродуктивното право треба да припаѓа во категоријата на основни човекови права. Ова е во согласност со некои други автори кои тврдат дека барањето станува позитивно право кога општеството го признава како основна потреба (не само како желба) за благосостојбата на една личност.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup>Denier, *op.cit.*,2006.

<sup>49</sup>Hare R.M., "In Vitro Fertilization and the Warnock Report", Chadwick R.F. (ed.) *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, Routledge, 1990.

<sup>50</sup>*Ibid.*

<sup>51</sup>Boivin J., Pennings G., "Parenthood Should be Regarded as a Right", *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, No. 8, 2005.

### 3. Одгледување, носење и прокреирање на дете

Разликата меѓу *одгледувањето* (како фактичко вршење на родителското право), *носењето на дете* (како гестационо родителство) и *прокреирањето* (како генетско родителство) кореспондира со фрагментацијата на родителските улоги предизвикани од БПО. *Одгледувањето* се однесува на фактичкиот родител и неговото вршење на родителската одговорност и не мора да вклучува генетска врска со детето. Фактичкото вршење на родителското право е поврзано со улогата на законските родители, кои "практицираат родителство", и како такво, е прашање во спорови за старателство. *Носењето/гестацијата* на дете од друга страна, се однесува на гестационата грижа за детето во текот на бременоста што води до раѓање. Затоа носењето на дете е поврзано со гестациската улога на мајката, која во суштина е биолошка улога и не треба да се меша со улогата на лицето/лицата кое/и има/имаат придонес со својот генетски материјал за креирање на детето. Ова е особено важно да се нагласи затоа што клучната претпоставка во континенталното право, а и во најголем дел од националните законодавства во однос на сродството, се уште е дека мајката на детето е жената која го носи, односно раѓа детето.<sup>52</sup> Спротивно на тоа, целта и

---

<sup>52</sup>Ова исто така е прифатено и во т.н. Бела книга - "White Paper" како примарен принцип. Затоа сурогат – жената е законски дефинирана на начин кој дозволува дополнително модифицирање на правното родителство, на пример подоцнежнo посвојување од родителите – нарачателите што не го става под прашање правното мајчинско сродство во времето на раѓање. Видете повеќе во *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – "The White Paper"*, Committee of Experts on Family Law, 2006, стр. 8.

намерата на договорот за сурогат мајчинство е да се назначат *гестационата улога* и *фактичкото вршење на родителското право* (вообичаено поистоветено со *прокреирањето*) на детето и тоа на различни жени: на сурогат жената и договорената мајка, соодветно. *Прокреирањето* е поврзано со генетската поврзаност со детето и означува "да се биде генетски родител". Поради фактот што улогите на фактичкото и генетското родителство не мора да се совпаднаат во едно исто лице, битно е за дискусиите за сродство да се направи разлика помеѓу различните улоги при можна фрагментација. Генетското родителство како пренесување на гени на детето е основа на сродството. Гените скоро целосно се пренесуваат со клонирање, а со помош на БПО се пренесуваат само половина од гените на генетскиот родител или донор. Сепак, клонирањето на луѓе за репродуктивни цели е забрането и како различна тема нема да биде вклучено во дискусијата. Сепак, аналогијата со клонирањето може да фрли светлина на високото вреднување на улогата на гените во постоечката законска регулатива за сродството. Со анализа на разликите помеѓу различните улоги на учесниците кои учествуваат во процесот на човековата репродукција, Чедвик укажува дека не сите аспекти на репродукцијата се поврзани со потребата да се има дете.<sup>53</sup> Имено, некои аспекти на потребата да се има дете се пооправдани од другите, така што да се тврди дека примената на БПО е потребна, би значело да се тврди дека не постои друг начин да се постигне истата цел. За разлика од

---

<sup>53</sup>Видете повеќе: Chadwick F.R. (ed.) *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, Routledge, 1992, стр. 11-12. Чедвик го користи терминот копнеж (*desire*), а не потреба (*need*). Заради конзистентност со погоре прифатениот термин на Франкфурт (Frankfurt)– *потреба* (*need*), користењето на терминот *копнеж* – *desire*, (користен со слично значење) е заменет со терминот *потреба*.

принципот на приоритети што ја зголеми личната важност на задоволување на потребата за дете, Чедвик асоцира на релевантноста на барањето да се биде корисник на репродуктивни технологии со постоењето или непостоењето на алтернативни решенија за остварување на конкретната улога на родител. Во таа смисла, специфичната потреба да се *одгледува* дете е поврзана со социјалната и фактичка улога на родител, опфаќајќи ја потребата да се грижи за одгледувањето и развојот на детето. Поради тоа не е доведено во прашање тврдењето дека потребата да се *одгледува* дете може да биде многу силна. Сепак, овој факт не може да биде аргумент за пристап до БПО ако постојат други алтернативни средства на располагање, како што се посвојувањето. Во таа смисла, *генетското родителство* треба да се третира поинаку од *фактичкото родителство* и *носењето на дете*, бидејќи не постои замена (како што е на пример посвојувањето) за пренесување на гените, туку примената на БПО е единствена метода. Во случај на донација на ембрион, трансферот на гени исто така останува неостварен, додека аргументот за приоритет на БПО *vis-à-vis* повојувањето е помалку издржан.

#### **4. Прогенитори/генетски предци, донори и родители (генетски, биолошки, фактички и правни)**

Разликата меѓу *прогениторите/генетските предци и родителите (мајката и таткото)* е разлика помеѓу лица кои "се генетски родители", го носат фетусот или го одгледуваат детето ("имаат законско родителство"), односно лицата кои се генетски поврзани со детето, биолошки и физички го раѓаат детето или ги извршуваат родителските одговорности. Во правна смисла, исполнувањето на родителската улога е одговорност само на правно признатите родители<sup>54</sup>, опфатена преку старателството, финансиската поддршка и правото на наследување, правејќи ги родителските одговорности вградени во поимот родителство.<sup>55</sup> Соодветно на тоа,

---

<sup>54</sup>Препораката бр. R (84) 4 за *родителската одговорност* на Европскиот Совет, 28.02.1984, во начелото бр. 1, параграф 2 ја дефинира употребата на термините "татко", "мајка" и "родители", кои се лицата кои имаат однос на правно сродство со детето. "Белата книга" се однесува само на "фактичките родители" (лицата чие родителство е воспоставено на начин пропишан со законот). Нацрт препораката (обработена подетално во последната IIIта глава) во членот 2) ги дефинира родителите како "лица кои се сметаат за родители на детето во согласност со националното законодавство". Затоа, членот појаснува дека Препораката се однесува само на прашањата за законско родителство, а не на воспоставување на биолошко или гестациско родителство (што е во медицинска надлежност), а ниту пак се однесува на социјално или психолошко родителство. И покрај ова, одредбите за *правно родителство* (член 6-18) сеуште се наменети со цел да се обезбеди рамнотежа помеѓу "биолошката вистина" и "социјалното или психолошкото родителство" одразувајќи го фактот на взаемно живеалиште со детето и родителска грижа за детето (види стр. 31 од Нацрт препораката).

<sup>55</sup>*Ibid.* The Recommendation No. R (84) 4, во начело 1, параграф 1 ги дефинира родителските одговорности како збир на обврски и права кои се однесуваат на моралната и материјалната благосостојба на детето, поточно грижата за личноста на детето, одржување на личните односи со него и обезбедување

родителските одговорности се збир на должности и овластувања, кои се насочени кон обезбедување на морална и материјална благосостојба на децата, а особено обезбедување: (1) здравје и развој,<sup>56</sup> (2) грижа и заштита, (3) издржување и лични односи, (4) образование, (5) правно застапување, (6) утврдување на местото на живеење и (7) управување со имотот.<sup>57</sup> “Практицирањето родителство” ја признава реалноста на одгледување на децата, додека „бивањето родител” признава генетска идентификација меѓу родителите и

---

средства за негова едукација, одгледување, застапување и управување со неговиот имот. *Брисел II бис* во член 2 (7) го употребува терминот “родителска одговорност”, означувајќи ја целината на права и обврски кои се однесуваат на личноста или имотот на детето што им се даваат на физички или правни лица со судска одлука, по сила на закон или со договор кој има правна сила, вклучувајќи ги и правата на старателство и правата на пристап. За споредба, концептот на “родителската одговорност” доаѓа под различни имиња или понекогаш дури и содржина. „родителски права и одговорности” се користи во Бугарија “старателство” во Финска “, “старателство и чување” во Ирска и Шведска, “родителска грижа” во Германија, “родителски авторитет” во Данска, Франција, Италија, Литванија, Холандија, Полска, Шпанија и Швајцарија, “родителска грижа и чување” во Грција, “родителска контрола” во Унгарија “, “родителска власт” во Португалија и “родителски права” во Русија и во Република Македонија. Терминот “родителска одговорност” во една се користи во Хашката конференција за меѓународно приватно право и во Европската комисија. Терминот “родителски одговорности” во множина се користи од страна на Советот на Европа и во “Белата книга” и “Предлог препораката”. Овој термин станува се почест во Европа. Поради оваа причина, истиот ќе биде термин кој ќе се користи и во овој труд исто така. Видете повеќе во:Boele-Woelki K. *et al., Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007, стр. 27 и 31.

<sup>56</sup>Нацрт препорака, член 20 (*infra* футнота 50).

<sup>57</sup>*The White Paper, Principle 18*, стр. 23. Дефиницијата на “родителските одговорности” во Белата книга беше донесена од Препораката бр. R (84) 4 (Поглавје 1) на Комитетот на министри до земјите- членки во однос на родителските одговорности. Неколку параграфи беа додадени, а особено изразот „грижа и заштита”, вклучувајќи го здравјето, исхранетоста и благосостојбата на детето, како и на „одредување на адреса на живеење на детето”, во согласност со *Конвенцијата на Советот на Европа за контактирање на децата*.



децата на ниво на факт.<sup>58</sup> Во Англија и Франција постои термилошка разлика меѓу терминот: „правен татко" (father/père) - лицето кое ја исполнува родителската улога; и терминот “генетски татко" (genitor/géniteur), резервиран за генетскиот родител. Во Холандија, Холандскиот граѓански законик (Книга 1, наслов 11) ги вовеле правните концепти на “биолошки татко”, “генетски татко” и “донор”, додека правната литература и судската пракса ги развија концептите “правно”, “фактичко” и “физиолошко” родителство.<sup>59</sup> Правното родителство е поврзано со правно релевантните факти за утврдување на родителството, додека фактичкото родителство е поврзано со семејните односи поврзани со образованието и воспитувањето на децата од возрасните кои не се нивни биолошки родители.<sup>60</sup> Генетските родители се различни од биолошките родители, во смисла дека првите (во потесното значење според холандскиот закон) имплицираат дека детето е зачнато по природен пат, додека вторите само имплицираат генетска врска помеѓу родителот и детето, без оглед на начинот на зачнувањето.<sup>61</sup> Така, генетски родител (“verwekker”) е генетски татко на детето како резултат на сексуален однос со мајката, а донор е генетски татко, но не е и “verwekker”.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup>Masson J., “Parenting by Being. Parenting by Doing – in Search of Principles for Founding Families”, Spencer J.R., Bois-Pedain A. (eds.) *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart Publishing, 2006.

<sup>59</sup>Antokolskaia M., Boele-Woelki K., “Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-Setting and Straggling Behind at the Same Time”, *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking (Netherlands Comparative Law Association)*, Vol. 6, No. 4, December, 2002.

<sup>60</sup>*Ibid.*

<sup>61</sup>*Ibid.*

<sup>62</sup>Експленарен меморандум, (Explanary memorandum, Kamerstukken II, 1995-96, 24649, No.3, стр. 8).

Додека антропологијата прави разлика помеѓу *pater* како лице кое е општествено признато како татко и *genetrix* како лице кое е физиолошки родител, Барнс прави уште една разлика помеѓу термините *genitor* и *genetrix* асоцирајќи ги со *претпоставениот* биолошки родител, односно *вистинскиот* генетски родител. Овој автор се обидува да го поврзе физичкото и фактичкото сродство, тврдејќи дека можат да постојат дискрепанци како резултат на развојот на човековите културолошки идеи за тоа како функционира биологијата.<sup>63</sup> Во римското право постои презумпција дека мајката е секогаш сигурен родител, додека таткото не е. Оваа презумпција е особено актуелна во денешно време, особено во случаите кога сама жена зачнува дете со непознат донор на сперма.

Официјалните критериуми прифатени како основни принципи за утврдување на родителството ги конфронтираат генетските, биолошките, фактичките и законските критериуми за засновање на родителството.

Иницијалниот правен концепт на родителството ги спои генетските, биолошките, правните и фактичките односи во една целина. Под овие услови, применета е презумпцијата на римското право - *mater semper certa est* (мајката на детето е секогаш позната, односно жената која го раѓа детето ќе се смета како правна мајка). Во однос на таткото, се применува презумпцијата на римското право - *pater is est quem nuptiae demonstrant*- таткото е сопругот на мајката, со можност за оспорување на неговото татковство доколку неговата

---

<sup>63</sup>Barnes J.A., "Physical and Social Kinship", *Philosophy of Science*, Vol. 28, No. 3, 1961, стр. 296-299.

биолошка поврзаност со детето се оспорува, затоа што тој е секогаш неизвесен - *pater semper incertus est*. Зачнувањето на детето се случувало само преку сексуален однос. Вонбрачните деца биле дискриминирани во споредба со децата родени во брак и тоа најмногу поради желбата на законодавецот да се заштити институцијата брак. Биолошката поврзаност помеѓу родителите и децата тука е главно правило, со исклучок на воспоставување на родителството преку посвојување.

Денес, со примената на технологиите на БПО, семејното право ја менува дефиницијата на семејството и родителството. Воведувањето на правното регулирање на новите форми на зачнување на човечкиот живот не настана во исто време и насекаде во светот. Некои земји ја оспоруваа етичката, религиозната и општествена оправданост на процесот на потпомогање на актот на зачнување; другите, и покрај жешките дебати, станаа пионери во усогласување на нивните семејни законодавства со новонастанатите начини да се стане родител.<sup>64</sup> И покрај разликите, концептите за воспоставување на родителските улоги и соодветните модели за семејството, драстично се променија речиси насекаде во светот. Дополнително, моделите на семејството кои произлегуваат од примената на технологиите на БПО сеуште се предмет на постојани промени.

Махтелд Вонк (Machteld Vonk) разликува четири различни категории во однос на мајката: (1) *биолошка и генетска мајка* (жената која ја обезбедува јајце клетката и го

---

<sup>64</sup>Видете: *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, Final Report, (SANCO/2008/C6/051).

раѓа детето); (2) *генетска мајка* (жената која ја снабдува јајце клетката, но не го раѓа детето); (3) *гестациска мајка* (жената која раѓа, но не ја обезбедува јајце клетката); и (4) *не-биолошка мајка* (жената која го одгледува детето, но не е генетски поврзана, ниту пак го родила детето). Во нејзината квалификација, постојат само две категории на татко, со што се создава дистинкција помеѓу: (1) *биолошки татко* (човекот кој е донор на сперма); и (2) *небиолошки татко* (човекот кој го одгледува детето, но нема генетско сродство со детето).<sup>65</sup>

Понатаму, Вонк илустрира три правни димензии на односот родител-дете: (1) *биолошко/генетско родителство*; (2) *правно родителство*; и (3) *родителска одговорност*.<sup>66</sup> Според овој автор, може да има само два биолошки и генетски родители, што не значи дека тие ќе бидат законски родители или ќе ги вршат родителските одговорности (на пример кога тие се донори на сперма/јајце клетки/ембриони). Правното родителство, исто така, може да се додели само на двајца родители и истото може да води до полноправен родителски статус ако носителот, исто така, ги извршува родителските одговорности. Тоа, сепак, може да се додели и на повеќе од две лица (како во Англија и Холандија), но ако е добиено без законско родителство, родителскиот статус не е целосен (на пример, кога под одредени околности на фактичкиот вршител на родителските одговорности, односно старател, му се

---

<sup>65</sup>Vonk, M., *Children and their Parents, A Comparative Study of the Legal Position of Children with Regard to their Intentional and Biological Parents in English and Dutch Law*, Intersentia, 2007, стр. 26-27.

<sup>66</sup>*Ibid.* стр. 7.

доделуваат родителските одговорности со судски налог).<sup>67</sup> Вонк, исто така ја поддржува можноста законодавецот да го напушти концептот дека детето може да има само два правни родители, бидејќи тие не се нужно биолошки родители, или барем можноста за прифаќање на законодавство кое го признава тристраното правно родителство во однос на дете кое е веќе утврдено од странско законодавство.<sup>68</sup>

Во книгата *Био-репродуктивна етика и право* се обработени критериумите за утврдување на правните родителски одговорности во Република Македонија. Овие критериуми може да се сумираат во три категории: (1) *биолошки/генетски критериуми* (определени од фактот на биолошкото/генетското сродство со детето<sup>69</sup>), (2) *законски критериуми* (определени од фактот на дополнителните правни мерки кои се преземени за да се стане родител); и (3) *фактички критериуми* (определени од фактот на заеднички семеен живот со детето). Иако биолошките критериуми се земаат како основна презумпција во постапката за утврдување и оспорување на родителската улога, правните интервенции во однос на согласноста базирана на намера, придружена со

---

<sup>67</sup> Од компаративна гледна точка, во многу национални правни системи, во пракса очувите/макеите кои живеат со детето и неговиот родител заедно учествуваат во одлучувањето за прашања кои се однесуваат на детето. Види Boele-Woelki K., et al., *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, стр. 117.

<sup>68</sup>*Ibid.*

<sup>69</sup>Биолошките и генетските критериуми се споени во еден критериум бидејќи според законодавството во времето кога е пишувана книгата, договорите за сурогат мајчинството беа забранети во Република Македонија (што не е случај во периодот на пишување на оваа книга, кога Законот за БПО претрпе амандмани воведувајќи сурогат мајчинство, што ќе биде предмет на подоцнежна анализа).

други административни механизми во случај на посвојување и БПО имаат посилна правна моќ во постапките за утврдување на татковството.<sup>70</sup>

Различни мажи/жени можат да учествуваат со различни улоги во репродукцијата: (1) *да донираат јајце клетка/сперма (генетски родители)* и (2) *да бидат реципиенти на јајце клетка/сперма*. Втората категорија може да има различен назив во однос на различните критериуми: а) *не-генетски родител(и)* - во однос на генетското учество; б) *наменет/и родител(и)* - во согласност со целта на донацијата; в) *социјален/и родител(и)* - во согласност со фактичката состојба (т.е. заедничкиот семеен живот со детето); или, г) *правен/и родител(и)* - во согласност со законското назначување на родителската одговорност. Во случај на БПО, корисниците на донацијата ќе бидат законските родители на детето, додека мажот/жената кои се во генетско сродство ќе бидат само донори, но не и правно утврдени родители. Донациите во земјите на Европската унија се опишани како алтруистички придонеси за остварување на терапевтски цели. Во таа смисла, улогата на донорот обично е остварена и завршена со самиот чин на донирање и потоа донорот престанува да постои (од аспект на татковството) во животот на детето. Воведувањето на не-анонимни донори, исто така ја воведува можноста за понатамошна интеракција помеѓу донорот и детето, а со тоа почнаа да се менуваат перцепциите за концептот на ограничената одговорност на донорите.

---

<sup>70</sup>Игновска Е., Био-репродуктивна етика и право. Новите репродуктивни технологии и родителското право, Биггос, 2010.

За целите на оваа книга и во услови на сегашната реалност, констатираме дека термините донор и родител не се совпаѓаат на најмалку три нивоа: нивната намера; правното утврдување на татковството; и во повеќето случаи, реалноста на семејниот живот. Принципите на "Белата книга" кои се утврдени од страна на *Комитетот на експерти од семејното право* го ограничија термилошкото користење на родителството само на правниот аспект, односно на родителството утврдено на начин пропишан со закон, поради фактот што биолошкото родителство претставува главно медицинско прашање.<sup>71</sup> Врз основа на овие премиси, подоцнежниот *Додаток IV на Нацрт Препораките за правата и правниот статус на децата и родителските одговорности*<sup>72</sup> се занимава само со прашањата на правното родителство. Сепак, содржината на родителството како правна категорија треба да „балансира помеѓу биолошката вистина" одразувајќи го биолошкото и генетското родителство, и "фактичкото и психолошко родителство" кое го одразува фактот со кого детето живее и кој се грижи или ќе се грижи за детето".<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup>Белата книга, *op.cit.*, 2006.

<sup>72</sup>Додаток IV Нацрт Препораки за правата и правниот статус на децата и родителските одговорности, *Меморандум за објаснување*, CJ-FA (2011) RAP 5 prov. член 2).

<sup>73</sup>*ibid.*

## 5. Сродството и семејството

Континенталните правни системи го следат системот на римското право на крвна врска (*consanguinity*, од лат. “*sanguis*” - крв) за регулирање на сродството. Ова значи дека крвната врска е најрелевантениот фактор за определување на сродниците. Крвното сродство покажува дека лицата потекнуваат од ист генетски предок и затоа се во сродство. Парентеларниот систем може да биде линеарен (како директна, вертикална линија на сродство во која сродниците потекнуваат еден од друг: син, татко, дедо, итн.) и странична, определувајќи го сродството преку комбинација на двата генетски придонеси – татковиот и мајчиниот како претци спрема нивните потомци како: брат и сестра, братучеди, итн, кои би можеле да имаат ист татко (*consanguinei*) или иста мајка (*uterini*). Системот на крвното сродство е важен за семејното право, поради тоа што поединците може да стапат во брак само доколку се наоѓаат заклучно до четвртиот степен на сродство во колатерална крвна линија. Бракот е речиси универзално забранет до и заклучно со колатералната крвна линија на првите братучеди најмногу поради здравствени причини, односно спречување на генетски нарушувања и оплодување помеѓу крвни сродници. Научно е докажано дека потомците од инцестна врска имаат голем ризик од генетски нарушувања предизвикани од мутациите на автосомно рецесивните гени што се двојно поголеми кај блиски крвно поврзани роднини кои носат две копии на истиот ген, а веројатноста за добивање на генетските нарушувања е 1 од 16. Постои голема веројатност дека потомците ќе имаат абнормалности, ментална ретардација или пак ќе имаат



скратен животен век. Само кај околу половина од децата на инцестуозни односи се избегнуваат ваквите аномалии. Анонимните донации на сперма носат ризик од инцестуозни односи меѓу роднини кои генетски потекнуваат од ист донор. Овој ризик беше повисок на почетокот на примената на донирањето и тоа поради недостатокот на регулатива и недостаток на рестриктивни норми во однос на можниот број на деца зачнати од еден донор. Дури и денес, некои експерти повикуваат на внимание околу можниста за случаен инцест помеѓу полусестри и полубраќа кои често живеат блиску еден до друг.<sup>74</sup> Тие предупредуваат дека браќата и сестрите, кои биле разделени и не живееле заедно се изложени на поголема веројатност за развој на меѓусебен афинитет и симпатии доколку се сретнат<sup>75</sup> отколку доколку би живееле во иста семејна заедница. Ова се објаснува со т.н. Вестермарк (Westermarck) психолошки ефект кој се однесува на ретроградното сексуално втиснување (десензибилизирање), односно луѓето кои живеат во непосредна домашна близина во текот на првите (обично 6) години од својот живот стануваат десензитивизирани во однос на нивната подоцнежна взаемна сексуална привлечност. Недостатокот од овој вид на психолошко „втиснување“ резултира со спротивното - браќата

---

<sup>74</sup> Sperm Donation and Possible Inbreeding – Oops! “One Sperm Donor, 150 Offspring”, *Human Biological Diversity*, 09/07/2011. Достапна на интернет: <http://hbdchick.wordpress.com/2011/09/07/sperm-donation-and-possible-inbreeding-oops/>; Krista A., “Genetic Sexual Attraction”, *The Guardian*, 17 May, 2003, достапна на интернет: <http://www.theguardian.com/theguardian/2003/may/17/weekend7.weekend2>. Видете исто: Bouchard, T. J., “Genetic Influence on Human Psychological Traits. A Survey”. *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 13, No. 4, 2004, стр. 148–151.

<sup>75</sup>*ibid.*

и сестрите, полу-браќата/сестрите или братучедите кои биле одгледани посебно можат да развијат силна меѓусебна привлечност како возрасни.<sup>76</sup>

Системот на крвно сродство (*consanguinity*) исто така е многу битен и за наследувањето, не само на човечките гени *inter vivos*, но исто така и на имотот *mortis causa*, обезбедувајќи наследство на наследниците преку два система: (1) *ius accrescendi* (само најблиските живи потомци стануваат наследници, и на тој начин, се исклучуваат подалечните роднини) и неговата корекција - (2) системот *ius representationis* (потомците стануваат наследници од претходно починатите или оние наследници кои се прогласени за недостојни за наследување). Во наследното право, потомокот на претходно починатото лице станува наследник.

Изборот на фактори кои ги земаме како релевантни кога утврдуваме сродство е важен за формирање на семејството. Посвојувањето на деца кои не се крвно сродни, и “легитимирањето”<sup>77</sup> на деца кои се крвно сродни (што значи дека некои крвно сродни деца ќе бидат “нелегитимни”) беа исклучоци кои римското право ги вклучи во системот на крвно сродство (*consanguinity*). Денес, примената на БПО создава

---

<sup>76</sup>*Ibid.* Вестермарк ефектот беше за прв пат разработен од финскиот антрополог Едвард Вестермарк во 1921. Westermarck E.A., *The History of Human Marriage*, 5<sup>th</sup> ed., London, Macmillan, 1921. Тој беше критикуван поради тоа што близината во детството не може сама по себе да произведе сексуално избегнување без постоењето на социјалните притисоци и норми. Види повеќе: Eran S., Dalit S., "Incest Avoidance, the Incest Taboo, and Social Cohesion: Revisiting Westermarck and the Case of the Israeli Kibbutzim", *American Journal of Sociology*, Vol. 114, No. 6, 2009, стр. 1803–1842.

<sup>77</sup>Како разлика помеѓу “легитимни” деца родени во брак, и “нелегитимни” деца родени надвор од брак (која постоеше порано).

многу повеќе исклучоци. Дебатите за биологијата и нејзината онтолошка суштина наспроти социологијата и факторите кои влијаат врз одредување на сродството беа и се уште се многу актуелни меѓу различни групи на антрополози и социолози. Од една страна е првата група која го застапува гледиштето дека биолошкиот детерминизам е најрелевантен за определување на сродството. Од друга страна се претставниците кои тврдат дека социолошките фактори се клучни за градење на семејните односи а со тоа и за определување на сродството, тврдејќи дека биолошките факти се само еден од условите на кои системите на сродство мора да се прилагодат.

Голем број на социолошки студии се обидуваат да го дефинираат природниот копнеж кој е вроден во луѓето како поединци да создадат семејства.<sup>78</sup> Исто така голем број од почетните антрополошки студии го промовираа крвното сродство како онтолошка основа, а само во негово отсуство, во предвид беше земен фактот на заедничкиот живот во одредувањето на сродството. Многу автори потоа ја критикуваа пристрасноста за тежнење кон "природноста", како инструментална политика на градење на општествените улоги на мажите како обезбедувачи и жените како одговорни за домашните работи, градејќи го потесното семејство во кое таткото треба да биде "произвесен".<sup>79</sup> Морган како еден од

---

<sup>78</sup>Westermarck, E., *The History of Human Marriage*, Macmillan, 1891.

<sup>79</sup>Видете повеќе во: Fortes M., "Introduction", Goody J. (ed.) *The Developmental Cycle in Domestic Groups*, Cambridge [Eng.] Објавен за Институтот за археологија и антропологија во универзитетскиот печат (Department of Archaeology and Anthropology at the University Press), 1959; и подоцна во: Yanagisako J., Junko S., Collier J.F., "Towards a Unified Analysis, Gender and Kinship", Collier J.F., Yanagisako J. (eds.), *Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis*, Stanford University Press, 1987.

најистакнатите американски етнологзи, антрополози и социолози, кој ја разви теоријата на социјалната еволуција и ја постави основата на современата антропологија, тврди дека првобитната хумана домашна институција не беше патријархалното семејство, туку клановите на мајките. Централната улога на мајката во утврдувањето на сродството и паралелно, раните мрежи познати како матријархат или гинекоцентрично општество ја исклучија неопходноста за познавање на биолошката поврзаност со таткото, бидејќи кланот беше дефиниран од аспект на сродството само од страна на мајката. Тој потоа се осврнува на подоцнежната еволуција на семејните форми, што доведе до доминација на патријархално-центрираното семејство во услови на технолошки напредок, што не само што ги промени имотно-правните односи, но и на поширок општествен план исто така ги промени системите на управување. Иако не постои јасен доказ за фактичкото постоење на матријархатот како рана фаза на развој на човечките заедници<sup>80</sup>, влијанието на теоријата на Морган беше огромно за подоцнежната интелектуална мисла.

Според Морган, хуманата репродукција и биолошката врска помеѓу родителите и децата претставуваат вистинско сродство, додека посвојувањето е правна фикција и претставува фиктивно сродство.<sup>81</sup> Тој покажа флексибилност за

---

<sup>80</sup>Видете повеќе во: Lowie R.H., *Primitive Society*, Bony and Liveright, New York, 1920. Заклучокот е дека нема докази за хипотетичкото постоење на матријархатот. Ова, исто така, е доминантен став и денес.

<sup>81</sup>Morgan L. H., "Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family", *Smithsonian Contributions to Knowledge*. Vol. 17, Washington Smithsonian Institution, 1870.

Достапен на интернет на:

прифаќање на фактичката реалност кога крвното сродство отсуствува. Малиновски, исто така, ја застапува тезата дека сродството е првенствено психобиолошко по природа (крвна врска), која сепак може да биде моделирана од страна на културолошко-развиените односи, како на пример во случај на посвојување.<sup>82</sup>

Контроверзните теории на *инклузивна подобност* (*inclusive fitness*) и *препознавање на сродството* (*kin recognition*) ја промовираат големата важност на гените како индивидуален и уникатен код за идентификација и алатка за потенцијално меѓусебно признавање на блиски генетски роднини кои заради тоа се вклучуваат во меѓусебни општествени односи. Овие теории имаат многу критичари во денешно време.<sup>83</sup> Холанд аргументира дека ако внимателно се анализираат биолошките и општествените теории за сродството, ќе се дојде до заклучок дека двете се сведуваат на еден доминантен фактор. Така, тој се обидува да ги усогласи двете шеми на сродството преку нивна контекстуализација.

Во 1960-тите и 1970-тите антрополозите признаа дека биолошките концепти на сродството се сомнителни, особено имајќи го во предвид културниот контекст во кои беа поставени. Најжестоката е битката меѓу старите биолошки концепти и современите релациски концепти за утврдување на

---

<http://ia700407.us.archive.org/17/items/systemsofconsang00morgrich/systemsofconsang00morgrich.pdf>

<sup>82</sup>Malinowski B., "Parenthood - the Basis of Social Structure", Calverton V., Schmalhausen S.D. (eds.), *The New Generation*, New York: Macaulay, 1930.

<sup>83</sup>Holland M. P. *Social Bonding and Nurture Kinship: Compatibility Between Cultural and Biological Approaches*, 2004. Достапен на SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=1791365> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791365>

сродство кои кулминираа со работата на Шнајдер, кој ја означи пресвртницата во антрополошките студии.<sup>84</sup> Според него, она што е дадено со раѓањето преку крвта е статична состојба на родителството, а она што е создадено и поддржано од интерактивниот процес на делување и грижење е активна состојба на вршењето на родителството и токму тоа е вистинскиот однос родител – дете. Тој не ја негира генетската реалност како непостоечка, но ја доведува во прашање нејзината неопходност во фактичкото вршење на родителството.<sup>85</sup> Затоа тој го разбира сродството како збир од взаемни односи за кои крвните врски се ирелевантни. Крвните врски се релевантни само во контекстот во којшто се општествено признаени и конституирани. Така, вршењето на одредени улоги претставува основа за дефинирање на односот на сродство. Многу автори прават разлика помеѓу генетското сродство, дефинирано од страна на науката и културолошко развиените системи на сродството, сметајќи го родителството повеќе како политички, а помалку како природен концепт, што е предмет на договор од случај до случај, исто како и посвојувањето и старателството.<sup>86</sup> Технологиите на БПО воведоа "семејства по избор",<sup>87</sup> каде што односите помеѓу

---

<sup>84</sup>Видете повеќе во: Schneider D., *A Critique of the Study of Kinship*, University of Michigan Press, 1984, стр. 165.

<sup>85</sup>*Ibid.* стр. 124-125.

<sup>86</sup>Видете повеќе во: Barnes J.A., "African Models in the New Guinea Highlands", *Man*, Vol. 62, 1962, стр. 5-9; Schrauwers, A., "Negotiating Parentage: the Political Economy of "Kinship" in Central Sulawesi Indonesia", *American Ethnologist*, Vol. 26, No. 2, 1999, стр. 310-323 (стр. 311).

<sup>87</sup>Како термин кој се користи во контекст на меѓународната ЛГБТ заедница. Видете повеќе во: Weston K., "Parenting in the Era of AIDS", Stein A. (ed), *Sisters, Sexperts and Queers Beyond the Lesbian Nation*, New York, Plume, 1993; Weeks J.,

членовите на семејството ја изменија конвенционалната дефиниција на "крвните врски". Сега тие се повеќе ги акцентираат фактичките обврски кои се доделуваат со поединечните правни одлуки како предмет на преговори, а не како однапред прифатени и дадени.<sup>88</sup> Овие децентрализирани семејни релации почнаа да отстапуваат од нивната основа - сексуалниот однос<sup>89</sup> и воведоа нов поим – дефамилијаризација - "defamiliarizing" на она што порано се сметаше за воспоставен концепт на сродство.<sup>90</sup> Оваа појава беше критикувана на истата основа. Имајќи во предвид дека современите семејства се во голема мера договорни (во смисла на статусот кој се доделува на родителите), неприфаќањето на дилемите и преговарањето во однос на донорските улоги во детскиот живот според некои автори, е парадоксално.<sup>91</sup>

Современите антрополози ги вреднуваат биолошките врски, но го поврзуваат сродството со концепти надвор од природните (култура и односи базирани на емоции, афекција и приврзаност, заедничко живеалиште, делење храна, грижа, покрив, па дури и спиење). Карстен го концептуализира сродството како реален однос на споделени телесни и духовни

---

Heaphy B., Donovan C., *Same Sex Intimacies: Families of Choice and Other Life Experiments*, London, Routledge, 2001.

<sup>88</sup> Dempsey D., "Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court", *International Journal of Law, Policy and Family*, Бр. 18, 2004, стр. 76-102, стр. 78.

<sup>89</sup> Strathern M., *Reproducing the Future: Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies*, New York, Routledge, 1992.

<sup>90</sup> Franklin S., *Embodied Progress: A Cultural Account of Assisted Conception*, London, Routledge, 1997.

<sup>91</sup> Dempsey D., 2004, стр. 95, *op. cit.*

елементи кои не мора да имаат генетска поврзаност.<sup>92</sup> Теоретичарите на приврзаноста аргументираат дека генетската поврзаност сама по себе не е фактор за развој на приврзаност. Напротив, и други фактори како што се близината, грижата, негата и одговорноста кон потребите на детето се релевантни за градење на односи меѓу него и таткото, мајката или било кој друг старател. Вајс наведува три аспекти на манифестација на приврзаност: (1) физички контакт, (2) комфорт, (3) топлина и (4) безбедност како особено важни за градење на односот помеѓу детето и родителот.<sup>93</sup> Приврзаноста и ставовите во однесувањето изградени во детството се многу силни и продолжуваат исто така и во зрелоста.<sup>94</sup> За Болби, развојот на видовите однесувања кои се засновани во детството ја создаваат суштината на родителството. За некои други теоретичари на приврзаноста, заедничкото споделување на оброци, не само како имитација на хранењето што се случува во матката на жената, но и како начин на развој на ставови во однесувањето е клучот за создавање на семејното сродство.<sup>95</sup> Ричардс дури го дефинира семејството во смисла на "регуларноста на јадење оброци

---

<sup>92</sup>Carsten J., "The Substance of Kinship and the Heat of the Hearth: Feeding, Personhood and Relatedness among Malays in PulauLangkawi", *American Ethnologist*, Vol.22, Бр. 2, 1995, стр. 236.

<sup>93</sup>Weiss, R.S., "The Attachment Bond in Childhood and Adulthood", Paros M.C., Stevenson-Hinde J., Marris P. (eds.), *The Attachment Across the Lifecycle*, Routledge, 1991.

<sup>94</sup>Bowlby J., *The Making and Breaking of Affectional Bonds*, Tavistock, 1979, стр. 129. Тој аргументира дека природата на врзување го карактеризира човечкото битие од раѓањето до смртта.

<sup>95</sup>Richards, A.I., *Hunger and Work in a Savage Tribe: A Functional Study of Nutrition Among the Southern Bantu*. G. Routledge and Sons, 1932, стр. 28.



заедно".<sup>96</sup> Состојбата "да се израсне дете" како општествен аспект, додава лични карактеристики во тој однос, па дури и повеќе од биолошкиот придонес.<sup>97</sup> Голем број на студии, кои ги истражуваат семејните обичаи на домородните луѓе од различни делови на светот потврдија дека покрај биолошките, исто така постојат и други важни елементи за да се развие сродство, од кои најзначајната е фактичката врска воспоставена преку делење на заедничко домаќинство и разновидни аранжмани на живеење.<sup>98</sup> Многу културолошки

---

<sup>96</sup>*Ibid.*

<sup>97</sup> Edwards J., *Born and Bred. Idioms of Kinship and New Reproductive Technologies in England*, Oxford Studies in Social and Cultural Anthropology, Oxford University Press, 2000.

<sup>98</sup>Weismantel, M., *Food, Gender and Poverty in the Ecuadorian Andes*, University of Pennsylvania Press, 1988, стр. 169. Овој автор спроведува социолошко истражување во Zumbaqua. Таму, односите меѓу родителите и децата се дефинираат според заедничкиот живот каде што срцето го дефинира домот, а заедничкиот живот (а не крвната врска) е клучен елемент за утврдувањето на татковството.

Carsten, J., Hugh-Jones S., "Introduction", Carsten J., Hugh-Jones S. (eds.), *About the House: Levi-Strauss and Beyond*, Cambridge University Press, 1995;

Carsten, J., "Substantivism, Antisubstantivism, and Anti-antisubstantivism", Franklin S., McKinnon S. (eds.) *Relative Values: Reconfiguring Kinship Studies*, Duke University Press, 2001, стр. 227. Според нив, консумирањето на разновидна храна, престојот во една средина итн. го создава идентитетот на детето како променлива и отворена категорија, а не дадена;

Stafford C. L., "Chinese Patriline and the Cycles of *Yang* and *Laiwang*", Carsten J. (ed.), *Cultures of Relatedness: New Approaches to the Study of Kinship*, Cambridge University Press, 2000;

Stafford C.L., *Separation and Reunion in Modern China*, Cambridge University Press, 2000. Од истражувањата спроведени во североисточна Кина и во Анганг и Тајван, Стафорд ги опсервира семејните шеми – грижата дадена на децата создава трајно почитување што се манифестира преку грижа за родителите во нивната старост;

Storrie R., Equivalence, "Personhood and Relationality: Processes of Relatedness Among the Hoti of Venezuelan Guiana", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 9, No. 3, 2003, стр. 407-428. Стори опсервира дека воспитувањето

антрополози од времето на Леви-Штраус (Levi – Strauss) па наваму се на становиште дека репродукцијата на човекот е и репродукција на општествените односи.<sup>99</sup> Сите етнографии кои ја нагласуваат важноста на влијанијата на околината како битни во создавањето на односите на сродството се против генеаложките претпоставки, кои ги сметаат за основни и дадени, а со тоа и имуни на влијанија од околината. Тие покажуваат дека фактичките и емотивните врски се релевантни и детерминирачки за создавање на сродството, а не генетското учество само по себе. Така, употребата на биологијата може да се смета за "стратешки фактор" за натурализација на сродството кое произлегува од БПО<sup>100</sup> и покрај тоа што се смета за битна само кога сродството е доведено во прашање. Ако истото не е доведено во прашање,

---

дете може да создаде сродство дури и во отсуство на природни (генетски) врски, водено од заедничкиот сентимент дека "подалечните роднини не се подобри од блиските соседи". Со истражувањата на животот на Хотите од Сераниа де Мајкалида, Венецуелска Гвајана, Стори утврдил дека моралноста на делењето ги трансформира несродните во сродни. Поради ова, заедничкиот живот е битен а блиските крвни роднини (*consanguini*), кои не живеат заедно се забораваат, а нивниот имот се претвара од заеднички во посебен" (стр. 420-422).

Vilaca, A., "Making Kin out of Others in Amazonia", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 8, No. 2, стр. 347-365, 2002. Со истражувањето на семејните шеми на народот Уари кои живеат во Западен Амазон, Бразил, Вилака опсервира дека "бликоста и заедничкиот живот се до таа мерка одредувачки во утврдувањето на сродството што генеаложкиот роднина којшто живее далеку од семејството може да биде исклучен од кругот на сродство".

<sup>99</sup>Видете на пр.: Smart C., Neale B., *Family Fragments?*, Cambridge: Polity Press, 1999, Spaas L., (ed.), *Paternity and Fatherhood: Myths and Realities*, London: Macmillan, 1998, *op. cit.* Strathern M., 1992.

<sup>100</sup>Thompson C., "Strategic Naturalizing. Kinship in an Infertility Clinic", Franklin S., McKinnon (eds.), *Relative Values. Reconfiguring Kinship Studies*, Duke University Press, 2001, стр. 175.

родителството обично ќе биде разгледано од аспект на емотивните врски кои родителите ги развиле со своите деца преку процесот на издржување и воспитување како главен столб во изградбата и утврдувањето на сродството.<sup>101</sup>

Применувајќи ја теоријата на приврзаност на правото на детето да воспостави контакт со донорот по достигнување на возраст од 18 години може да биде ирелевантно, бидејќи односите на приврзаност кои се базирани во воспитувањето на детето биле веќе воспоставени.

Дел од современите студии промовират комбинација од двата пристапи: биолошкиот и културолошкиот пристап, не само во разбирањето на сродството, туку и на она што сродството го предизвикува како ефект.<sup>102</sup>

Фуко расправа дека во сите историски периоди биле развиени одредени верзии на вистината врз основа на она што во тие периоди било општествено прифатливо. Според него, современите сфаќања за сексуалниот диморфизам и репродуктивна физиологија се скорешни феномени и го следат развојот на модерната биологија и наука.<sup>103</sup> Во оваа смисла, сродството е општествена и културна димензија на градење на семејствата, наоѓање легитимност во крвните врски низ историјата, во зависност од преферираниот склоп на

---

<sup>101</sup>Hirsch E., "Negotiated Limits. Interviews in South-East England", Edwards J. et al (eds.), *Technologies of Procreation. Kinship in the Age of Assisted Conception*, Manchester University Press, 1993, стр. 69.

<sup>102</sup>Holland, 2004; Schweitzer P.P., *Dividends of Kinship: Meanings and Uses of Social Relatedness*, Routledge, 2000, op.cit.

<sup>103</sup> Foucault M., *The Order of Things. An Archaeology of the Human Science*, Vintage Books, 1994.

политички вредности. Разликата помеѓу генетскиот (“genitor” или “genetrix”) и фактичкиот родител отсекогаш постоела во случаите на старателство и посвојување. Но, само сега, новите репродуктивни технологии ги истакнаа начините на кои биогенетското сродство активно се конструира, потврдувајќи дека родителството во однос на децата зачнати со донација на генетски материјал е втемелено во законскиот концепт на волји (намери), а не во генетиката.<sup>104</sup>

Семејството по Платон е во основа природна категорија. Тој разви остра дистинкција помеѓу: 1) приватниот живот во семејството, што е воден од природните феномени на љубовта и репродукцијата; и 2) заедничкиот живот во државата кој е воден главно од логички премиси. За неговиот ученик, Аристотел, од друга страна, и семејството и државата се паралелно природни и општествени конструкции. За Аристотел, семејството зачнува од љубовта и вистинското пријателство меѓу мажот и жената кои се водечки столбови на семејната заедница. Во политиката, тој го дефинира семејството – “оикос” (οἶκος) како помала составна клетка на политичката заедница – “полис” (πόλις) која сама по себе е посебен ентитет како заедница или асоцијација – “кинонија” (κοινωνία), која ги интегрира своите членови во заедничкиот живот.<sup>105</sup> Како природен дел од поголем мозаик што го конституира политичкиот систем, семејството транзитира помеѓу животинско постоење кон рационален живот што е можен само во организирана состојба (држава). Природната

---

<sup>104</sup>Shaw A., “The Contingency of the Genetic Link in Constructions of Kinship and Inheritance – An Anthropological Perspective”, Spencer J.R., Bois-Pedain A., (eds.) *Freedom and Responsibility in Reproductive Choices*, Hart Publishing, 2006, стр. 75.

<sup>105</sup>Provencal L.V., 2001, *op. cit.*

компонента на семејството што се должи на биолошките врски меѓу неговите членови е аргумент за натурализација како на политичкиот систем, така и на државата и како таков треба да ја приближи државата поблиску до поединецот, кој пак, треба да ја идентификува органската врска позната за неговото семејство. Со таквата идентификација, тој исто така ја нагласува општествената компонента на семејството, истакнувајќи го заедничкиот живот помеѓу своите рационални членови, кои по дефиниција мораат да бидат организирани како и самата држава.

Бракот како формална институција на заеднички живот беше солидна рамка за потврдување на сексуалните односи меѓу брачните партнери и соодветно дека семејството е продолжение на нивните гени. За овие цели, сродството транзитира од времето на примитивен промискуитет, матријархат и неодредено татковство, конструирана рамка на моногамен брак, што води кон *нуклерното семејство*.<sup>106</sup> Малиновски разликува меѓу фактичко и физичко сродство, кои се преклопуваат кај мајката, додека нужно не коинцидираат во таткото чија улога е суштински општествена и може, но не мора да биде физичка.<sup>107</sup> За него семејството е составено од жената и децата за кои таа се грижи - сама или заедно со човекот со кого е во стабилна врска. Во таа смисла, односот со детето е утврден од страна на односот помеѓу: 1)

---

<sup>106</sup> Видете повеќе во Morgan, L. H. 1870, *op. cit.*; Morgan L.H. *Ancient Society*, Macmillan, 1877; Engels, F., *The Origin of the Family, Private Property and the State*, 1884, Introduction by Brewer P., Resistance, 2004. Достапно на интернет на: <http://readingfromtheleft.com/PDF/EngelsOrigin.pdf>.

<sup>107</sup> Malinowski, B., *The Family Among the Australian Aborigines: a Sociological Study*, University of London Press, 1913.

мажот; и 2) жената која го раѓа детето. Татковството на овој човек е изборно и несигурно во зависност од неговите фактички односи со мајката, а со тоа и со детето. Врските на сродство помеѓу биолошкиот татко и детето во денешно време често се предмет на правно посредување во зависност од постоењето на интимна врска меѓу биолошката мајка и детето.<sup>108</sup> Феминизмот го поддржува репродуктивното право на самите жени да се извршува засебно како средство за обезбедување на жените со поголем избор, вклучително и со можноста за бивање родители без партнер. Мери О'Брајан е на став дека постојат два клучни момента во историјата на репродукцијата. Првиот е диференцијацијата на улогите меѓу мажот (како оној кој придонесува за обезбедување на средства) и жената (како домаќинка). Ваквата диференцијација ја ограничуваше улогата на жената само во рамките на домот, со што неизвесноста во врска со прашањето "кој е татко на меѓусебните деца", до одреден степен се намали. Оваа поделба ја деградираше приватната сфера (репродукцијата, одгледувањето на деца, одржувањето на домаќинството) и ја актуелизираше јавната сфера (производството). Вториот клучен момент беше откривањето на контрацепцијата која им даде шанса на жените да имаат контрола врз нивната плодност.<sup>109</sup> Претпоставката дека мажениот сопруг е татко на детето родено за време на бракот сè уште е валиден правен аргумент во споровите за утврдување или оспорување на татковството, освен ако не се докаже спротивното. Жените кои вршеле прељуба биле сметани за криминалци од највисок ранг, меѓу другите причини и поради позицијата на

---

<sup>108</sup>Dempsey D., 2004, стр. 97, *op. cit.*

<sup>109</sup>O'Brien M., *The Politics of Reproduction*, Routledge&Kegan Paul, 1981.

доминантниот маж во семејството, а исто така и поради фактот на попречување и манипулирање со генетското семејно стебло.

Денес, терминот семејство не е прецизен и затоа е погоден за алтернативни толкувања. Ако некогаш дебатите околу нуклеарното наспроти поширокото семејство се карактеризираа низ призмата на биологијата или фактот на заеднички живот во или надвор од брак<sup>110</sup>, во денешно време, терминот семејство е симбиоза на различност на формите. Веќе е прифатен ставот дека ако постои однос на грижа и посветеност помеѓу возрасен и дете, тогаш отсуството на биолошка врска не е пресудно за повикување на член 8 од ЕКЧП.<sup>111</sup> Семејството може да биде формирано од членови кои: 1) се или не се биолошки поврзани (на пример, посвојување или хетерологна инсеминација од донор); 2) живеат или не живеат заедно и споделуваат или не споделуваат заедничко домаќинство (на пример, реконструирани семејства); 3) двајца членови (жена со починатиот/разведен/разделен сопруг/партнер и дете или доброволно сама жена и дете); 4) двајца (хетеро или истополни)<sup>112</sup> родители и едно дете/повеќе деца, повеќе од двајца родители кои имаат родителска

---

<sup>110</sup> Видете повеќе во: Mount F., *The Subversive Family: an Alternative History of Love and Marriage*, Counterpoint, 1983.

<sup>111</sup> Lowe N., *A Study into the Rights and Legal Status of Children being Brought Up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation*, A Report for the Attention of the Committee of Experts on Family Law, Септември, 2009, стр. 8.

<sup>112</sup> Дво-родителските семејства сеуште се доминантен концепт во светот, иако одредени законодавства ја разгледуваат можноста да го прошират обсегот на повеќе родители. Погледнете повеќе кај Antokolskaia M., "Legal Embedding Planned Lesbian Parentage. Pouring New Wine into Old Wineskins", *Familie & Recht*, Февруари, 2014, стр. 2.

одговорност и едно дете/деца (на пример, тројца родители во Велика Британија<sup>113</sup>, и од неодамна, до четири родители во Британска Колумбија во Канада); 5) родители и нивните родители и деца и нивните деца (како проширени семејства) и т.н. нов тренд на "модерни семејства" како и "семејства по избор на ко-родителски партнери", што се однесува на мајки и татковци кои имаат договорен однос за остварување на заедничка цел – раѓање, одгледување и воспитување на заедничко дете наместо взаемен однос на љубов, почитување и сексуална врска.<sup>114</sup> Ова е еден чекор понатаму во развојот на трендот од сами мајки по избор кон ко-родителство по избор, како што едно од интервјуираните лица кои ги споделуваа своите лични искуства изјави: "зошто би одбрале да бидете сам родител кога може да бидете заеднички родител (ко-

---

<sup>113</sup>Исто така, погледнете ги препораките за реформи во семејното право во насока на признавање на родителството на повеќе од две лица од: Brennan S., "How Many Parents Can a Child Have? Philosophical Reflections on the Three Parent Case", *Western University*, 2013, (достапен на интернет: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1451926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1451926)) што се однесува на случај на Високиот суд на Онтарио што ја призна потребата од промени со цел воведување на повеќе лица во животот на детето во согласност со најдобрите интереси на детето (*AA v BB* 2007 ONCA 2, 83 OR (3d) 561).

<sup>114</sup>Видете повеќе во: Carpenter L., "Meet the Co-parents", *The Guardian*, 15.12.2013 (<http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/dec/15/meet-the-co-parents-modern-families>); Daily Mail Reporter, "Meet the 40-something Childless Singles Turning to "Co-parent partnerships where Raising a Family Doesn't Include Romance", *Mailonline*, 11.02.2013 (<http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2277027/Meet-40-childless-singles-turning-parent-partnerships-raising-family-doesnt-include-romance.html>); Ellin A., "Making a Child Without the Couple", *The New York Times*, 08.02.2013 (<http://www.nytimes.com/2013/02/10/fashion/seeking-to-reproduce-without-a-romantic-partnership.html?pagewanted=all&r=0>); "Family on Your Terms", *Aljazeera*, 24.02.2014 (<http://stream.aljazeera.com/story/201402242305-0023501>).



родител)?"<sup>115</sup>, или "зошто само да имате дете кога исто така можете да обезбедите и татко?".<sup>116</sup>

Некои автори го вреднуваат нуклеарното семејство какво што беше (од традиционален аспект) и сметаат дека секое отстапување од неговата основа е потенцијално опасно за развивање на односите и посветеност а потребни за правилно воспитување на децата.<sup>117</sup> Тие ја обвинуваат примената на БПО за нарушувањето на концептот на нуклеарното семејство кое е идеална основна општествена единица, со што се создаваат семејства со интрузивен донор и деца без родители.

За еминентниот професор Џон Харис семејството има исклучиво институционален карактер. За него, институционалните семејни основи зависат од политичката идеологија за доделување на централен фокус на една од следните три димензии: (1) општеството (семејството е основна клетка на општеството кое што има интерес да обезбеди следна генерација), (2), возрасните (правото на засновање семејство, како дел од човековите права и слободи на поединецот), и (3) детето (обезбедување на интересите на идните генерации).<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup>*ibid.* Carpenter L., "Meet the Co-parents", *The Guardian*, 15.12.2013.

<sup>116</sup> Al Jazeera English, "Family on Your Own Terms", *The Stream*, 24.02.2014. Видете на интернет: <http://stream.aljazeera.com/story/201402242305-0023501> (5-6 мин).

<sup>117</sup>Singer P., Wells D., *The Reproduction Revolution. New Ways of Making Babies*, Oxford University Press, 1984 стр. 53; *op. cit.* Chadwick R. F., 1990; Mary Warnock in the *Warnock Report*.

<sup>118</sup>Harris J., "The Right to Found a Family", Scarre G., (ed.) *Children, Parents and Politics*, Cambridge University Press, 1989.

Во европски контекст, денес, широко е прифатено дека родителството е повеќе општествена од природна конструкција, иако многу импликации кои произлегуваат од примената на БПО се уште се дискутираат.<sup>119</sup> Признавањето не само на општествената, но исто така и на нормативната улога која ја игра семејството и прифаќањето на потребата за донесување на политички одлуки за обликување на семејните форми, можат да се потпрат на флексибилното дефинирање на семејство според дефинициите на Бромли<sup>120</sup>, со мали модификации базирани на прифаќање на дихотомијата помеѓу фактот на заедничкиот живот или со самото постоење на биолошка врска. Паралелно со овие претпоставки, семејството ќе се третира како општествена единица чии односи може да спаѓаат во две категории: (1) заеднички живот: две лица кои живеат во брачна/вонбрачна врска, или живеат заедно, на сличен начин како да се брачни другари, или еден родител кој живее со едно или повеќе деца; и (2) самото постоење на биолошка врска: две или повеќе лица поврзани преку крвно сродство (на пример, браќа и сестри) или брак.

КПД нуди широка дефиниција на семејството, како одраз на широкиот спектар на сродство и аранжмани во заедници во кои децата се воспитуваат низ целиот свет.<sup>121</sup> Во

---

<sup>119</sup> European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, *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?*, 2010, стр 7 и 12.

<sup>120</sup> Lowe N.V., Douglas G. (eds.), *op.cit.* 2007, стр. 2.

<sup>121</sup> Hodgkin R., Newell P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, United Children's Fund, 2007, стр. 105, што се однесува на CRC/C/2/Rev.8, стр. 76.

Преамбулата се нагласува важноста која семејството ја има како основна единица на општеството и како природна средина за развој и благосостојба на нејзините членови, посебно на децата. Член 5 го признава и го цени поширокото семејство, особено неговото значење за децата и за нивните развојни капацитети. Комитетот за човекови права, исто така, потенцира флексибилно дефинирање фаворизирајќи поширока дефиниција во која се вклучуваат "сите лица што го сочинуваат општеството на односната држава-членка"<sup>122</sup>, свесни за разликите од држава до држава, па дури и од регион до регион во рамките на една држава.<sup>123</sup> Тоа покажа поголем сензибилитет кон почитување на нуклеарните и проширените семејства, како и разни други форми на семејства, како што се вонбрачни двојки и нивните деца или сами родители и нивните деца.<sup>124</sup>

ЕСЧП и ЕКЧП вклучија неколку аспекти во концептот на "семеен живот": брачните родители и нивното "легитимно" малолетно дете, вонбрачните родители и нивното малолетно дете, мајката и нејзиното малолетно дете - во и надвор од брак, мажот и малолетно дете кое е признато, биолошкиот татко и малолетно дете во одредени околности, блиски роднини како баби и дедовци и малолетно дете, родители старатели на посвоено малолетно дете, и не-биолошки родители и малолетно дете.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup>*Ibid.* стр. 77, што се однесува на Human Rights Committee, General Comment No. 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.8, пара. 6, стр. 184.

<sup>123</sup>*Ibid.* што се однесува на General Comment бр. 19 на Human Rights Committee.

<sup>124</sup>*Ibid.* што се однесува на Human Rights Committee, General Comment бр. 19, 1990, HRI/GEN/1/Rev.8, пара. 2, стр. 188.

<sup>125</sup>Boele-Woelki K. *et al.*, 2007, стр. 16, *op. cit.*

## **6. "Вештачка инсеминација" и донација на сперма како биомедицинско потпомогнато оплодување (БПО)**

Историјата на БПО датира доста порано од 1978 година кога во Велика Британија се роди првото дете официјално зачнато со оваа технологија.<sup>126</sup> Терминот "вештачка инсеминација" се однесува на историски првата форма на технолошко потпомогнување во репродуктивниот процес - хомологно (или автологно) оплодување со сперма кога мажот не е во можност да има сексуални односи со неговата сопруга. Тоа беше дефинирано како "внесување на сперма во женскиот генитален тракт на секаков друг начин, освен со сексуален однос со мажот".<sup>127</sup> Терминот "вештачко" најчесто се користи за да симболизира дека зачнувањето не се случило преку природен сексуален однос. Набрзо потоа се прифати нова димензија на терминот, признавајќи дека нема ништо вештачко во самото зачнување или во децата кои се родени како резултат на истото. Напротив, само процесот на зачнувањето беше потпомогнат за родителите; затоа подоцна терминот "потпомогнато оплодување" го замени претходниот термин – "вештачка инсеминација".

Првиот човечки случај се препишува на Џон Хантер во 1790 година, што вклучува инсеминација на жена со сперма од нејзиниот сопруг. Донирањето сперма од трета страна не беше

---

<sup>126</sup>Bartholomew G.W., "The Development and Use of Artificial Insemination", *Eugenics Review*, Vol. 49, Бр. 4, Јануари 1958, стр. 187-195.

<sup>127</sup> *Report on Human Artificial Protection, Principles Set Out in the Report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989, Scopes and definitions.

прифатливо.<sup>128</sup> Според евиденцијата на Бартоломеј и неофицијалните архиви, хетерологната (алогенската) инсеминација дојде еден век подоцна. За некои други автори, инсеминацијата со донирана сперма прв пат се користи во клиничката пракса во доцните 1930-ти.<sup>129</sup> Во Велика Британија, жените инсеминирани со донирана сперма беа третирани како да имале сексуален однос со трето лице, но децата при раѓањето беа регистрирани во име на мажот и без откривање на нивното потекло. Во 1948 година, експертска комисија ја квалифицира оваа пракса како фундаментално погрешна, особено во случај на инсеминација со донирана сперма, поради неколку причини: повреда на бракот со воведување на друго лице во процесот на репродукција, со што се воведо ситуација слична на неверство во бракот<sup>130</sup> и штетните последици спрема детето изложено на заговори во врска со неговото потекло што е еквивалентно на измами во сферата на личниот идентитет, сродството и наследството.<sup>131</sup> Истите, па дури и потешки обвинувања беа упатени на адреса на донирање на сперма во подоцнежен извештај што ја осуди

---

<sup>128</sup> *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*, Cmnd. 1105, Her Majesty's Stationery Office, јули, 1960.

<sup>129</sup> Nachtigall R.D., "Secrecy. An Unresolved Issue in the Practice of Donor Insemination", *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Vol. 168, Бр. 6, Дел 1, стр. 1846-1851, 1993.

<sup>130</sup> Видете, на пример слични случаи во однос на третманот на инсеминација преку донор третирана како прељуба или не, опишано од: Kaplan J. L., Tong R., *Controlling Our Reproductive Destiny. A Technological and Philosophical Perspective*, MIT Press, 1994, стр. 237, 238. Авторите се повикуваат на случајот *Oxford v. Oxford* (иако инсеминацијата од донорот беше извршена без дозвола од сопругот), а постапката водена од Врховниот суд на Онтарио, Канада во 1921. Во овој случај, судската одлука го сметаше доброволното предавање на репродуктивните (не сексуални) капацитети од едната страна во постапката на другата за прељуба. Спротивна беше одлуката за случајот со *MacLennon v. MacLennon* од Шкотскиот суд во 1958, каде се одлучи дека за да се досуди прељуба, двајцата треба да бидат вмешани физички во сексуален акт.

<sup>131</sup> *Artificial Human Insemination, The Report of a Commission Appointed by His Grace the Archbishop of Canterbury*, London, SPCK, 1948.

практиката како опасна за сите засегнати страни, како и за општеството во целост преку потценувањето на институцијата на бракот и измама на децата.<sup>132</sup> Најлошото обвинување беше насочено спрема обидот на сама жена да прокреира како целосно игнорантно за потребите на детето.

Првото дете кое беше официјално родено со БПО во 1978 година навести нова правна рамка која би требало да ги следи новите технологии. Затоа Британската Влада го создаде т.н. Варнок Комитетот (Warnock committee), чиј претседавач беше филозофката Мери Варнок (Mary Warnock) со цел да се разгледаат можните ефекти од отворањето на вратите на новите репродуктивни технологии врз животот на луѓето. Комитетот беше медицински во својот пристап и фокусиран на "неплодноста и нејзиното надминување". Ова значеше дека на немажените жени не им беше дозволено да го користат БПО, нагласувајќи ги можните последици од озаконувањето на децата без татковци. Извештајот го призна фактот дека матичната книга на родените нема да го одразува вистинскиот генетски идентитет, бидејќи ќе резултира со фикција дека сопругот на жената која била инсеминирана со донација на сперма нема да биде генетски татко на детето.<sup>133</sup> Извештајот Варнок доведе до медицински регулирана пракса со Актот за човечко оплодување и ембриологија во 1990 година. Целта на актот е да се нормализираат семејствата во кои било вклучено

---

<sup>132</sup>*Report of the Interdepartmental Committee on Human Artificial Insemination, Feversham Committee, 1958.*

<sup>133</sup>*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Department of Health & Social Security, (Warnock Report) London, Her Majesty's Stationery Office, July, 1984.*

БПО во постојниот модел на нуклеарното семејство.<sup>134</sup> Законот не им овозможи на жените да користат услуги (од доменот на БПО) за третман (на неплодност во семејството), освен ако "се води сметка за благосостојбата на секое дете кое може да се роди како резултат на третманот (вклучувајќи ја и потребата на тоа дете да има татко)".<sup>135</sup> Денес, постигнат е компромис кој на самите жени им дозволува да бидат оплодени со донација на сперма, но само ако не се занемарува правото на детето да го знае своето потекло, така што концептот на анонимни донори на сперма беше отстранет за гаметни донирани по 1 април 2005 година.<sup>136</sup> Сепак, донирањето на сперма на сами жени продолжи да ја занемарува потребата на детето за татко.

Инсеминациите со сперма беа историски прва медицински форма на технолошка помош за постигнување на бременост. Тие се сметаат за најмалку скапа од сите разновидни репродуктивни технологии со највисока стапка на успех.<sup>137</sup> Сепак, БПО опфаќа широк спектар на можности за постигнување на посакуваното оплодување како што се: ин витро оплодување;<sup>138</sup> зиготен интра-фалопиев трансфер (ЗИФТ) или ембрион-трансфер во јајцеводите; гаметен интра фалопиев трансфер (ГИФТ) или гаметен трансфер во јајцеводите; интра-цитоплазматска инекција на сперма;

---

<sup>134</sup>Sheldon S., "Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies", *Modern Law Review*, Vol. 68, Бр. 4, 2005 (b), стр. 523-553.

<sup>135</sup>*Human Fertilisation and Embryology Act (HFE Act)*, section 13(5), 1990.

<sup>136</sup>*Human Fertilisation and Embryology Authority (HEFA), Disclosure of Donor Information, Regulations 2004.*

<sup>137</sup>Balen A.H., Jacobs H.S., *Infertility in Practice* (2<sup>nd</sup> edition), Informa Healthcare, 2003, стр. 369.

<sup>138</sup> ИВО се остварува надвор од женското тело, во лабораторија. Таму јајце клетките се оплодуваат и ембрионите се префрлуваат во матката на жената.

интраутерина инсеминација или други техники кои ја олеснуваат посакуваната бременост како што е криопрезервацијата (замрзнување на генетски материјал), генетската дијагноза пред имплантирање итн.



### III. Меѓународни регулативи

Деградирачкиот човечки третман што резултираше од Втората Светска Војна предупреди на неопходноста од меѓународно признавање на човековите права, кое беше проследено со документи за човекови права како основни прерогативи за изградба на заеднички темели за иднината. Дефинирањето на клучните принципи кои претставуваат прифаќање на минимум морал беше обид да се помират штетите, но не толку меѓу државите, колку првенствено помеѓу одредена држава и поединецот. Пренесувањето на фокусот на вниманието на меѓународната јавност кон човечката личност, како најважен фактор достоин за заштита, резултираше со Универзалната декларација за човекови права (УДЧП).<sup>139</sup> Декларацијата беше проследена со (меѓу другите): Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП)<sup>140</sup> и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (МПЕСКП).<sup>141</sup> Овие меѓународни документи, исто така, ги поставија минималните стандарди за заштита на личноста и човечкото достоинство во областа на приватниот и семејниот живот, посебно или заедно со обврската на

---

<sup>139</sup> Усвоен од Генералното Собрание на ОН на 10ти декември 1948.

<sup>140</sup> Усвоен од Генералното Собрание на ОН на 16ти декември 1966 и во сила од 23ти март 1976.

<sup>141</sup> Усвоен од Генералното Собрание на ОН на 16ти декември 1966 и во сила од 3ти јануари 1976. И двата пакта беа ратификувани од Социјалистичка Федеративна Република Југославија – СФРЈ (Република Македонија како земја наследник исто така ги наследи ратификуваните меѓународни регулативи) на 30ти Јануари 1971 со законите за ратификација: *Закон за ратификација на меѓународниот пакт за граѓанските и политичките права* и *Закон за ратификација на меѓународниот пакт за економските, социјалните и културните права*.

општеството да обезбеди и минимум услови за физичко и ментално здравје преку пристап до здравствени услуги за секого. Поспецифична меѓународна регулатива која се однесува на одредени групи кои се предмет на посебна заштита беше легитимирана со Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените (КЕСФДЖ)<sup>142</sup> и Конвенцијата за правата на детето (КПД).<sup>143</sup> Новите научни случувања во областа на создавање на живот, а со тоа и во областа на човечкото достоинство, планираното родителство, приватниот и семејниот живот, укажа на потребата од универзален принцип и регулатива што беше постигната преку Универзалната декларација за човечкиот геном и

---

<sup>142</sup>Усвоена од Генералното собрание на Обединетите нации во 1979. Поранешна Југославија ја потпиша и ратификува Конвенцијата на 17 јули 1980 година, односно 26 Февруари, 1982 година. Конвенцијата е ратификувана дополнително од страна на Република Македонија на 18 јануари 1994 година (погледнете повеќе на интернет:[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV8&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV8&chapter=4&lang=en)). Факултативниот протокол на Конвенцијата беше ратификуван од Република Македонија на 24ти јуни 2003. *Закон за ратификација на факултативниот протокол кон Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација врз жената.*

<sup>143</sup>Усвоена од Генералното собрание на Обединетите нации на 20-ти ноември 1989 година, а во сила на 2-ри септември, 1990. Поранешна Југославија ја потпиша Конвенцијата на 26 јануари, 1990 година, а ја ратификуваше на 3 јануари 1991 година. Резерва беше направена на член 9 став 1 од Конвенцијата, кој гласи "надлежниот орган на СФРЈ може во согласност со член 9 став 1 да одлучи да ги лиши родителите од нивното право да ги одгледуваат своите деца и да им овозможи воспитување без претходна судска одлука во согласност со внатрешната регулатива на Социјалистичка Федеративна Република Југославија". По распаѓањето, Владата на Република Македонија депонираше известување за сукцесија кај Генералниот секретар, кое стана ефективно од 17 септември 1991 година, датумот на кој Република Македонија ја презеде одговорноста за нејзините меѓународни односи. Официјалната ратификација на Конвенцијата е 2ри декември 1993 година (видете: <http://treaties.un.org>).

човековите права (УДЧГЧП)<sup>144</sup> и на Универзалната декларација за биоетика и човекови права (УДБЧП).<sup>145</sup>

По воспоставувањето на принципите, потребата за ефикасна гаранција за имплементацијата на овие регулативи стана повеќе од потребна.

Регионалниот механизам за обезбедување на заштита на веќе воспоставените начела во Европа беше воспоставен и имплементиран преку Советот на Европа. Европската конвенција за човекови права (ЕСЧП)<sup>146</sup> што следеше ја прифати во својата преамбула одговорноста да ги потврди, имплементира и да ги обезбеди правата утврдени со УДЧП. За овие цели, Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) како наднационален суд е основан во 1959 година и во согласност со член 19 од ЕКЧП. Главната цел на судот е да обезбеди спроведување и имплементација на ЕКЧП во земјите-членки на Советот на Европа. Пресудите на Судот се обврзувачки за

---

<sup>144</sup> Усвоена на 29-тата Генералната конференција на УНЕСКО на 11-ти ноември 1997 година. Следната година Генералното собрание на Обединетите нации ја одобри Декларацијата. Таа беше ратификувана од страна на Република Македонија на 27 април со законот за ратификација: *Закон за ратификација на Конвенцијата за заштита на човековите права и достоинството на човековото суштество во однос на примената на биологијата и медицината со дополнителниот протокол за забрана на клонирање на човечки суштества и дополнителниот протокол за трансплантација на органи и ткива од човечко потекло.*

<sup>145</sup> Усвоена на Генералната Конференција на УНЕСКО, 19ти Октомври 2005.

<sup>146</sup> Ратификувана од СФРЈ на 27ми февруари 1997 како закон за ратификација: *Закон за ратификација на Конвенцијата за заштита на правата на човекот и основните слободи, и на Првиот протокол, Протоколот број 4, Протоколот број 6, Протоколот број 7 и Протоколот број 11 кон Конвенцијата.*

земјите-членки.<sup>147</sup> Националните закони на секоја земја-членка треба да ја опфатат ЕКЧП во своите национални правни системи, а повеќето од нив веќе го направија тоа.<sup>148</sup> Иако Судот не е надлежен да ги поништи националните закони, Комитетот на министри го следи извршувањето на пресудите во односните држави. Комитетот исто така следи дали се преземаат дополнителни мерки за справување со повредите на човековите права. Во таа смисла, судската пракса на ЕСЧП ги обединува земјите-членки под чадорот на ЕКЧП, ги интерпретира и препознава повредите преку обврзувачки пресуди, и на тој начин ги модифицира, менува и создава националните закони.

Во доменот на приватниот и семејниот живот, толкувањето на човековите права од страна на ЕСЧП во голема мера зависи од прокламираните вредности на државата. Воведувањето на технологиите на БПО ги направи овие толкувања уште почувствителни на етичката и правната традиција на одредена држава. БПО исто така ја зголеми одговорноста на националните регулативи правно да ги инкорпорира бенефициите од науката и посакуваната пракса, но без да се загрозат парадигмите на човековите права и слободи, како и човечкото достоинство, правото да се формира семејство, слободата на одлучување за бројот и динамиката на раѓање на деца, како и правата на детето.

---

<sup>147</sup>Smith R.K.M., *The Essentials of Human Rights*, Oxford University Press, 2005, стр. 117.

<sup>148</sup>Keller H., Sweet A.S., *The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008.

Репродуктивните права и слободи се во корелација со обврските на државата како основен фактор за обезбедување на нивното спроведување. Маргините во кои науката и технологијата е дозволено да влезат во националните закони за семејството сеуште во голема мера зависат од одредени државни политики кои се однесуваат на толкување на основните вредности кои треба да бидат заштитени. Затоа, врз основа на одредени историски, политички, социјални, па дури и религиозни перцепции, самата држава го оркестрира нивото на кое репродуктивните права се уживаат како ексклузивни прерогативи на човечките суштества. Европскиот совет ја призна специфичната природа на регулативата за семејството како под "големо влијание на културата и традицијата", и како таква, зависна од национално прогласените вредности и принципи кои се причина за потешкотии во контекст на хамонизацијата.<sup>149</sup> Може да се повлече многу тенка линија помеѓу областа на примената на технологиите на БПО и нивното влијание врз постепеното менување на основните човекови функции како што се репродукцијата, родителството и индивидуалната самореализација. Затоа, границите во однос на спроведувањето на универзалните принципи на човековите права на национално ниво се предмет на широко толкување, а сепак, некои прашања остануваат надвор од универзалниот домен на човековите права. Заради почитување на концептуалните разлики, ЕСЧП го разви концептот на Маргина на почитување кога се размислува дали една земја-членка ја прекршила ЕКЧП. Оваа доктрина овозможува Судот да го земе во предвид фактот дека Конвенцијата ќе се толкува различно

---

<sup>149</sup>*Council Report on the Need to Approximate Member States' Legislation in Civil Matters* of 16<sup>th</sup> November, 2011, 13017/01 justciv 129, стр.114

во различни земји-членки во согласност со нивните културни, историски и филозофски разлики. Од друга страна, во доменот на регулативата за семејството, има автори кои се залагаат за нејзино усогласување во Европа, ставајќи ја под знак прашалник културната специфичност.<sup>150</sup> Неколку жестоки противници на "аргументот на културните ограничувања"<sup>151</sup> сметаат дека културно наметнатите правила не се совпаѓаат со денешното поимање на човековите права.<sup>152</sup> Во таа смисла, традицијата не е "света" и не треба да биде заштитена во секој случај. Напротив, законите за семејството не се цел сами за себе, туку средство за промовирање на човековите права и покрај фактот што тие се вградени во нашата култура.<sup>153</sup> Исто така, семејството е социолошка категорија создадена од страна на луѓето, која не мора да биде онтолошка за човечката природа. Во таа смисла, треба да се нагласи дека постои разлика помеѓу унификација и хармонизација на законите. Додека унификацијата се однесува на примената на идентични правила во сите национални системи, кои се обврзувачки преку меѓународни или регионални инструменти, хармонизацијата се однесува на законите на правните системи во одредена област, кои се во хармонија едни со други, со што

---

<sup>150</sup> Видете Boele-Woelki K. (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003; Antokolskaia M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, A Tale of Two Millennia*, Intersentia, 2006.

<sup>151</sup> "Аргументот на културни ограничувања" се смета за главна пречка на хармонизација на семејното право; видете *ibid.* Antokolskaia M.

<sup>152</sup> De Groot, G.R., "Op Weg naar een Europees Personen – en familie recht?", *ArsAcqui*, Бр. 44, 1995, стр.29.

<sup>153</sup> Pintens, W., Vanwinckelen K., *Casebook European Family Law*, Leuven University Press, 2001, стр.15.

се намалуваат разликите на минимум.<sup>154</sup> Во таа смисла, процесот на усогласување на законите за семејството во Европа кои се под влијание на човековите права и толкувања на ЕСЧП не е самовозможен, туку, исто така, и пожелен. За земјите-членки на Европската унија, потребата за приближувањето на законите за семејството е уште поголема имајќи ја предвид забраната на дискриминацијата врз основа на националноста, заедно со правото на движење и слободен престој во рамките на земјите-членки.<sup>155</sup> Веќе се преземени мерки и на други полиња од имотно-правниот домен на семејното право<sup>156</sup>, а исто така и во сферата на разводот и родителската одговорност.<sup>157</sup> Во изминатите 50 години, судот беше повикан и се изјасни за многу општествени прашања во врска со семејството и сродството, како што се прашањата поврзани со абортусот, правото да се знае потеклото наспроти правото мајките да родат анонимно, посвојувањето од страна на истополовите партнери и други прашања.<sup>158</sup> Како такво, толкувањето на ЕСЧП на конвенциите од аспект на денешните

---

<sup>154</sup>Boele-Woelki K., "European Challenges in Contemporary Family Law: Some Final Observations", Boele-Woelki K., Sverdrup T. (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, стр. 413.

<sup>155</sup>Членовите 12 и 18 (1) од Договорот за основање на Европската заедница на 25 март 1975 година.

<sup>156</sup> Особено во сферата на издржување, сопственоста на брачните и вонбрачните партнери и наследувањето. Види: Boele-Woelki K. *et al.*, 2007, *op.cit.*, стр. 2.

<sup>157</sup>Brussels II bis Regulation, (EC), No 2201/2003. Достапна на интернет на:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:EN:HTML>.

<sup>158</sup>*European Court of Human Rights: The ECHR in 50 Questions*, July, 2012, стр. 11, достапна на интернет на: [http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf).

услови<sup>159</sup> му овозможува на поимот “семеен живот” да се прилагоди на општествата што се менуваат припишувајќи му на ЕСЧП суштинска улога во развојот на законите во Европа.<sup>160</sup>

## **1. Универзалната декларација за човекови права (УДЧП), Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП) и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (МПЕСКП)**

УДЧП ги поставува основните човекови права како основа за усогласување на сите други универзални и регионални документи. Декларацијата гарантира права и слободи на сите без предрасуди, меѓу другите основи, и врз основа на раѓање или друг статус (член 2), како и еднаквост пред законот, со цел да се заштитат од дискриминација (член 7). Истите права се потврдени во МПГПП (член 2) и во МПЕСКП (член 2 (2)).

Декларацијата дава право на пристап до независен суд за фер и јавна постапка на секој на еднаква основа (член 10), како и право на ефикасен правен лек за дела што ги кршат

---

<sup>159</sup>Види го случајот на ЕСЧП *Marckx v. Belgium*, ЕСЧП, бр 6833/74, пресуда од 1979/06/13, (став 41 од пресудата гласи: "... Судот повикува дека оваа Конвенција треба да се толкува во светлина на сегашните околности") и *Burghartz v. Switzerland*, ЕСЧП, бр 16213/90, пресуда од 1994/02/22 (став 28 од пресудата гласи "во секој случај, Конвенцијата треба да се толкува во светлина на денешните услови, особено преку важноста на принципот на недискриминација").

<sup>160</sup>*Brussels II bis Regulation*, (EC), No 2201/2003, стр. 3, *op.cit.*



основните права (член 8). Овие права, исто така, се обезбедени со МПГПП (членови 14 и 26).

Семејството ужива посебна заштита од страна на општеството и државата како "природна и основна клетка на општеството" (член 16 (3)). Правото да стапат во брак и да засноваат семејство се препишува на мажите и жените кои се полнолетни, (член 16), додека други форми на создавање на семејства не се адресирани. Децата сепак, имаат право на еднаква социјална заштита, без оглед на тоа дали тие се родени во или надвор од брак (член 25 (2)). Мајчинството и детството уживаат посебна заштита. Истите права се доделени од страна на МПГПП (член 23 и 24), исто така потврдувајќи го правото на секое дете да се регистрира во матичната книга на родените веднаш по раѓањето, а во МПЕСКП (член 10) дополнето со обезбедување дека децата не треба бидат дискриминирани на основа на нивното потекло (член 10 (3)).

Член 12 од Декларацијата обезбедува заштитни мерки против произволното вмешување во приватноста на поединецот, семејството, домот и комуникацијата во согласност со член 29 што обезбедува почитување на правата и слободите на другите во демократско општество. И МПГПП и МПЕСКП во своите први членови, го признаваат правото на самоопределување како право на слободно определување на политички статус и слободно следење на индивидуалниот економски, социјален и културен развој. МПЕСКП, исто така, го признава правото на "уживање на највисокиот можен стандард на физичко и ментално здравје", овозможен преку создавање на услови кои треба да обезбедат медицински услуги за сите (член 12 и член 12 (г)).

## **2. Конвенцијата за елиминирање на сите форми на дискриминација против жените (КЕСФДЖ)**

Во согласност со принципите на забрана за дискриминација (член 2 од УДЧП, МПГПП и МПЕСКП), еднаквите права на мажите и жените во поглед на уживањето на сите државни, политички и економски, социјални и културни права (член 3 од МПГПП и МПЕСКП) и посебната заштита што им се нуди на жените и децата (член 10 МПЕСКП), КЕСФДЖ се занимава поточно со дефинирање и активности за заштита од дискриминација на жените. Конвенцијата ја дефинира дискриминацијата врз жените како "...правење било каква разлика, исклучување или ограничување врз основа на полот, што има за последица или цел да го загрози или оневозможи постигнувањето, уживањето или изразувањето на жените, без оглед на нивната брачна состојба, врз основа на рамноправноста на мажите и жените, на човековите права и на основните слободи на политички, економски, општествен, културен, граѓански или друг план" (член 1). Врз основа на овој член, државите треба да преземат мерки за осигурување дека стереотипните концепти на улогите на мажите и жените се елиминирани (член 10 (в)). Семејните проблеми и правото да се заснова семејството со партнерот на ниво на индивидуален пристап до здравствени установи се опфатени со членовите 12, 14 (б) и 16. На жените им се гарантира заштита на нивното право да имаат семејство и "слободно и одговорно да одлучуваат за бројот и динамиката на раѓање на нивните деца", како и "да имаат пристап до информации (...), но исто така и до средства што ќе им овозможат да ги остварат овие права" (член

16 (д)). Жените, исто така, уживаат "еднакви права и одговорности во поглед на старателството, грижата, доверувањето и посвојувањето на деца или слични институти доколку постојат во националното законодавство", и тоа пред се во заштитата на најдобрите интереси на детето (член 16 (ѓ)). Во правната рамка на создавање на семејство со помош на здравствена установа, сите жени имаат право на планирање на семејството и пристап до здравствени услуги (член 12 ставови (1) и член 14 (б)).

### **3. Конвенцијата за правата на детето**

Универзалноста на КПД се манифестира со нејзиното верификување како најшироко и најбрзо прифатен меѓународно правно-обврзувачки документ.<sup>161</sup> Конвенцијата ги уредува човековите права на посебна категорија "деца" кои поради својата возраст се ранливи и зависни од заштита и старателство, но во исто време ги третира како автономни субјекти кои имаат капацитет за одредени граѓански, политички, економски, социјални, здравствени и културни права.

Во согласност со УДЧП, член 2 од Конвенцијата обезбедува почитување на правата на детето, без било каква дискриминација, меѓу другите основи исто така и врз основа на

---

<sup>161</sup>Frith L., "Gamete Donation and Anonymity.The Ethical and Legal Debate", *Human Reproduction*, Vol. 16, Бр. 5, стр. 818-824, стр. 820, 2001. Видете исто така и Freeman M. (ed.), *Children's Rights. A Comparative Perspective*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1996.

раѓањето или друг статус. Во основата на Конвенцијата е привилегираната позиција која децата треба да ја уживаат кога нивните права се доведени во прашање, особено во однос на правата на другите возрасни субјекти, меѓу другите и во однос на нивните родители. Во овој контекст, член 3 ги поттикнува најдобрите интереси на детето како главен принцип за сите активности што се однесуваат на децата, "без оглед дали ги спроведуваат јавни или институции за социјална благосостојба, судови, административни органи или законодавни тела". Прашањето "кои се најдобрите интереси на детето?" честопати е интерпретирано и оценувано, поради неговата нејасност и зависност од конкретните околности. Затоа, прашањето треба да се отвори и длабоко да се истражува од надлежните институции од случај до случај при донесување на одлуки во согласност со реалните околности. Ова е подигнато на ниво на државна обврска. Неисполнувањето на обврската е веќе санкционирано од ЕСЧП како повреда на ЕКЧП, или без повреда на ЕКЧП (доколку државата ги разгледува најдобрите интереси на детето *vis-à-vis* родителите или другите засегнати страни) во голем број на случаи.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> Види ги, на пример, случаите на ЕСЧП:

Пини и останатите против Романија, Европски суд за човекови права, бр 78028/01 и 78030/01, пресуда од 2004/06/22 во кои Судот не најде повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД што се должи на фактот дека романските судови го потврдија приоритетот на најдобрите интереси на детето, одбивајќи го барањето на апликантите базирано на правото да оформат врски со посвоените деца;

Морфи против Франција, Европски суд за човекови права, бр 10978/04, пресуда од 12.04.2007 во која Судот не утврди повреда на член 8 од ЕКЧП

Еден од најфундаменталните принципи за почитување на личноста на детето е заштитата на неговите интереси да биде регистрирано веднаш по раѓањето, да му биде дозволено да го знае неговото потекло и да биде згрижено од страна на неговите родители (член 7). Во овој поглед, државите ја преземаат обврската "да го почитуваат правото на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи ги државјанството, името и семејните односи признати со закон, без незаконско мешање", а во случај на незаконски лишен идентитет, да се "обезбеди помош и заштита за брзо утврдување на идентитетот на детето ". Членот 9 налага дека детето не треба да биде одвоено од своите родители против негова волја. Како дополнување на оваа заштита, членот 18

---

толкуван во контекст на КПД, што се должи на фактот дека француските власти се заложиле за најдобрите интереси на детето како примарна грижа; Мумусеи Вашингтон против Франција, Европски суд за човекови права, бр 39388/05, пресуда од 06.12.2007 година во која Судот не утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД, што се должи на фактот дека француските власти го земаа во предвид најдобриот интерес на детето како примарна грижа;

Харудиј против Франција, Европски суд за човекови права, бр 43631/09, пресуда од 2012/04/10 во која Судот не најде повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на Конвенцијата која експлицитно се однесува на исламската „кафала“ како "алтернативна грижа "во споредба со посвојувањето;

Маире против Португалија, Европски суд за човекови права, бр 48206/99, пресуда од 26.06.2003 година во која Судот утврди повреда на членот 8, толкуван во контекст на КПД како право на родителот да се спои со неговото дете;

Монори против Романија и Унгарија, Европски суд за човекови права, бр 71.099, 01, пресуда од 05.04.2005, во која Судот утврди повреда на членот 6 (1) и 8, толкуван во контекст на КПД што го следеше приоритетот на заштитата на најдобриот интерес на детето;

Емоне и другите против Швајцарија, Европски суд за човекови права, бр 39051/03, пресуда од 13.12.2007, во која Судот утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП, толкувана во контекст на КПД.

уредува дека одгледувањето и развојот на детето треба да бидат заедничка одговорност на двајцата родители. Членот 12 обезбедува одредени граѓански права на детето и тоа право на изразување на своите ставови за прашања кои влијаат на него, како и право да биде сослушано во сите судски или управни постапки кои влијаат на овие права.

Сите овие членови биле предизвикани од страна на судската пракса и литература, посебно во полето на приватниот и семејниот живот и сродството на детето зачнато со помош на био-медицинска технологија. Семејното сродство во Конвенцијата е изразено во форма на права: право на детето да ги знае и да биде одгледано од своите родители, "во рамките на можностите"<sup>163</sup>; и право на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи го и зачувувањето на односите во семејството како што се признаени со законот, без незаконско мешање. Блаухоф ја прокламира годината на воведување на КПД како година на прогресивно меѓународно и национално признавање на интересите на поединците во однос на вистината како посебно фундаментално право<sup>164</sup>, што се базира на правото на "приватен живот", односно на правото

---

<sup>163</sup>Конотацијата "во рамките на можностите" беше вклучена во Конвенцијата, по инсистирање на делегатите на САД и Германија, како одговор на оригиналниот предлог поднесен од страна на неколку земји (Алжир, Египет, Ирак, Јордан, Кувajt, Либија, Арапската Џамахирија, Мароко, Оман, Пакистан и Тунис). За коментар на КПД, видете Detrick S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 1999.

<sup>164</sup>Blauwhoff, J.R., "Tracing down the Historical Development of the Legal Concept of the Right to Know One's Origins. Has "To Know or Not To Know" ever been the Legal Question?", *Utrecht Law Review*, Vol. 4, Бр. 2, 2008, стр. 99 -116.

на "личноста".<sup>165</sup> Оттогаш, има прогресивно признавање на ова право во рамките на судската пракса на ЕСЧП преку членовите 8 и 14 од ЕКЧП, иако сеуште се присутни многу контрадикторности и двосмислености.

Повеќето од земјите во Европа или направија исклучоци<sup>166</sup>, или цврсто се држат до делот: "во рамките на можностите" од членот 7. Во овој поглед, веќе постојат забелешки упатени кон законите кои не дозволуваат посвоените деца да дознаат кој е нивниот биолошки родител.<sup>167</sup> Постојат многу критики за употреба на зборот родител во член 7, што е доста нејасен во значењето, дозволувајќи различни толкувања, а со тоа и инкорпорирање на сите можни родители (биолошки, генетски, фактички и правни).<sup>168</sup> Ограничувањето "во рамките на можностите" претпоставува дека може да има околности кои можат да го ограничат правото на детето да ги знае родителите, но

---

<sup>165</sup> Блаухоф наведува дека "правото на личноста" е заштитено во германскиот федерален Устав и во Основниот закон во членот 1 во согласност со член 2 I. Основите на правото да се знае потеклото, се изведени од "правото на информативно самоопределување" и тоа како аспект на ова право. "Правото на личноста", исто така се смета за основа на правото да се знае потеклото во Холандија (во Уставот на Холандија и во случајот Валкенхорст II од холандскиот касационен суд, 15 април 1994 година, NCJM-Билтен број 6, стр. 652), а во Португалија, од правото на личноста се изведува "правото на лична историја").

<sup>166</sup> За да се спречат контроверзиите што член 7 може да ги предизвика во врска со анонимни донори или во случаите на посвојување, неколку земји - Чешка, Полска и Луксембург - воведоа резерви. Видете Detrick S., 1999, стр. 154, *op. cit.*

<sup>167</sup> Видете Ziemele I., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 7 – The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the right to Know and Be Cared for by Parents*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, стр. 27 citing the CRC Committee, *Concluding Observations: Kazakhstan (Un Doc. CRC/C/15Add.213, 2003), Estonia (Un Doc. CRC/C/15Add.196, 2003)*.

<sup>168</sup> *Ibid.* од комуникацијата помеѓу Комитетот на КПД и земјите членки, како и од целите на КПД.

апсолутната забрана на правото да се знаат биолошките родители е во спротивност со целите на Конвенцијата.<sup>169</sup> Некои автори го реформулираа тој дел во "право да се знаат родителите во рамките на можностите"<sup>170</sup>, тврдејќи дека "вистината е секогаш подобра од лагата".<sup>171</sup> За други автори зборовите: "во рамките на можностите", треба да се однесуваат само на случаите во кои родителите се мртви, се откажале од детето или кога државните власти процениле дека родителската грижа не е во најдобар интерес на детето, бидејќи родителите или го малтретираат, или го занемаруваат детето.<sup>172</sup> Овие автори укажуваат дека товарот на докажување дека на детето ќе му биде подобро без родители (наспроти општиот принцип дека на детето му е подобро со двајца родители) треба да падне на државата.

Исто така, постои критика на неодреденоста во адресирањето на татковството и сродството во членот 8 од Конвенцијата. Мислењето е дека постои пропуст, земајќи во предвид дека оригиналниот предлог на членот е поднесен од Аргентина и е насочен кон зачувување на оригиналниот личен, правен и семеен идентитет на детето, а со тоа и односот на генетскиот родител со детето.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup>*Ibid.*

<sup>170</sup>McGee G., Brakman S.V., Gurmankin A.D., "Gamete Donation and Anonymity. Disclosure to Children with Donor Gametes should not be Optional", *Human Reproduction*, Vol. 16, Бр. 10, 2001, стр. 2033-2036.

<sup>171</sup>Trieseliotis J., "Identity and Genealogy", Bruce N., Mitchell A., Priestley K. (eds.), *Truth and the Child. A Contribution to the Debate on the Warnock Report*, Family Care, 1988.

<sup>172</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, стр. 109, *op. cit.*

<sup>173</sup>Hodgson D., "The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 7, Бр. 2, 1993.



Член 2 од Конвенцијата ги заштитува децата од дискриминација од секаков вид, без оглед на нивниот статус при раѓањето или статусот на нивните родители, или било кој друг статус. Ако ги прифатиме дефинициите за дискриминација<sup>174</sup>, останува дискутабилно дали "децата на новата ера" зачнати со помош на биомедицинската технологија ги поседуваат истите права како и децата зачнати преку сексуален однос, според законот кој ја штити анонимноста на донорите. Овие деца не се способни да го оспоруваат нивното родителство во граѓанска постапка и нивниот живот го живеат игнорантно во однос на нивното генетско потекло, исто како и во однос на нивниот личен идентитет.

Правото на детето да го знае своето генетско потекло и се позначајното право тоа да биде згрижено од страна на родителите што произлегува од правото на почитување на приватниот и семејниот живот ќе бидат обработени во посебна глава.

---

<sup>174</sup>Дискриминација како разликување, исклучување, ограничување или преференција, врз основа на прифатените основи, каде што целта е да се поништи или да го попречи признавањето, уживањето или практикувањето, на еднаква основа, на правата и слободите. Види Detrick S., *A Commentary on the United Nations Conventions on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, стр. 73.

#### **4. Конвенцијата од Овиедо, Универзалната декларација за човечкиот геном и човековите права и Универзалната декларација за биоетика и човекови права**

Конвенцијата за заштита на човековите права и достоинството на човечкото суштество во однос на примената на биологијата и медицината, исто така позната како Конвенција за човекови права и биомедицина или Конвенцијата од Овиедо беше изготвена од страна на Советот на Европа.<sup>175</sup> Ова беше прв правно обврзувачки меѓународен инструмент што ги постави начелата во областа на биоетиката и ги уреди последиците од развојот во био-медицинската наука врз човечките суштества.<sup>176</sup> Во таа смисла, Конвенцијата ги потврди принципите утврдени во УДЧП и ЕКЧП. Конвенцијата беше донесена врз основа на принципите на биоетиката: автономија, доверливост, бенефицијалност, немалициозност и правда.<sup>177</sup> Потеклото на овие принципи може да се лоцира во Извештајот од конференцискиот центар Белмонт (понатаму во текстот како Извештај од Белмонт) и активностите на Националната (Американска) Комисија за заштита на човечките субјекти во рамките на биомедицината и

---

<sup>175</sup> Потпишана во Овиедо, Шпанија во 1997, стапи на сила на 1ви декември 1999.

<sup>176</sup>Поспецијализиран и пионерски инструмент во врска со примената на БПО е Извештајот за вештачка заштита на човекот, а принципите се наведени во Извештајот на Ад хок Комитетот на експерти за напредокот во биомедицинските науки (САНВИ), 1989. Принципот 4 ја регулира информираната согласност, а принципот 13 ја регулира анонимноста и исто така овозможува флексибилност на националното законодавство да му обезбеди на детето пристап до информации во врска со начинот на зачувување, па дури и со идентитетот на донорот.

<sup>177</sup> Повеќе за принципите на Биомедицинската етика видете: Beauchamp T.L., Childress F.J., *Principles of Biomedical Ethics*, (fifth edition), Oxford University Press, 2001.

бихевиоралните науки помеѓу 1974 и 1978 година. Извештајот од Белмонт воспостави три принципи кои се користат како заеднички јазик во биоетиката од нејзиниот почеток<sup>178</sup>: почитување на лицата (да донесуваат информирани одлуки и превземаат активности коишто се гарантирани со можноста за информирана согласност), добробит (да ги заштитат од зло и да обезбедат благосостојба, што е гарантирано со проценката на ризиците и придобивките), и правда (во смисла на "еднаквите треба да се третираат еднакво" заштитени со поделбата на субјектите на две нивоа: индивидуално и општествено).<sup>179</sup> Целите на Конвенцијата од Овиедо, кои се дефинирани во членот 1, се: да се заштити достоинството и идентитетот на сите човечки суштества со истовремено гарантирање и почитување на нивниот интегритет и други права и основни слободи во однос на примената на биологијата и медицината, на секого и без дискриминација.

Конвенцијата од Овиедо требаше да се комплетира со помош на дополнителни протоколи кои се занимаваат со одредени аспекти од биоетиката. Вториот протокол од 2002 година се занимава со трансплантација на органи и ткива од човечко потекло, со експлицитен исклучок на органи и ткива за репродуктивни цели и ембрионални или фетусни органи и ткива.<sup>180</sup>

Конвенцијата поставува два вида на стандарди: 1) стандарди за воспоставување на индивидуалните права кои можат директно да се адресираат до националните судови, и 2)

---

<sup>178</sup> Jonsen A.R., *The Birth of Bioethics. An Historical Memoir of the origins and Evolution of Bioethics in the United States, 1947-1987*, Oxford University Press, 1998.

<sup>179</sup> Видете Gracia D., "History of Medical Ethics", ten Have H.A.M.J., Gordijn B. (eds.) *Bioethics in a European Perspective*, Kluwer Academic Publishers, 2001, стр. 17-50.

<sup>180</sup> Член 2 (3) од *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, Council of Europe, 2002.

стандарди за државите како нивна обврска да го донесат потребното законодавство и на тој начин да ги усогласат националните закони. Принципите утврдени во Конвенцијата имаа влијание во изготвувањето на други меѓународни документи со универзален опфат, како што се: Универзалната декларација за човечкиот геном и човековите права (УДЧГЧП - UDHGHR)<sup>181</sup> и Универзалната декларација на УНЕСКО за биоетика и човекови права (УДБЧП - UDBHR).<sup>182</sup> Заеднички договорените принципи врз кои се надградуваат наведените документи се: забрана за дискриминација и стигматизација врз основа на генетските карактеристики и индивидуалното генетско наследство;<sup>183</sup> еднаквост, правда и рамнопраавност, споделување на придобивките, пристап до научни и технички сознанија, како и еднаков пристап до здравствена заштита во согласност со медицинските потреби на лицето, особено за жените и децата;<sup>184</sup> информирана согласност, автономност во одлучувањето и индивидуална одговорност;<sup>185</sup> приватност и доверливост<sup>186</sup> како аспект од приватниот живот, како и право на информации за личното и семејното потекло.<sup>187</sup> Информираната согласност опфаќа "однапред информирана и

---

<sup>181</sup> Усвоена со акламација на 29тата Генерална конференција на УНЕСКО, 11ти Ноември 1997. Следната година, Генералното собрание на Обединетите нации ја одобри Декларацијата.

<sup>182</sup> Усвоена на Генералната конференција на УНЕСКО, 19 октомври 2005.

<sup>183</sup> Член 6 UDHGHR, член 11 UDBHR, член 11 од Конвенцијата од Овиедо.

<sup>184</sup> Член 10, 14 2.(a), и 15 UDBHR, член 3 од Конвенцијата од Овиедо.

<sup>185</sup> Член 5 and 6 UDBHR и член 5 од Конвенцијата од Овиедо.

<sup>186</sup> Член 9 UDBHR и член 7 UDHGHR.

<sup>187</sup> Член 10 од Конвенцијата од Овиедо. Овој концепт се користи во Извештајот за човечката вештачка инсеминација, а принципите се поставени во Извештајот на ад хок Комитетот на експерти за напредокот во биомедицинските науки (САНБИ), 1989. Принципот 4 ја регулира информираната согласност и Принципот 13 ја регулира анонимноста и исто така овозможува флексибилност на националното законодавство во обезбедување на информации на детето во врска со начинот на зачнување, па дури и за идентитетот на донорот.

слободна согласност на лицето кое презема терапевтска медицинска интервенција со можност да биде прекината од страна на засегнатото лице во секое време и од било која причина без да биде дискриминирано и без предрасуди".<sup>188</sup> Кога информираната согласност е дадена во услови на анонимност, доверливоста на личните податоци треба да се почитува и тоа со најголема заштита, како што е наведено во член 9 од УДБЧП: "приватноста на односните лица и доверливоста на нивните лични податоци треба да се почитуваат во најголема можна мера, таквите информации не треба да се користат или даваат за други цели освен за оние за кои се набавени или одобрени (...)".

Членот 10 од Конвенцијата од Овиједо ја потврди својата конзистентност со членот 8 од ЕКЧП (почитување на приватниот и семејниот живот), со што се овозможуваат рестрикции во однос на почитувањето на приватноста, на пример во случаи каде што судот наредува тест за да се идентификува и/или утврди врската на сродство, како исклучок и врз основа на принципот на заштита на правата на другите.<sup>189</sup> Иако Конвенцијата ја обработува можноста за правење на тестови со кои се предвидуваат генетски болести и се вршат исклучиво за здравствени цели, таа во својата прелиминарна работа исто така истакнува дека нејзината намера не е да се забранат тестовите кои се порачани од страна на судот во текот на кривичната постапка или тестовите за утврдување на татковството.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Член 6 УДБНР.

<sup>189</sup> *Ibid.* Член 10 (63) и (64).

<sup>190</sup> *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – "The White Paper"*, Committee of Experts on Family Law, 2006: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJFA\\_2006\\_4e%20Revised%20White%20Paper.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJFA_2006_4e%20Revised%20White%20Paper.pdf).  
стр. 20.

## **5. Европската конвенција за извршување на правата на децата (ЕКИПД) и Конвенцијата за контакт што се однесува на децата (ККД)**

Европската конвенција за извршување на правата на детето (ЕКИПД) и Конвенцијата за контакт што се однесува на децата (ККД) се занимаваат исклучиво со правата на децата во европски контекст, особено во областа на воспоставување на родителската улога, обемот на родителската одговорност, како и правото на детето да го контактира родителот и другите лица со кои е поврзано преку семејни врски. Во склоп на претходното, и двете конвенции се релевантни за анализа на развојот на регулативата која ги засега децата и родителите, а исто така и кога детето е зачнато со репродуктивни технологии што вклучува повеќе учесници во репродуктивниот и родителскиот проект. Некои автори беа разочарани од игнорантниот однос што го покажаа земјите-членки во однос на конвенциите, наместо истите веднаш да ги ратификуваат.<sup>191</sup> Критики исто така беа насочени кон механизмите за следење на почитувањето и постапувањето по Конвенциите во земјите-членки.<sup>192</sup> ЕКИПД - во членот 16 предвидува основање на Постојан комитет со цел мониторирање и анализа на проблемите во врска со Конвенцијата. ККД нема директен мониторирачки механизам, но постои обврска според членот 11 да го известува Генералниот секретар за секое назначување на централната власт.

---

<sup>191</sup> Lowe N., 2006, *op. cit.*

<sup>192</sup> *Ibid.* стр. 23.

ЕКИПД беше отворена за потпишување во 1996 година, а до сега е ратификувана од страна на мнозинството (28) од земјите-членки на Советот на Европа.<sup>193</sup> Сепак, се очекуваше Конвенцијата да оствари поширока ратификација. Причините за ова може да се лоцираат во неподготвеноста на државите да ги прифатат трошоците за исполнување во трите номинирани области на случаите кои го засегаат семејниот живот.<sup>194</sup> Сепак, се охрабруваат обидите за промоција, како и напорите за постигнување повеќе ратификации и пристапувања.<sup>195</sup>

Членот 1 (4) од Конвенцијата бара од државите пристапнички да "наведат пред судските власти барем три категории на случаи кои го засегаат семејниот живот за кои важи оваа Конвенција".<sup>196</sup> Оваа формулација може да биде предмет на критика, бидејќи овозможува различност на полето на нејзината примена дури и меѓу државите пристапнички.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup>European Convention on the Exercise of Children's Rights (ECECR), CETS Бр.160; погледнете на интернет: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=&DF=&CL=ENG>. Последен пат пристапено: 25.07.2013. Република Македонија ја потпиша Конвенцијата на 3.4.2001 и ја ратификуваше на 15.01.2002. Конвенцијата влезе во сила на 1.10.2002

<sup>194</sup>Killerby M., "The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)", Lowe N., Douglas G. (eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, стр. 25.

<sup>195</sup>*Op. cit.* Lowe N., 2006, стр. 32.

<sup>196</sup>Во врска со ова, Република Македонија изјави дека "Конвенција ќе се применува на следните категории од семејното право: постапките за посвојување, случаите кои се однесуваат на старателството на децата, постапките за одлучување за чување и воспитување на деца и постапките за утврдување на родителските односи (татковство и мајчинство), како и во постапките кога родителските врски се оспоруваат ". Видете на интернет: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=160&CM=&DF=&CL=ENG&VL=1>.

<sup>197</sup> Lowe, N., 2006, стр. 14, *op.cit.*

Суштинскиот дел на Конвенцијата е значаен во три главни области: (1) процедуралните права на децата; (2) улогата на судските власти (во консултација со детето во соодветните случаи, дозволувајќи им на децата да ги изразат своите погледи и почитување на истите, одговорноста за брзо постапување и назначување на специјален застапник на детето во случаите во кои постои конфликт помеѓу интересите на детето и интересите на родителите); и (3) улогата на застапниците.<sup>198</sup>

Родителите се сметаат за “носители на родителските одговорности”, а не за “вршители на родителското право” нагласувајќи педоцентричен пристап.<sup>199</sup> Терминот се однесува не само на родителите кои се овластени да ги вршат родителските одговорности во целост или делумно, но исто така и на другите лица или органи кои одлучуваат во постапки што ги засегаат интересите на децата.

Членот 3 го регулира правото на детето да биде информирано и да ги изрази своите размислувања, вклучувајќи ги следните права: добивање на сите релевантни информации, консултирање и изразување на своите ставови, информирање за можните последици од тие ставови, како и можните последици од било која одлука. Извештајот за појаснување на Конвенцијата аргументира дека овој член исто така го вклучува и правото на детето да добие потребни

---

<sup>198</sup>*Ibid.*

<sup>199</sup>Член 2 од ЕКПД



информации дури и ако тоа не ги побара.<sup>200</sup> Ова може да се примени во случаите на посвојување или кога детето е зачнато со донација на генетскиот материјал во поглед на информациите за потеклото или начинот на зачнувањето.

Членот 7 од Конвенцијата ја утврдува должноста на националните власти да постапуваат брзо во постапки кои се однесуваат на детето, со цел да се избегне непотребното одложување и извршувањето на одлуките.

Конвенцијата за контакт што се однесува на децата (ККД) потекнува од препораката на Третата Европска конференција за семејните закони "Законот за семејство во иднината", што се одржа во Кадиз, Шпанија во 1995 година. ККД се гради врз темелите поставени порано во КПД (особено членот 9 кој го промовира правото на детето да одржува лични односи и непосредни контакти со двајцата родители) и горенаведените членови од ЕКИПД. ККД беше отворена за потпишување во 2003 година и е моментално ратификувана од 18 земји-членки на Советот на Европа.<sup>201</sup>

Конвенцијата го надминува препознавањето на потребата на децата да можат да контактираат со двајцата родители, промовирајќи исто така контакт и со други лица со кои децата се поврзани преку "семејни врски". Оваа категорија ги вклучува родителите на родителите,<sup>202</sup> како и браќата и

---

<sup>200</sup>*Explanatory Report on the European Convention on the Exercise of Children's Rights*. Достапен на интернет на: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/160.htm>.

<sup>201</sup>*Convention on Contact concerning Children*, CETS Бр.: 192.

<sup>202</sup>Видете ја на пример одлуката на ЕСЧП во случајот *Scozzari and Giunta v. Italy*, European Court of Human Rights, Бр. 39221/98, 41963/98, пресуда од

сестрите – сродници по закон или по *de facto* семејни врски.<sup>203</sup> Новина на Конвенцијата е дека таа не се однесува само на роднини или други членови на семејството признаени од страна на националните закони, но исто така ја овозможува можноста и други "законски непризнаени" членови на семејството да имаат контакт со детето под заштитата на *de facto* семеен живот.<sup>204</sup>

Националните власти имаат слобода во определувањето на лицата кои можат да бидат легално признаени како родители или како лица кои имаат семејни врски со детето, одлучувањето што е во најдобар интерес на детето, кога детето се смета дека има доволно разбирање и кога тоа треба да се согласи за воспоставувањето на контакти со родителите.<sup>205</sup> Членот 2 од Конвенцијата го дефинира значењето на терминот „контакт“ што се користи во три различни форми: (1) директен („личен“, контакт лице-во-лице), (2) индиректен (контакт на далечина преку телефон, писма, електронска пошта, итн.), и контакт на ниво на информации (на пример, испраќање на скорешни фотографии, медицински извештаи, итн.).<sup>206</sup>

---

13.07.2000 во која Судот препознава дека семејниот живот како што е предвидено во член 8 од ЕКЧП ги вклучува и врските меѓу баби и дедовци и внучите.

<sup>203</sup>Член 2 (d) ЕССС.

<sup>204</sup>Квалифицирањето за постоење на семеен живот помеѓу родителите и децата исто така беше доведено во прашање од Најцел Лоу под претпоставка дека детето е родено надвор од брак додека интересот на таткото и неговата посветеност отсутуваше. Види Lowe N., 2009, стр. 8, *op. cit.*

<sup>205</sup>Lowe N., 2006, стр. 7, *op. cit.*

<sup>206</sup>Видете *Explanatory Report on the Convention on Contact concerning Children.*

Извештајот за појаснување на Конвенцијата дозволи националните држави да дефинираат свое значење на терминот "семејни врски". Ова би можело исто така да вклучува *de facto* семејни односи (лица кои живеат во исто домаќинство, во сегашноста или живееле во минатото - на пример поранешни старатели, други роднини<sup>207</sup>, сопружник на брачен другар или поранешен сопружник кој не е родител на детето или лице кое кохабитирало со родителот и детето.<sup>208</sup> Фразата "постоење на семејни врски" е преземена од ЕСЧП и се користи во повеќето случаи да се направи разлика помеѓу семејниот живот врз основа на вонбрачни наспроти брачни односи. Сепак, целта на овој термин е да се признае прифаќањето на други фактори освен правните кои можат да индицираат дека семејната врска всушност постои и дека на тој начин истата е конститутивна.

Можноста за правење на специфични аранжмани за доделување на контакти на повеќе лица не е само дозволена туку и се охрабрува во Конвенцијата.<sup>209</sup> Според судската пракса на ЕСЧП, земјите-членки имаат обврска да го олеснат остварувањето на правата "на пресметан начин за да овозможат нормално развивање на односите помеѓу лицата".<sup>210</sup> И покрај тоа што се дава приоритет за контактирање на законски признатите родители, и другите лица кои имаат *de facto* (не правни) семејни врски исто така

---

Достапен на интернет на:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm>.

<sup>207</sup> Видете го на пр случајот на *Boyle v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 15680/90, пресуда од 28.02.1999. Судот ја сметаше апликацијата на чичкото да контактира со својот внук прифатлива и предмет на процедурална заштита под чл 8, *параграф 2* од ЕКЧП.

<sup>208</sup> *Explanatory Report of the Convention on Contact concerning Children*.

Достапен на интернет на:

<http://www.conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/HTML/192.htm>.

<sup>209</sup> *Ibid.* стр. 8.

<sup>210</sup> *Ibid.* стр. 11.

имаат право да аплицираат ако тоа е во согласност со најдобрите интереси на детето.<sup>211</sup> Овој контакт треба да биде одобрен од родителите и децата (доколку имаат доволно разбирање). Во склоп на ова, судските власти не треба да го одбијат барањето за контакт, доколку постои *de facto* семеен живот со детето, туку треба да ги земат во предвид и најдобрите интереси на детето при доделувањето на право на контакт.

Во однос на капацитетот на детето да формира мислење и да ги изразува сопствените ставови, земјите-членки се оставени сами да ги дефинираат областите во кои тоа би било од значење. Правото на детето да биде информирано и да ги искаже своите ставови е регулирано во членот 6 од Конвенцијата следејќи ги членовите 3 и 6 на ЕКИПД. Судските власти на секоја земја-членка имаат обврска да им овозможат на децата да бидат информирани, консултирани и да ги изразат нивните ставови, иако земјата членка не е обврзана на соодветна законска регулатива. Напротив, судската власт треба да ја донесе конечната одлука врз основа на околностите и она што се смета дека е во најдобар интерес на детето. Родителите од друга страна, пак, имаат обврска да му го овозможат на детето остварувањето на правото на контакт со другиот родител или другите лица со кои може да формира семејни врски. Ова го издигнува правото на контакт на детето на ниво на основно право со приоритет во однос на можните желби на родителите да наметнат пречки за негово остварување.<sup>212</sup>

Се повеќе во националните законодавства се овозможуваат контакти со трети лица кои не се биолошки поврзани со детето, доколку тоа е во нивен најдобар

---

<sup>211</sup>*Ibid.* стр. 11.

<sup>212</sup>*Ibid.* стр. 13.

интерес.<sup>213</sup> Некои правни системи ги именуваат овие „не-генетски“ и „не-правни“ родители како лица со кои постои „социо-семејна“ врска<sup>214</sup>, додека други ги нарекуваат лица кои биле „in loco parentis“<sup>215</sup> (родители на место на родителите). Целта на правото на контактирање е да се потврдат и одржуваат односите со лицата со кои детето развило значајна емотивна врска, како начин за изедначување на семејната реалност со генетскиот критериум за бивање на родител. Поради фактот што правното сродство беше претежно втемелено во крвното сродство низ историјата, прифаќањето на важноста на фактичката реалност и нејзиното интегрирање во правниот систем се развива постепено.<sup>216</sup> Како такво, постои растечка тенденција да се категоризира правото на контактирање како право на детето, а не првенствено како право на родителите. Така, денес во многу законодавства желбите на детето се одлучувачки за реализацијата на правото на контакт (дури некогаш и спротивно на желбите на родителите).<sup>217</sup> Во некои случаи децата дури имаат и право на вето на одлуките на нивните родители во врска со остварувањето на правото на контакт.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup>Под различни околности и услови, ова е присутно во легислативата на Австрија, Белгија, Велика Британија, Холандија, Србија и Швајцарија. Види Schwenzer I., „Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11. 3, 2007, стр. 24. Интернет верзија: <http://www.ejcl.org/113/article113-6.pdf>, стр. 17.

<sup>214</sup>На пример во Германија. *Ibid.*

<sup>215</sup>На пример во Ирска. *Ibid.*

<sup>216</sup>На пример види *Görgülüv. Germany*, 74969/01[2004] ECHR 89 (26 Февруари 2004), *FamPra.ch* 2005, 93 et seq. *Ibid.* стр. 17 и 18.

<sup>217</sup>*Ibid.*, Однесувајќи се на законодавството на Белгија, Канада, Данска и Швајцарија.

<sup>218</sup>*Ibid.*, Однесувајќи се на законодавството на Австрија (14 години) и Холандија (12 години).



## **IV. Судска пракса на Европскиот суд за човекови права**

Во европска правна рамка (меѓу земјите-членки на Советот на Европа) а во сферата на правото на засновање семејство, приватниот и семејниот живот, воспоставувањето на правно родителство, родителските одговорности и правата на децата, неколку правни извори се сметаат како основни. Примената на меѓународните конвенции од областа на човековите права и Европската конвенција за човекови права од Европскиот суд за човекови права се особено битни на нормативно и применето ниво. Така, во понатамошниот тест ќе биде направена екстракција на судската пракса во следните области: (1) репродуктивни права - правото на засновање на семејство за а) партнери (право на пристап до БПО и право на донирање сперма и јајце клетки) и за б) поединец (дивергентни интереси во репродуктивниот избор и употреба на БПО помеѓу лице кое е дел од партнерство и правото на само лице да заснова семејство со посвојување); (2) родителски права - утврдување и оспорување на правното родителство втемелено во брачната претпоставка, надвор од брак и за донор на сперма; и (3) права на детето - правото на информации во врска со генетското потекло и право детето да биде одгледано од страна на двајцата родители.

Регулативата Брисел II Бис што се занимава со семејното право и речиси сите граѓански прашања поврзани со утврдување, извршување, делегирање, ограничување и престанок на родителската одговорност ќе бидат исклучени од

текстот, поради тоа што членот 3 (1) експлицитно го ограничува опсегот на примена за прашањата на утврдување или оспорување на односот родител-дете.<sup>219</sup>

## **1. Осврт кон меѓународните конвенции од страна на Европскиот суд за човекови права**

ЕСЧП ја препозна неопходноста дека правилата кои потекнуваат од ЕКЧП "не можат да се толкуваат и применуваат во вакум". Напротив, тие мора да се толкуваат преку интеграција и усогласување на меѓународните конвенции, особено имајќи го во предвид посебниот карактер на Конвенцијата како договор за човековите права.<sup>220</sup>

Во областа на примената на членот 8 од ЕКЧП за приватниот и семејниот живот помеѓу родителите и децата, Судот главно се повикуваа на Конвенцијата за правата на детето, како и на Хашката конвенција за граѓанските аспекти на меѓународното киднапирање на деца<sup>221</sup> и Хашката конвенција

---

<sup>219</sup>*Council Regulation (EC) No 2201/2003 од 27ми Ноември 2003 во однос на Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility repealing Regulation (EC) No. 1347/2000.*

<sup>220</sup>*Loizidou v. Turkey*, European Court of Human Rights, No. 15318/89, judgment of 18.09.1996.

<sup>221</sup> Видете ги на пример случаите: *Ignaccolo-Zemide v. Romania*, European Court of Human Rights, No. 31679/96, со пресуда на 25.01.2000; *Mauousseau and Washington v. France*, European Court of Human Rights, No. 39388/05, со пресуда на 06.12.2007;



за заштита на децата и соработка во однос на меѓународното посвојување.<sup>222</sup>

Во однос на КПД и неговото дополнително толкување на член 8 од ЕКЧП, Судот се изјасни во голем број на случаи.

Во случајот Пини и другите против Романија (*Pini and Others v. Romania*)<sup>223</sup>, иако Судот повтори дека односот помеѓу посвоителите и посвоените деца треба да се третира исто како и односите во семејство засновано со раѓање и како таков треба да биде заштитен според член 8 од ЕКЧП, тој не најде повреда толкувана во контекст на КПД. Аргументите на Судот беа втемелени во фактот дека романските судови дале приоритет на најдобриот интерес на детето во однос на барањето на тужителите да го остварат правото да создадат семејни врски со посвоените деца. Романските власти ги земале во предвид мислењата на децата кога го отфрлиле

---

*Maire v. Portugal*, European Court of Human Rights, No. 48206/99, со пресуда на 26.06.2003;

*Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, European Court of Human Rights, No. 41615/07, со пресуда на 06.07.2010;

*Monory v. Romania and Hungary*, European Court of Human Rights, No. 71099/01, со пресуда на 05.04.2005;

*Karadzic v. Croatia*, European Court of Human Rights, No. 71099/01, со пресуда на 05.04.2005;

*X v. Latvia*, European Court of Human Rights, No. 27853/09, со пресуда на 13.12.2011;

*Bianchi v. Switzerland*, European Court of Human Rights, No. 7548/04, со пресуда на 22.06.2006;

*Morfis v. France*, European Court of Human Rights, No. 10978/04, со пресуда на 12.04.2007.

<sup>222</sup> Видете го на пример случајот *Pini and Others v. Romania*, European Court of Human Rights, No. 78028/01 и 78030/01, со пресуда на 22.06.2004.

<sup>223</sup> *Pini and Others v. Romania*, European Court of Human Rights, No. 78028/01 и 78030/01, со пресуда на 22.06.2004.

посвојувањето и најдобрите интереси на децата во однос на правото на тужителите да засноваат семејство. Во објаснувањето на Судот, правото на приватен и семеен живот на тужителите беше соборено со примена на стандардот на најдобрите интереси на децата од КПД.

Во случаите на Морфис, Грција против Франција (*Morfis, Greece v. France*)<sup>224</sup>, и Момусо и Вашингтон против Франција (*Maumousseau and Washington v. France*)<sup>225</sup>, Судот утврди прекршување на членот 8 ЕКЧП заедно со членовите 3 и 13 од Хашката конвенција за граѓанските аспекти на меѓународното киднапирање на деца кои што беа толкувани во контекст на членот 3 од Конвенцијата. ЕСЧП го ограничи старателското право на другиот родител да биде со детето поради фактот што националните француски власти (каде што детето беше згрижено) ги истакнаа најдобрите интереси на детето како примарна определба. Во првиот случај, Судот ги потврди одлуките на француските власти со оглед на времето поминато со двата родители и раната возраст на детето при донесувањето на одлуката, и со тоа, ги зема во предвид најдобрите интереси на детето. Исто така, Судот ја зема во предвид Препораката 874 (1979) на Парламентарното собрание на Советот на Европа и Европската Повелба за правата на детето промовирајќи како општ принцип дека "... децата не треба да се сметаат за сопственост на нивните родители, туку треба да бидат признаени како индивидуи со свои права и потреби (...) ". Во вториот случај, најдобриот

---

<sup>224</sup>*Morfis v. France*, European Court of Human Rights, No. 10978/04, со пресуда на 12.04.2007.

<sup>225</sup>*Maumousseau and Washington v. France*, European Court of Human Rights, No. 39388/05, со пресуда на 06.12.2007.

интерес на детето беше протолкуван во контекст на начелото дека детето не треба биде одвоено од мајката и нејзиното семејство со кое веќе имало воспоставено семејни односи наспроти "загриженоста за ефикасна реставрација на улогата на таткото".

Во случајот на Харуџ против Франција (*Harroudj v. France*)<sup>226</sup>, Судот не утврди прекршување на членот 8 ЕКЧП протолкуван од аспект на КПД, аргументирајќи дека исламската *кафала* е "алтернативна грижа" во споредба со посвојувањето, но е слична со старателството. Судот не идентификува семејни односи помеѓу жената и детето од институтот *кафала* и ја потврди одлуката на француските власти кои го одбија посвојувањето на алжирското дете. Затоа, постојното социјално згрижување кое што имитираше одредени семејни односи не беше прифатено како основа за заштита на приватниот и семејниот живот на тужителот. Судот, исто така, афирмираше дека француските власти не го дозволиле посвојувањето поради одредбите во францускиот Граѓански законик кои дозволуваат посвојување само доколку тое е во согласност со националното законодавство на земјата на потекло на детето, што не беше случај со Алжирското законодавство. Судот сметаше дека француските власти направиле праведен баланс помеѓу јавниот интерес за заштитата на културниот плурализам и почитување на приватниот и семејниот живот. Рамнотежата се постигна со одобрување на децата од различни националности да ги задржат врските со законите на нивната земја на потекло, а во

---

<sup>226</sup>*Harroudj v. France*, European Court of Human Rights, No. 43631/09, со пресуда на 04.10.2012.

исто време, го поттикна брзиот пристап до добивање на француска националност, што би им овозможило идно посвојување.

Спротивно на претходниот случај, Судот утврди повреда при толкувањето на член 8 во контекст на КПД во голем број на други случаи.

Во случајот на Мер против Португалија (*Maire v. Portugal*), Судот ги „обвини“ португалските власти дека не успеале да го заштитат правото на родителот за повторно обединување со детето и исто така не успеале да ја спроведат судската одлука за утврдување на старателство на детето донесена во Франција.<sup>227</sup> Потпирајќи се на член 8 од Конвенцијата, тужителот од француска националност се жалел на неактивноста и небрежноста на португалските власти во спроведувањето на веќе донесена судска одлука за доделување на старателство на неговото дете кое било киднапирано од мајката. Судот, како и во претходните случаи, потврди дека во прилог на обединување на детето со неговите родители, случајот треба да се гледа низ призмата на ЕКЧП и Хашката конвенција за граѓанските аспекти на меѓународното киднапирање на деца. Сепак, одлуката на Судот беше поразлична од претходните случаи, со аргументација дека португалските власти не ги презеле сите очекувани чекори за да ги спроведат одлуките на француските судови и да дозволат старателство на таткото. Таквата небрежност се смета за несоодветна, особено во постапките за старателство кои би

---

<sup>227</sup>*Maire v. Portugal*, European Court of Human Rights, No. 48206/99, со пресуда на 26.06.2003

требало итно да се разрешат како не би предизвикале оддалечување на односите помеѓу детето и родителот од кого било киднапирано. ЕСЧП едногласно утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП поради долгиот период на справување со постапката од португалските власти, која ги загрози најдобрите интереси на детето и предизвика околности кои што беа уште потешки за подносителот на барањето повторно да се обедини со своето дете.

Сличен случај е случајот на Монори против Романија и Унгарија (*Monory v. Romania and Hungary*)<sup>228</sup> во кој Судот утврди повреда на членот 6 (1) и 8 од ЕКЧП. Поради тоа што овој случај се однесуваше на меѓудржавен старателски спор, Судот го опсервираше низ призмата на Конвенцијата, утврдувајќи дека најдобрите интереси на детето, а исто така и Хашката конвенција за граѓанските аспекти на меѓународното киднапирање на деца, не беа земени во предвид од романските судови во правец на преземање на соодветни мерки за обединување на родителот со детето. Судот повтори дека случаите на старателство бараат итноста во постапката, поради тоа што допуштањето на голема временска празнина со текот на времето може да предизвика непоправливи последици за односот родител-дете, имајќи ја во предвид младата возраст на детето. Затоа, Судот го утврди неуспехот на дел од романските власти да го водат случајот со должно внимание во поглед на неговата итноста и најдобрите интереси на детето. Како резултат на тоа, правото на приватен и семеен живот на тужителот, исто така, беа повредени.

---

<sup>228</sup>*Monory v. Romania and Hungary*, European Court of Human Rights, No. 71099, 01, со пресуда на 05.04.2005.

Во случајот на Емоне и другите против Швајцарија (*Emonet and Others v. Switzerland*),<sup>229</sup> Судот утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД. Во овој случај станува збор за обид на партнерот на мајката (Роналд Емоне) да ја посвои нејзината ќерка Изабел во текот на нивниот заеднички живот во траење од шест години и во услови на починат генетски татко. И покрај тоа што тужителите (Роналд Емоне, мајката Маријаник Фуше и ќерката Изабел) упатувале на постоење на семејни врски на Роналд со Изабел, посвојувањето беше условено со престанок на родителско - правните врски на мајката со нејзиното дете. Според кантонските норми и член 267 од Швајцарскиот Граѓански законик, постојните родителски врски не дозволуваа посвојување од страна на лице кое има статус на “партнер на мајката”, за разлика од она со статус “брачен другар на мајката”. ЕСЧП смета дека регулатива од таков вид се меша во правото на почитување на приватниот и семејниот живот. Судот, исто така, смета дека барањето за брак со цел да се олесни посвојувањето на партнерот спрема неговата паштерка, не е во согласност со суштината и значењето на членот 8, кој ги дозволува семејните врски без оглед на брачната или вонбрачната природа на односот помеѓу партнерите. Затоа Судот испитуваше дали тогашното мешање следеше легитимна цел и дали беше неопходно во едно демократско општество. И покрај тоа што Судот ја призна посебноста на ситуацијата, тој исто така го утврди неуспехот на швајцарските власти да ја прифатат постојната биолошка и фактичка реалност. Таквиот неуспех неправедно го попречуваше приватниот и семејниот живот на тужителите, кои имаа за цел да ја трансформираат општествената реалност во правен факт.

---

<sup>229</sup>*Emonet and Others v. Switzerland*, European Court of Human Rights, No. 39051/03, со пресуда на 13.12.2007.

## **2. Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) и нејзиниот праг на толерантност во сферата на почитување на приватниот и семејниот живот**

Концептот на "маргина на почитување/праг на толерантност" (Margin of appreciation) на ЕСЧП ја означува флексибилната рамка на просторот за маневрирање во која националните власти ги применуваат своите обврски според ЕКЧП.<sup>230</sup> Концептот има за цел да го балансира суверенитетот на земјите-членки со превземените обврски од Конвенцијата, додека улогата на Судот е арбитерна помеѓу државите и нивните граѓани.<sup>231</sup> Принципите според кои концептот функционира се: (1) ефикасна заштита (приоритет е ефикасно да се заштитат човековите права, а не да се наметнат обврски на земјите-членки<sup>232</sup>) и (2) супсидијарност и прегледност (државата треба сама за себе да одлучи за соодветноста на националната регулатива<sup>233</sup>, додека ЕСЧП само ревидира дали таа останала во дозволените граници и на тој начин соодветно ги штити човековите права<sup>234</sup>). Некои автори ја критикуваат преголемата улога на принципот на супсидијарност, тврдејќи дека ЕСЧП треба да толкува врз основа на рационална и строга контрола во европски контекст, бидејќи неговите одлуки ја

---

<sup>230</sup> Greer S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000, стр. 5.

<sup>231</sup> Fenwick H., *Civil Liberties and Human Rights*, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, стр. 34-37.

<sup>232</sup> Van Dijk, Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 1998, стр. 74.

<sup>233</sup> Clayton R., Tomlinson H., *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000, стр. 285.

<sup>234</sup> Schokkenbroek J., "The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, Бр. 30-31, 1998.

поставуваат европската хиерархија на вредности, кои не треба да се разликуваат од држава до држава.<sup>235</sup> На овој начин, за членовите на Советот на Европа, Судот треба да остане водич и да не дозволи прекумерна употреба на маргината на почитување во области на конфликт помеѓу основните права.<sup>236</sup> И покрај тоа, многу често се вклучени чувствителни национални прашања, што ја прави проценката на одредени права политичка одлука; принципот на супсидијарност мора да биде резултат на рационално истражување наместо правен магичен круг.<sup>237</sup>

Можните мешања во правата гарантирани под заткрила на Конвенцијата секогаш се оценуваат на база на поединечен случај, препознавајќи ја разновидноста на околности кои додаваат различна вредност на различни случаи. Поради тоа, маргината на почитување може да значи граници само во конкретни случаи.<sup>238</sup> Националните регулативи на државите мора да задоволат неколку критериуми за да се квалификуваат во границите на дозволени повреди на Конвенцијата.<sup>239</sup>

Првиот критериум е постоење на закон во националниот правен систем кој ќе ги направи последиците прецизни и јасни а информациите достапни за граѓаните да ги водат своите дела. Во однос на ова, членот 12 од Конвенцијата

---

<sup>235</sup> Marauhn T., Ruppel N., "Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court", стр. 246 and 247, Brems E. (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008. See also Lester L. Herne H. Q.C., "Universality v. Subsidiarity: A Reply", *European Human Rights Law Journal*. Vol. 3, Бр. 1, стр. 73-81, 1998.

<sup>236</sup> *Ibid.* Marauhn T., Ruppel N., стр. 246.

<sup>237</sup> *Ibid.* Marauhn T., Ruppel N., стр. 247.

<sup>238</sup> Lavender N., "The Problem of the Margin of the Appreciation", *European Human Rights Law Review*, Бр. 4, 1997, стр. 382.

<sup>239</sup> Видете *The Margin of Appreciation*, Council of Europe:

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/chr/paper2\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/chr/paper2_en.asp).



овозможува широко толкување на правото да се склучи брак и да се заснова семејството, ако тоа е во согласност со национално пропишаното законодавство, кое предвидува: "мажи и жени на возраст која е определена за стапување во брак имаат право да склучат брак и да засноваат семејство, во согласност со националните закони со кои се регулира остварувањето на ова право."

Вториот критериум е дека отстапувањата од нормите треба да имаат легитимна намера и цел, зајакната со барањата на нивна неопходност во едно демократско општество. Во однос на ова, член 8 од Конвенцијата овозможува отстапувања од правото на почитување на приватниот и семејниот живот, наведувајќи дека иако "секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот [...]" без мешање од страна на јавната власт, ова е дозволено само доколку "е во согласност со законот и е неопходно во едно демократско општество, во интерес на националната безбедност, јавната сигурност или економската благосостојба на земјата, за спречување на нереди и криминал, заштита на здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на другите". Оваа формулација експлицитно ја опишува тензијата меѓу балансирањето на индивидуалните наспроти колективните права<sup>240</sup> и отвора простор за маневар во маргината на почитување дури и повеќе, изведува став дека правото на почитување на приватниот и семејниот живот е далеку од тоа да биде апсолутно право.

---

<sup>240</sup>Ostrovski A.A., "How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimizes International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review*, Vol. 1, Бр. 1, 2005, стр. 50.

Третиот критериум бара ограничувачките норми да се пропорционални (да имаат разумна пропорционалност помеѓу целите кои се стремат да ги постигнат во интеракција со Конвенцијата и средствата кои се користат).<sup>241</sup> Ова значи дека не треба автоматски да се оправдаат ограничувањата во законот доколку тие не се поврзани со остварувањето на нормативните цели.<sup>242</sup> Во овој контекст, членот 6 од Конвенцијата наметнува позитивна обврска на државите да обезбедат право на пристап до судовите за граѓански и кривични работи. Сепак, судот исто така призна дека правото не е апсолутно, особено ако неговите ограничувања се во согласност со легитимна намера, воспоставувајќи пропорционален однос меѓу средствата кои се користат и целите што треба да се постигнат. Исто така, ограничувањата на правото на пристап до судот, а со тоа и поголема флексибилност во маргината на почитување се дозволени во граѓанските предмети кога авторитетот на националниот суверенитет е поголем во споредба со кривичните предмети.<sup>243</sup> Дури и член 14 (како генерална забрана за дискриминација, меѓу другите основи и врз основа на раѓањето или друг статус), сам или во комбинација со член 6 (1) (како право на правично судење) може да биде повреден во случаи на воспоставување на татковство во однос на децата родени преку БПО, доколку националниот морален стандард

---

<sup>241</sup> Видете *op. cit.* Clayton R., Tomlinson H., 2000, стр.278.

<sup>242</sup>Storrow R., "The Pluralism Problem in Cross-Border Reproductive Care", *Human Reproduction*, Vol. 25, Бр. 12, 2010, стр. 2939-2943.

<sup>243</sup> Видете *Golder v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, No. 4451/70, пресуда на 21.02.1975; *Bellet v. France*, European Court of Human Rights, No. 23805/94, пресуда на 04.12.1995; *Z and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, No. 29392/95, пресуда на 10.05.2001.

промовира анонимност на донорот и го штити фактичкото татковство на претпоставениот татко. Релевантен фактор за толкување на одреден дискриминирачки чин е да се спореди дали истиот тој чин се смета за таков и во другите демократски општества.<sup>244</sup> Забраната за дискриминација, исто така, го има предизвикот да ги балансира индивидуалните права и правата на заедницата. Судската пракса на ЕСЧП разликува две категории: *разлика* и *дискриминација*, апелирајќи дека ако постои основана и објективна основа за различен третман, тоа не значи дека тој е дискриминирачки сам по себе.<sup>245</sup>

Човековите права во областа на приватниот и семејниот живот отсекогаш се сметале како, од една страна, универзални или фундаментални, а од друга страна, права од субјективна природа, дозволувајќи им слобода на националните законодавства да одлучат како ќе ги регулираат. Тие, во областа на семејното право се заштитени со членот 8 - како право на почитување на приватниот и семејниот живот; членот 12 - како право на склучување на брак и засновање на семејство; членот 14 - како општ принцип на заштита од дискриминација; и членот 6 (1) како право на пристап до граѓанските судови за решавање на семејни спорови, меѓу другото, исто така и во постапки за утврдување на родителството. Сепак, секоја држава има сопствен систем за регулирање на семејниот живот, правото на брак,

---

<sup>244</sup>Видете исто *Runke and White v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 42949/98, пресуда на 10.05.2007; *Rasmussen v. Denmark*, European Court of Human Rights, Бр. 8777/79, пресуда на 28.11.1984. Судот, исто така, тука го примени европскиот консензуален стандард, повикувајќи се на начинот на кој ова прашање е регулирано во другите земји-членки, како релевантен фактор за толкување на дискриминацијата.

<sup>245</sup>*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, European Court of Human Rights, Бр. 2126/64, пресуда на 23. 06. 1968.

критериумите за (не)дискриминација, па дури и критериумите за утврдување на родителството, со што се промовира свој посебен национален морал. Почитувањето на разликите помеѓу земјите членки понекогаш е во судир со заштитените човекови права.<sup>246</sup> Европскиот стандард на консензус ги поставува границите на маргината широко доколку споредбено, повеќе национални законодавства повредуваат некои од основните човекови права во сферата на семејниот живот (сметајќи дека на тој начин постои консензус за повредата). Просторот за повикување на овој стандард може особено да се манифестира, па дури и манипулира во областа на семејниот живот. Европскиот стандард на консензус беше критикуван поради тоа што може да се претвори во алатка за „аминување“ на повредите на човековите права.<sup>247</sup> Од друга страна, овој стандард исто така се фаворизира како алатка која овозможува евалутивно толкување на ЕСЧП, на начин на којшто се прави рамнотежа помеѓу развојот и стабилноста.<sup>248</sup>

Маргината на почитување е флексибилен систем на "проверка и рамнотежа", но не на начин на којшто укажува Монтескје - помеѓу различни органи во државата, туку помеѓу поширокото европско ниво на индивидуи, држави и ЕСЧП. Три фактори се издвојуваат како водечки принципи кога се дозволени можни повреди на Конвенцијата: (1) Европскиот стандард на консензус, како споредба на регулативите меѓу

---

<sup>246</sup> Случајот Маркс против Белгија се однесува на вонбрачна ќерка со правен статус на малолетник во Белгија. Судот забележа дека разликата помеѓу "легитимни" и "нелегитимни" деца беше оценета како дозволена и нормална во многу европски земји, поддржувајќи го развојниот пат кон нивно целосно признавање како еднакви.

<sup>247</sup> Helfer L.R., Consensus, "Coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, Бр 133, 1993, стр. 133-165.

<sup>248</sup> Dzehtsiarou K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, Vol. 12, Бр. 10, 2011, стр. 1730-1745.

земјите-членки; (2) природата на правото (апсолутен или релативен карактер); и (3) целта која треба да се постигне со односната мерка донесена од страна на државата.<sup>249</sup>

Во областа на спорните морални вредности, како оние во делот на БПО и семејниот живот, маргините на почитување се особено флексибилни.<sup>250</sup>

### **3. Судска пракса во областа на репродуктивните права и правото на засновање на семејство**

#### **3.1. Репродуктивното право на партнери**

##### **3.1.1. Право на пристап до биомедицински потпомогнато оплодување за партнери**

Во случајот на Диксон против Велика Британија (*Dickson v. United Kingdom*),<sup>251</sup> беше потврдено правото на пристап до технологиите на БПО за затвореник и неговата сопруга што е заштитено со член 8 и член 12 од ЕКЧП. На Кирк Диксон, затвореник осуден за убиство со 15-годишна казна затвор, не му беше дозволен пристап до БПО од државните

---

<sup>249</sup>*The Margin of Appreciation, op.cit.*, Council of Europe.

<sup>250</sup>Van Hoof, Pennings G., "Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care. The Issue of Legal Diversity", *European Journal of Health Law*, Vol. 19, Бр. 2, 2012, стр. 1-14.

<sup>251</sup>*Dickson v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 00044362/04, пресуда на 04.12.2007.

власти на Велика Британија по три основи: (1) затворот ја исклучува можноста тој да зачне дете; (2) јавната доверба во системот ќе биде доведена во прашање доколку на затворениците им е дозволено да зачат дете; и (3) последиците од зачнувањето на дете со отсутен родител се против интересите на самото дете. ЕСЧП ги отфрли првите две основи, аргументирајќи дека неможноста да зачне дете не треба да биде нужна последица на казната затвор и дека рехабилитациските цели на затворската установа треба да се запазат, но во исто време, треба да се поддржи и довербата на јавноста во казнено-правниот систем. Затоа, повредата на правото на почитување на приватниот и семејниот живот, како и правото на засновање семејство во овој случај не можеше да се оправда со тврдењето дека се потребни соодветни мерки во едно демократско општество за заштита на јавниот ред. ЕСЧП се согласи дека најдобриот интерес на детето би можел да биде подобро заштитен ако детето е одгледано од двајцата родители. Сепак, ЕСЧП призна дека проценката на пропорционалноста помеѓу конкурентните индивидуални и јавни интереси не е правилно избалансирана и затоа констатира повреда на членот 8 и иницираше ревизија на јавната политика што забранува пристап на затворениците до БПО.

### **3.1.2. Право на донација на сперма и јајце-клетки на партнери**

Во случајот на С.Х. и другите против Австрија (*S.H. and Others v. Austria*),<sup>252</sup> ЕСЧП ја потврди широката маргина на почитување кога станува збор за комплексни етички прашања и држењето чекор со развојот на новите репродуктивни технологии. Судот ја призна супрематијата на земјата-членка да одлучува кога и до кој степен трето лице може да се меша во зачнувањето преку донација на сперма и јајце клетки. Така, целосната забрана за донирање на гамети (Литванија, Италија и Турција) и широката дозволеност се толерираат во рамките на маргините на почитување на Судот.

Две двојки не можеа да зачат дете природно, за што им беше потребно донација на сперма, односно на јајце клетка. Според австрискиот закон, тие не можеа да бидат бенефициенти на технологиите на БПО коишто беа дозволени само за целите на хомологното оплодување, или во исклучителни случаи (донација на сперма под услов оплодувањето да се случува во телото на жената). Аргументите за ваквата регулатива беа во насока на превенција од фрагментација на улогите на родителите која би ги комплицирала договорите помеѓу родителите, како и заштита од можноста да се злоупотребат економски загрозените жени да донираат јајце-клетки, што инаку не би го направиле. Тужителите се жалеа дека донацијата на гамети според

---

<sup>252</sup>*S.H. and Others v. Austria*, European Court of Human Rights, Бр. 57813/00, пресуда на 03.11.2011.

австрискиот закон противречи на членот 8 во комбинација со членот 14 од ЕКЧП поради тоа што користењето на постапките на БПО се дозволени само за хомологна инсеминација. Додека ЕСЧП се согласи дека неможността да се користи БПО е спротивна на членот 8, тој исто така го призна неприкосновениот правен авторитет на националните власти за прашањата на регулирање на БПО и семејниот живот. Поради ова, судот констатирал дека нема повреда на Конвенцијата, но сепак ја нагласил потребата да се држи правен чекор со научниот развој, и да се има во предвид споредбениот контекст и европскиот консензус кој веќе практикуваше донации на гамети. Судот, исто така, повика на Директивата 2004/23/ЕС од 31 март 2004 година за поставување на стандарди за квалитет и безбедност за донирање, набавка, тестирање, обработка, чување, складирање и дистрибуција на човечки ткива и клетки, што експлицитно посочува дека етичките аспекти остануваат во надлежност на земјите-членки, а со тоа и решението дали донациите на гамети ќе се озаконат како дозволена пракса или не. Етичките аспекти не беа вклучени во опсегот на Директивата и беа оставени како дискреционо право на примена на земјите-членки.<sup>253</sup> Така, Судот заведе став дека правото на репродукција е релативно и зависно од поединечните национални регулативи.

Поради тоа што Судот го третираше прашањето како етичко за кое не постои консензус во австрискиот правен

---

<sup>253</sup> *53S.H. and Others v. Austria*, European Court of Human Rights, No. 57813/00, пресуда на 03.11.2011 повикување на §12 на *Directive 2004/23/EC on Setting Standards of Quality and Safety for the Donation, Procurement, Testing, Processing, Preservation, Storage and Distribution of Human Tissues and Cells* од 31 Март 2004.



контекст и поради тоа што австриските закони никогаш не ја забранија можноста за спроведување на таков третман во странство, донесе заклучок дека донирањето на гамети не ја надминува маргината на почитување на ЕСЧП, утврдена во член 8 и не упати на потребата поопширно да се разгледа во заеднички рамки со член 14.

Некои автори во овој случај го критикуваа широкото толкување на маргината на почитување од Судот, тврдејќи дека таа се фокусира на реализирање на крајната цел (репродуктивното право и покрај тоа што реализацијата е во странство а не дома), а не на обезбедување на средства за реализација дома.<sup>254</sup> Како таква, маргината не посвети внимание на европскиот консензуален стандард што веќе постои во другите европски земји. Согласно со претходното, тие критикуваа дека толкувањето на член 8 од ЕКЧП во однос на донациите на гамети не беше соодветно. Создадениот јаз може да биде алатка за рестриктивни регулативи во однос на правото на репродукција и употребата на БПО. Алтернативното решение за обезбедување на третман на друго место не е законски прифатливо затоа што нема никаква врска со признавањето на репродуктивните права во засегнатата земја. Покрај тоа, не треба да се земе како оправдување за рестриктивна регулатива во земјите.<sup>255</sup> Затоа, постои загриженост дека одлуката може да има штетни последици со испраќање на порака дека во областа на

---

<sup>254</sup>Van Hoof W., Pennings G., "The Consequences of S.H. and Others v. Austria for Legislation on Gamete Donation in Europe. An Ethical Analysis of the European Court of Human Rights Judgments", *Reproductive BioMedicine Online*, Vol. 25, Бр. 7, 2012, стр. 665-669.

<sup>255</sup>Storrow R., 2010, *op. cit.*

широкото интерпретирање на моралот, како во случајот на донирањето на гамети, било кој случај може да се вклопи во маргините на почитување, без оглед на неговата ирационалност или недоследност.<sup>256</sup>

## **3.2. Репродуктивното право на индивидуи**

### **3.2.1. Вкрстени интереси помеѓу две индивидуи кои сочинуваат партнерство во поглед на репродуктивниот избор во употребата на БПО**

И покрај тоа што и двајцата партнери од една двојка треба подеднакво да го уживаат правото на репродукција, репродуктивниот проект може да се изврши само од страна на двојката заедно, а не и индивидуално. Во оваа смисла, индивидуа во партнерство може да прокреира природно или да се оплоди со помош на био-медицинска технологија само со придонес или согласност од другата страна. Поради тоа, постоењето на индивидуално право на репродукција во двојка е апсурдно.

Случајот на Еванс против Велика Британија (Evans v. the United Kingdom) пред ЕСЧП го докажа токму ова.<sup>257</sup> Натали Еванс (Natallie Evans) започна ин витро оплодување со сперма

---

<sup>256</sup>*Ibid.* се однесува на издвоеното мислење на судиите Tulkens, Hirvela, Лазарова Трајкова и Tsotsoria во случајот.

<sup>257</sup>*Evans vs. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 6339/05, пресуда на 10.04.2007.

од нејзиниот партнер, што резултираше во шест ембриони, кои беа складирани пред да се отстранат нејзините јајници поради болест (рак на јајниците). Набргу потоа, двојката се разведе и партнерот на Натали ја повлече согласноста за инсеминација на ембрионите во нејзината матка и со тоа одби секаква родителска улога во иднина. Националниот закон бара двојна согласност во било која фаза во постапката, со што се ограничува можноста Натали да стане мајка. Додека се одвиваше случајот, професорот Џон Харис појасни дека евентуалниот успех на жената да го реализира репродуктивниот проект без согласност на нејзиниот поранешен партнер ќе ги поткопа темелите врз кои се заснова човековото оплодување. Според него, ова е закана кон мажите, минимизирање, а со тоа и потценување на нивната улога, која ќе заврши по оплодувањето на јајце клетката.<sup>258</sup> Иако случајот беше полн со сочувство спрема состојбата на жената, ЕСЧП ја отфрли тужбата, со што се утврди дека немало прекршување на членот 2 (право на живот на чуваните ембриони), 8 (право на почитување на семејниот живот на жената) и 14 (забрана на дискриминација за остварување на репродуктивните права) од ЕКЧП.

Информираната согласност како востановен принцип во биоетиката и во УДБЧП опфаќа "однапред слободна и информирана согласност на лицата кои преземаат терапевтска медицинска интервенција со можност за повлекување на истата од страна на засегнатото лице во секое време и од било

---

<sup>258</sup>Интервју на John Harris за BBC, 11 ти септември, 2002:  
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/2249442.stm>.

која причина без дискриминација или предрасуди".<sup>259</sup> Во случај на ин витро оплодувањето, горното толкување е дека постои можност за повлекување на одлуката во секое време пред инсеминација во телото на жената.

### **3.2.2. Право на сама индивидуа да заснова семејство со посвојување**

Интерпретацијата на ЕСЧП дека правото на засновање на семејство не вклучува моно-родителски семејства беше исто така прифатена во случаите на Икс против Белгија и Холандија (*X v. Belgium and Holland*)<sup>260</sup> и Ди Лазаро против Италија (*Di Lazzaro vs. Italy*),<sup>261</sup> во кои Комисијата потврди дека Конвенцијата не го гарантира правото на посвојување на само лице. Ова размислување ја следеше застарената содржина на член 12 од ЕКЧП, според која правото на засновање на семејство е загарантирано само за мажи и жени на возраст погодна за стапување во брак, а не и за сами лица. Сепак, доколку веќе е основано семејство од еден родител, тоа ја ужива заштитата според членот 8, што е потврдено во случајот на Маркс против Белгија (*Marckx v. Belgium*).<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Член 6 *UDBHR*.

<sup>260</sup>*X. v. Belgium and the Netherlands*, European Commission of Human Rights, Бр. 6482/74, пресуда од 10.07.1975.

<sup>261</sup>*Di Lazzaro v. Italy*, European Commission of Human Rights, Бр. 31924/96, пресуда од 10.07.1997.

<sup>262</sup>*Marckx v. Belgium*, European Court of Human Rights, Бр. 6833/74, пресуда од 13.06.1979.

Случајот на Фрете против Франција (*Fretté vs France*)<sup>263</sup> се однесува на одбивање на тужба да се заснова семејство со посвојување врз основа на претпоставката за неподобност на родителот кој не е во состојба да обезбеди соодветна грижа за детето, поради "изборот на неговиот животен стил" (како што го нарекоа националните авторитети),<sup>264</sup> т.с. "неговата истополова сексуална ориентација" (како наведено во тужбата). По одбивањето на тужбата на Фрете (*Fretté*), тој и понатаму аргументираше дека оневозможувањето на неговото право на посвојување е спротивно на членот 8 и како резултат на тоа, повреда на неговото право на приватен и семеен живот. Исто така, тој се повика на членот 14 од Конвенцијата, аргументирајќи дека е направена дискриминација врз основа на неговата сексуална ориентација. ЕСЧП истакна дека не постојат значителен број на студии што се фокусираат на можните последици за децата кои биле одгледани од страна на еден или повеќе истополови родители, ниту пак постои фактички европски консензус во однос на ова прашање. Напротив, Судот забележа дека одбивањето на подносителот на барањето за посвојување преку членот 343-1 на Францускиот Граѓански Законик е првенствено наменето за заштита на интересите на детето и не врши дискриминација врз основа на сексуалната ориентација. Затоа, Судот не утврди прекршување на членот 14 во комбинација со членот 8, заклучувајќи дека Конвенцијата не го гарантира правото да се заснова семејство со посвојување. Случаите на посвојување се многу поразлични од случаите во кои е засегнато правото да

---

<sup>263</sup>*Fretté v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 36515/97, пресуда од 26.02.2002

<sup>264</sup>The Paris Social Services, Youth and Health Department.

се заснова семејство со технологиите на БПО. Сепак, Судот го протолкува членот 8 во правец на неможноста истиот да го гарантира правото да се заснова семејство. Според Судот, членот само го заштити веќе постоечкиот или претходно претпоставениот приватен и семеен живот.

Случајот на Вагнер и Џ.М.В.Л. против Луксембург<sup>265</sup> зема во предвид слични ограничувања за посвојување, но овој пат на сама жена. Поради ограничувањата, посвојувањето беше извршено во друга, а не во домашната земја (посвојувањето се случи во Перу, а одлуката не беше признаена во Луксембург). За разлика од претходниот случај, Судот го призна веќе создадениот семеен живот и така ја заштити семејната врска помеѓу мајката и детето. Судот едногласно изгласа повреда на членот 6 (1) и членот 8 заедно со членот 14 поради дискриминирачкиот статус на детето и мајката кои не беа законски признаени во општеството, а со тоа и утврди неуспех на судовите од Луксембург да ги препознаат веќе постоечките семејни врски. Од логиката на одлучување во овие случаи, може да се заклучи дека Судот го штити веќе воспоставениот семеен живот, а не правото да се заснова семејство и да се започне семеен живот, според член 8 од ЕКЧП.

---

<sup>265</sup> *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, European Court of Human Rights, No. 76240/01, пресуда од 28.06.2007.

## 4. Судска пракса во сферата на родителските права

### 4.1. Утврдување и оспорување на родителското правно сродство во брачна заедница

Случајот на Крон и другите против Холандија (*Kroon and Others v. Holland*)<sup>266</sup> се однесува на брачната претпоставка дека таткото на детето е мажот на мајката доколку детето е родено во брак или 300 дена од денот на разделбата помеѓу сопружниците. Разделена, но не разведена жена од нејзиниот сопруг која живееше со друг партнер со кого имаше дете беше спречена да ја оспори брачната претпоставка и да воспостави семеен живот поради одбивањето од страна на локалните власти да дозволат упис на татковство на нејзиниот партнер во регистарот на матичната книга на родените. ЕСЧП утврди повреда на членот 8, истакнувајќи дека бракот не е единственото место каде што се формираат семејните врски,<sup>267</sup> повторувајќи дека клучна цел на членот е да се заштити поединецот од произволното постапување на јавните авторитети. Судот исто така истакна дека државата мора да се однесува на начин кој ќе овозможи правна заштита од моментот на раѓањето или што е можно поскоро, со цел да го интегрира детето во неговото семејство. Судот исто така го квалификуваше односот помеѓу партнерите како "семеен

---

<sup>266</sup>*Kroon and Others v. the Netherlands*, European Court of Human Rights, No. 18535/91, пресуда од 27.10.1994.

<sup>267</sup> Слично мислење во однос не само на брачните заедници, туку и на вонбрачните врски како легални институции за воспоставување на татковство беше исто така признаено во случајот *Keegan v. Ireland*, European Court of Human Rights, Бр. 16969/90, пресуда од 26.05.1994.

живот", потенцирајќи ја притоа обврската на властите во државата да обезбедат механизми за воспоставување на семејни врски колку што е можно поекспедитивно. Судот призна дека "почитувањето на семејниот живот" ќе се оствари доколку преовладаат биолошката и социолошката реалност над правната презумпција, што во овој случај беше само правен товар и покрај намерата на странките.

Слична ситуација која отсликува неможност да се оспори сродството на таткото поради брачна претпоставка беше случајот на Чавдаров против Бугарија (*Chavdarov vs. Bulgaria*).<sup>268</sup> Тужителот (како нов партнер на жената додека сеуште не бил поништен бракот со првиот маж) живеел со неа и во тој рок биле родени три деца со регистрирано татковство на поранешниот сопруг (поради брачната презумпција). По одредено време, жената исто така го оставила г-н Чавдаров и започнала заеднички живот со трет маж, во кој период тужителот живеел со своите три деца. Во обид да добие татковство на своите деца со кои живеел, неговиот адвокат го предупредил за законската неможност да се оспори татковството на венчаниот маж. Г-н Чавдаров поднесе тужба пред ЕСЧП поради неможноста да му се утврди татковство за децата за кои тој тврдеше дека е генетски и социолошки родител според членот 8 од Конвенцијата. Судот утврди неспорно постоење на семеен живот, бидејќи тужителот живеел заедно со децата и воспоставил емотивна врска со нив. Сепак, одлуката на Судот во овој случај беше драстично поразлична од претходниот. Тој едногласно не најде повреда

---

<sup>268</sup>*Chavdarov v. Bulgaria*, European Court of Human Rights, No. 3465/03, пресуда од 21.11.2010.



на членот 8, со аргументација дека правната неможност за утврдување на биолошкото татковство е резултат на пасивноста на тужителот. Имено, по разгледувањето на националниот правен контекст, Судот утврди дека постоеле и други можности за утврдување на неговото татковство, како на пример посвојување на децата, или молба за старателство на напуштени малолетни деца. Бидејќи партнерот не превзел такви активности, Судот утврди дека токму неговата пасивност, а не нереспонзивноста на бугарскиот правен систем на обврските преземени со Конвенцијата, довеле до правно занемарен родителски однос. Според него, доколку тужителот бил активен да воспостави врска со детето на некој од другите понудени начини а не со оспорување на татковството на брачниот другар на жената, неговиот семеен живот не би бил доведен во прашање. Судот забележа дека маргината на почитување во случаите за утврдување на родителството е широка, а во исто време препозна недостаток од Европски консенсус за прашањето дали домашното законодавство треба да овозможи биолошкиот татко да ја оспори брачната презумпција на татковство на сопругот.

Сличен заклучок беше донесен и во случајот на Шнајдер против Германија (*Schneider vs. Germany*).<sup>269</sup> Случајот, сепак, се разликуваше од оној на Чавдаров против Бугарија во два значајни факти: (1) немаше претензија на оспорување на правното татковство, и (2) не постоеше фактички семеен живот на детето со биолошкиот татко (поради брачната претпоставка и постоењето на заеднички живот на мајката со сопругот по раѓањето на детето). Германските судови го одбија тужителот

---

<sup>269</sup>*Schneider v. Germany*, European Court of Human Rights, No. 17080/07, пресуда од 15.09.2011.

да го контактира детето за кое тој тврдеше дека тој е биолошки татко од вонбрачна врска со мажена жена. Судот го прогласи неговото барање за неосновано поради фактот што немало воспоставено врска помеѓу него и детето која би резултирала со вистинска родителска одговорност. Наместо тоа, Судот истакна дека можноста за оспорување на правното родителство била достапна опција, иако не била побарана од страна на тужителот. Спротивно на ова, ЕСЧП утврди повреда на членот 8 заклучувајќи дека лишувањето на лицето од информирање и контактирање со своите роднини е повреда на приватниот живот. Недостатокот на вистински семеен живот во случајот не се сметал за вина на г-н Шнајдер. Судот заклучи дека при одлучувањето, германските судови требало да се погрижат и за утврдување на најдобрите интереси на детето. Судот исто така се спротивстави на наводната можност за оспорување на правното татковство, земајќи во предвид дека според Германскиот граѓански законик тоа би било предодредено на неуспех. Дури и повеќе, Судот ја сметаше таквата наводна можност за ирелевантна поради тоа што целта на постапката за оспорување е различна од барањето на тужителот да оствари пристап до информации и контакт со детето. Во согласност со претходното, ЕСЧП заклучи дека германските судови ја штитат брачната презумпција механички, без истражување на најдобрите интереси на детето, а не ги штитат интересите на тужителот, а со тоа не успеваат да балансираат помеѓу конкурентните права. ЕСЧП препорача дека треба да се истражуваат интересите на детето од случај до случај и како тие можат да бидат балансирани во дадените околности и во однос со другите заинтересирани страни.

Случајот на Мизи против Малта (*Mizzi vs. Malta*)<sup>270</sup> исто така ја потенцира невозможноста да се оспори брачната претпоставка, но овој пат од самиот сопруг. По разделбата со неговата сопруга се роди дете кое беше автоматски регистрирано како дете на сопругот (тужител). По извршените ДНК тестови, се потврди дека подносителот не е биолошки поврзан со детето и поради тоа започна постапка за оспорување на неговото татковство. Тужителот беше одбиен да поведе граѓанска судска постапка поради фактот што националното право дозволувало поведување на такви постапки само во случај на неверство на сопругата или на раѓање на дете кое било скриено од него. ЕСЧП најде повреда на членот 6 (1) поради неможноста на тужителот да започне граѓанска судска постапка за оспорување на татковството. Судот исто така утврди прекршување на членот 8 поради создавање на неизвесност во врска со неговите семејни односи и покрај генетските докази. Понатаму, Судот утврди повреда на членот 14 заедно со членот 6 (1) и членот 8, поради ограничените временски рокови<sup>271</sup> наметнати врз подносителот да иницира постапка за оспорување на неговото татковство, што, пак, не се применувало и за други "заинтересирани страни".

---

<sup>270</sup>*Mizzi v. Malta*, European Court of Human Rights, Бр. 26111/02, пресуда од 12.01.2006.

<sup>271</sup>Ограничените временски рокови за поведување на граѓанска постапка за оспорување на татковството се со цел да ги заштитатат децата по утврдувањето на фактичкиот семеен живот со својот татко. Исклучоци се дозволени по согласност од Уставниот суд. Судот го забележа истиот проблем во однос на ограничените временски рокови и во случајот на *Roman v. Finland*, European Court of Human Rights, Бр. 13072/05, пресуда на 29.03.2013.

Специфичен случај во кој се евалуира вредноста на ДНК тестовите кога брачната презумпција е во конфликт со генетската реалност е случајот М.Б. против Велика Британија<sup>272</sup> пред Европската комисија за човекови права. Случајот засега вонбрачни сексуални односи на мажена жена. Жената не била во состојба да забремени во текот на 15 годишни обиди со нејзиниот сопруг, но забременила во истиот тој период во паралелна вонбрачна врска. Таа одлучи да го задржи детето и бракот, одбивајќи договор со тужителот за родителските одговорности. Сепак, нејзиниот љубовник одби да ги елиминира идните односи со детето за кое се сомневаше дека е негово. Така, тој побара од националниот Суд да даде наредба за утврдување на неговото родителство и можност за контактирање со детето. Жената се спротивставуваше на било какви ДНК тестови кои би можеле да ја нарушат брачната презумпција што нејзиниот сопруг ја уживаше. Судот го заштити веќе креираниот семеен живот помеѓу брачниот пар и ги отфрли понатамошните ДНК тестови. Така, тој го прифати фактот дека детето може да има интерес да ја дознае генетската вистина, но во случајот, неговите интереси беа заштитени преку зачувувањето на континуитетот на постојниот семеен живот. Тужителот се пожали на лишување од фер судење што е спротивно на членот 6 од Конвенцијата. Тој исто така се повика на членот 8, тврдејќи дека семејството и крвните врски се дел од неговото право на приватен и семеен живот. Покрај тоа, тој изјави дека неговото дете ќе биде лишено од можноста да добие наследство од него, како и од битни информации за неговото генетско потекло кои можат да

---

<sup>272</sup>*M.B. v. the United Kingdom*, European Commission on Human Rights, Бр. 22920/93, пресуда од 06.04.1994.

бидат релевантни за неговото здравје или за избегнување на бракови со забранети степени на сродство. Тој исто така тврдеше дека бил предмет на дискриминација спротивно на членот 14 од Конвенцијата поради тоа што не му било дозволено признавање и регистрирање на неговото татковство на еднаква основа со мајката. Комисијата го отфрли неговото барање за фер судење, затоа што неговата тужба била неприфатлива во прва инстанца. Комисијата исто така го отфрли неговото тврдење дека правата на неговото дете би се повредиле доколку не се извршат ДНК-тестови, констатирајќи дека тој не е старател на детето, ниту негов законски застапник. Понатаму констатираше дека не постои повреда на членот 8 поради причина што семеен живот никогаш не бил воспоставен (ниту соживот, ниту докажан интерес и посветеност од страна на биолошкиот татко на детето пред и по раѓањето). Затоа, Комисијата утврди дека постојат солидни причини да се заштити правната сигурност на веќе воспоставените семејни односи и дека треба да постои добра причина за оспорување на еднаш утврдената брачна претпоставка.<sup>273</sup> Затоа, најдобрите интереси на детето беа интерпретирани во насока на одржувањето на сигурноста на веќе постоечкото семејство, а не на верификација на биолошките факти на тужителот. Комисијата исто така го отфрли тврдењето за дискриминација, констатирајќи дека фактот што жените ретко се наоѓаат во позиција да ја докажуваат нивната биолошка поврзаност со детето се должи на природната разлика меѓу половите, а не на дискриминарачкиот третман на Судот.

---

<sup>273</sup> Видете No. 18535/91, Comm. Rep. 7.4.93.

Случајот на Анајо против Германија (*Anayo vs. Germany*)<sup>274</sup> исто така се однесува на конфликт помеѓу брачната претпоставка и генетската вистина на вонбрачниот партнер (Анајо) со децата. По вонбрачна врска паралелна со бракот, мајката на детето го продолжи брачниот живот со нејзиниот сопруг, кој поради брачната презумпција веќе се сметаше за татко на родените деца. Брачните партнери и Апелациониот Суд од Карлсруе го одбија г-н Анајо од било каков контакт со децата поради тоа што тој немаше никаква родителска одговорност кон нив, а исто така не постоеше заеднички фактички и семеен живот. Германскиот Основен Закон ја штити генетската врска помеѓу родителите и децата само под услов на веќе постоечки семеен живот, исклучувајќи ги желбите за формирање на семеен живот во иднина. ЕСЧП утврди повреда на членот 8 тврдејќи дека непостоечкиот семеен живот во случајот е резултат на одбивањето на мајката и правниот родител на г-н Анајо да воспостави контакт со своите деца. Судот констатираше дека не само постоечкиот семеен живот, но исто така и желбата да се создаде истиот спаѓаат во опсегот на членот 8 кога вината за неговото непостоење не се препишува на тужителот. Во овој случај, тужителот покажал активен однос за да воспостави семеен живот, иако тој бил одбиен институционално, но и од правниот родител Исто така, Судот утврди дека германските судови не испитале подробно дали било во најдобар интерес на децата да го запознаат нивниот биолошки татко кога веќе имаат правен татко. Затоа Судот побара ребалансирање на релациите на сите засегнати членови во однос на постапката за утврдување на родителството.

---

<sup>274</sup> *Anayo v. Germany*, European Court of Human Rights, No.20578/07, пресуда од 21.12.2010.

## 4.2. Утврдување и оспорување на родителско правно сродство во вонбрачна заедница

Случаите Аренс против Германија (*Ahrens v. Germany*)<sup>275</sup> и Куцор против Германија (*Kautzor v Germany*)<sup>276</sup> се повикаа на членот 8 (посебно, но и заедно со членот 14) во врска со одбивањето на германските судови да оспорат веќе утврдено правно татковство преку признавање на дете родено надвор од брак. Г-динот Аренс претпоставуваше дека тој е биолошки татко на дете чија мајка живееше во заедничко домаќинство со друг маж (кој го призна детето за свое). По извршените биолошки тестови и идентификувањето на г-динот Аренс како генетски татко на детето, Апелациониот Суд одлучи дека фактот што веќе е воспоставен семеен живот помеѓу детето и правниот татко е посилен од биолошката поврзаност и не му дозволи на г-динот Аренс да го оспори татковството на законскиот татко.

Во вториот случај, Г-нот Куцор исто така претпоставуваше дека тој е биолошки татко на ќерката на поранешната сопруга, признаена од новиот партнер на мајката. Тој беше оневозможен да води граѓанска постапка за оспорување на правното татковство врз основа на истите аргументи - веќе воспоставен правен семеен живот со законскиот татко. Тој исто така беше исклучен од можноста за проверка на ДНК коматибилноста, бидејќи Федералниот

---

<sup>275</sup>*Ahrens v. Germany*, European Court of Human Rights, Бр. 450071/09, пресуда од 22.03.2012.

<sup>276</sup>*Kautzor v. Germany*, European Court of Human Rights, No. 23338/09, пресуда од 22.03.2012.

Уставен Суд не дозволувал право на докажување на биолошкото татковство без паралелно негово законско утврдување. Во овој случај, ЕСЧП истакна дека постои европски консензус во сите 26 земји-членки дека постапката со единствена цел -утврдување на биолошкото татковство, без формално оспорување на правното татковство не треба да биде одобрена.

Во двата случаи, ЕСЧП утврди дека иако неможности за утврдување на правното сродство со децата на тужителите навлезе во нивниот приватен и семеен живот, не се оспори целта на членот 8, бидејќи никогаш не бил воспоставен фактички семеен живот. Напротив, ЕСЧП смета дека би настанала повреда на приватниот и семејниот живот на веќе воспоставените семејства доколку правата на тужителите беа реафирмирани. Судот понатаму потенцираше дека поради тоа што не постои европски консензус во врска со можноста биолошките татковци да воспостават родителство со нивните деца<sup>277</sup>, маргината на почитување на националните регулативи е доста широка за одредување на прифатливо законско решение. Судот исто така констатираше дека различниот третман помеѓу мајките, татковците и децата не е дискриминирачки, туку е во насока на заштита на веќе воспоставениот семеен живот од надворешни пречки.

---

<sup>277</sup> Судот потврди дека и покрај компаративноста, поголемиот дел од земјите-членки на Советот на Европа ја дозволија можноста за граѓански судски постапки во кои претпоставениот биолошки татко може да го оспорува правното татковство утврдено со признавање, дури и кога веќе бил воспоставен семеен живот меѓу нив. Исто така, имаше значајно малцинство од девет земји каде што претпоставениот биолошки татко немал право да го оспорува татковство на правната татко.



Случајот на Маркс против Белгија (Marckx vs. Belgium)<sup>278</sup>, е пресвртница во воспоставувањето на врските на сродство надвор од бракот, а со тоа и го допира прашањето на дискриминација помеѓу "легитимните" – оние деца кои што се родени во брак и "нелегитимните" деца родени надвор од брак. Тужителката тврдеше дека како сама мајка била лишена од утврдување на мајчинството над нејзината ќерка во моментот на нејзиното раѓање. Имено, принципот на Римското право –*mater semper certa est*– не беше применлив според поранешниот белгиски закон. Затоа г-ѓицата Маркс мораше да преземе дополнителни правни дејства - прво, да ја признае и второ, да ја посвои својата ќерка за да се квалификува за поширок спектар на права и обврски во однос на наследството. Според тужителката, начинот на формирање на родителската врска и врската со другите роднини (на пример, баби и дедовци), како и обемот на права и обврски дадени на вонбрачните деца беше дискриминирачки во однос на децата и семејствата кои беа засновани во брак. Затоа таа го стави под прашање аргументот дали приватниот и семејниот живот, заштитени со членот 8, исто така ја опфаќаат и биолошката врска која таа ја имаше со својата ќерка и дали правните последици на таквиот семеен живот можат да се прошират на сопственоста и наследството помеѓу нив и другите членови на семејството. ЕСЧП утврди повреда на членот 8, заедно со членот 14, поради тоа што почитувањето на приватниот и семејниот живот не треба да дискриминира помеѓу "легитимни" и "нелегитимни" деца. Различните начини на утврдување на мајчинството врз основа на брачниот статус на

---

<sup>278</sup>Marckx v. Belgium, European Court of Human Rights, Бр. 6833/74, пресуда од 13.06.1979.

мајката беа протолкувани како дискриминирачки спрема мајката и децата. Судот квалификува одреден чин како дискриминирачки доколку "нема цел", не следи "легитимна цел", или пак во него недостасува "разумен однос на пропорционалност на употребените средства и целта што треба да се постигне." Дополнително, Судот призна дека "Комитетот на Министри на Советот на Европа ја подразбира заедницата на сама жена и нејзиното дете како една од повеќето форми на семејство, што не е помалку вредна во однос на другите форми".<sup>279</sup> Белгиското законодавство имаше рестриктивна интерпретација на семејството и роднините поради тоа што воспоставеното сродство на вонбрачните деца создаваше законски врски само со мајката, а не и со семејството на мајката. Според мислењето на Судот, семејниот живот исто така ги вклучува и семејните врски помеѓу блиските роднини (баби и дедовци со внуци), бидејќи тие претставуваат значаен дел од семејството. За белгиските власти, правото на наследство постепено се развиваше и следеше од моментот на признавањето на посвојувањето на нелегитимното дете. Во ова значење, истото никогаш не би можело да биде еднакво со правото на наследување на "легитимните" деца, поради тоа што дури и да е земено во целост, правото на наследство ги исклучува другите роднини на мајката. Имено, според белгиското право, во времето на овој случај, додека "легитимното" дете можеше целосно да се интегрира во семејствата на своите родители од моментот на раѓањето, "нелегитимното" дете (дури и кога тоа е посвоено) никогаш не можеше целосно да се интегрира. Образложението на владите

---

<sup>279</sup>Referring to Resolution (70) on the Social Protection of Unmarried Mothers and Their Children, 15 од 15 Мај, 1970.

во врска со посвојувањето што не ги покриваше наследните права на другите членови беше поврзано со можноста роднините истото да не го одобрат. Судот не ја продолжи дискусијата за дискриминација врз основа на овие аргументи и заклучи дека самиот факт што мајката треба да го посвои нејзиното дете е дискриминација. Според тоа, Судот иако не забележа повреда на родителските права на мајката и ќерката, одлучи дека веќе констатираните повреди по другите основи беа доволни предуслов за подоцнежната дискриминација.

Сличен случај на дискриминација помеѓу "легитимни" и "нелегитимна" деца во делот на нивното наследство беше подоцнежниот случај на Инзе против Австрија (*Inze vs Austria*).<sup>280</sup> ЕСЧП во овој случај утврди прекршување на членот 14 заедно со членот 1 од Протоколот број 1 (право на мирно владение на сопственоста). Тужителот тврдеше дека според австрискиот закон тој не беше законски овластен да го наследи имотот на неговата мајка на ист начин како и нејзините други легитимни деца затоа што беше роден надвор од брак. Дури и по овој случај, ЕСЧП се занимаваше со слични случаи. Во Мазурек против Франција (*Mazurek vs France*)<sup>281</sup> и Мерџи и Кру против Франција (*Merger and Cros v. France*)<sup>282</sup>, францускиот суд заклучи дека националните власти ги третира децата родени во и надвор од брак различно во поглед на нивните наследни права. Судот утврди дека постои очигледна еволуција на

---

<sup>280</sup>*Inze v. Austria*, European Court of Human Rights, Бр. 8695/79, пресуда од 28.10.1987.

<sup>281</sup>*Mazurek v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 34406/97, пресуда од 01.02.2000.

<sup>282</sup>*Merger and Cros v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 68864/01, пресуда од 22.12.2004.

хармонизацијата на националните закони во областа на напуштањето на терминиловката разлика помеѓу "легитимни" и "нелегитимни" деца, а со тоа и на нивната дискриминација.<sup>283</sup> Поради тоа, Судот утврди повреда на членот 1 од Протоколот 1 заедно со членот 14 по што националните власти презедоа мерки за промени на националното законодавство.

Во случајот на Камп и Бурими против Холанија (*Camp and Bourimi vs. Holland*),<sup>284</sup> ЕСЧП повторно утврди повреда на членот 14 заедно со членот 8 поради дискриминација на детето родено надвор од брак во врска со наследувањето од таткото кој починал пред раѓањето на детето. Во овој случај, детето не беше признаено (туку само прогласено за легитимно две години по смртта на таткото), а ниту беше прифатена брачната претпоставка за утврдување на родителството. Сепак, Судот утврди дека фактот што таткото починал пред детето да се роди не е валидна причина за различен третман кон детето родено надвор од брак во споредба со децата родени во брак или дете кое имало можност да биде признаено од жив татко откако било родено. Затоа, Судот утврди дискриминација помеѓу лицата во слични ситуации по основ на раѓањето. И покрај тоа што Судот потврди дека државите уживаат маргина на дискреција во врска со тоа дали различниот третман на децата ќе се категоризира како

---

<sup>283</sup>Наследувањето на децата родени во и надвор од брак, сепак, сèуште не е европски стандард. Сеуште има земји кои имаат резерви во врска со членот 9 од Европската конвенција за правниот статус на децата родени надвор од брак што покажува дека прашањето е сеуште контроверзно. Поради оваа причина, Белата книга нема поставено принцип по ова прашање. Видете повеќе во Белата Книга (*White Paper*), *op.cit*, стр. 31.

<sup>284</sup>*Camp and Bourimi v. the Netherlands*, European Court of Human Rights, Бр. 28369/95, пресуда од 03.10.2000.

дискриминација, Судот исто така подвлече дека во согласност со судската пракса, треба да постојат многу сериозни причини за да се оправда различниот третман по основ на раѓање, а да се смета во согласност со Конвенцијата.

Случајот на Микулиќ против Хрватска (*Mikulic v. Croatia*)<sup>285</sup> исто така се однесува на неможноста за утврдување на татковството на дете родено надвор од брак. Детето и мајката поднесоа тужба за утврдување на татковство пред хрватските судови, како единствен механизам за воспоставување на родителска врска со таткото, кој одбиваше да го признае детето за свое. Националното законодавство, пак, не наметнуваше обврска за обезбедување на судски налог за вршење на ДНК-тестови на претпоставениот биолошки татко, како единствен начин да се потврди биолошката врска и на тој начин правното татковство. Затоа, тужителите го информираа ЕСЧП дека согласно со членот 8, домашните судови не успеале да донесат решение по барањето за утврдување на татковство на детето, оставајќи го во неизвесност во врска со личниот идентитет опфатен со приватниот и семејниот живот. Тие исто така, се повикаа на членот 6 (1) поради долгата постапка за утврдување на татковство што излегуваше надвор од разумниот рок, во согласност со членот 13, како и на недостигот на ефективен правен лек за да се забрза постапката, поради рестрикцијата на хрватскиот закон што не ги обврзува странките во предметите за утврдување на татковство да се подложат на ДНК тестови.

---

<sup>285</sup>*Mikulic v. Croatia*, European Court of Human Rights, Бр. 53176/99, пресуда од 07.02.2002.

ЕСЧП утврди повреда на членовите 6 (1), 8 и 13, нагласувајќи дека хрватските судови не успеале да го препознаат најдобриот интерес на детето во спорот за татковство. Како последица, постапката за утврдување на татковство според хрватскиот закон не постигнува фер рамнотежа помеѓу правото на оној кој сака да утврдува и одбивањето на претпоставениот татко да се подложи на ДНК тестови, како предуслов за воспоставување на врска со детето. Случајот претставува битен чекор во признавањето од ЕСЧП на правото на детето да го знае своето генетско потекло како дел од личниот идентитет и со тоа приватниот живот, иако тоа немало постоечки семеен живот со претпоставениот татко.

Во случајот Јусуф против Холандија (*Yousef v. Holland*)<sup>286</sup> тужителот тврдеше дека не можел да воспостави правно татковство во однос на неговото биолошко дете родено надвор од брак. Тој не го признал детето за свое по раѓањето, во кој период исто така и не делел исто домаќинство со мајката и детето. Тие почнале да живеат заедно подоцна и не повеќе од една година. Потоа, тужителот заминал во својата матична земја Египет, одржувајќи мал или никаков контакт со детето. Кога се вратил во Холандија, по две и пол години, тој се обидел да воспостави нормален контакт со мајката на детето. Постојано барал согласност да го признае детето, но бил одбиван. По смртта на мајката, нејзиниот брат бил назначен за старател на детето, следејќи го тестаментот на мајката. Холандскиот суд одби правно да го утврди неговото татковство врз основа на принципот на заштита на најдобриот интерес на

---

<sup>286</sup>*Yousef v. the Netherlands*, European Court of Human Rights, Бр. 33711/96, пресуда од 05.11.2002.

детето. Судот се сомневаше дека тужителот ќе ја злоупотреби постапката за утврдување на родителството само за да може да добие дозвола за постојан престој и осигурителни бенефиции во Холандија.

Тужителот подоцна повторно се оженил и добил уште еден син. Сепак, тој тужеше согласно членот 8 дека бил спречен правно да го признае своето биолошко дете. ЕСЧП не најде повреда на членот 8 тврдејќи дека холандските судови ги балансирале интересите на детето со оние за утврдување татковство на тужителот. Судот сметаше дека одлуката во корист на тужителот би можела да го дистанцира детето од семејството во кое тоа веќе живееше и беше згрижено.

### **4.3. Утврдување и оспорување на родителско правно сродство за донорот на сперма**

Случајот на Р.М против Холандија (R.M. v. Holland)<sup>287</sup> е во срцето на проблемот кога станува збор за неможност на донор на сперма да утврдува татковство. Многу пати претходно беше потврдено дека донорите на сперма не можат да се квалификуваат за постапка која би ги направила правни родители. Напротив, постои широк консензус во меѓународните документи, како и во земјите-членки дека донорот на сперма не може да се смета за татко на детето. Важноста на предметот е токму во тоа што холандските судови

---

<sup>287</sup> *J.R.M. v. the Netherlands*, European Commission of Human Rights, Бр. 16944/90, пресуда од 08.02.1993.

дозволија постапка за утврдување на татковство на донорот, и покрај тоа што тие потоа го отфрлија неговото барање (образложението за одбивањето е исто така релевантно).

Во случајот, тужителот се согласи да донира сперма со цел да овозможи родителство на лезбејски пар. Партнерките преферираа познат донор, за да можат да го остварат правото на детето да го знае идентитетот на биолошкиот татко (што тие го сметаа за битен елемент за задоволување на неговиот најдобар интерес). Тужителот редовно ги посетуваше партнерките и детето во текот на бременоста и по раѓањето на детето. По некое време, тој изрази желба да се договорат редовни посети, што беше неприфатливо за партнерките. Како резултат на тоа, тој побара од холандскиот суд за малолетници да утврди право на пристап и контакти со детето.

Барањето било прифатено за разгледување поради комбинацијата на генетска поврзаност, но и неделни контакти на тужителот со детето. Сепак, Судот го одбил барањето на тужителот за контакти со детето, сметајќи го за спротивно со неговиот најдобар интерес во конкретните околности на несогласување од страна на правните родители. Судијата заклучил дека самиот факт на донација на генетски материјал не значи и создавање на семеен живот според значењето на член 8 од ЕКЧП и дека договорите за права и обврски спрема детето би биле ништовни и неважечки. Сепак, значајно е тоа што судот дозволи тужбата да се процесира, давајќи му тежина на истражувањето на конкретните околности на случајот.



По жалбата до следните инстанции (Апелациониот и Врховниот суд),<sup>288</sup> тужителот исто така ги предизвика членовите 8 и 13 заедно со 6 (1) и 14 од ЕКЧП. Комисијата потврди дека семејниот живот според членот 8 подразбира лични врски во прилог на биолошкото родителство што зависи од многу фактори меѓу кои и живеењето заедно, како и посебните околности на секој случај. Покрај тоа, Комисијата сметаше дека писмената согласност на донорот да донира за целите на задоволување на потребата за дете на друга двојка експлицитно го исклучува секое друго правно родителско сценарио. Во однос на жалбите во врска со наводната повреда на неговото право на пристап до судска инстанца, Судот исто така сметаше дека не беа издржани, бидејќи тој веќе ги искористил сите национални правни средства на располагање. Така, тој имал право на пристап до Судот, неговиот случај бил спроведен и подоцна го искористил правото на правен лек. Сепак, ваквиот пристап не е случај во поголемиот дел од земјите-членки кои експлицитно забрануваат правни постапки за утврдување на татковство во однос на децата зачнати со БПО (вклучувајќи ја и Република Македонија). Во однос на жалбата по меритумот на случајот, односно дека прогласувањето на неговото барање за пристап и контакти со детето е неосновано (додека во сличен случај на таткото на

---

<sup>288</sup>Интересно е да се спомене дека Врховниот суд го отфрли аргументот на тужителот под образложение дека за "семеен живот", освен биолошко татковство, исто така е битно и постоење на дополнителни услови кои во случајот се сметаа дека имаат супсидијарен, а не суштински карактер. Сепак, Судот утврди дека секогаш постои "семеен живот" меѓу биолошкиот татко, вклучувајќи го дури и донорот и детето. Но, тоа не беше доволно за да се создадат правни последици на "семеен живот". Види повеќе во фактите на случајот, *ibid.*

легитимното дете кое било прокреирано природно<sup>289</sup>, барањето не би било одбиено), Комисијата пресуди во корист на холандските судови. Комисијата истакна дека споредбата помеѓу него и таткото кој природно прокреирал дете не е соодветна, бидејќи тука нема аналогија и затоа не го разгледаа прашањето за постоење на дискриминација. Овој случај не треба да биде погрешно интерпретиран и идентификуван со случајот што инволвираше донирање на сперма на лезбејски партнерки со меѓусебен договор надвор од лиценцирани клиники.<sup>290</sup>

Во оваа смисла, неодамнешната Предлог Препорака<sup>291</sup> предложи утврдувањето на родителското сродство во случаите на медицински потпомогнато оплодување да не се разликува (или барем да биде засновано на истите правила) од природното оплодување. Ова би значело дека предложените

---

<sup>289</sup>Овде терминот "татко на легитимно дете" беше погрешно употребен, затоа што дистинкцијата на легитимните и нелегитимните деца првично беше создадена со цел да се направи разлика меѓу децата кои се родени во или надвор од брак, за подоцна да почне да се смета за погрешна терминологија, така што терминот подоцна е заменет со "татко кој природно прокреира". Видете го исто така случајот на *Marckx v. Belgium*, ЕСЧП, Жалба. Бр 6833/74, пресуда од 1979/06/13.

<sup>290</sup>Праксата покажа неколку слични вакви случаи во светот. Најновиот е пред Судот на Канзас, во кој истиот пресуди дека лицето кое донирало сперма на лезбејски пар по приватен оглас и оплодување што се случило во домашни услови е законски татко на детето. Судот го сметаше договорот за откажување од сите родителски права и одговорности кои тие ги договориле за ништовен, поради тоа што овластен лекар не бил вклучен во процесот, што е услов за остварување на потпомогнатото оплодување во Родителскиот Акт на Канзас (*Kansas Parentage Act*), 1994. Види повеќе во:Hyder H., *Craigslislist Sperm Donor is Legal Father, US Court Rules*, [bionews.org.uk](http://bionews.org.uk), 27.01.2014. Види онлајн: [http://www.bionews.org.uk/page\\_390812.asp](http://www.bionews.org.uk/page_390812.asp).

<sup>291</sup>*Appendix IV, Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities*, Explanatory Memorandum, CJ-FA (2011) RAP 5 prov.

претпоставки за утврдување на татковството во брак, како и во регистрирано или не регистрирано кохабитациско партнерство, веќе би го решиле прашањето на татковството и тоа во времето на раѓањето на детето. Дополнително, ова би ја исклучило можноста за правна идентификација на донорот со улогата на татко, како главно правило. По исклучок, доколку се исполнети другите критериуми и ако тоа е во најдобар интерес на детето, останува можноста за утврдување на родителските одговорности на трети лица.<sup>292</sup> Сепак, оваа претпоставка може само да се примени во случаи во кои се работи за двојки, а не за сами жени, кога можноста за утврдување на татковство на вториот родител е исклучена.

## **5. Судска пракса во сферата на правата на детето**

### **5.1. Право на информирање на детето за генетското и личното потекло**

Во случајот на Одиевр' против Франција (Odièvre v. France)<sup>293</sup> се работи за правото на посвоена ќерка да бара информации во врска со нејзиното генетско потекло во правен режим кој регулира тајност при раѓањето. Тужителката била одбиена да добие информации за идентификација на нејзините тројца браќа. Одредбите во Франција јасно ја отфрлаат апликацијата за демистификација на генетското семејство на

---

<sup>292</sup>*Ibid.* стр. 46.

<sup>293</sup>*Odièvre v. France*, European Court of Human Rights, No. 42326/98, пресуда од 13.02.2003.

посвоено дете. Тужителката тврдеше дека француските власти го прекршиле нејзиното право на добивање на информации за идентификација на нејзините генетски корени кои таа ги сметаше за суштински дел од својот идентитет. Понатаму, таа упати на постоење на дискриминација по основ на раѓање (согласно членот 14), бидејќи не била третирана еднакво во однос на нејзините права кон природната мајка кои ги уживаат непосвоените деца. ЕСЧП не најде повреда на членовите 8 и 14 од Конвенцијата. И покрај тоа што непостоењето на семеен живот не беше спорно, приватниот живот на тужителката беше разгледуван од аспект на нејзиното право на добивање идентификациони информации во врска со нејзината лична историја. Судот потврди дека раѓањето исто како и околностите во кои детето било родено конституираат голем дел од личниот приватен живот, заштитен со членот 8. Сепак, Судот сметаше дека во случајот, мораат да бидат избалансирани неколку конфликтни интереси во релационен контекст: интересот на детето да знае, интересите на жената да остане анонимна (со цел да го заштити здравјето раѓајќи во соодветни медицински услови), како и интересите на посвоителите, таткото и останатите членови на природното семејство. Во оваа смисла, Судот исто така потврди дека идентификационите информации би можеле значително да ги прекршат правата на биолошката мајка, посвоителите, како и природниот татко и неговите роднини, од кои секој има соодветно право на почитување на приватниот и семејниот живот. Судот дозволи широка маргина на почитување на земјите-членки да одлучат како да ги балансираат интересите помеѓу различните страни. Исто така, потврди дека француските власти ги балансирале интересите на сите

засегнати страни во дозволените граници, а со тоа го заштитиле здравјето на мајката и детето при раѓањето, избегнувајќи нелегални абортуси и напуштање на децата. Судот исто така, забележа дека Франција вовела нова регулатива во 2002 година со која се формираше *Национален совет за пристап до информации за личното потекло*. Поради тоа, Судот ја упати тужителката на можноста за добивање на идентификациони информации за својата мајка под услов таа да се согласи. На овој начин, Судот утврди дека Франција направила праведна рамнотежа помеѓу конкурентните интереси на сите засегнати страни со нивните спротоставени интереси, под чадорот на член 8. Судот исто така, не најде повреда на членот 14 заедно со членот 8, со оглед на тврдењето дека наследувањето од биолошката мајка, додека исто така постојат родители – посвоители е прекумерно барање и не спаѓа во кругот на заштита од дискриминација.

Сепак, во неодамнешен случај - *Годели против Италија (Godelli v. Italia)*,<sup>294</sup> кој беше сличен со случајот *Одиевр' против Франција*, ЕСЧП најде повреда на членот 8 што се должи на неуспехот на италијанските власти да ги откријат информациите за потеклото на дете кое било напуштено при раѓањето. Тужителката била информирана за нејзиното посвојување на возраст од 10 години од страна на нејзините посвоители. Оттогаш, таа страдала од недостаток на идентитет, поради неможноста за добивање на информации за нејзините генетски корени во услови на тајност на посвојувањата како начин на заштита првенствено на интересите на генетската

---

<sup>294</sup>*Godelli v. Italy*, European Court of Human Rights, Бр. 33783/09, пресуда од 25.09.2012.

мајка. ЕСЧП повторно потврди дека членот 8 исто така, ја опфаќа заштитата на правото да се знае начинот на зачнување како составен дел на личниот идентитет и развој. Судот направи разлика помеѓу правото да се знае идентитетот и правото да се бара правна постапка за утврдување на родителската врска. Предизвикот во овој случај беше да се постигне баланс на конкурентните интереси на детето кое бара идентификациони информации, мајката која бара зачувување на нејзината анонимност, како и јавниот интерес да се спречи постоење на нелегални абортуси и напуштање на децата. За разлика од претходниот случај, Судот утврди дека италијанскиот систем не успеал да ги балансира конкурентните интереси, давајќи автоматски приоритет на интересите на мајката, дури и без да ја разгледа можноста дали таа би се согласила.<sup>295</sup> Иако Судот повторно констатираше дека толкувањето на членот 8 од земјите-членки и натаму останува во широк обем прашање на дискреција, тој исто така се осврна на потребата за воведување на систем за праведен баланс помеѓу интересите на сите засегнати страни.

Во случајот на Јаги против Швајцарија (*Jaggi v. Switzerland*)<sup>296</sup>, тужителот тврдеше дека бил одбиен во постапка за утврдување на татковство со наводниот биолошки татко, бидејќи не му било дозволено да изврши ДНК тестови на мртвото тело на таткото. ЕСЧП утврди повреда на членот 8, како кршење на правото на приватен и семеен живот на тужителот, поради неможноста да направи ДНК анализа на

---

<sup>295</sup>И во согласност со членот 7од КПД -*Convention on the Rights of the Child*, United Nations, 1989.

<sup>296</sup>*Jaggi v. Switzerland*, European Court of Human Rights, Бр. 58757/00, пресуда на 13.07.2006.

посмртните останки на претпоставениот татко без оправдани причини (ДНК-тестот не се смета за интрузивен и семејството не приговараше на религиозна или филозофска основа). Тужителот бил информиран од неговата мајка за идентитетот на таткото. Тој и таткото остварувале редовни контакти, но претпоставениот татко секогаш одбивал да се подложи на тестови за да се утврди неговото татковство. Барањето за приватен ДНК тест на тужителот било одбиено со образложение дека на негова возраст (60 години) тој веќе изградил сопствен идентитет и во отсуство на доказ за сигурност на идентитетот на својот генетски татко. Иако ЕСЧП констатираше дека утврдувањето на потеклото е од витален интерес за развој на личниот идентитет, тој исто така ја призна релативноста на тоа право во однос на правата на другите засегнати страни. Уште еднаш, Судот ги нагласи релативните аспекти на правата (правата на третата страна во однос на евентуалниот исход на тестот, правото на почитување на мртвото тело, како и јавниот интерес за заштита на правната сигурност) како причина зошто тие не може да се сметаат за апсолутни индивидуални права. Од друга страна, Судот го зеде во предвид фактот дека тужителот бил отсекогаш активен во потрагата по биолошката вистина, што е интерес кој не се намалува со возраста. Врз основа на ова, причините за релативизирање на правата на тужителот губат правна поткрепеност. Судот исто така забележа дека "заштитата на правната сигурност сама по себе не може да служи како основа да му се одземе правото на тужителот да го открие неговото потекло."

Во случајот на Гаскин против Велика Британија (*Gaskin v. Great Britain*)<sup>297</sup> беше оспорено правото на приватен и семеен живот според членот 8 заедно со правото на барање на информации за утврдување на личната историја на тужителот според членот 10 од ЕКЧП. Тужителот исто така се повика на членовите 3 и 13 од ЕКЧП и членот 2 од Протоколот бр.1. По смртта на мајката, тужителот бил згрижен од привремени родители-старатели поставени од локалните социјални служби (*Liverpool Social Services*). Жалејќи се на небрежност во изборот на неговите родители-старатели (поради злоупоставување во домот и како резултат - менување на повеќе старатели во неговото проблематично детство), по полнолетството и престанокот на социјалната грижа, тој презел мерки за откривање на податоците за историјата на неговите првични привремени родители-старатели. Во рамките на националниот закон, информациите од овој вид се сметале за приватни и доверливи. Затоа, неговиот пристап до овие податоци бил одбиен. Скоро потоа, надлежните власти донеле одлука да се дозволи објавување на информации од датотеката на тужителот, под услов да биде дадена согласност од поранешните родители-старатели. Таквата согласност не била дадена. Владата на Велика Британија во случајот тврдела дека нејзиниот административен систем не обезбедил апсолутно право на пристап до податоците во случајот на тужителот и се повика на широката маргина на дискреција во таквите случаи. Напротив, Владата изјавила дека успеала да ги балансира конкурентните интереси: од една страна, јавниот интерес да се обезбеди ефикасен систем на детска заштита, а од друга страна, интересот на тужителот за пристап до кохерентен запис на личната историја.

---

<sup>297</sup>*Gaskin v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 10454/83, пресуда од 07.07.1989.



ЕСЧП заклучи дека националните власти не успеале да обезбедат пристап на тужителот до неговото досие и не го почитувале неговиот приватен и семеен живот во согласност со членот 8 од ЕКЧП. Судот констатираше дека иако случајот не се однесува на информација за генетските родители, тој сè уште е поврзан со основниот идентитет на тужителот изграден во неговото рано детство и годините на развој. Така, со одбивањето да се дозволи пристап до податоците е направена повреда на неговото право на приватен и семеен живот според ставот 2 од членот 8. Судот сметаше дека интересите на поединците кои бараат информации потребни за да се разбере нивното детство и ран развој мора да бидат обезбедени дури и кога лицата на кои се однесуваат не се достапни или одбиваат согласност. Напротив, принципот на пропорционалност налага обезбедување на независен орган кој конечно ќе одлучи дали треба да се даде пристап, дури и во случаи каде што нема согласност, така што одлуката за обелоденување на информациите нема да зависи само од родителите/старателите. Во однос на членот 10, судот сметаше дека Конвенцијата не опфаќа позитивна обврска за земјите-членки да ги откријат информациите на тужителот, спротивно на волјата на локалните власти и не најде повреда.

Во издвоено мислење, неколку судии ја критикуваа одлуката, тврдејќи дека немало никаква повреда или дека немало соодветен баланс помеѓу правата и интересите на засегнатите страни. Наместо тоа, тие ја фаворизираа процедурата следена од органите на Велика Британија, репрезентирајќи праведен баланс на интересите на сите засегнати страни.

## **5.2. Право на детето да биде одгледано од двајцата родители**

Правото на детето да биде одгледано од двајцата родители често се комбинира со правото да биде регистрирано веднаш по раѓањето и правото да го знае генетското потекло, во рамките на можностите и обично следи по реализирањето на првите две права.

Од судската пракса на ЕСЧП, правото на детето да биде одгледано од двајцата родители се интерпретира заедно со членовите 7 и 3 од КПД и членот 8 од ЕКЧП главно во: (1) случаите на законско признавање на другиот родител (што кореспондира со правото на детето да биде регистрирано); (2) случаите на обид да се дознае кој е другиот родител (што кореспондира со правото да се дознаат генетските родители); и (3) случаите на старателство каде што детето е разделено од еден од веќе законски утврдените родители (што кореспондира со правото да биде одгледано од страна на двајцата родители). Сите три права кои се опфатени во членот 7 од КПД се меѓусебно поврзани и зависни.

Во случаите на законско утврдување на родителството од раѓање, брачната претпоставка беше одлучувачка и предизвикуваше потешкотија за утврдување на татковството на децата родени надвор од бракот во паралелна врска со бракот во следните случаи: Крон и другите против Холандија, Чавдаров против Бугарија, Шнајдер против Германија, Мизи против Малта и Анајо против Германија кои беа елаборирани погоре.

Околностите на раѓањето на вонбрачните деца ја истакнаа неможноста да се утврди татковство во случаите на Камп и Бурими против Холандија, Микулиќ против Хрватска и Јусуф против Холандија. Од друга страна, признавањето на родителството на вонбрачниот партнер беше отежнато поради потребата прво да се оспорува татковството на брачниот партнер и на тој начин скоро невозможно да се воспостави правно родителство врз основа на биолошката врска подоцна, по раѓањето на детето. Во таа смисла, во случаите на Аренс против Германија и Куцор против Германија беше заштитена правната сигурност на веќе воспоставените семејни врски. Судот понатаму забележа дека постапката со единствена цел за утврдување на биолошкото татковство без формално оспорување на правното татковство подеднакво не е дозволена во сите земји-членки и затоа се третира како европски консензус.

Во случаите на донации на сперма на сами жени, детето ќе биде регистрирано со мајката, додека името на таткото ќе биде оставено празно во матичната книга на родените, поради тоа што условите на донацијата нагласуваат дека донорот е само „набавувач“ на сперма и не се квалификува за било каква форма на татковство. Ова е во согласност со принципот на информирана согласност, автономија да се одлучува и индивидуална одговорност за алтруистични донации како што е пропишано во членовите 5 и 6 од УДБЧП и членот 5 од Конвенцијата од Овиедо. Донорот има право да остане анонимен доколку се согласи да донира во услови на приватност и тајност како што е предвидено во членот 9 од УДБЧП и членот 7 од УДЧГЧП. Доколку информациите во врска

со начинот на зачнувањето (на пример, донација на сперма, на ембриони, или посвојување), бидат вклучени во изводот на родените, тогаш идентификационите информации и правото на контакт со генетскиот родител би зависеле од неговата согласност (со што и неговиот приватен живот како и тајноста/доверливоста исто така би биле заштитени - член 10 од Конвенцијата од Овиедо).

Правото да се знае родителот (како право на откривање на идентификациони информации) не треба да се поистовети со правото на воспоставување на родителска врска. Ова веќе било доведено во прашање во случаите на посвојување - *Одиевр'* против Франција и *Годели* против Италија. Во вториот случај, Судот направи разлика меѓу правото да се знае идентитетот и правото да се побара правна постапка за утврдување на родителската врска. Иако Судот повторуваше дека толкувањето на членот 8 од земјите-членки и натаму останува во широка мера прашање на дискреција, исто така, повика на неопходност од воведување на систем кој ќе ги балансира интересите на сите засегнати страни. Од друга страна, во случаите на *Микулиќ* против Хрватска и *Јеги* против Швајцарија, правото да се знае биолошкиот татко беше поврзано со постапката за утврдување на татковството.

Во случаите на старателство, Судот одлучи различно во *Морфик* против Франција<sup>298</sup> и *Мамузо* и *Вашингтон* против Франција<sup>299</sup> во споредба со *Мер* против Португалија<sup>300</sup> и

---

<sup>298</sup>*Morfis v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 10978/04, пресуда од 12.04.2007.

<sup>299</sup>*Maumousseau and Washington v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 39388/05, пресуда од 06.12.2007.

Монори против Романија и Унгарија.<sup>301</sup> Во првите два случаи, судот покажа волја да се почитува фактичката улога на родителството и грижата за детето како битна за заштитата на приватниот и семејниот живот. Спротивно на ова, во последните два случаи, го призна неуспехот на националните власти да обезбедат можност за создавање на такви врски со генетскиот родител од рана возраст со детето. Судот повтори дека случаите на старателство бараат итна разрешница поради јасната причина дека временскиот вакуум може да предизвика непоправливи последици на односот родител-дете, земајќи ја во предвид возраста на детето.

Случаите на старателство, што претпоставуваат веќе утврдено родителство се различни од случаите за утврдување на родителство во однос на децата зачнати со доноран генетски материјал, бидејќи значењето на донорот е различно од значењето на родителот (токму поради законското признавање на родителот). Сепак, останува прашањето дали детето не би можело да го оствари правото да биде одгледувано од страна на другиот родител (во случајот - донорот) поради околностите во кои не постои никаква семејна историја со донорот, или обратно – дали немањето на семејна историја со донорот настанала поради пасивноста на националните власти да овозможат контакт меѓу нив? Признавајќи на детето зачнато со донација на сперма право да го знае генетското потекло, не значи дека донорот има автоматско право да го контактира, доколку не сака да биде

---

<sup>300</sup>*Maire v. Portugal*, European Court of Human Rights, Бр. 48206/99, пресуда од 26.06.2003.

<sup>301</sup>*Monory v. Romania and Hungary*, European Court of Human Rights, Бр. 71099, 01, пресуда од 05.04.2005.

контактирано. Дополнително, ако овие права се гарантирани, тие обично се остваруваат од страна на децата кога ќе наполнат 18 години, односно во моментот кога тие веќе не се деца, туку возрасни со веќе изграден личен идентитет и тоа во време кога е премногу доцна за да воспостават семејни односи, со цел да се квалификуваат за заштита на приватниот и семејниот живот според членот 8 од ЕКЧП.

Во горенаведените случаи, Судот имаше различни ставови во однос на истражувањето дали генетската или фактичката реалност се конститутивни елементи на односот родител-дете, со оглед на различните околности што секој друг случај ги допира по основ на други правни прашања. Во случаите на Микулиќ против Хрватска и Јеги против Швајцарија, ЕСЧП ја фаворизираше генетската вистина, како релевантна за личниот идентитет и поврзана со постапките за утврдување на родителската врска. Ставот е дека случаите за испитување на биолошката реалност без воспоставување на родителска врска не треба да се дозволат; затоа откривањето на биолошката врска претпоставува исто така и правно родителство. Од друга страна, во случајот на Годели против Италија, Судот го фаворизираше семејниот живот над биолошката реалност, како релевантен фактор за односот родител-дете. Ставот беше дека правото да се знае идентитетот на генетскиот родител автоматски не го опфаќа правното родителство. Во повеќето случаи, Судот балансира помеѓу генетската вистина и фактичката реалност на семејниот живот со помош на корективната мерка на принципот на најдобриот интерес на детето. Одлучувачката моќ на правната сигурност на брачната претпоставка беше исто така

испитувана во врска со нејзината улога како основа за формирање на семејниот живот *vis-à-vis* неизвесноста на вонбрачните односи и нивната правна инфериорност во воспоставувањето на семејниот живот, како и во однос на капацитетот на државата да се справи со вакви случаи во разумен рок. Затоа, не само биолошката вистина (во однос на фактичката реалност) беше оспорувана, туку во повеќето случаи, и други правни околности придонесоа за посебноста на случајот. Ова беше особено типично во случаите: Кроон и другите против Холандија, Чавдаров против Бугарија, Шнајдер против Германија, Миси против Малта, Анајо против Германија, Камп и Бурими против Холандија, Јусуф против Холандија, Аренс против Германија и Куцор против Германија.

Членот 7 од КПД содржи потенцијално спротивставени вистини: грижа за детето како сеопфатна активност на *вршење* на родителската улога, и (само) *познавање* на родителите. Регистрирањето на детето од раѓањето ја опфаќа неопходноста да се воспостави грижа за детето од раѓањето. Со тоа, фокусот е ставен на активната улога на вршење на татковството и мајчинството, и примарно креирање на семејниот живот помеѓу родителот и детето. Регистрирањето само по себе треба да обезбеди ниво на правна сигурност на приватниот и семејниот живот, врз основа на взаемен живот, нега, исхрана, љубов и емоции кои се почувствителни на подоцнежното оспорување поради прекинување на веќе реализирана родителската улога. Задачата на балансирање на генетската и фактичната реалност треба да ги почитува сите засегнати страни, а сепак да даде приоритет на најдобриот интерес на детето.

Правната неможност за утврдување на родителството на донорите не лежи во отфрлените барања како резултат на истражени и аргументирани причини, но во самото неприфаќање на постапките во кои тоа би се истражило. Ова е пречка во правната еволуција на судската пракса во ново поле опкружено со многу непознати. Општество кое се соочува со нови био-медицински предизвици и дозволува либерален спектар на нивна употреба, а притоа ја ограничува можноста за судско сослушување избегнувајќи било какви обврски, не го почитува најдобриот интерес на детето. Децата кои се зачнати со донации на генетски материјал прво ќе се соочат со дилемата на својот идентитет, поставувајќи прашања врз основа на нивното право да ги знаат генетските родители (што е доста актуелно, бидејќи децата на овие пионери веќе достигнуваат зрелост и живеат во игнорантна реалност и на тој начин ја подигаат свеста за односните прашања во правната литература). Потоа, децата (посебно оние предодредени да бидат без татко од раѓањето, како во случаите на донација на сперма на сами жени или постхумно зачатите) исто така ја доведуваат во прашање политиката на зачнувања во отсуство на татковска фигура спротивна на нивните гарантирани права да бидат одгледани од страна на двајцата родители.



# V. Семејства настанати од сами жени со донација на сперма

## 1. Генерален осврт на различните национални регулативи

Од информациите собрани од страна на Меѓународната федерација за надзор на плодноста во општествата (International Federation of Fertility Societies Surveillance- *IFFSS*) во 2010 година,<sup>302</sup> на сами жени им е дозволен пристап до БПО како загарантирано право регулирано со статуси или насоки во:

- земји членки во ЕУ: Белгија, Бугарија, Данска, Естонија, Финска, Грција, Унгарија, Шпанија и Велика Британија.
- земји кандидатки за пристап во ЕУ: Исланд, Црна Гора и Србија.
- други земји во светот: Канада, Израел, Русија, Јужна Африка, САД, Белорусија, Гана, Индија, Нов Зеланд, Јужна Африка, Украина и Венецуела.

Сами жени имаат пристап до БПО, но ова не е регулирано ниту со статуси, ниту со насоки во: Доминиканската Република, Израел, Јамајка, Мексико, Нигерија, Уганда и Уругвај.

---

<sup>302</sup>*International Federation of Fertility Societies Surveillance 2010, American Society for Reproductive Medicine, Elsevier Inc. 2010.*

Доза на политичка тежина на прашањето за пристап на сами жени до БПО беше дадена во Словенија, каде што се одлучуваше со референдум на 17-ти јуни 2001 година. По долготрајни дебати, Словенците одлучија дека сами жени не треба да имаат пристап до БПО со 72,36% од гласачите кои гласаа против и само 26,38% од нив кои истото го поддржаа.<sup>303</sup>

Во Европа, не секогаш има бинарни одговори по однос на прашањето дали сами жени можат да зачат семејство. Често, таквото право е условено со претходни неуспешни третмани, невозможност на друг начин да се зачне, констатирана состојба на стерилност (што е недоследна условеност бидејќи жените што сакаат да зачат на овој начин најчесто не се стерилни, но имаат некоја друга причина – немање партнер, истополова сексуална определба итн). Така на пример, на сами жени изрично со закон им е забрането да остварат репродуктивно право со донација на сперма во Италија, Франција, Германија и Шведска. Тие можат да аплицираат за донација на сперма и да зачат дете само под одредени околности во Република Македонија, Република Хрватска и Република Србија. На сами жени им е дозволен пристап до БПО без поставување на дополнителни услови и на еднакви основи во Холандија, Белгија и Велика Британија.

---

<sup>303</sup> Видете повеќе Zerjav T. *op.cit.*, 2012, стр. 10.

## 2. Аргументација за правото на сама жена да користи БПО

Една меѓународна студија спроведена во 16 земји покажа дека поголемиот дел од возрасните лица ја сметаат репродукцијата и засновањето на семејство со деца како неопходни за нивниот личен развој.<sup>304</sup> Друга студија во САД покажа дека повеќе од 90% од жените или имаат деца или очекуваат да имаат во иднина, а само 6% од жените доброволно избираат да немаат деца.<sup>305</sup> Ова го покажува ставот дека продолжувањето на гените и сонот за семејство со деца е избор кој преовладува кај повеќето луѓе.

Една од најпроминентните феминистки, Симон де Бовоар (Simone de Beauvoir), ја критикуваше репресивноста на нормативната женственост како подредена на репродукцијата и мајчинството, како тие две улоги да се единствени на жената.<sup>306</sup> Таа ја бранеше тезата дека репродуктивните тела на жените се причина за нивниот подреден социјален статус, а во исто време посочуваше на силната емотивна врска меѓу мајката и детето како "заедничка и штетна опсесија".<sup>307</sup> Затоа, репродукцијата и нејзината улога во животот на жената доведе до несогласувања помеѓу феминистите во однос на

---

<sup>304</sup>Gallup, Inc. *Global Study of Family Values*, 1997. Достапно на интернет: <http://www.gallup.com/poll/9871/1997-global-study-family-values.aspx>.

<sup>305</sup>Chandra A., Martinez G., Mosher W., Abma J., Jones J., "Fertility, Family Planning, and Reproductive Health of U.S. Women. Податоци од: 2002 National Survey of Family Growth". *Vital and Health Statistics*, Vol. 25, стр. 1-160, 2005.

<sup>306</sup> De Beauvoir S., *The Second Sex*, Parshley H.M. (trans.), Vintage Books, 1989. (The original title: *Le deuxième Sexe*, Vol. 1 and Vol. 2, Gallimard, 1949).

<sup>307</sup>*Ibid.*

репродуктивните слободи и нивното толкување: негативно – против прокреација, или позитивно - да се има деца по сопствена волја.<sup>308</sup> Стремејќи се кон ослободување, фокусот на феминистите долго време беше ставен на негативното право, промовирајќи контрола на раѓањата, абортус и колективни методи за раѓање на деца. Со еволуцијата на репродуктивните технологии, политиката на феминистите се промени. Новата либерализација зема замав на неколку нивоа. Прво, биолошките возрасни граници беа проширени (овозможувајќи им на жените реализирање на професионалните можности). Второ, со менувањето на репродуктивната природа на жените со БПО, беше намален општествениот репродуктивен притисок и се замолчија гласовите кои тврдеа дека е во вродената природа на жената таа да стане мајка.<sup>309</sup> Сепак, она што е слично на моменталната битка за индивидуалните позитивни репродуктивни права е борбата да се диференцираат јавните и приватните сфери, што е изразено во слоганот на феминистичкиот втор бран: "личното е политичко - the personal is political".<sup>310</sup> Како што овој бран целеше во насока на минимизирање на родовите разлики, а на тој начин лобираше и за родова неутралност, така поновите трендови го имаат за цел славењето на женската различност, меѓу другото и ексклузивноста за раѓање на деца со што повикуваат на

---

<sup>308</sup>Mottier V., "Reproductive Rights", Waylen G., Celis K., Kantola J, Weldon S.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford University Press, 2013, стр. 215.

<sup>309</sup>Firestone S., *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, Bantam Books, 1970, стр. 188, 193, 194.

<sup>310</sup>Mottier V. *op.cit.*, 2013, стр. 225.

морална супериорност на жените.<sup>311</sup> Но, уште повеќе, тие се на став дека еднаквиот третман на жените и мажите претставува основа за неправда, имајќи ја во предвид нивната природна нееднаквост.<sup>312</sup>

Правото на репродукција, а со тоа и на создавање на семејство е прогласено и заштитено како човеково право во УДЧП (член 16)<sup>313</sup> и во ЕКЧП (член 12)<sup>314</sup>. Двата меѓународни документи за заштита на човековите права го фаворизираат правото да се заснова семејство во брак. Овие дефиниции веќе не кореспондираат со реалноста, а особено во случаите кога семејството е засновано со примена на новите репродуктивни технологии. Некои аспекти на членовите се толку нејасни дозволувајќи слободно толкување од страна на националните законодавства во зависност од политичката, правната, моралната, верската и културната перцепција на семејството и приватноста. Поради тоа, маргината на почитување на прашањата кои се однесуваат на семејното право е широка, а особено се битни следните: дали бракот е услов за засновање

---

<sup>311</sup>Kingdom E., "Birthrights. Equal or Special?", Lee R., Morgan D. (eds.), *Birthrights, Law and Ethics at the Beginning of Life*, Routledge, 1989, стр. 22. Видете исто така Eisenstein H., *Contemporary Feminist Thought*, London, Allen & Unwin, 1984, стр. 140-141.

<sup>312</sup>*ibid.* Kingdom E., стр. 25, упатувајќи на Wolgast, *Equality*, стр. 155

<sup>313</sup>(1) Полнолетните мажи и жени, без никакво ограничување од расата, националноста или религијата, имаат право на брак и право на засновање на семејство. Тие имаат исти права во однос на стапувањето во брак, во рамките на бракот и по неговиот престан; (2) Во брак може да се стапи само со слободна и целосна согласност на лицата кои сакаат да стапат во брак; (3) Семејството е природна и фундаментална групациска единица на општеството која е заштитена од општеството и од државата.

<sup>314</sup>Полнолетните мажи и жени имаат право да стапат во брак и да засноваат семејство, во согласност со националните закони кои го уредуваат остварувањето на ова право.

на семејство? На кого се однесуваат термините "мажи" и "жени": само на хетеросексуалните партнери или исто така и на еднополовите, или можеби и на самите жени и самите мажи (во земјите каде што сурогат мајчинството е дозволена практика)? Дали репродукцијата е прашање на поделба на улогите меѓу половите и дали е комплементарно со асиметричните репродуктивни права и обврски? <sup>315</sup> Дали мажите и жените треба да бидат на одредена возраст за да склучат брак или исто така и за да засноваат семејство? Конечно, дали основата на семејството е утврдена со закон, обичај или од биологијата, а со тоа и дали семејството е примарно природна или општествена конструкција? Оттука, дали правните пречки за стапување во брак, кохабитација со партнерот и засновање на семејство се однесуваат на крвни роднини или само на правно признати роднини? Дали децата зачнати со донација на сперма треба да го знаат нивното крвно сродство и колку познавањето на истото е значајно?

Она што се промени од времето на донесување на документите за човекови права до сегашниот момент е перцепцијата на семејната единица. Денес, семејството е толку проширен концепт колку што овозможува националната правна рамка.

Националните јавни дебати во однос на репродуктивните права многу често се водени од политички идеологии кои служат за обликување на политичките

---

<sup>315</sup> Видете на пример Sheldon S., "Reproductive Choice. Man's Freedom and Women's Responsibility", Spencer J.R. and Bois-Pedain (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, стр. 176.

позиции.<sup>316</sup> На пример, семејствата на сами жени биле жестоко критикувани во говорот на Маргарет Тачер за време на дебатата околу воведувањето на регулатива за издршка на децата.<sup>317</sup> Со цел да се заштити цврсто вкоренетата хетеросексуалност во семејниот живот, говорот предупреди од создавање на други девијантни форми за одгледување на деца загрозувајќи ги хетеросексуалните нуклеарни семејства.<sup>318</sup> Овој вид на наметнат модел на семеен живот исто така идеше во насока на постигнување на економски цели (намалување на улогата на државата во обезбедување на социјална помош со принудување на отсутните татковци да обезбедуваат финансиски средства за нивните деца), а исто така и промовираше морални пораки дека "родителството е битно за животот" како и дека "таткото има клучна улога на 'снадбувач' за своите деца".<sup>319</sup> Политичкиот дискурс на трансформирање на родовите и идентитетот, како и на начините на засновање и престан на семејните односи и врски, го заменија нуклеарното семејство со т.н. "рекомбинирано семејство (recombinant family).<sup>320</sup> Како резултат, единствениот модел на семејство се претвори во разновидност на нови семејни форми кои станаа

---

<sup>316</sup>Gal S., Kligman G, "The Politics of Gender after Socialism", Princeton University Press, 2000.

<sup>317</sup>Видете подетално во: Donovan C., *Genetics, Fathers and Families. Exploring the Implications of Changing the Law in Favour of Identifying Sperm Donors*, Social & Legal Studies, SAGE Publications, 2006, стр. 496.

<sup>318</sup> Brindle D., White M., "Thatcher Rounds on Absent Fathers", *Guardian*, 18 Јануари, 1990.

<sup>319</sup>Donovan C., 2006 *op.cit.* Видете понатаму во Millar J., "State, Family and Personal Responsibility. The Changing Balance for Lone Mothers in the United Kingdom", Allen G. (ed.) *The Sociology of the Family. A Reader*, Oxford, Blackwell, 1999, стр. 247-262.

<sup>320</sup> Stacey J., *Brave New Families. Stories of Domestic Upheaval in the Late Twentieth Century*, Basic Books, 1990.

предмет на интерес на правните и социолошките науки кои ги истражуваат родовите односи и нивните взаемни релации, интимноста и семејните политики.<sup>321</sup>

Во таа насока, репродуктивните права, пристапот до БПО на сами жени и правото на детето на живот со двајца родители станаа предмет на национални политички одлуки. Така, приватната сфера на семејниот живот стана јавна и дискутирана во политичката арена. Ова им дава можност на земјите не само да ја формираат својата политика во општеството, туку и врз основа на нејзе, да го регулираат семејниот живот на национално ниво, дури понекогаш и наспроти универзално прифатените човекови права на поединецот.

Сепак, во повеќето земји, репродуктивно право повеќе не се изведува од семејството. Напротив, многу често се смета како вродено човеково право на секој поединец. Дури и повеќе, практиките на ЕСЧП и неговите толкувања на она што се класифицира како јурисдикција на земјите-членки во рамките на маргината на почитување со помош на принципите на европскиот стандард еволуирале во националните правни системи со кои се признаваат нови човекови права, како што е

---

<sup>321</sup> Видете подетално во: Giddens A., Eichler M., *Family Shifts. Families, Policies, and Gender Equality*, Oxford University Press, 1997; Beck U. & Beck-Gernheim E., *The Normal Chaos of Love*, Cambridge Polity Press, 1995; Silva E.B. & Smart C. (eds.) *The New Family?* London, Sage, 1999; Jagger G. & Wright C. (eds.) *Changing Family Values*, London Routledge, 1999; Allen G., Hawker S., Crow G., "Family Diversity and Change in Britain and Western Europe", *Journal of Family Issues*, Vol. 22, No. 7, 2001, стр. 819-837; Beck-Gernheim E., *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge Polity Press, 2002; Scott J., Treas J., & Richards M. (eds.), *The Blackwell Companion to the Sociologies of Families*, Blackwells Publishing, 2004.



признавање на индивидуалното право на почитување на приватниот и семејниот живот и неговата содржина.<sup>322</sup> Така, конструирањето на семејства од две лица кои се состојат од сама жена и дете е реалност во зависност од тоа дали истото е општествено и законски прифатливо или не. Ова е во спротивност на тврдењето дека репродуктивно право треба да биде подигнато на ниво на природно право, со оглед на тоа што самостојното зачнување на дете природно не е можно поради тоа што суштински е поврзано со друго лице (во услови кога клонирањето не е опција). Доколку се смета како општествено прифатливо, а со тоа и правно возможно, исто така би било и технички можно сами жени да го искористат нивното право да зачат дете. Дури и со помош на технологијата, наводниот апсолутен и природен карактер на репродуктивното право е ставен под прашање од страна на другите учесници кои имаат интерес во истиот репродуктивен процес - другата страна, која придонесува со генетски материјал како и самиот „производ“ – детето. Иако репродуктивните технологии беа воведени со цел да се надмине неплодноста на двојка, правото на сами жени да се оплодат со користење на донирана сперма има уште една димензија, што е желбата да се доживее мајчинството без инволвирање во сексуален однос и без споделување на

---

<sup>322</sup>Видете, на пример Dobozi V., "The Right to Know One's Biological Identity", *The International Conference Challenges of the Knowledge Society*, Bucharest 17<sup>th</sup>-18<sup>th</sup> May, 2013, (7<sup>th</sup> edition), стр. 512. Авторот е на став дека судската пракса на ЕСЧП имаше влијание во еволуцијата на правниот контекст во Велика Британија во доменот на репродукцијата со инволвирање на трета страна, интегрирајќи го правото на било кое лице да го знае својот биолошки идентитет во дотогашниот правен контекст (стр. 516) и со тоа претставувајќи го "правото да се знае биолошкиот идентитет" како ново човеково право.

родителска одговорност со партнерот. И покрај тоа што се работи за "сама жена", најмалку три лица сепак учествуваат во "репродуктивниот проект".

Поради тоа што УДЧП и ЕКЧП го асоцираат правото на репродукција и на засновање на семејство со бракот, станува очигледно дека постои несогласување помеѓу индоктринацијата и репродуктивната реалност на самата жена. Џон Харис препознава три семејни фундаменти во зависност од тоа кој е во фокусот: (1) општеството (каде семејството е основна клетка на општеството, а со тоа и правото на засновање семејство е од општествен интерес обезбедувајќи следни генерации), (2) возрасните (право да се заснова семејство како димензија на човечките слободи), и (3) детето (обезбедување на интересите на следната генерација, т.е. децата).<sup>323</sup>

Бинарниот пристап на "природната" наспроти "вештачката" поставка во однос на репродукцијата може да се критикува преку аргументот дека зачнувањето на детето во двете поставки е исто, без оглед дали се имитира природата или не. Дури и повеќе, некои автори сметаат дека сличноста помеѓу зачнувањето со сексуален однос и потпомогнатата репродукција е исто толку лицемерно колку што е дефинирањето на семејството како природна формација.<sup>324</sup> Ворнер (Warner) го изведува природниот карактер на хетеросексуалната репродукција во сексуалноста, дефинирајќи ја *репросексуалноста* како "врска со себе што ја наоѓа својата

---

<sup>323</sup>Harris J., 1989, *op. cit.*

<sup>324</sup>Zerjav T., 2012, стр. 30 и 44, *op. cit.*

соодветна временост и остварување во преносот на следните генерации".<sup>325</sup> Технологиите на БПО веќе ги апсорбираа концептите на сексуалноста овозможувајќи одделување на репродукцијата од сексуалните односи, со што се загрозуваат хетеронормативните односи на природна репродукција.<sup>326</sup> Според тоа, потпомогнатата репродукција нема никаква врска со хетеросексуалноста, овозможувајќи пристап за сите без оглед на нивната сексуалност, или „бивање сам“ (singlehood).

Од друга страна, некои други автори го критикуваат лоцирањето на родителското право и семејството во полето на "дискусија за правата (rights talks)".<sup>327</sup> Тие сметаат дека овие концепти се прилично егоцентрични и ја поттикнуваат родителската посесивност, додека во исто време ја нарушуваат одговорноста што се препишува на другите засегнати страни, како на пример на детето. На дискусиите во однос на правото да се биде родител или за родителските права секогаш треба да се гледа како на "начин на заштита на правото на детето на родителска грижа".<sup>328</sup> Затоа, репродуктивното право и правото да се биде родител се непостоечки како индивидуални човекови права. Некои други автори ги дефокусираат репродуктивните права од фокусот на "дискусија за право на репродуктивен избор" во својата спротивност - "дискусија за

---

<sup>325</sup>Warner M., "Introduction. Fear of Queer Planet", *Social Text*, Бр. 29, 1991, стр. 9.

<sup>326</sup>Zerjav, 2012, стр. 44, *op.cit.*

<sup>327</sup> Minow M., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell University Press, 1990; Fitzgerald W.A., "Maturity, Difference, and Mystery.Children's Perspectives and the Law", *Arizona Law Review*, Vol. 36, Бр. 11, 1994.

<sup>328</sup>Richards J. L., "Redefining Parenthood. Parental Rights Versus Child Rights", *Wayne Law Review*, Vol. 40, 1993-1994, стр. 1227.

репродуктивни одговорности".<sup>329</sup> Согласно со ова, она што е важно се последиците од репродукцијата, а не остварувањето на правото на репродукцијата. Дополнително, дозволувајќи им го на самите жени правото на оплодување со донација на сперма секогаш треба биде условено со не-анонимни донации. Во спротивно, репродуктивното право е само инструментално за задоволување на сопствените потреби на возрасните и кога ќе се оствари целосно ги игнорира интересите на децата.<sup>330</sup> Спротивно на претходното, откривањето на идентитетот на донорот не е интрузивно за никого. Истото не го повредува правото на жените да користат донирана сперма, па дури и повеќе, го прави повеќе легитимно и оправдано формирањето на семејство.<sup>331</sup>

### **3. Сама жена како родител по сопствен избор**

Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените ги гарантира репродуктивните права на жените како дел од основните човекови права и слободи и го обезбедува правото на секоја жена слободно да

---

<sup>329</sup>Bainham A., "The Rights and Obligations Associated with the Birth of a Child", Spencer J.R. and Bois-Pedain (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

<sup>330</sup>McWhinnie A., "Gamete Donation and Anonymity. Should Offspring from Donated Gametes Continue to be Denied Knowledge of their Origins and Antecedents?", *Human Reproduction*, Vol. 16, 6p. 5, 2001, стр. 807-817.

<sup>331</sup>Chestney E.S., "The Right to Know One's Genetic Origin. Can, Should, or Must a State that Extends the Right to Adoptees Extend an Analogous Right to Children Conceived with Donor Gametes?", *Texas Law Review*, Vol. 80, Бр. 2, 2001, стр. 365-391, стр. 391.

одлучува за раѓањето и бројот на децата кои ќе ги одгледа.<sup>332</sup> Комитетот за етика на Американското друштво за репродуктивна медицина е на став дека е етичка обврска да се третираат еднакво лицата кои не се во брак и оние кои се сами со оние кои се во брак, дотолку повеќе кога станува збор за спроведување на целите на био-медицинско потпомогнатата репродукција.<sup>333</sup> Целите на ОН за населението и развојот ја потврдија дефиницијата на Светската Здравствена Организација за здравјето, проширувајќи ја во контекстот на репродукцијата со дефинирање на репродуктивното здравје како "состојба на целосна физичка, ментална и социјална благосостојба, а не само отсуство на болест или несигурност по сите прашања поврзани со репродуктивниот систем и неговите функции и процеси". Така, неплодноста е дефинирана пошироко од медицинска состојба, претставувајќи исто така и социјална состојба, промовирајќи го пристапот до достапните репродуктивни технологии не само за паровите, но исто така и за сами жени.

Во категоријата на "сами жени по избор" припаѓаат доминантно хетеросексуалните жени во нивните 30ти години кои се добро образовани и финансиски независни.<sup>334</sup> Овие жени нужно не мора да не ги прифаќаат семејните идеали на традиционалното семејство. Напротив, тие обично ги

---

<sup>332</sup>Член 16, од Конвенцијата за елиминирање на сите форми на дискриминација против жените на ОН (*United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), 1979.

<sup>333</sup>The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, 2009, *op.cit.*

<sup>334</sup>Видете повеќе во Murray C. Golombock G., 2005; Hertz R., *Single by Chance, Mother by Choice. How Women are Choosing Parenthood without Marriage and Creating the New American Family*, Oxford University Press, 2006, *op.cit.*

балансираат нивните биолошки часовници со нивните можности, обидувајќи се да зачуваат барем дел од нив со надеж дека нивниот партнер во улога на татко на нивните деца ќе се појави подоцна во животот.<sup>335</sup> За разлика од нивните перцепции, општите перцепции за самохраните мајки по избор кореспондираат често со негативната слика на отстапување од "нормалните" семејства на двајца родители, а со тоа се третираат како неприродни и лоши.<sup>336</sup>

Бројни студии покажаа дека изборот да се биде самохран родител намерно не е прашање на избор, туку е ограничувачка одлука да се заснова семејство во отсуство на изгледи за истото (намалување на плодноста во услови на непостоење на посакуван партнер).<sup>337</sup> Некои истражувања пак покажаа дека жените дури и чувствуваат тага кога се одлучуваат да го фатат "последниот воз" за да се етаблираат како сами мајки, како резултат на недостаток на партнер. За многумина, одлуките од тој тип се од привремен карактер, се додека не запознаат партнер со кого ќе можат да ги одгледаат нивните веќе зачнати деца.<sup>338</sup>

---

<sup>335</sup> Graham S., "Choosing Single Motherhood? Single Women Negotiating the Nuclear Family Ideal", Cutas D., Chan S., (eds.) *Families – Beyond the Nuclear Ideal*, Bloomsbury Academic, 2012.

<sup>336</sup>Correia H., Broderick P., "Access to Reproductive Technologies by Single Women and Lesbians. Social Representations and Public Debate", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Vol. 19, No. 4, стр. 241-256, 2009; Fineman M., *The Sexual Family. Family and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate, 2009.

<sup>337</sup>Graham S., 2012, *op.cit*; Mannis V.S., "Single Mothers by Choice", *Family Relations*, Vol. 48, No. 2, 1999, стр. 121-128; Bock J., "Doing the Right Thing? Single Mother by Choice and the Struggle for Legitimacy", *Gender and Society*, Vol. 16, No. 1, 2000, стр. 62-86; Hertz R., 2006, *op. cit*; Jadva V., Badger S., Morrisette M., Golombock S., "'Mom by Choice, Single by Life's Circumstance...' Findings from a Large-scale Survey of the Experiences of Single Mothers by Choice", *Human Fertility*, Vol. 12, No. 4, 2009, стр. 174-84.

<sup>338</sup>Graham S., 2012, *op.cit*.

Во компаративната литература, самохраните мајки по сопствен избор се осудуваат поради неколку причини. Меѓу другото, тие се осудуваат за намерно поткопување на институцијата на традиционалното семејство (а со тоа и намерно лишување на децата од татко и тоа не само како резултат на нефункционално семејство или други околности) и за отворање на вратите на репродуктивниот конзумеризам (какви што би биле купување или нарачување на бебето, изборот на татко според личните преференции од каталог на донорите на сперма, итн.).<sup>339</sup>

Според некои поборници на правото на самите жени да ја креираат нивната репродуктивна судбина колку што е можно во поголема мерка, самите жени се прифатливи да бидат самохрани родители најмалку поради четири причини: возраста, одговорноста, емотивната зрелост и финансиската способност.<sup>340</sup> Овие четири основи, исто така, на самите жени им доделуваат различен легитимитет од самохраните родители кои зачнале по грешка во нивните тинејџерски години или од оние кои се зависни од институциите за социјална заштита.<sup>341</sup> Целта на оваа диференцијација е да се зајакнат аргументите за нивната општествена оправданост.

Од друга страна, осудувајќи го детето да биде без татко од неговото раѓање, но и да не го знае неговото генетско потекло е за многу автори морално погрешно и причина

---

<sup>339</sup>*Ibid.* Исто така видете Soiseth A., *Choosing You. Deciding to have a Baby on my Own*, Seal Press Berkley, 2008.

<sup>340</sup>Bock J.D., "Doing the Right Thing? Single Mother by Choice and the Struggle for Legitimacy", *Gender and Society*, Vol. 14, No. 1, 2000, стр. 62-86.

<sup>341</sup>*Ibid.*

повеќе зошто на самите жени треба да им се забрани пристапот до БПО.<sup>342</sup>

Некои автори демонстрираа морална паника во врска со изгледите на семејствата без татко кога започнаа дебатите за воведување на можноста жената да зачне сама.<sup>343</sup> Политичките лидери исто така изразија неподготвеност да ги поддржат идните неостварени очекувања на децата кои се зачнати на таков начин да имаат фер пристап до семејната историја.<sup>344</sup>

До 2010 година, многу европски земји ја воведоа можноста на самите жени да зачат преку БПО: Белгија, Бугарија, Данска, Естонија, Финска, Грција, Унгарија, Исланд, Црна Гора, Русија, Шпанија, Велика Британија, Белорусија, Србија, Украина и Република Македонија.<sup>345</sup> И покрај актуелната доминантно присутна либерализација во Европа, можноста сама жена да биде корисник на правото на БПО во многу земји сеуште е контроверзно прашање. Францускиот закон за јавно здравје пропишува дека само двојките имаат право на користење на БПО,<sup>346</sup> поддржувајќи го ставот дека децата родени со БПО имаат право да живеат во семејство

---

<sup>342</sup>Velleman D., "Family History", *Philosophical Papers*, Vol. 34, No.3, 2005, стр. 357-378.

<sup>343</sup> Walker K., "1950s Family Values v. Human Rights: In Vitro Fertilization, Donor Insemination, and Sexuality in Victoria", *Public Law Review*, Vol. 11, No. 4, стр. 292-307, Cannold L., "DNA tests, Paternity 'Fraud' and Moral Panic about Single Women and Lesbians forming Families with Donor Sperm", *Journal of Professional and Applied Ethics*, Vol. 4, No. 2, 2003.

<sup>344</sup>Dempsey D., 2004, стр. 80, *op.cit.*

<sup>345</sup>Howard W. J. *et al.*, 2010, стр. 22-23, *op.cit.*

<sup>346</sup>ART L 2141-2, Code de la Sante publique, amendment LOI n 2011-814 du &juillet 2011 – art 33.



коешто е составено од двајца родители.<sup>347</sup> Во Словенија, правото на користење на БПО беше доведено во прашање на референдум на кој 80% од гласачите ја поддржаа ексклузивната можност на паровите да користат БПО.<sup>348</sup> Република Србија избра решение кое е неутрално: додека паровите имаат можност да го остварат своето репродуктивно право како основно правило, на самите жени им беше дозволено да се репродуцираат преку користењето на БПО како исклучок: ако за тоа постојат оправдани причини и доколку постои согласност од министрите одговорни за здравство и семејни односи.<sup>349</sup> Поради ограничувањата и условното остварување на репродуктивното право врз основа на исполнување на одредени критериуми (меѓу кои и условот жените да се под одредена репродуктивна возраст) вратите на "репродуктивниот туризам" се отворија спрема Република Македонија. Денес, многу жени од Србија доаѓаат во Македонија да се подложат на постапката на БПО.<sup>350</sup> Македонскиот Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување дозволува остварување на репродуктивното право на самите жени преку БПО, но условено со претходно постоење на одредени услови какви што се: претходното лекување или лекувањето со други методи да било неуспешно,

---

<sup>347</sup>*Les Lois de Bioéthique. Cinqansaprès*, Étude Adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999, La Documentation Française, Paris, 1999.

<sup>348</sup>Gordon, K., van Houten, N., IFFS Surveillance 07, *Fertility & Sterility*, Vol. 87, No. 4, 2007, pp. 7-18.

<sup>349</sup>Член 26, Law on Infertility Treatment through a Procedure of Bio-medically Assisted Fertilization, Republic of Serbia.

<sup>350</sup>Видете Mickovikj D., Ristov A., "Bio-medically Assisted Fertilization in the Republic of Macedonia", Jansen B.E.S., Ignovska E., (eds.) *Law, Public Health Care System and Society*, Vol. 8, 2012.

земајќи ја во предвид возраста на жените и нивната општа состојба во однос на нивната способност да бидат родители.<sup>351</sup>

Една студија за реакциите и последиците по детето од зачнувањето на постарите сами мајки кои користеле донирана сперма заклучила дека социо-емоционалниот развој на децата бил нормален и во толерабилни граници.<sup>352</sup> Сепак, студијата, исто така открила здравствени девијации на дел од самите жени (бидејќи зачнувањата се одвивале на постара возраст, тие имале поголем број спонтани абортуси и други дополнителни проблеми со зачнувањето и носењето на бременоста во рамките на биолошкиот термин). Многу жени, исто така, имале искуства на финансиски потешкотии во врска со проблемот на чување на своите деца додека работеле прекувремено. Како резултат на ова, следеше заклучокот дека постарите самохрани мајки кои зачнале со помош на донација на сперма презентирале доста сложена ситуација во однос на нивната семејна реалност.

Една скорешна студија, во врска со задоволствата, грижите, проблемите и начините за справување со нив во семејствата на сама мајка која зачнала со донација на сперма, најде на разновидност од реакции. Додека мајките најчесто

---

<sup>351</sup>Член 9, Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, 2008 година е предвидено дека: "Возрасните мажи и жени кои имаат деловна способност, кои се во брак или живеат во вонбрачна врска, како и самите жени кои не се во вонбрачна врска имаат право да ја користат постапката на БПО, под услов претходниот третман или лекувањето со други методи да бил неуспешен и кои во согласност со нивната возраст и општата состојба се способни за вршење на родителството."

<sup>352</sup>Weissenberg R., Landau R., Madgar I., "Older Single Mothers Assisted by Sperm Donation and their Children", *Human Reproduction*, Vol. 22, No. 10, 2007, стр. 2784-2791.

покажаа големо задоволство од зачнувањето дете, тие беа најмногу загрижени дека во случај на нивна болест, нема да има кој да се грижи за детето.<sup>353</sup> Тие, исто така, беа загрижени и за нивната постара возраст која во споредба со мајките на врсниците на нивните деца е очигледна. Сите деца во испитуваниот примерок посакувале татко. Дадените информации за таткото, без оглед на неговата лична идентификација или не, биле од големо значење за децата. Во отсуство на реална татковска фигура, децата биле во потрага по идентификација на татковската фигура во она машко лице кое било најприсутно во нивниот живот и често ги обвинувале своите мајки за недостатокот од татко. Во заклучокот на истата студија, на сите семејства од сама мајка им била потребна проширена семејна заедница. На мајките им била потребна помош од нивните постари мајки, пријатели или роднини. На децата им било потребно друштво од машката фигура и од друг роднина/брат за да ја надминат осаменоста.<sup>354</sup> Постојат голем број на студии кои се фокусираат на ефектите од недостатокот на татковска фигура на когнитивниот, социјалниот и емотивниот развој на детето кои покажале негативни резултати.<sup>355</sup> Исто така, има голем број на студии кои покажуваат негативни резултати кога станува збор за здравјето на мајките.<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup>Weissenberg R., "Are Two A Family? Older Single Mothers Assisted by Sperm Donation and their Children Revisited", *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 82, No. 4, 2012, стр. 523-528.

<sup>354</sup>*Ibid.*

<sup>355</sup>McConachie H., "Psychological Correlates of Depressive Symptoms among 12-14 year old Norwegian Adolescents", *Child: Care, Health and Development*, Vol. 30, No. 2, 2004, стр. 184; Weitof GR, Hjern A., Haglund B., Rosen M., "Mortality, Severe Morbidity, and Injury in Children Living with Single Parents in Sweden. A Population Based Study", *Lancet*, Vol. 361, 2003, стр. 289-295.

<sup>356</sup> Franz M, Lensche H., "Psychosocial Distress and Symptoms of Single Mothers and their Children in a Large Community Sample", *Z Psychosomatic Medicine and Psychotherapy*, Vol. 49, No. 2, 2003, стр. 115-138; Roos E., Burstrom B.,

Патот што жените го поминуваат до мајчинството, без да се потпрат на партнер може да се манифестира со посвојување, бременост од познат донор, оплодување од анонимен донор или "случајни" бремености.<sup>357</sup> Во повеќето од истражуваните студии кои се занимаваат со семејниот живот создаден при секоја од наведените начини на доаѓање до целта, заклучоците констатираа дека дека мајките и децата ги прифаќаат добро сите овие форми. За овие автори, жените кои што се вклучени во ваков вид на сценарио се креативни во пронаоѓањето на решенија за да се грижат за сите аспекти на нивното семејство. Тие исто така сметаат дека изборот што го прават од самиот почеток (и кој ќе влијае на идното можно сродство на децата со таткото) се балансира на начин што иде во прилог на благосостојбата на детето.<sup>358</sup>

---

Saastamoinen P., Lahelma E., "A Comparative Study of the Patterning of Women's Heal by Family Status and Employment Status in Finland and Sweden", *Social Science & Medicine*, Vol. 60, No. 11, 2005, стр. 2443-2451; Whitehead M., Burstrom B., Didericksen F., "Social Policies and the Pathways to Inequalities in Health. A Comparative Analysis of Lone Mothers in Britain and Sweden", *Social Science & Medicine*, Vol. 50, No.2, 2000, стр. 255-270.

<sup>357</sup>Hertz R., Ferguson I.T.F., "Kinship Strategies and Self-Sufficiency Among Single Mothers by Choice. Post Modern Family Ties", *Qualitative Sociology*, Vol. 20, No. 2, 1997.

<sup>358</sup>*Ibid.* стр. 190.

## 4. Индивидуалните права и соодветните

### одговорности на сама жена

#### 4.1. Права

Постои обемна литература во однос на причините и последиците од феноменот на живеење како само лице.<sup>359</sup> Голем дел од таа литература е концентриран на социолошкиот контекст што го потенцира начинот на живот како спротивност на животот во партнерство. Во однос на претходното, се појавија антоними како само лице/лице од пар, самотност (singlehood) / спареност (coupledom) каде што спареноста и животот во партнерство се норма во однос на која се мерат сите отстапувања.<sup>360</sup> Дефинициите за она што претставува сам родител се разликуваат. Сам родител може да се однесува на лице кое не живее со партнер, но има деца кои ги издржува. За други автори, сами мајки се оние жени кои решиле да останат сами од моментот кога одлучиле да станат корисници на донација на сперма, како спротивност на тинејџерска бременост или постари мајки кои посвоиле дете.<sup>361</sup>

---

<sup>359</sup>За повеќе видете Stein P., "Singlehood. An Alternative to Marriage", *The Family Coordinator*, Vol. 24, No. 4, стр. 489-503, 1975; DePaulo B.M., Morris W.L., "Singles in Society and in Science", *Psychological Inquiry*, Vol. 16, No. 2, 2005, стр. 57-83; DePaulo B.M., Morris W.L., "The Unrecognized Stereotyping and Discrimination Against Singles", *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 15, No. 5, стр. 251-254, 2006; Keiser C.R., Kashy D.A., "The Contextual Nature and Function of Singlism", *Psychological Inquiry*, Vol. 16, No.2, 2005, стр. 122-126; Giddens A., *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge Polity Press, 1993.

<sup>360</sup>Zerjav T., 2012; стр 52, *op.cit.*

<sup>361</sup>Murray C, Golombok S., "Going it Alone. Solo Mothers and their Infants Conceived by Donor Insemination", *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 75, 2005, стр. 242-253.

Појдовна точка на појавата на самотноста (singlehood) е деградацијата на институцијата брак и зголемување на стапката на разводи.<sup>362</sup> Оваа појава е само една последица од ослободувањето на жените од улогата на „зложници“ во домаќинството што беше предизвикана со промените на пазарот на трудот, како и со зголемената потреба за индивидуализација.<sup>363</sup> Како резултат на тоа, родовите улоги драматично беа променети и можноста за идентификација со семејниот модел во кој партнерите беа израснати беше намалена. Индивидуализацијата и приматот на личната среќа регрутираа многу бунтовници против семејниот живот. Прифаќањето на "неповратното распаѓање на институцијата брак", како основа за развод ги олесни разводите повеќе од кога било досега.

Првично, семејствата од еден родител беа производ на сепарација, развод или смрт на еден од родителите. Стапката на разводи се зголеми драстично од 1960 година до денес, а исто така се зголеми и бројот на семејства со еден родител. Според една студија за еднородителски семејства во 1992 година, 29% на сами родители беа регистрирани во САД, додека процентот варираше во рамките на членките на Европската унија од висок (во нордиските земји и во Велика Британија, кадешто беше највисок во Данска со 34.4%) до низок во понеразвиените земји (со најниско ниво во Шпанија со 13.4%).<sup>364</sup> Овој тренд на сами родители кореспондира со

---

<sup>362</sup>За повеќе видете Beck U., Beck-Gernsheim, E., *The Normal Chaos of Love*, Cambridge Polity Press, 1995.

<sup>363</sup>*Ibid.*

<sup>364</sup>European Observatory on National Family Policies, *Policy and the Employment of Lone Parents in 20 Countries*, the University of York, 1996, стр. 16-17.

стапките на развод или сепарација.<sup>365</sup> Некои понови истражувања покажуваат дека процентот на семејства составени од сама мајка е зголемен во Европа, што главно е претставен од мајки во рана или средна зрела возраст.<sup>366</sup> Процентот на сами мајки на возраст над 40 години се зголемил во Белгија од 9% до 13% помеѓу 1987 и 2002 година, а во Шпанија од 3% до 6%. Сепак, процентот на сами мајки сеуште се смета дека не е висок во Европа.<sup>367</sup>

Трендот на станување на сама мајка по избор, а не поради одделувањето од партнерот е еден скорешен феномен. Да се биде сам не треба да се меша со асексуалноста. Напротив, самоста може да се смета за преодна фаза (за оние кои бараат партнер, но сеуште не го нашле), или трајно решение (за оние кои претпочитаат да живеат сами, наместо да живеат во партнерство).<sup>368</sup> Асексуалноста и самотноста како алтернативи за сексуалноста и сексуалните односи ја предизвикуваат природата на репродукцијата во хетеросексуален амбиент.<sup>369</sup> Третирањето на сами жени различно од другите жени не се должи на нивната желба да се репродуцираат, туку статусот да се биде сам поради недостатокот од партнер. Сами мајки доброволно ја донеле одлуката да имаат деца без кохабитирање со било каков сексуален партнер со кого имаат привлечност. Во таа смисла, "да се биде сам" не е фраза, туку состојба во одредена фаза во

---

<sup>365</sup>European Observatory on National Family Policies, *A Synthesis of National Family Policies*, 1994, стр. 33 -34 referring to table on *Divorce*, Council of Europe, 1994, Eurostat 1995, and *One Person Households*, Eurostat, 1995.

<sup>366</sup>Fokkema T., Liefbroer A.C., "Trends in Living Arrangements in Europe. Convergence or Divergence?", *Demographic Research*, Vol. 19, 2008, стр. 1351-1471.

<sup>367</sup>*Ibid.*

<sup>368</sup>Zerjav T., 2012, стр. 32, *op.cit.*

<sup>369</sup>*Ibid.*

животот, кога сама жена одлучува да носи, зачне и роди дете без кохабитација со сексуален партнер со кого има привлечност.<sup>370</sup> Аналогијата со природноста, односно неприродноста на репродуцирањето само по себе не треба да се меша со природната потреба за репродукција без оглед на видот на статусот (статус на сама жена или жена во пар). Постојат два вида на семејства со еден родител: (1) доброволно создадено (со посвојување или зачнување по сексуален пат или со помош на донор на сперма) и (2) недоброволно создадено (со одбивањето на родителството, смрт на другиот родител и разделба или развод на родителите). Додека првиот вид на семејства се намерни и планирани, вториот вид обично не се. Главната разлика помеѓу правниот третман на децата од различни видови на семејства е фактот што на оние во првата категорија често не им е дозволен пристап до целата семејна историја, додека на оние во вториот вид им е загарантирана таа привилегија.

Феминистите се најсилни поддржувачи на репродуктивните права на сама жена, главно заради тоа што тие се залагаат за слободниот избор на жените. За Шејли (Shaley), репродуктивниот избор значи "право на жената да избере дали да се репродуцира, или да не се репродуцира, вклучувајќи го и правото да одлучи дали да ја продолжи или да ја прекине несаканата бременост и правото на избор на преферираниот метод на планирање на семејството и контрацепција".<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup>Погледнете ја дополнителната дефиниција на предметот на истражување во Jordana-Pröpper O., "An Anthropological Approach to Voluntarily Single Motherhood in Barcelona", *Journal of Comparative Research in Anthropology and Sociology*, Vol. 4, No. 1, 2013.

<sup>371</sup>Shalev C., "Rights to Sexual and Reproductive Health. The ICPD and the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", *Health and Human Rights*, Vol. 4, No. 2, 2000, стр. 52-53.



Според Лаура Пурди, репродукцијата е пресек помеѓу биоетиката и феминистичката филозофија поради две причини: (1) репродукцијата е најочигледното место каде полот прави разлика и (2) вториот феминистички бран дојде приближно во исто време како и развојот на репродуктивната биологија.<sup>372</sup>

Трансформацијата од двородителски семејства во еднородителски семејства резултираше од неколку причини: образованието на жените и нивната еманципација, желбата за индивидуалност и зголемувањето на стапката на разводи, зачнувањето на дете надвор од брак без подоцнежнo признавање на таткото<sup>373</sup> и одлуката на жените да се репродуцираат со помош на донирана сперма.<sup>374</sup> Семејствата од еден родител на тој начин може да се поделат според повеќе критериуми и можат да припаѓаат во повеќе категории, во кои спаѓаат: (1) семејства од сама мајка или сам татко (во однос на носителот на улогата на сам родител); (2) сам родител под разновидни околности (развод, разделување, смрт) или сам родител по избор<sup>375</sup>; (3) семејства од сам родител од

---

<sup>372</sup>Purdy L.M., 1996, *op.cit.*

<sup>373</sup>Уставот на СФРЈ, 1946 (како дел од правната традиција на Република Македонија) ги признаваше децата родени надвор од брак како еднкви на оние родени во брак само во односот со своите родители. Подоцнежниот Устав на СФРЈ од 1963 им додели полноправен и еднаков статус кој се однесуваше на нивното вклучување во системот на сродството и наследството.

<sup>374</sup>Fisher S.N., Markovic K., Radat J. Ogresta, "‘Za’ i ‘O’ Jednoroditeljskim Obiteljima", Zagreb, *Udruga za Unapredgenje Kvaliteta Zivljena, LET*, 2006.

<sup>375</sup>Видете повеќе во Novakov M., "Jednoroditeljske Porodice", *Socioloski Pregled*, Vol. XLVI, No. 3, 2012, стр. 387-399. Овој автор исто така се сомнева во точноста на терминот *сам родител по сопствен избор*, поради тоа што изборот се сведува на самостојното мајчинство или воздржување од

почеток или оние кои се формирале како такви со текот на времето (во зависност од тоа дали семејството е составено од двајца родители во моментот на раѓање на детето).

## 4.2. Одговорности

Репродуктивното право во рамки на правото на брак и правото на засновање на семејство е опширно елаборирано во литературата. Но, репродуктивната одговорност како одговорно родителство во рамките на репродуктивните избори кон детето, а особено во случаите на сами жени се помалку истражувана тема.<sup>376</sup> Само во поновата историја концептот на родителски одговорности го замени концептот на родителски права и ја истакна перспективата на ориентираност кон детето.<sup>377</sup> Затоа репродуктивните одговорности наложуваат пресретнување на минимум стандарди за да се донесе на свет дете.

Така наречената Изводлива морална обврска ("Plausible moral requirement") на Џоел Фајнберг (Joel Feinberg) се однесува на правата кои идните деца ги имаат од раѓање.<sup>378</sup> Тој ја брани тезата дека интересите на детето и неговата

---

мајчинството, а не на комплетни или некомплетни семејства (во поглед на еден или двајца родители), стр. 390.

<sup>376</sup>Видете повеќе во Freeman M., *The Moral Status of Children, Essays on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

<sup>377</sup>*Ibid.* Фримен (Freeman) го лоцира преминот од концептот на родителски права во родителски одговорности во Извештајот за Правда од 1975 год, Justice report, *Parental Rights and Duties and Custody Suits*, London Justice, 1975.

<sup>378</sup>Feinberg J., *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1984.

благосостојба треба да бидат заштитени, пред детето да биде родено. Доколку тоа не е случај детето станува жртва на повреда на своите права од страна на родителите.<sup>379</sup> Согласно со ова, на идните родители треба да им се наложат ограничувања пред нивната прокреација како услов за минимален праг на погодност за вршење на родителската улога. За Харис, овие репродуктивни ограничувања на полнолетните лица влијае на судбината на децата кои ќе го сочинуваат семејството.<sup>380</sup> За Фримен (Freeman), родителската одговорност е изведена од автономниот процес на донесување на одлуки на родителите. Согласно со ова, "да се извршува родителската одговорност е да се планира родителството, разумно и со емпатија за потребите на детето".<sup>381</sup>

Одговорноста ги придружува сите човечки индивидуи поради тоа што таа е суштински поврзана со човековата интеракција.<sup>382</sup> Затоа, одговорноста треба да биде составен дел од секој процес на донесување одлуки и треба да му претходи на етичкиот избор кога таа е вградена во односот со друг човечки агент/индивидуа. Ова особено треба да се почитува кога се засегнати идните генерации на деца. Анами Дилан (Annemie Dillen) аргументира дека не е исто да се биде одговорен и да се преземе одговорноста.<sup>383</sup> Одговорното

---

<sup>379</sup>*Ibid.* стр. 99-102.

<sup>380</sup>Harris J., "The Right to Found a Family", Scarre G. (ed.), *Children, Parents and Politics*, Cambridge University Press, 1989, стр.133.

<sup>381</sup>Freeman M., 1997, *op.cit.*

<sup>382</sup>Levinas E., *Otherwise than Being, or Beyond Essence*, MartinusNijhoff, 1981.

<sup>383</sup>Dillen A., "Foundations of Responsibility for Children", *International Journal of Children's Spirituality*, Vol. 13, No. 1, 2008, стр. 51-61.

родителство не се однесува само на планирањето на раѓањето на децата (бројот и динамиката на децата родени во доменот на планирањето на семејството), но треба да се сфати многу пошироко во доменот на родителските одговорности, што е должно да го задоволи правото на детето на траен однос со своите родители.<sup>384</sup> Така, Дилан заклучува дека децата се основниот објект на одговорноста на своите родители. Ова не произлегува од документите за правата на децата (кои всушност се толкување на природата врз основа на искуства и емпириски истражувања, а со тоа и општествена конструкција), туку од исконската и суштинска природа на сите човечки односи.

Дебатите за репродуктивниот избор премногу се фокусираат на репродуктивните права. Нивната примарна грижа треба да бидат репродуктивните одговорности кои ги следат репродуктивните права, секогаш кога луѓето имаат интеракција во одреден однос, а особено кога во односот е инволвирано дете.

---

<sup>384</sup>*Ibid.* Се однесува на работата на педагогот Хан Ван Кромбруге (Han Van Crombrugge) во врска со концептот “родителско ветување”. Видете повеќе во: Van Crombrugge H., “Ik zal er zijn voor jou”. Van Huwelijksgezin naar contractueel gezin: het instituut van het opvoedingscontract en de cultuur van de belofte” (“I will be there for you”, From marital family to contractual family: the institute of the educational contract and the culture of promise”) *Rondom Gezin* 25, стр. 32-50, 2005.

## 5. Дискусија на положбата на сами жени како корисници на БПО

Џудит Стејси (Judith Stacey) во 90-тите години го дефинираше постмодерното семејство како " повеќе од нов модел на семеен живот, или следна фаза од развојот на семејната историја, - како етапа во која верувањето дека постои логичен развој во фазите се распаѓа". Се чини дека оваа дефиниција сеуште се применува и е единствената што никогаш нема да избледне. Еволутивните модели на семејната историја се распаѓаат.<sup>385</sup> Постмодерното семејство се тетерави напред-назад во неизвесна иднина, вклучувајќи ги и експерименталните и носталгичните елементи. Дури и идејата на неговото гледање како преодна форма не е доволно прецизна за да ги отслика промените, бидејќи не постои очекување за преовладување на униформни семејни модели во иднината. Напротив, треба да се прифати дека секое семејство е свој сопствен модел, како што секој поединец е носител на правото да го создаде независно.

Една судска постапка за утврдување на татковство во Португалија (каде што правото на татковство речиси се смета за човеково право), резултираше со заклучокот дека во Португалија сеуште постои општествен отпор кон семејствата на сами мајки.<sup>386</sup> Авторот заклучува дека овие семејства претставуваат потенцијален извор на девијантно однесување

---

<sup>385</sup>Stacey J., 1990, стр. 18.

<sup>386</sup>Machado H., "Biologising Paternity, Moralizing Maternity.The Construction of Parenthood in the Determination of Paternity through the Courts in Portugal", *Feminist Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2008, стр. 215-236.

во отсуство на соодветна социјализација на нивните членови, што е последица токму на отсуството на татко.<sup>387</sup>

Основниот проблем на самите жени во остварувањето на правото на репродукција и засновање на семејство се наоѓа во подвоеноста на она што Зерџав (Zerjav) го нарекува совршени и несовршени семејства.<sup>388</sup> Две спротивставени права го сочинуваат дискурсот: она на самите жени да го остварат своето репродуктивно право без дискриминација и она на децата да ги знаат и да бидат одгледани од страна на нивните родители и тоа во согласност со нивните најдобри интереси. Несовршените семејства не го обезбедуваат детето со идеалот да биде одгледано од страна на двајца родители. Според овој стандард, семејствата составени од сами жени се девијантни како отстапувања од идеалната норма на семејниот живот. Но, сами родители кои одгледуваат деца поради отсуство на партнерот (од различни причини) се секојдневие и стремежите за реализирање на замислени идеали не кореспондираат со реалноста.

Сумирајќи ја дебатата за природниот и вештачкиот карактер на репродукцијата и семејството, постојат три аргументи за изведување заклучоци во случаите на сами жени. Прво, недостатокот на партнер во креирањето на семејството не е природно; затоа нееднаквиот третман на самите жени е оправдан. Противаргументот на ова гледиште нуди друга перспектива: имањето партнер не е секогаш можно и не мора да е секогаш поврзано со потребата да се има дете; затоа

---

<sup>387</sup> Видете исто така Narayan U., Bartkowiak J.J. (eds.), *Having and Raising Children: Unconventional Families, Hard Choices and the Social Good*, Pennsylvania State University Press, 1999.

<sup>388</sup> Zerjav T., 2012, стр. 40, *op. cit.*

нееднаквиот третман на самите жени не е оправдан. Второ, хетеросексуалното семејство коешто е составено од двајца родители е природна средина за одгледување на дете; на тој начин самите жени не треба да се охрабруваат да имаат деца. Противаргументот е дека самохраните мајки можат да обезбедат подобра средина за децата отколку дисфункционалните хетеросексуални семејства; затоа ним треба да им се овозможи да имаат деца. Трето, БПО е медицински третман за лекување на неплодноста; на тој начин самите жените не можат да докажат дека тие се квалификуваат за третман. Противаргументот открива друг аспект на овој аргумент: самите жените, исто така, може да бидат медицински неплодни, иако тие се со сигурност неплодни во општествен контекст; затоа тие треба да имаат право на третман за неплодност.<sup>389</sup> Семејните закони се во пресекот помеѓу индивидуалните права и комунитарните права (како член на семејство како заедница). Перцепциите зависат од оној аспект кој преовладува во набљудувањето - индивидуалните избори и слободата или заедничките одговорности како член на семејството. Затоа, присутни се различни толкувања во компаративната литература. Некои автори аргументираат дека регулативите во доменот на семејствата треба, како приоритет, да бидат водени од потребите на поединците, а не да го структурираат нивното однесување.<sup>390</sup> Законите за семејството треба да обезбедат правна рамка за индивидуален личен развој без структурирање на општеството со дефинирање на единствен начин на живот.<sup>391</sup> Од друга страна, пак, други автори ја земаат одговорноста кон другите членови

---

<sup>389</sup>Zerjav T., 2012. Зерџав ги категоризира главните аргументи за пристап до БПО во изградба на хетеросексуалната норма преку девијантноста и нормативноста на самите жени со користење на структурата на аргументи на Ферклоу (Fairclough). Исто така, види Fairclough H., *Analysing Discourse*, Routledge, Routledge, 2003, стр. 8.

<sup>390</sup>Leleu Y.H., "The Great Shift in Belgian Law", *Reflexions*, Université de Liège

<sup>391</sup>*Ibid.*

на семејството како водечки принцип во регулирањето на семејството. Во ваква комунитарна перспектива, но и следење на аргументот на најдобрите интереси на детето, БПО треба да ги опфати само партнерите.<sup>392</sup> Дури и доколку треба да се гарантира репродуктивното право на жената, тоа не треба да го компромитира правото на детето да има двајца родители. Законската регулатива за третирањето на неплодноста треба да ги балансира репродуктивната автономија на возрасните (во овој случај – на самата жена) и најдобрите интереси на децата.<sup>393</sup>

Заедничка карактеристика на меѓународните препораки<sup>394</sup> и националните прописи од областа на семејното право во Европа е дека одредбите за утврдување на

---

<sup>392</sup>Мицковиќ Д., „Дилеми во врска со Законот за био-медицински потпомогнато оплодување“, *Правник*, 2008.

<sup>393</sup>Storrow, R. F., “The Bioethics of Prospective Parenthood. In Pursuit of the Proper Standard for Gatekeeping in Infertility Clinics”, *Cardozo Law Review*, Vol. 28, No. 5, 2007, стр. 101.

<sup>394</sup>Во член 17 од Предлог Препораката јасно е наведено дека донорите на гамети или ембриони не се сметаат за законски родители. Дефиницијата на "родителите" се подразбира како "лица кои се сметаат за родители според националниот закон" (член 2) . Така, за донорите членот 23 не се применува, што предвидува дека родителската одговорност треба да припаѓа на двајцата родители без оглед на карактерот на нивниот однос, осврнувајќи се на случаите во кои другиот родител ќе одбие да ги извршува родителските одговорности. Предлог Препораката наведува и дека "во случаите каде што само едниот родител има родителски одговорности согласно со законот, државата треба да создаде постапки кои ќе бидат на располагање на другиот родител за и тој да добие можност да се здобие со родителските одговорности, освен ако тоа не е во согласност со најдобрите интереси на детето . Недостатокот на согласноста или противењето од страна на родителот кој веќе ги има родителските одговорности не треба да биде пречка за стекнувањето на истите одговорности од другиот родител". На ова ниво, се чини дека децата кои се зачнати со донори имаат помалку права поради изборот што го направиле нивните генетски родители. Исто така и поради заштита на нивните намери, тие немаат правен модус за утврдување на татковството или делумните родителски одговорности.



татковството не се применуваат во случаи во кои зачнувањето се случило преку БПО. Доколку контекстот на намерно зачнување на детето преку донација на сперма се наоѓа во партнерски семеен контекст, штетата што е нанесена со фактот дека генетскиот татко во животот на детето недостасува е делумно амортизирана со присуството и активната родителска улога на правниот татко. Сепак, не постои соодветна замена во контекстот на семејства со сами жени. Донорите на сперма не се сметаат за родители, а ова е и доста тешко да се оспори во судот. Прописите од овој вид ги компромитираат членовите 2, 6 (1), 7, 8, 12 и 18 од КПД. Процедуралните правила на секоја држава треба да му овозможат на детето родено со помош на репродуктивна технологија и способно за формирање на неговите сопствени гледишта да биде сослушано во судски и административни/управни постапки кои се однесуваат на него.<sup>395</sup> Во таа смисла, постапката за утврдување на татковството или барем можноста детето да се запознае со генетскиот татко влијае на детето родено со помош на новите репродуктивни технологии, исто како што влијае и на детето кое е родено во брак или на признаеното дете. Различниот третман на децата на база на нивното раѓање и статус е дискриминација по КПД. Обврска на државите потписнички на Конвенцијата е да ги почитуваат и обезбедуваат правата на секое дете што се наоѓа под нивна надлежност без било каква дискриминација и без оглед на, меѓу другото, раѓањето на детето или друг статус.<sup>396</sup> Исто така претставува обврска на државите потписнички да ги искористат нивните напори за да се обезбеди почитување на принципот дека и двајцата родители ја делат заеднички одговорноста за одгледување на детето.<sup>397</sup> Иако Конвенцијата не ја утврдува разликата во употребата на терминот "родител" (во неговото

---

<sup>395</sup>Член 12, КПД.

<sup>396</sup>Член 2 (параграф 1), КПД.

<sup>397</sup>Член 18 (параграф 1), КПД.

биолошко/генетско, правно или фактичко значење) во случајот на зачнување на детето од страна на сама жена не постои друг татко освен донорот.

Семејствата на сами жени се манифестација на тоа како технологиите на БПО ги менуваат законите за семејството, а со тоа станува изводливо да се зачне дете сама (без партнер). Ова не носи во една нова ера на концептуализација на семејниот живот. Прашањата се третираат поинаку поради различните контексти кои ги опкружуваат двете семејства: (1) со недостаток на татко во животот на детето (семејства од сама мајка), и (2) без недостаток на татко (семејства од двајца партнери). Двајца родители ќе го одгледаат детето зачнато во вториот контекст, иако таткото ќе биде фактички и правен, но не и генетски родител на детето. Детето зачнато во првиот контекст е предодредено да биде без татко од самиот почеток. Промовирањето или критикувањето на правото да се знае сопствената генетска историја и/или правото на постапка за утврдување на татковството, сепак ќе се применува и на двата случаи. Во повеќето европски земји семејството од двајца родители е префериран модел, што значи дека детето не може да има повеќе од еден татко. Сепак, можноста за постоење на повеќе лица како носители на родителската одговорност е присутна во некои национални и меѓународни регулативи (на пример во Велика Британија и во Предлог Препораката).<sup>398</sup>

---

<sup>398</sup> *Draft Recommendation, CJ-FA op.cit., 2011, Article 22.* Види исто така Vonk M. 2007, *op.cit.*

Дебатите кои за повод го имаат БПО се "борат да најдат рамнотежа помеѓу биолошката и емотивната реалност".<sup>399</sup> Со признавањето на вистинска желба на партнерите или на самите жени кои сакаат да ја остварат желбата за дете, општество не треба да се воздржи од откривање на генетската вистина на детето кое бара индентификациони податоци. Легислативата која ја регулира асистираниот репродукција (БПО) треба да го земе во предвид и генетското потекло на детето, а во исто време и општествената реалност на родителството.

Сродството е повеќе прашање на културата и општеството отколку што е прашање на биологијата. БПО само го нагласува фактичкиот аспект на сродството преку преговорањето за концептот на правното семејство. Сродството се стекнува преку брак и заеднички живот, но и преку БПО и посвојување. Ова е општествено разбирање, а не биолошки факт на репродукцијата за уредување на сродството.<sup>400</sup> Затоа, истото е предмет на општествен компромис: или да им се дозволи на самите жени да се репродуцираат со донација на сперма и да ги сносат последиците од прокреирањето на *a priori* деца без татковци, или ова воопшто да не се дозволи. Балансот помеѓу двете крајности може да се постигне доколку концептот на донации е отворен, со што им

---

<sup>399</sup>Doek J.E., "The Nuclear Family: Who are the Parents?", Eekelaar J., Nhlapo T. (eds.) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, 1998, стр. 550.

<sup>400</sup>Richards M., "Genes, Genealogies and Paternity: Making Babies in the Twenty-first Century", Spencer J.R., Bois-Pedain (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, стр. 53-54.

се овозможува на децата да добијат информации кои го идентификуваат донорот, што може да доведе до можен иден контакт и/или воспоставување на семеен живот. Во било кое сценарио, соодветна тежина треба да стави на согласноста на донорот, што го прави законското воспоставување на татковството - прашање на намера.

## VI. Правата на децата зачнати со БПО

КПД го дефинира детето како "било кое човечко суштество на возраст под осумнаесет години, освен доколку врз основа на законот што се однесува на детето, полнолетноста не се утврдува порано".<sup>401</sup> Оваа правна конструкција временски го детерминира крајот, но го занемарува почетокот на детството, од причина што се избегнува навлегување во вечната дебата за почетокот на животот и личноста и на тој начин не се загрозува универзална ратификација на Конвенцијата.<sup>402</sup> Сепак, Преамбулата на Конвенцијата ја продолжува традицијата на *Декларацијата за правата на детето*<sup>403</sup> од 1959 година и експлицитно ја превзема изјавата дека "на детето, поради неговата физичка и ментална незрелост, треба да му се овозможи посебна заштита и грижа, вклучувајќи ја соодветната правна заштита пред и по раѓањето". Тоа, сепак, не треба да го попречи толкувањето на дефиницијата за детето од член 1, оставајќи на самите држави потписнички да одлучат како ќе се регулира абортусот и планирањето на семејството.<sup>404</sup>

Поимот "дете", исто така, може да се користи во поглед на врската со родителите, а не само во поглед на возраста.<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> КПД, член 1, *op.cit.*

<sup>402</sup>Hodgkin R., Newell P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, United Children's Fund, 2007, стр. 105, упатувајќи на CRC/C/2/Rev.8, стр. 1.

<sup>403</sup> Декларација за правата на детето, усвоена со резолуција на Генералното собрание на ОН 1386 (XIV) на 10ти декември, 1959 год.

<sup>404</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, стр. 2, *op.cit.*

<sup>405</sup>На овој начин терминот се користи во дел I од Прилог IV од Предлог препораката за правата и правниот статус на децата и родителските

Во оваа смисла, детето никогаш не престанува да биде дете во однос на своите родители. Сепак, тоа исто така, никогаш не станува нечие дете доколку не се обезбеди можноста за формирање на родителска врска. Затоа, прашањата за родителството и родителските одговорности се неповратно поврзани со правната положба/статус на детето.<sup>406</sup> Поради поврзаноста со неговата возраст, детето се овластува со целиот свој капацитет да дејствува како субјект за себе само по полнолетството, односно откако ќе престане да биде дете во општа смисла на зборот. Во дискусиите на *Комитетот на КПД*, во рамките на концептот на развојните капацитети на детето, беше истакнато дека ваквиот концепт не е воведен за да се потврди детската слабост, туку за да се нагласат родителските одговорности пред родителските права.<sup>407</sup> Концептот за детето како активен субјект на права (во врска со членовите 5, 12 и 16 од КПД) беше наменет за зајакнување на правата на целото семејство.<sup>408</sup> Затоа фокусот на еволутивните капацитети не треба да биде ставен само на растечката автономија на децата во однос на нивните родители, туку и на сопствениот личен процес на развој (членови 6, 27 и 29 од КПД).<sup>409</sup> За некои автори, правата на децата обично се изразуваат кога тие се во конфликт со сегашните или идните родителски права.<sup>410</sup> Кога овие права се конфликтни, фактот што децата се ранливи и не можат да се грижат за самите себе, се чини дека има силно

---

одговорности што се однесува на положбата и статусот на децата. Видете стр. 29 од Предлог Препорака.

<sup>406</sup>Lowe N., 2009, *op.cit.*, стр. 4.

<sup>407</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 2 упатувајќи на Буркина Фасо - Burkina Faso CRC/C/SR.136, paras. 51 и 53.

<sup>408</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 79

<sup>409</sup>*ibid.* стр. 80.

<sup>410</sup>Ieven A., "Privacy Rights in Conflict: In Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Rights' Balancing of Private Life against Other Rights", Brems E. (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, стр. 48.

влијание на рамнотежата на различните права. Најчестиот вид на конфликт каде се инволвирани правата на децата согласно член 8 од ЕКЧП е оној помеѓу правото на родителот на приватен и семеен живот и најдобриот интерес на децата во истиот контекст.<sup>411</sup> Во овој поглед, најдобриот интерес на децата, како принцип, треба да надвлее во конфликтот на правата помеѓу нив и родителите. Сепак, комплексноста на односот, особено во случаите на децата зачнати со БПО никогаш не е бинарна. Напротив, вообичаено е потребна дополнителна анализа на фактите и околностите, со цел да се балансира судирот на основните права помеѓу возрасните (родителите или потенцијалните родители) и децата. Повеќе автори се занимаваа со прашањето за поставување на баланс помеѓу автономијата на детето и потребата од заштита.<sup>412</sup> Носителите на родителската одговорност законски треба да го претставуваат детето по прашањата во врска со неговата личност и имот, но тоа правно застапување не треба да се одвива во случај на конфликт помеѓу нив. Понатаму, детето треба да има право на самозастапување во правните постапки коишто го засегаат, земајќи ја во предвид неговата возраст и зрелост.<sup>413</sup> Тука ќе напоменеме дека конфликтот, исто така

---

<sup>411</sup> *Ibid.*

<sup>412</sup> Boele-Woelki K. *et al.*, 2007, *op.cit.* стр. 40.

<sup>413</sup> Принцип 03:24 од *Принципите за европските закони за семејството што се однесуваат на родителските одговорности*. Во сите европски законодавства (што беа мониторирали за целите на изготвување на Принципите), правото и должноста за законското застапување на детето се аспекти на родителските одговорности. Именувањето на специјален претставник во случај на конфликт на интереси помеѓу родителите и детето, сепак, различно се третира во секое национално законодавство. Принципот 03:38 го регулира назначувањето на специјален претставник на детето и предвидува: "во постапкитешто се однесуваат на родителската одговорност во кои што има или би можело да настане сериозен конфликт на интереси помеѓу детето и носителите на родителската одговорност или во кои што благосостојбата на детето е загрозувана, надлежниот орган треба да назначи специјален претставник на детето".

може да се случи и на едно друго ниво - помеѓу родителите кои не се во можност да се договорот за важна одлука во врска со нивното заедничко дете.<sup>414</sup> Поради тоа што ваквиот конфликт е од друга природа (конфликт помеѓу две возрасни лица), истиот ќе се избегнува во понатамошната дискусија.

Во текот на историјата, на детето се гледа како на лице кое е слабо, некомпетентно и инфериорно во односот, а со тоа и лице кое е зависно од возрасните. Ова лице, независно од се'има свои интереси. И покрај перцепирањето на детето како слаба страна или потенцијална жртва, на децата во западните општества се гледа како на активни субјекти.<sup>415</sup> Филип Арие

---

<sup>414</sup>Во многу национални правни системи и двајцата родители треба да се согласат за битни одлуки што се однесуваат на детето. Во многу земји постои претпоставка дека секој родител дејствува во согласност со другиот родител (на пример во Белгија оваа претпоставка се однесува на сите дела, иако таа може да се оспори во однос на дејствијата со искрена волја (*bona fide*) спрема трети лица (член 373, втора подточка од Граѓанскиот законик). Во Франција и Шпанија оваа претпоставка се однесува само на рутински одлуки, додека во Русија се однесува само на одлуки кои не се од големо значење). Во други земји, пак, секој носител на родителска одговорност има право да дејствува сам, освен за работите од големо значење (Данска, Англија и Велс, Полска, Грција, Ирска, Италија и Литванија). Конфликтот може да се појави кога прашањата од голема важност (на пример образованието, промена на местото на живеење, медицинско лекување итн.) мора да се решат заеднички од страна на двата носители на родителската одговорност. Некои други земји, пак, обезбедуваат дополнителни механизми за решавање на проблемот (вето, рокови за постигнување на договор, итн). Принципот 03:14 од *Принципите на европското семејно право што се однесуваат на родителските одговорности* сугерираат модус за решавање на конфликтите помеѓу родителите во врска со вршењето на родителските одговорности со воведување на трета страна - надлежен орган. Види повеќе во Boele-Woelki K., et al., *Принципи на европското семејно право што се однесуваат на родителските одговорности*, 2007 година, стр. 88. – "Boele-Woelki K., et al., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007, стр. 88".

<sup>415</sup>Dillen A., 2008, *op.cit.*, стр. 51-61.



(Philippe Aries) ја претстави идејата дека концептот на детството е општествена конструкција што се појавува под влијание на одреден културен и историски контекст и затоа е релативно.<sup>416</sup> За овој автор, детството е релативно нов концепт што се појавува во XVII век. Поради непостоењето на хронолошки регистри со податоци за раѓањата, во минатото возраста на лицата не била точно позната. Така, врз основа на изгледот, навиките и однесувањето, лицата биле сметани за деца или за возрасни. Според Арие, концептот на детството манифестиран преку изразувањето на интерес, љубов и внимание кон децата беше развиен неодамна, по 17-тиот век. Иако погледите на Арие го поставија камен-темелникот на концептот на детството, тие исто така беа предмет на бројни критики, особено во поглед на негирањето на концептот на детството пред XVII (17тиот век).<sup>417</sup>

Во поново време, а особено по меѓународното регулирање на правата на детето во КПД, детето зазеде централна положба. Интересите на децата треба да имаат приоритет и како такви се заштитени од страна на трите основни стожери: нивните родители, државната политика и од националните законодавства. Само откако ќе се здобијат со правна способност тие стануваат активни субјекти за заштита на своите права. Сепак, исто како што нивната зрелост автоматски не се добива веднаш по нивниот 18-ти роденден,

---

<sup>416</sup> Aries P., *Centuries of Childhood. A Social History of Family Life* (translated by Baldick R.), A Vintage Giant, 1962.

<sup>417</sup> Видете на пример во Adrian W., "The Infancy of the History of Childhood", *An Appraisal of Philippe Aries, History and Theory. Studies in Philosophy of History*, Vol. 19, No. 2, 1982, стр. 132-153; Hendrick H., "Children and Childhood", *Refresh*, Vol. 15, Autumn 1992.

исто така и нивниот правно признаен капацитет да резонираат, да ги искажуваат своите мислења и да бидат сослушани од страна на официјалните органи во случаите кои се однесуваат на нив, се развиваат постепено. Во таа смисла, *Комитетот на КПД* нагласи дека "адолесцентите до 18 години се носители на сите права загарантирани со КПД, имаат право на посебни мерки на заштита, а според нивниот развоен капацитет тие постепено треба да ги изразуваат своите мислења и реализираат своите права (член 5)".<sup>418</sup> Конвенцијата го користи концептот на "развојни капацитети" со цел избегнување на произволните возрасни граници за дефинирање на зрелоста во врска со одредени прашања, со што се потврдува дека развојот на децата во поглед на капацитетот за независно донесување на одлуки мора да се почитува и да се промовира во текот на детството.<sup>419</sup> Комитетот на КПД ова го призна како нов општествен договор што ја означува ерата на целосно почитување на децата како носители на права кои не само што имаат право да добијат заштита, туку исто така имаат и право да учествуваат во сите постапки што се однесуваат на нив. Како таков, овој договор подразбира долгорочни промени во политичките, општествените, институционалните и културните структури.<sup>420</sup> Комитетот утврди дека најголемите пречки за

---

<sup>418</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.* стр. 3 што се однесува на CRC/GC/2003/4, para. 1.

<sup>419</sup> Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.* стр. 77. Исто така видете Комитет за правата на децата - Committee on the Rights of the Child, Општ коментар бр. 7- General Comment No. 7, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 5.

<sup>420</sup>Комитет за правата на децата, Извештај за четириесет и третата сесија, Септември 2006, Ден за општа дискусија, препораки, преамбула. За целиот текст видете:

прифаќање на детето како носител на права се традиционалните и културните ставови кои се веќе вкоренети во различните национални контексти.<sup>421</sup> Така, Комитетот побара од индивидуалните држави, покрај другите мерки, да го изменат и својот граѓански процесен законик, со што се обезбедува сослушување на децата во судските постапки кои ги засегаат.<sup>422</sup> Дури и повеќе, Комитетот посочи дека одредбите во членовите од Конвенцијата што го попречуваат целосното признавање на детето како субјект со права треба да се преиспитаат и да се повлечат.<sup>423</sup>

Ова е поврзано со членот 12 од Конвенцијата што ги обврзува државите потписнички да овозможат реализација на правото на детето кое е способно да формира свои сопствени мислења, да ги изразува слободно по сите прашања што се однесуваат на него во согласност со неговата возраст и зрелост (став 1). На детето задолжително треба да му се овозможи право да биде сослушано во сите судски и граѓански/административни постапки што се однесуваат на него, непосредно, преку застапник или соодветен орган, на начин што е во согласност со процедуралните правила на националните закони (став 2) . Комитетот на КПД го истакна

---

[www.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion.htm](http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion.htm). Исто така видете: Резиме од Комитетот за правата на децата, Општ коментар бр. 7, "Implementing child rights in early childhood", 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 14.

<sup>421</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 150. Видете исто во the Committee's Concluding Observations on States' Reports. Chile CRC/C/15/ Add.173, para.29; Burkina Faso CRC/C/15/; Morocco CRC/C/15/Add.211,para. 30; India CRC/C/15/Add.228, para. 36; Algeria CRC/C/15/Add.269, para. 33; Hungary CRC/C/HUN/CO/2, para. 24; United Republic of Tanzania CRC/C/TZA/CO/2, para. 2.

<sup>422</sup>Mexico CRC/C/MEX/CO/3, para. 28.

<sup>423</sup>*Report on the forty-third session, September 2006, Day of General Discussion, Recommendations, para. 14, op.cit.*

фундаментално значење на членот 12 како општ принцип со кој треба да се заштитат сите други аспекти на имплементација на Конвенцијата.<sup>424</sup> Уште повеќе, овој член нагласува дека човековите права треба да се прошират кон детето, кое треба да се смета за активен субјект со свои ставови и чувства.<sup>425</sup> Во истиот контекст, исто така и другите документи кои регулираат човекови права упатуваат на децата како на активни субјекти. УДЧП во членот 19 го признава правото на слобода на мислење и изразување на сите лица, без мешање. Меѓународниот пакт за граѓанските и политичките права (МПГПП - ICCPR) го гарантира правото на сопствено мислење без никакво мешање (член 19 (1)), Повелбата за фундаментални права на ЕУ (член 24.1) предвидува дека децата "можат слободно да ги искажат своите ставови", и дека "таквите ставови треба да се земат во предвид за прашањата што се однесуваат на нив во согласност со нивната возраст и зрелост". Истата одредба е утврдена во членот II-84 од Нацрт договорот за европскиот устав, 2003. Конвенцијата за правата на децата (КПД) во член 1 им ги гарантира на децата процедуралните права во постапките од областа на семејното право, особено оние што ги вклучуваат родителските одговорности. Членот 3 го штити правото на секое дете (кое има доволно разбирање во согласност со националните закони) на: (1) добивање на сите релевантни информации, (2) да биде консултирано и да ги искаже своите ставови и (3) да биде информирано за можните последици и поврзаноста на неговите ставови со можните последици од

---

<sup>424</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 149. Исто така видете France CRC/C/15/Add.240, paras. 21 и 22; China CRC/C/CHN/CO/2, paras.37 и 40; Belgium CRC/C/15/Add.178, paras. 21 и 22; Lebanon CRC/C/LBN/CO/3, paras.35 и 36.

<sup>425</sup>*Ibid.*

одлуката. Конвенцијата за контакт на децата ги категоризира правата што им припаѓаат на децата (базирани на нивното доволно разбирање) на: (1) право да ги добијат сите релевантни информации, (2) право да бидат консултирани и (3) право да ги изразат своите ставови. Фразата "секоја судска [...] постапка што се однесува на детето" опфаќа широк спектар на граѓански постапки, вклучувајќи ги и родителските спорови во коишто се засегнати интересите на детето. Овој член, заедно со членот 2 од Конвенцијата, на децата зачнати со помош на БПО, во најмала мера треба да им обезбеди пристап до постапка за утврдување/оспорување на родителството, без оглед на исходот од таа постапка. ЕСЧП веќе зазеде став на проширување на правата од ЕКЧП во поглед на нивната интерпретација, земајќи ги во предвид специфичностите на секој случај на индивидуална основа (дури и во случаите што се чувствителни, како на пример оние кои вклучуваат превенирање од добивање на информации за нечие потекло).<sup>426</sup> Така, стравот од откривање на тајни или наметнувањето на родителство на донори на сперма кои не сакаат да ги преземат родителските одговорности, треба во најмала мера, да можат да бидат да бидат преиспитани од страна на правосудниот систем (кој се карактеризира како отворен за застапување на интересите на секое дете под еднакви услови). Комитетот на КПД, исто така, потврди дека правото на детето да биде сослушано во судски и управни постапки се однесува на сите релевантни ситуации, без

---

<sup>426</sup>*European Court of Human Rights: The ECHR in 50 Questions*, July, 2012, стр. 3 и 11.

ограничувања.<sup>427</sup> Комитетот, исто така, истакна дека треба да се преземат соодветни мерки за справување со дискриминацијата на ранливите или маргинализираните деца (...), со цел сите деца целосно да уживаат во правата загарантирани со член 12.<sup>428</sup>

Децата се овластени со активни законски права да дејствуваат како субјекти самите за себе во голем број на случаи: (1) во случаите на посвојување (член 21 (а) случаите кои се однесуваат на информирана согласност на лицата засегнати со посвојувањето); (2) случаите на лишување од слобода, тортура или друг вид на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување (член 37 што предлага право на поведување на судска постапка, а не само право на сослушување); (3) случаите на деца што се обвинети или пак за кои се смета дека го прекршиле кривичниот законик (член 40, што го истакнува правото на малолетното лице на активен капацитет во правните постапки). На децата им се припишуваат активни права за да ги искажат своите ставови, а особено внимание им се посветува кога станува збор за извршувањето на родителските права и одговорности од страна на своите родители, на ниво на *принцип* (21 и 25, став 2) во *Белата книга*.<sup>429</sup>

Нарекувајќи ги децата "млади лица" во себе содржи политичка конотација, иста таква каква што има и концептот на личноста. Ова повикува на аспектот на третирањето на лицата подеднакво, припишувајќи им го истиот капацитет. Третирањето на децата како зависни лица кои имаат потреба

---

<sup>427</sup>Committee on the Rights of the Child, Report on the forty-third session, September 2006, Day of General Discussion, Recommendations, paras. 34 - 36 и 38.

<sup>428</sup>*Ibid.*, paras. 8 и 10.

<sup>429</sup>*White Paper, op.cit.*, *Принцип 21*, стр. 25.

од родителска грижа, а во исто време и како носители на права еднакви со нивните старатели се поврзуваше со нивниот супериорен третман.<sup>430</sup> Сепак, и понатаму останува отворено прашањето како да се решат конфликтите помеѓу нивните интереси (ако е воопшто возможно да се генерализира кои се најдобрите интереси на децата) и интересите на нивните родители, пред зачнувањето. Овие спротивставени интереси, исто така ги тангираат и изборите на нивните родители, од една страна, по зачнувањето а пред раѓањето (абортус, пренатална генетска дијагноза итн.) и од друга страна, по раѓањето (посвојување, начинот на кој родителите се грижат за воспитувањето на детето и носењето на одлуки што се однесуваат на нив итн.). Комитетот на КПД во неговите насоки за периодичните извештаи усвоени во 1996 година,<sup>431</sup> бараше од државните органи да обезбедат релевантни информации во врска со член 1 кои, меѓу другото, се однесуваат на можноста за пристап до информациите за генетското потекло на детето.<sup>432</sup> Така, дури и при дефинирањето на детето, беше истакнато значењето на членот 7 во релација со посвоените деца и децата родени со БПО. Исто така, беше истакнато дека државите кои не дозволуваат објавување на таквите информации го прекршуваат членот 7, додека спроведувањето на ова право зависи од поседувањето на доволно информации што ќе бидат вклучени при регистрацијата на раѓањето на детето (во изводот) и од тоа на кој начин тие информации ќе му бидат достапни на детето.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> Ruddick W., "When Does Childhood Begin", Scarre G., *Children, Parents and Politics*, Cambridge University Press, 1989, стр. 32.

<sup>431</sup> United Nations, CRC, *General Guidelines for Periodic Reports*, 11/20/1996, CRC/C/58. Paragraph 24. Достапно на интернет на: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CRC.C.58.En?Opendocument>.

<sup>432</sup> Hodgkin R., Newell P., 2007, op.cit., стр. 4 (referring to CRC/C/58) и стр. 11.

<sup>433</sup> *Ibid.* стр. 11, 105 и 107.

Прашањата за идентитетот најчесто доаѓаат до израз во адолесцентните години.<sup>434</sup> Затоа многу е веројатно дека децата ќе ја искушат желбата да ги знаат и запознаат нивните генетските родители подоцна во животот. Ова зависи во голема мера од родителската одлука -дали тие дозволиле/ќе дозволат откривање на информации, како и национално прифатените стратегии за овозможување или оневозможување на примената на овие одлуки. Знаењето и запознавањето на родителот, исто така, може да биде придружено со желбата за постојана врска. И покрај тоа што е доста тешко да се интерпретираат детските права во контекст на нивното право на познавање на нивната целосна генетска историја (што го достигнува својот врв на недоследност кај донациите на сперма на сами жени), рестриktivните норми кои не дозволуваат понатамошно истражување на настанатите околности (како на пример, забраната за поведување на постапка за утврдување на татковство на децата коишто се зачнати со БПО) повеќе придонесуваат кон самиот проблем, отколку што истиот го решаваат. Значи, проблемот би се дефинирал на следниот начин: како да се имплементира корективниот и во поширок домен принцип на најдобар интерес на детето и дали е можно однапред и за секое дете да се одлучи што тој претставува (како прашање на политика што им го овозможува или не им го овозможува на децата пристапот до информации и контакти со нивните генетски родители)?<sup>435</sup> Во секоја различна ситуација детето ќе се соочи

---

<sup>434</sup> Coleman J.C. & Hendry L., *The Nature of Adolescence (3<sup>rd</sup> edition)*, Routledge, 1999.

<sup>435</sup> За споредба, најдобриот интерес на детето може да се смета како "водечки принцип" (Франција, Германија, Унгарија, Шпанија и Швајцарија), или



со различни интереси, отежнувајќи го наметнувањето на стандардите врз основа на општите претпоставки за тоа што може да претставува најдобриот интерес на детето.<sup>436</sup>

## 1. Право на детето да го знае своето генетско

### потекло

Многу истражувања покажуваат дека децата сакаат да го знаат донорот и искрено копнеат за добивање на информации за него како и за можноста за контакт со него.<sup>437</sup> Една неодамнешна студија покажа дека подготвеноста на родителите да го откријат начинот на зачнувањето се зголемува,<sup>438</sup> но доминантната реалност сè уште е поинаква. Правото да се знае потеклото е зависно од правото да се знае начинот на зачнувањето. На ова ниво, постои уверување дека треба да постои задолжителен механизам на откривање на информациите, како на пример: записи за идентитетот на донорот во регистрите од матичната книга на родените, формално поврзување на информациите со регистрите на

---

"примарна претпоставка за грижа од огромно значење" (Англија и Велс, Финска, Ирска, Норвешка, Португалија и Шведска). Види повеќе. Boele-Woelki K. et al. *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007, *op.cit.* стр. 37.

<sup>436</sup> Steinbock B., "Defining Parenthood", Spencer J.R. Bois-Pedain A. (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choices*, Hart Publishing, 2006.

<sup>437</sup> Jadva V., Freeman T., Kramer W., Golombok S., "Experiences of Offspring Searching for and Contacting their Donor Siblings and Donor", *Reproductive BioMedicine Online*, Vol. 20, No. 4, 2010, стр. 523-532; Turner A., Coyle A., 2000, *op.cit.*; Machado H. *op.cit.*, 2008.

<sup>438</sup> Daniels K., Gillett W., Grace V., "Parental Information Sharing with Donor Conceived Offspring. A Follow-up Study", *Human Reproduction*, Vol. 24, No. 5, 2009, стр. 1099-1105.

матичната книга на родените,<sup>439</sup> па дури и задолжителни ДНК тестови.<sup>440</sup> Последново укажува на вршење на рутински ДНК тестови за утврдување на татковство/мајчинство на секое новороденче. Ова ќе создаде веродостојни регистри за раѓањето, ќе му овозможи на детето да ја дознае вистината, лишувајќи го од подоцнежните напори за трагање во животот. Задолжителните тестови при раѓањето или кратко време по раѓањето веќе се реалност во Португалија<sup>441</sup>, додека се

---

<sup>439</sup>Видете повеќе во Ravelingien A., Pennings G., 2013, *op.cit.*; Cahn N., "Necessary Subjects. The Need for a Mandatory National Donor Gamete Databank", *DePaul Journal of Health Care*, Vol. 12, No. 1, 2008, стр. 203-224; Frith L., "Beneath the Rhetoric, The Role of Rights in the Practice of Non-anonymous Gamete Donations", *Bioethics*, Vol. 15, No.15/16, 2001, стр. 473-484; *op. cit.* McGee G., Brakman S.V., Gurmankin D., 2001.

<sup>440</sup> За дискусијата на задолжителни наспроти незадолжителни тестови за татковството, видете повеќе во Ravelingien A., Pennings G., 2013, *op.cit.*; Turney L., Wood P., "'Paternity Fraud' and the Invisible Child", *Australian Journal of Emerging Technologies and Society*, Vol. 5, No. 2, 2007, стр. 119-131.

<sup>441</sup>*Ibid.* Видете повеќе во Machado H., 2008, *op.cit.*, стр. 221. Измените во португалскиот закон за семејството беа воведени во 1966 година за обезбедување на "неофицијална истрага за татковството", што се спроведува во судот и го испитува татковството на секое малолетно лице на возраст под 2 години чијашто евиденција за раѓањето не го покажува идентитетот на таткото. Членот 1864 од португалскиот граѓански законик истакнува: "секогаш кога се прави малолетнички регистар за пријавување на раѓањето во којшто е познато само мајчинството, службеникот е должен да го достави целосниот сертификат до судот, за да може неофицијално да се истражи идентитетот на таткото". Целта на измените е да се заштитат основните права на детето чие татковство не е законски утврдено, поради тоа што "правата на личниот идентитет", и "развојот на личноста", генерално се сметаат како права кои се поврзани со "правото на татковство". Така, во португалскиот правен систем, докажувањето на татковството дури и се смета и за човеково право. Цитираниот автор смета дека под теоретскиот превез на заштита на правата на децата, практичната реалноста е поинаква. Имено, пристапот до ДНК тестовите, а со тоа и пристапот до постапката за утврдување на татковството е ограничен само на мајките на децата што покажуваат "добро однесување" (оние кои се согласуваат да бидат испитувани, а потоа судот устанува дали нивното сексуално однесување им овозможува понатамошна истрага за таткото), со што се ваквиот пристап до ДНК

разгледуваат како предлог во некои држави во САД.<sup>442</sup> Тајноста, од друга страна, може да ја оневозможи комуникацијата помеѓу родителите и децата и да создаде непријателски односи на омраза, вина и недоверба.<sup>443</sup> Некои автори направија разлика помеѓу *тајноста* како незнаење дека генетското и фактичкото родителство се разделени и *анонимноста* што се поврзува со анонимните предци.<sup>444</sup> Во таа смисла, тајноста е многу помрачен концепт од анонимноста. Двата концепти прво беа под истрага во полето на посвојувањата. Таму тајноста се сметаше за измама во поглед на важни информации, исклучувајќи го детето и предизвикувајќи му го чувството на отпадник, а анонимноста беше поврзана со лични информации кои се однесуваат на развојот на позитивно чувство за идентитет и за себе-исполнување.<sup>445</sup> Така, некои автори сметаат дека желбата да се знае генетската историја е психолошка потреба на детето за потрага по сопствените корени и обединување (со

---

тестовите е контролиран, на подреден и сексуализиран начин (стр. 223). Авторот ова го поврзува со идеологијата на т.н. издржител, т.н. "breadwinning mate": мајката се интервјуира за нејзиниот сексуален живот, за да може да го идентификува таткото, додека од претпоставениот татко се бара неговата подготвеност да обезбеди финансиска поддршка (стр 227.).

<sup>442</sup> Friedman M., "N.J. Legislator Proposes Bill Requiring Genetic Testing for all Newborns, Parents to Verify Paternity", *NJ. Com*, March 1, 2012. [http://www.nj.com/news/index.ssf/2012/03/nj\\_legislator\\_proposes\\_measure.html](http://www.nj.com/news/index.ssf/2012/03/nj_legislator_proposes_measure.html).

<sup>443</sup> Daniels K., "Donor Gametes. Anonymous or Identified?", *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynecology*, Vol. 21, No. 1, 2007, стр. 113-128; Shehab D., Duff J., Pasch L.A., MacDougall K., Scheib J.E., Nachtigall R.D., "How Parents Whose Children have been Conceived with Donor Gametes make their Disclosure Decision. Contexts, Influences, and Couple Dynamics", *Fertility and Sterility*, Vol. 89, No. 1, 2008, стр. 179-187.

<sup>444</sup> O'Donovan K., "What Shall We Tell the Children? Reflections on Children's Perspectives and the Reproduction Revolution", Lee M., Morgan D. (eds.), *Birthrights, Law and Ethics at the Beginning of Life*, Routledge, 1989, стр. 98.

<sup>445</sup> O'Donovan K., 1989, *op.cit.*, стр. 99; Bok S., *Secrets*, New York, Vintage, Chapter 3, 1984.

предците),<sup>446</sup> додека тајноста е мешање во безбедноста на приврзувањето.<sup>447</sup> Други пак го критикуваа овој модел како патолошки, аргументирајќи дека "општествениот идентитет" на посвоеното дете е повеќе релевантен за неговиот правилен раст и развој, во однос на "его идентитетот".<sup>448</sup> Во таа смисла, семејството кое го посвоило детето може да обезбеди услови тоа да изгради свој идентитет како концепт што се развива во текот на животот. Така, концептите на тајноста и анонимноста веќе беа познати кога беа префрлени во областа на донирање на гамети подоцна. Во оваа нова област, тајноста исто така произлегува од стигматизацијата на неплодноста и нелегитимноста, но таа исто така е полезна за зачувување на одредени стандарди на моралност и нормалност.<sup>449</sup> Од друга страна, премисите кои ја отфрлаат генетиката поради важноста на фактичкиот семеен живот, сметаат дека важноста што се доделува на ДНК е претерана. Некои автори го критикуваат преценувањето на ДНКта поради тоа што таа обезбедува ограничен придонес во личниот идентитет, а во исто време ги зајакнува етичките и општествените потреси кои можат да доведат до евгеника.<sup>450</sup> Други, пак, ги разгледуваа етичките прашања во врска со улогата што ја имаат ДНК-базираните тестови за утврдување на татковството, како и општествените и политичките прашања во врска со улогата што ја играат генетските врски во основањето на родителските

---

<sup>446</sup>*Ibid.* O'Donovan K., 1989, стр. 100. See also Triseliotis J., "Obtaining Birth Certificates", Bean P. (ed.), *Adoption: Essays in Social Policy, Law, and Sociology*, Tavistock, 1984, стр. 38-39, 41-42.

<sup>447</sup> Lycett E., Daniels K., Curson R., Golombok S., "Offspring Created as a Result of Donor Insemination: A Study of Family Relationships, Child Adjustment, and Disclosure", *Fertility and Sterility*, Vol. 82, No. 1, стр. 172-179, 2004.

<sup>448</sup>O'Donovan K., 1989, стр. 101 referring to Haims and Timms, *Adoption, op. cit.*, стр. 98.

<sup>449</sup>O'Donovan K., 1989, *op.cit.*, стр. 107.

<sup>450</sup> Nordgren A., "Personal Genomics. Consumer Genomics Companies and their Rhetoric", Tupasela A., (ed.), *Consumer Medicine*, TemaNord, Nordic Council of Ministers, 2010.

одговорности.<sup>451</sup> Постојат три културни струи во поглед на значењето на вистината за сопственото потекло: (1) предмодерниот интерес за натуралистичко третирање на личниот идентитет (се однесува на "генетскиот есенцијализам", што е природно даден личен идентитет, а не општествено конструиран), (2) модерната страст за наука (природно даден идентитет, но откриен преку науката), и (3), пост-модерниот акцент на радикалната индивидуална самоопределба (како што е изложен на интернет).<sup>452</sup> Во склоп на најновите трендови во законите за сродство во Европа, постојат три заеднички елементи: (1) еднаквост (основната цел на реформите беше да се елиминира дискриминацијата меѓу децата по основ на раѓањето), (2) либерализација (во смисла на потиснување на бројните ограничувања за утврдување и оспорување на сродството), и (3) модернизација (во однос на модернизацијата на законите за сродство со нивно приспособување кон новите медицинско-генетски технологии).<sup>453</sup>

Одредени рани студии го воведоа терминот "генеолошка неопределеност" (genealogical bewilderment) за опишување на семејството во кое еден од генетските родители е непознат.<sup>454</sup> Сантс (Sants) ја подигна свесноста за значењето на потеклото со неговите клинички опсервации на "генеолошката збунетост" опишана од посвоените лица.<sup>455</sup> Овој термин често се користи за да се објаснат можните

---

<sup>451</sup> Rothstein M.A., Murray T.H., Kachnick G.E., Majumder M.A., (eds.), *Genetic Ties and the Family*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.

<sup>452</sup>*Ibid.* стр. 38.

<sup>453</sup> Senaev P., "The Reform of Affiliation Law in France and in Benelux Countries", Eckelaar J., Sarcevic P., (eds.), *Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

<sup>454</sup> Sants H., "Genealogical Bewilderment in Children with Substitute Parents", *The British Journal of Medical Psychology*, Vol. 37, No. 2, 1964, стр. 133-141.

<sup>455</sup>Sykes M.R., 2001, *op.cit.* стр. 298.

идентитетски проблеми со кои можат да се соочат посвоените деца со оглед на тоа што правото да се знаат гените беше првобитно засегнато во контекст на посвојувањето. Иако посвојувањата треба да бидат елаборирани одделно од донациите на генетски материјал, се чини дека е разумно да се направи поврзаност се' додека е засегнат идентитетскиот дел. Поради фактот што во одредени земји беше добиена битката на посвоените деца да го дознаат нивното потекло, беше неизбежна аналогијата со правото да се знаат родителите на децата зачнати со донација на генетски материјал.<sup>456</sup> Различниот третман помеѓу посвоените деца и децата зачнати со анонимна донација беше прогласено за дискриминачки во случај пред Врховниот Суд на Канада.<sup>457</sup> Некои автори се обидоа да ги поврзат природните и вештачките зачнувања преку правото да се знае генетското потекло.<sup>458</sup> Некои други тврдат дека независно од контекстот, сите деца треба да имаат право да го тестираат татковството доколку се сомневаат дека е погрешно атрибуирано или доколку е скриено.<sup>459</sup>

И покрај тоа што правото на детето да го знае потеклото, предвидено во членот 7 од КПД, е уникатно, во смисла на тоа дека не е предвидено во иста мера во другите меѓународни конвенции, некои делови од ова право можат да

---

<sup>456</sup> Видете исто така Chestney E.S., 2001, *op.cit.*, стр. 365-391.

<sup>457</sup> *Pratten v. British Columbia* (attorney General), BCSC 656, 2011 (See <http://www.cbc.ca/bc/news/bc-110519-pratten-sperm-donor-ruling.pdf>). Видете исто така Motluk A., "Canadian Court Bans Anonymous Sperm and Egg Donation", *Nature News*, 27 May, 2001.

<sup>458</sup> Cohen G., "Response. Rethinking Sperm-Donor Anonymity. Of Changed Selves, Non-Identity, and One-Night Stands", *Georgetown Law Journal*, Vol. 100, No. 2, 2013, стр. 431-447.

<sup>459</sup> Ravelingien A., Pennings G., *op.cit.*, 2013.

бидат идентификувани со правото на идентитет, интегрирано во членот 8, како и со правото на детето да одржува редовни контакти со своите родители како што е предвидено во членот 4 од Конвенцијата за контакт што се однесува на децата.<sup>460</sup> Од компаративната студија на европската национална легислатива како и јуриспруденцијата на ЕСЧП, станува евидентно дека правото на идентитетот е во голема мера неразвиен концепт. Неговата контроверзност е поврзана со неговите релациони аспекти што го ставаат во позиција да биде избалансирано со правата и интересите на третите лица.<sup>461</sup>

## **2. Други права на детето поврзани со правото да го знае генетското потекло**

Прво, правото на децата да бидат регистрирани со раѓањето (член 24 (2), 7 КПД) е поддржано од правото на децата да ги знаат и да бидат одгледани од страна на двајцата родители (член 7 КПД) што како права се поврзани со нивниот личен идентитет (член 8 КПД), како и со идеалот за тоа како семејството треба да изгледа. Како дополнување, членовите 9 (3) и 18 (1) КПД ги обврзуваат државите “да го почитуваат правото на детето кое е одвоено од едниот или од двајцата родители да одржува лични односи и непосредни контакти со двајцата родители на постојана основа, освен ако тоа е во

---

<sup>460</sup>Lowe N., 2009, *op.cit.*, стр. 10. Видете исто и Van Bueren G., *Child Rights in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, стр. 64.

<sup>461</sup>Lowe N., 2009, *op.cit.*, стр. 36.

спротивност со најдобрите интереси на детето " и "да ги вложат сите напори за да се обезбеди признавање на принципот: двајцата родители имаат заедничка одговорност во одгледувањето и развојот на детето ".

Второ, правото на детето да не биде дискриминирано врз основа на (...) раѓањето и друг статус (членовите 2 УДЧП, 2 КПД, 24 (1) МКГПП), како и врз основа на причините на родителството (член 10 (3) ИКЕСКП), исто така е во конфликт со апсолутното репродуктивно право на родителите. Нееднаквиот третман е проследен со понеповолна положба на децата родени со био-медицинска помош, во споредба со оние кои се родени без истата во поглед на достапните опции за откривање на генетската историја, наложувајќи вршење на ДНК тестови за целите на наоѓање на компатибилност и оспорување или утврдување на родителството пред суд.

Трето, најдобрите интереси на детето што се заштитени и што се спроведуваат од страна на правни/административни органи (член 3 КПД)<sup>462</sup> во врска со правото на правично судење

---

<sup>462</sup>И покрај тоа што најдобриот интерес на детето завзема значајно место во КПД и како концепт е присутен и во другите меѓународни инструменти: КЕДПЖ (член 16.1.d. што гарантира еднаков статус за жените и мажите како родители и тоа по сите прашања поврзани со семејните односи, земајќи ги предвид интересите од големо значење за нивните деца); Европската повелба за фундаментални права (член 24.2), Нацрт договорот за Предлог за европскиот устав, 2003 (чл. II-84.2) наведувајќи дека во сите активности преземени од страна на јавните власти или приватни институции кои се однесуваат на децата, нивните најдобри интереси мора да биде примарна грижа. Иако овој принцип е широко прифатен, компаративно, толкувањето на конфликтните ситуации во врска со правата на родителите да одлучуваат за своите деца и праксата на спроведувањето на правата на децата да одлучуваат за себе е малку поинаква. На пример, во Италија и Литванија се нагласува дека прашањата во врска со родителските одговорности мора да



(член 6 (а) и член 10 од ЕКЧП и УДЧП), во многу национални регулативи се занемаруваат (меѓу кои и во Република Македонија, каде што експлицитно и намерно се отфрлени).

Комитетот на КПД ја истакна потребата за бесплатен систем за регистрација достапен за сите, така што сите деца би можеле да бидат регистрирани при раѓањето без дискриминација од било каков вид.<sup>463</sup> Иако Конвенцијата експлицитно не наложува кои информации мора да бидат обезбедени, постои сугестија дека минималните барања треба да опфатат: име на детето при раѓањето, пол, датум и место на раѓањето, како и имињата на родителите, адреси и статус на националност.<sup>464</sup>

КПД го поставува семејното сродство во рамките на права: правото на детето да ги знае и да биде одгледано од

---

се решат исклучиво во интерес на детето, додека во други земји, како што се Бугарија, Англија и Велс, Полска и Русија се нагласува дека носителите на родителската одговорност се оние кои на крајот одлучуваат, надвор од судските постапки за тоа кои се најдобрите интереси на детето. Сепак, секогаш ќе има ситуации во коишто децата ќе се спротивстават на правата на родителите и тоа не зависи само од општествените вредности, туку исто така и од индивидуалните односи и посебноста на случајот. Принципот на најдобриот интерес треба да се толкува како давање на приоритет на децата во однос на нивните родители кога постои судир меѓу нивните интереси. Види повеќе во Voelke- Woelki K. et al. *Принципите на европското семејно право во врска со родителската одговорност*, 2007, *op.cit.*, стр. 37 и 38. најдобрите интереси на детето во поглед на правото на детето да биде информирано, консултирано и да го изрази своето мислење за сите прашања што се однесуваат на него во постапката пред надлежен орган за утврдување на родителските одговорности и во решавањето на споровите во врска со вршењето на родителските одговорности, што е исто така заштитено во Нацрт препораката, член 21.

<sup>463</sup>Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 25.

<sup>464</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op. cit.*, стр. 101.

своите родители "во рамките на можностите"<sup>465</sup> (член 7), како и правото на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи ги и семејните врски признаени со закон, без незаконско мешање (член 8).

Националните регулативи на државите одговорија различно на овој предизвик во областа на правата на децата. Велика Британија ги толкува родителите само како оние лица кои се третираат како такви од страна на националното право. Ова исто така ги вклучува и случаите кога детето има само еден родител, без оглед на причините - посвојување или зачнување со донација на гамети на едно лице.<sup>466</sup> Во однос на очекуваните проблеми со праксата на тајните посвојувања, поранешниот Сојуз на Советските Социјалистички Републики се спротивстави на воведувањето на посеопфатна дефиниција со којашто се дозволуваа "тајните" посвојувања.<sup>467</sup> За да се спречат контроверзиите што може да ги предизвика членот 7 во врска со анонимните донации или посвојувања, неколку земји – Чешка,<sup>468</sup> Полска и Луксембург воведоа резерви.<sup>469</sup> *Норвешкиот Комитет за правата на детето* ја потврди можната противречност помеѓу правото на детето да го знае генетското потекло и политиките на државите потписнички "во

---

<sup>465</sup>Фразата: "во рамките на можностите" беше вметнати во Конвенцијата по инсистирање на делегациите на САД и Германија и тоа како одговор на оригиналниот предлог поднесен од страна на неколку земји (Алжир, Египет, Ирак, Јордан, Кувајт, Либија (Арапската Џамахирија), Мароко, Оман, Пакистан и Тунис). За коментар во однос на КПД, видете Ziemele I., 2007, *op.cit.*, стр. 153.

<sup>466</sup>*Op. cit.* Hodgkin R., Newell P., 2007, стр. 105, referring to CRC/C/2/Rev.8, стр. 42.

<sup>467</sup>*Ibid.* стр. 105, во врска со E/CN.4/1989/48, стр. 18 to 22.

<sup>468</sup> Чешка изрази резервираност и во однос на вештачкото оплодување и во однос на тајното посвојување. Види повеќе во *Ibid.* стр. 105 што се однесува на Чешка, CRC/C/2/Rev.8, стр. 20.

<sup>469</sup>Ziemele I., 2007, *op.cit.*, стр. 154.

однос на вештачкото оплодување и зачувувањето на тајноста на идентитетот на донорите".<sup>470</sup> Дозволата на мајките да се породат анонимно во Франција и Луксембург беше протолкувана како да е во најдобар интерес на детето и не се сметаше за загрозување на членот 7.<sup>471</sup> Сепак, на законското толерирање во поглед на децата родени анонимно (заведени под X) не се гледаше со ентузијазам. Напротив, државите потписнички се охрабруваа да ги преземат сите неопходни мерки за да се спречи и елиминира ваквата пракса.<sup>472</sup>

Комитетот на КПД се спротивстави на националните закони кои не им дозволуваа на децата посвоени или зачнати со донации на гамети да ги дознаат своите биолошки родители.<sup>473</sup> Комитетот, исто така, препорача дека "државата членка треба да овозможи, колку што е можно поголемо почитување на правото на детето да го знае својот или идентитетот на своите родители".<sup>474</sup> Од овие коментари може да се заклучи дека правото содржано во членовите 7 и 8 навистина може да го вклучи познавањето на генетските родители и дека фразата "колку што е можно поголемо почитување" треба да се толкува како вложување на значителен напор од страна на државите членки со цел да им

---

<sup>470</sup>*Ibid.* стр. 108.

<sup>471</sup>*Ibid.* стр. 105 упатувајќи на CRC/C/2/Rev.8, стр. 28.

<sup>472</sup>*Ibid.* стр. 106 упатувајќи на Luxembourg CRC/C/15/Add.250, paras.28 и 29.

<sup>473</sup>Ziemele I., 2007, *op.cit.*, стр. 27 повикувајќи се на Комитетот на КПД - CRC Committee, *Concluding Observations: Kazakhstan Un Doc. CRC/C/15Add.213, 2003, Estonia UN Doc. CRC/C/15Add.196, 2003.* Исто така видете и Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 106 во поглед на Ерменија CRC/C/15/Add.225, para. 38. Исто така видете и за Руската Федерација CRC/C/RUS/CO/3, paras. 40 и 41, Uzbekistan CRC/C/UZB/CO/2, paras.40 and 41, and Norway CRC/C/15/Add.23, para. 10.

<sup>474</sup>Видете за Швајцарија CRC/C/15/Add.182, paras.2 8 и 29.

овозможат на децата да имаат пристап до таквите информации, без оглед на начинот на којшто тие се зачнати, околностите под кои тие биле родени или формата на односите помеѓу нивните правни родители.<sup>475</sup>

Постои мислење дека овие права треба да се набљудуваат во контекст на три други права утврдени во: член 5, што исто така ги вклучува и членовите на поширокото семејство или заедницата во рамките на локалните обичаи, членот 9 што наложува дека децата не треба бидат разделени од своите родители против нивната волја, освен во случаите кога тоа е во најдобриот интерес на детето и членот 18 што предвидува заедничка одговорност на родителите за грижата за своите деца.<sup>476</sup>

За некои автори, оригиналниот личен, правен и семеен идентитет на детето е широк поим, вклучувајќи ги исто така и браќата и сестрите, бабите и дедовците и другите роднини кои се чини дека се важни во животот на детето.<sup>477</sup> Членот 7 го промовира воспоставениот однос кој треба да се негува, поттикнува и чува.<sup>478</sup> Правото на зачувување на воспоставениот однос, а со тоа и грижата за детето се непосредно зависни од правото да се воспостави контакт.

---

<sup>475</sup>Видете исто така Pluym L., "Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België", *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten*, стр. 9, Mart, 2012.

<sup>476</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.*, стр. 108.

<sup>477</sup> Hodgkin R., Newell P., 2007, *op.cit.* стр. 114.

<sup>478</sup>*Ibid.*

Конвенцијата за контакт на децата на Советот на Европа<sup>479</sup> ги дефинира "семејните односи", како "блиски односи како на пример помеѓу детето и неговите баби и дедовци или браќа и сестри, врз основа на законот или de facto семејните односи".<sup>480</sup> Ова значи признавање и на обете - правните и фактичките семејни односи, како предуслов за понатамошно воспоставување на редовни контакти. Членот 4 го доделува правото и на детето и на родителите да воспостават и да одржуваат редовни контакти едни со други (став 1), овозможувајќи исклучоци само кога најдобриот интерес на детето тоа го наложува (став 2). Членот 5 оди уште подалеку, проширувајќи го правото на контакт на детето и на другите лица кои имаат семејни врски со него. Принципот 3:5 од *Принципите на Европското семејно право*, во однос на родителската одговорност го регулира контактот на детето со родителите и другите лица (блиски роднини или други лица со кои детето има блиски лични односи).<sup>481</sup> Уште еднаш, примената на овие членови зависи од тоа кој ќе биде определен како родител: генетскиот, правниот или фактичкиот родител и како субдизивијата на семејното стебло (правно призната или не) ќе се развива понатаму.

Членот 8 е најтесно поврзан со членот 7 што сугерира дека државите членки треба да го почитуваат правото на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи ги (...) семејните врски признати со законот, без незаконито мешање. Во неговиот втор став, членот оди уште подалеку укажувајќи

---

<sup>479</sup>ККД - *Convention on Contact Concerning Children*, Council of Europe, ETS, No. 192, Strasbourg 15.05.2003.

<sup>480</sup>*Ibid.* Член 2 (d).

<sup>481</sup>Boele-Woelki K. et al., 2007, *op.cit.*, стр. 164.

дека во случаите кога детето е незаконски лишено од некои или од сите елементи на својот идентитет, членките треба да обезбедат помош и заштита, со цел брзо повторно да се воспостави неговиот идентитет. Други аспекти на идентитетот на детето се опфатени во други членови (членот 16 заштитува од произволно мешање во приватноста, семејството и домот, членот 30, овозможува уживање во културата, религијата и јазикот, и членот 20, предвидува дека децата кои се лишени од семејната средина треба, доколку е можно, да имаат континуитет на воспитувањето, особено во поглед на нивната етничка, културна и јазична позадина).<sup>482</sup>

Фразата "брзо повторно воспоставување" на идентитетот на детето, исто така треба да го опфати разбирањето дека детето би можело исто така да го развива културниот и општествениот идентитет во средината каде што било оставено. Така, отстранувањето на детето од новата средина може да се третира како второ одземање на идентитетот на детето и како неприфатливо во однос на најдобриот интерес на детето.<sup>483</sup> Ова би можело да биде проблематично за родителите кои биле нелегално разделени од своите деца, но исто така може да предизвика и сериозни проблеми и штета на родителите кои сеуште не го имаат родителскиот статус поради различни причини (на пример, кога генетскиот татко на детето не е информиран од страна на мајката за раѓањето на детето, или пак, тој бил информиран, но спречен да го оспори татковството на нејзиниот законски сопруг за којшто важи брачната претпоставка). Овие практики

---

<sup>482</sup>Hodgkin R., Newell P., *op.cit.*, 2007, стр. 113.

<sup>483</sup>*Ibid.* стр. 117.

не се непознати за ЕСЧП. Напротив, Судот одлучува повеќе во прилог на заштита на новоформираната фактичка реалност, отколку во прилог на зачувување на генетскиот идентитет.

Одделувањето на детето од родителите што е предвидено во член 9 може да се должи на различни причини, една од кои е обично поврзана со случаите кога детето е зачнато во вонбрачна заедница.<sup>484</sup> Друга причина може да биде поврзана со контактот што е доделен на нерезидентниот родител по разделбата на родителите во земјите во кои не се признава концептот на заеднички родителски одговорности.<sup>485</sup> Членот 9 во врска со член 18 го гарантира правото на детето да биде згрижено од двајцата родители кои треба да ја поделат заедничката одговорност за неговото воспитување, развој и најдобар интерес. Комисијата на КПД јасно стави до знаење дека државата членка треба да воспостави прецизни критериуми за ограничување на односот родител-дете и родителските права и одговорности. Исто така, се препорачува дека државите потписнички треба да ги преземат сите неопходни мерки за да гарантираат дека на родителите и децата им се дава можност да учествуваат во постапката каде би го изнеле своето мислење во согласност со членот 9.<sup>486</sup>

*Минимум стандардите на Обединетите Нации за спроведување на малолетничка правда* (т.н. "Правилата од Пекинг"), го проширија опфатот на правилата за постапките за

---

<sup>484</sup> За ова, Комитетот на КПД веќе ги охрабри властите во Шри Ланка да дадат целосна поддршка на мајките коишто сакаат да ги задржат своите деца родени надвор од брак. Види повеќе во Sri LankaCRC/C/15/Add.40, para. 34.

<sup>485</sup> Како на пример во Р.Македонија. Видете во *op. cit.* Семејно Право, чл. 80, 81и82.

<sup>486</sup> Литванија CRC/C/LTU/CO/2, para. 40.

грижа и благосостојба на децата, истакнувајќи ја потребата за заштита на приватноста, брзината на постапката, правото на детето да биде застапувано, правото на присуство на родителите, правото на жалба, правото да се запре постапката, правото на добра евиденција и политики базирани на истражувања.<sup>487</sup> Покрај тоа, Комитетот на КПД призна дека праксата на семејното право треба да биде достапна за сите и дека постапките во семејните спорови треба да се спроведуваат без непотребно одложување.<sup>488</sup> Уште повеќе, важно е "сите заинтересирани страни да имаат можност да учествуваат во постапката и да го изнесат своето мислење".<sup>489</sup> Ова значи дека дури и на нерезидентниот татко или на родителот којшто е отсутен во одреден временски период треба да му се даде можност да покаже грижа и љубов кон детето. Бидејќи не е дадена дефиниција во однос на бројот и опфатот на лицата кои би можеле да се квалификуваат како "заинтересирани страни", би можело да се очекува дека се вклучени сите членови од семејството се' до одредена линија на сродство. Ова во согласност со член 12 (2) значи дека детето треба да биде директно ангажирано (лично или преку застапник) во сите судски и управни постапки кои влијаат на неговите интереси.

Член 9 (став 3) ги промовира тековните лични односи и директни контакти со двајцата родители на постојана основа, освен ако истите не се во спротивност со најдобрите интереси на детето. Овој член се однесува на односот на детето со

---

<sup>487</sup>Hodgkin R., Newell P., 2007, стр. 129.

<sup>488</sup>Никарагва CRC/C/15/Add.265, para. 37.

<sup>489</sup> Hodgkin R., Newell P., 2007, стр. 129.



родителот од кого детето било разделено. Со овој член се опфаќаат само правно признатите родители на коишто им е дадено старателство. Сепак, *Комитетот на КПД* признава дека и татковците на децата кои се родени надвор од брак (чи татковци не поседуваат статус на татко), може да бидат лишени од можноста да се повикаат на членот 9 и ги повика државите потписнички да ја обезбедат можноста за барање на старателство.<sup>490</sup> Барањето на старателство од страна на генетските татковци на децата родени надвор од брак однапред го претпоставува нивниот татковски статус. Од контекст на донирањето на сперма ова може да се интерпретира во насока дека донорот е *a priori* татко кој може, но не мора да побара старателство, а со тоа и татковски статус.

Во однос на овие спротивставени права, некои автори укажуваат на транзиција од националните закони што се фокусирани на родителите кон оние што се фокусирани на детето.<sup>491</sup> Според Вонк (Vonk), достоинството на секое дете (вклучително и на оние родени во атипично семејство) заслужува почит, поаѓајќи од принципот дека сите деца треба да имаат најповолна позиција во животот.<sup>492</sup> Авторот ова го поврзува со новиот концепт на репродуктивна одговорност

---

<sup>490</sup>Лихтенштајн CRC/C/LIE/CO/2, пар. 18 и 19.

<sup>491</sup>Видете на пр. Vonk M., "Towards a New Concept of Parenthood: Procreational Responsibility", Boele-Woelki & Sverdrup (eds), *European Challenge in Contemporary Family Law*, Intersentia Antwerp, 2008 стр. 131. Овој автор го разработува концептот на родителството и репродуктивната одговорност врз основа на 2 принципи - (1) ситуацијата во семејството на детето заслужува правна заштита и (2) детето треба да има можност да се здобие со двајца правни родители.

<sup>492</sup>*Ibid.* стр. 132.

како пред, така и по зачнувањето.<sup>493</sup> Во првиот контекст, личниот интегритет на детето - да биде зачнато, вклучува гаранција дека генетската историја на детето ќе му биде достапна подоцна во животот во смисла на улогите на учесниците во услови на користење на познати донори на сперма. Во вториот контекст, репродуктивната одговорност ја опфаќа грижата за детето во текот на неговиот живот и претставува основа за утврдување на правното родителство на родителот. Тука, авторот развива два системи на правно родителство во случаите на семејствата што користат помош од донор: (1) правно родителство за родителите со намера без оценување на намерите на донорот и (2) правно родителство за родителите со намера поврзани со намерите на донорот.<sup>494</sup> Други автори расправаат за моралната компонента на родителството, тврдејќи дека не само што е можно, туку исто така понекогаш е потребно да се направи дистинкција на родителството како генолошка (т.е. биолошка) категорија наспроти родителството како морална категорија. Како такво, во случаите на конфликт, родителството како морална категорија треба да има приоритет над родителството како генетско наследство. Соодветно на тоа, утврдениот родител во морална смисла се карактеризира со постојана заложба за безусловна љубов и грижа за физичката, емотивната, моралната и духовната благосостојба на детето.<sup>495</sup>

---

<sup>493</sup>*ibid.* стр. 146.

<sup>494</sup>*ibid.* стр. 149 и 150.

<sup>495</sup> Berkman J., "Virtuous Parenting and Orphaned Embryos, Human Embryo Adoption, Bioethnology, Marriage, and the Right to Life", Berg T.V., Furton E.J. (eds.), *Human Embryo Adoption: Biotechnology, Marriage, and the Right to Life*, The

Некои автори го критикуваат преголемото делегирање на конфликтите во врска со човековите права од ЕСЧП на националните законодавства со "оправдување" во доктрината на прагот на толерантност. Имено, кога Судот се соочува со политички или други чувствителни прашања за коишто не постои консензус меѓу земјите-членки, ја користи доктрината на праг на толерантност, и на тој начин го препушта балансирањето на правата на домашните власти.<sup>496</sup> Иако постојат одредени механизми за балансирање и на некои права им се дава приоритет во однос на други (на пример правото на живот наспроти правото на приватен живот, или правата на децата во однос на правата на возрасните), сепак некои аспекти од правата на децата се заштитени повеќе од другите само поради поголемиот консензус меѓу земјите-членки (на пример, постои повисок степен на консензус кога станува збор за случаите на пристап до информации за посвоени деца во однос на истото прашање за деца зачнати со БПО).<sup>497</sup> Освен отсуството на овие, постои недостаток и на експлицитни правила во врска со решавањето на конфликтите со што ќе се зголеми правната сигурност, владеењето на правото, правдата и еднаквоста во третирањето на сличните случаи на универзално ниво.<sup>498</sup>

Принципот 3:7 од *Принципите на Европското семејно право во однос на родителската одговорност*, исто така се занимава со конфликтот на интереси помеѓу детето и

---

National Bioethics Center and the Westchester Institute for Ethics and the Human Person, 2006.

<sup>496</sup>*Ibid.* стр. 53.

<sup>497</sup>*Ibid.* стр. 53.

<sup>498</sup>*Ibid.* стр. 52.

носителите на родителските одговорности.<sup>499</sup> Забелешката дека најдобрите интереси на детето секогаш треба да се сметаат како "примарна грижа" ги решава конфликтите во корист на детето како главно правило. Ова е овозможено прво, преку признавањето на правото на детето на автономија (Принцип 3: 4) и второ, преку воведувањето на механизми кои би овозможиле пристап до информациите потребни за да може детето да учествува во процесот на донесување на одлуки кои се однесуваат на него (Принцип 3: 6). Паралелно со овие два предуслови, детето може да има потреба од независен претставник кој ќе овозможи заштита на неговите права, кога тие се во конфликт со носителите на родителските одговорности.<sup>500</sup>

Правото на приватен живот, како заштитено со ЕКЧП, по дефиниција никогаш не е апсолутно<sup>501</sup> и затоа е склоно да биде предмет на конфликти помеѓу различните носители. Вториот став од членот 8 наведува голем број на цели кои ги легитимираат пречките на заштитеното право од првиот став, вклучувајќи ја и заштитата на правата и слободите на другите. Одредени лични односи кои прецизно не се квалификуваат како семеен живот (поради недостаток на правни или "вистински" семејни односи) веќе се ставени под чадорот на приватниот живот од страна на ЕСЧП, што се должи на нивниот

---

<sup>499</sup>Boele-Woelki K. *et al.*, 2007, стр. 56.

<sup>500</sup> Член 4.1.од Конвенцијата за изразување на правата на децата. Други документи кои ја фаворизираат позиција на детето во конфликт со родителите се: КПД (член 3), Европската повелба за фундаментални права (член II-84, став 2), Нацрт договорот за европскиот устав од 2003 година (член II-84 став 2).

<sup>501</sup>Ieven A., *op.cit.*, 2008, стр. 40.

потенцијал да прераснат во приватен живот (како во случаите на потенцијалните идни деца зачнати со ин-витро оплодување или посвоени по раѓањето).<sup>502</sup> Од друга страна, поимот “приватен живот” би можел да се судри со правото на приватност на другите лица во смисла на повреда на нивната слобода на одлучување која исто така спаѓа во доменот на приватниот живот.<sup>503</sup> ЕСЧП веќе се сретна со конфликти од ваков вид во случаите на барање на пристап до идентификациони информации за потеклото при постоење на клаузула за тајност на донорот,<sup>504</sup> вршење на тестови за утврдување на татковство на лице против неговата волја (и против неговиот заштитен телесен интегритет),<sup>505</sup> или добивање на идентификациони информации за мајката која се породила анонимно.<sup>506</sup> Од образложението на судовите се чини дека толкувањето на *приватниот живот* во различни законодавни контексти зависи од квалификациите дали е постигната рамнотежа во точката во која државните институции останале во границите на прагот на толерантност или ги надминале, како што наложува членот 8.<sup>507</sup>

Компаративните правни искуства од земјите во кои беше дискутирана анонимноста на донорите (особено Шведска, како пионер во оваа област, Велика Британија и

---

<sup>502</sup> Ieven A., *op.cit.*, 2008, стр. 40.

<sup>503</sup> Ieven A., *op.cit.*, 2008, стр. 44 и 45.

<sup>504</sup> *Gaskin v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 10454/83, пресуда на 07.07.1989.

<sup>505</sup> *Mikulic v. Croatia*, European Court of Human Rights, Бр. 53176/99, пресуда на 07.02.2002.

<sup>506</sup> *Odièvre v. France*, European Court of Human Rights, Бр. 42326/98, пресуда на 13.02.2003.

<sup>507</sup> Ieven A., 2008, стр. 47 повикувајќи се на извештаите од ЕСЧП во случајот *Evans v. the United Kingdom*, para 91, 10 April, 2007.

Холандија) имплицираат дека постојат аргументи што го поддржуваат правото на донорите на анонимност, особено во поглед на личната сопственост на својот генетски материјал, како и приватноста на нивните репродуктивни избори. Сепак, неодамнешните тенденции за промовирање на семејните политики кои се центрирани околу детето одат во прилог на правото на детето да го знае неговото потекло кое треба да ги надвлее интересите на донорите и правните родители. Овие аргументи можат да се наведат како што следува:

1. Промовирање на еднаквоста на сите деца, без дискриминација во однос на природата на нивното зачнување и репродуктивниот избор на нивните родители;
2. Промовирање на најдобриот интерес на детето при постоење на битни медицински информации за наследни и генетски болести;
3. Преовладување на правото на личен идентитет како сложена конструкција во контекст на семејниот живот, родителските односи и сродството пред желбите на анонимните донори и родителите кои положуваат ексклузивност на своето родителство;
4. Преовладување на концептот кој ги третира децата како активни субјекти и ги цени нивните ставови како важни за прашањата кои ги засегаат наспроти патерналистичкиот пристап на родителите да носат одлуки однапред во име на децата;
5. Важноста на познавањето на генетските врски може да ги превенира инцестуозните односи со роднините со кои децата се крвно поврзани, што може да ги зголеми шансите за

потомци кои би биле погодени од рецесивни гени или штетни мутации;

6. Психолошка безбедност на децата, донорите и правните родители како олеснување од анксиозноста на чувањето на тајни.





## VII. Сурогат мајчинство

### 1. Општи карактеристики на сурогат мајчинството

Во последниве неколку децении брзиот развој на науката, особено во сферата на репродуктивната медицина, овозможи голем број неплодни парови да станат родители со примена на биомедицински потпомогнатото оплодување. Вештачкото оплодување, *in vitro* фертизацијата и сурогат мајчинството<sup>508</sup> доведоа до “репродуктивна револуција,”<sup>509</sup> но во исто време отворија и бројни етички, морални, филозофски, религиозни и правни дилеми<sup>510</sup> поврзани со основните темели на кои почива цивилизацијата – семејството, мајчинството,

---

<sup>508</sup> До 2005 година во светот сурогат мајките родиле над 10000 деца. Во САД, за само четири години, од 2004 до 2008 година, бројот на децата родени од сурогат мајки се зголемил двојно и изнесувал 1000 родени деца. Практиката на сурогат мајчинство доведе до голем интерес во јавноста откако познати личности како Никол Кидман, Елтон Џон и Сара Џесика Паркер добија деца од сурогат мајка. Види кај Mortzavi, S., *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 100, 2012, стр. 2250.

<sup>509</sup> Терминот „репродуктивна револуција“ се користи во насловот на книгата на Lee и Morgan, Види Lee, Robert, G., & Morgan, Derek, *Human Fertilization and Embriology: Regulating the Reproductive Revolution*, Blackstone Press, 2001.

<sup>510</sup> Ciccarelli и Beckman истакнуваат дека “степенот на контраверзите што ги отвори примената на сурогат мајчинството потсетува на расправите во врска со абортусот во САД. Сурогат мајчинството, исто како и абортусот е контроверзно токму поради тоа што ги доведува во прашање основните концепти на семејството, мајчинството и улогите на родовите“. Види Ciccarelli, Janice, B., Beckman, Linda, J., *Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy*, *Journal of Social Issues*, Vol. 61, No. 1, 2005, стр. 23.

татковството и родителските односи.<sup>511</sup> Сурогат мајчинството предизвика сериозна загриженост поради тоа што ги доведе во прашање двата основни столба на кои долго време се потпираше Западната цивилизација – семејството и мајчинството.<sup>512</sup> Со примена на сурогат мајчинството доаѓа до поделба на генетското, гестациското и фактичкото родителство.<sup>513</sup> Брзиот развој на новите репродуктивни технологии, како и секој друг пронајдок во историјата на човештвото кој доведува до големи промени во општествените односи, отвори исклучително значајни прашања кои задираат во основата на репродукцијата, која е основа за опстанокот и продолжувањето на човековата цивилизација. Во последниве десетина години, поради сурогат мајчинството, општеството е принудено да се фокусира на мајчинството, за разлика од порано, кога доминираа правните прашања поврзани со татковството.<sup>514</sup>

---

<sup>511</sup> Види кај Williams-Jones, B., Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood, *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Vol. 2, February 2002.

<sup>512</sup> Според Теман, договорите за сурогат мајчинство, со кои сурогат мајката се обврзува да го роди бебето и да се откаже од родителското право за пари ги доведува во прашање основните структури на општеството, како што се семејството и мајчинството, што предизвикува особена загриженост кога семејниот модел е веќе нарушен поради големиот број на разводи, како и на вонбрачни, монородителски и рекомпонирани семејства. Види кај Temman, Elly, The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood, *Social Science & Medicine* 67 (2008), стр. 1105.

<sup>513</sup> Види Robertson, John, A., Surrogate Mothers: Not so Novel After All, Ethical issues in the new reproductive technologies, (edited by Richard Hull). стр. 167.

<sup>514</sup> Во оваа смисла Киндреган наведува дека изданието на Black's Law Dictionary од 1999 година ја дефинирало мајката како „жената која го родила или го посвоила детето“, а изданието од 2004 година, поради големиот број случаи на сурогат мајчинство ја дефинира мајката како „жената која го

Сурогат мајчинството има долга историја и се споменува во Хамурабиевиот закон и во Стариот завет.<sup>515</sup> Во минатото жените користеле сурогат мајки, кои често биле нивни робинки или слугинки, да им родат бебе во случај кога тие биле неплодни. Во Библијата се дадени примерите кога Рахел, жената на Јакоб, бара од нејзиниот маж да има сексуални односи со робинката која треба да им роди дете. И жената на Абрахам, Сара, добива син од својата слугинка Хагар.<sup>516</sup> Но во минатото жената можела да добие дете од сурогат мајката само доколку нејзиниот маж одржувал сексуални односи со неа; во современото општество вштачкото оплодување овозможи одвојување на сексуалноста од репродукцијата, така што сурогат мајката може да биде оплодена од спермата на мажот без тие воопшто да се сретнат, што за неговата партнерка која сака да добие дете од сурогат мајка е многу поприфатливо од сурогатството во минатото.<sup>517</sup> Првиот договор за сурогат мајчинство со примена на вештачка инсеминација се склучил во 1976 година.<sup>518</sup>

---

родила детето, донирала јајце клетка за раѓање на детето или го посвоила". Според Киндреган, во ерата на новите репродуктивни технологии дефинирањето на мајчинството не е едноставно, како што тоа било во минатото. Види Kindregan, C., *Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology*, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 17:3, 2009, стр. 602.

<sup>515</sup> Claire Fenton-Glynn 2014, Human Rights and Private International Law: regulating international surrogacy, 10 *Journal of private and International Law*, 157 (2014).

<sup>516</sup> Интересно е дека подоцна, по раѓањето на Ishmael, Сара ги брка од куќата на Abraham сурогат мајката Hagar и Ishmael. Види кај Edelmann, R.J., *Surrogacy: the psychological issues*, *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 22:2, 2004, стр. 125.

<sup>517</sup> Види повеќе кај Spar, D., *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *Review of International Political Economy*, Vol. 12, No.2, May 2005, стр. 290.

<sup>518</sup> Види кај José López Guzmán & Ángela Aparisi Miralles, *Aproximación a la problemática etica y juridical de la maternidad subrogada (An approach to the*

Сурогат мајчинство претставува договор со кој сурогат-мајката, откако ќе биде вештачки оплодена со сперма на биолошкиот татко или со ембрион од донорите, го носи и го раѓа детето, а потоа се откажува од родителското право и го дава детето на неговите „наменети родители“ за одреден надомест.<sup>519</sup> Сурогат мајчинството придонесе да се зголеми бројот на репродуктивните опции во современото општество. Со помош на сурогат мајката, неплодните парови имаат можност да добијат дете кое е генетски поврзано со едниот од родителите. Освен тоа, како што наведува Pamela Laufer – Ukeles сурогат мајчинството им овозможува на хомосексуалните парови да добијат дете кое ќе биде генетски поврзано со еден од партнерите и им овозможува на самите мажи, кои немаат партнерка или партнер да добијат дете што е генетски поврзано со нив.<sup>520</sup> Во практиката, сурогат мајчинството го користат најчесто неплодните парови, потоа жените кај кои постои опасност бременоста да го загрози нивното здравје, како и паровите кои сакаат да спречат некоја тешка наследна болест да се пренесе врз детето. Сурогат мајчинството може да се јави во два вида: како традиционално или како гестациско сурогат мајчинство. Во првиот случај сурогат мајката е жената која го раѓа детето и чија јајце клетка е вештачки оплодена со спермата на мажот кој склучува со неа договор за сурогат мајчинство или со спермата на донор. Во

---

legal and ethical problem of surrogate motherhood), 23 CUAD. BIOÉT. 253, 257 (2012).

<sup>519</sup> *American Law Reports*, Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement, 77 A.L.R. 4th 70. (1989).

<sup>520</sup> Види кај Pamela Laufer – Ukeles, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy*, *Indiana Law Journal*, Vol. 88, Fall 2013, стр. 1224.

овој случај сурогат мајката е и генетска мајка на детето. Кај гестациското сурогат мајчинство во сурогат мајката се имплантира ембрион, така што таа нема генетска врска со детето. Притоа, ембрионот може да потекнува од парот со кој сурогат мајката склучува договор за сурогат мајчинство, или за неговото создавање да се користи јајце клетката или спермата на еден од партнерите. Освен тоа, можно е ембрионот да е дониран, и во тој случај ниту еден од партнерите кои склучуваат договор со сурогат мајката (како и самата сурогат мајка) нема да има генетска врска со детето.<sup>521</sup>

Сурогат мајчинството е поврзано со „фрагментација“ на концептот мајка; за разлика од порано, кога мајчинството не беше спорно и кога мајка (генетска и биолошка) беше жената што го раѓаше детето, кај сурогат мајчинството детето може да има две, па дури и три мајки.<sup>522</sup> Кога станува збор за традиционалното сурогат мајчинство, каде сурогат мајката е истовремено и генетска мајка можно е детето да има две мајки – сурогат мајката и жената која со неа склучува договор за раѓање на дете. Во случај кога станува збор за гестациско сурогат мајчинство, можно е детето да има три мајки: жената која ја донирала јајце-клетката (генетска мајка), жената која се јавува како сурогат мајка и која го раѓа детето (биолошка мајка), и жената (наменета мајка) која потпишува договор со

---

<sup>521</sup> Види повеќе кај Mortzavi, S., *op.cit.*, стр. 2254.

<sup>522</sup> Sharyn Roach Anleu истакнува дека сурогат мајчинството отвора сериозни прашања во врска со родителството, особено мајчинството. Според овој автор, спорно е дали приоритет да се даде на генетската врска или на бременоста како основа за определување на родителските права и обврски. Види Anleu, Sharyn Roach, *Surrogacy: For Love but Not for Money? Gender and Society*, Vol. 6, No. 1, Mar., 1992, стр. 31.

сурогат мајката, по што сурогат мајката се откажува од нејзините родителски права. Правните системи на сите земји предвидуваат дека само една мајка може да се појави како носител на родителските права, а во случај на сурогат мајчинството, се појавуваат спорови околу прашањето која од трите жени е мајка на детето.<sup>523</sup> Фрагментацијата на мајчинството е исклучително сериозен проблем, поради тоа што концептот на мајката, и во историска, и во психолошка и во филозофска и во правна и во религиозна смисла е столб на кој се темели човековата цивилизација и кој во голема мера е поврзан со најдлабокото чувство на припадност и на идентитет кај секој човек. Токму поради ова, почетокот на примената на сурогат мајчинството и напуштањето на милениумската концепција *mater semper certa est*, според кој мајка на детето е жената што го раѓа детето доведе до исклучително сериозни правни, етички, морални и филозофски дилеми. Освен тоа, сурогат мајчинството отвори цела серија сериозни прашања и дилеми, како што се: што да се прави доколку сурогат мајката се предомисли и не сака да го предаде бебето, и покрај тоа што со договорот за сурога мајчинство се обврзала на тоа; како да се утврди кои лица ќе бидат носители на родителските права во однос на детето што го родила сурогат мајката; како да се решат проблемите што се јавуваат кога лицата што склучиле договор со сурогат мајката се премислат или починат и не можат да ги вршат родителските одговорности во однос на детето; што се случува доколку бебето се роди предвреме или

---

<sup>523</sup> Повеќе за контраверзните прашања поврзани со востановувањето на мајчинството во САД види кај: Storrow, R., F., *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parenthood*, *Hastings Law Journal*, Vol. 52, 2002 стр. 604-623.

има некои недостатоци; кој има право да решава дали плодот со деформитети треба да се роди или сурогат мајката треба да го абортира плодот; како ќе се постапи доколку сурогат мајката не се придржува на обврските за здрав живот во текот на бременоста и користи дрога или алкохол, со што може да се загрози здравјето на бебето.<sup>524</sup>

Фрагментацијата на мајчинството до која дојде со примената на сурогат мајчинството, во многу земји, а особено во САД, доведе до голем број судски процеси, во кои судовите мораа да решаваат спорови околу тоа кои се вистинските родители на детето и кој има право да го врши родителското право.<sup>525</sup> Судските спорови се резултат на непостоењето на униформни правила за регулирање на сурогат мајчинството во САД, како и во Европските држави.<sup>526</sup> Во САД сурогат мајчинството не е регулирано на федерално ниво, а постојат големи разлики помеѓу државите во однос на регулирањето на сурогат мајчинството.<sup>527</sup> Според Storrows, во САД постојат три

---

<sup>524</sup> Види кај Stark, Elizabeth, S., Born to no Mother: In re Roberto D.B. and Equal Protection for Gestational Surrogates Rebutting Maternity, *Journal of Gender, Social Policy and Law*, Vol.16, No. 2, 2008, стр. 6.

<sup>525</sup> Според Lorillard, Калифорнија тргнува од намерата на партнерите за да се утврди кој ќе ги врши родителските права во однос на детето, но ова не е случај во многу други држави на САД, каде родителството не се стекнува автоматски врз основа на намерата на партнерите да добијат дете. Во овие држави неопходна е интервенција од страна на судот. Види кај Lorillard, Christine Metteer., Informed Choices and Uniform decisions: Adopting the Aba's Self-enforcing Administrative Model to Ensure Successful Surrogacy Arrangements, *Cardozo Journal of Law & Gender*, Vol. 16, 2010, стр. 238.

<sup>526</sup> За разликите во регулирањето на сурогат мајчинството во европските земји види A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member states, Directorate general for internal policies, European Parliament, 2013.

<sup>527</sup> Krawiec, K., D., A Women's Worth, *North Carolina Law Review*, Vol 88, 2010, стр. 1765. Детално за регулирањето на сурогат мајчинството во САД види кај

вида законодавства во однос на сурогат мајчинството: некои сојузни држави го забрануваат сурогат мајчинството, некои го дозволуваат, но забрануваат комерцијално сурогат мајчинство, а некои се полиберални и дозволуваат и комерцијално сурогатство.<sup>528</sup>

## 2. Судски случаи поврзани со сурогат мајчинство во САД

Поради брзиот развој на новите репродуктивни технологии,<sup>529</sup> непостоењето на сојузно законодавство за регулирање на сурогат мајчинството во САД, како и поради големите разлики во регулирањето на сурогат мајчинството во одделни држави на САД,<sup>530</sup> судовите беа исправени пред

---

Drabiak, K., Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Summer 2007. McMahon, B, S., The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink its Surrogacy Contract Laws, *Alb.L.J.Sci & Tech.*, Vol. 21, No.2, 2011, Hofman, Darra, L., "Mama's Baby Daddy's Maybe": A State - by - State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact, *William Mitchel Law Review*, Vol. 35, No.2, 2009.

<sup>528</sup> Storrow, R.,D., New Thinking on Commercial Surrogacy, *Indiana Law Journal*, Vol. 88, Issue 4, 2013, стр. 1281.

<sup>529</sup> Пишувајќи во име на мнозинството судии во случајот *re Roberto d. B.*, судијата Robert M. Bell од Апелациониот суд на Мериленд истакнува дека „она што порано било незамисливо денес постои. Според оваа судска одлука, семејниот закон на Мериленд, донесен во 1984 година, не ги антиципирал потенцијалните спорови кои може да се јават со примената на репродуктивните технологии. Види кај Stark, Elizabeth, S., *op.cit.*, стр. 293

<sup>530</sup> Според Price “во САД не постои сеопфатна политика во однос на сурогат мајчинството, туку постојат различни закони кои многу се разликуваат од една до друга сојузна држава. Некои го дозволуваат и го регулираат сурогат мајчинството, а другите го забрануваат и дури предвидуваат и санкции за



дилемите кои критериуми треба да имаат предност при утврдување кои лица треба да бидат носители на родителското право во однос на децата. Поради фрагментацијата на мајчинството (мајка веќе не мора да биде само жената што го раѓа детето), како и на татковството (генетски татко веќе не мора да биде партнерот на мајката) судовите требаше да решаваат дали приоритет за доверување на родителските одговорности кај децата родени од сурогат мајки треба да биде генетската врска, раѓањето на детето или намерата да се стане родител, поради која се склучуваа договори за сурогат мајчинството.<sup>531</sup>

Еден од најпознатите случаи во кој судовите мораа да решаваат во врска со сите дилеми и прашања кои произлегуваат од сурогат мајчинство во САД е случајот „Baby M“<sup>532</sup> од 1985 година, во времето кога во Њу Џерси сурогат мајчинството не било законски регулирано. Брачната двојка Бил и Бетс Штерн, поради сериозната болест на г-ѓа Штерн, решила да склучи договор со Мери Бет Вајтхед, која прифатила, за надомест од 10.000 \$, вештачки да биде оплодена со спермата на г-дин Стерн, да роди дете, а потоа да се откаже од родителските права во корист на г-дин и г-ѓа Стерн. Во овој случај се работело за „традиционално“ сурогат мајчинство, поради тоа што сурогат мајката не само што го родила, туку била и генетска мајка на бебето. По раѓањето на

---

оние кои се вклучени во реализацијата на сурогат мајчинството. Види кај Price, Terry., J., *The Future of Compensated Surrogacy in Washington State: Anytime Soon?* *Washington Law Review*, Vol. 89, No. 4, 2014, стр. 1312.

<sup>531</sup> Според Stark, судовите, законодавците и правните теоретичари се потпираат на четири различни теории за определување на мајчинството кај гестациското сурогат мајчинство: 1) намерата на страните 2) генетскиот придонес на страните 3) раѓањето на детето и 4) најдобриот интерес на детето. Види кај Stark, *op.cit.* стр.. 288.

<sup>532</sup> *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

детето, г-ѓа Вајтхед сфатила дека е приврзана за бебето и таа, и покрај склучениот договор за сурогат мајчинство, според кој имала обврска да го предаде бебето, решила да го задржи за себе. Брачниот пар Штерн барал да се почитува договорот со сурогат мајката, бебето да им биде вратено и тие да бидат прогласени за носители на родителските права. Госпоѓата Вајтхед и госпоѓата Вајтхед со бебето избегале во Флорида и престојувале во повеќе станови, хотели и мотели за да не бидат пронајдени од полицијата. Брачниот пар Штерн дознал дека бебето е во Флорида и тие добиле налог од судот тоа да им биде вратено, што полицијата во Флорида и го сторила.<sup>533</sup> Судието, кое предизвикало огромен интерес во јавноста<sup>534</sup> почнало во јануари 1987 година, траело шест недели и во него сведочеле дваесет и три сведоци и петнаесет експерти.<sup>535</sup> Во судскиот процес, Штернови барале од Судот да се спроведе договорот за сурогат мајчинство, вклучувајќи го и престанок на родителското право на г-ѓа Вајтхед. Првостепениот суд, по неколку драматични месеци, во кои за случајот известувале сите медиуми, одлучил дека договорот треба да исполни, госпоѓинот Штерн бил прогласен за носител на родителското право, родителските права на госпоѓата Вајтхед и биле одземени и судот и дозволил на г-ѓа Штерн да го посвои бебето.<sup>536</sup>

---

<sup>533</sup> *Ibid*, стр. 417.

<sup>534</sup> Противниците на сурогат мајчинството, меѓу кои спаѓале некои феминистки, како и религиозните групи, сметале дека договорите за сурогат мајчинство претставуваат договори за продавање на бебиња, и дека со нив се врши експлоатација на сиромашните жени и се деградира семејството и репродуктивната функција на жената. Види кај Scott, E., S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, *Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, Paper Number 08-186, стр. 1.

<sup>535</sup> Види повеќе кај Price, *Supra Note*, стр. 1313-1316

<sup>536</sup> За повеќе детали поврзани со случајот Baby M види: Spar, D., *op. cit.*, стр. 288. Исто види кај: Sanger, C., (Baby) M is for many things: Why I start with Baby M, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 44, 2000.

Меѓутоа, Врховниот суд на Њу Џерси донел спротивна одлука. Врховниот суд на Њу Џерси зазел становиште според кое „Во едно цивилизирано општество има работи кои не може да се купат со пари“.<sup>537</sup> Според Врховниот суд „договорот за сурогат мајчинство не може да произведе правно дејство. Нашиот став се темели врз две основи: договорот за сурогат мајчинство е во директна спротивност со постојните закони како и во спротивност со јавните политики на оваа држава, изразени во законските прописи и во судските одлуки.“<sup>538</sup> Според мислењето на Врховниот суд на Њу Џерси, родителското право на г-ѓа Вајтхед не може да и биде одземено, бидејќи таа не само што го родила бебето, туку била и негова генетска мајка.<sup>539</sup> Судот посебно нагласува дека е недозволено плаќање за да се добие дете.<sup>540</sup> Покрај тоа, според мислењето на судот, договорот за сурогат мајчинство не е валиден, бидејќи договорот е спротивен на јавниот поредок и не е во согласност со принципот „во најдобар интерес на детето“, бидејќи согласноста на мајката, според која таа се

---

<sup>537</sup> Price, *op. cit.*, стр. 1316.

<sup>538</sup> In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) at 422.

<sup>539</sup> Види Hendricks, J., S., Essentially a Mother, *William and Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 13, 2005, стр. 475.

<sup>540</sup> Според мислењето на Врховниот суд на Њу Џерси „Користењето на пари за оваа цел-а ние немаме сомневање дека парите биле платени за да се добие бебето, а не, како што наведува брачниот пар Штерн, за личната услуга на госпоѓата Вајтхед, е незаконски и веројатно криминално. In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) стр. 423. Освен тоа, во својата одлука Врховниот суд на Њу Џерси истакнува дека „Господинот Штерн знаел дека плаќа за да го добие детето; госпоќата Вајтхед знаела дека прима пари за да го предаде детето; Центарот за лекување на неплодноста знаел дека бил платен за да помогне детето да биде родено и да му припадне на брачниот пар Штерн. Активностите на сите учесници биле спротивни на законот.“Ibid, стр. 425.

откажала од родителските права, според мислењето на Судот не била дадена слободно, туку била дадена под притисок на нејзината потреба за финансиски средства.<sup>541</sup> Судот утврдил дека договорот нема правно дејство, и одлучил да ги врати родителските права на г-ѓа Вајтхед, бидејќи немало основ за престанок на родителските права. Судот одлучил дека случајот се однесува на спор во однос на старателство меѓу две страни кои што имаат еднакви права, и старателството го доделил на двојката Штерн, но не и го одзел на г-ѓа Вајтхед родителското право, и не и овозможил на г-ѓа Штерн да го посвои детето. Така, г-ѓа Вајтхед ги задржала родителските права и можноста да одржува лични односи со детето (иако детето живеело со двојката Штерн), а г-ѓа Штерн го добила старателство, но не била во можност да го посвои детето и да воспостави правен однос со детето.

Во овој случај генетската врска и бременоста и раѓањето на бебето, според мислењето на Врховниот суд на Њу Џерси, имале приоритет во однос на договорот за сурогат мајчинство и намерата на г-ѓа Штерн да стане мајка.<sup>542</sup> Поради

---

<sup>541</sup> Види кај Sharma, R., An international, moral & legal perspective: *The Call for Legalization of Surrogacy in India*, <http://ssrn.com.abstracts=997923>

<sup>542</sup> Според Сирола, судовите во САД примениле три различни пристапи во решавањето на споровите кои се поврзани со сурогат мајчинството: 1) Стандард според кој жената што го родила детето е негова мајка 2) Пристап според кој се тргнува од намерата на страните да станат родители и 3) Стандард според кој родителското право го вршат оние кои имаат генетска врска со детето. Во случајот Baby M Врховниот суд на Њу Џерси го применил првиот пристап, според кој било која жена која го носи и го раѓа детето е негова законска мајка, независно дали е таа и генетска мајка на детето. Приврзаниците на овој концепт тргнуваат од традиционалниот концепт на мајчинството (*mater semper certa est*), како и од придонесот на мајката за развој на фетусот во текот на девет месечната бременост. Види кај Sirola, K., Are You My Mother? Defending the Right of Intended Parents in Gestational

ова, Врховниот суд на Њу Џерси ја сменил одлуката на понискиот суд и не прифатил исполнување на склучениот договор за сурогат мајчинство. Како резултат на случајот „Baby M“, кој предизвикал огромно внимание во јавноста, голем број држави во САД го забраниле комерцијалното сурогат мајчинството, а случајот имал влијание и врз законодавствата во други држави.<sup>543</sup>

Џонсон против Калверт (Johnson v. Calvert)<sup>544</sup> е уште еден познат случај поврзан со договорите за сурогат мајчинство, во кој Марк и Криспина Џонсон потпишале договор за сурогат мајчинство со Ана Калверт. Постои суштинска разлика помеѓу случајот Baby M и случајот Johnson v. Calvert.<sup>545</sup> За разлика од случајот Baby M, во случајот Џонсон се работи за гестациско, а не за традиционално сурогатство. Брачната двојка Џонсон донирале сперматозоиди и јајце клетки, а сурогат мајката, г-ѓа Калверт немала никаква генетска врска со детето. Во седмиот месец од бременоста, сурогат мајката побарала да и биде исплатена целата сума предвидена

---

Surrogacy Arrangements in Pennsylvania, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 14, No. 1, 2006, стр. 136.

<sup>543</sup> По случајот „Baby M“ комерцијалното сурогат мајчинство било забрането и во Австралија, Велика Британија, Франција и Германија. Види кај Mortazavi, S., *op. cit.*, стр. 2264.

<sup>544</sup> Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal. 4<sup>th</sup> 84, 19 Cal.Rptr.2d 494 (May 20, 1993).

<sup>545</sup> Според Mortzavi постојат три главни разлики во резонирање на судовите во случаите Baby M и Johnson v. Calvert 1) Во случајот Johnson судот сметал дека и госпоѓата Џонсон и госпоѓата Калверт имале исто право на мајчинство, додека во случајот Baby M судот тргнал од биолошката врска и и го доделил мајчинското право исклучиво на госпоќата Вајтхед. 2) Во Johnston v. Calvert судот, за разлика од судот во случајот Baby M, донел одлука да го поддржи спроведувањето на договорот, кој, според мислењето на судот не бил спротивен на јавниот интерес. 3) За разлика од судот во случајот Baby M, Врховниот суд на Калифорнија барал рамка за прифаќање на договорот за сурогат мајчинство. Види кај Mortzavi, *op. cit.*, стр. 2264-2266.

во договорот, и им се заканила на Џонсонови дека во спротивно ќе го задржи детето. Идниот месец, Марк и Криспина Џонсон поднеле тужба со која барале тие да бидат прогласени за законски родители на детето. Првостепениот суд пресудил дека договорот за сурогат мајчинство е валиден, ги доделил родителските права на брачната двојка Џонсон и го укинал правото на сурогат мајката да го посетува детето. Врховниот суд на Калифорнија ја потврдил оваа пресуда.<sup>546</sup> Судот потврдил дека и сурогат мајката и г-ѓа Џонсон имаат право да се сметаат како мајки на детето. Имајќи во предвид дека законот предвидува дека детето може да има само една мајка, Врховниот суд на Калифорнија пресудил дека родителските права треба да и припаѓаат на г-ѓа Џонсон. При донесувањето на одлуката според која г-ѓа Џонсон, а не сурогат мајката била прогласена за мајка на детето, покрај фактот дека г-ѓа Џонсон била генетска мајка на детето, Врховниот суд на Калифорнија го земал во предвид и т.н. „тест на намери.“ Според судот, без намерата на г-ѓа Џонсон да стане мајка, договорот за сурогат мајчинство немало ниту да биде склучен, и детето немало да се роди. Врховниот суд на Калифорнија пресудил дека сурогат мајката во времето на потпишувањето на договорот имала направено слободен и рационален избор да го искористи своето тело со цел да биде исполнета намерата на договорот.<sup>547</sup> Во овој случај, судот дал предност на генетската врска и намерата да се стане

---

<sup>546</sup> За повеќе детали поврзани со случајот *Jonson v. Calvert*, види кај *Storrow, op. cit.*, стр.605-606;

<sup>547</sup> Види *Sharma, op. cit.*, стр. 4.

родител,<sup>548</sup> сметајќи ги како клучни елементи за утврдување на родителските права, додека бременоста и раѓањето на детето ги ставил во втор план.<sup>549</sup>

Одлуката на Врховниот суд на Калифорнија во случајот Johnson v. Calvert доведе до големи дебати во САД. Дури и во одлуката на Врховниот суд на Калифорнија имало издвоено мислење, во кое судијата Кенард истакнал дека Судот, со донесувањето на одлуката во конкретниот случај, го игнорирал фактот дека сурогат-мајката го носела детето девет месеци.<sup>550</sup> Според ова издвоено мислење, со одземањето на нејзините родителски права, Судот ја девалвирал нејзината улога во раѓањето на детето.<sup>551</sup> Ова мислење изразено од страна на судија Кенард беше поддржано од страна на Американскиот колеџ за акушери и гинеколози, чие мислење е дека жената која го раѓа детето е мајката на детето. Нејзиниот придонес (време, напор, психолошки односи со бебето) е

---

<sup>548</sup> Во Johnson v. Calvert Врховниот суд на Калифорнија постави нов стандард за родителството, заснован на намерата, според кој парот кој го иницирал создавањето на детето, односно „намераваните родители“ треба да се сметаат за родители на детето во правна смисла. Види кај Sirola, K., *op. cit.*, стр. 136.

<sup>549</sup> Како што истакнува William Jones, улогата на сурогат мајката е редуцирана на „инкубатор“. Види кај William Jones, *op. cit.*, стр. 6.

<sup>550</sup> Во своето издвоено мислење судијата Kennard истакнал: “За разлика од мнозинството, јас не се согласувам дека најголемо значење треба да има намерата да се добие дете на жената што ја донирала јајце клетката од која е создадено детето. Според мене, и жената што ја донирала јајце клетката и жената што го родила детето имаат основа за добивање на родителското право. Бременоста подразбира уникатна посветеност, психолошка, емотивна и физичка за нероденото бебе. Но не е помал ниту придонесот на жената од чија јајце клетка е создадено детето и без чија желба детето не би ни постоело”. Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal. 4<sup>th</sup> 84, 19 Cal.Rptr.2d 494 (May 20, 1993) стр. 78.

<sup>551</sup> За повеќе детели види Storrow, *op. cit.*, стр. 606.

доволен за таа да се смета за мајка на детето.<sup>552</sup> Оваа асоцијација смета дека фактот на раѓањето на детето, за разлика од генетската врска, е од клучно значење за утврдување која од двете жени треба да се смета како мајка на детето.

Сличен став беше прифатен и од страна на Комисијата Warnock во Велика Британија, на која и била дадена задача да ги анализира сите аспекти на мајчинството и да предложи соодветни законски решенија. Во рамките на овој извештај, се вели дека доколку еден пар дал ембрион на жена која го носи и го раѓа детето, тогаш таа е мајка на детето. Според извештајот на Комисијата, сурогат мајката има обврска да ги почитува одредбите на договорот и да му овозможи на парот да ги добие родителските права, но таа исто така може да донесе одлука да го задржи детето за себе.<sup>553</sup>

Сепак, тешко може да се оспори значењето на одлуката на судот во случајот Џонсон против Калверт. Да не била намерата на Марк и Криспина Џонсон, сурогат мајката воопшто немала да биде вештачки оплодена и бебето немало да биде родено. Од друга страна, улогата на Ана Калверт била однапред определена: таа се согласила да биде оплодена од ембрионот создаден од страна на парот Џонсон и да им го предаде бебето по раѓањето, а не таа да биде мајка на бебето.<sup>554</sup> Во оваа смисла и Старк, коментирајќи го значењето

---

<sup>552</sup> Види Nakash&Herdiman, *Journal of obstetrics and Gynecology*, Vol. 27 (3), 2007, стр. 247.

<sup>553</sup> Види повеќе кај Williams-Jones, *op. cit.*, стр.7.

<sup>554</sup> Во оваа смисла Di Fonzo и Stern истакнуваат дека “слободно може да се каже дека на Ана не би и била дадена можноста да го носи и да го роди детето доколку таа, пред да биде оплодена, изразила волја таа да биде мајка на детето.” Освен тоа, овие автори истакнуваат и дека “сурогат мајката немало



на четирите различни концепции за утврдувањето на мајчинството во случаите на гестациско сурогат мајчинство смета дека концепцијата која ја зема предвид намерата за раѓање на детето треба да се прифати како најдобра.<sup>555</sup> Сепак, за одредувањето на родителските права, освен намерата, значајно е да се земе предвид и однесувањето на лицата кои склучиле договор за сурогат мајчинство.<sup>556</sup>

Клучната разлика помеѓу случаите *Baby M* и *Johnson v. Calvert* е во тоа што во првиот случај се работи за традиционално сурогат мајчинство, каде сурогат мајката е и генетска мајка на бебето, а во вториот случај се работи за гестациско сурогат мајчинство, каде не постои генетска врска помеѓу сурогат мајката и бебето. Гестациското сурогат мајчинство доведе до радикален пресврт во прифаќањето на сурогат мајчинството, како од страна на договорните странки, така и од страна на законодавците. Тоа придонесе за намалување на правните, етичките и моралните дилеми кои

---

намера да оствари семејна врска со детето. Таа имала намера да оствари се, освен да биде легален носител на родителското право во однос на детето“. Види кај Di Fonzo Herbie J., Stern, Ruth. C., *The Children of Baby M*, *Capitol University Law Review*, Vol. 39, 2011, стр. 406.

<sup>555</sup> Според Старк “стандардот кој тргнува од намерата да се стане родител обезбедува подобра заштита од сите други поради тоа што семејствата засновани со помош на новите репродуктивни технологии се семејства кои се формираат со избор и со намера, и почитувањето на намерите на страните е најдобар начин да се обезбеди родителството во однос на детето. Види кај Stark, *op. cit.*, стр. 295.

<sup>556</sup> И Di Fonzo and Stern го нагласуваат значењето на однесувањето на странките кога се решава за тоа кој треба да биде носител на родителското право. Според нив : “Оваа претходна намера, заедно со однесувањето на намераваните родители со кое тие покажале намера да создадат нов живот со помош на сурогат мајката покажува дека намераваните родители се функционални и вистински родители. Тие треба да бидат прогласени за родители во правна смисла“. Види Di Fonzo and Stern, *op. cit.*, стр. 407.

беа поврзани со традиционалното сурогат мајчинство.<sup>557</sup> Партнерите многу полесно се решаваат да склучат договор со сурогат мајка кога тие се генетски родители на детето, а сурогат мајката само го раѓа детето, со кое нема никаква генетска врска.<sup>558</sup> Ваквите аранжмани се далеку поприватливи и за самите сурогат мајки, кои полесно се решаваат да го предадат бебето кога немаат со него генетска врска.<sup>559</sup> Освен тоа, гестациското сурогат мајчинство е многу пошироко прифатено од јавноста, поради тоа што сурогат мајката, која склучува договор за сурогат мајчинство и потоа го предава бебето, нема генетска врска со бебето.<sup>560</sup>

Во случајот *Baby M* судот тргна од фактот на раѓањето на детето (покрај генетската врска) како основа за определување на родителскиот статус, а во случајот *Johnson v. Calvert* судот за првпат воведо т.н. “тест на намери” со кој се

---

<sup>557</sup> Според McMahon “because the surrogate carrier has no biological connection to the child, she therefore has no parental rights to said child.”. Mc Mahon argues that traditional and gestational surrogate motherhood are fundamentally different, they should be distinguished legally. See Mc Mahon, B.M., *Supra Note*, p. 363. Според Scott, појавата и широкото прифаќање на гестациското сурогат мајчинство е еден од најзначајните фактори за промената на социјалното значење на сурогат мајчинството; наместо продавање на бебиња и експлоатација на жените во современи услови за сурогат мајчинството доминира поинаков дискурс-дека со него сурогат мајката обезбедува услуга на неплодните парови за тие да можат да добијат бебе со кое ќе имаат генетска врска. Види Scott, E, S., *Supra Note*, p. 14..

<sup>558</sup> Spored Spar “More women were willing to serve as gestational car riers than as traditional ones; more women were willing to provide eggs without wombs attached; and more couples were willing to enter into surrogacy contracts when they knew that the birthmother would have no genetic link to the child” Spar,D, L., *Supra Note*, p. 298.

<sup>559</sup> According to Price, the status of the surrogate “as not legal mother becomes clearer and simpler under the law”. See Price, *Supra Note*, p. 1336.

<sup>560</sup> *Ibid*, p. 1336

утврдува која жена ќе се смета за мајка на детето родено од страна на сурогат мајката. Сепак, покрај овие два критериуми, во случајот *Belsito v. Clark* судот воведе и трет критериум, како клучен за утврдување на носителите на родителското право, а тоа е генетската врска.<sup>561</sup> Во случајот *Belsito v. Clark*<sup>562</sup> Антони и Шели Белсито склучиле договор за сурогат мајчинство со сестрата на Шели, Керол Кларк. Според законот во Охајо, жената која што го родила детето се запишува во сертификатот за раѓањето како мајка на детето. Антони и Шели Белсито поднеле барање до судот на 14 септември 1994 година. Тие барале судот да донесе одлука дека за нив не е неопходно да го посвојат детето кое го носела сурогат мајката Керол Кларк. Тие сметале дека се генетски и природни родители на детето и дека според тоа имаат право да бидат прогласени за носители на родителското право. Основно прашање за судот било кој да се смета за носител на родителското право во однос на нероденото бебе што го носела Керол Кларк. Судот донел одлука дека, поради тоа што Антони и Шели Белсито биле генетски родители на детето, тие треба да се сметаат како законски родители во однос на нероденото дете.<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> Во определувањето дека генетската врска е клучна за определување на родителскиот статус the court relied heavily on the historic notion that parentage stems from a “common ancestry of genetic traits.” See Sirola, K., *Supra* Note, p. 136

<sup>562</sup> 67 Ohio Misc.2d 54 (1994)

<sup>563</sup> Во овој случај судот го отфрлил „тестот на намера“ формулиран од судот во случајот *Johnson v. Calvert*, истакнувајќи дека намерата понекогаш е тешко да се докаже или дека таа може да води кон неразумни или неприфатливи решенија. Види Stark, E, *op. cit.*, стр. 289.

Врз основа на овие судски случаи, може да се види дека судовите во САД имаат различен пристап за утврдување на мајчинството на детето. Во некои случаи, како во *Baby M*, каде се работело за традиционално сурогат мајчинство, предност има биолошката врска помеѓу мајката и бебето, поврзана со нивната генетската врска. Во други случаи, како во *Johnson v. Calvert*, каде се работело за гестациско сурогат мајчинство, судот тргнува од намерата да се стане родител, како и од генетската врска. Во случајот *Belsito v. Clark*, за одлуката на судот доминантно било значењето на генетската врска помеѓу мајката и детето. Оваа невоједначеност во судската практика отвора големи дилеми и доведува до правна несигурност, доколку се јави спор помеѓу парот што склучува договор за сурогат мајчинство и сурогат мајката околу родителските права.<sup>564</sup> Можен одговор на сите сложени прашања поврзани со родителскиот статус во случаите на сурогат мајчинство е имплементацијата на Предлог законот за репродуктивните технологии што го подготви Американското здружение на правници.<sup>565</sup> Овој предлог содржи флексибилна рамка која може да служи за решавање на сегашните контроверзни прашања поврзани со сурогат мајчинството.<sup>566</sup> Потребата од законски решенија во сферата на сурогат мајчинството ја истакнуваат и самите судови кога се работи за спорови околу родителството.<sup>567</sup>

---

<sup>564</sup> За ставовите на судовите во САД и различните критериуми од кои тие тргнуваат за определување на родителскиот статус кај договорите за сурогат мајчинство види кај Stark, E., *Ibid*, стр. 287-293.

<sup>565</sup> Kindregan смета дека овој предлог закон “ќе обезбеди потенцијална законска основа за решавање на прашањата поврзани со утврдувањето на мајчинството кои се јавуваат во контекст на сурогат мајчинството, за разлика од сегашната состојба на спротивставени закони”. Види Kindregan, *op. cit.*, стр. 616.

<sup>566</sup> Свиди ABA Model Act Governing Reproductive Technologies (2008), стр.1

<sup>567</sup> Судот во САД, во случајот *Buzza* истака дека: “ние се придружуваме на многуте судови кои бараат легислативна акција за големиот број комплексни правни прашања што се предизвикани од напредокот во сферата на

### 3. Аргументи против прифаќањето на сурогат мајчинството

Сурогат мајчинството доведе до сериозни забелешки против оваа практика, која значеше фрагментација на мајчинството и напуштање на концепцијата дека мајка на детето е жената што го раѓа детето. Во почетокот, особено после случајот Baby M., се случи вистинска морална паника во Западните земји, поради која законодавците или целосно го забранија сурогат мајчинството, или ги забранија комерцијалните договори за сурогат мајчинство.<sup>568</sup> Според повеќе автори, основните етички и морални аргументи против сурогат мајчинството се фокусираат на три позначајни прашања: експлоатација на сурогат мајката, комодификацијата на сурогат мајката и детето и негативното психолошко влијание што сурогат мајчинството може да го има врз сурогат мајката, намераваните родители и детето.<sup>569</sup> Најважниот аргумент против сурогат мајчинство е т.н. теорија на „комодификација“, според која со комерцијалните договори за сурогат мајчинство се воведуваат пазарни елементи во процесот на репродукција.<sup>570</sup> Како резултат на тоа, жените и

---

медицински потпомогнатото оплодување. И покрај значењето што може да го има судското решавањето на секој поединечен случај што се базира врз конкретните факти на случајот, општите законски правила ќе овозможат на учесниците да прават информиран избор, а на судовите ќе им обезбедат можност да имаат униформност во нивните одлуки..“ Види *re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 1428-29, 72 Cal. Rptr. 280 (Cal.App. 1998).

<sup>568</sup> Види кај Di Fonzo Jerbie.H., Stern, Ruth. C., *op. cit.*, стр. 355.

<sup>569</sup> See Lorillard, Christine Metteer, *op.cit.*, стр. 249.

<sup>570</sup> Според Anderson “Слободните пазари во основа се извонредни институции. Но на нив може да им се стави замерка кога ќе им се дозволи да управуваат со сферите на животот кои не треба да служат за комодификација. Во свет во кој пазарните норми се третираат како лек за сите социјални проблеми, дојде време да се постават одредени лимите за

децата се претвораат во објекти кои се купуваат и продаваат, со што се нарушува нивното достоинство, а тоа не може да биде прифатено во едно демократско општество.<sup>571</sup> Претворањето на човекот и деловите на човековото тело во ствари, кои како и сите други ствари имаат своја цена и можат да се продаваат и купуваат на пазарот, според противниците на комодификацијата е морално погрешно, затоа што го деградира човекот и неговото дигнитет и го претвора во обичен предмет кој може да се добие за одредена цена. Според Radin, терминот комодификација има две значења на.<sup>572</sup> Radin истакнува дека има нормативни теории кои се залагаат за универзална не-комодификација (ништо не е за пазарот) и теории кои се за универзална комодификација (се е за пазарот).<sup>573</sup> Radin е против универзалната комодификација<sup>574</sup>

---

нивната примена. Види Anderson, Elizabeth, S., Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales, *Health Care Analysis*, 8, 2000, стр. 25.

<sup>571</sup> Види повеќе кај Banarjee, S., Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretic Approach, Gokhale Institut of Politics and Economics, May 2006, Pune, India, стр. 2.

<sup>572</sup> Во потесна смисла, комодификацијата означува актуелно продавање и купување (или легално дозволено продавање и купување) на одредена ствар. За разлика од ова потесно значење, комодификацијата во поширока смисла опфаќа “не само продавање и купување, туку и пазарна реторика, практика да се мисли на интеракциите како да се продажни трансакции, како и пазарна методологија, користење на cost-benefit анализа за да се судат и оценуваат тие интеракции.” Види Radin, M, J., Market-Inalienability, *Harvard Law Review*, Vol. 100, Number 8, June 1987, стр. 1859.

<sup>573</sup> Основен претставник на теориите за универзална не-комодификација е Karl Marx, а на теоријата за универзална комодификација е Richard Posner. Види Radin, *op. cit.*, стр. 1857.

<sup>574</sup> Во оваа смисла Радин истакнува дека „Универзалната комодификација го нарушува личниот идентитет со определување на личните атрибути, односи, како и филозофските и морални вредности како изразливи во пари, и кои можат да се оттукаат од личноста.“ Според неа, правилното сфаќање за личноста треба да ги третира работата, религијата, семејството, љубовта, сексуалноста, пријателството, алтруизмот, моралните вредности како интегрални, составни елементи на битието. Ibid, стр. 1858.

и истакнува дека: „Според нашето разбирање за личноста ние се залагаме за идеалот на индивидуална уникатност, што не е во согласност со идејата дека атрибутите на секоја личност се за размена, дека тие имаат паричен еквивалент, и дека тие може да се разменуваат со оние на други луѓе. Универзалната пазарна реторика го трансформира нашиот свет на конкретни личности, чијашто единственост и индивидуалност е изразена во специфични атрибути на личноста во свет на заменливи ентитети“.<sup>575</sup> Радин смета дека постојат одредени услуги кои се неотуѓиви поради тоа што тие ја промовираат комодификацијата и ги спречуваат жените да остварат личен развој.<sup>576</sup> Но и Radin, која е против комодификација на работи кои се значајни за личноста, е свесна дека ние не живееме во идеален свет. Поради тоа, таа истакнува дека „понекогаш е подобро да постои нецелосна комодификација отколку воопшто да не постои комодификација.“<sup>577</sup> Тргнувајќи од концептот за нецелосна комодификација, Радин смета дека сурогат мајчинството треба да се дозволи, но дека сурогат мајката треба да има можност да се реши за абортус, и дека треба да и се дозволи да го задржи бебето, доколку таа по раѓањето изрази таква желба.<sup>578</sup>

Противниците на комодификацијата на репродуктивниот процес веруваат дека постои длабока контрадикција помеѓу блиските, интимни општествени односи (првенствено односот помеѓу мајката и детето) и финансиски трансфери во сферата на репродукцијата. Каков било контакт меѓу овие две сфери води кон „морална контаминација“ и

---

<sup>575</sup> Radin, *Supra Note*, стр. 1885.

<sup>576</sup> Види Sera, Jean, M., *Surrogacy and Prostitution: a Comparative Analysis*, *Journal of Gender & the Law*, Vol. 5, Spring 1997, стр. 321.

<sup>577</sup> *Id.*, at 1903.

<sup>578</sup> *Ibid.*, стр. 1934.

закана на основните човекови права.<sup>579</sup> Во оваа смисла, Сандел вели дека е неприфатливо да се воведат пазарните принципи во репродукција преку договорите за сурогат мајчинство. Според Сандел „погрешно е да се третираат децата како објекти кои се предмет на договор, бидејќи на овој начин децата се деградирани и претворени во инструменти на профит, наместо луѓе достоини за љубов и грижа.“<sup>580</sup> Андерсон смета дека договорите за сурогат мајчинство се апсолутно неприфатливи, затоа што „кога пазарните норми се применуваат на родителските права и одговорности, децата од субјекти на љубовта се претвараат во објекти за стекнување корист. Кога пазарните норми се применуваат во процесот на репродукција, жените се деградираат од субјекти што заслужуваат почит и благодарност во објекти за употреба.“<sup>581</sup> Со договорите за сурогат мајчинство жената која го раѓа детето ги продава своите родителски права, што е спротивно на сите морални и етички стандарди во современите општества.

Според Michael Sandel аргументите против комодификацијата се делат на два вида: аргументи на присила и на корупција.<sup>582</sup> Аргументите на присила се фокусираат на

---

<sup>579</sup> Ertman, M., Williams, J., C., Freedom, Equality and the Many Futures of Commodification, University of Utah, S. J. Quinney College of Law, <http://ssrn.com/abstracts=774944>.

<sup>580</sup> Цитирано според Spar, D., *op. cit.*, стр. 301.

<sup>581</sup> Hatzis, *op. cit.*, стр. 8. According to Scott, oponents of the surrogacy claim that surrogacy contracts „degraded children and women – by treating children as commodities to be exchanged for profit, and by treating women’s bodies as factories and by paying them not to bond with their children“. Scott, Elizabeth, S., *Supra Note*, p. 5.

<sup>582</sup> See more Sandel, M., What Money Can’t Buy: The Moral Limits of Markets, in *The Tanner Lectures on Human Values* 89, 94-96 (Petersen, G. B., ed 2000).



две главни прашања – дали трансакцијата е навистина слободна, и дали постои нееднаков пристап до одредено добро.<sup>583</sup> Противниците на договорите за сурогат мајчинство многу често истакнуваат дека основниот проблем е што кај овие договори не постои вистинска слободна волја на сурогат мајката да склучи таков договор, туку дека е таа присилена (пред се од економски причини) да го склучи договорот.<sup>584</sup> Според Cohen, во основа на оваа концепција е идејата на Кант дека луѓето не можат да ја реализираат нивната природа како слободни и рационални суштества, ако се тие под влијание на присилниот ефект на парите.<sup>585</sup> Според концепцијата дека кај сурогат мајчинството недостасува вистинска слободна волја кај едната договорна страна,<sup>586</sup> се работи за договори каде не постои почитување на автономијата на волјата и слободата на договарањето во вистинска смисла на зборот, што се неопходен предуслов за валидноста на било кој договор.<sup>587</sup>

---

<sup>583</sup> Види Cohen, G., Note, The Price of Everuthing, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 689, 2003, стр. 690.

<sup>584</sup> Според Scott: “Спорни се размените кои се предизвикани од огромна нееднаквост, незнаење или тешки економски услови.” Види Scott, E.S., *op. cit.*, стр. 4.

<sup>585</sup> Cohen, *op. cit.*, стр.690.

<sup>586</sup> Според Dworkin во договорот за сурогат мајчинство жената не влегува врз основа на нејзината слободна волја. Ова од причина што кај сурогат мајчинството, како и кај проституцијата, државата создала социјални, економски и политички услови во кои продажбата на одредени сексуални или репродуктивни услуги е неопходна за опстанок на жената. Види Sera, Jean, M., *op. cit.*, стр. 318.

<sup>587</sup> Во оваа смисла Shanley наведува дека “за да може да биде валиден било кој договор за репродуктивни услуги, мора да се преземат мерки согласноста за условите на договорот да биде дадена сосема слободно и врз основа на претходни информации. Види Shanley, Mary, Lindon., A Case against Pregnancy Contracts: Embodied Selves, Liberal Theory and the Law, *Politics and*

Оние кои сметаат дека кај договорите за сурогат мајчинство не постои вистинска слободна волја кај сурогат мајката<sup>588</sup> укажуваат дека како сурогат мајки најчесто се јавуваат жени од најниските социо-економски слоеви. Според овие автори, постои голема разлика во материјалната состојба на сурогат мајката и парот кој со неа склучува договор, и кој најчесто потекнува од повисоките социоекономски слоеви.<sup>589</sup> Во овој контекст се и забелешките дека и брокерите, кои посредуваат за склучување на договорите за сурогат мајчинство, ја користат нивната тешка економска состојба и дека остваруваат големи профити од користењето на телото на сурогат мајката.<sup>590</sup> Освен забелешката дека кај договорите за сурогат мајчинство не постои вистинска слободна волја на сурогат мајката, поголем број автори истакнуваат дека, поради големите социјални разлики и високата цена на сурогат

---

*the Life Sciences*, Vol. 8, No. 2, 1990, стр. 216. Во оваа смисла и Field истакнува дека “експлоатативните аспекти на сурогат мајчинството . . . понекогаш сугерираат дека договорот за сурогат мајчинство може да не е доволно доброволен за да заслужи исполнување”. Field, Martha, A., *The Case against Enforcement of Surrogacy Contracts*, *Politics and the Life Sciences*, Vol. 8, No. 2, 1990, стр. 199.

<sup>588</sup> Во оваа смисла Ruth Macklin истакнува дека “паричната понуда може да биде тешко да се одбие од страна на личност која има слаби финансиски средства, и таа, во тој случај е еднаква на присила”. Цитирано според Wertheimer, Alan, *Two Questions About Surrogacy and Exploitation*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, No.3, Summer 1992, стр. 223.

<sup>589</sup> Според Lorillard противниците на сурогат мајчинството истакнуваат дека “платените договори за сурогат мајчинство ги присилуваат жените да се откажат од нивните родителски права без нивна волја, кога тие го склучуваат договорот поради големи економски потреби.” Lorillard, Christine Metteer, *op. cit.*, стр. 249.

<sup>590</sup> Како аргументи против сурогат мајчинството често се наведуваат сценарија слични на она прикажано во книгата Прекрасниот нов свет (*The Brave New World*) на Huxley, според кои богатите ќе ги користат сиромашните за да ги раѓаат нивните деца. Види кај Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр. 1246.

мајчинството, ќе постои нееднаков пристап кон сурогат мајчинството, поради што "сурогат мајчинството ќе се користи во интерес на богатите за сметка на сиромашните".<sup>591</sup>

Друг вид на аргументи против комодификацијата кај сурогат мајчинството се аргументите на корупција; според нив, размената ги корумпира или обезвреднува стварите кои се менуваат.<sup>592</sup> Според оваа концепција, постојат различни сфери на вреднување, а размената се корумпира кога се разменуваат добра што припаѓаат на различна сфера на вреднување.<sup>593</sup> Притоа, основно прашање е како да се определи дали одредена размена е соодветна; според Cohen, првата опција за утврдување на соодветноста на размената се базира на доминантните социјални норми (conventionalism), а втората се базира на суштината на добрата кои што се разменуваат (essentialism).<sup>594</sup> Суштината на концепцијата дека сурогат мајчинството доведува до деградација на мајката и на детето е што се менуваат вредности кои припаѓаат на различни вредносни сфери (како што се парите и користењето на телото на жената).

Сурогат мајчинството може да се јави во две форми: како алтруистичко или како комерцијално сурогат мајчинство.

---

<sup>591</sup> In re Baby M, 537 A 2d 1227,1249.

<sup>592</sup> Cohen, *op. cit.*, стр.691.

<sup>593</sup> Така на пример, децата и парите припаѓаат на различни вредносни сфери, поради што децата се деградираат доколку се менуваат за пари. Освен тоа, се смета дека и проституцијата го девалвира телото на жената со определување на цена на нејзината сексуалност. Често се споредуваат проституцијата и сурогат мајчинството, поради тоа што и во двата случаи се плаќа за користење на телото на жената. Според Dworkin, сурогат мајчинството е многу слично на проституцијата, при што кај сурогатството „макроата се докторите, а болниците се јавни куќи“. За сличностите помеѓу сурогат мајчинството и проституцијата види повеќе кај Sera, Jean, M., *op. cit.*, стр. 343.

<sup>594</sup> Cohen, *op. cit.*, стр.693.

Во правната теорија, најжестоките дебати се водат за комерцијалните договори за сурогат мајчинство. Комерцијалните договори за сурогат мајчинство имаат неколку суштински елементи: сурогат мајката се согласува да биде оплодена и да роди дете, потоа таа се согласува да не бара родителски права, а за возврат таа добива одредена сума пари. Овој договор, според неговите противници, во основа води кон продажба на родителските права и претворање на жените во „инкубатор“ за раѓањето на деца, кои ќе имаат други родители. Во рамките на комерцијални договори за сурогат мајчинство суштествените елементи на овој договор се контроверзни. Доколку е ова договорен однос, логично се наметнува прашањето: што е точно предмет на продажба и купување во овој договор? Дали сурогат мајка го изнајмува нејзиниот труд и време, или таа го продава своето тело? Дали парот што нема деца со потпишување на договорот за сурогат мајчинство купува одредена услуга или купува дете? Овие прашања се исклучително важни, а законодавците треба да дадат одговор дали овие договори се во спротивност со моралот и јавниот интерес и дали тие треба да бидат забранети или не.

Противниците на комерцијалното сурогат мајчинство истакнуваат дека овие договори се засноваат на присилба, поради тоа што сурогат мајката треба да ја даде согласноста за откажување од родителското право уште пред да има шанса да види дали ќе се формира врска помеѓу неа и бебето што ќе го носи.<sup>595</sup> Ваков е ставот и на Врховниот суд на Њу Џерси во случајот Baby M. Противниците на комерцијалните договори за

---

<sup>595</sup> Lorrillard, Christine Metteer, *op. cit.*, стр. 249.

сурогат мајчинство веруваат дека моралната природа на односот помеѓу родителите и децата, како и правилното воспитување на детето, би можеле да претрпат сериозни повреди доколу се прифати комерцијализацијата на овие односи. Клучна забелешка за комерцијалните договори за сурогат мајчинство, со кои сурогат мајката се обврзува да го предаде бебето за надомест, е фактот што се негира улогата на жената во процесот на прокреација, како и врската што се создава помеѓу сурогат мајката и бебето, на што посебно укажуваат феминистичките автори кои се спротивставуваат на сурогат мајчинството.<sup>596</sup> Одвојувањето од бебето, кое се предава на намераваните родители после деветмесечна

---

<sup>596</sup> Според Mary Lindon Shanley “различните ставови за тоа дали договорите за сурогат мајчинство ја засилуваат или ја нарушуваат слободата на жената длабоко ги поделија феминистките”. Shanley истакнува дека некои феминистки ги поддржуваат договорите за сурогат мајчинство поради тоа што мајчинството се третираше како основна карактеристика на жените, а поседувањето на матка било доволна основа да се исклучи жената од учеството во многу активности во јавниот живот. Поради тоа, некои феминистки сметаат дека одвојувањето на родителските одговорности од раѓањето на детето овозможуваат да се третира бременоста на жената како работа што таа може да ја одбере, но тоа не ја дефинира нејзината социјална улога или нејзините права. Освен тоа, договорот за сурогат мајчинство овозможува да дојде до израз слободната волја на жената, за што феминистките отсекогаш се залагале. Во оваа смисла Carmen Shalev истакнува дека “тодбивањето да се признае правната валидност на договорот за сурогат мајчинство имплицира дека жените не се компетентни, поради нивниот пол, да дејствуваат како рационални актери во врска со нивната репродукција”. Од друга страна некои феминистки се спротивставуваат на комерцијализацијата на репродукцијата. Според Elizabeth Anderson “да се третира бременоста на жената како само уште една форма на комерцијален процес на производство ги нарушува емотивните врски кои мајката може да ги оствари со бебето”. За аргументите на феминистките кои ги поддржуваат и кои се против договорите за комерцијално сурогат мајчинство види повеќе кај Mary Lindon Shanley, *op. cit.*, Стр. 219

бременост, во кој период се создаваат силни психолошки врски помеѓу сурогат мајката и плодот има негативни последици за сурогат мајката; во таа смисла, Wertheimer вели дека “предавањето на бебето на намераваните родители може да биде психолошки штетно за сурогат мајката.”<sup>597</sup> Противниците на сурогат мајчинство истакнуваат дека со предавањето на бебето на намераваните родители се ставаат во преден план нивните интереси, на штета на интересите на сурогат мајката и на бебето, меѓу кои во процесот на бременоста се создаваат цврсти врски чие прекинување е спротивно на благосостојбата на детето и може да предизвика негативни последици за неговиот психосоцијален развој.<sup>598</sup>

Противниците на комерцијалните договори за сурогат мајчинство сметаат дека тие во суштина се договори за продажба на бебето, и дека со нив се нарушува достоинството и дигнитетот и на бебето, кое се третира како предмет што може да се купува и продава на пазарот. Со овие договори се нарушува и достоинството на сурогат мајката, чија улога во процесот на репродукција се сведува на инкубатор, при што се негира нејзината природна врска со бебето што го раѓа и емотивните врски што настануваат во текот на бременоста и по раѓањето на бебето. Аргументите против комерцијалните

---

<sup>597</sup> Wertheimer, Alan, op. cit., стр. 216.

<sup>598</sup> Во оваа смисла Tieu наведува дека законот треба да го забрани сурогат мајчинството поради тоа што со него се нарушува благосостојбата на детето. Тој пишува дека сурогат мајчинството “го игнорира фактот дека раниот развој на детето е клучна детерминанта на благосостојбата на детето, а биолошката и психолошката врска помеѓу сурогат мајката и детето е од клучно значење за овој развој.” Види Tieu, M, M., *Altruistic Surrogacy: The Necessary Objectification of Surrogate Mothers*, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 35, No. 3 (Mar., 2009), стр. 175.

договори за сурогат мајчинство тргнуваат од фактот дека родителските права не можат да се оттуѓат за пари. Во оваа смисла Elizabeth Anderson истакнува дека: “Да се извршуваат договорите за сурогат мајчинство значи да се прифати принципот дека мајките можат економски да профитираат преку откажувањето од своите родителски права, и дека другите имаат право да ги наведат мајките на тоа. Ова значи да се третираат нејзините родителски права како нешто од што таа може да се откаже, заради свои интереси.”<sup>599</sup> Според авторите кои се противат на прифаќањето на договорите за сурогат мајчинство, родителски права се неоттуѓиви, и тие не можат да бидат продадени или „отстапени“ на другите.<sup>600</sup>

Во поголем број значајни меѓународни документи, како и во законодавствата на голем број држави, особено во Европа,<sup>601</sup> се забранува комерцијалното, а се дозволува само

---

<sup>599</sup> Elizabeth Anderson, *op. cit.*, стр. 21. Според Anderson “и договорите за сурогат мајчинство, како и договорите за стапување во ропство, погрешно ги третираат неотуѓивите права како нешто што слободно може да се отуѓи. Elizabeth Anderson, *Ibid*, стр. 23.

<sup>600</sup> Види повеќе за критиките за сурогат мајчинството и за неприфатливоста на договорите врз основа на кои мајките се откажуваат од родителските права кај Reilly, D., R., *Ibidem*.

<sup>601</sup> Во повеќето европски земји кои го дозволуваат сурогат мајчинството е дозволено само алтруистичкото сурогат мајчинство. Така е во Холандија, Белгија и Грција. Види *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member states*, Directorate general for internal policies, European Parliament, 2013. Во Нов Зеланд со Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (HART Act) е забрането комерцијалното сурогат мајчинство, но дозволено е алтруистичкото сурогат мајчинство. За регулирањето на сурогат мајчинството во Нов Зеланд види повеќе кај Anderson, Lynley., Shelling, Jeanne., Tomlis – JahnkeHuia., *The practice of surrogacy in New Zealand, Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 52, 2012. Комерцијалното сурогат мајчинство е забрането и во Велика Британија. За критиката на британскиот модел кој го забранува комерцијалното, а го дозволува алтруистичкото сурогат мајчинство види кај Diana Brahams, *The*

алтруистичкото сурогат мајчинство.<sup>602</sup> Овие договори треба да се разликуваат од алтруистичкото сурогат мајчинство, поради тоа што сурогат мајката не добива паричен надомест за својата услуга, туку парот кој со неа склучува договор ги плаќа само трошоците поврзани со нејзината бременост. Покрај за голем број современи законодавства,<sup>603</sup> алтруистичкото сурогат мајчинство е многу поприфатливо за етичките комитети во поголем број држави. Во оваа смисла, in 1984, Warnock Committee in the United Kingdom said in his report about surrogacy that “a (commercial) surrogacy agreement is degrading to the child who is to be the outcome of it, since, for all practical purposes the child have been bought for money”.<sup>604</sup> Similarly, the

---

Hatings Center Report, Vol. 17, No. 1, 1997. Во Канада, Assisted Human Reproduction Act (2004) го забранува комерцијалното сурогат мајчинство. За сурогат мајчинството во Канада види повеќе кај Ruparelia Rakhi, Giving Away the “Gift of Life”: Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 23, No. 1, 2007.

<sup>602</sup> За аргументите во прилог на воведување на алтруистичкото сурогат мајчинство во Канада види Brenda M. Baker, A Case for Permitting Altruistic Surrogacy, *Hypatia* Vol. 11, No. 2 (Spring 1996).

<sup>603</sup> Освен во европските земји, комерцијалните договори за сурогат мајчинство се забранети и во Австралија. Според Millbank “се смета дека комерцијалното сурогат мајчинство доведува до комодификација на детето и на сурогат мајката, и претставува ризик за експлоатација на сиромашните семејства во корист на богатите.” Повеќе за сурогат мајчинството во Австралија види кај Millbank, Jenni, The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or “25 Brick Walls”? *Melbourne University Law Review*, Vol. 35, 2011.

<sup>604</sup> Според извештајот на Комисијата Warnock “се смета дека врската помеѓу мајката и детето е нарушена со сурогат мајчинството. Во овој аранжман жената свесно дозволува да биде оплодена со намера да го даде бебето кое што ќе го роди, и ова е погрешен начин да се пристапи кон бременоста. Сурогат мајчинството е исто така потенцијално опасно и за детето, чии што врски со сурогат мајката, без разлика на постоењето на генетска врска, се силни, и чија што благосостојба мора да има првенствено значење.” Види



New York State Task Force on Life and the Law in its public policy on surrogacy stated that “the exchange of money for possession or control of children . . . threatens to erode the way that society thinks about and values children, and by extension all human life”.

605

Комерцијалното сурогат мајчинство се забранува и во поголем број значајни меѓународни документи, пред се во Европа. Така на пример во Charter of Fundamental Rights of the European Union се предвидува дека “се забранува да се претвори човековото тело и неговите делови во основа за финансиска добивка”.<sup>606</sup> Покрај ова, ваквата забрана се предвидува и во најзначајната европска Конвенција која се однесува на човековите права во биомедицината.<sup>607</sup> Забраната да се третираат жената и децата како ствари е предвидена и во Резолуцијата на европскиот парламент од 5 април 2011 година според која државите членки треба да „признаат дека сурогат мајчинството е сериозен проблем што претставува експлоатација на телото на жената и на нејзините репродуктивни органи.”<sup>608</sup> Покрај ова,

---

Report of the Committee of inquiry into human fertilization and Embriology, Department of Health & Social Security, London, 1984, стр. 45.

<sup>605</sup> Види Allan, Sonia, Commercial Surrogate and the Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change, (Working Paper) (May 30, 2014). Достапно на SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2431142> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2431142>, стр. 4.

<sup>606</sup> Член 3 од Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

<sup>607</sup> Член 21 од Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention 1997).

<sup>608</sup> Покрај ова, оваа Резолуција смета дека жените и децата се субјекти на истите форми на експлоатација и дека и едните и другите може да се сметаат како ствари на меѓународниот репродуктивен пазар и дека новите репродуктивни аранжмани, како сурогат мајчинството ја зголемуваат

комерцијалното сурогат мајчинство е осудено и во Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter.<sup>609</sup> Забраната за продажба на деца е предвидена во Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, во кој се предвидува дека "за продажба на деца се смета секоја трансакција со која детето се пренесува од некое лице или група лица на друго лице или група лица за надомест или друга добивка".<sup>610</sup> Според Allan, "комерцијалното сурогат мајчинство се смета дека влегува во дефиницијата на продажба на деца".<sup>611</sup>

Противниците на сурогат мајчинството често истакнуваат дека оваа практика не смее да се дозволи од причини што таа доведува до експлоатација на сурогат мајката, поради разликата во материјалната состојба и моќта на сурогат мајката и намераваните родители.<sup>612</sup> Според Shapiro, имајќи го

---

трговијата со жени и деца како и нелегалното посвојување преку националните граници. Види European Parliament Resolution of 5 April 2011 on priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women (2010/2209(INI)), стр. 20-21.

<sup>609</sup> Во овој извештај се осудува "практиката на сурогат мајчинство која го нарушува човековиот дигнитет на жената поради тоа што нејзиното тело и нејзината репродуктивна функција се користат како ствари; се смета дека практиката на сурогат мајчинство која што е поврзана со репродуктивна експлоатација и користење на човековото тело за финансиска или друга добивка, а особено кога станува збор за ранливите категории жени од земјите во развој, треба да се забрани и да се третира како ургентен приоритет во инструментите за човековите права."

<sup>610</sup> Член 2а Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography.

<sup>611</sup> Види Allan, Sonia, *op. cit.*, стр. 5.

<sup>612</sup> Во оваа смисла Wertheimer пишува дека "често се наведува дека сурогат мајчинството ги експлоатира сурогат мајките и дека таа експлоатација е

предвид глобалниот карактер на сурогат мајчинството, нема сомневање дека сурогат мајките може да бидат експлоатирани, што особено се однесува на крајно сиромашните жени.<sup>613</sup> Во оваа смисла, Ketchum истакнува дека “сите комерцијални трансакции во најмала рака може да бидат потенцијално присилни, поради фактот дека страните често имаат нееднаква преговарачка позиција и дека, без разлика за каков пазар станува збор, секогаш ќе има некои луѓе кои ќе бидат во положба да продадат нешто со цел да преживеат.”<sup>614</sup> Клучното прашање кога се работи за тоа дали сурогат мајчинството претставува експлоатација на сурогат мајката е поврзано со проблемот на слободната волја.<sup>615</sup> Противниците на сурогат мајчинството велат дека основата на експлоатацијата лежи во тешката економска и социјална положба на сурогат мајката (според сите истражувања сурогат мајките се најчесто со понизок степен на образование и со пониски приходи од намераваните родители), поради што таа нема друг избор освен да се реши да склучи договор за сурогат мајчинство, што и е неопходно потребно за задоволување на основните егзистенцијални потреби. Ова е особено видливо во случаите кога богати парови од западните земји склучуваат договори за сурогат мајчинство со девојки од Индија или од некои други

---

основа за забрана на комерцијалното сурогат мајчинство.” Види Wertheimer, *op. cit.* стр. 212.

<sup>613</sup> Види Shapiro, Julie, For a Feminist Considering Surrogacy, is the Compensation Really the Key Question? *Washington Law Review*, Vol. 89, No. 4, 2014, стр. 1372.

<sup>614</sup> Ketchum, Sara, Selling babies and selling bodies: Surrogate motherhood and the problem of commodification, *Hypatia*, Vol. 4, No. 3, 1989, стр. 120.

<sup>615</sup> Според Field, “експлоатирачките аспекти на сурогат мајчинството понекогаш сугерираат дека договорот за сурогат мајчинство не е доволно „слободен“ за да заслужуваостварување.” Види Field, Martha, A., *op. cit.*, стр. 199.

сиромашни држави. Поради тоа, критичарите на договорите за сурогат мајчинство истакнуваат дека не е точно дека при склучувањето на овие договори доаѓа до израз слободната волја на жената, поради тоа што, како што наведува Allan „слободата“ на жената се чини дека го игнорира фактот дека во многу случаи таа слобода е ограничена од сиромаштијата, нееднаквата моќ во преговорите, како и социјални и културни услови и притисоци – кои се манифестираат на неприфатливи начини како во развиените, така и во земјите во развој.”<sup>616</sup>

Авторите кои се против сурогат мајчинството, и кои сметаат дека тоа не смее да се дозволи поради тоа што со него се нарушува достоинството и дигнитетот на сурогат мајките и на децата, и се воведува комерцијализација на репродукцијата што води кон експлоатација и комодификација, во основа се приврзаници на комунитаристичката перспектива. Според Ergas, комунитаризмот, како генерички поим “претставува теории кои го определуваат капацитетот за елаборирање на заедничките вредности во корист на заедницата. . .и поистоветувајќи ја благосостојбата на поединецот со благосостојбата на заедницата”.<sup>617</sup> Според комунитаристичките теории, тесната поврзаност на луѓето во социјалниот живот, како и нивната меѓусебна зависност како социјални суштества, дава легитимитет на заедницата да интервенира во нивниот живот, во нивните избори, во нивните модели на однесување, со цел да се оствари колективниот интерес, кој го изразува и го претставува и интересот на сите членови на општеството.

---

<sup>616</sup> Allan, Sonia, *Supra Note*, p. 16.

<sup>617</sup> Ergas, Yasmine, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013, стр. 146.

Поради тоа, со цел да се остварат општите цели, како што се заштита на достоинството и на дигнитетот на луѓето, заедницата може да стави ограничувања и забрани на автономијата на волјата и на слободата на договарањето, доколку со нив се нарушуваат овие вредности. Во овој контекст, поради ставот дека со комодификацијата се нарушува достоинството на сурогат мајката и на бебето, заедницата треба да интервенира и да ги забрани комерцијалните договори за сурогат мајчинство.<sup>618</sup>

#### **4. Аргументи во прилог на сурогат мајчинството**

Според MacKlin постојат три основни принципи на Западната морална филозофија кои може да се користат за етичка анализа на човековата репродукција. Првиот е принципот на индивидуалната слобода, според кој поединците имаат слобода на одлуки и акција, доколку со тоа не се повредуваат правата на другите. Вториот е утилитаристичкиот принцип, според кој морално исправни акции или политики се оние кои доведуваат до најголемо добро или благосостојба за најголем број на луѓе. Третиот е принципот на правичност, според кој сите членови на едно општество заслужуваат еднаков пристап на добра и услуги кои ги задоволуваат

---

<sup>618</sup> Во овој контекст Ergas вели: "силната комунитаристичка традиција ја смета заедницата како основна за реализирањето на есенцијалните човекови вредности на поединецот и и дава на заедницата право и обврска да интервенира со цел да се заштити дигнитетот на секој член, независно од желбите на поедините членови на заедницата." Ibid, стр. 154.

основните човекови потреби.<sup>619</sup> Доколку се земат предвид овие принципи, сметаме дека не постојат правни, етички или морални причини да се забрани сурогат мајчинството. Сметаме дека овие договори се израз на слободата на договорање и на личната автономија и дека државата не треба да ги забранува, бидејќи на овој начин таа може да ги повреди правата на поединецот без да постои разумна и оправдана причина за тоа. Во оваа смисла, залагајќи се за почитување на личната слобода и автономијата на волјата, Робертсон истакнува дека “основа на модерниот либерализам е дека луѓето се слободни да делуваат според нивната волја, што е ограничено само со принципот да не нанесуваат сериозна штета на другите. Поради фактот дека лицата кои продаваат или купуваат услуги слободно го прават тоа, а другите не се сериозно повредени, лимитирањето на пазарот е патернализам кој не е во согласност со личната слобода”.<sup>620</sup>

Сурогат мајчинството во одредени ситуации претставува единствен начин парот да добие дете кое ќе има генетска врска барем со еден од родителите. Остварувањето на репродуктивната слобода е исклучително значајно, особено во современото општество, во кое со брзиот развој на репродуктивната медицина се овозможи и на парови или поединци кои порано немаа можност за тоа да добијат дете. Со сурогат мајчинството се овозможува остварување на интересите на страните, без да се предизвика штета на интересите на некој од нив или да се нанесе штета на трети

---

<sup>619</sup> Види повеќе кај MacKlin, R., *Ethics and Human Reproduction: International Perspectives, Social Problems*, Vol. 37, No. 1, 1990.

<sup>620</sup> Види Robertson, John, *Human Flourishing and Limits on Markets, Contested Commodities* by Margaret Jane Radin, Review by John A Robertson, *Michigan Law Review*, Vol. 95, May 1997, стр. 2140.

лица. Страните на овие договори се единствените кои можат да утврдат дали нивните интереси се исполнети со склучувањето на договорот. Нивните желби и интереси треба да имаат предност во однос на било кои „патерналистички“ интервенции на правниот систем, што може да ги забрани овие договори. Потенцијалните родители имаат желба да станат родители, и сурогатството е нивната единствена шанса, а сурогат мајката сака да се стекне со одредена сума на пари. Со склучувањето на овој договор, двете страни ќе го постигнат она што тие го сакаат, а притоа ничии интереси нема да бидат повредени.<sup>621</sup> Освен ова, со сурогат мајчинството се остварува и принципот на правичност, како и утилитаристичкиот принцип, затоа што со раѓањето на дете се остваруваат интересите не само на партнерите, туку и на детето и на општеството.

Опасноста од комодификација е најчесто наведена причина против сурогат мајчинството. Воведувањето на пазарните принципи во одредени сегменти на животот, според Радин е повреда на фундаментите на кои се темели хуманоста. Радин ја поврзува комодификацијата со правните правила што ја регулираат пазарната активност; според неа, “ние сме комодифицирани доколку ни е дозволено да се продаваме себеси или да продаваме делови од нашето тело; ни не сме комодифицирани доколку не ни е дозволено да се ангажираме во таква продажба; а ние сме делумно комодифицирани

---

<sup>621</sup> Hatzis, A., N. *Just the Owen*; *A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, Katharina Boele-Woelki (ed) Intersentia, 2003. стр. 12.

доколку таквата продажба е дозволена во одредена мерка.<sup>622</sup> Според Радин, комодификацијата е спротивна на идејата за “human flourishing”, која суштински не може да се оствари доколку човекот или деловите и продуктите на неговото тело се третираат како предмети кои можат да се продаваат и купуваат и на кои ќе се применуваат пазарните закони. Во однос на сурогат мајчинството, Радин се залага за некомплетна комодификација, според кој модел би се дозволиле алтруистички договори за сурогат мајчинство, а сурогат мајката би имала право да се предомисли и да го задржи бебето.<sup>623</sup>

Моделот на комодификација на Радин е критикуван од поголем број автори.<sup>624</sup> Радин наведува дека добрата што се значајни за личноста треба да се заштитат, и тие не смеат да станат предмет на купување и продавање на пазарот. Според Arneson, проблемот со овој став на Радин е во фактот што концептот на личноста е исклучително контраверзен во современото општество. Не постојат сигурни, објективни критериуми според кои ќе определиме кои добра смеат, а кои не смеат да бидат предмет на комодификација.<sup>625</sup> Според

---

<sup>622</sup> Цитирано според Schnably, Stephen, J., Property and Pragmatism: A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood, *Stanford Law Review*, Vol. 45, No. 2 (Jan., 1993). стр. 384.

<sup>623</sup> See Radin, *op. cit.*, стр.1932-1933.

<sup>624</sup> Подетално за критиката на концептот на Радин за комодификација види кај Schnably, Stephen, J., *op. cit.* Види и кај Block, Walter, Market-Inalienability Once Again: A Reply to Radin, *Thomas Jefferson Law Review*, Vol. 22, 1999.

<sup>625</sup> Во оваа смисла Арнесон стагнува дека „тргнувајќи од претпоставката дека поради некоја разумна гледна точка природата на некоја ствар е таква што таа не би требало да се појави на пазарот не може да се извлече заклучок дека државата треба да забрани таа ствар да се менува на пазарот. Причина за тоа е фактот што може да постои исто така разумна основа дека ствартата може легитимно да се купува и продава на пазарот. Државата не може



Робертсон, теоријата на Радин за тоа дека комерцијалното сурогат мајчинството е спротивна на “human flourishing” е несоодветна, поради тоа што постојат различни ставови околу тоа дали одредена активност или практика е спротивна на човековиот развој. Робертсон истакнува дека “доколку јасен и широко прифатен стандард не е можен, тогаш концептот за human flourishing се претвора во цела низа различни персонални ставови и погледи.”<sup>626</sup> И други автори го критикуваат концептот на “human flourishing” на Радин, кој е основа на нејзиниот аналитички модел за објаснување на опасноста од комодификација. Во оваа смисла Block истакнува дека “во целата политичка економија веројатно не постои посубјективен и идеолошки обоен концепт од оној за human flourishing”. Според Сера, основниот проблем на концепцијата на Радин во однос на комодификацијата е недостатокот на прецизно дефинирање на поимите, така што ние не знаеме како Радин го дефинира концептот на “human flourishing”.<sup>627</sup>

Клучниот проблем е дали може да се прифати дека опасноста од комодификација треба да претставува доволна основа за ограничување на сурогат мајчинството, или дури и за целосна забрана на оваа репродуктивна практика. Сметаме дека не постојат доволно оправдани причини сурогат

---

едноставно да прифати гледиште што го застапува една група граѓани и да го забрани ставот што го прифаќа друга група.” Види Anderson, Richard, J., *Commodification and Commerical Surrogacy, Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, No. 2, Spring, 1992, стр. 140.

<sup>626</sup> See Robertson, *op. cit.*, стр. 2149.

<sup>627</sup>Критикувајќи го концептот на “human flourishing”, Сера истакнува дека „одејќи кон логичен заклучок, концептот на human flourishing може да служи како најопшта теорија за формирање на одредени политики, така што може да се заклучи дека и активности како работа како келнер во кафеана или работа во фабрика може да се квалификува како нарушување на концептот за човеков развој.” Види Sera, Jean, M., *op. cit.*, стр. 341.

мајчинството да се ограничи поради опасноста од комодификација. Некои автори во САД дури истакнуваат дека забраната на сурогат мајчинството би била спротивна и на Уставот,<sup>628</sup> а феминистичките автори сметаат дека оваа забрана ги нарушува уставните права на жените на приватност и репродуктивна автономија, како и нивното право на слобода на договарање.<sup>629</sup> Ограничувањето или забраната на сурогат мајчинството како репродуктивна техника мора да се базира на сериозни аргументи кои би укажувале дека тоа би било неопходно за да се оствари јавниот интерес, поради повреда на правата и интересите на одредени лица, чии интереси би биле загрозувани со сурогат мајчинството. Тоа кај сурогат мајчинството не е случај. Во оваа смисла, се придружуваме на авторите кои се залагаат, кога станува збор за сурогат мајчинството, во преден план да се стават интересите на паровите да добијат дете, индивидуалната слобода,<sup>630</sup> како и аргументите на слободата на договарањето<sup>631</sup> и автономијата на волјата на договорните странки.

---

<sup>628</sup> Истакнувајќи дека забраната на сурогат мајчинството би била противуставна, Carrol наведува дека “лимитирањето или целосното отфрлање на сурогат мајчинството како основа за создавање на семејство базирано на неодобрување или предрасуди, а не на постоење на легитимен ризик за предизвикување на штета за трета страна или за децата што ќе се родат, е неприфатливо од уставна гледна точка. Види Carrol, Andrea, B., *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy*, *Indiana Law Journal*, Vol 88, No.4, Fall 2013, стр. 1206,

<sup>629</sup> Види London, Catherine, *Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts*, *Cardozo Journal of Law & Gender*, Vol. 18, 391, 2012, стр. 409.

<sup>630</sup> Авторите кои се залагаат за слободата на договарањето кај сурогат мајчинство сметаат дека „не само што носењето на плодот е работа која е аналогна на секоја друга платена работа, туку и продавањето на трудот за плата е манифестација на индивидуалната слобода.“ Види Mary Lindon Shanley, *op. cit.*, p. 623.

<sup>631</sup> Според Epstein договорите за сурогат мајчинство треба да се прифатат и да произведуваат правно дејство. Epstein истакнува дека “луѓето добро знаат кој е нивниот интерес и договорите се најчесто средство за остварување на заемна добивка, а не заемна експлоатација (или експлоатација на едната

Укажувањата на противниците на сурогат мајчинството дека со него се загрозува достоинството и дигнитетот на сурогат мајката, како и на децата кои ги раѓа сурогат мајката, не се базираат на валидни аргументи.<sup>632</sup> Напротив, сметаме дека концептот на индивидуален избор, според кој секој поединец може слободно да ја остварува својата волја доколку со тоа не се повредуваат правата на другите или јавниот интерес е нераскинливо поврзан со концептот за човековиот дигнитет и основните човекови права и слободи.<sup>633</sup> Освен тоа, комодификацијата не доведува до експлоатација и не претставува закана или опасност за сурогат мајките, туку напротив, можноста за склучување на договори за сурогат мајчинство овозможува шанса на пониските социоекономски слоеви за обезбедување на дополнителни средства, кои, со забрана на сурогат мајчинството, би им биле ускратени.<sup>634</sup>

---

договорна страна). Традицијата за субјективната вредност значи дека секоја личност може да делува врз основа на сопствената концепција за стварта, и може да замени нешто што за него има помала вредност со нешто што го вреднува повеќе. Не постои надворешен авторитет кој ќе му каже на поединецот дека дал повеќе од она што го добил за возврат. Доколку двете страни се ангажирале доброволно во размената, има изглед за заемна корист, поради што луѓето толку сакаат да се склучуваат договори.” Види Epstein, Richard, A., *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, *Virginia Law Review*, Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law, Nov., 1995, стр. 2313.

<sup>632</sup> Anderson наведува дека договорите се средство за изразување на автономија, и дека доколку договорот за сурогат мајчинство е слободно прифатен од сурогат мајката тоа не претставува нарушување на нејзината автономија и дигнитет. Критикувајќи ја забраната за сурогат мајката да склучува договори за сурогат мајчинство Anderson вели: “би претставувало нарушување на нејзината автономија и личност – неприфатлива форма на патернализам – доколку ја спречиме да склучи таков договор.” Види Anderson, Elizabeth, S, *op. cit.*, стр. 22

<sup>633</sup> See Ergas, Yasmine, *op. cit.*, стр. 142.

<sup>634</sup> Во оваа смисла Malm истакнува дека “Yet we would not serve the interests of poor women in general if, in the effort to protect them from exploitation, we prohibit them the means of escaping poverty”. See Malm, H., M., *Commodification*

Државната интервенција, со која, преку забрана на комерцијалните договори за сурогат мајчинство би се штителие интересите на сиромашните жени, кои, како што наведуваат противниците на комодификацијата во репродуктивниот процес се „присилени“ да склучуваат договори за сурогат мајчинство поради тешките економски услови во кои што живеат, не би ја подобрила ситуацијата на сиромашните жени.<sup>635</sup> Напротив, со ваквата законска интервенција на сиромашните жени не би им се зголемиле опциите за остварување на заработка, туку напротив, би им се намалиле.<sup>636</sup> Во оваа смисла Walter наведува дека „комодификацијата не е вистинскиот непријател за сиромашните, за жените или за било кој друг. Напротив, тоа е последната добра надеж токму за најниските слоеви во општеството.“<sup>637</sup>

Забраната на договорите за сурогат мајчинство, која авторите што ја поддржуваат ја оправдуваат со потребата да се заштитат посиромашните жени од експлоатација и да се обезбеди нивниот дигнитет и достоинство, во основа се базира на патерналистичка концепција за жените и за нивната улога во репродуктивниот процес, во семејството и во

---

or Compensation: A Reply to Ketchum, Hypatia, Vol. 4, No. 3, Ethics & Reproduction, Autumn 1989, стр. 134.

<sup>635</sup> London истакнува дека забраната за плаќање за услугата на сурогат мајката ја лишува жената од репродуктивната автономија, не ја спречува можноста од притисок и изнуда врз жената и во основа оваа забрана претставува повреда на интересите на жената поради тоа што и ги ограничува економските можности. See London, Catherine, *op. cit.*, стр. 406.

<sup>636</sup> Arneson смета дека фактот што како сурогат мајки најчесто се јавуваат сиромашните жени не е причина да се забранат комерцијалните договори за сурогат мајчинство. Во оваа смисла Arneson вели: „мојата поента е дека грижата што некои луѓе во нивните животи се присилени да бираат од мал број на опции е причина да се прошири, а не да се намали обемот на опции од кој тие луѓе мора да бираат.“ Види Arneson, Richard, A., *op. cit.*, стр. 159.

<sup>637</sup> See Block, Walter, *op. cit.* стр. 74.

општеството.<sup>638</sup> Во оваа смисла Shalev истакнува дека "одбивањето да се прифати правната сила на договорите за сурогат мајчинство имплицира дека жените се некомпетентни, поради нивниот пол, да дејствуваат како рационални актери во врска со нивната репродуктивна активност."<sup>639</sup> Забраната за сурогат мајчинството се базира и врз стереотипите за репродукцијата на жената, која се третира како домашната работа на жената. Истакнувајќи дека забраната за плаќање на сурогат мајката се темели врз традиционалниот став за репродуктивната улога на жената Shanley истакнува дека: „кога државата забранува плаќање за договорите за сурогат мајчинство таа ја третира репродуктивната активност како што традиционално ја третираше работата на жената во домаќинството – како неплатена и неекономска дејност која е израз на љубовта и грижата на жената, а не како работа што претставува реален економски придонес за семејниот живот.“<sup>640</sup> Жените од пониските социоекономски слоеви често се вработуваат на работни места кои се слабо платени и се карактеризираат со рутинска и монотона работа, но тоа не е основа да им се забрани вработувањето на такви работни места со цел тие да се заштитат од експлоатација, затоа што често ваквата работа е единствената основа за нивна егзистенција. Поради ова, не постои ниту една разумна и оправдана причина да биде забрането сурогат мајчинството, со цел да се заштитат жените од експлоатација. Во оваа смисла е и резонирањето на судот во случајот Johnson v. Calvert. Судот

---

<sup>638</sup> Arneson се залага за регулирање на сурогат мајчинството и ги критикува авторите кои бараат да се забрани сурогат мајчинството поради тоа што, како што сметаат тие, тоа доведува до експлоатација на сиромашните жени кои немаат друг избор туку се присилени да склучуваат договори за сурогат мајчинство. Arneson, Richard, A., *op. cit.*, стр. 160.

<sup>639</sup> Цитирано според Mary Lindon Shanley, "Surrogate Mothering" and Women's Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction, *Signs*, Vol. 18, No. 3 Spring 1993, стр. 620.

<sup>640</sup> *Ibid*, at 623.

смета дека: „и покрај тоа што здравиот разум сугерира дека сиромашните жени почесто служат како сурогат мајки од побогатите жени, не постои доказ дека договорите за сурогат мајчинство ги експлоатираат сиромашните жени во поголема мера отколку што нивните економски потреби генерално водат кон експлоатација, принудувајќи ги да прифаќаат пониско платена или непосакувана работа“.<sup>641</sup> Освен тоа, слично како и забраната за абортусот, забраната на сурогат мајчинството го ограничува правото на жената да располага слободно со своето тело, и ја ограничува нејзината индивидуална слобода.

Доколку државата ги забрани комерцијалните договори за сурогат мајчинство, а го дозволи само алтруистичкото сурогат мајчинство, како што е тоа случај во поголем број законодавства, реално би дошле во една парадоксална ситуација, која најдобро ја сублимира една сурогат мајка која прашува: „Зошто јас сум експлоатирана ако сум платена, а не сум експлоатирана ако не сум платена?<sup>642</sup> И покрај критиките дека со плаќање на сурогат мајката се врши комодификација на децата и експлоатација на сурогат мајките, сметаме дека тоа треба да биде дозволено,<sup>643</sup> како признание за личното жртвување на сурогат мајката која се согласила да го носи и да го роди детето и како надомест за услугата што таа ја прави.<sup>644</sup> Притоа, мора да се истакне дека плаќањето е за

---

<sup>641</sup> See *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4<sup>th</sup> 84, 19 Cal.Rptr.2d 494 (May 20, 1993).

<sup>642</sup> See Shanley, “Surrogate Mothering” and Women’s Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction, *Signs*, Vol. 18, No. 3 Spring 1993 p. 623.

<sup>643</sup> Во контекст на плаќањето за сурогат мајчинството, Epstein says: “commercial aspects are a regrettable but necessary part of transactions that yield enormous nonquantifiable benefits to the biological father and his wife, and to their friends and family who have comforted them during their years of anxiety and distress.” See Epstein, Richard, A., *Supra* Note, p. 2324.

<sup>644</sup> See Mortzavi, Sarah, *Supra* Note, p. 2277.

услугата на сурогат мајката, а не за детето што таа го раѓа. Освен тоа, потребно е да се постават одредени лимити за плаќање на сурогат мајките (слично како и лимитот од 10000 долари за плаќање за јајце клетка, што го предвидува Американското здружение за репродуктивна медицина). Инсистирањето дека само алтруистичкото сурогат мајчинство е морално и етички прифатливо во основа се темели врз стереотипите според кои единствено од жените се очекува да бидат пожртвувани и да помагаат на другите (во овој случај на неподните парови) без за тоа да добиваат надомест, како да е тоа нивна природна и вродена обврска.<sup>645</sup> Според Krawiec, истакнувањето дека сурогат мајчинството треба да се базира на алтруистички мотиви ја намалува можноста на сурогат мајките за остварување на финансиски надомест за својата услуга и ги засилува стереотипите дека жените треба да бидат подготвени да раѓаат деца за други без да очекуваат надомест за нивната услуга.<sup>646</sup>

Како клучен аргумент на приврзаниците на сурогат мајчинството, според кој тоа не претставува продажба на бебиња, се наведува фактот дека со плаќањето на сурогат мајката не се купува бебето, туку се плаќа за услугата што ја врши сурогат мајката. Malm го застапува ова становиште, истакнувајќи дека плаќањето на сурогат мајката е компензација за нејзината услуга, но тоа не значи дека на

---

<sup>645</sup> Критикувајќи ја концепцијата дека само алтруистичкото сурогат мајчинство треба да биде дозволено Raymond наведува дека на тој начин “женското тело сеуште се третира како извор за задоволување на потребите, желбите и целите на другите”. Види Raymond, Janice, G., *Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Women*, *The Hastings Center Report*, Vol. 20, No. 6, Nov.-Dec., 1990, стр. 11.

<sup>646</sup> See Krawiec, Kimberly, D., *op. cit.*, стр. 1767

ваков начин нејзиното тело се третира како објект на трговија, или дека е таа помалку вредна личност. Според Malm плаќањето на сурогат мајката може да се спореди со плаќањето на хирургот да изврши операција, на таксистот да вози кола или на моделот да позира за изработка на скулптура.<sup>647</sup> Во оваа смисла и Mortzavi наведува дека плаќањето на сурогат мајката може да се спореди со плаќањето за донирање на јајце клетката или за спермата, и тоа во основа е плаќање за услугата што ја дава сурогат мајката, а не за бебето.<sup>648</sup> Судот во случајот Johnson v. Calvert исто така сметал дека плаќањето на сурогат мајката претставува компензација за услугата што ја дава сурогат мајката, а не претставува купување на бебе.<sup>649</sup> Во прилог на концепцијата дека сурогат мајката добива надомест за услугата, а не за предавање на бебето е и фактот што вообичаено плаќањето се врши во текот на деветте месеци на бременоста, а не се плаќа една сума на крајот по раѓањето и предавањето на бебето на намераваните родители.<sup>650</sup> Авторите кои се залагаат само за алтруистичко сурогат мајчинство, сакајќи да ги избегнат можностите за експлоатација на сурогат мајките и комодификација на репродуктивниот процес, не земаат предвид дека сурогат мајката мора да добие компензација за своето време, загубената заработувачка, ризикот кој го презема и кој е поврзан со бременоста, како и компензација за сите ограничувања со кои ќе биде соочена во текот на бременоста.

---

<sup>647</sup> See Malm, H., M., *op. cit.*, стр. 131.

<sup>648</sup> See Mortzavi, , *op. cit.*, стр. 2282.

<sup>649</sup> Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal. 4<sup>th</sup> 84, 19 Cal.Rptr.2d 494 (May 20, 1993).

<sup>650</sup> See Lorrillard, Christine, M., *Supra Note*, стр. 248.



Алтруизмот во сферата на репродукцијата во основа значи прифаќање на стереотипот дека единствено жената е должна да се жртвува, да го стави на располагање своето тело, своето време, да ги ограничи своите права, да се изложи на ризик, за намераваните родители да може да добијат бебе. Освен тоа, репродуктивните медицински центри остваруваат големи профити од сурогат мајчинството, поради што оправдано се поставува прашањето дали е правично само од сурогат мајките да се очекува алтруизам, а сите останати учесници во процесот (посредниците, репродуктивните центри, намераваните родители) да ги остваруваат своите интереси.

Противниците на сурогат мајчинството<sup>651</sup> многу често истакнуваат дека самиот факт што една жена се согласува да роди дете и да го предаде на други е спротивен на природниот мајчински инстинкт.<sup>652</sup> Според оваа концепција, бременоста и раѓањето се поврзани со најдлабоки чувства и искуства што може да ги доживее едно човечко суштество. Во оваа смисла Deech и Smajdor пишуваат дека: “Степенот на посветеност поврзан со носењето и раѓањето на бебето е екстремно висок. . .откако поминала низ вакво искуство, каков вид на жена би

---

<sup>651</sup> Посебно се критикуваат комерцијалните договори за сурогат мајчинство. Во оваа смисла Anleu says: “Because motherhood for women is supposed to be normal, natural, and appropriate, to enter a commercial surrogacy arrangement becomes deviant, unnatural, and inappropriate. Agreeing to become pregnant for money violates norms specifying that women should become pregnant for love.” See Anleu, Sharyn Roach, *Supra Note*, стр. 37.

<sup>652</sup> Burr points out that surrogate mothers are often portrayed in legal and ethical discourse as monsters because they don't have maternal instincts. See Burr, Jennifer, S., Repellent to proper ideas about the procreation of children, *Procreation and motherhood in the legal and ethical treatment of the surrogate mother*, *Psychology, Evolution & Gender*, 2.2, August, 2000, стр. 115.

била подготвена да се откаже од своето дете?“<sup>653</sup> Тргувајќи од оваа концепција за апсолутниот карактер на мајчинската љубов, според која раѓањето на дете за друг е неприроден чин, голем број истражувања се фокусираат на испитување на факторите кои ги разликуваат сурогат мајките од останатите „нормални“ жени и кои влијаат сурогат мајките да се решаваат да склучат договор за сурогат мајчинство.<sup>654</sup> И покрај бројните испитувања насочени кон утврдувањето на „девијантноста“ на сурогат мајките, кои емотивно не се поврзуваат со бебињата што ги раѓаат, и решаваат да ги предадат на намераваните родители, резултатите покажуваат дека не постојат значајни психолошки разлики помеѓу сурогат мајките и „нормалните“ мајки.<sup>655</sup> Според van der Akken, нејзиното истражување на сурогат мајките покажало дека “Општо земено, не се евидентирани психопатолошки појави кај сурогат мајките во студиите на van den Akker (2003) и на Hanafin (1987)”.<sup>656</sup> Слични се и резултатите од истражувањето на Ciccarelli и Beckman, според кое најголем број сурогат мајки се рангираат во нормални граници на тестовите за личност.<sup>657</sup>

---

<sup>653</sup> See Deech, Ruth and Smajdor, Anna, *From IVF to Immortality, Controversy in the Era of Reproductive Technology*, Oxford University Press, New York, 2007, стр. 162.

<sup>654</sup> Во оваа смисла Temman наведува дека бројни психолошки истражувања се направени за да се утврди зошто сурогат мајките прават „неприроден избор“, како и да се установи што ги прави сурогат мајките различни од „нормалните“ жени. See Temman, Elly, *op. cit.*, стр. 1105.

<sup>655</sup> According to Temman “To my knowledge, none of the studies have successfully located any “abnormal” personality traits among surrogates, yet continuous attempts have been made to prove otherwise over more than 20 years.” See Temman, Elly, *op. cit.*, стр. 1108.

<sup>656</sup> See van der Akken, Olga, B. A., *Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update*, Vol 13, No.1 2007, стр. 53.

<sup>657</sup> See Ciccarelli, Janice, B., Beckman, Linda, J., *op. cit.*, стр. 31.

Овие резултати за психолошките карактеристики на сурогат мајките се тесно поврзани со пошироката дебата за природата на мајчинскиот инстинкт. Во контекст на оваа дебата, наспроти ставовите дека мајчинскиот инстинкт и мајчинската љубов се природни карактеристики на сите жени, кои се темелат на биолошки фактори, феминистките сметаат дека мајчинскиот инстинкт е општествено конструиран мит, кој се базира на повеќе идеолошки, културни и социјални фактори и кој не постоел кај сите жени во сите историски епохи. Simone de Beauvoir во нејзината книга „Вториот пол“ истакнува дека „не постои мајчински инстинкт“. Според de Beauvoir за однесувањето на жените влијаат општествените односи и фактори, а не биолошките предиспозиции. Во овој контекст, de Beauvoir пишува дека „жените се детерминирани не од нејзините хормони или од мистериозни инстинкти, туку од начинот на кој нејзиното тело и нејзиниот однос кон светот е моделиран од нејзините акции и од акциите на другите“.<sup>658</sup>

Поголем број историски студии ја потврдуваат оваа концепција за општествената, а не за биолошката условеност на мајчинскиот инстинкт. Phillipe Ariès смета дека во традиционалното европско општество не постоел концептот за детството и за мајчинската љубов, како што постојат денес. Ariès ги проучува сликарството, биографиите, научните текстови, поемите, потоа игрите, облеката и системот на образование и заклучува дека концепцијата за детството е сосема непозната во традиционалното општество и дека таа се

---

<sup>658</sup> Види Baslington, Hazel, The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process, *Journal of Health Psychology*, Vol 7, 2002, стр. 68.

јавува дури во модерниот период.<sup>659</sup> И Badinter, во својата студија за мајчинската љубов истакнува дека мајчинскиот инстинкт е мит создаден во XIX век и дека за мајчинската љубов клучни се културните, социјалните и идеолошките фактори, а не биолошката условеност на жените. Пишувајќи за мајчинската љубов Badinter вели: „ова чувство може да постои или да не постои . . мајчинската љубов не постои сама по себе“.<sup>660</sup> Една од причините за мајчинската индиферентност е огромната стапка на смртност кај децата во традиционална Европа.<sup>661</sup> Според Stone поради големата смртност на децата родителите не се врзувале емотивно за нив.<sup>662</sup> Во оваа смисла Roussel наведува дека доколку смртта на детето претставувало во традиционалното општество трагичен настан како што е тоа денес, големата смртност на децата би ја нарушило емотивната рамнотежа на семејствата,<sup>663</sup> а Benoist смета дека смртта на детето во традиционална Европа бил безначаен, речиси банален настан што се компензирал со раѓање на ново дете.<sup>664</sup> Непостоењето на мајчинската љубов во традиционалниот период се гледа и по тоа што мајките од градовите не ги доеле сами своите деца, туку најчесто ги праќале кај доилки во

---

<sup>659</sup> Види Ariès, Phillipe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Éditions du Seuil, Paris, 1973.

<sup>660</sup> Види Badinter, Élisabeth, *L'amour en plus, Histoire de l'amour maternel (XVII–XX siècle)*, Flammarion, Paris, 1980, стр. 375.

<sup>661</sup> Во XVII и XVIII век во Англија меѓу 25 и 33% од децата умираше пред да наполни 15 години. Види Stone, Lorence, *Road to Divorce, England 1530-1987*, Oxford University Press, Oxford, 1992, стр. 55.

<sup>662</sup> *Ibid*, стр. 57

<sup>663</sup> Види Roussel, Louis, *La famille incertaine*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1989, стр. 42.

<sup>664</sup> Види Benoist, Alain, *Famille et société, Origines, histoire, actualité*, Editions du Labyrinthe, Paris, 1996, стр. 97.

село,<sup>665</sup> а била широко раширена и практиката на чедоморство,<sup>666</sup> како и на напуштање на новороденчињата.<sup>667</sup> Врз основа на истражувањата за односот на мајките кон децата во традиционална Европа Shorter вели: „Милиони мајки што живееле во традиционалното општество не биле монструми. Тоа што немале развиено чувство за мајчинска љубов е резултат на економските услови и ставовите на средината, под чиј притисок благосостојбата на децата била потчинета на други цели“.<sup>668</sup> Врз основа на овие податоци за карактерот на мајчинската љубов, во контекст на сурогат мајчинството Anleu пишува дека „платеното сурогат мајчинство го руши митот за мајчинската љубов; не само што жените може да раѓаат бебиња и да ги предаваат на други, туку тие може да склучуваат договори од кои ќе имаат корист доколку раѓаат бебиња“.<sup>669</sup>

Мајчинскиот инстинкт како вродено, биолошко чувство кај жените, кое постоело во сите општества и во сите временски периоди често се наведува како основна причина

---

<sup>665</sup> Според Badinter “од најсиромашните до најбогатите слоеви, како во малите, така и во големите градови, давањето на децата на доилка е општоприфатено во XVIII век”. Види Badinter, Èlisabeth, *op. cit.*, стр. 56.

<sup>666</sup> Дека практиката на чедоморство била многу раширена говори и фактот дека европските кралеви преземале повеќе мерки за негово спречување. Во Едиктот од 1556 година, францускиот крал Henri II предвидел дека „ќе бидат осудени на смрт сите жени кои ја кријат бременоста и раѓањето и ги убиваат децата пред тие да бидат крстени“. Наследниците на Henri II правеле големи напори за доследна примена на одредбите од Едиктот од 1556 година, што претставува доказ дека и натаму била присутна практиката на чедоморство. Види Flandrin, Jean Louis, *Le sexe et l'Occident, Évolution des attitudes et des comportements*, Éditions du Seuil, Paris, 1981, стр. 170.

<sup>667</sup> Според Shorter во средината на VXIII век во Франција годишно биле напуштани над 33000 деца, од кои меѓу 10% и 25% биле деца родени во брак. Види Shorter, Edvard, *The Making of the Modern Family*, Collins, St. Jame's place, London, 1976, стр. 173.

<sup>668</sup> Види Shorter, Edvard, *op. cit.*, стр. 169.

<sup>669</sup> Види Baslington, Hazel, *op. cit.*, стр. 68.

против сурогат мајчинството. Сепак, се работи за мит, поради тоа што истражувањата покажуваат дека мајчинскиот инстинкт зависи од општествени, културни и идеолошки фактори и дека тој не е универзално чувство кое е дефинирано од биолошки фактори. Ова го прави сурогат мајчинството прифатливо, особено доколку се работи за гестациско сурогат мајчинство, каде мајката нема биолошка врска со детето. Гестациското сурогат мајчинство многу брзо стана далеку пораширено отколку традиционалното сурогат мајчинство, присутно во случајот Baby M.<sup>670</sup> Во последниве години во најголем број случаи се применува гестациското сурогат мајчинство,<sup>671</sup> што придонесе значајно да се смени општественото значење на сурогат мајчинството и тоа да стане прифатливо за голем број луѓе, вклучувајќи ги и законодавците и судиите.<sup>672</sup> Генетската врска на брачниот пар Johnson со бебето беше еден од клучните фактори зошто Врховниот суд на Калифорнија во случајот Johnson v. Calvert донесе одлука дека токму тие треба да се носители на родителското право, а не сурогат мајката, која немала никаква генетска врска со бебето. Гестациското сурогат мајчинство е далеку поприфатливо и за сурогат мајките. Во оваа смисла, Laufer-Ukeles вели: „емотивната и генетската врска и инвестирањето од страна на намераваните мајки го намалуваат чувството дека во процесот се работи за продавање на бебиња, а не за репродуктивна помош.“ Според тоа, гестациското сурогат мајчинство е далеку поприфатливо и за сурогат мајката, и за намераваните родители, но и за законодавците, поради тоа што непостоењето на генетската врска на сурогат мајката со бебето овозможува да се надминат

---

<sup>670</sup> Види Di Fonzo Jerbie.H., Stern, Ruth. C., *op. cit.*, стр. 393.

<sup>671</sup> Според Laufer-Ukeles, денес во повеќе од 95% случаи сурогат мајката носи фетус со генетски материјал што не е нејзин. Види Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр. 1260

<sup>672</sup> Според Scott, со доминантната примена на гестациското сурогат мајчинство тоа веќе не се третира како продавање на бебе, туку како давање на гестациска услуга. Види Scott, Elizabeth, S., *op. cit.*, стр. 40.

опасностите од “baby selling” и сурогат мајчинството да се третира како она што тоа во основа треба да претставува давање на услуга на сурогат мајката за неплодниот пар да може да добие бебе. Поради тоа, законодавците треба да го преферираат токму овој модел на сурогат мајчинство, кој, според сите истражувања, во последниве години има апсолутна доминација во однос на традиционалното сурогат мајчинство.

Најзначајниот аргумент во прилог на прифаќање и правно регулирање на сурогат мајчинството нема теоретска или филозофска основа, туку се базира на емпириските истражувања и на искуствата од праксата. Имено, сите истражувања покажуваат дека се апсолутно неоправдани стравувањата дека сурогат мајчинството е поврзано со продавање на бебиња и дека тоа предизвикува неприфатлива комодификација на репродуктивниот процес и експлоатација на сурогат мајките.<sup>673</sup> Laufer-Ukeles смета дека емпириските истражувања, а не теориските претпоставки треба да бидат во преден план кога се расправа за сурогат мајчинството.<sup>674</sup> Во оваа смисла треба да истакнеме дека сурогат мајчинството се применува повеќе децении, дека веќе се родени стотици илјади бебиња со помош на оваа репродуктивна технологија и дека искуствата на сурогат мајките, на намераваните родители и на децата кои се раѓаат се доволно истражени и за нив се

---

<sup>673</sup> Ragoné истакнува дека голем дел од текстовите за сурогат мајчинството имале спекулативна природа – од ставот дека сурогатството ќе го уништи семејството до тоа дека сурогат мајчинството претставува форма на комерцијално продавање на бебиња. Види Ragoné, Helena, *op. cit.*, стр. 352.

<sup>674</sup> Laufer-Ukeles смета дека „емпириските студии кои беа насочени да ја откријат реалноста, грижите и севкупните искуства на сурогат мајките и намераваните родители се согласуваат за неколку базични и значајни откритија. Овие откритија треба да не раководат при размислувањето за сурогат мајчинството.“ Види Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр. 1230.

добиели релевантни податоци за тие да може да бидат основата за односот на општеството и на правниот систем кон сурогат мајчинството. Со еден збор, емпиријата и цврстите факти добиени со истражувањата треба да имаат примат во однос на предрасудите, стереотипите и теоретските конструкции кои немаат никаква допирна точка со реалноста. Истакнувајќи го значењето на емпириските истражувања, DiFonzo и Stern пишуваат дека: “еволуцијата на сликата за сурогат мајчинството, од морална закана која е резултат на присила и комодификација кон социјално прифатлива практика го илустрира триумфот на емпириското над теоретското.”<sup>675</sup>

Истражувања покажуваат дека во речиси сите случаи договорите за сурогат мајчинството се остваруваат без проблеми, при што се задоволни сите учесници во постапката за сурогат мајчинство.<sup>676</sup> Во овој контекст Laufer-Ukeles истакнува дека „емпириските истражувања на комерцијалните договори за сурогат мајчинство во голема мера доведоа до заклучок дека сурогат мајките и намераваните родители се задоволни и збогатени од процесот на сурогат мајчинство. Освен тоа, приказните за успех и исполнување, кои се присутни во медиумите, па дури и во академските списанија се моќни сведоштва во корист на сурогат мајчинството.”<sup>677</sup> Според Mortzavi најголем дел од сурогат мајките искажуваат задоволство од аранжманот за сурогат мајчинство, што е спротивно на концепцијата според која тие страдаат поради тоа што се чувствуваат деградирано или искористено,<sup>678</sup> а van

---

<sup>675</sup> Види Di Fonzo Herbie.J., Stern, Ruth. C., *op. cit.*, стр. 356.

<sup>676</sup> Види Lorillard, Christine Metteer., *op. cit.*, стр. 252.

<sup>677</sup> Види Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр.1224.

<sup>678</sup> Види Mortzavi, Sarah, *op. cit.*, р. 2284. С. поред Scott “спротивно на тврдењето дека сурогат мајчинството ги деградира мајчинството и бременоста, постојните докази сугерираат дека сурогат мајките сметаат дека



den Akker наведува дека мнозинството сурогат мајки навеле дека прифатиле да склучат договор за сурогат мајчинство од алтруистички причини, за да помогнат на неплодните парови да добијат бебе.<sup>679</sup> И според истражувањето на Ciccarelli и Beckman, спротивно на широко прифатеното верување дека сурогат мајките се мотивирани пред се од финансиски мотиви, тие во најголем дел истакнуваат дека се согласиле да родат дете за друг од алтруистички мотиви.<sup>680</sup> Stark истакнува дека сурогат мајките не чувствуваат дека се експлоатирани; тие често истакнуваат дека се горди од она што го оствариле и среќни поради тоа што овозможиле неплодните парови да добијат дете.<sup>681</sup> Ragoné пишува дека „сурогат мајките го сметаат сурогатството за работа со скратено работно време, поради тоа што тоа им овозможува на жените, а особено на мајките, да останат дома со нивните деца, што исто така е прифатливо и за нивните брачни партнери.“<sup>682</sup>

Критичарите на сурогат мајчинството често истакнуваат дека сурогат мајките се исклучително сиромашни жени, кои склучуваат договор за сурогат мајчинство поради императивот да обезбедат финансиски средства, при што доаѓа

---

вршат услуга од големо социјално значење и корист за другите.“ Види Stark, Elizabeth, S., *op. cit.*, стр. 38.

<sup>679</sup> Види van den Akker, *op. cit.*, стр. 56. Според van den Akker “најголем дел од сурогат мајките уживаат во бременоста и раѓањето, и многу од нив велат дека сурогатството ги исполнило или додало нешто во нивните животи (зголемено чувство на вредност и самодоверба, и развој на интензивно и невообичаено пријателство со намераваните родители, а особено со жените).” *Ibidem*.

<sup>680</sup> Види Ciccarelli, Janice, B., Beckman, Linda, J., *op. cit.*, стр. 30. Ciccarelli и Beckman сметаат дека “и покрај тоа што финансиски мотиви може да постојат, само мал дел од жените ги споменуваат парите како главна мотивација за да станат сурогат мајки. Наместо тоа, жените сочувствуваат со неплодните парови и сакаат да им помогнат на другите да ја почувствуваат големата радост на родителството.” *Ibidem*.

<sup>681</sup> See Stark, Barbara, *op. cit.*, стр. 7.

<sup>682</sup> See Ragoné, Helena, *op. cit.*, стр. 355.

до нивна експлоатација. Истражувањата не даваат потврда за ваквата претпоставка. Напротив, и покрај тоа што најчесто сурогат мајките припаѓаат на понизок социоекономски слој од намераваните родители,<sup>683</sup> тие не се во безизлезна финансиска положба и често имаат и други можности да заработат пари за да се издржуваат и да обезбедат издршка на своето семејство.<sup>684</sup> Истражувањата во Европа и во САД покажуваат дека сурогат мајките се најчесто во нивните доцни дваесетти или рани триесетти години, дека имаат завршено гимназија, а некои и колеџ,<sup>685</sup> и дека најчесто се во брак и имаат сопствени деца.<sup>686</sup>

Една од најсериозните критики за сурогат мајчинството е дека тоа често доведува до тешки психолошки трауми за сурогат мајката која мора да се раздели од бебето кое што го носела 9 месеци и кое што го родила.<sup>687</sup> Сепак, и во овој случај истражувањата покажуваат сосема поинаква ситуација. Во најголем број случаи договорот за сурогат мајчинство се остварува без никакви проблеми. Во оваа смисла Laufer-Ukeles вели: “Навистина, доколку се има предвид дека годишно се склучуваат илјадници договори за сурогат мајчинство, навистина е исклучително што има само мал број спорни случаи”.<sup>688</sup> Според Scott, “мал број сурогат мајки пријавуваат дека тешко се разделиле од детето, а многу мал процент

---

<sup>683</sup> See Scot, Elizabeth, S., *op. cit.*, стр. 38.

<sup>684</sup> Laufer-Ukeles, *op. cit.*, стр.1235.

<sup>685</sup> See Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр.1234.

<sup>686</sup> See Ciccarelli, Janice, B., Beckman, Linda, J., *op. cit.*, стр. 31.

<sup>687</sup> Критичарите на сурогат мајчинството често го наведуваат случајот Baby M, в кој сурогат мајката и покрај претходно потпишаниот договор, го менува мислењето по раѓањето на бебето, и ине сака да го предаде бебето на брачниот пар Stern.

<sup>688</sup> See Laufer-Ukeles, *op. cit.*, стр.1230.

изразуваат жалење што учествувале во постапката за сурогат мајчинство.<sup>689</sup> Квантитативните податоци до кои што дошле Jadva и останатите покажуваат дека ниту една од сурогат мајките не се колебала кога требало да го предаде детето на намераваните родители и дека најголемиот број од нив не чувствувале посебна врска со детето.<sup>690</sup> Исти резултати покажа и истражувањето на Van den Akker, според кое сурогат мајките се помалку приврзани за фетусот, како и за детето по раѓањето од останатите жени.<sup>691</sup> Наспроти ставовите на авторите кои истакнуваат дека сурогат мајката е силно емотивно поврзана со бебето и предавањето на бебето за неа претставува психолошка траума, истражувањата покажуваат дека сурогат мајката многу повеќе емотивно се поврзува со жената или со парот, а не со бебето.<sup>692</sup>

Истражувањата во голема мера ги оправдуваат ставовите на приврзаниците на сурогат мајчинството, дека со него се остварува можноста на неплодните парови да добијат дете, при што не се работи за недозволено купување на дете туку се работи за услуга што ја дава сурогат мајката на неплодните парови. Освен тоа, самите сурогат мајки во сите истражувања ги негираат ставовите дека се работи за нивна експлоатација, која е резултат на нивната тешка финансиска состојба, поради што немаат друг избор освен да склучат договор за сурогат мајчинство. Напротив, најголем дел од

---

<sup>689</sup> See Scott, Elizabeth, S., *op. cit.*, стр. 38.

<sup>690</sup> See Temman, Elly, *op. cit.*, стр. 1108.

<sup>691</sup> See van den Akker, *op.cit.*, стр.56.

<sup>692</sup> Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.*, стр.1234. Ciccarelli и Beckman исто така наведуваат дека повеќе студии покажуваат дека сурогат мајките формираат врски со парот, а не со детето. Види Ciccarelli, Janice, B., Beckman, Linda, J., *op. cit.*, стр. 34.

сурогат мајките, и покрај тоа што им се значајни финансиските средства што ги добиваат, и кои во голема мера не ги користат за себе, туку за потребите на своите деца и семејството,<sup>693</sup> во преден план ги истакнуваат алтруистичките мотиви и желбата да помогнат на паровите кои немаат можност да добијат дете. Тие сметаат дека остваруваат исклучително хумана мисија, или, како што вели една сурогат мајка во истражувањето на Ragoné “Јас сакам да направам најважна работа за некого, да им дадам најзначаен подарок. Никој не може да направи повеќе од тоа, никој не може да стори нешто побаво за нив.”<sup>694</sup>

## 5. Сурогат мајчинството во споредбеното право

Сурогат мајчинството е различно регулирано европските земји, и не постои еден доминантен правен модел за регулирање на оваа репродуктивна технологија. Сепак, поради бројните правни, етички и морални дилеми кои се отвораат со примената на сурогат мајчинството, тоа е забрането во повеќето европски земји: Франција, Германија, Швајцарија, Шпанија, Австрија, Холандија, Шведска, Норвешка, Унгарија, а забраната за сурогат мајчинството доминира и во земјите од нашиот регион, така што тоа е забрането во Бугарија, Албанија, Босна и Херцеговина, Хрватска, Србија и Црна Гора. Наспроти овие европски земји, сурогат

---

<sup>693</sup> Според Ragoné, средствата што ги добиваат сурогат мајките ги користат за школување на децата, за плаќање на долговите, за реновирање на станот или за годишен одмор. Види Ragoné, Helena, *op. cit.*, стр. 355.

<sup>694</sup> *Ibidem*

мајчинството е исто така забрането и во многу други земји во светот, како што се Алжир, Кина, Исланд, Индонезија, Јордан, Кувајт, Тајван, Тунис, Турција и други.

Имајќи ги во предвид етичките и морални дилеми кои произлегуваат од договорите за сурогат мајчинство, во голем број на земји тие се забранети и не прозведуваат правно дејство. Ова особено се однесува на комерцијални договори за сурогат мајчинство. Сепак, и покрај тоа што сурогат мајчинството е забрането во најголемиот број држави во светот, постојат повеќе земји кои ги дозволуваат договорите за сурогат мајчинство. Израел има најлиберален став кон договорите за сурогат мајчинство. Во оваа земја, Собранието ги дозволи договорите за сурогат мајчинство во 1996 година.<sup>695</sup> Во Русија, сурогат мајчинството е дозволено, најверојатно поради исклучително сериозниот проблем со кој се соочува Руската Федерација, а тоа е ниската стапка на наталитет и т.н. „бела смрт“, што резултира со намален број на луѓе во Русија.<sup>696</sup> Во Семејниот Кодекс на Русија од 1995 година се предвидува дека брачните другари кои имаат дадено согласност за имплантација на ембрион во друга жена, со цел да добијат дете се во можност да се здобијат со статус на родителите само ако постои согласност од сурогат мајката. Во Велика Британија, Законот за сурогат договори од 1985 година ги дозволува само алтруистичките сурогат договори, според кои парот кој сака да има дете ги плаќа само разумните трошоци на сурогат мајката. Сепак, несигурноста произлегува од фактот дека Законот не прецизира што точно се подразбира под категоријата

---

<sup>695</sup> Види повеќе кај Spar, *op. cit.*, стр. 299.

<sup>696</sup> Само во последниве десетина години бројот на жители на Русија, поради нискиот наталитет, е намален за пет милиони.

„разумни трошоци“. Покрај претходно наведените земји, сурогат мајчинство, исто така, е дозволено во Белорусија, Белгија, Грција, Холандија, Ерменија, Нов Зеланд, Хонг Конг, Бразил, Јужна Африка, Австралија, Тајланд, Канада и САД.

Во САД, постојат значителни разлики помеѓу државите, во однос на законската регулатива за сурогат мајчинството. Во некои сојузни држави, овие договори се забранети и казниви (како во Аризона и Дистриктот на Колумбија), во други, договорите за сурогат мајчинство не произведуваат правно дејство (Мичиген, Њујорк, Индијана, Кентаки, Луизијана и Небраска). Во некои држави (Вашингтон, Северна Дакота) само одредени договори се дозволени, а во други држави договорите за сурогат мајчинство се дозволени и се правно регулирани (Арканзас, Флорида, Илиноис, Невада, Њу Хемпшир, Тексас, Јута, Вирџинија и Калифорнија).<sup>697</sup> Во САД, само неколку држави ги прифатија одредбите на Униформниот закон за родителство (UPA) од 2002 година, со кој се регулираат прашањата за родителските права во случај на сурогат мајчинство. Овој закон му дозволува на судот да го прифати договорот за сурогат мајчинство, доколку потенцијалните родители и сурогат мајката се согласуваат со одлуката на мајката да се откаже од родителските права и доколку надоместот наменет за сурогат мајката е разумен.<sup>698</sup>

---

<sup>697</sup> Повеќе за правното уредување на сурогат мајчинството во одредени федерални држави во САД види: [http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/surrogacy\\_laws.html](http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/surrogacy_laws.html)

<sup>698</sup> UPA предвидува можност секоја страна да може да се повлече од договорот пред да биде направена фертилизацијата на сурогат мајката. Повеќе за правната регулација на сурогат мајчинството во UPA види кај: Kindregan, C. Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper 08-01, December 2007, Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts.

## VIII. Постхумна репродукција

### 1. Општи карактеристики на постхумната репродукција

За постхумната репродукција, која стана можна со брзиот развој на медицината и биотехнологијата, во последниве години се одвива жестока дебата во научните кругови, во медиумите, во законодавните домови, но и во судниците на голем број земји во светот. Прашањето дали да се дозволи репродукцијата по смртта, и како таа да се регулира ги опфаќа и ги отвора најдлабоките филозофски, религиозни, етички, морални и правни дилеми поврзани со ставот кон љубовта, смртта, репродуктивните права, одговорноста на родителите и општеството кон децата, наследувањето и правата и интересите на децата<sup>699</sup>. Општо земено, новите

---

<sup>699</sup> Според Bahadur „Земањето и користењето на репродуктивните клетки и ембрионите е неизбежно емотивно, и отвара бројни и комплексни морални, етички и правни проблеми“. Види во Bahadur, G., *Death and Conception, Human reproduction*, Vol. 17, No.10, 2002, стр. 2769. Во оваа смисла Simpson наведува дека „постхумното оплодување отвора цела серија на комплексни етички и општествени прашања. . желбата да се добие потомство по смртта на брачниот другар или партнерот има големи последици за поимот на бракот, родителството и наследувањето“. Види Simpson, B., *Making “Bad” deaths “Good”: The Kinship Consequences of Posthumous Conception, Journal of Royal Anthropological Institute* Vol. 7, 2001, стр. 1. Според Lewis, покрај другите дилеми, „постојењето на постхумно зачатите деца има потенцијал значајно да влијае врз распределбата на наследството на оставителот“. Според него, основна дилема е дали постхумно зачатото дете може да влезе во дефиницијата „дете“ на оставителот. Види повеќе Browne C. Lewis, *Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children, George Mason Law Review*, Vol. 16:2, 2009, стр. 410. Benshushan и Schenker наведуваат дека последните значајни технолошки иновации во репродуктивната медицина,

репродуктивни технологии, како што се вештачката инсеминација, ин витро фертилизацијата, сурогат – мајчинството, постхумната инсеминација и клонирањето не соочуваат со сите дилеми што ги носи брзиот научно-технолошки развој; но за разлика од технолошките иновации во другите области од науката, овие технологии го доведуваат во прашање самиот концепт за тоа што сме ние, што претставува човечкото суштество. Со примената на новите репродуктивни технологии се загрозуваат самите основи на нашата цивилизација и нејзините основни компоненти, кои се нераскинливо поврзани со нашиот идентитет како човечки суштества: дали човечкото суштество настанува со сексуален однос помеѓу маж и жена и дали неговиот генетски материјал е резултат на случајно комбинирање на материјалот на неговите родители или човекот може да настане во лабораторија, со генетски инжинеринг или со клонирање, односно „копирање“ на генетскиот материјал на друг човек. Новите модели на репродукција ги отвораат прашањата за улогата на сексуалноста во раѓањето деца и „природноста“ на вештачката

---

како што се криопрезервацијата на репродуктивните клетки и ембрионите се поврзани со тешки и спорни правни, општествени, етички и морални прашања во врска со правото на постхумна репродукција. Види повеќе Benschushan, A., Schenker, J., *Human Reproduction*, Vol 13. No. 5, 1998, стр. 1407. Според Zafran, во литературата за постхумната репродукција најчесто се обработуваат прашањата за согласноста на донорот за постхумно раѓање на детето, наследните права и правата на социјална заштита на детето, но не се обработуваат прашањата за утврдувањето на татковството на постхумно зачатото дете. Ова прашање, според Zafran, има поголемо значење од финансиските права и обврски, поради тоа што тоа има влијание за формирање на идентитетот на детето и за градењето на врски со неговите роднини. Види Zafran, R., *Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception*, *Houston Journal of Health Law & Policy*, Vol. 4, 2009, стр. 48-49.



репродукција; прашањата за тоа што претставува мајка и кој треба да се смета за татко; прашањата за љубовта, бракот и семејството; прашањата за правата на децата и односот помеѓу репродуктивната слобода и интересите на децата. Новите репродуктивни технологии ги нарушуваат фундаментите на кои почива нашиот идентитет, затоа што во досегашната историја секогаш се сметало дека едно дете може да има еден татко и една мајка и дека тоа може да настане само како резултат на сексуалните односи на неговите родители (со исклучок на познатата библиска легенда за „безгрешното“ зачнување на Исус поради тоа што сексуалните односи не биле присутни во бракот на неговите родители). Прашањата поврзани со новите репродуктивни технологии и нивната примена резултираа со серија законодавни реформи и судски одлуки кои доведоа до редефинирање или проширување на границите на татковството, мајчинството, родителството и семејството.

Раѓањето на идејата за постхумната репродукција потекнува уште од 1866 година, кога италијанскиот научник Montegazza открил дека спермата може успешно да се замрзне. Тој сметал дека ова откритие може да биде многу корисно за жените чии брачни партнери одат во војна, каде може да загинат. Криопрезервацијата на спермата во науката доби кредибилитет во 1953 година кога Bunge и Sherman докажаа дека од спермата која е замрзанта може да се оплоди жена и да се роди здраво и нормално бебе<sup>700</sup>. Со текот на времето замрзнувањето на репродуктивните клетки станува се поуспешно, така што денес криопрезервацијата на репродуктивните клетки и на ембрионите е рутинско и тоа се

---

<sup>700</sup> Види повеќе кај Benshushan, A., Schenker, J., *op. cit.*, стр. 1407.

врши во некој од бројните овластени медицински центри. Сеуште не е точно утврдено колку години може да биде замрзната спермата за да може потоа успешно да се изврши оплодување и да се роди дете; се претпоставува дека спермата може успешно да се чува и тоа во период од 12 години, па се до неколку стотици години.<sup>701</sup> Една клиника успеала да искористи сперма замрзната речиси дваесет години при што жената која била оплодена родила здрави близначиња.<sup>702</sup> Со комбинирање на криопрезервација на спермата и методите на вештачките репродуктивни технологии (како што се вештачката инсеминација или *in vitro* фертилизацијата) можно е да се оствари постхумна репродукција и детето да се роди и по смртта на едниот родител, а кај замрзнатите ембриони-дури и по смртта на двајцата родители. Притоа, треба да се истакне дека постхумната репродукција е можна кога мажот ја замрзнува спермата во текот на животот, но и во ситуации кога жената или некој близок член на семејството бара да се земе спермата по смртта на мажот (доколку се земе примерок од спермата во текот на 24 часа по смртта, таа може да се замрзне и да се користи за постхумна инсеминација). Користењето на замрзнатата сперма за оплодување е најчестиот вид на постхумна репродукција, иако со напредокот на методите на криопрезервација може да се користат и преембриони и јајце клетки за постхумна репродукција.

Едно од основните прашање што се поставува кај постхумната репродукција е поврзано со мотивите и причините поради кои се користи овој радикален (за некои

---

<sup>701</sup> Види детално Greenfield, J., Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and Inheritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities, *MINN. J.L. SCI. & TECH*, Vol. 8:1, 2007, стр.281.

<sup>702</sup> Види кај Knaplund, K., Legal Issues of Maternity and Inheritance for the Biotech Child of the 21st Century, *Peperdine University School of Law, Legal Studies Working Paper Series*, 1/2009.

автори дури и морбиден) начин на репродукција. Многу често мажот кој е болен од некоја тешка болест ја замрзнува својата сперма во некоја овластена медицинска установа и по неговата смрт жената ја користи за оплодување, како израз на длабока љубов и желба со покојниот маж да добие потомство. Во некои случаи, наместо да се добие дете, спермата се замрзнува за да се добие внук од претходно починатиот си.<sup>703</sup> Замрзнувањето на репродуктивните клетки често се користи кога мажот и жената не планираат да имаат деца во блиска иднина, и не сакајќи да се изложат на ризикот од стерилност која е поврзана со одредени болести или со старост ги замрзнуваат спермата, јајце-клетките или ембрионите. Во некои случаи замрзнувањето на спермата и постхумната репродукција може да се користи за детето да може да стане наследник или корисник на социјална помош.<sup>704</sup> Но клучно е прашањето дали овие потреби за постхумно оплодување и раѓање на детето по смртта на родителот имаат оправдување и дали треба да бидат прифатени во современите законодавства. За да се одговори на ова прашање треба да се разгледа концептот на репродуктивната слобода, кој заедно со принципот за почитување на најдобриот интерес на детето треба да биде водечки во однос на правното регулирање на постхумната репродукција.

---

<sup>703</sup> Во 1998 година, Pam Reno, мајка на деветнаесетгодишниот Jeremy Reno, кој загинал играјќи руски рулет, побарала од докторите да земат сперма од нејзиниот син. Таа им кажала дека е тоа единствениот начин „да стане баба“. Таа планирала да користи донирана јајце клетка за да зачне ембрион со спермата на нејзиниот умрен син. Потоа планирала да склучи договор со сурогат-мајка која би го родила нејзиниот внук. Види повеќе кај Dorogazi, J., Gillet-Netting v. Barnhart and Unanswered Questions About Social Security Benefits for Posthumously Conceived Children, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83, 2005, стр. 1598.

<sup>704</sup> Види повеќе Knaplund, K., *op. cit.*, стр. 395-401.

## **2. Репродуктивната слобода, интересот на детето и постхумната инсеминација**

Дали човекот има апсолутно право да стане родител, да добие дете? Дали ова право се однесува само на сексуалната репродукција или ги опфаќа и сите видови на биомедицински потпомогнати форми на оплодување? За нашата тема особено е значајно прашањето дали репродуктивната слобода на човекот е толку широка, што тој има право да стане родител и постхумно, по својата смрт, користејќи ги техниките на криопрезервација на репродуктивните клетки и вештачката инсеминација или *in vitro* фертилизацијата. На сите овие прашања нема едноставен ниту лесен одговор во современите законодавства. Општествените науки генерално, а посебно правото, многу споро и тешко се прилагодуваат на застрашувачки брзиот развој на науката и технологијата, особено во сферата на биотехнологијата и новите репродуктивни технологии.

Прашањето за репродуктивните права беше за првпат сериозно разгледувано и регулирано на меѓународен план на Меѓународната конференција за човекови права на ОН, одржана во Техеран во 1968 година. На оваа Конференција беше усвоена т.н. Декларација од Техеран во која се вели „родителите имаат основно човеково право да одлучуваат слободно и одговорно за бројот на своите деца“. Ова право беше афирмирано од страна на Генералното Собрание на ОН во 1974 година, кога беше донесена Декларацијата за општествениот прогрес и развој со која беше потврдена одредбата од Декларацијата во Техеран. Во сите европски

законодавства се вградени одредбите од оваа Декларација. Во македонскиот Закон за семејството се предвидува дека „во остварувањето на правото на слободно и одговорно родителство, родителите се должни да обезбедат оптимални услови за здрав раст и развој на своето дете во семејството и општеството.“<sup>705</sup>

Судската практика на судовите во САД покажува дека на репродуктивната слобода и се обезбедува највисока уставна заштита. Во случајот *Skinner v. Oklahoma*<sup>706</sup> Врховниот Суд на САД утврдил дека законот за присилна стерилизација на Оклахома, со кој се предвидувало одредени категории осуденици да бидат стерилизирани, е спротивен на Амандманот 14 од Уставот на САД, поради тоа што со овој закон се нарушува фундаменталното право да се добие потомство. Судот смета дека раѓањето е од „фундаментално значење за постоењето и опстанокот на човековата раса“ и дека добивањето деца е „основно човеково право.“ Слично како и во овој случај, и во *Meuer v. Nebraska*<sup>707</sup> Врховниот Суд донел одлука дека правото „да се склучи брак, да се заснова домаќинство и да се раѓаат деца“ претставува фундаментално право на човекот, гарантирано со американскиот Устав.<sup>708</sup> Најексплицитна и најјасна судска одлука во која се определува фундаменталниот карактер на репродуктивната слобода е одлуката на Врховниот Суд во случајот *Eisenstadt v. Baird*, во

---

<sup>705</sup> Член 5 став 2 од Законот за семејството на Република Македонија.

<sup>706</sup> Види 316 U.S. 535 (1942).

<sup>707</sup> Види 262 U.S. 390 (1923).

<sup>708</sup> Види Doucetperry, M., To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction As It Relates to Today's Military, *The Army Lawyer*, Department of the Army Pamphlet 27-50-420, May 2008, стр. 3.

која се вели: „ако правото на приватност нешто значи, тогаш тоа е правото на секој поединец, независно дали е во брак или е сам, да биде слободен од неосновано мешање на Владата во работи кои толку длабоко влијаат врз поединецот, како што е правото дали да зачне и да роди дете.“<sup>709</sup> Во сите овие случаи Врховниот Суд на САД зазел становиште дека фундаментално право е да се роди дете со користење на репродуктивна технологија.<sup>710</sup> Сепак, останува отворено прашањето кое нас не интересира-дали репродуктивната слобода го опфаќа и правото на постхумна инсеминација. Врховниот Суд на САД досега се нема изјаснето во некој ваков случај, а и законодавствата во Европа и државите на САД се поделени во однос на прифаќањето и правното регулирање на постхумната репродукција.

Генерално, може да се прифати ставот дека од етички аспект треба да се дозволи постхумната репродукција, затоа што таа значи почитување на принципот на индивидуалната слобода на партнерите, но истовремено и на утилитаристичкиот принцип, затоа што со раѓањето на дете се

---

<sup>709</sup> Види Doucettperry, M., *op. cit.*, стр. 3.

<sup>710</sup> Види подетално кај Scharman, C., A., Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, стр. 1033-1035. Овој автор наведува дека сепак треба да се има предвид одлуката на Врховниот Суд на САД во случајот Hecht v. Superior Court of Los Angeles. Во овој случај партнерката на William Kane, Ellen Hecht (тој во својот тестамент и ја оставил својата замрзната сперма на својата партнерка за таа да зачне и да роди дете по неговата смрт), бара да и се даде замрзнатата сперма и покрај противењето на двете деца на Kane. Судот донел одлука да и се даде спермата на партнерката на Kane. Тоа значи дека судот, во одредена смисла, ја почитува намерата на починатиот неговата сперма да биде користена за посхумно оплодување на неговата партнерка.

остваруваат интересите не само на партнерите, туку и на детето и на општеството. Сепак, за да се даде целосна слика во однос на ова прашање мора да се земе предвид и интересот на децата кои се зачнуваат и се раѓаат постхумно, по смртта на едниот родител. Се чини дека тоа прашање кај поголемиот број автори добива второстепено значење или воопшто не се споменува како основа за регулирањето на постхумната репродукција. Тие се фокусираат на прашањето на репродуктивната слобода, согласноста што треба да постои за постхумна репродукција, а кога се говори за правата и интересите на децата тоа се прави само од аспект на тоа дали ќе се утврди татковството на детето и како ќе се регулираат неговите наследни права и правата од социјалната заштита. Тоа е неприфатливо во денешно време, кога интересот на децата мора да е врвен приоритет кога се носат одлуки или законски решенија што може да влијаат врз правата и интересите на децата. Постхумната репродукција може да има далекусежни психолошки, правни и економски последици врз децата кои се раѓаат по смртта на родителот. Основен меѓународен документ во кој се регулираат правата на детето е Конвенцијата на ОН за правата на детето што ја имаат прифатено речиси сите земји во светот, вклучувајќи ја тука и Република Македонија. Во оваа Конвенција се обезбедува највисока заштита не само на економските и социјалните, туку и на културните, политичките и економските права на децата.<sup>711</sup> Во Конвенцијата се предвидува дека „во сите активности што се однесуваат на децата од примарно значење

---

<sup>711</sup> Види подетално Мицковиќ, Д., Конвенцијата на ОН за правата на детето и дилемите околу нејзината имплементација, Образовни рефлексии, Бр. 1, 1998.

се интересите на детето, без оглед дали ги спроведуваат јавните или приватните институции за социјална заштита, судовите, административните органи или законодавните тела.<sup>712</sup> Оттука, кога се размислува за дозволеноста на постхумната инсеминација, интересот на детето мора да е во преден план. А кој е тој интерес во конкретниов случај? Тоа е интересот на детето да има двајца родители кои ќе се грижат за него, ќе го сакаат, ќе го воспитуваат и образуваат. Тоа во случајот на постхуманта инсеминација едноставно не е можно, имајќи предвид дека се работи за ситуација кога е сосема извесно дека едниот родител (најчесто таткото) нема да биде жив во моментот на зачнувањето на детето. Според тоа, основната дилема што се поставува во врска со постхумната инсеминација е дали со оваа репродуктивна технологија нема да се нарушат основните права и интереси на детето предвидени во Конвенцијата, а тоа е правото да биде чувано, воспитувано и издржувано од двајцата свои родители. Имено, во членот 7 од Конвенцијата се предвидува дека детето има право да знае кои се неговите родители (ако е тоа можно) и право тие да се грижат за него. Овој член се повредува доколку се дозволи постхумната инсеминација. Освен во Конвенцијата на ОН, правото на детето да живее и да биде одгледувано и воспитувано од двајцата родители е гарантирано и во сите современи законодавства.<sup>713</sup> Некои автори жестоко ја

---

<sup>712</sup> Член 3 став 1 од Конвенцијата на ОН за правата на детето.

<sup>713</sup> Така на пример, во Законот за семејството на Република Македонија се предвидува дека малолетните деца имаат право да живеат со своите родители( член 47), а во член 46 став 2 се предвидува дека „ детето има право да биде издржувано од своите родители, да биде згрижено, да биде заштитен неговиот живот и здравје, да биде оспособено за самостоен живот и работа,



критикуваат можноста да се дозволи постхумната инсеминација. Тие ја отвораат дилемата што е основната цел што луѓето сакаат да ја постигнат со постхумното раѓање на дете; дали е тоа „исполнувањето на идеалот за бесмртност, за продолжување на животот преку генетски поврзаното потомство“<sup>714</sup>.

Во основа, прифаќањето на правото на постхумна репродукција тргнува од едно пошироко толкување на правото на репродукција, според кое тоа право ја опфаќа и постхумната репродукција. Ова право, како што наведовме, може да дојде во судир со интересите на детето да има двајца родители. Сепак, според многумина автори, основен интерес на детето во овој случај е да се роди, да дојде на свет, да постои. Доколку се забрани постхумната репродукција, тоа дете нема да се роди, што значи воопшто нема да може да се јави како субјект на права. Според ваквото толкување, подобро е детето да се роди и во монородителско семејство, кога едниот родител е починат пред неговото раѓање отколку воопшто да не се роди. Оваа концепција не е без основа и не

---

да му се обезбедат оптимални услови за негово воспитување, школување и стручно оспособување, зависно од условите на семејството.

<sup>714</sup> Ова е став на проф. Живоиновиќ, според која основен проблем е дека детето ќе живее во монородителско семејство, без внимание, грижа и љубов од страна на двајцата родители. Според неа, детето може да доживее и емотивен шок кога ќе дознае дека е постхумно зачнато, по смртта на родителот, поради што може да се чувствува промашено или помалку вредно. Таа исто така наведува дека детето може да биде изложена на опасности во однос на правилниот психолошки развој доколку родителот на него гледа како на „комеморативно дете или како на замена за умрениот партнер“. Види повеќе Живоиновиќ, Д., *Наследна права постхумно зачете деца*, *Правни живот* бр. 10, 2005., стр. 710.

може лесно да се отфрли. Во крајна линија, секогаш треба да се даде предност на животот, на раѓањето на дете доколку со тоа не се нарушуваат нечији основни човекови права, како што е тоа случај со правото на абортус, што е основно човеково право на жената. Покрај тоа, постхумната репродукција ќе се јавува во ретки ситуации кога двајца партнери, кои се сакаат, имаат намера да живеат заедно и да формираат семејство-од трагични причини не може да го остварат овој идеал, поради болест и смрт на едниот партнер. Дали треба да дозволиме смртта, која не очекува сите нас да биде посилна од љубовта и од животот? Дали љубовта и трагедијата не треба да биде основа да се дозволи партнерите да имаат заедничко дете, и покрај тоа што едниот од нив нема да биде веќе жив кога детето ќе се роди. Дали во современите општества во кое има толку страдања, неправди и зла треба да се забрани остварување на љубовта, тоа највозвишено човечко чувство и раѓањето на нов живот кој е резултат на таа љубов. Поради сево ова, и покрај тоа што постхумната репродукција води кон монородителски семејства, таа сепак не може автоматски да се забрани, затоа што во прашање е раѓањето на нов живот, кој доколку не е дозволена постхумната репродукција, воопшто нема да започне, детето нема да се роди, нема да постои.

За постхумната репродукција слободно одлучуваат партнерите; жената нема никаква законска или морална обврска да прифати да биде оплодена со спермата на нејзиниот партнер по неговата смрт. Таа одлука зависи само од нејзината волја и желба да има дете со партнерот кој е тешко болен и се очекува да почине. Забраната за постхумна инсеминација, дури и во случаите кога тоа изречно го бара

донорот на спермата и неговата партнерка е нелогично доколку се земе предвид неговата можност, предвидена во сите современи наследно-правни системи, тој самостојно да располага со својот имот *mortis causa* во својот тестамент. Секој граѓанин има право самостојно да го распредели својот имот во случај на смрт во својот тестамент, а таа негова волја е ограничена само со големината на нужниот наследен дел. Доколку се дозволува на човекот да го распределува имотот по неговата смрт во својот тестамент, која е основата да му се забрани да ја реализира својата желба и желбата на неговата партнерка, доколку тие сакаат да добијат дете?<sup>715</sup> Дали распределбата на имотот треба да има поголемо значење и да ужива повисок степен на правна заштита од одлуката да се создаде човечко суштество? Дали општествениот интерес во случајот на слободното располагање со оставината со тестамент е поголем од интересот на заедницата да се раѓаат деца? Од друга страна, доколку не се дозволи постхумната инсеминација, а се дозволува абортусот (по барање на жената абортусот е дозволен во речиси сите европски земји во првите 10 до 12 недели од бременоста, а по судската одлука во

---

<sup>715</sup> Bennett, укажува на слична ситуација во случаи кога донорот на спермата не се согласува со нејзино користење по неговата смрт. Според овој автор „би било голема иронија доколку правото ја штити волјата на оставителот за распределба на неговото наследство по неговата смрт, но ја игнорира волјата искажана пред смртта за така централно прашање за човековиот идентитет како што е желбата да не се стане татко.“ Според тоа, овој автор заклучува дека не смее да се дозволи постхумна инсеминација, и покрај барањето на жената, доколку донорот на спермата се спротивставил постхумно да стане татко. Bennett, B., *Posthumous Reproduction and the Meanings of Autonomy*, *Melbourne University Law Review*, 1999.

случајот *Roe v. Wade* абортусот е дозволен и во САД)<sup>716</sup> законодавците би се нашле во една невозможна, апсурдна ситуација: од една страна дозволуваат уништување на потенцијално човечко суштество, а од друга страна забрануваат раѓање на човечко суштество и покрај волјата и на двајцата родители детето да се роди. Ваквото законско решение тешко дека може да се прифати.

Од претходново излагање е јасно е дека нема лесни решенија во однос на правното регулирање на постхумната репродукција. Обидот да се воспостави рамнотежа помеѓу правата на децата, почитувањето на репродуктивната автономија како основно човеково право и потребата да се регулираат други значајни прашања кои се поврзани со постхумната репродукција, како што е прашањето на наследните права на постхумно зачатото дете, ги ставаат законодавците во сите земји пред тешки дилеми. Во наредново излагање ќе се задржиме на судската практика во однос на постхумната репродукција, како и законските решенија во САД и во земјите членки на ЕУ во однос на регулирањето на постхумната репродукција.

### **3. Судовите и постхумната репродукција**

Првиот познат судски случај во кој се расправало за постхумната репродукција и кој предизвика големи расправи во јавноста, и тоа не само во Франција, туку и во целиот свет, е *Parpalaix c. CECOS (Centre d'Etude et de Conservation de Sperme)*.

---

<sup>716</sup> За случајот *Roe v. Wade* види ја одличната студија на David Barnhizer, *Roe v. Wade and the Conflict between Legal, Political and Religious Truth*, *Cleveland State University, Research Paper 05-104* March 2006.

Во 1981 година, две години пред својата смрт, Alain Parpalaix, кај кого бил дијагностициран рак на тестисите, пред да ја започне хемотерапијата, ја депонирал спермата во банката за чување на сперма CECOS, но не оставил специфични инструкции во врска со нејзината употреба. По смртта на господинот Parpalaix неговата сопруга Corrine Richard (која склучила брак со Alain Parpalaix два дена пред неговата смрт) побарала од CECOS да и биде дадена спермата на нејзиниот покоен сопруг, но ова барање било одбиено. Според CECOS тие имале договорна обврска да ја чуваат спермата само со Alain Parpalaix. Вака започна првиот судски случај во кој се решавало за тоа кој има право врз замрзнатите репродуктивни клетки по смртта на донорот. Францускиот суд не прифати да ги примени правилата на договорното право во овој случај, истакнувајќи дека спермата е „семе на животот. . поврзано со фундаменталната слобода на човечкото суштество да зачне дете“. Судот застана на становиште дека при решавањето на овој случај треба да се тргне од вистинската намера на донорот на спермата. Врз основа на ова, судот и ја додели спермата на госпоѓата Parpalaix, затоа што се уверил дека намерата на донорот била таа да се употреби за оплодување на неговата сопруга.<sup>717</sup> Во овој случај, значајно е тоа што, освен што судот одобри постхумна инсеминација (таа во тоа време не беше регулирана во француското законодавство), тој не ја смета спермата како ствар која подлежи на правилата на облигационото право.<sup>718</sup> По случајот Parpalaix с. CECOS,

---

<sup>717</sup> Види подетално за случајот Parpalaix с. CECOS кај Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1014.

<sup>718</sup> Денес се води голема расправа околу правниот статус на репродуктивните клетки и на ембрионите. Се поставува прашање дали се тие ствари, и дали

францускиот законодавец ја забрани постхумната репродукција.

Во САД во последниве години судовите решавале во неколку случаи поврзани со правото на децата кои биле зачнати и се родиле постхумно, по смртта на нивниот татко. Судовите решавале за правото на овие деца да се јават како наследници на оставината и за нивното право да користат социјална заштита, што им следува доколку се прогласени за наследници на починатиот.

Најпознатиот случај во САД, во кој Врховниот суд на Масачусец во 2002 година решавал за наследните права на постхумно зачатите деца е случајот *Woodward v. Commissioner of Social Security*.<sup>719</sup> Три години по склучувањето на брак помеѓу Warren и Lauren Woodward мажот заболел од

---

може да бидат ствари во граѓанскоправна смисла, односно дали може да бидат предмет на сопственост или некое друго стварно право. Доминира ставот дека репродуктивните клетки и ембрионите не се ствари и не може да бидат предмет на купопродажни договори (иако тоа не е случај во САД, каде постои пазар за репродуктивни клетки и ембриони). Сепак, се чини неприфатливо да се третираат репродуктивните клетки и ембрионите како ствари кои се купуваат и продаваат, затоа што на тој начин се нарушува човековото достоинство и дигнитет. Во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување на Република Македонија се предвидува дека „донирањето полови клетки е доброволно и без надоместок“ (член 18 став 1) и дека е забрането тргување со полови клетки и со ембриони (член 26 став 1). За расправата околу правниот статус на ембрионите и половите клетки види повеќе кај Ben-Asher, Noa, *The Curing Law: On the Evolution on Baby-Making Markets*, *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No5, 2009, Berg, Jessica, *Owning Persons: The Application of Property Theory to Embryos and Fetuses*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 40, 2005 и Almeling, Rene, *Gender and the Value of Bodily Goods: Commodification in Egg and Sperm Donation*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 72, 2009.

<sup>719</sup> *Woodward v. Comm. Of Soc. Sec.*, 760 N.E.2d.257, 267 (Mass.2002).

леукемија. Пред да започне со терапијата, тој донирал сперма откако од докторите бил известен дека терапијата може да доведе до стерилност. Warren починал десет месеци откако била откриена болеста, а неговата сопруга останала вдовица без деца. По две години таа родила близнаци, откако била извршена вештачка инсеминација со спермата на нејзиниот покоен маж. По раѓањето на децата жената побарала за себе и за нив социјална помош, но нејзиното барање било одбиено од Одделот за социјална заштита, а таквата одлука ја потврдил и административниот суд. Lauren Woodward поднела жалба до Окружниот суд. Двете странки во постапката изнеле сосема спротивни аргументи. Lauren тврдела во жалбата дека децата треба секогаш да имаат право да го наследат својот покоен татко доколку се утврди дека помеѓу нив постои генетска врска. Државата сметала дека постхумно зачатите деца не треба да имаат право на наследување во однос на нивниот татко поради тоа што тие не биле зачнати во моментот на неговата смрт.<sup>720</sup> По барање на Окружниот суд, во кое било истакнато дека се работи за значајно прашање за кое не постои судски преседан во Масачусец, Врховниот суд на Масачусец решавал дали постхумно родените деца може да станат наследници на својот покоен татко, а со тоа да станат носители и на правото за социјална помош. При решавањето на овој случај, Врховниот суд истакнал дека во него се содржани три значајни прашања: најдобриот интерес на децата, интересот на државата за нормално распределување на оставината и репродуктивните права на починатиот брачен

---

<sup>720</sup> За подетална анализа на овој значаен случај види Lewis, B., C, *op. cit.*, стр. 416-420, Dorogazi, J., *op. cit.*, стр. 1605, Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1018-1022., Sekino, R., B.U.J.SCI&TECH.L, 2002, Greenfield, *op cit.*, стр. 285

другар. Судот истакнал дека неговата улога е „да ги хармонизира овие интереси со цел да се реализира основната намера на законодавецот“. Во врска со прашањето за најдобриот интерес на детето судот утврдил дека и законодавецот и судската практика посветиле особена грижа на потребата сите деца да ги уживаат истите права, независно од околностите на нивното раѓање. Судот утврдил и дека легислативната политика е да се обезбеди, секогаш кога е тоа можно, децата да бидат издржувани од страна на родителите, а не да станат зависни од социјалната помош. Освен тоа, Врховниот суд на Масачусец утврдил дека законодавецот „во голема мера ги поддржува новите репродуктивни технологии, така што би било ирационално законодавецот да дозволи децата што се резултат на примената на тие технологии да имаат помалку права и заштита од другите деца“. Имајќи ги предвид постхумните репродуктивни права на умрениот, судот заклучил дека за да може детето да стане наследник, донорот на спермата мора да се согласил за зачнувањето на детето и да се согласил дека тој ќе го издржува детето. Освен тоа, судот во случајот Woodward истакнал дека правата и интересите на децата, и покрај тоа што се многу значајни, сепак не се решавачки, така што треба да се земат предвид и интересите на државата да „обезбеди сигурност на наследниците и на доверителите за брзо и ефикасно расправање на оставината.<sup>721</sup> Врз основа на сите овие аргументи, Врховниот суд на Масачусец донел одлука дека постхумно зачатите деца можат да се јават како наследници на оставината на нивниот татко. Како генерална оценка од овој случај, судот заклучил дека треба

---

<sup>721</sup> Види повеќе кај Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1020.



да бидат исполнети три услови за да може постхумно зачатите деца да се јават како наследници 1. Лицето кое ги претставува децата мора да докаже дека постои генетска врска помеѓу децата и оставителот; 2. Тој треба да докаже дека оставителот се согласил децата да бидат постхумно зачатни и 3. Лицето што ги претставува децата мора да докаже дека оставителот се согласил да обезбеди финансиска поддршка за детето што ќе се роди како резултат на постхумната инсеминација.<sup>722</sup> Оваа одлука покажува дека судот, и покрај тоа што законодавецот предвидел дека како наследници можат да се јават само деца што се зачатни за време на животот на оставителот и што се родиле најдоцна 300 дена по неговата смрт, врз основа на толкување на намерата на законодавецот при расправањето на наследството дошол до заклучок дека децата треба да бидат наследници. При ова, судот тргнал од фактот дека законодавецот не ги исклучил експлицитно постхумно зачатите деца од можноста да станат наследници.<sup>723</sup> Оваа одлука покажува колку е се уште значајна судската практика во судскиот систем на САД, што се гледа од сериозниот и темелниот судски пристап, што во овој случај, како што наведовме, бил насочен кон утврдувањето на мотивите, целта и намерата на законодавецот од страна на судот. Ваквиот пристап и правен резон резултира со судска одлука која нема цврсто законско покрите.<sup>724</sup> Интересно е да се види како

---

<sup>722</sup> Види Lewis, B., C, *op. cit.*, стр. 419.

<sup>723</sup> Види кај Dorogazi, J., *op. cit.*, стр. 1605.

<sup>724</sup> За влијанието на судските одлуки во правниот систем на САД, Роско Поунд, еден од најголемите американски правници, вели дека како што се текстовите на класичното римско право неисцрпен извор за европските правници и законодавци од XII век наваму, такво е и влијанието на одлуките на common law судовите од XIX век за англоамериканското правно подрачје.

некој судија во Република Македонија би го решил истиот проблем, поради тоа што, како што ќе видиме понатаму, и нашето законодавство, слично како и законодавството на државата Масачусец во САД, предвидува дека само децата што биле зачнати за време на животот на оставителот можат да се јават како наследници. Постои голема веројатност нашиот суд, држејќи се стриктно до законот, да не дозволи наследување во таков случај, што секако укажува на различната правна традиција, историја и култура и се уште големите разлики помеѓу земјите во кои се применува континенталното право и земите кои припаѓаат на англо-саксонскиот правен систем.

Одлуката на Врховниот суд на Масачусец не е единствената судска одлука со која, и покрај непостоење на прецизни законски норми, на постхумно зачатите деца им се

---

Според Поунд „овие пресуди ќе бидат рудник за судиите, правниците, другите творци на правото и учителите на правото од англиското правно подрачје и за генерациите кои доаѓаат“ Цитирано според Кошутиќ, Б., Увод у велике правне системи данашњице, Службани лист СРЈ, Београд, 2002, стр. 163. Поунд, кој е основач на школата на „социолошката јуриспруденција“ смета дека правниот систем е феномен кој е во тесна интеракција со доминантните политички, економски и социјални услови во одредено општество и дека тој постојано се менува со нив во живиот процес на развој и трансформација. Поунд смета дека „правните монаси кои го поминуваат својот живот во атмосферата на чистото право, од кое е исклучен секој човечки и овоземјен елемент, не можат да постигнат правните принципи да се применуваат на променливиот свет од крв и месо. Најлогичните и вешто образложените правила може да не ја постигнат целата на правото во нивната практична примена затоа што тие не се прилагодени за средината во која треба да се спроведат.“ Еден друг познат американски правник, Llewellyn, вели дека судиите и правниците се офицери на правото; според него „тоа што овие офицери прават во врска со правните спорови е, во мојот ум, самото право.“ Цитирано според Zweigart, K., Kotz, H., Introduction to the Comparative Law, Clarendon Press, Oxford, 1998 стр. 247. Во ова дело види повеќе за основните карактеристики на континенталното и англосаксонското право.

дозволува да се јават како наследници на нивниот татко. За истото прашање се одлучувало и во случајот Estate of Kolacy.<sup>725</sup> Во 2000 година од Врховниот суд на Њу Џерси е побарано да утврди дали близначките што биле зачнати со in vitro фертилизација и што се родиле 18 месеци по смртта на нивниот генетски татко се негови законски наследнички според наследното право на државата Њу Џерси. Исто како и во Масачусец, и во Њу Џерси законот предвидува дека како наследници може да се јават само лица кои се живи во моментот на смртта на оставителот, или кои биле зачнати за време на животот на оставителот и се родиле 300 дена по неговата смрт. Судот донел одлука дека близначките може да бидат наследници на оставителот. При носењето на оваа одлука, судот го имал предвид фактот дека постојат јасни и недвосмислени докази дека починатиот е биолошки татко на двете близначки. Освен тоа, судот определил дека децата имаат право на наследување поради генералната определба на законодавецот да овозможи децата да ги наследуваат нивните родители.<sup>726</sup> Судот во случајот Kolacy утврдил дека општата намера на законодавецот дека децата треба да наследат треба да има предност во однос на „рестриктивното, буквално читање на законот.“<sup>727</sup> Својата одлука судот ја засновал врз утврдувањето на целта и намерата на законодавецот и врз екстензивното толкување на законот. Во овој случај во предвид била земена и јасно искажаната намера на починатиот, кој во писмена изјава пред својата смрт се

---

<sup>725</sup> In re Estate of Kolacy, 753 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct. Ch. Div.2000).

<sup>726</sup> Види повеќе кај Knaplaund, Postmortem Conception and a Father's Last Will, *Arizona Law Review*, Vol. 46, 2004.

<sup>727</sup> Види Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1017.

согласил да биде татко на детето што ќе се роди со постхумна инсеминација.<sup>728</sup> Вакви и слични одлуки донеле и судовите во повеќе други американски држави,<sup>729</sup> што јасно укажува дека правото на наследување на постхумно зачатите деца во американскиот правен систем се прифаќа најпрво од страна на судовите, а дури потоа и од законодавците во некои сојузни држави на САД.

#### **4. Законското регулирање на постхумната репродукција и на наследните права на децата во европските земји и во САД**

Во европските земји и во државите на САД не постои еден доминантен, општоприфатен модел за регулирање на постхумната репродукција. Доколку се направи анализа на законодавствата може да се извлече заклучок дека во

---

<sup>728</sup> Живоиновиќ, Д., *op. cit.*, стр. 705.

<sup>729</sup> Во случајот *Hecht v. Superior Court* Апелациониот суд на Калифорнија решавал за барањето на Ellen Hecht, партнерка на William Kane да ја употреби неговата сперма за да биде оплодена по неговата смрт. Партнерите живееле заедно пет години, но не биле во брак. Во 1991 година Kane депонирал сперма во банка за сперма во Калифорнија. Истиот месец тој се самоубил, но оставил тестамент во кој и ја оставил спермата на неговата партнерка и изразил надеж дека таа ќе ја искористи за раѓање на дете по неговата смрт. Во тестаментот тој определил и финансиски бенефити за неговите идни деца. Kane имал и две други деца, кои се спротивставиле на барањето Ellen да биде постхумно оплодена со спермата на нивниот татко. Апелациониот суд не го прифатил тврдењето на децата на починатиот дека со постхумната инсеминација на вонбрачната партнерка на нивниот татко се нарушува јавниот интерес. Судот донел одлука дека заштитата на основното право на раѓање деца е посилно од грижата за психолошката болка што евентуално може да ја доживеат двете деца на починатиот. Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1015.

поголемиот број земји постхумната репродукција е забранета или воопшто не е правно регулирана. Сепак, постепено, чекор по чекор, оваа нова репродуктивна технологија го зазема своето место во европските и во законодавството на САД.

Во европски контекст, постхумната инсеминација е дозволена во мал број земји; Австрија, Белгија, Грција, Холандија, Велика Британија, Шпанија и Македонија. Во поголемиот број европски законодавства постхумната инсеминација е забранета (Бугарија, Данска, Франција, Бугарија, Хрватска, Словенија, Шведска, Швајцарија, Литванија, Финска и Португалија), а во останатите воопште не е правно регулирана.<sup>730</sup> Слично како и во правните системи на европските земји и кај различните религии не постои согласност околу тоа дали треба да се дозволи постхумната репродукција. Католиците ја отфрлаат можноста детето да биде зачнато постхумно поради тоа што ова претставува одвојување на репродукцијата од природниот сексуален однос и поради тоа што постхумната инсеминација имплицира дека ќе биде оплодена сама жена, која нема брачен другар. Исламот исто така ја отфрла оваа репродуктивна технологија затоа што оплодувањето се случува по престанокот на бракот (кој престанал со смртта на мажот). Постхумната инсеминација е дозволена само кај евреите.<sup>731</sup>

---

<sup>730</sup> Види Jones, W. J., Cohen, Cooke I., and Kempers R., (ed) *Fertility and Sterility, Surveillance 2007* стр. 27.

<sup>731</sup> Види G.Pennings, G.de Wert, F.Shenfield, J.Cohen, P.Devroey and B.Tarlatzis, ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, *Human Reproduction*, Vol. 21, No. 12 2006, стр. 3050.

И во оние земји каде постхумната репродукција е дозволена и правно регулирана имало големи резерви кај научната и стручната јавност околу оправданоста таа да биде прифатена во нивните правни системи. Во Канада, Кралската комисија за новите репродуктивни технологии заклучи дека „создадените ембриони кои се замрзнати со сопствено користење од страна на парот, не треба да се користат за оплодување по смртта на било кој од партнерите, независно од нивната волја.“<sup>732</sup> Во 1984 година во Велика Британија Комитетот за истражување во сферата на оплодувањето и ембриологијата, по двегодишно истражување, објави извештај во кој се вели дека постхумната репродукција не треба да се препорачува поради „длабоките психолошки проблеми што може да се јават кај мајката или кај детето.“ Во оние случаи кога мајката и покрај укажувањето на негативните последици ќе реши да роди дете со постхумна инсеминација, Комитетот препорачува тоа да нема право на наследување доколку не е зачнато во моментот на смртта на таткото. Согласно препораката на Комитетот, Законот за регулирање на вештачкото оплодување на Велика Британија, донесен во 1990 година, предвидува дека кога спермата се користи постхумно, донорот не треба да се смета за татко на детето.<sup>733</sup> Во некои европски земји, меѓу кои е и Република Македонија, правото на постхумно оплодување е временски ограничено. Така на пример во Шпанија жената може да биде оплодена само шест месеци по смртта на донорот на спермата, а во Белгија, како и во Македонија овој рок изнесува една година.<sup>734</sup>

Освен во Европа, унифицирани норми за правно регулирање на постхумната репродукција не постојат ниту во

---

<sup>732</sup> Knaplund K., *Postmortem Conception and Father's Last Will*, *Arizona Law Review*, Vol. 46, 2004.

<sup>733</sup> Knaplund K., *ibid.*

<sup>734</sup> Види Jones, W. J., Cohen, Cooke I., and Kempers R., (ed) *op. cit.*, стр. 27.

законодавствата на сојузните држави во САД. Според американското common law, слично како и во сите европски правни системи, постои законска претпоставка дека брачниот другар на мајката на детето е татко на детето доколку тоа се роди во текот на бракот или 300 дена по смртта на таткото (во случајот се работи за nasciturus, дете кое е зачнато во текот на животот на таткото, но е родено по неговата смрт). Ова дете и во Европа и во САД има право на наследување во однос на починатиот татко. Криопрезервацијата и можноста од оплодување по смртта на донорот се нови ситуации кои правото не ги предвидувало порано, и како резултат на нив детето што е родено со постхумна инсеминација не може да стане наследник во рамките на постојните правни норми, затоа што се раѓа по истекот на рокот од 300 дена од смртта на таткото (правото на наследување може да му се определи со екстензивно толкување на законот и намерата на законодавецот, како што видовме во случајот *Woodward v. Commissioner of Social Security* ).<sup>735</sup> Оттука постхумната инсеминација, а особено правото на детето да го наследи таткото, отвора пред законодавците нови дилеми кои треба да се решат доколку се сака да се постигне едно од основните начела во современото право, а тоа е дека децата не смее да се третираат различно, независно од условите на нивното раѓање и од односите помеѓу нивните родители.

Во САД, со Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA) беше направен обид да се дадат некои основни насоки во однос на наследните права на постхумно родените деца. Во овој документ, во одделот 4 (б) се

---

<sup>735</sup> Види Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1006.

предвидува дека лицата со чии репродуктивни клетки е зачнато детето по нивната смрт не се сметаат за родители на детето. Според тоа, постхумно зачатото дете нема право да се јави како наследник. Овој пристап го прифаќаат само две држави во САД. Во Северна Дакота се предвидува дека умреното лице не се смета за родител и детето не може да го наследи. Во Вирџинија има иста таква одредба, со тоа што се остава можноста детето да го наследи оставителот доколку тој дал писмена согласност за постхумната инсеминација. Со Uniform Parentage Act од 2000 година се предвидува дека ако брачниот другар умре пред зачнувањето на детето, тој не се смета за родител на детето освен доколку донорот на репродуктивните клетки се согласи да се смета за родител на детето што ќе се роди со постхумно оплодување по неговата смрт. Овој пропис е прифатен во Колорадо, Тексас, Јута и Вашингтон.<sup>736</sup>

Повеќе држави во САД не го регулираат постхумното оплодување, ниту можноста детето да се јави како наследник на својот генетски татко. Таква е ситуацијата во Конектикат, Илиноис, Канзас, Кентаки, Мисури, Масачусец, Мисисипи, Северна Каролина, Оклахома, Род Ајленд, Висконсин и Вермонт.<sup>737</sup>

Во Флорида законодавецот предвидел дека постхумно зачатото дете може да стане наследник само доколку донорот на спермата тоа го предвидел во својот тестамент. Тоа значи

---

<sup>736</sup> Види Knaplund K., op. cit., стр. 298.

<sup>737</sup> Види кај Horner, A., I Consented to What? Posthumous Children and the Consent to Parent After- Death, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 33, 2008, стр. 166.



дека во оваа сојузна држава детето нема законско право на наследување.<sup>738</sup> Некои автори го критикуваат ваквото законско решение и истакнуваат дека детето нема да се јави како наследник доколку таткото не составил тестамент (а голем број оставински постапки се расправаат според законските правила, поради тоа што не постои тестамент).<sup>739</sup> Во Калифорнија се предвидува широка заштита на правата на постхумно родените деца. Во оваа сојузна држава на САД се бара родителот да обезбеди јасни и недвосмислени докази дека починатиот донор сакал неговиот генетски материјал да се користи за зачнување на дете. Според Законот на Калифорнија изјавата на донорот мора да биде потпишана и во неа да е наведен и датумот на составувањето. Во Калифорнија детето може да наследи доколку се роди во рок од три години од смртта на донорот. За да може детето да наследи во Луизијана тоа мора да биде родено во рок од три години по смртта на донорот.<sup>740</sup>

Во секој случај и покрај разликите што постојат во оние држави во САД кои го регулираат постхумното оплодување и правото на детето да стане наследник на својот татко, постојат неколку основни карактеристики кои се среќаваат кај најголемиот број законодавства: 1. Потребно е донорот на генетскиот материјал да се согласил да се зачне дете по неговата смрт; 2. Потребно е да постои писмен доказ за неговата волја; 3. Постои временско ограничување во однос на можноста да се наследи донорот од страна на постхумно родените деца и 4. Најчесто се бара да постои брак помеѓу донорот и жената што треба да биде постхумно оплодена со неговата сперма.<sup>741</sup>

---

<sup>738</sup> Види Види Scharman, C., A., *op. cit.*, стр. 1011.

<sup>739</sup> Види Horner, *op. cit.*, стр. 174.

<sup>740</sup> *Ibid*, стр. 174.

<sup>741</sup> Види Lewis, B., C., *op. cit.*, стр. 147.



## IX. Правниот статус на ембрионот

Правниот статус на ембрионите, кои се резултат на фертилизацијата *in vitro* предизвикува сериозни дилеми кај законодавците, поради тоа што е поврзан со сложени морални, етички и правни прашања<sup>742</sup>. При регулирањето на правниот статус на ембрионите, основни се две прашања со кои се соочуваат современите законодавства. Првото е поврзано со дилемата дали да се дозволи експериментирањето со човековите ембриони, и под кои услови, а второто е поврзано со дилемата кој има право да решава за судбината на замрзнатите ембриони,<sup>743</sup> кои се создадени за оплодување на неплодните жени, но не се искористени, туку се чуваат во здравствените установи што се занимаваат со биомедицински потпомогнатото оплодување.

---

<sup>742</sup> Во оваа смисла, Chan и Quigley истакнуваат дека: “Како да се разрешат споровите околу замрзнатите ембриони е многу тешко прашање. Не само што овие случаи предизвикуваат комплексни емотивни и интуитивни одговори, туку и бројни морални, етички, психолошки и културни фактори” Chan, S., and Quigley, M., Frozen Embryos, Genetic Information and Reproductive Rights, *Bioethics*, Volume 21 Number 8, 2007, стр. 441. Според Dolgin, во САД има повеќе од 400000 замрзнати ембриони. Dolgin, J. L., Surrounding Embryos: Biology, Ideology, and Politics, *Health Matrix*, Vol. 16:27, 2006, стр. 27.

<sup>743</sup> Околу 10% од популацијата во САД кои се во репродуктивен период се неплодни, или отприлика 6,1 милион луѓе. Само еден од четири ембриони кои се имплантираат кај жените резултира со бременост, поради што “неизбежен резултат на *in vitro* фертилизацијата (IVF) е создавањето на екстра преембриони”. Види повеќе кај Yang, D. K., What’s Mine is Mine, but What’s Yours Should Also be Mine: An Analysis of State Statutes That Mandate the Implantation of Frozen Preembryos, , 10 *Journal of Law and Policy*, 587, 2002, стр. 591.

Експериментите со стем клетките што се добиваат од ембрионите се едно од подрачјата во медицината и биотехнологијата каде во последниве години е направен голем чекор напред, и се очекува во наредниот период тие да резултираат со големи резултати.<sup>744</sup> Истовремено, покрај огромните можности за пронаоѓање на лекови за голем број болести, експериментите со ембрионите се исклучително осетлива област, поради фактот што тие резултираат со уништувањето на ембрионот, кој, доколку се имплантира кај жена, има потенцијал да стане човечко суштество. Католичката црква има крајно негативен став кон експериментите со ембриони, поради тоа што смета дека животот настанува во моментот на зачнувањето и дека уништувањето на ембрионот е уништување на човечко суштество, што не смее да се дозволи.<sup>745</sup> Приврзаниците на оваа концепција, дека животот

---

<sup>744</sup> Според еден извештај на Европската Комисија „Истражувањето на јајце клетките е едно од областите кои ветуваат во биотехнологијата, кои нудат развој на нови развојни методи за да ги поправат или заменат ткивата или клетките кои се оштетени од повреди или болести како што се дијабетисот, Паркинсовата болест, хроничните срцеви болести како и нападите и спинални повреди.“ Commission Staff Working Paper, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Brussels, 3.4.2003, стр. 4. Човековите ембрионските матични клетки беа изолирани од страна на James Thompson во Универзитетот во Висконсин. Според Dolgin: “Ембрионските матични клетки се уникатни поради нивната способност да се развиваат во речиси секој вид на клетки во човековото тело (...) Најголемата корист што прозлезе од истражувањето на матичните клетки може да биде создавањето на цели органи за замена на оние кои се онеспособени поради болести, несреќи или старост.” Види повеќе кај Dolgin, *op. cit.*, стр. 39.

<sup>745</sup> Според Meyer blastocyst е човечко суштество. Во таа смисла, според него, ембрионот “содржи комплетен genome и се што е неопходно за да се развие во возрастна човечко суштество.” Види Meyer, J. R., Human embryonic stem cells and respect for life, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 26, No. 3, 2000, стр. 167. На 22 февруари 1987 година Римокатоличката Црква го објави *Donum Vitae*, инструкција за почитување на човечкиот живот, во која се истакнува дека „не

настанува во моментот на зачнувањето, сметаат дека ембрионот треба да ги има истите права и да ја ужива истата заштита како и човечкото суштество.<sup>746</sup> Сепак, најголемиот број автори, како и најзначајните етички комитети во светот, сметаат дека ембрионот не претставува човечко суштество и дека не може да ги ужива правата што ги има човечкото суштество.<sup>747</sup> Ваквиот став го застапува и Европскиот суд за човекови права, во случајот *Evans v. United Kingdom*.<sup>748</sup> Најголем број автори и етички комитети во светот го

---

може да се земе како критериум за етички постапки само техничката ефикасност, односно можната корист од истражувањето за некои, на штета на другите“ *Ibid*, стр. 168.

<sup>746</sup> Поддржувачите на мислењето дека не треба да се дозволат експерименти со ембриони сметаат дека „преембрионите треба да се сметаат за живи бидејќи се групација на живи клетки, кои формираат основни единици на човековиот живот“. Види Yang, *op. cit.* стр. 594. Според Yang, овој аргумент е екстреман, бидејќи ембрионите природно умираат секој ден, а ваквите појави (користењето на контрацептивни средства) според Yang, не претставуваат загуба на живот, туку загуба на генетските клетки. *Ibidem*, стр. 594.

<sup>747</sup> Според Robertson “додека малцинството верува дека новата личност постои во моментот на фертилизацијата, повеќето луѓе нема да се согласат дека раните фази на постфертилниот човеков живот, кој се состои од четири до осум недефинирани клетки се лица или ентитети со права“. Консензусот кој произлегува од Ethics Advisory Board, Warnock-овиот Комитет, American Fertility Society, како и многу други етички комисии низ светот кои ја проучуваа оваа материја е дека специјалниот респект кон ембрионите не бара нивно третирање како актуелни личности ...”, Robertson, J. A., *Resolving Disputes over Frozen Embryos*, *Hastings Center Report*, Vol. 19, No.6, November/December 1989, стр. 10.

<sup>748</sup> ECHR забележува дека: “Во отсуство на Европски консензус кон научната и правната дефиниција на почетокот на животот, прашањето кога правото на живот започнува се разгледува во рамките на определувањата и проценките на секоја држава, а според Англиското право ембрионите немаат независни права или интереси“. Повеќе за одлуката на ECHR види кај Naftali, O-B., Conor, I., *Evans v. United Kingdom*, *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1, (Jan. 2008).

застапуваат ставот дека смрзнатите ембриони треба да уживаат „специјален статус“ (special interim status) поради нивниот потенцијал да станат живи суштества. Во оваа смисла е ставот на францускиот Национален консултативен етички комитет (National Consultative Ethics Committee), кој го застапува мислењето дека ембрионите претставуваат „потенцијално човечко суштество“,<sup>749</sup> а Францускиот Уставен Совет во јули 1994 година истакнал дека „законодавецот го зазел становиштето дека принципот на почитување на секое човечко суштество од почетокот на животот не може да се применува на ембрионите.“<sup>750</sup> Сличен е ставот и на Врховниот суд на американската држава Тенеси во случајот *Davis v. Davis*, според која ембрионите не се ниту деца ниту сопственост, туку дека тие претставуваат една интермедијарна категорија „која им овозможува на ембрионите специјален респект поради нивниот потенцијал за човечки живот.“<sup>751</sup> Повеќе автори ја подржуваат оваа концепција, според која, ембрионот не е човечко суштество, но не е ниту ствар, туку се наоѓа помеѓу овие две категории, поради што заслужува посебен респект и заштита.<sup>752</sup>

---

<sup>749</sup> Види National Consultative Ethics Committee Opinion No. 1 May 22, 1984.

<sup>750</sup> See Brunet, L., & Desmoulin, S., Human Embryo, Animal Embryo, Chimeral Embryo: What Legal Status in French Law? *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 1, 2008, стр. 90.

<sup>751</sup> Види повеќе кај Dolgin, *op. cit.*, стр. 596.

<sup>752</sup> Според Kindregan и McBrien „одлуките кои ги сметаат ембрионите како интермедијарна категорија помеѓу сопственоста и личноста се исто така полезни. Ембрионите заслужуваат специјален респект поради нивниот потенцијал за целосно развивање во човечки живот. Но, ембрионите кои се чуваат не се субјекти во правото и не уживаат правна заштита според постојното право.“ Kindregan, C. P., McBrien, M., Embryo Donation: Unresolved Legal Issues in the Transfer of Surplus Cryopreserved Embryos, *Villanova Law Review* 169 (2004), стр. 69. Ова становиште е прифатено и од Lopez, кој вели

Во современите законодавства нема единствен став во однос на можноста да се дозволи експериментирање со човековите ембриони.<sup>753</sup> Повеќе европски земји, како што се Албанија, Австрија, Хрватска, Германија, Полска, Романија, Србија и Турција не дозволуваат експерименти со човекови ембриони.<sup>754</sup> Во Законот за БПО на Република Македонија се дозволува експерименти со човекови ембриони, под точно определени услови.<sup>755</sup> Во науката, како и во правната теорија и практика, е спорно и прашањето дали за експериментите со човековите ембриони да се користат само ембрионите што се веќе создадени, и кои парот нема намера да ги користи за оплодување на жената, или е дозволено да се создаваат ембриони само за научно-истражувачка работа. Оние што се залагаат да се дозволи можноста ембрионите да се создаваат само за истражување и експерименти, тргнуваат од

---

дека “со концептот на потенцијално родителство, доаѓа до третирање на ембрионите со специјален респект. Овој специјален респект по својот обем се движи од сопственички ориентиран третман кој ги ограничува сопственичките права, до персонален ориентиран третман кој го заштитува ембрионот и неговата способност за живот. Во овој спектрум на интерпретирање на специјалниот респект, социјалниот концепт на ембрионите и интересот на човековото достоинство повеќе го поддржуваат пристапот ориентиран кон личноста отколку оној ориентиран кон сопственоста.” Lopez, S.Q., *The Children of Science: Property, People, or Something In Between?* (March 8, 2006). Working Paper 1096. <http://law.bepress.com/expresso/eps/1096>.

<sup>753</sup> Во 2010, од 101 држави кои одговориле на прашањето „дали човековите ембриони можат да се користат за експерименти“, 42 одговориле афирмативно, а 59 негативно. Види повеќе кај Jones, H, W., *op. cit.*, стр. 112.

<sup>754</sup> *Ibidem*, стр. 114.

<sup>755</sup> Во член 37 од Законот за БПО се предвидува дека научно-истражувачка работа со ембриони е дозволена исклучиво со намена за подобрување на човечкиот живот, со согласност во писмена форма на брачните или вонбрачните другари од кои потекнува ембрионот, како и одобрение од Државната комисија, по претходно мислење од Етичкиот комитет.

претпоставката дека доколку се прифати експериментирањето со ембриони кои се вишок, треба да се прифати и создавањето на ембриони за истражување.<sup>756</sup> Во оваа смисла, Devolder, кој исто така се залага за прифаќање на создавањето и уништувањето на ембриони за истражување и експерименти вели дека “штом еднаш ќе го прифатиме создавањето и жртвувањето на ембрионите во корист на неплодните парови кои имаат желба за добивање дете, ние немаме оправдана причина да го осудиме создавањето и жртвувањето на ембрионите во корист на болните или повредените луѓе, на кои може да им се помогне со терапиите од матични клетки.”<sup>757</sup>

Сметаме дека не треба да се поистовети користењето за истражувачки цели на ембрионите што се вишок и што не се користат за оплодување на парот, и создавањето на ембриони со една и единствена цел, а тоа да се вршат експерименти со нив, при што тие ќе се уништат. Како што претходно наведовме, најголемиот број автори, како и етички комитети и судови сметаат дека ембрионот, и покрај тоа што не е човечко суштество и не ужива степен на заштита на човечко суштество, сепак не е ниту обична ствар.<sup>758</sup> Главната забелешка против

---

<sup>756</sup> Michael Sandel, кој е член на Претседателскиот Совет за Биоетика на САД вели: “Ако создавањето и жртвувањето на вишокот ембриони во третманот за неплодност е морално прифатливо, зошто не е создавањето и жртвувањето на ембриони за матични клетки исто така прифатливо? После се, двете практики се користат за вредни цели, и овозможуваат лечење на болести како Паркинсовата, Алцхамеровата, дијабетисот, а се исто така важни како овозможувањето на неплодните парови да имаат генетски поврзани деца.” Види FitzPatrick, W., Surplus Embryos, Nonreproductive Cloning, and the Intend/Foresee Distinction, *The Hastings Center Report*, Vol. 33, No.3 (May-June 2003), стр. 30.

<sup>757</sup> Devolder, K., Creating and sacrificing embryos for stem cells, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, No.6, 2005, стр. 369.

<sup>758</sup> Според FitzPatrick, “дури и ако ембрионот сеуште не е човечко суштество, тој во најмала рака ја претставува првата фаза од човековиот-организам-во-



создавањето на ембриони само за истражување е дека “преку овој акт ембрионот не е третиран со соодветен респект како што формата на човечкиот живот заслужува, бидејќи тој на крајот се користи како средство.”<sup>759</sup> Во медицинските установи во кои се врши биомедицински потпомогнато оплодување се создаваат повеќе ембриони, и се знае дека некои од нив нема да бидат искористени од парот, при што основна цел е да се зголемат шансите за остварување на успешна бременост, а не да се добијат вишок ембриони кои би се користеле за истражување и експерименти. Тоа значи дека во основа создавањето на ембриони тргнува од претпоставката дека секој ембрион може да биде потенцијално човечко суштество, а не да биде предмет на истражување и уништување. Тоа е суштиската разлика помеѓу користењето на вишокот на ембриони (*spare embryos*) и создавањето на ембриони со единствена цел да се користат за експерименти и истражување. Европската група на етички, научни и нови технологии (*European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*) објави мислење во однос на „Етичките аспекти на истражувањата и користењето на човековите клетки“ според кое „неприфатливо е да се создаваат ембриони со намена

---

создавање. Не му се признава достоинството на човечкиот живот доколку се третира таков ентитет со истиот опортунистички став со кој може да се насади и користи дрво за огрев.” *FitzPatrick, op. cit.*, стр. 31.

<sup>759</sup> *Devolder, op. cit.*, стр. 367. Според *European Society for Human Reproduction* „ембрионот пред да биде имплантиран е човек и го заслужува нашиот респект како симбол на идниот човечки живот.” *Ibidem*, стр. 367. За користењето на постојните ембриони за истражување се залага и *John Harris*, кој потенцира дека најважен принцип во одбрана на користењето на вишокот на ембриони за истражувачки цели е принципот на избегнување на штета според кој, кога другата работи се еднакви, подобро е да се има корист од нешто отколку да се дозволи тоа да биде уништено. Во однос на истражувањето на матичните клетки од ембриони, се истакнува аргументот дека вишокот од ембриони секако ќе бидат уништени бидејќи тие повеќе не се потребни во прокреацијата, и дека е подобро тие да се искористат за подобра цел, а тоа за истражување и терапии. *Ibidem*, стр. 367.

единствено за истражување.<sup>760</sup> Концептот дека за истражување треба да се користат само ембрионите кои не се употребуваат за раѓање на деца е прифатен и во Конвенцијата за заштита на човековите права и дигнитетот на човечкото суштество во однос на Примената на биологијата и медицината: Конвенција за човекови права и биомедицина на Советот на Европа од 1997 (Конвенција од Овиедо) која предвидува дека „создавањето на човечки ембриони со цел тие да се користат за истражување е забранета.“<sup>761</sup> Оваа Конвенција е ратификувана од страна на поголем број земји. Креацијата на човечки ембриони и набавката на матични клетки за истражувачки цели е забрането во Австрија, Данска, Финска, Франција, Германија, Ирска, Холандија, Португалија и Шпанија.<sup>762</sup> Република Македонија ја ратификуваше Конвенцијата на Советот на Европа од Овиедо, така што и во Македонија е забрането создавањето на ембриони само за експерименти или истражување.

Освен прашањето за експериментите со ембрионите, второто значајно прашање кое произлегува од можноста за криопрезервација на ембрионите е и тоа кој има право да решава за судбината на ембрионите. Ова прашање станува особено актуелно доколку се јави спор помеѓу мажот и жената што се донори на репродуктивните клетки околу судбината на

---

<sup>760</sup> Според ова мислење European Group on Ethics in Sciences and New Technologies истакнува дека: “создавањето на ембриони со единствена цел за истражувања отвора сериозни размислувања со оглед дека го претставува понатамошниот чекор кон инструментализација на човковиот живот” и се смета дека “создавањето на ембриони со донирани гамети со цел за создавање на матични клетки е етички неприфатливо, кога вишокот на ембриони претставуваат алтернативен извор” (Opinion No. 15 issued 14 November 2000).

<sup>761</sup> Член 18 став 2 од Овиедо Конвенцијата.

<sup>762</sup> Commission Staff Working Paper, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, *op. cit.*, стр. 42.

ембрионот. Ваквите спорови, за кои често се водат и судски постапки, најчесто настануваат во случај кога бракот или вонбрачната заедница ќе престанат да постојат, едниот партнер сака да ги искористи ембрионите за оплодување или за донирање на друг пар, а другиот се спротивставува на тоа, поради тоа што не сака да стане биолошки родител. Во овие ситуации судовите треба да решаваат за тоа дали правото да се стане родител, или да се донира ембрионот на друг пар за тој да може да добие дете, е посилно од правото да не се стане биолошки родител.

Еден од најпознатите судски случаи во кои се решавало за спор околу судбината на смрзнатите ембриони е случајот Дејвис против Дејвис (*Davis v. Davis*) во американската држава Тенеси. Брачниот пар Дејвис во текот на три години се обидувале да добијат дете преку ин витро фертилизација. Последниот обид резултирал со создавање на девет ембриони, од кои седум биле замрзнати во клиниката за лекување на неплодност во Ноксвил во Тенеси, а другите два имплантирани кај жената, но не резултирале со бременост. Во меѓувреме парот се разведува и жената во постапка пред првостепениот суд бара ембрионите да и бидат доверени на неа, со цел таа да започне нова постапка за оплодување. Првостепениот суд, врз основа на сведочењето на францускиот генетичар, доктор Жером Лежен, утврдил дека ембрионите претставуваат „човечки суштества *in vitro*“ и дека „најдобриот интерес на децата би се манифестираше преку доделувањето на привременото старателство на ембрионите на Мери Су Дејвис.“<sup>763</sup> Кога случајот стигнува до Врховниот суд на Тенеси,

---

<sup>763</sup> Види Dolgin, *op. cit.*, стр. 101.

двајцата поранешни брачни другари склучиле нов брак, а жената веќе не сакала да ги користи ембрионите за себе, туку сакала да ги донира на друг неплоден пар, на што мажот се спротивставувал и барал ембрионите да се уништат. Врховниот суд на Тенеси ја менува одлуката на првостепениот суд, според која ембрионите се човечки суштества, но и во пресудата истакнува дека тие не претставуваат ниту предмети за кои важат правилата за сопственост. Според Врховниот суд на Тенеси ембрионите се нешто помеѓу овие две категории, и имаат право на почит, но не поседуваат посебни права (тиа имаат право на почитување, не можат да поседуваат права самите). Судот исто така утврдил дека мажот има уставно право да не стане родител и дека тоа право е посилно од правото на жената која сакала да ги донира ембрионите на друг пар.<sup>764</sup> Судската одлука донесена во 1992 година од страна на Врховниот суд на Тенеси “е основа на секоја судска одлука која се однесува на прашањето за располагање со смрзнатите ембриони.”<sup>765</sup>

Американските судови често требало да носат одлуки за тоа дали судот да го спроведе преддоговорот на парот во однос на нивните ембриони, и дали интересот на едната страна да стане родител треба да има предност во однос на интересот на другата страна да не стане родител.<sup>766</sup> Во случајот

---

<sup>764</sup> За случајот *Davis v. Davis* види повеќе кај Jost, T. S., *Rights of Embryo and Foetus in Private Law*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 3 (Summer 2002) стр. 637. За овој случај види и кај Daar, J., *Panel on Disputes Concerning Frozen Embryos*, *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 8:285, 1999, стр. 285-288.

<sup>765</sup> Daar, *op. cit.*, стр. 286.

<sup>766</sup> Shapo, H. S., *Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One's Mind*, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 12:75, 2002, стр. 80.

Кас против Кас (Kass v. Kass), брачниот пар потпишал договор пред да почне постапката за биомедицински потпомогнато оплодување, според кој, во случај на развод, ембрионите треба да се дадат на клиниката за истражување. Подоцна парот се разведува, а жената почнува судска постапка во која бара замрзнатите ембриони да и бидат доделени на неа, со цел да почне нова процедура за имплантација на ембрионите. Првостепениот суд го уважува нејзиното барање, но апелациониот суд ја менува одлуката на првостепениот суд. Апелациониот Суд од Њујорк ја потврдува оваа одлука, со образложение дека треба да се почитува договорот на парот во врска со судбината на нивните замрзнати ембриони. Според тоа, исто како и во случајот Дејвис против Дејвис, и во овој случај Судот носи одлука според која не се дозволува започнување на постапка за имплантација на ембрионите и за раѓање на дете спротивно на волјата на едниот од донорите, кој не сака да стане биолошки татко на детето родено со примена на биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>767</sup> Оваа практика, во која судовите во САД дават предност на донорот кој не сака ембрионот да биде имплантиран и тој да стане родител е доминантна и во други судски случаи, кога судовите решаваат за судбината на ембрионите во случај на спор помеѓу донорите на репродуктивните клетки.<sup>768</sup>

---

<sup>767</sup> *Ibidem*, стр. 88. Според професорот Robertson “ризикот од неправичност во спроведувањето на договорите поврзани со ембрионите не може да ги избегне предностите од правната сигурност што им припаѓа на паровите и инвитро програмите за спроведување на овие договори”. *Ibidem*, стр. 88.

<sup>768</sup> Според Dickens и Cook “познато е дека судовите и законодавствата ги штитат донорите на гамети за ин витро фертилизација од нивното станување на родители спротивно на нивната волја, дозволувајќи им да ја отповикаат нивната согласност се до моментот на внесување на ембрионот.” Види

Оваа судска практика на судовите во САД е прифатена и во поголем број европски законодавства, а таков е случајот и во Законот за БПО на Република Македонија.<sup>769</sup> Тоа значи дека и во Македонија приоритет се дава на донорот на репродуктивните клетки од кои е сочинет ембрионот кој не сака да стане родител, и кој има право да ја повлече согласноста за имплантирање на ембрионот кај жената се додека ембрионот не е внесен во телото на жената. Ваква одредба е предвидена во повеќе европски законодавства, како на пример во Велика Британија.<sup>770</sup> Оваа законска одредба беше основа за случајот *Evans v. United Kingdom*, кога госпоѓата Еванс поднесе тужба до Европскиот суд за човекови права, откако судовите во Велика Британија донесоа одлука дека таа нема право да биде оплодена со смрзнатите ембриони спротивно на волјата на нејзиниот поранешен сопруг кој не сакаше да стане биолошки татко. Според мнозинското мислење на Европскиот суд, правото на жената да стане генетска мајка нема поголема тежина од правото на поранешниот маж да добие генетски поврзано дете со неа.<sup>771</sup> Сепак, се чини дека во некои ситуации, како во случајот Еванс, треба да се даде предност на жената да стане мајка, доколку таа нема друга можност да добие дете со кое ќе биде генетски поврзана.<sup>772</sup>

---

повеќе кај Dickens, B.M., Cook, R.J., *The legal status of in vitro embryos*, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 111, 2010, стр. 93.

<sup>769</sup> Според член 12 став 3 од Законот за БПО на Република Македонија жената и/или мажот можат да ја повлечат согласноста и да се откажат од постапката на БПО се додека сперматозоидите, јајце клетките или ембрионите не се внесени во телото на жената.

<sup>770</sup> Според *United Kingdom's Human Fertilization and Embryology Act* од 1990, страната чии гамети биле користени во создавањето на ембрионот може да ја повлече согласноста за чувањето и користењето на ембрионот.

<sup>771</sup> Ben-Naftali и Conon, *op. cit.*, стр. 130.

<sup>772</sup> Во оваа смисла е и издвоеното мислење на четири судии во случајот Еванс, кои го наведуваат фактот дека со судската одлука се спречува жената да добие дете со кое ќе биде генетски поврзана. Според ова издвоено

## **Х. Биомедицински потпомогнатото оплодување во Република Македонија**

Брзиот развој на науката и технологијата во последните неколку децении придонесе за подобрување на просперитетот и благосостојбата на поголемиот дел од човештвото, но исто така отвори и голем број на филозофски, морални, етички, религиозни и правни дилеми.<sup>773</sup> Во последните триесет години се случија револуционерни промени во биотехнологијата и репродуктивната медицина кои доведоа до рedefинирање на концептот на човековата репродукција. Вештачката инсеминација, ин витро фертилизацијата, сурогат мајчинството и други репродуктивни технологии им овозможуваат на неплодните парови да станат родители.<sup>774</sup> Според Шенер, брзиот развој на репродуктивната медицина овозможува

---

мислење поради “исклучителниот емотивни и физички товар . . . предизвикан од нејзината состојба” правото на жената да и бидат доделени ембрионите и таа да има можност да стане генетска мајка на детето треба да има предност во однос на правото на нејзиниот поранешен сопруг да не стане биолошки татко на нејзините деца. *Ibidem*, стр. 131.

<sup>773</sup> Повеќе за ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов et al. *Актуелните биоетички предизвици во Македонија*, Арс Ламина, Скопје, 2013, стр. 101-153.

<sup>774</sup> Според Waldman: “Посвојувањето во минатото претставуваше единствен начин да основаат семејство лицата кои биолошки не беа способни или социјално беа непожелни за да зачат дете. Денес, инсеминацијата од страна на донор, донирањето на јајце клетки, како и сурогат мајчинството овозможуваат алтернативни патишта до семејниот живот, создавајќи биолошки врски кои посвојувањето ги бајпасираше. Поради овие причини бројот на семејства настанати со биомедицински потпомогнато оплодување расте.” Види Waldman, E., *What Do We Tell the Children? Capital University Law Review* 35: 517 (2006), стр. 517.

биомедицински потпомогнатото оплодување да стане „рутинска процедура на обезбедување на помош на неплодните парови во Европските држави.“<sup>775</sup> Правното уредување на комплексните и сложени прашања поврзани со примената на новите репродуктивни технологии придонесе за бројни, често и многу жестоки дебати во академските и научните заедници, во парламентите, како и во пошироката јавност во Европските држави.<sup>776</sup> Објаснувајќи ги комплексните прашања поврзани со имплементацијата на новите репродуктивни технологии Лин посочува дека „со развојот на репродуктивните технологии, како што е ин витро фертилизацијата, човековата инвентивност ја отвори Пандорината кутија на биоетичките и правните прашања.“<sup>777</sup> Во оваа смисла, Маклин истакнува дека „од аспект на контролата на раѓање, вештачката репродукција од нејзините поборници се брани со аргументите за животот и љубовта, додека од нејзините противници таа се осудува како неприродна појава.“<sup>778</sup>

Бројните дилеми на кои треба да најдат одговор законодавците се поврзани со прашањата за анонимноста на донорите на репродуктивниот материјал, заштитата на правата

---

<sup>775</sup> Schenner, J. G., *Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects*, *Human Reproduction Update*, Vol. 3, No. 2, 1997.

<sup>776</sup> Baladhur истакнува дека: „Процесот на земање и користење на репродуктивни клетки е неизбежно емоционален.“ Види повеќе: Baladhur, G., *Death and Conception*, *Human Reproduction*, Vol. 17, No. 10, 2002, стр. 2769.

<sup>777</sup> Види кај Lin, O., *Rehabilitating Bioethics: Recontextualizing in vitro Fertilization Outside Contractual Autonomy*, *Duke Law Journal*, Vol. 54, No. 2 (Nov., 2004) стр. 510.

<sup>778</sup> Види повеќе кај: Macklin, R., *Artificial Means of Reproduction and Our Understanding of the Family Source*: *The Hastings Center Report*, Vol. 21, No. 1 (Jan. - Feb., 1991), стр. 5.



на лицата-корисници на биомедицински потпомогнатото оплодување, регулирањето на правниот статус на децата родени со примена на новите репродуктивни технологии, заштитата на родителските права, регулирањето на конфликтите што произлегуваат од правото на детето да ги знае своите биолошки родители и правото на анонимност на донорот, регулирање на можноста за спроведување на научни експерименти со човечки ембриони, потребата од превенција против комерцијализацијата на репродуктивниот процес и др. Сите овие прашања се предмет на уредување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување<sup>779</sup> на Република Македонија од 2008 година кој претставува прв акт со кој на систематски начин, во еден законски текст, се регулираат комплексните прашања поврзани со новите репродуктивни технологии. Во минатото, овие прашања не беа уредени, што доведуваше до сериозни проблеми во практиката. Законот претрпе позначајни промени со измените од 2014 година кога, по повеќемесечни дебати и расправи, беше дозволено опчодувањето со внесување ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена – гестациски носител, уште познато како гестациско сурогат мајчинство.<sup>780</sup>

Законот за биомедицински потпомогнато оплодување (во понатамошниот текст: Закон за БПО) го регулира правото на биомедицинско потпомогнато оплодување, условите за остварување на ова право, безбедноста на донирањето, обезбедувањето, тестирањето, обработката, чувањето,

---

<sup>779</sup> „Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/2008, 164/2013 и 149/2014.

<sup>780</sup> Повеќе види чл. 6а-6б ЗБПО.

дистрибуцијата и примената на клетките при вршењето на биомедицинско потпомогнато оплодување, правата и обврските на пациентот, здравствените работници и здравствените установи, условите за спроведување на биомедицинско потпомогнато оплодување, како и вршењето на надзорот (чл. 1). При примената на биомедицинското потпомогнато оплодување, основно начело од кое тргнува Законот за БПО е почитувањето на човековите права и здравствените стандарди. Во таа смисла, законот предвидува дека спроведувањето на постапката за биомедицинско потпомогнато оплодување се врши на начин кој обезбедува заштита на човековите права, достоинството и приватноста на лицата врз кои се врши медицинската постапка и на донаторите на полови клетки и ембриони (чл. 2 ст. 1). Основната цел поради која се врши БПО е да се постигне оплодување согласно научно техничкиот напредок, медицинската наука и искуства, со посебен акцент на почитување на човековите права (чл. 2 ст. 2).

Македонскиот законодавец, исто како и другите законодавства од споредбеното право, изречно ги предвидува причините поради кои се спроведува БПО. Во таа смисла, постапката за БПО се спроведува: 1) ако претходното лекување е неуспешно или лекувањето со други методи е безизгледно и 2) во случај кога тешка наследна болест може да се пренесе на порододот.

## 1. Постапка за БПО

Биомедицински потпомогнатото оплодување (БПО) претставува посебен вид на медицинска постапка со која се овозможува спојување на женски и машки полови клетки со цел за постигнување бременост на начин поинаков од половиот однос. Постапката за БПО во македонското право може да се спроведе само доколку бидат исполнети причините утврдени со Законот, односно доколку претходното лекување не било успешно или лекувањето со други методи е безизгледно и доколку постои опасност да се пренесе некое тешко наследно заболување.

При спроведувањето на постапката за БПО законодавецот дава предност на користењето на сопствените репродуктивни клетки или ембриони (*автологно оплодување - репродукција*) (чл. 6). Со други зборови, автологното оплодување подразбира користење на сопствени полови клетки, односно ембриони на брачните и вонбрачните двојки кои учествуваат во постапката за БПО. Доколку во постапката на БПО не е можно користење на сопствени полови клетки на брачните и вонбрачните двојки, односно ако тие не се користат поради спречување на пренесување на тешка наследна болест на детето, можат да се користат донирани сперматозоиди, јајце клетки или ембриони од други лица (*алогенеичко оплодување*) (чл. 7 ст. 1). Алогенеичкото оплодување подразбира користење на донорани машки и женски полови клетки и ембриони во постапката за БПО. По исклучок, во постапката на БПО можат да се користат оние ембриони кои настанале со намера на прокреација на

брачните или вонбрачните двојки кај кои не е возможно оплодување со постапката на БПО, ако согласно со Законот за БПО веќе донирале ембриони.

Според Законот за БПО, *автологно* и *алогенеичко* оплодување може да се спроведе преку медицинска постапка на внатретелесно и на вонтелесно оплодување (чл. 8). *Внатретелесното оплодување* може да се спроведе преку: 1) внесување сперматозоиди во половите органи на жената и 2) внесување јајце клетки или јајце клетки заедно со сперматозоиди во половите органи на жената. *Вонтелесно оплодување* се спроведува преку: 1) спојување јајце клетки и сперматозоиди надвор од телото на жената и внесување во половите органи на жената и 2) внесување ембриони во половите органи на жената. Покрај ова, постапката на БПО ги опфаќа и постапките на земање, тестирање, процесуирање, чување и дистрибуција на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите согласно со одредбите на овој закон (чл. 8 ст. 2).

Со измените во 2014 година во ЗБПО беше уредено *оплодувањето со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена – гестациски носител*. И овој вид на биомедицински потпомогнато оплодување се спроведува најпрвин автологно, а доколку тоа не можно тогаш се спроведува алогенеичко оплодување. Во таа смисла, кога не е можно користење на сопствени полови клетки на жената и/или сопствени полови клетки на мажот од брачната двојка, може да се спроведе постапка на БПО со гестациски носител:

1) со користење на донирана јајце клетка преку внесување на ембрион добиен со спојување на сперматозоид на мажот од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и донирана јајце клетка,

2) со користење на дониран сперматозоид преку внесување на ембрион добиен со спојување на јајце клетка на жената од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и дониран сперматозоид и

3) со користење на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид преку внесување на ембрион добиен со спојување на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид.

Законодавецот во овој вид на биомедицински потпомогнато оплодување – со гестациски носител, изречно предвидува дека е забрането користење на јајце клетка од жената – гестациски носител (чл. 6а ст. 4).

## **2. Корисници на биомедицински потпомогнато оплодување**

Македонскиот закон за БПО предвидува дека како корисници на биомедицински потпомогнато оплодување може да се јават полнолетни и деловно способни мажи и жени, кои се способни за вршење на родителското право и кои се во брак или живеат во вонбрачна заедница, како и сами жени, доколку претходното лекување не било успешно (чл. 9). Поаѓајќи од законското определување на лицата кои можат да се јават како корисници на правото на биомедицински потпомогнато оплодување во теоријата и во практиката се јавуваат два проблеми.

Првиот се однесува на вонбрачните партнери како корисници на постапката за БПО. За разлика од брачните партнери, во случај кога како корисници на БПО ќе се јават

вонбрачните партнери во практика се јавуваат проблеми. Согласно Законот за семејството на Република Македонија, за вонбрачна заедница се смета заедницата на маж и жена која што траела подолго од една година поради што се изедначува со брачната заедница во однос на правото на меѓусебна издршка и поделбата на имотот што е стекнат во таа заедница (чл. 13). Со оглед дека во македонското семејно законодавство е прифатен концептот на „нерегистрирана“ вонбрачна заедница, во судската практика се појавува проблемот на докажувањето на постоењето и на времетраењето на вонбрачната заедница. Во повеќето европски земји, постоењето на заедницата се докажува со изјава на двајцата партнери (која најчесто се дава кај нотар), што во Македонија не е случај, така што медицинските установи што спроведуваат биомедицински потпомогнато оплодување немаат начин да проверат дали навистина постои вонбрачна заедница помеѓу мажот и жената што бараат да се спроведе биомедицински потпомогнато оплодување.

Вториот проблем е позначаен, поради тоа што македонскиот Закон за БПО и дозволува на сама жена, која не е во брак и нема вонбрачен партнер, да може да се јави како корисник на постапката за биомедицински потпомогнато оплодување. Како последица на ваквото решение детето што ќе се роди нема да има познат татко, поради тоа што одредбите на Законот за семејството на Република Македонија за утврдување на татковството не се однесуваат на биомедицински потпомогнатото оплодување, каде донорот е анонимен. Ова решение, што во крајна линија резултира со тоа што детето зачнато со биомедицински потпомогнато оплодување нема да има татко, е во спротивност со

најзначајниот меѓународен документ со кој се регулираат и заштитуваат правата на децата, а тоа е Конвенцијата на ОН за правата на детето, што е ратификувана и од страна на Република Македонија.<sup>781</sup>

Во европските земји постојат различни решенија во однос на можноста сама жена, која не е во брак или во вонбрачна заедница, да може да се јави како корисник на постапката за биомедицински потпомогнато оплодување. Во некои законодавства, како на пример во британското, белгиското, шпанското и бугарското се предвидува можноста сама жена да биде корисник на постапката за БПО. Од друга страна, бројни законодавства предвидуваат дека само парови може да се јават како корисници на постапката за БПО. Така на пример, во францускиот закон од 1994 година се предвидува дека детето кое се раѓа со примена на биомедицински потпомогнато оплодување има право да живее во семејство составено од двајца родители.<sup>782</sup> Во Словенија прашањето дали да се дозволи сама жена да биде вештачки оплодена предизвика голема дебата во јавноста, поради што беше организиран и референдум на кој повеќе од 80% од гласачите се изјаснија за решението според кое само паровите може да се јават како корисници на постапката за биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>783</sup> И во земји каде што е

---

<sup>781</sup> Во член 5 од Конвенцијата на ОН за правата на детето се предвидува дека државите мора да ги почитуваат правата, обврските и одговорностите на родителите, а во член 11 се предвидува дека и двајцата родители имаат заедничка одговорност за воспитувањето и подигнувањето на детето.

<sup>782</sup> Види повеќе во *Les lois de bioéthique: cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999, La Documentation française, Paris, 1999.*

<sup>783</sup> Види повеќе за ова прашање кај Gordon, K., van Houten, N., IFFS Surveillance 07, *Fertility & Sterility*, vol. 87, No. 4, Supp. 1, April 2007, стр. 17-18.

предвидена можноста сама жена да биде корисник на постапката за биомедицински потпомогнато оплодување, како што е Велика Британија, постои силен отпор кај лекарите да ја применуваат оваа постапка кај сами жени. Во едно истражување спроведено во оваа држава, 65% од лекарите кои се занимаваат со биомедицински потпомогнато оплодување изјавиле дека „во никој случај не би оплодиле вештачки жена која нема партнер.“<sup>784</sup>

Во Република Србија, со Законот за лекување на неплодност со постапка на биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека во принцип, само паровите имаат право на лекување со помош на биомедицински потпомогнато оплодување,<sup>785</sup> а правото на сама жена да ја користи оваа постапка за лекување на неплодноста се предвидува само како исклучок, во посебни ситуации што ги регулира законот.<sup>786</sup> Поради ова решение сè поголем број жени од Србија одат во други држави, меѓу кои и Македонија, каде имаат право самите да се јават како корисници на

---

<sup>784</sup> За ставот на лекарите во Велика Британија во однос на биомедицински потпомогнатото оплодување види повеќе кај Storrow, R. F., *The Bioethics of Prospective Parenthood: in Pursuit of the Proper Standard for Gatekeeping in infertility Clinics*, *Cardozo Law Review*, Vol. 28, No. 5, 2007.

<sup>785</sup> Член 26 од српскиот Закон за лекување на неплодноста со постапки на биомедицински потпомогнато оплодување.

<sup>786</sup> Според член 26 ст. 3 од Законот за лекување на неплодноста со постапки на биомедицински потпомогнато оплодување на Република Србија се предвидува дека право на лекување со постапки на БМПО има и полнолетна деловно способна жена која живее сама и ги исполнува условите од став 1 на овој член, со согласност на министерот надлежен за работите од здравството и министерот надлежен за семејните односи, ако за тоа постојат посебно оправдани причини. Од ова законско решение, според кое двајца министри треба да дадат одобрение за спроведување на постапка за БПО, сосема јасно се гледа дека правото сама жена во Србија да се јави како корисник на постапката за БПО е предвидено само како исклучок.



постапката за биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>787</sup> Освен тоа, жените од Србија доаѓаат во македонските медицински установи за спроведување на постапка за БПО и поради тоа што српскиот закон, за разлика од Законот за БПО на Република Македонија, предвидува забрана постарите жени да користат постапка за биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>788</sup> Според хрватскиот закон, право на медицинско оплодување под условите предвидени со законот имаат полнолетни и деловно способни жена и маж кои се во брак и кои со оглед на годините на возраст и општата здравствена состојба се способни за родителска грижа за детето.<sup>789</sup> Притоа, законодавецот предвидува дека жената мора да биде во старосна возраст подобна за раѓање.<sup>790</sup> Освен брачните другари, во хрватското право како корисници на медицинското оплодување можат да бидат и вонбрачните другари.<sup>791</sup> Со измените на Законот за медицински помогнато

---

<sup>787</sup> Податоците од македонските медицински установи кои имаат лиценца за спроведување на постапка за биомедицински потпомогнато оплодување покажуваат дека во последниве години сè поголем е бројот на жени од Србија што доаѓаат во Македонија за спроведување на постапка за биомедицински потпомогнато оплодување.

<sup>788</sup> Во член 26 став 4 од Законот за лекување на неплодност со постапки на биомедицинско потпомогнато оплодување на Србија се предвидува дека е забрането во постапка за БМПО да се вклучи жена која според годините на живот и општата здравствена состојба не е способна да раѓа, односно која е во старосна возраст која не е соодветна за раѓање.

<sup>789</sup> Чл. 10 ст. 1 од Закон o medicinskoj oplodnji.

<sup>790</sup> *Ibidem.*

<sup>791</sup> Во хрватскиот Закон за медицинско оплодување се предвидува дека одредбите кои се однесуваат на брачните другари и на бракот склучен според прописите за семејните односи се применуваат на еднаков начин и на вонбрачната заедница, која во смисла на овој Закон е животна заедница на немажена жена и неженет маж, под услов немажената жена и неженетиот маж да не живеат во друга вонбрачна заедница во смисла на

оплодување од 2012 година и во Хрватска, како и во Македонија, се дозволува и сама жена да може да се јави како корисник на биомедицинско потпомогнато оплодување<sup>792</sup>, што предизвика жестока расправа во хрватскиот Сабор и во хрватската јавност, како и негативна реакција на Ватикан.

Прашањето дали сама жена треба да има можност за биомедицински потпомогнато оплодување доведува до сериозни дебати во европските земји, при што во основа се спротивставуваат два аргументи: правото на детето да биде чувано и одгледувано од двајцата родители од една, и репродуктивната слобода на жената, од друга страна.<sup>793</sup> Ставот според кој треба да се дозволи само на паровите (брачни или вонбрачни) кои не можат да имаат деца да бидат корисници на биомедицински потпомогнатото оплодување тргнува од фактот дека децата кои живеат со двајцата родители имаат далеку подобри услови за правилен развој од децата кои живеат само со едниот родител.<sup>794</sup>

---

овој Закон, прописите за семејните односи или други прописи кои ја одредуваат вонбрачната заедница или вонбрачниот другар. За разлика од Македонија, каде за вонбрачната заедница не се бара никаков доказ за постоење на вонбрачната заедница, во хрватското право, заради остварување на правата на медицинско оплодување вонбрачната заедница се докажува со заверена изјава кај нотар на образец кој со правилник го пропишува министерот надлежен за здравство.

<sup>792</sup> Чл. 10 ст. 3 од *Zakon o medicinskoj oplodnji*.

<sup>793</sup> Според член 18 став 1 од Конвенцијата на ОН за правата на детето се предвидува дека „државите ќе ги вложат сите напори да се обезбеди принципот и двајцата родители да имаат заедничка одговорност за подигнувањето и развојот на детето“. Во оваа смисла Ковачек – Станиќ наведува дека биомедицински потпомогнатото оплодување треба да биде резервирано само за брачните и вонбрачните парови, со што би се заштитил интересот на детето да има двајца родители. Види повеќе кај Kovaček-Stanić, G., *Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinski pomoć*, Novi Sad, 2008, стр. 17. Види за ова прашање повеќе и кај Storrow, R.F., *op. cit.*, стр. 176.

<sup>794</sup> За ова види повеќе кај Schenner J. G., *op. cit.*, стр. 176.

Од друга страна Конвенцијата на ОН за елиминација на сите форми на дискриминација против жените предвидува дека секоја жена има право слободно да одлучи за раѓање на дете и за бројот на децата што ќе ги роди.<sup>795</sup> Се работи за репродуктивното право на жената, што влегува во корпусот на основните човекови права и слободи. Освен тоа, во последниве неколку години постои тренд во сè поголем број земји да се дозволува можноста сама жена да биде корисник на постапката за БПО. Во 2010 година, следниве европски земји дозволуваа можност сама жена да биде корисник на постапката за БПО: Белгија, Бугарија, Данска, Естонија, Финска, Грција, Унгарија, Исланд, Црна Гора, Русија, Шпанија, Велика Британија, Белорусија, Србија, Украина и Република Македонија.<sup>796</sup> Од ова се гледа дека во голем број европски земји се дозволува оваа можност, а се очекува овој тренд да продолжи и во иднина и правото сама жена да биде оплодена да биде предвидено и во другите европски земји (како што е тоа случај со хрватскиот Закон за медицинско оплодување од 2012 година). Во оваа смисла е и ставот на Етичкиот комитет на американското здружение за репродуктивна медицина (*American Society for reproductive Medicine*), според кој: „Врз основа на достапните податоци ние не сметаме дека некој може разумно да тврди дека лицата кои не се во брак. . . . предизвикуваат штета на нивните деца со репродукција надвор од хетеросексуалната брачна врска“. Поради ова, Етичкиот комитет на американското здружение за

---

<sup>795</sup> Член 16 е од Конвенцијата на ОН за елиминација на сите форми на дискриминација против жените.

<sup>796</sup> Види повеќе кај Howard W. Jones & all, *International Society of Fertilities Sciences, IFFS Surveillance 2010*, стр. 22-23.

репродуктивна медицина смета дека кога се работи за програмите за биомедицински потпомогнато оплодување, постои етичка обврска лицата кои не се во брак или во вонбрачна заедница да се третираат еднакво со лицата кои се во брак.<sup>797</sup> На ова треба да се додаде и дека не е исклучено жената која е оплодена со постапка на БПО да стапи во врска или во брак по раѓањето на детето, така што детето ќе има „социјален“ татко кој ќе се грижи за него и за неговото воспитување и образование. Покрај ова, секогаш кога се поставува прашањето дали да и се дозволи на жена која не е мажена ниту живее во вонбрачна заедница самата да биде корисник на биомедицински потпомогнато оплодување, треба да се имаат во предвид трансформациите кои се случуваат во бракот и семејниот живот во сите Европски држави во последниве децении.

Речиси во сите земји во сферата на семејниот живот се појавуваат исти или слични трансформации: бројот на склучени бракови се намалува, бројот на разведени бракови драматично се зголемува, бројот на еднородителски и рекомпонирани семејства се зголемува, се зголемува бројот на вонбрачни заедници и на деца родени надвор од брак, расте и бројот на истополови заедници, а бројот на новородени деца драматично опаѓа. Статистички, моделот на семејство составено од брачен пар (татко и мајка) и нивните деца постојано опаѓа и повеќе не претставува единствен правно

---

<sup>797</sup> Види повеќе во „Acces to fertility by gays, lesbians and unmarried persons“ The Ethics Commimtee of the American Society for Reproductive Medicine, *Fertility and Sterility*, Vol. 92, No. 4, October 2009.

признат модел на засновање на семејство.<sup>798</sup> Плурализмот на различните форми – модели на семејство повеќе не претставува само општествена реалност, туку постепено станува правно прифатен концепт во законското регулирање на семејството.<sup>799</sup>

Сево ова укажува дека во Република Македонија е потребно со големо внимание да се пристапи кон прашањето дали да се забрани или ограничи правото на сами жени да се јават како корисници на постапките за БПО. Треба да се истакне дека се работи веќе за „стекнато право“, со оглед на фактот што жените го користат тоа право во Македонија повеќе од три години. Доколку се забрани сама жена да биде корисник на биомедицински потпомогнато оплодување, тоа ќе претставува ограничување во однос на репродуктивните права на жената. Освен тоа, треба да се имаат предвид и практичните моменти. Да претпоставиме дека во Македонија ќе се промени Законот за БПО и ќе се забрани правото на сами жени да бидат корисници на БПО. Каков ќе биде ефектот од таа

---

<sup>798</sup> Според Langdridge и Blyth: “Традиционалните модерни забелешки за семејството се базираат на погрешната дихотомија помеѓу тоа што е и што не е семејство. Ваквата исклучителна практика стана непотребна во постмодерниот свет. Она што станува „суштествено“ е нагласувањето на локализираното знаење, прифаќањето на разликите и различностите и прифаќањето на комплексноста и двосмисленоста на човековото однесување. Семејството се претвора семејства, а семејствата стануваат повеќе инклузивни отколку исклучувачки.” Langdridge, D., Blyth, E., Regulation of assisted conception services in Europe: Implications of the new reproductive technologies for ‘the family’ *Journal of Social Welfare and Family Law* 23(1) 2001, стр. 59.

<sup>799</sup> Види повеќе кај: Мицковиќ, Д., *Семејството во Европа, XVI - XXI век, Блесок, Скопје, 2008, стр. 174-194.* Види исто и кај Спиновиќ Трпеновска, Љ., Мицковиќ, Д., Ристов, А., *Наследувањето во Европа, Блесок, Скопје, 2011, стр. 66 - 77.*

забрана? Може со голема сигурност да се очекува дека жените од Македонија ќе одат во другите земји во регионот и пошироко, така што ќе се соочиме со познатиот феномен на „репродуктивен туризам“, кога неплодните парови или поединци од една земја одат во странство за спроведување на постапка за БПО поради законските ограничувања во своите земји. Крајниот ефект од ваквата законска измена ќе се состои во одлив на средства од Македонија во други земји, кои имаат полиберални закони за биомедицински потпомогнато оплодување. Она што би требало да се направи во Македонија е да се постави возрасна граница (базирана на медицински и научни сознанија) до која жените може да се јават како корисници на постапката за БПО. Во оваа смисла, интересно е решението предвидено во Србија, според кое „забрането е во постапка за БПО да се вклучи жена која според годините на животот или општата здравствена состојба не е способна да раѓа, односно која е во старосна возраст која не е примерена за раѓање.“<sup>800</sup>

За да биде спроведена постапката за БПО, законодавецот предвидува задолжително советување. Во таа смисла брачните или вонбрачните двојки имаат право од страна на овластен доктор да бидат известени за сите можности на лекување, како и за другите начини на остварување на родителството преку посвојување, особено во случај на истовремена неплодност кај мажот и жената поради која немаат изглед да добијат сопствено потомство. (чл. 10 ст. 1 од Законот за БПО). Притоа, пред спроведување на постапката

---

<sup>800</sup> Види член 26 став 4 од Законот за лечење на неплодност со постапка на биомедицински потпомогнато оплодување на Република Србија, „Службен гласник на Република Србија“, бр. 72/2009.

на БПО овластен доктор во здравствената установа е должен на брачната или вонбрачната двојка или на жената да им ја објасни постапката, успешноста на постапката, како и можните последици и ризици што можат да се случат при и по завршување на која било процедура во текот на постапката за БПО (чл. 10 ст. 2).

Во случај кога се спроведува медицинска постапка за алогенеичко БПО, освен советувањето од страна на овластен доктор, Законот предвидува и задолжително правно и психолошко советување. Така, пред спроведување на постапката на алогенеичко БПО, во која се користат донирани полови клетки или ембриони, за брачните или вонбрачните двојки или жената, задолжително е претходно правно и психолошко советување (чл. 11). Во таа насока психологот е должен лицата кои се јавуваат како корисници на БПО, да ги запознае со можните психички реакции од постапката на алогенеичко БПО. Правникот е должен овие лица да ги запознае со правното значење и последиците од согласноста за планираната постапка на алогенеичко БПО, како и со родителските права кои произлегуваат од медицинската постапка. За извршениот и дадениот совет психологот и правникот се должни да издадат писмена потврда. Согласно Законот, здравствената установа во која се спроведува БПО е должна да обезбеди правно и психолошко советување, а ако тоа не е можно, таа е должна корисниците на БПО да ги упати во друга здравствена установа во која се спроведува соодветно советување (чл. 11 ст. 3).

Откако заинтересираните лица, претходно ќе бидат известени за постапката и се советувани за последиците од неа, за одредената медицинска постапка потребно е да дадат

изјава за согласност во писмена форма (чл. 12). По исполнувањето на овие законски услови, постапката на БПО се спроведува по барање на брачната или вонбрачната двојка или само жената. Согласно Законот, согласност се дава за секоја постапка на БПО посебно, земајќи ги предвид видот на постапката и потеклото на половите клетки. Притоа, дадената согласност за примена на тие постапки има правно значење како изјава за признавање на татковство, односно мајчинство по раѓањето на детето. Жената и/или мажот можат да ја повлечат согласноста и да се откажат од постапката на БПО се додека сперматозоидите, јајце клетките или ембрионите не се внесени во телото на жената (чл 12 ст. 3). Исто како и изјавата за согласност за постапка на БПО и изјава за повлекување на оваа согласност жената и/или мажот мора да ја даваат во писмена форма. Пред внесувањето на сперматозоидите, јајце клетките или ембрионите во телото на жената докторот кој ја спроведува постапката за БПО е должен да провери дали согласноста е повлечена (чл. 12 ст. 5).

За разлика од вештачката инсеминација и ин витро фертилизацијата во кои корисници можат да бидат брачните партнери и вонбрачните партнери, како и сама жена во случај на вештачка инсеминација и постхумна репродукција, законодавецот сурогат мајчинството го ограничил само и исклучиво во корист на брачните партнери.



### 3. Советување за постапката на БПО

Еден од клучните предуслови за отпочнување на постапката за БПО е спроведување на медицинско, правно и психолошко советување. Во таа смисла, брачните или вонбрачните двојки имаат право да бидат известени за сите можности на лекување, како и за другите начини на остварување на родителството преку посвојување. Ова особено се однесува во случај на истовремена неплодност кај мажот и жената поради која немаат изглед да добијат сопствено потомство. Така, пред спроведување на постапката на БПО овластен доктор во здравствената установа е должен на брачната или вонбрачната двојка или жената да им ја објасни постапката, успешноста на постапката, како и можните последици и ризици што можат да се случат при и по завршување на која било процедура во текот на постапката за БПО. Освен ова, во случај кога се спроведува постапката на алогенеичко БПО во која се користат донирани полови клетки или ембриони, законодавецот предвидува и задолжително правно и психолошко советување пред отпочнување на постапката за брачните или вонбрачните двојки или за сама жена. Притоа, психологот е должен овие лица да ги запознае со можните психички реакции од постапката на алогенеичко БПО. По извршеното советување психологот е должен да издаде писмена потврда. Правникот пак е должен овие лица да ги запознае со правното значење и последиците од согласноста за планираната постапка на алогенеичко БПО. Освен ова, тоа правникот треба да ги запознае и со родителските права кои произлегуваат од медицинската постапка. На крајот од

советувањето, правникот е должен да издаде писмена потврда. Секоја здравствена установа во која се спроведува БПО е должна да обезбеди правно и психолошко советување, а ако тоа не е можно тогаш на потенцијалните корисници на БПО треба да ги упати во друга здравствена установа во која се спроведува соодветно советување.

Со оглед на комплексноста на последиците поврзани со сурогат мајчинството, законодавецот предвидува посебни специфичности во поглед на психолошкото советување на брачната двојка и гестацискиот носител пред отпочнувањето на постапката. Во таа насока, законот предвидува обврска пред спроведување на постапката на внесување на ембрионот во матката на жената гестациски носител, за задолжително заедничко психолошко советување на брачната двојка која бара оплодување со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки во матката на жена-гестациски носител (во натамошниот текст: брачна двојка) и на потенцијалниот гестациски носител во времетраење од три месеци, во рамки на кој период ќе се одржуваат најмалку две средби месечно. Покрај ова, со оглед дека најголемиот товар во вој вид на БПО го сноси потенцијалниот гестациски носител, тој има обврска да посетува психолошко советување и по внесување на ембрионот во матката на жената гестациски носител. Освен во текот на целата бременост гестацискиот носител е должен да посетува психолошко советување и шест месеци по раѓањето на детето, во кој период ќе се одржува најмалку една средба месечно. Доколку жената-гестациски носител (сурогат мајката) е во брак или живее во вонбрачна заедница подолго од една година, задолжително е претходно психолошко советување и на лицето со кое живее во брачна,

односно вонбрачна заедница. Комисијата за психолошко советување е должна брачната двојка и гестацискиот носител, како и лицето од став 3 на овој член, со кое гестациски носител живее во брачна, односно вонбрачна заедница, да ги запознае со можните психички реакции од постапката на БПО, бременоста и раѓањето, како и да изврши нивно психолошко тестирање. За извршеното советување и проценката од психолошкото тестирање комисијата е должна да издаде писмена потврда.

Согласно ЗБПО министерот за здравство формира Комисија за психолошко советување која има мандат од четири години и е составена од пет члена, од кои тројца психолози специјалисти по медицинска психологија и двајца доктори на медицина специјалисти по психијатрија, со најмалку седум години работно искуство како специјалисти и положен тест на интегритет и психолошки тест. Претседателот на комисијата за психолошко советување се избира од редот на членовите. Членовите на Комисијата имаат право на повторен избор за уште еден мандат.

Со правното регулирање на сурогат мајчинството законодавецот предвиде обврска за задолжително правно советување на брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител пред отпочнување на постапката (чл. 11-а). Врз основа на тоа, пред спроведување на постапката на внесување на ембрионот во матката на жената-гестациски носител, согласно ЗБПО задолжително е претходно правно советување на брачната двојка која бара оплодување со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки во матка на жена-гестациски носител и на потенцијалниот гестациски носител. По исклучок, на барање на гестацискиот носител може да се изврши дополнително правно советување до раѓање на детето (чл. 11-б). Правното советување го врши

комисија формирана од страна на Министерот за здравство.<sup>801</sup> Комисијата за правно советување е должна брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител да ги запознае со правното значење и последиците од согласноста за планираната постапка на оплодување, бременоста и раѓањето, како и дека од оваа медицинска постапка не произлегуваат родителски права за гестациски носител. За извршеното советување комисијата за правно советување е должна да издаде писмена потврда. На барање на гестацискиот носител до раѓањето на детето, Комисијата за правно советување е должна да изврши дополнително правно советување до раѓање на детето.

Освен обврската за советување, законодавецот ги задолжува Комисијата за психолошко советување и Комисијата за правно советување да изработат и публикуваат национален водич за психолошко и правно советување на брачната двојка и на потенцијалниот гестациски носител за постапката на БПО со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки во матката на жена-гестациски носител. Пред публикувањето на националниот водич потребна е согласност од министерот за здравство.

---

<sup>801</sup> Министерот за здравство формира комисија за правно советување со мандат од четири години, која е составена од пет члена од кои еден дипломиран правник со положен правосуден испит, 10 години работно искуство во струката и положен тест на интегритет и психолошки тест кој е претседател на комисијата за правно советување и четири дипломирани правници со седум години работно искуство во правната струка или наука и положен тест на интегритет и психолошки тест. Членовите на комисијата за правно советување имаат право на повторен избор за уште еден мандат. Административно-техничките работи за потребите на комисијата за правно советување ги врши секретар кој се определува со решението за формирање на комисијата за правно советување од редот на вработените во Министерството за здравство и истиот не е член на истата.

## **4. Сурогат мајчинство – оплодување со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена (гестациски носител)**

### **4.1. Општо за сурогат мајчинство**

Сурогат мајчинството претставува едно од најспорните прашања во теоријата и законодавствата предизвикувајќи бројни правни, етички и морални дилеми. Поради тоа, мал број на држави во светот го дозволуваат сурогат мајчинството. Македонија се приклучи кон оваа група на држави дозволувајќи го алтруистичкото сурогат мајчинство со измените на ЗБПО во 2014 година. За разлика од општо прифатениот термин во теоријата и во споредбеното право – сурогат мајчинство и сурогат мајка, македонскиот законодавец го прифати терминот - оплодување со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена – гестациски носител.

Согласно ЗБПО „гестациски носител“ е жена на возраст од најмалку 25 години живот, се до возраст во која е оценето дека жената е во добра психофизичка и општа здравствена состојба која овозможува здрава бременост и раѓање на здраво дете, мајка на најмалку едно дете, психо-физички здрава, која носи ембрион или фетус кој бил зачат со постапка

на БПО со гестациски носител поведена од брачна двојка и која ќе го предаде детето на брачната двојка по неговото раѓање. Ембрионот или фетусот кој се внесува во матката на гестацискиот носител е добиен со спојување на јајце клетка и сперматозоиди на жената и мажот кои се во брак или со спојување на сперматозоид на мажот од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и донирана јајце клетка, односно со спојување на јајце клетка на жената од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и дониран сперматозоид или ембрионот или фетусот е добиен со спојување на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид (чл. 4 ст. 1 т. 5).

Сурогат мајчинството, односно оплодувањето со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матка на жена – гестациски носител, може да биде спроведено автологно со вонтелесно оплодување преку: 1) спојување јајце клетки и сперматозоиди надвор од телот на жената и венсување во половите органи на жената и 2) внесување ембриони во половите органи на жената. Во случај кога не е можно користење на сопствени полови клетки на жената и/или сопствени полови клетки на мажот од брачната двојка, може да се спроведе постапка на алогенечко БПО со гестациски носител во следните случаи: 1) со користење на донирана јајце клетка преку внесување на ембрион добиен со спојување на сперматозоид на мажот од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и донирана јајце клетка, 2) со користење на дониран сперматозоид преку внесување на ембрион добиен со спојување на јајце клетка на жената од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и

дониран сперматозоид и  
3) со користење на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид преку внесување на ембрион добиен со спојување на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид (чл. 6а ст. 2). Притоа, во постапката на БПО со гестациски носител законодавецот изречно забранува користење на јајце клетка од жената-гестациски носител.

#### **4.2. Гестациски носител (сурогат мајка)**

Во ЗБПО се предвидени повеќе услови за една жена да биде гестациски носител (сурогат мајка). Во таа смисла, гестациски носител може да биде жена која ги исполнува следните услови:

- 1) да биде државјанин на Република Македонија;
- 2) да биде во добра психофизичка и општа здравствена состојба;
- 3) да биде на возраст од најмалку 25 години живот, се до возраст во која жената е во добра психофизичка и општа здравствена состојба која овозможува здрава бременост и раѓање на здраво дете;
- 4) мајка на најмалку едно дете во моментот на започнување на постапката на БПО;
- 5) да не и е одземено или ограничено родителското право;

- 6) да не и е изречена казна за сторено кривично дело со ефективна казна затвор во траење од над шест месеца;
- 7) да не и е ограничена или одземена деловната способност;
- 8) да не е душевно болно или лице со пречки во интелектуалниот развој;
- 9) да не е зависник од дрога или други психотропни супстанции или алкохол, и
- 10) да нема тешко хронично заболување или да не е болно од неизлечива заразна болест.

Пред поведувањето на постапката на БПО со гестациски носител, психофизичката и општата здравствена состојба на жената која сака да стане гестациски носител, ја оценува здравствена комисија.<sup>802</sup> Здравствената комисија, исто така, оценува дали жената која сака да стане гестациски носител е во добра психофизичка и општа здравствена состојба која овозможува здрава бременост и раѓање на здраво дете имајќи ја предвид нејзината возраст. Одлуката треба да биде донесена едногласно. Таа се изработува во писмена форма, ја потпишуваат сите членови на здравствената комисија и се доставува до жената која сака да стане гестациски носител и до Министерството за здравство. Во

---

<sup>802</sup> Здравствената комисија ја формира министерот за здравство со мандат од четири години и има пет члена, од кои тројца доктори на медицина, психолог специјалист по медицинска психологија и доктор на медицина специјалист по психијатрија. Сите членови на здравствената комисија имаат по најмалку 10 години работно искуство во струката и положен тест на интегритет и психолошки тест. Претседателот на здравствената комисија се избира од редот на членовите. Членовите на здравствената комисија имаат право на повторен избор за уште еден мандат. Чл. 6а ст.6 ЗБПО.



рамките на својата работа здравствената комисија по службена должност прибавува медицинска документација за жената која сака да стане гестациски носител за нејзината психофизичка и општа здравствена состојба од здравствените установи. Жената за која здравствената комисија ќе донесе одлука дека има нарушена психофизичка или општа здравствена состојба, не може да биде гестациски носител.

#### **4.3. Поведување на постапка за БПО со внесување ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки во матката на жената-гестациски носител**

Постапката на БПО со внесување на ембрион добиен со сопствени или донирани полови клетки на брачна двојка во матката на жената-гестациски носител, односно постапка на БПО со гестациски носител (сурогат мајчинство), се поведува со доставување на *писмено барање* на брачната двојка до Министерството за здравство. Освен барањето, суштествен услов за спроведување на постапката за БПО со гестациски носител е постоење на претходна *писмена согласност* на потенцијалниот гестациски носител и лицето со кое жената - потенцијален гестациски носител (сурогат мајката) живее во брачна или вонбрачна заедница подолго од една година. Кон барањето за поведување на постапката на БПО со гестациски носител задолжително се приложува и *потврда за спроведено психолошко и правно советување*, како и *изјава за согласност* на потенцијалниот гестациски носител и на брачната двојка за примена на постапката на БПО со гестациски носител.

Откако ќе биде примено барањето, Министерството за здравство *утврдува* дали се исполнети услови предвидени со законот за поведување на постапка на БПО со гестациски носител и *писмено ја известува* брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител. Во случај доколку се исполнети условите за поведување на постапка на БПО со гестациски носител (сурогат мајчинство), брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител склучуваат *договор* за уредување на меѓусебните права и обврски кои произлегуваат од таа постапка.

Постапка на БПО со гестациски носител (сурогат мајка), согласно законските одредби, имаат *право да поведат* исклучиво *брачни партнери* кои се државјани на Република Македонија. Вонбрачните партнери или лицата кои живеат во било која друга форма на партнерство не можат да поведат постапка на БПО со гестациски носител.

Брачниот пар има право да поднесе барање за поведување на постапка за БПО со гестациски носител (сурогат мајка) доколку бидат исполнети условите предвидени со законот доколку *жената*: 1) има вродено/стекнато отсуство на матката или вродена аномалија на матката која не може да се корегира со модерни хируршки процедури според медицина базирана на докази или некоректибилни оштетувања на матката; 2) освен претходното, истовремено има и вродено или стекнато отсуство на јајници или вродена аномалија на јајниците која не може да се корегира со модерни хируршки процедури според медицина базирана на докази или некоректибилни оштетувања на јајниците.<sup>803</sup>

---

<sup>803</sup> Лекарска потврда за постоење на овие индикации кај жената издава конзилиум од тројца доктори на медицина специјалисти од јавна

Брачниот пар има право да поднесе барање за поведување на постапка на БПО со гестациски носител доколку *мажот* има стерилитет кој не може да се излекува со модерни процедури според медицина базирана на докази. Притоа, е неопходно и *жената истовремено* да ги исполнува погоре наведените услови.

Брачниот пар, исто така, има право да поднесе барање за поведување на постапка на БПО со гестациски носител (сурогат мајка) доколку жената имала најмалку *три неуспешни бремености*, кога како причина за неуспехот се исклучени сите останати причини и фактори, освен оштетувања на матката.

Согласно законот, брачниот пар има право да бара поведување само на две постапки на БПО со гестациски носител кои успешно ќе завршат со раѓање на по најмалку едно живо дете од секоја постапка. Притоа, за неуспешно завршување на постапката на БПО со гестациски носител се смета постапка во која настанало сакано или несакано прекинување на бременоста и постапка во која е родено мртво дете. Во постапката на БПО со гестациски носител, законодавецот предвидува дека е дозволено во матката на гестациски носител да се внесат *најмногу два ембриони* добиени со *сопствени или донирани* полови клетки на брачната двојка.

Во постапката за БПО со гестациски носител законот го обврзува брачниот пар да ги преземе сите деца родени од

---

здравствена установа на терцијарно ниво врз основа на специјалистички преглед и медицинска документација за здравствената состојба на жената од брачната двојка која бара спроведување на постапка на БПО со гестациски носител како услов за поднесување барање за поведување на постапка на БПО со гестациски носител.

повеќеплодна бременост. Брачниот пар, исто така, има обврска да го преземе детето и доколку детето е родено со попреченост поради која има посебни потреби, а која не била откриена во текот на бременоста со стандардни медицински процедури.

#### **4.4.Согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител**

Еден од суштествените услови за спроведување на постапката на БПО со гестациски носител (сурогат мајка) е спроведување на психолошко и правно советување за оваа постапка на брачниот пар и потенцијалниот гестациски носител се спроведува ако брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител се претходно советувани за оваа постапка на БПО. Исто така, овие лица е неопходно да дадат изјава за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител во писмена форма, која треба да биде заверена од нотар.

Во случај кога се спроведува постапката на БПО со гестациски носител (сурогат мајка) со донирана јајце клетка и/или дониран сперматозоид, тогаш освен исполнувањето на погоре споменатите услови, неопходно е брачниот пар кој бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и потенцијалниот гестациски носител да дадат изјава за согласност за користење на донирана јајце клетка и/или дониран сперматозоид во постапката на БПО. Изјавата треба да биде во писмена форма и да биде заверена од страна на нотар.

Законодавецот предвидува можност брачниот пар и потенцијалниот гестациски носител да ја повлечат дадената согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител со давање на изјава заверена од нотар. Откажувањето од постапката е возможно само доколку ембрионот не е внесен во матката на жената гестациски носител, а најдоцна два дена пред денот на внесувањето на ембрионот во матката на жената гестациски носител. По денот на внесувањето на ембрионот во матката на жената гестациски носител не е дозволено прекинување или запирање на поведената постапка на БПО со гестациски носител, освен во случаите предвидени со законот.<sup>804</sup>

Изјавата за повлекување на согласноста брачниот пар и потенцијалниот гестациски носител ја даваат во писмена форма, заверена од нотарот кој ја заверил изјавата за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител. Доколку изјавата е дадена пред друг нотар, различен од нотарот кој ја заверил изјавата за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител, ваквата изјава согласно законот не се смета за изјава за повлекување на согласноста. Со цел остварување поголема правна сигурност по однос на ова прашање законот предвидува обврска за докторот кој ја спроведува постапката на БПО со гестациски носител да побара писмена информација од нотарот кој ја заверил изјавата за согласност за примена на постапката за БПО со гестациски носител еден ден пред денот на внесувањето на ембрионот во матката на гестацискиот носител, дали брачниот пар и/или потенцијалниот гестациски

---

<sup>804</sup> Види член 12-в став 3 и член 12-г став 2 од ЗБПО.

носител се откажале од постапката. Ако некој од нив се откажал тогаш докторот е должен од нотарот да побара примерок од изјавата за повлекување на согласноста доколку добие информација дека се откажале. За точноста на дадената писмена информација за откажување од спроведување на постапката за БПО со гестациски носител, се одговорни нотарот кој ја заверил изјавата за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски, брачната двојка и потенцијалниот гестациски носител.

#### **4.5.Родителски права и статус на гестацискиот носител и на брачната двојка**

За разлика од другите законодавства кои го уредуваат сурогат мајчинството, според нашето законодавство гестацискиот носител (сурогат мајката) нема родителски права, ниту обврски спрема детето, односно децата што ќе ги роди. Ваквото решение е раритет во споредбеното право. Согласно законот, дадената изјава за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител (сурогат мајка) има правно значење на изјава за откажување од признавање на мајчинство по раѓањето на детето, односно децата. Во таа смисла, гестацискиот носител (сурогат мајката) според одредбите на законот воопшто не станува мајка на роденото дете или деца.

По однос на ова прашање законодавецот предвидува неколку исклучоци кога жената гестациски носител може да биде запишана како мајка на родените деца пред да биде

поведена постапка за посвојување, согласно со условите предвидени во Законот за семејството. Тоа ќе биде случај кога децата родени во постапка на БПО со гестациски носител, се оставени без родителска грижа од страна на брачниот пар кој е со непознато живеалиште, односно престојувалиште повеќе од една година. Ова се однесува и во случај кога без оглед на причините брачниот пар привремено или трајно не ги извршува своите родителски права и должности, како и кога на мажот и жената од брачната двојка им е одземена деловната способност или им е одземено вршењето на родителското право. Во овие случаи, пред да биде поведена постапка на посвојување, жената гестациски носител има право да биде запишана како мајка на детето, односно децата доколку ги исполнува условите за посвојување утврдени со прописите од областа на семејното право. Ако жената гестациски носител (сурогат мајка) не биде запишана како мајка на детето, односно децата согласно овој закон, заради заштита на правата и интересите на детето, односно децата се спроведува постапка согласно прописите од областа на семејното право.

Имајќи го во предвид правното значење на изјавата за давање на согласност за поведување на постапка на БПО со гестациски носител (сурогат мајчинство), гестацискиот носител нема право да поведе постапка за утврдување на мајчинство или пак остварување на родителски права согласно одредбите на Законот за семејството.

Според законот, брачниот пар има право да бара прекинување на бременоста на гестацискиот носител само доколку бидат утврдени медицински индикации, согласно прописите кои го уредуваат прекинувањето на бременоста.

Поаѓајќи од правото на детето да ги дознае своите биолошки родители, законодавецот предвидува решение според кое податоците за гестацискиот носител и начинот на кој тоа дете е зачнато и родено можат да му бидат соопштени на детето родено од постапка на БПО со гестациски носител по навршување на негови пет години живот.

Согласно законот како родители на детето/децата, по нивното раѓање во матичната книга на родените се запишуваат жената и мажот од брачниот пар на чие барање е поведена постапката на БПО со гестациски носител. Управата за водење на матичните книги, врз основа на потврда издадена од Министерството за здравство, како родители во матичната книга на родените ги запишува жената и мажот од брачниот пар на чие барање е поведена постапката на БПО со гестациски носител. Мажот и жената од брачниот пар се запишуваат како родители на роденото дете/деца и во случај кога ќе настапи нивна смрт во текот на бременоста на гестацискиот носител. Во ваков случај законодавецот пропишува дека правото на старателство се остварува согласно прописите од областа на семејното право. Притоа, во законот е дадена можност за старател да се постави и гестацискиот носител, доколку детето како лице под старателство нема жив близок роднина. Законодавецот ја уредува и ситуацијата кога бракот на брачниот пар кој ја повел постапката на БПО со гестациски носител се разведува во екот на бременоста на гестацискиот носител. Во ваков за чувањето, издржувањето и воспитанието на детето, децата што ќе се родат ќе се решава во бракоразводната постапка.



#### **4.6.Права и должности на гестацискиот носител и на брачниот пар**

Во постапката на БПО со гестациски носител се предвидени повеќе права и должности на сурогат мајката. Прво, согласно законот, гестацискиот носител има право само еднаш да роди едно живо дете за друг. Додека првиот услов е сосема јасен, гестацискиот носител може само еднаш да роди за друг, тоа не се однесува и за бројот на родените деца, со оглед дека се ограничува само на „едно живо дете“. Најверојатно, законодавецот мислел, но го заборавил да вметне најмалку едно живо дете. Ова од причина што во целиот текст на законот законодавецот ги користи термините детето, односно децата, имајќи ја во предвид можноста за оплодување со најмногу два ембриони на гестацискиот носител.

*Второ*, гестацискиот носител (сурогат мајката) има право да поведе постапка за прекинување на бременоста, согласно прописите за прекинување на бременоста. Ако гестацискиот носител поведе постапка за прекинување на бременоста до истекот на десетата недели од денот на зачнувањето без да постојат медицински индикации, во тој случај таа има обврска да ги надомести сите претходно настанати материјални трошоци, како и да ја надомести настанатата материјална и нематеријална штета на брачниот пар. Доколку гестацискиот носител не ги надомести настанатите материјални трошоци, како и настанатата материјална и нематеријална штета согласно овој закон, брачната двојка има право да поведе судска постапка за остварување на ова право.

*Трето*, гестацискиот носител и жената од брачниот пар која е во работен однос ги има сите права пропишани со прописите од областа на работните односи, пензиското и инвалидското осигурување и здравственото осигурување по основ на бременост и раѓање. Во таа смисла, гестацискиот носител кој е во работен однос има право на отсуство од работа поради бременост и раѓање во времетраење од 45 дена од денот на раѓањето на детето, а согласно прописите од областа на работните односи. Жената од брачниот пар остварува право на породилно отсуство како да го родила детето/децата, за што до Фондот за здравствено осигурување на Македонија доставува и потврда издадена од Министерство за здравство.

Во постапката за оплодување со сурогат мајчинство, гестацискиот носител (сурогат мајката) е должен редовно да ја контролира бременоста, согласно протоколите за антенатална грижа во јавна и/или приватна здравствена установа во мрежата на здравствени установи која ќе ја избере заедно со брачниот пар. Брачниот пар е должен писмено да ја извести јавната, односно приватната здравствена установа каде што гестацискиот носител редовно ја контролира бременоста за поведената постапка на БПО со гестациски носител. По добиеното известување, тие имаат обврска до брачниот пар да ја доставуваат медицинската документација од извршените контроли, согласно протоколите за антенатална грижа кои се во врска со здравјето и состојбата на плодот, како и во врска со здравјето и состојбата на гестацискиот носител кои можат да имаат влијание врз ембрионот, односно фетусот. По исклучок, гестацискиот носител може да ја контролира бременоста во приватна здравствена установа надвор од мрежата на здравствени установи што се смета за материјален трошок и истиот го надоместува брачниот пар.

Четврто, гестацискиот носител има право да одлучи во јавна или приватна здравствена установа во мрежата на здравствени установи. Доколку гестацискиот носител одлучи да се породи во приватна здравствена установа надвор од мрежата на здравствени установи. Во ваков случај, породувањето на гестацискиот носител се смета за материјален трошок и истиот го надоместува брачната двојка.

Петто, во текот на бременоста гестацискиот носител има право и должност да води уреден живот, да се храни правилно и да прима додатоци на исхраната потребни за одржување на бременоста, да вежба и психофизички да се подготвува за породувањето, како и да ги избегнува штетните фактори од околината кои можат да му наштетат на плодот. Притоа, трошоците направени за исполнување на оваа должност се сметаат за материјални трошоци и истите ги надоместува брачниот пар. Материјалните трошоци кои се однесуваат на прегледи и породување на гестацискиот носител во приватни здравствени установи кои се надвор од мрежата на здравствени установи во случај на користење на ова право, согласно законот, не смеат да ги надминат цените утврдени од приватната здравствена установа надвор од мрежата на здравствени установи каде што се вршат прегледите, односно породувањето. Законодавецот предвидува дека месечната висина на материјалните трошоците направени за исполнување на наведените должности не може да го надмине износот од една просечна плата исплатена во стопанството во Република Македонија во претходната година, објавена од Државниот завод за статистика.

Брачниот пар има обврска еднаш месечно да доставува писмено известување со приложени копии од доказите за направените материјални трошоци до Министерството за здравство. На барање на Министерството за здравство брачниот пар е должен да достави на увид оригинални докази за направените материјални трошоци, со цел да се спречат одредени злоупотреби. Во таа насока, законодавецот предвидува дека брачниот пар не смее на гестацискиот носител да и даде подароци во вредност повисока од 100 евра во денарска противвредност сметано за целиот тек на постапката на БПО со гестациски носител и по породувањето.

Брачната двојка и гестацискиот носител склучуваат договор со кој ги уредуваат меѓусебните права и обврски кои произлегуваат од постапката на БПО со гестациски носител, а кои се во согласност со овој закон. Договорот од став 1 на овој член се заверува од нотар и примерок од договорот се доставува до Министерството за здравство.

#### **4.7.Регулирање на сурогат мајчинството во Република Македонија de lege ferenda**

Воведувањето на сурогат мајчинството во Македонија е поврзано со повеќе моменти кои заслужуваат посебно да бидат споменати. Имено, интересно е тоа што една конзервативна влада (како што беше Владата што ги предложи

законските измени), го донесе најлибералниот модел на сурогат мајчинство во Европа. Вториот интересен момент е фактот што Македонската православна црква и останатите верски заедници во Македонија воопшто не се изјаснија за воведувањето на сурогат мајчинството. Ова е крајно невообичаено, затоа што верските организации во сите земји земаат многу активно учество кога се расправа за воведувањето на сурогат мајчинството. Така на пример во Русија, каде е дозволено сурогат мајчинството, Руската православна црква на тоа жестоко се спротивстави, со образложение дека сурогат мајчинството е противприродно и неморално. Поради ваквиот став на Руската православна црква кон сурогат мајчинството, црквата не прифаќа да ги крсти децата кои ги родила сурогат мајката доколку претходно родителите не се покајат во црква и притоа изјават дека сурогат мајчинството е морално неприфатливо. Сличен е ставот и на српската и на бугарската православна црква, а против сурогат мајчинството е и римокатоличката црква, која наведува дека сурогат мајчинството е спротивно на единството на бракот и на дигнитетот на раѓањето на човековата личност. За разлика од овие држави, во Република Македонија владееше целосен молк на верските заедници во однос на ова прашање. Трет интересен момент во врска со прифаќањето на сурогат мајчинството во Македонија е фактот што во текот на расправата се говореше само за тоа како, на кој начин да се регулира сурогат мајчинството, а речиси целосно се премолчи основното, суштинското прашање, а тоа е дали воопшто да се прифати сурогат мајчинството во нашиот правен систем, имајќи предвид дека се работи за една постапка која отвора бројни и крајно сериозни правни,

морални, етички, филозофски и религиозни дилеми, поради што сурогат мајчинството е забрането во голем број европски држави, како што се Франција, Германија, Италија, Шпанија, Австрија, Швајцарија и сите поранешни југословенски републики. Во наредното излагање ќе се задржиме на решенијата за сурогат мајчинството, а особено на слабостите на тие решенија, предвидени во законот за биомедицински потпомогнато оплодување на Македонија.

Најспорно е решението предвидено во Законот за БПО со кое се дозволува сурогат мајката да не биде оплодена само со ембрионот кој потекнува од парот, туку и со донирани јајце клетки и сперматозоиди, па дури и со дониран ембрион.<sup>805</sup> Ова е навистина екстремно либерално решение, кое е непознато во европските законодавства, и со кое се дозволува парот воопшто да нема никаква генетска врска со бебето. Брачниот пар во овој случај се претвора во менаџерски пар-плаќа за јајце клетка, плаќа за сперматозоидите, наоѓа и плаќа за сурогат мајката и добива бебе. На овој начин се доведува во прашање воопшто и самата смисла на сурогат мајчинството - а тоа е дека барем еден од родителите треба да има генетска врска со бебето што ќе го роди сурогат мајката. Ова решение

---

<sup>805</sup> Во член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека ембрионот или фетусот кој се внесува во матката на гестацискиот носител е добиен со спојување на јајце клетка и сперматозоиди на жената и мажот кои се во брак или со спојување на сперматозоид на мажот од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и донирана јајце клетка, односно со спојување на јајце клетка на жената од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и дониран сперматозоид или ембрионот или фетусот е добиен со спојување на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид.

во Законот за БПО, според кое ниту еден од родителите не мора да има генетска врска со детето ја отвора дилемата зошто воопшто парот да склучува договор со сурогат мајката, кога може да посвои туѓо дете, кое исто така нема генетска и биолошка врска со парот и да оствари и една хумана мисија, да обезбеди дом и родителска љубов за некое детенце кое без своја вина останало без семејство и родителска љубов.

Второто лошо решение во нашиот закон е предвидувањето дека само брачните парови можат да склучат договор за сурогат мајчинство.<sup>806</sup> Со ова се прави неоснована дискриминација на вонбрачните парови, која тешко може да се оправда и прифати, доколку се има предвид дека во нашиот закон за семејството вонбрачната заедница во многу сегменти е изедначена со бракот,<sup>807</sup> а особено доколку се знае дека во сите други случаи, освен кај сурогат мајчинството, во Законот за БПО се предвидува дека како корисници на биомедицински потпомогнато оплодување можат да се јават и вонбрачните партнери.<sup>808</sup> Сопред тоа, сега имаме една апсолутно нелогична

---

<sup>806</sup> Во член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „брачна двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител“ е брачна двојка која исклучиво е заедница меѓе една жена и еден маж кои се во брак.

<sup>807</sup> Според членот 13 на Законот за семејството заедница на живот на маж и жена која не е заснована според одредбите на овој закон (вонбрачна заедница) и која траела најмалку една година, е изедначена со брачната заедница во поглед на правото на меѓусебно издржување и имот стекнат за време на траењето на таа заедница.

<sup>808</sup> Во член 9 од Законот за БПО се предвидува дека како корисници на биомедицински потпомогнато оплодување може да се јават полнолетни и деловно способни мажи и жени, кои се способни за вршење на родителското право и кои се во брак или живеат во вонбрачна заедница, како и сами жени, доколку претходното лекување не било успешно.

ситуација во законот, според која вонбрачните парови може да се јават како корисници на сите постапки за биомедицински потпомогнато оплодување, вклучувајќи ја тука и постхумната репродукција,<sup>809</sup> но единствено не можат да склучат договор за сурогат мајчинство. Ваквото законско ограничување нема никакво логично и разумно оправдување, освен можеби идеолошката определба дека треба да се штити бракот, што дојде до израз и со предложените измени на Уставот во кој бракот се дефинираше како заедница на еден маж и една жена. Но да се ограничи правото на репродукција на мажот и на жената само затоа што не се во брак е во спротивност со решенијата предвидени во сите останати случаи на биомедицински потпомогнато оплодување кои ги уредува Законот за БПО и не одговара на едно современо демократско општество.<sup>810</sup>

Третиот проблематичен сегмент на регулирањето на сурогат мајчинството во Македонија е отстапувањето од вековниот принцип *mater semper certa est*, според кој мајката е

---

<sup>809</sup> Во член 33 став 2 од македонскиот Закон за БПО се предвидува дека во случај на смрт на мажот е дозволена постхумно БПО доколку тој пред својата смрт дал писмена согласност жената да биде оплодена. Постхумното оплодување може да се спроведе во рок од една година по смртта на мажот. Притоа, во Законот не се бара мажот и жената да се во брак, за разлика од сурогат мајчинството, кое е дозволено само за брачни парови.

<sup>810</sup> Во оваа смисла е и ставот на А. Carroll, која смета дека определувањето дека само брачните парови во САД може да склучуваат договори за сурогат мајчинство е противуствано. Според овој автор, условот партнерите да се во брак не обезбедува гаранција дека детето ќе живее во заедница со двајца родители, поради високиот број на разведени бракови, што во САД достигнува и до 50%. Види повеќе кај Carroll, A., *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy*, *Indiana Law Journal*, Vol. 88, 2013, стр. 1204.



секогаш сигурна и позната, а тоа е жената што го раѓа детето.<sup>811</sup> За таткото тоа не е секогаш сигурно. Според нашето законско решение, мајка веќе не мора да биде жената што го раѓа детето, туку тоа може да биде и жената што склучува договор за сурогат мајчинство, по автоматизам.<sup>812</sup> Во некои европски земји кои го дозволуваат сурогат мајчинството, на пример Велика Британија, во матичната книга на родените како мајка се запишува сурогат мајката, што значи дека таму не се отстапува од принципот дека мајка на детето е жената што го раѓа детето.<sup>813</sup> Парот што со неа склучил договор за сурогат мајчинство, може да побара откако ќе поминат шест недели од раѓањето на детето тие да бидат запишани како родители и таа да им го предаде детето, но за тоа е неопходна нејзина согласност и судска одлука. Кај нас тоа не е така, жената се откажува од мајчинството уште пред да биде оплодена, кога го склучува договорот со брачниот пар. Ова доведува до рушење на вековниот принцип дека мајка на детето е жената што го раѓа детето и до фрагментација на концептот мајка. А тоа е екстремно сериозно прашање, затоа што концептот на мајка-и во психолошка и во биолошка и во емотивна и во правна смисла е темел на кој се потпира човековата цивилизација.

---

<sup>811</sup> Ставот дека мајката е жената што го раѓа детето е прифатен и од Американски колеџ за акушери и гинеколози. Види повеќе кај Williams-Jones, B., *op. cit.*, стр. 7.

<sup>812</sup> Во член 12 в став 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Гестацискиот носител, според одредбите на овој закон, нема родителски права ниту обврски кон детето, односно децата што ќе ги роди. Дадената изјава за согласност за примена на постапката на БПО со гстациски носител од член 12-б став 1 од овој закон има правно значење на изјава за откажување од признавање на мајчинство по раѓањето на детето, односно децата.

<sup>813</sup> Според член 33 став 1 од Human Fertilisation and Embryology Act донесен во 2008 година, за мајка на детето се смета сурогат мајката и ниту една друга жена.

Друго законско решение кое е спорно е она со кое се предвидува дека брачната двојка има право да бара прекинување на бременоста на гестацискиот носител доколку бидат утврдени медицински индикации согласно прописите кои го уредуваат прекинувањето на бременоста.<sup>814</sup> Поедноставно решено, брачната двојка има право да решава за абортусот на сурогат мајката, што е спротивно на сите меѓународни конвенции со кои се предвидува дека жената е господар на своето тело и дека само таа, и никој друг-ниту нејзиниот партнер, ниту државата, ниту брачните партнери со кои склучила договор за сурогат мајчинство, нема право да решава дали таа ќе го роди детето или не. Оваа законска одредба е директно во спротивност со основните човекови права на сурогат мајката и неа ја претвора во обичен инкубатор, во ствар која ја користат други за остварување на свои интереси.

Во законот има и други нелогични одредби, како што е на пример решението дека брачниот пар може да му даде информација на детето дека него не го родила неговата мајка, туку друга жена кога тоа ќе наполни пет години.<sup>815</sup> Ваквото решение, според кое на петгодишно дете се предвидува дека може да му се објасни дека го родила друга жена-сурогат мајка, а не неговата мајка е неприфатливо, со оглед на фактот дека дете од пет години нема доволна возраст и зрелост да го

---

<sup>814</sup> Види член член 12 в став 4 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

<sup>815</sup> Во член 12-в став 5 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Податоците за гестацискиот носител и начинот на кој тоа дете е зачнато и родено можат да БПО со гестациски носител по навршување на негови пет години живот.“

разбере сурогат мајчинството. Од сево ова што е претходно наведено произлегува дека сегашното законско решение за сурогат мајчинство има бројни слабости кои законодавецот би требало да ги отстрани со промени во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

## **5. Постхумната репродукција во Република Македонија**

Република Македонија е една од ретките земји во Европа во која се дозволува и се регулира постхумната репродукција со Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, донесен во март 2003 година.<sup>816</sup> Во членот 33 од Законот се вели: „ маж и жена на кои врз основа на медицинските сознанија или искуство од медицинските науки им се заканува опасност од неплодност заради здравствени причини, можат во овластена здравствена установа со согласност во писмена форма да ги зачуваат своите сперматозоиди, јајце клетки, ткиво од јајник или семеник, за сопствено користење. Во случај на смрт на мажот дозволена е постхумна БПО со негова претходна согласност во писмена форма најдоцна до една година од денот на неговата смрт“. За разлика од Македонија, во Хрватска не е предвидена можноста за постхумна репродукција. Освен ова, хрватскиот закон за медицински потпомогнато оплодување е доста „конзервативен“ во однос на Законот за биомедицински

---

<sup>816</sup> Службен Весник на Република Македонија, бр. 37, 19.03.2008 година.

потпомогнато оплодување на Република Македонија. Во Македонија, за разлика од Хрватска, во законот е дозволено замрзнување на ембрионите, како и експериментите со човековите ембриони, се дозволува сестра да донира јајце клетка на својата сестра, а се предвидува дури и можноста не само брачните и вонбрачните другари, туку и сами жени да можат да поднесат барање за биомедицински потпомогнато оплодување. Разлика помеѓу Македонија и Хрватска не постои само во законските решенија, туку и во расправата по повод донесувањето на законите. Во Македонија, и покрај тоа што имаме еден од најлибералните закони во Европа, практично не се водеше никаква расправа по повод донесувањето на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување во март 2008 година. Наспроти тоа, донесувањето на хрватскиот закон за медицински помогнато оплодување во 2009 година беше проследен со жестока дебата во јавноста и во Парламентот околу некои законски решенија, а пред се забраната за замрзнување на човековите ембриони.

Во македонскиот закон, во врска со постхумната репродукција, се предвидува дека детето треба да се роди во рок од една година по смртта на донорот. Сметаме дека овој рок е премногу краток. По смртта на партнерот, на жената мора да и се дозволи еден разумен рок за тагување и за размислување дали да ја почне постапката за постхумно оплодување. Веднаш по смртта таа се наоѓа во тешка емотивна состојба, кога треба да се соочи со загубата на сакана и блиска личност и таа тогаш не е во состојба да донесе толку сериозна одлука како што е раѓање на дете кое нема да има татко и за

кое ќе треба самата да се грижи.<sup>817</sup> Поради тоа сметаме дека рокот треба да изнесува две или три години, имајќи предвид дека и самата постапка за оплодување не успева секогаш веднаш, туку дека и за неа е потребно одредено време. Одлуката на мајката дали ќе биде оплодена зависи само од неа, таа нема никакви правни или морални обврски да роди дете со користење на спермата на починатиот партнер и ли брачен другар. Затоа треба да и се остави доволно време за да може да донесе сериозна, промислена одлука, а не таа да е резултат на стресот, тагата и растроеноста предизвикани со смртта на мажот.

Во Законот се предвидува дека е дозволено постхумно оплодување со согласност на донорот на спермата во писмена форма. Законот не дава попрецизно објаснување за видот и природата на писмената согласност, така што таа може да се состави лично од донорот, без присуство на други лица или присуство на државен орган. Со оглед на големото значење и последици што може да ги предизвика ваквата изјава, сметаме дека таа мора да биде во форма на нотарски заверена изјава, за да се обезбеди поголема правна сигурност и да се спречат ситуациите кога некои лица (евентуално другите деца на оставителот) ќе ја оспоруваат валидноста на оваа изјава. Освен тоа, мора точно да биде предвидената нејзината содржина и форма, за да нема никакво сомневање во вистинската, слободна и свесно изјавена волја на донорот на спермата да стане татко по неговата смрт.

---

<sup>817</sup> Исто становиште застапува и Greenfield, J., *op. cit.*, стр. 292.

Доколку дојде до постхумно оплодување и доколку детето се роди по смртта на оставителот (во рок подолг од 300 дена), тогаш тоа дете ќе има статус на вонбрачно дете, поради фактот што бракот на неговите родители престанал да постои со смрт на едниот брачен другар.<sup>818</sup> Иста е состојбата и доколку партнерите не се во брак. Поради тоа, за да се утврди татковството ќе треба да се спроведе постапка предвидена во законот.<sup>819</sup> Татковството на дете родено надвор од брак (како што видовме, кај постхумната репродукција тоа секогаш ќе биде случај) може да се признае и пред раѓање на детето.<sup>820</sup> Утврдувањето на татковството има многу големо значење за идентитетот на детето и за воспоставување на правни врски помеѓу детето и роднините на таткото.

Постојат два вида постапки на биомедицински потпомогнато оплодување. Кај автологното оплодување брачните или вонбрачните парови користат свои полови клетки или ембриони. Кај постапките за биомедицински потпомогнато оплодување кај кои се користат донирани

---

<sup>818</sup> Во член 50 од Законот за семејството се предвидува дека брачниот другар на мајката се смета за татко на детето родено за време на траењето на бракот или во рок од 300 дена по престанокот на бракот.

<sup>819</sup> Во член 51 од Законот за семејството се предвидува дека за татко на детето родено надвор од брак се смета лицето кое детето ќе го признае за свое. Татковство може да се признае пред матичар, центарот за социјална работа и суд. Органот пред кого е дадено ова признание должен е, без одлагање, записникот за признавање на татковството, да го достави до матичарот надлежен за упис на детето во матичната книга на родените. Признавање на татковството може да биде направено и со тестамент.

<sup>820</sup> Во член 53 од Законот за семејството се предвидува дека изјава за признавањето на татковство на дете родено надвор од брак може да се даде и пред раѓање на детето. Изјавата дадена пред раѓање на детето произведува правно дејство под услов детето да се роди живо.

полови клетки или ембриони (алогенеичко оплодување) во Законот се предвидува обврска да се оствари правни и психолошко советување за партнерите.<sup>821</sup> Поради тоа што кај постхумната репродукција партнерите ги користат своите полови клетки (станува збор за автологно оплодување) законот не предвидува обврска тие да мора да посетат правник или психолог. Сметаме дека ова треба да се измени и да се предвиди ваква обврска и за нив, со оглед на комплексните правни и психолошки проблеми кои се поврзани со оплодувањето на жената и раѓањето на детето по смртта на таткото.

Според нашето наследно право, постхумно зачатото дете нема право на наследување. Имено во член 122 од Законот за наследување се предвидува дека наследник може да биде само лице кое е живо во моментот на смртта на сотавителот или кое било зачнато во текот на животот на оставителот. Поради фактот што кај постхумното оплодување детето се зачнува по смртта на оставителот, тоа не може да се јави како наследник. Ова законско решение треба да се промени и да се признае правото на постхумно зачатите деца да можат да наследуваат според истите правила како и

---

<sup>821</sup> Во член 11 став 2 и 3 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека психологот е должен лицата од ставот 1 на овој член да ги запознае со можните психички реакции од постапката на алогенеичко биомедицински потпомогнато оплодување. За извршениот совет психологот е должен да издаде писмена потврда. Правникот е должен лицата од ставот 1 на овој член да ги запознае со правното значење и последиците од согласноста за планираната постапка на алогенеичко биомедицински потпомогнато оплодување, како и со родителските права кои произлегуваат од медицинската постапка. За дадениот совет е должен да издаде писмена потврда.

останатите брачни или вонбрачни деца.<sup>822</sup> Доколку законодавецот го дозволил и правно го регулирал постхумното оплодување, тогаш морал да предвиди децата да можат да станат наследници во однос на нивниот татко. Не е прифатлива дискриминацијата на децата која за основа го има моментот на зачнувањето. Доколку не се промени Законот за наследување и доколку постхумно зачатите деца не добијат можност да станат наследници како и сите други деца, тие би биле во крајно неповолна положба. Прво, тие се раѓаат без еден родител, без татко. Тоа значи дека ќе живеат во монородителско семејство (доколку мајката не склучи нов брак), без неџа, грижа и љубов од страна на таткото. Сите истражувања покажуваат дека најчесто тие семејства имаат и поголеми финансиски проблеми од останатите, затоа што за нивното издржување придонесува само еден родител. Ако на ваквата положба на детето уште се надоврзе и забраната тоа да стане наследник на својот татко, тогаш навистина ќе се создаде една категорија на деца која ќе биде крајно дискриминирана. Поради ова, во Законот за наследување мора да се внесе одредба (на некој начин проширување на правната фикција која постои за *nasciturus*) со која ќе се предвиди право на наследување на постхумно зачатите деца. Само тоа е морално, етички и правно исправно во однос на ова прашање. Притоа, законодавецот има две можности. Првата е да почека со расправањето на оставината доколку оставителот донирал сперма и составил писмена изјава дека сака неговата

---

<sup>822</sup> Во нашиот правен систем вонбрачните деца имаат исти наследни права како и децата родени во брак. Во член 4 од Законот за наследување се предвидува дека во поглед на наследувањето вонбрачното сродство се изедначува со брачното.



партнерка да биде постхумно оплодена во рок од две или најмногу три години. Втората можност е да се резервира еден дел за детето кое евентуално ќе се роди, а остатокот на оставината да се распредели на останатите наследници. Доколку детето се роди во законски предвидениот рок тоа ќе стане наследник. Во спротивност неговиот дел ќе се подели помеѓу останатите наследници. Во секој случај, сегашното законско решение, со кое не се предвидува можност постхумно зачатото дете да стане наследник е дискриминаторско и неприфатливо. Потребата од еднаков третман на сите деца и грижата да се остварат правата и интересите на децата императивно налагаат соодветни измени во Законот за наследување на Република Македонија.

## **6. Донирање на репродуктивен материјал**

Во одредбите од членот 13 на Законот за БПО е предвидено кои лица можат да се јават како донатори на репродуктивен материјал. Како донатори на јајце клетки и на сперматозоиди можат да бидат само лица кои се полнолетни и деловно способни и кои се согласуваат да донираат сперматозоиди или јајце клетки, согласно со одредбите на Законот за БПО. Донатор на сперматозоиди е маж чиешто сперматозоиди со негова согласност се употребуваат за оплодување на жена која не е негова брачна или вонбрачна жена. Донатор на јајце клетки е жена чиешто јајце клетки со нејзина согласност се употребуваат за спроведување постапка за оплодување на друга жена. Донатори на ембриони се маж и

жена кои се откажале од сопственото користење на ембрионот настанат за нивна прокреација, при што двајцата се согласиле нивниот ембрион да се користи за прокреација на други брачни или вонбрачни двојки или за жената како корисници на БПО (чл. 13 ст. 4).

Пред започнувањето на постапката за донирање Законот предвидува задолжително информирање на донаторот за постапката за донирање (чл. 14). Во таа насока, здравствената установа која е овластена за спроведување на постапка на БПО е должна да определи одговорно лице за давање на јасни и разбирливи информации на донаторот. Одговорното лице од од здравствената установа е должно, пред започнување на постапката за донирање, на донаторот да му побара податоци за лична идентификација, како и други податоци во врска со неговата здравствена состојба, како и историја за минатите заболувања. Исто така, одговорното лице е должно да му даде и информации за целта и природата на набавката, последиците и ризиците, аналитичките тестови, ако се потребни за доставувањето и заштитата на податоците на донаторот, медицинската доверливост, терапевтската цел и можната корист, информации за мерките кои се спроведуваат за заштита на донаторот, правото да добие јасно објаснети резултати од аналитичките тестови и правните последици од користењето на донирани полови клетки или ембриони. И најпосле, да даде информација за давање на задолжителна слободна писмена согласност за донирање.

Согласно одредбите на Законот за БПО за донирање и набавка на репродуктивен материјал задолжително се бара слободна писмена согласност на донаторот (чл. 15). Во таа смисла, донирање и набавка на сперматозоиди и јајце клетки,

може да се спроведе само врз основа на слободна писмена согласност на донаторите. Во случај кога станува збор за донирање и набавка на ембриони, тогаш според одредбите на овој закон потребна е слободна писмена согласност на мажот и жената кои се откажале од сопственото користење на ембрионот. Согласноста за донирање и набавка на репродуктивен материјал мора да биде составена во форма на писмена изјава заверена од нотар. Таа треба да содржи и изјава на донаторот дадена во писмена форма дека е запознат со родителските права и статусот на корисникот, како и за правото на увид во податоците на Државниот регистар на донаторите на сперматозоиди, јајце клетки и ембриони (во натамошниот текст: Државниот регистар).

Донаторите на полови клетки и на ембриони според одредбите од овој закон, немаат родителски права, ниту обврски спрема детето зачнато со користење на нивните полови клетки со постапките на БПО (чл. 15 ст. 4). Еднаш дадената согласност за донирање, донаторите на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите можат да ја повлечат се до моментот на започнување на постапката за БПО со нивниот дониран материјал (чл. 15 ст. 5). Изјавата за повлекување на согласноста за донирање, исто така, донаторите на сперматозоидите, јајце клетки и ембриони ја даваат во писмена форма. Во случај на повлекување на согласноста, донираните полови клетки или ембриони се уништуваат и за тоа здравствената установа на донаторите им издава потврда во писмена форма. Пред користењето на донираните полови клетки или ембриони во постапката на БПО докторот кој ја спроведува постапката е должен да провери дали согласноста е повлечена (чл. 15 ст. 7).

Кога донаторите донираат полови клетки за алогенеичко оплодување, тогаш тие можат да ги донираат своите јајце клетки или сперматозоиди или во посебни случаи ембриони, кои не се употребени за нивна сопствена прокреација, само на една од овластените здравствени установи за спроведување на постапката за алогенеичко БПО. Законодавецот со ваквата одредба ја исклучува можноста за одредени злоупотреби во однос на ова прашање. Како резултат на тоа, овластената здравствена установа е должна според Законот да воспостави систем за проверка на ваквите податоци во Државниот регистар (чл. 16 ст. 2).

## **7. Достапност на податоците за донорите на репродуктивни ќелии**

Достапноста на податоците за донаторите на репродуктивниот материјал претставува едно од најсуштествените прашања за спроведување на постапката за БПО (чл. 17). Во тој правец, според Законот за БПО овластените здравствени установи се должни да обезбедат заштита на сите лични, медицински и генетски податоци за донаторот и примателот и да преземат неопходни мерки за да не се открие идентитетот на примателот на донаторот и неговото семејство и обратно. Притоа, законот предвидува дека овие податоци и документи претставуваат класифицирана информација и се чуваат во согласност со прописите за заштита на класифицирани информации и заштита на личните податоци. Врз основа на тоа, при пристапот кон овие податоци и

документи, поточно при обезбедувањето на доверливост на личните, медицинските и генетските податоци, како и нивното откривање, овластените здравствени установи се должни да ги применуваат одредбите од овој закон и прописите за заштита на правата на пациентите, за класифицирани информации и за заштита на личните податоци.

Во теоријата едно од најспорните прашања поврзани со биомедицински потпомогнатото оплодување е можноста детето да дознае кои се неговите биолошки родители. Во основа, постојат три основни интереси за добивање на податоци за генетското потекло: во прв ред тоа е медицинскиот интерес, потоа психолошкиот интерес, како и интересот за воспоставувањето на врски со крвните роднини.<sup>823</sup> Од друга страна, наспроти интересот на детето да дознае кои се неговите биолошки родители е интересот на донорите за анонимност, за да не се изложат на лични и имотни обврски што не ги прифатиле кога донирале репродуктивни клетки, како и интересот на социјалните родители да се обезбеди заштита на стабилноста и интегритетот на семејството. Клучното прашање што се поставува е кој интерес треба да добие приоритет. Доколку се направи споредбено-правна анализа на европските законодавства, може да се заклучи дека не постои единствен, универзален пристап во однос на регулирањето на правото на

---

<sup>823</sup> Медицинскиот интерес е мотивиран со потребата да се спречи пренесување на генетски наследни болести кога се формира семејството. Психолошкиот интерес се состои во желбата да се добијат податоци за сопственото биолошко потекло, а интересот за воспоставување на крвните врски се состои во остварување на правото на издршка и на наследување на детето во однос на своите родители. Види повеќе кај Kovaček-Stanić, G., *op. cit.*, стр. 19.

детето да дознае кои се неговите биолошки родители кои се јавуваат како донори на репродуктивните клетки. Шведска беше првата земја во Европа која во 1985 година во своето законодавство предвиде дека детето има право, кога ќе достигне определена возраст, да дознае кои се неговите биолошки родители.<sup>824</sup> Австрискиот закон за репродуктивна медицина донесен во 1992 година предвидува дека детето има право да го дознае идентитетот на донорите кога ќе наполни 14 години, а холандскиот закон донесен во 2004 година предвидува дека детето има право да го дознае идентитетот на донорот кога ќе наполни 16 години, но само под услов донорот да дал писмена согласност за откривање на неговиот идентитет. Со законските измени од 2006 година, и во Велика Британија се предвидува можноста детето да го дознае идентитетот на донорите кога ќе наполни 18 години.

Наспроти решенијата предвидени во овие законодавства, во поголемиот број земји се штити анонимноста на донорите и детето нема законски можности да дознае кои се неговите биолошки родители. Освен тоа и Конвенцијата на ОН за правата на детето не предвидува дека постои апсолутно право на детето да дознае кои се неговите биолошки родители.<sup>825</sup> Во Франција, со законот од 2004 година се обезбедува заштита на анонимноста на донорите. Како главни причини кои се наведуваат во прилог на ова законско решение е потребата да се зачува приватноста на детето, на

---

<sup>824</sup> Повеќе за можноста на децата зачнати со биомедицински потпомогнато оплодување во Шведска да го дознаат идентитетот на донорите види кај Shenfield, F., Gamette donation: ethical implications for donors, *Human Fertility*, No. 2, 1999.

<sup>825</sup> Во членот 7 од Конвенцијата на ОН се предвидува дека детето има право да знае кои се неговите биолошки родители, доколку е тоа можно.

семејството, но и на донорите. Освен тоа, како еден од главните мотиви за заштита на анонимноста на донорите е и потребата да не се намали бројот на донорите, што веќе се случува во оние земји во кои се дозволува откривањето на идентитетот на донорите.<sup>826</sup> Забраната да се открие идентитетот на донорите е предвидена во Грција, Данска, Норвешка, Чешка, Словенија, Израел, Латвија, и во други земји.<sup>827</sup> Во Србија е предвидено дека донорот нема никакви обврски во однос на детето што е родено со биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>828</sup> Српскиот закон предвидува дека детето може само од медицински оправдани причини да добие податоци за донорот.<sup>829</sup> Слично решение предвидува и македонскиот Закон за БПО, каде се предвидува апсолутна заштита на идентитетот на донорот,<sup>830</sup> но постои можност, слично како и во Србија, поради медицински оправдани

---

<sup>826</sup> За опасноста од намалување на бројот на донорите на репродуктивните клетки доколку не се гарантира нивната анонимност види повеќе во *Fertility and Sterility*, IFFS Surveillance 2007, Howard W. Jones & all (ed), Vol. 87. Sup 1. April 2007, стр. 33.

<sup>827</sup> *Ibid*, стр. 34-35.

<sup>828</sup> Член 51 од Законот за лекување на неплодноста со постапка на биомедицински потпомогнато оплодување.

<sup>829</sup> Членот 64 од српскиот Закон за лекување на неплодноста предвидува дека детето зачнато со биомедицински потпомогнато оплодување со репродуктивните клетки на донорот има право од медицински причини да бара од Управата за биомедицина податоци од медицинско значење кога ќе наполни 18 години, или 16 година доколку стекнал деловна способност. Давањето на податоците не се однесува на личноста на донорот, туку само на податоци од медицинско значење за детето, неговиот иден брачен другар, односно вонбрачен партнер, како и од значење за неговото потомство.

<sup>830</sup> Во член 17 од Законот за БПО на Република Македонија се предвидува дека овластените здравствени установи се должни да обезбедат заштита на личните, медицинските и генетските податоци на донорот и на примателот, како и обврска да не се открие идентитетот на донорот на примателот и на неговото семејство и обратно.

причини да се добијат податоци за здравствената состојба на донорот.<sup>831</sup> Решението предвидено во хрватскиот закон се разликува од решенијата предвидени во српското и македонското законодавство. Според измените во хрватскиот Закон за медицинско оплодување од 2012 година се предвидува дека родителите се должни детето кое е зачнато и родено со донирани репродуктивни клетки или ембрион да го информираат за тоа најдоцна до навршување на 14 години возраст.<sup>832</sup>

## **8. Забрана за надомест за репродуктивните клетки и за ембрионите**

Во Законот за БПО законодавецот изречно предвидува забрана за надомест за донирањето на репродуктивен материјал. (чл.18). Во таа смисла, законодавецот предвидува дека донирањето на полови клетки е доброволно и без надомест. Поради тоа, забрането е да се дава или прима паричен надомест или каква било друга корист за донирање на полови клетки, односно ембриони. Договорот за донирање на половите клетки, односно ембриони склучен спротивно на овие одредби од Законот за БПО е ништовен. Единствен

---

<sup>831</sup> Член 57 од Законот за БПО на Македонија предвидува дека детето кое е родено со користење на репродуктивни клетки или ембриони има право, кога ќе наполни 18 години, да добие податоци за здравствената состојба на донорот од Државниот регистер за БПО, по претходна согласност на Државната комисија за БПО, и тоа само поради медицински оправдани причини.

<sup>832</sup> Чл. 15 ст. 3 Zakon o medicinskoj oplodnji.



надомест кој Законот за БПО го предвидува се однесува на материјалните трошоци поврзани со превоз на донаторот до местото на донирање. Но, законодавецот изречно пропишува дека тие не се сметаат за паричен надомест во смисла на овој закон.

Поради нездравиот начин на живот и стресот, карактеристични за современото општество, како и поради подоцнежното стапување во брак, бројот на неплодните парови во Европа и во светот постојано се зголемува.<sup>833</sup> Поради тоа се поставува прашањето како да се обезбеди доволен број донори на репродуктивни клетки и на ембриони за да им се овозможи на неплодните парови да добијат потомство. Во оваа смисла, исклучително спорно е прашањето дали да се дозволи плаќање на надомест на донорите за донираните репродуктивни клетки или ембриони, со цел да се стимулира донирањето и да се зголеми бројот на донорите. Советот на Европа во 1996 година донесе Конвенција за човековите права и за биомедицина, со која се забранува плаќање на материјален надомест за човековите репродуктивни клетки и ембриони, а ова решение е предвидено и во законодавствата на најголемиот број земји во Европа.

За разлика од ова, во САД постои развиен пазар на кој се купуваат и се продаваат репродуктивните клетки и ембрионите. Погolem број автори, кои се претежно од САД, сметаат дека алтруистичкото донирање на репродуктивните

---

<sup>833</sup> Во земјите на Европската Унија просечната старост при склучување на првиот брак во периодот од 1980 до 2005 година се зголемила од 26 на 31,2 години за мажите и од 23,3 на 29 години кај жените. Види повеќе кај Мицковиќ, Д., *op. cit.*, стр. 223.

клетки и на ембрионите (што во основа се базира на солидарноста што постои помеѓу донорите и неплодните парови) е непродуктивно и дека тоа води кон намалување на бројот на потенцијалните донори и до оневозможување на неплодните парови да добијат потомство.<sup>834</sup> Овој став го прифаќа и влијателната American Bar Association (ABA) која пред неколку години изработи „Model Act“ за регулирање на биомедицински потпомогнатото оплодување, во кој оваа асоцијација експлицитно се залага за плаќање на разумна материјална компензација за донирањето на репродуктивните клетки.<sup>835</sup> Како што наведува Џон Робертс, забраната да се плаќа компензација за репродуктивните клетки, што е прифатена во најголемиот број европски законодавства, резултира со многу помал број донации во Европа, особено на јајце клетки, отколку што е тоа случај во САД. Поради фактот што алтруистичките донирања на јајце клетки се исклучително ретки, во Европа има многу жени што не може да добијат донирана јајце клетка и да станат мајки. Притоа, поголем број автори сметаат дека во САД материјалната компензација не се однесува на самата јајце клетка, туку таа се дава за напорот, загубеното време и заработувачка, како и за ризикот што го презема жената што донира јајце клетка.<sup>836</sup>

---

<sup>834</sup> Повеќе за аргументите во прилог на давањето на материјален надомест за репродуктивните клетки и ембрионите види кај Shenfield, F., *op. cit.*, стр. 98.

<sup>835</sup> За овој предлог на American Bar Association види повеќе кај Kindregan, C., *Claryfying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology*, *Family Law Quarterly*, Summer, 2008.

<sup>836</sup> За разликите што постојат помеѓу Европа и САД во однос на плаќањето за донирање на репродуктивни клетки и ембриони види повеќе кај Roberts, J., *Commerce & Regulation in the Assisted Reproduction Industry*, *Texas Law Review*, Vol. 85, 2007.

И покрај тоа што сметаме дека е неприфатливо во сферата на репродукцијата да се применуваат пазарните закони и да се дозволи купување и продавање на репродуктивни клетки и на ембриони, неспорен е фактот дека алтруистичкото донирање на јајце клетки е многу ретко, што создава големи проблеми за неплодните жени и спречува голем број парови да добијат дете. Се чини дека е прифатливо решението да се обезбеди одреден надомест за жената што се јавува како донор на јајце клетка, поради тоа што се работи за сложена постапка на донирање која е поврзана со физички и психолошки прегледи на донорот, хормонална стимулација и земање на јајце клетката што е поврзано со непријатност, болка и ризик за здравјето на жената. Целата оваа постапка бара време, така што донорот е соочен и со трошоци и загубена можност од заработувачка. Сметаме дека постои суштинска разлика помеѓу плаќањето за јајце клетката и давањето на надомест на жената што се јавува како донор за нејзиниот напор, загубеното време, непријатностите и ризикот на кој таа се изложува при донирањето на јајце клетката.

Законот за БПО на Република Македонија, како и најголемиот број такви закони во Европа, забранува плаќање на надомест за донираните репродуктивни клетки или ембриони.<sup>837</sup> Забраната за плаќање за репродуктивните клетки е предвидена и во српскиот Закон за лекување на неплодноста

---

<sup>837</sup> Во член 18 став 1 од Законот за БПО се предвидува дека донирањето на репродуктивните клетки е доброволно и без надомест. Во член 18 став 2 се предвидува дека е забрането да се дава или прима било каков материјален или друг надомест за донираните репродуктивни клетки или ембриони. Во член 18 став 3 се предвидува дека е ништовен договорот со кој се определува надомест за донираните репродуктивни клетки или ембриони.

со примена на биомедицински потпомогнато оплодување.<sup>838</sup> Проблем во македонскиот Закон за БПО е во тоа што тој предвидува само плаќање на материјалните трошоци за превоз на донаторот до здравствената установа.<sup>839</sup> Поради ваквото законско решение, жената што донира јајце клетка не добива никаков надомест за изгубеното време, како и за претрпениот страв, непријатност и болка, што се поврзани со донирањето на јајце клетката. Поради тоа, праксата покажува дека се исклучително ретки случаите на алтруистичко донирање на јајце клетки, освен помеѓу блиски пријателки или роднини. Како резултат на ваквата состојба, во Македонија постои реална опасност да случи токму она што законот се обидува да го спречи, а тоа е да се развие црн пазар на кој ќе се нудат и ќе се купуваат и продаваат јајце клетки. За да се избегне оваа опасност, како и за да се обезбеди можност жените кои се неплодни полесно да можат да добијат донирана јајце клетка и да родат дете со помош на биомедицински потпомогнато оплодување, сметаме дека во законот треба да се предвиди разумен надомест за жената која се јавува како донор на јајце клетка. Тоа нема да биде плаќање за донираната јајце клетка, туку компензација за времето, напорот, стравот, ризикот, болката и загубената заработувачка за жената која донира јајце клетка. Ваквото решение е

---

<sup>838</sup> Во членот 32 став 1 од српскиот закон се предвидува дека се забранува нудење, односно донирање на репродуктивните ќелии или ембриони заради стекнување на материјална или на било каква друга корист. Освен тоа, во член 32 став 2 српскиот закон ја забранува трговијата со репродуктивните клетки односно ембриони, како и нивната употреба, доколку до нив се дошло по пат на тргување.

<sup>839</sup> Во член 18 став 4 од Законот за БПО на Македонија се предвидува дека материјалните трошоци за превоз на донорот до местото за донирање не се сметаат за надомест.

предвидено во некои европски законодавства, меѓу кои и во законодавството на Република Србија.<sup>840</sup> Според измените на хрватскиот закон од 2012 година се предвидува дека жената и мажот кои донирале репродуктивни клетки и ембриони имаат право на надомест на нужните трошоци.<sup>841</sup> Ваквото решение предвидено во хрватското право може да доведе до проблеми во праксата поради тоа што поимот нужни трошоци не е прецизен и може да доведе до различно толкување во практиката. Поради тоа, сметаме дека решението од српското право е посоодветно и ги спречува евентуалните злоупотреби кои можат да водат до комерцијализација на репродуктивниот процес.

Македонскиот Закон за БПО предвидува забрана за објавување на јавни огласи во кои се бараат или се нудат репродуктивни ќелии или ембриони,<sup>842</sup> а вакво решение е предвидено и во повеќе други европски законодавства, како и во Законот на Република Србија,<sup>843</sup> и во Законот на Република Хрватска. Сметаме дека овие законски решенија се добри, поради тоа што, во спротивно, и во Македонија и во останатите

---

<sup>840</sup> Во член 28 став 5 од српскиот закон се предвидува дека забраната за стекнување на корист од постапката за биомедицински потпомогнато оплодување не се однесува на надоместот на донорот за загубената заработувачка или друг вид на приход за времето поминато во здравствената установа или во текот на опоравувањето, односно за времето на привремена спреченост за работа, односно надоместот за другите оправдани трошоци што ги имал донорот поради постапката на земање на репродуктивни ќелии (превоз, сместување, трошоци за исхрана и др.) Оваа забрана не се однесува и на оправданиот надомест во врска со плаќањето на здравствените и другите услуги во врска со земањето на репродуктивните ќелии, како и на надоместот на прекумерната штета што настанала поради земањето на репродуктивните ќелии.

<sup>841</sup> Член 21 ст. 2 Закон o medicinskoj oplodnji.

<sup>842</sup> Член 26 став 2 од Законот за БПО.

<sup>843</sup> Член 29 став 1 од Законот за лекување на неплодност со примена на биомедицински потпомогнато оплодување.

земји би се јавила ситуација што сега е присутна во САД, каде неплодните парови, потенцијалните донори и посредниците објавуваат огласи и бараат или нудат донори со одредени карактеристики. Така на пример Egg Donation Inc., објавува огласи во САД и бара донори на јајце клетки кои имаат висок коефициент на интелигенција, атрактивен изглед, кои се на возраст од 21 до 30 години и имаат совршена здравствена состојба. Надоместот за донираната јајце ќелија изнесува помеѓу 3500 и 12000 долари. Слични огласи објавуваат и неплодните жени или парови и тоа најчесто во студентските списанија. Во еден таков оглас, објавен во „Vassal College“, се нудат 25000 долари за јајце клетка од „здрава и интелигентна студентка или постдипломка, на возраст помеѓу 21 и 30 години, со сини очи и руса или смеѓа коса“.<sup>844</sup> Сметаме дека доколку се дозволи јавно огласување на понудата и побарувачката на репродуктивните ќелии и ембрионите, тие ќе се претворат во роба, која, како и секоја друга, се нуди и се продава на пазарот за одредена цена. Во таков случај, како што може да се види од претходно наведените примери, цената на репродуктивните ќелии ќе зависи од одредени „пожелни“ карактеристики на донорите, како што се бојата на кожата, здравствената состојба, возраста, бојата на косата и на очите, изгледот, интелигенцијата и нивото на образование. Ова несомнено ќе доведе до претворање на репродуктивните клетки во ствари, со далекусежни и негативни последици за процесот на човековата репродукција, за рамноправноста на луѓето, како и за човековото достоинство и за основните човекови права.

---

<sup>844</sup> Види повеќе во *Reproduction and Responsibility, The Regulation of New Biotechnologies, A Report of the President's Council on Bioethics*, Washington DC, 2004.

## 9. Постапување со полови клетки и ембриони

Согласно Законот за БПО, во постапката за вонтелесно оплодување можат да се оплодат сите јајце клетки добиени во една постапка. Притоа, законот предвидува дека е забрането во една постапка да се внесат повеќе од три ембриони во телото на жената, а преостанатите ембриони, ако ги исполнуваат критериумите за квалитет, се чуваат за евентуално користење според условите утврдени со овој закон (чл. 19 ст. 2). Основна причина за мултипликација на бременоста во постапката за БПО е бројот на внесени ембриони. Според Светскиот извештај за асистираниите репродуктивни технологии од 2009 година, бројот на близнаци родени врз основа на оваа постапка бил 25,7%, додека бројот на тројки изнесувал 2,5% во повеќе од 600 000 постапки во 63 земји.

Со цел да се намали бројот на случаи на мултиплицирана бременост во јануари 1998 година Асоцијацијата за репродуктивна медицина (ASRM) од САД донесе прирачник (дополнет 1999 и 2004) со кој се препорачува редукација на бројот на внесени ембриони. Како резултат на овие препораки бројот на раѓања на близнаци бележи тренд на опаѓање. Имено, според статистичките податоци во САД во 2003 година процентот на родени близнаци изнесувал 51%, додека во 2006 овој процент се намалил на 48%. Во споредбеното право постојат различни решенија во поглед на ова прашање. Внесувањето најмногу до три ембриони без дополнителни критериуми е дозволено во Латвија, Косово, Шпанија, Швајцарија, Турција, Романија,

Естонија и др. Во други држави е прифатено решение според кое бројот на трансферирани ембриони зависи од возраста на жената.

Во македонското право постапката на БПО се спроведува на барање на корисникот, а по предлог на доктор на медицина специјалист по гинекологија и акушерство (чл. 20 ст. 1). Но, покрај ова, за да започне постапката за БПО потребна е и согласност од страна на Државната комисија за БПО. Во таа насока, овластената здравствена установа за алогенеичко БПО е должна по предлогот на секоја брачна или вонбрачна двојка или на жената, како корисници предвидени со Законот за БПО, да добие согласност за алогенеичко БПО од Државната комисија за БПО (чл. 20 ст. 2).

## **10. Претпоставки за користење на донирани полови клетки**

За да можат да се користат донираните полови клетки потребно е да бидат исполнети предвидените претпоставки утврдени со Законот за БПО (чл. 21). Во таа смисла, овластената здравствена установа за вршење на БПО е должна оценувањето и селекцијата на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите да ја изврши врз основа на критериумите за селектирање на донаторот засновани на барањата приспособени на научно-техничкиот напредок, соодветни прегледи и лабораториски анализи врз донаторите, нивните полови клетки и ембриони. Кога се работи за автологно



донирање, овластената здравствена установа е должна оценувањето на критериумите за соодветност да го направи согласно со критериумите за селектирање на донаторот засновани на барањата приспособени кон научно-техничкиот напредок. Овластената здравствена установа е должна да ги документира резултатите од прегледите и лабораториските анализи и за кој било поголем недостаток да го извести донаторот. Законот за БПО предвидува дека донираните сперматозоиди и јајце клетки можат да се користат за БПО согласно со барањата на научно-техничкиот напредок, медицинската наука и искуства и ако се исполнети условите од овој закон (чл. 21 ст. 4).

Според Законот за БПО забрането е донираните сперматозоиди да се користат за оплодување ако донаторот и жената врз која се врши алогенеичко БПО се во крвно сродство, односно меѓу кои не е дозволено склучување на брак (чл. 22 ст. 1). Во таа смисла, донираните сперматозоиди е забрането да се користат за оплодување доколку донаторот и жената врз која се врши алогенеичкото БПО се во крвно сродство во права линија и во странична линија до четврти степен на сродство. Забрането е, исто така, донираните јајце клетки да се оплодат со сперматозоиди на маж кому поради крвното сродство не му е дозволено склучување брак со донаторот. Најпосле, законот забранува донираниот ембрион да се користи за оплодување на жена која поради крвно сродство не може со донаторот на сперматозоиди од кој настанал ембрионот да склучи брак, ниту за оплодување на жена која е во крвно сродство во права линија со жената од чија јајце клетка настанал ембрионот (чл. 22 ст. 3). Оваа забрана не се однесува на сродството во странична линија, така што

македонскиот Закон за БПО дозволува сестра да и донира јајце клетка на својата сестра. Ова е спорно, поради тоа што може да доведе до негативни импликации за детето, неговите родители и донорот. Во најголемиот број европски земји (исклучок од ова правило се само Германија, Финска и Холандија) не се дозволува како донори да се јавуваат блиски роднини, за да не се нарушат односите во семејството.<sup>845</sup> Детето може да биде изложено на психолошка траума доколку еден ден дознае дека неговата тетка е во суштина негова генетска мајка, а дека неговите братучеди му се полубраќа и полусестри. Поради ова, сметаме дека треба сериозно да се разгледа можноста да се укине правото на сестрата да донира јајце клетка за создавање на ембрион со кој би била оплодена нејзината сестра.

Согласно Законот за БПО, донираните полови клетки од едно лице можат да се користат до раѓање на најмногу две живородени деца (чл. 23 ст. 1) Употреба на сперматозоиди или јајце клетки на еден донатор или ембриони на брачните или вонбрачните другари не е дозволена доколку се утврди постоење на најмногу два случаи на постигната бременост, односно до раѓање на две живородени деца. Овластената здравствена установа е должна пред спроведувањето на алогенеичко оплодување да изврши проверка во Државниот регистар, за користење на донираните полови клетки или ембриони (чл. 23 ст. 2).

---

<sup>845</sup> Види повеќе кај Schenner, *op. cit.*, стр.176.

## 11. Забрани предвидени во Законот за БПО

Законот за БПО предвидува повеќе видови на забрани. Во таа смисла забрането е користење на постапката на БПО со цел бирање на пол на идното дете, освен за одбегнување на тешка наследна болест поврзана со полот (чл. 24). Законот забранува во постапката на БПО да се мешаат машки, односно женски полови клетки, настанати од сперматозоиди на двајца или повеќе мажи или јајце клетки на две или повеќе жени (чл. 25). Исто така, забрането е тргување со полови клетки и ембриони, како и објавување на јавен оглас, со посредување на јавните медиуми или на кој било друг начин, да се бараат или нудат полови клетки или ембриони (чл. 26). Македонскиот законодавец го забранува сурогат мајчинството. Така, забрането е преку јавен оглас, јавни медиуми или на кој било друг начин да се бара или нуди услуга на раѓање дете за друг (чл. 27 ст. 1) Забрането е да се договара или спроведува БПО заради раѓање дете за други лица. Договорите за раѓање на дете за друг, за предавање на роденото дете по раѓањето со паричен надоместок или без надоместок се ништовни (чл. 27 ст. 3). Забранета е исто така и секоја постапка наменета за создавање човечко суштество генетски истоветно со друго човечко суштество, било живо или мртво (чл. 28 ст. 1). Репродуктивното клонирање, покрај во македонското, е забрането во сите законодавства, а и во теоријата преовладува ставот дека не смее да се дозволи репродуктивното клонирање. Во извештајот на Советот за биоетика, формиран од страна на претседателот на САД, се истакнува дека „човековото достоинство е загрозувано поради можноста од

клонирање, затоа што асексуалната репродукција ги менува суштинските карактеристики на она што претставува човечко суштество.<sup>846</sup> Европскиот Парламент, во однос на можноста за репродуктивно клонирање заведе став според кој: „Не треба да се дозволи клонирање, затоа што е тоа спротивно на принципот на еднаквост на човековите суштества, затоа што дозволува евгеничка и расистичка селекција на човековата раса и претставува повреда на човековото достоинство.“<sup>847</sup>

Освен овие забрани, Законот за БПО забранува да се: 1) овозможи вонтелесен развој на ембрион кој е постар од 14 дена, односно по развивањето на примитивната бразда; 2) оплоди човечка јајце клетка со сперматозоид од животно или животинска јајце клетка со сперматозоид од маж или да се измени ембрионот со пресадување на делови од други човечки или животински ембриони (овозможување да се создаде хибрид или химера); 3) внесат човечки полови клетки или човечки ембрион во животно и 4) внесат животински полови клетки или животински ембрион во жена (чл 29). Забрането е да се создаваат човечки ембриони за истражувачки цели и мешање на клеточна содржина од две жени.

---

<sup>846</sup> Види повеќе за опасностите и проблемите поврзани со репродуктивното клонирање во *Human Cloning and Human Dignity, The President's Council on Bioethics, Washington DC., July 2002.*

<sup>847</sup> Повеќе за аргументите против репродуктивното клонирање види кај Cohen, C.B., *The Ethics of Human Reproductive Cloning: When Worlds Views Collide, Accountability in Research, Policies and Quality Assurances, Vol. 12, No. 3, 2003.*

## 12. Чување на половите клетки и ембриони

Согласно Законот за БПО земањето и чувањето на сперматозоиди, јајце клетки и ембриони кои се неопходни за постапки на БПО го вршат овластени здравствени установи (чл. 30 ст. 1). Тие се должни да обезбедат сите донирања на полови клетки да подлежат на лабораториски тестирања на донаторот, а селекцијата и прифаќањето на половите клетки да се врши согласно со постапките за набавка и прием во установата. Установата е должна писмено да потврди и евидентира дека пакувањето на примените полови клетки е во согласност со постапките за набавка и прием на клетките или писмено да одбие да ги прифати клетките (чл. 30 ст. 3). Исто така, таа е должна да обезбеди обележување на секоја испорака или партија на полови клетки од увоз/извоз на сперматозоиди под услов да се обезбедат стандардите за квалитет и безбедност, како и следливост од донаторот до примателот и обратно во постапките уредени со законот. Овластената здравствена установа е должна да ги чува половите клетки во карантин сè додека не се исполнат барањата во врска со тестирањето и информациите за донаторот согласно со овој закон (чл. 30 ст. 5).

Половите клетки и ембрионите според Законот за БПО се чуваат согласно со барањата приспособени на научно-техничкиот напредок, медицинските науки и искуствата и условите од овој закон. Тие се чуваат по правило најмногу до пет години од денот на сместувањето. Рокот може да се продолжи врз основа на писмено барање на лицата од кои половите клетки или ембрионите потекнуваат. Доколку

брачните или вонбрачните другари не се договарат за времето на чување на ембрионите, одлука врз основа на нивно барање треба да донесе Државната комисија. Начинот на земање и чување на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите ги пропишува министерот за здравство.

Во споредбеното право многу земји предвидуваат можност за криопрезервација и чување на репродуктивниот материјал. Сепак, постојат разлики во условите кои се бараат и кои треба да бидат исполнети (согласност на волјите, статусот на партнерите и здравствената состојба на ембрионот и сл.), како и во траењето на чувањето на репродуктивниот материјал. Во многу земји рокот на чување на репродуктивниот материјал е ограничен. Рокот на презервација во некои земји трае три години (Португалија, Бразил, Црна Гора), во други пет години (Франција, Данска, Холандија, Норвешка, Шведска, Швајцарија, Турција, Бугарија), додека во Словенија овој рок изнесува 10 години. Во некои правни системи, рокот од пет години може да биде продолжен за уште пет години (Тунис, Грција), а во Словенија овој рок може да биде пролонгиран за уште 10 години. Во Естонија рокот на чување на фертилизирани јајце клетки изнесува седум години. Голем број земји предвидуваат рок од 10 години (Австрија, Австралија, Унгарија, Израел, Исланд, Тајван), а во Велика Британија овој период под одредени услови може да биде продолжен за уште пет години. Во споредбеното право, најдолг рок за чување е предвиден во Шпанија и Канада каде фертилизирани јајце клетки можат да бидат чувани неодредено време.

При земањето и чувањето на сперматозоиди, јајце клетки и ембриони овластените здравствени установи се

должни да воспостават и ажурираат систем на квалитет врз основа на принципот на добра пракса (чл. 31 ст. 1). Врз основа на ова здравствената установа е должна да ги преземе сите неопходни мерки за да обезбеди систем на квалитет, кој вклучува најмалку: стандардни работни постапки, упатства, обука и референтни прирачници, формулари за извештај, податоци за донаторот и информација за крајната дестинација на половите клетки и ембрионите. Овие податоци се чуваат задолжително со цел да се обезбеди принципот на следливост. Овластената здравствена установа, исто така, е должна да ги обезбеди сите процедури за чување на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите и истите соодветно да се документираат и контролираат (чл. 32 ст. 1). Во тој правец таа треба да воспостави и применува постапки за контрола на просторот во кој се пакуваат и чуваат сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите, со цел да се спречат какви било случаи кои можат да имаат несакан ефект врз функцијата или интегритетот на половите клетки.

Според Законот за БПО лицата од кои потекнуваат чуваните сперматозоиди, јајце клетки и ембриони можат да побараат нивно пренесување во друга овластена здравствена установа заради сопствено користење во постапка на БПО (чл. 34 ст. 1). Овластената здравствена установа во која се пренесуваат сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите е должна да ги преземе и да го обезбеди квалитетот на клетките за време на пренесувањето. Покрај тоа, овластените здравствени установи можат да вршат увоз/извоз на сперматозоиди под услов да ги обезбедат стандардите за квалитет и безбедност, како и следливост од донаторот до примателот и обратно во постапките уредени со Законот за БПО, додека увозот или извозот на сперматозоиди го одобрува Агенцијата за лекови при Министерството за здравство (чл. 35).

Во постапката за БПО овластената здравствена установа е должна да воспостави систем на идентификација на донаторот, кој одредува единствен код за секое донирање и за секој од производите кои се поврзани со донирањето, со цел да се обезбеди следливост од донаторот до примателот и обратно. Овој систем, базиран на принципот на следливост, се применува и на сите релевантни податоци за производите и материјалите што доаѓаат во контакт со половите клетки и ембрионите (чл. 36 ст. 2). Како резултат на тоа, сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите добиени со донирање се означуваат со информации кои овозможуваат поврзување со информациите за постапките за набавка и прием во овластените здравствени установи и за нивното процедурирање, чување и дистрибуција.

Во македонскиот Закон за БПО, научно-истражувачката работа со ембриони е дозволена исклучиво со намена за подобрување на човечкиот живот, со согласност во писмена форма на брачните или вонбрачните другари од кои потекнува ембрионот, како и одобрение од Државната комисија, по претходно мислење од Етичкиот комитет (чл. 37 ст. 1). Во текот на истражувањата на ембрионите треба да се почитуваат современите достигнувања на медицинските науки, искуството и признатата практика во други држави како и правилата на општата медицинска етика. За воспоставување и употреба на нови постапки за БПО, додека се во експериментална фаза, потребно е одобрение од Државната комисија и писмена согласност на брачните или вонбрачните другари, односно жената (чл. 37 ст. 3).



