

Предизвиците од новата регулатива за сурогат мајчинство во Република Македонија

Challenges of the New Regulation on Surrogate Motherhood in the Republic of Macedonia

Игновска Елена¹

Резиме

Сурогат мајчинството во Република Македонија се вовеле со измените и дополнувањата на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување во 2014 година со што репродуктивната политика стана една од најлибералните во Европа и во светот. Договорите за носење на деца за други се пропратени со многу неизвесности и контраверзии (фрагментација на родителскиот концепт, инструментализација на телото на сурогат жената-гестациски носител, ексклузивност на брачни партнерства или подеднаков пристап на сите категории на партнерства/на индивидуално ниво, идентификациони информации спрема детето, репродуктивен туризам итн.) кои не изостануваат и во релативно новата регулатива на Република Македонија. Затоа, пожелно би било да се ревидира текстот на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување како и на Законот за семејството во нивниот пресек по посеофатни истражувања и дискусија. Ревидирањето треба да се насочи во правец на попрецизно дефинирање и спецификација на правниот родителски концепт, имајќи ги во предвид различните ситуации кои можат да настанат (како на пример, повлекување на согласноста на гестацискиот носител или на родителите со намера), како би се постигнала поголема правна сигурност и стабилност за планирано и одговорно родителство но и за заштита на интересите на детето кое треба да се роди. Правото на пристап до биомедицински потпомогнатите технологии треба да биде подеднакво достапно (или подеднакво забрането) за сите категории на потенцијални корисници на таквите услуги. Позитивното право треба да одговори на прашањето за откривање на идентификациони информации за учесниците во репродуктивниот проект на детето и да дозволи пристап до судски постапки за спорните ситуации кои можат да настанат во иднина.

¹Авторот е доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

Abstract

Recent revisions and amendments of the Law on Bio-medically Assisted Fertilization introduced surrogate motherhood in the Republic of Macedonia turning the national reproductive policy into one of the most liberal in Europe and worldwide.

Contracts for carrying children for others are accompanied with many uncertainties and contraverties (such as fragmentation of the parental concept, instrumentalization of the surrogate woman's body, exclusivity vs. open access to all categories of potential beneficiaries of such services, identifying (or not) information to the child, reproductive tourism etc.), all of which are not lacking in the relatively new regulation in the Republic of Macedonia.

For these reasons, it is recommended to revise the Law on Bio-medically Assisted Fertilization and the Family Law in their juncture following more in-depth research and discussions. The revision should provide precise definition and specification of the legal parental concept bearing in mind the diversity of situations and circumstances (for instance, consent withdrawal of the surrogate mother or of the intended parents) in order to achieve better legal certainty and stability in terms of planned and responsible parenthood, as well as better protection of children's interests after birth.

The right to access to bio-medically assisted technologies should be equally provided (or restricted) to all potential beneficiaries of these services. The topical positive law should provide answers how to reveal identifying information regarding the participants of the reproductive project to the child as well as to allow access to judicial proceedings in contested situations that may and will appear in due course.

1. Вовед: сурогат мајчинство и неговите главни контраверзии

Сурогат мајчинството подразбира носење на дете за друг/и родител/и. Најчесто започнува со склучување на договор меѓу жена која се согласува да носи дете и по неговото раѓање да го предаде (сурогат мајка/гестациски носител) и партнерите кои сакаат на овој начин да имаат дете (а не можат поинаку поради вродени или стекнати аномалии со матката на жената која не може да ја издржи бременоста). Постојат два типа на сурогат мајчинство: традиционално и гестационо. Традиционалното сурогат мајчинството добило името по тоа што традиционално се појавило пред ин витро оплодувањето и овозможува вештачка инсеминација *in vivo* на сурогат жената со генетски материјал на мажот кој сака да биде родител кога неговата партнерка не може да зачне или да го износи плодот. Јајце клетката од сурогат жената е фертилизирана преку интра-утерина инсеминација а како резултат роденото дете има генетски принт од таткото со намера и сурогат жената која што дополнително има генетска и биолошка поврзаност со детето. Вториот вид на сурогат мајчинство е гестационото сурогат мајчинство кое што се спроведува со помош на *in vitro* постапката каде што зачнатиот ембрион со генетски материјал на мажот и жената кои што сакаат да бидат родители (или дониран од трети лица) се внесува во сурогат жената. Поради тоа, таа нема никаква генетска поврзаност со ембрионот што го носи, но е одговорна за гестацијата и исхраната на детето во периодот на бременоста. Во Република Македонија со Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогно оплодување од 2014 година се вовеле вториот вид на сурогат мајчинство².

Главните контроверзии во сферата на сурогат мајчинството, а од аспект на семејното право се лоцираат во фрагментацијата на родителскиот концепт, па така родителите може да се појават како генетски, биолошки, социјални (фактички го вршат родителското право) и правни (утврдени на некој од начините за утврдување на родителството – фактот на раѓање, признавање, судска одлука и соодветно запишување во матичната книга на родените). Затоа неизбежно се поставува прашањето која од инволвираните жени треба да се смета за мајка на детето – жената со намера и условно кажано со „нарачка“ да биде мајка или жената што го родила детето имајќи го во предвид

²Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на Р.М., бр. 149, 13.10.2104

критериумот *mater semper certaest* (мајката е секогаш позната – жената што го раѓа детето) од римското право кој што е широко прифатен во сите земји кои носат континентално правна традиција³ вклучувајќи ја и Република Македонија⁴. Дополнително, тука се остава можност да се комплицира и татковскиот однос со детето имајќи во предвид дека се дозволува и донација на сперма (покрај донација на јајце клетка), па дури и ембрион за да се исполни репродуктивната желба на родителите кои сакаат да ја реализираат својата репродуктивна и соодветно родителска желба⁵. Затоа, главното прашање на кое што треба да се одговори е како ќе се утврдува родителскиот однос а притоа ни една од страните да не биде ставена во лоша позиција а да се води сметка за интересите на детето?

Второ, се поставува прашањето (доколку сурогат мајчинството е дозволено), кој треба да има право да аплицира за вакво биомедицинско потпомогнато оплодување (БПО)? Дали ексклузивното право на пристап за брачните партнери (а водено од брачната претпоставка за утврдување на татковство) како во измените на Законот за Биомедицинско потпомогнато оплодување (ЗБПО⁶) на Република Македонија е оправдано или е дискриминаторно во однос на другите категории потенцијални корисници на сурогат мајчинството (вонбрачни партнери и сама жена, кои веќе се корисници на правото на БПО во сферата на донации на генетски материјал и постхумна репродукција⁷?

³Во оваа смисла е случајот *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (02.03.1988) кој како пионерски случај во оваа област ги разликува темелите на претпоставката *mater semper certa est* во услови на недостаток на соодветна правна рамка за сурогат мајчинство од една страна, и постоечка семејно правна рамка базирана на римската максима од друга страна. Понатаму, случајот ја нагласи невозможност да се превиди човековото однесување кога станува збор за носење на репродуктивни одлуки за други поради причина што сурогат жената ја повлече својата согласност во обид да ги избегне договорните обврски да го предаде детето на родителите за кои е наменето по неговото раѓање. По овој случај, многу автори дискутираа за можноста воопшто да се склучуваат договори кои се однесуваат на користење или изнајмување на делови од човечкото тело кои неизбежно се поврзани со емоции кои не можат да бидат конзервирани во рационалните рамки на договорите. За ваквата анализа видете повеќе кај Schultz M.M., “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood. An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 297, 1990, стр. 350.

⁴Во Законот за семејството (ЗС) на Република Македонија нема изрична одредба со која што се определува која жена ќе се смета за мајка на детето бидејќи законодавецот (во времето на носење на законот) тргнал од римската претпоставка, сметајќи дека мајката е секогаш сигурна по фактот на раѓање. Ваквата претпоставка се провлекува индиректно низ целиот закон (како на пример чл. 2 кој одредува дека родителскиот однос настанува со раѓање и посвојување, чл. 52 – „...одредено дете кое го родила одредена мајка“ итн.).

⁵Видете во Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на Р.М., бр. 149, 13.10.2104 чл. 6-а.

⁶Видете во Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на Р.М., бр. 149, 13.10.2104 чл. 12-а.

⁷Видете Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на Р.М., бр. 37, 19.3.2008, чл. 9.

Трето, формата на склучување на договор за користење на услуга или туѓо тело за раѓање на дете за друг имплицира дека услугата или телото на сурогат жената се инструментализираат и ставаат во правниот промет, и аналогно се наметнува прашањето дали за возврат може да следи соодветна компензација или награда или мора да биде исклучиво даровно т.с. алтруистички. Според некои критичари на сурогат мајчинството, ваквата практика е неетичка и неморална спрема жените кои под изговор дека склучуваат договор изразувајќи информирана согласност се всушност манипулирани најчесто поради лошата економска позиција во која што се наоѓаат, па така сурогат мајчинството се поистоветува со проституција. Ова особено е проблем на сиромашните земји како Индија или Украина, каде што се проценува дека репродуктивниот туризам е економска активност која што генерира голема сума на пари на годишно ниво. Од друга страна пак, се проценува дека доколку не постои никаков материјален стимуланс, не би имало ни жени кои би се согласиле да ја превземат улогата на сурогат мајки. Во поглед на ова прашање, компаративно, регулативитена САД и Европа се разликуваат. Додека првите се повеќе водени од механизмите на пазарот во поглед на економската компензација, на европско тло постои унифициран став дека донациите на клетки и делови од човековото тело можат да бидат исклучиво алтруистички⁸. И покрај ваквата тенденција на алтруизам во донациите, спорно е дали таа може да се спроведе во пракса и како тоа би се контролирало. Така на пример, начелниот став на македонското решение (а во согласност со европските стандарди) е дека сурогат родителскиот проект е алтруистички. Сепак, дозволен е надомест на трошоци направени за исполнување на должноста на носилката (храна, превоз, болнички прегледи итн.) кои не смеат да го надминат износот од една просечна плата исплатена во стопанството на Република Македонија во претходната година. Во поддршка на алтруистичкиот карактер е и забраната за давање на подароци во вредност поголема од 100 евра за целиот тек на постапката и по породувањето од брачната двојка за гестациониот носител (чл. 12-г од погоре цитираните измени во Законот). Имајќи го во предвид широкиот спектар на можни злоупотреби кои и не мора да се официјално

⁸ Ова е во согласност со принципот на информативната согласност, автономноста да се одлучува и индивидуалната одговорност за алтруистички донации како што е пропишано во членовите 5 и 6 од Универзалната декларација за биоетика и човекови права (УДБЧП) и членот 5 од Конвенцијата за заштита на човековите права и достоинството на човечкото суштество во однос на примената на биологијата и медицината (Конвенцијата од Овиедо).

договорени се поставува прашањето дали станува збор за деклараторна определба или реалност во спроведувањето на сурогат договорите.

2. Концептуални разлики во терминологијата на пресекот меѓу семејното право и биомедицинско потпомогнатото оплодување

2.1. Прокреирање, носење и одгледување на дете

Разликата меѓу *одгледувањето* (како фактичко вршење на родителските права/одговорности), *носењето на дете* (како гестациско 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 биолошки врска со детето. Фактичкото вршење на родителското право е поврзано со улогата на социјалните родители или законските родители, кои "практицираат родителство", и како такво, е прашање во спорови за старателство. *Носењето/гестаацијата* на дете од друга страна, се однесува на гестациската грижа за детето во текот на бременоста што води до раѓање на дете. Затоа носењето на дете е поврзано со гестациската улога на мајката/жената која што само носи дете, која во суштина е биолошка улога и не треба да се меша со улогата на лицето/лицата кое/кои 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, сè уште е дека мајка на детето е жената која го носи, односно раѓа детето⁹. Спротивно на тоа, целта и намерата на договорот за сурогат мајчинство е да се разграничат *гестациската улога* и *улогата на фактичко вршење на родителското право* (инаку вообичаено поистоветени) и тоа на различни жени: на сурогат жената и договорената мајка, соодветно. *Прокреирањето* е поврзано со генетската поврзаност со

⁹ Ова исто така е прифатено во т.н. *Бела книга* - "White Paper" како главен принцип. Затоа сурогат жената е правно дефинирана на начин кој дозволува дополнително модифицирање на правното родителство по раѓањето со подоцнежнo посвојување од родителите – „нарачателите“ што не го става под прашање правното мајчинско сродство во времето на раѓањето. 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.

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 во дискусиите за сродство да се направи разлика помеѓу различните улоги при можна фрагментација. Генетското родителство како пренесување на гени на детето е основа на правното сродство. 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 оваа дискусија. 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 дете¹⁰. Имено, некои аспекти од 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 *принципот на првенство*¹¹ што ја зголеми личната важност на задоволување на потребата за дете, Чедвик асоцира на релевантноста на барањето да се биде корисник на БПО со постоењето или непостоењето на алтернативни решенија за остварување на истата цел. Во таа смисла, специфичната потреба да се *одгледува* дете е поврзана со социјалната улога на родител, опфаќајќи ја потребата за грижа 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 е 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 неосвоен, додека аргументот за приоритет на БПО *vis-à-vis* посвојувањето е помалку издржан.

¹⁰ Видете повеќе: Chadwick F.R. (ed.) *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, Routledge, 1992, стр. 11-12.

¹¹ За *принципот на првенство* видете во 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 и 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.

2.2. Генетски предци/прогенитори/донори, гестациски носители и законски родители (генетски, биолошки, социјални и правни)

Разликата меѓу *генетските предци/прогениторите/донорите, гестациските носители и законските родители (мајката и таткото)* е разлика помеѓу лица кои „се“ генетски родители, „се“ гестациски родители (го носат фетусот) или „се“ законски родители, односно лицата кои се генетски поврзани со детето, физички го раѓаат детето или ги извршуваат родителските одговорности. Во правна смисла, вршењето на родителската улога е одговорност само на правно признатите родители¹², опфатена преку старателството, грижата за личноста, воспитувањето и образованието на детето, како и финансиската поддршка и правото на наследување, правејќи ги родителските одговорности вградени во поимот родителство¹³. Соодветно на тоа,

¹² *Препораката бр. R (84) 4 за родителските одговорности* на Европскиот Совет, 28.02.1984, во начелото бр. 1, параграф 2 ја дефинира употребата на термините „татко“, „мајка“ и „родители“, како и лицата кои имаат правно сродство со детето. „Белата книга“ (*op.cit.*) се однесува само на „фактичките родители“ (лицата чие родителство е воспоставено на начин пропишан со законот). „Предлог препораката“ (*infra*) 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 и на воспоставувањето на биолошко или гестациско родителство (што е во медицинска надлежност), а ниту пак се однесува на социјалното или психолошкото родителство. И покрај ова, одредбите за *правно родителство* (член 6-18) имаат за цел да обезбедат рамнотежа помеѓу "биолошката вистина" и "социјалното или психолошкото родителство" одразувајќи го фактот на взаемно живеелиште со детето и родителот во улога на старател на детето. (видете стр. 31 од „Предлог препораката“, *Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities*, Committee of Experts on Family Law (CJ-FA), Explanatory Memorandum, Revised version proposed by Nigel Lowe after the 4th Meeting held in Strasbourg from 16 to 18 March, 2011; Preamble of the *Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities*, Committee of Experts on Family Law Tasked to Draft One or More Legal Instruments on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities (CJ-FA), Strasbourg, 13 July, 2011; *Appendix IV Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities, Explanatory Memorandum*, CJ-FA, 2011 RAP 5 prov.).

¹³ *Препораката бр. R (84) 4 (op.cit.)*, 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 на 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

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 развој¹⁴, (2) грижа и заштита, (3) издржување и лични односи, (4) образование, (5) правно застапување, (6) утврдување на место на живеење, и (7) управувањето имотот¹⁵. „Вршењето“ на родителските одговорности ја признава реалноста на одгледување на децата, додека „бивањето родител“ ја признава генетска идентификација меѓу родителите и децата на ниво на факт¹⁶. 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 тато“ и „донор“, додека правната литература и судската пракса ги развија концептите "правно", "социјално" и "физиолошко" родителство¹⁷. Правното родителство е поврзано со правно релевантните факти за утврдување на родителството, додека социјалното родителство е поврзано со семејните односи поврзани со образованието и воспитувањето на децата од возрасните кои не се нивни биолошки родители¹⁸. Генетските родители се различни од биолошките родители, во смисла дека првите (во потесното значење според Холандскиот закон)

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 единина се користи во Хашката конвенција за меѓународно приватно право, и од Европската комисија. Терминот „родителски одговорности“ во множина се користи од страна на Советот на Европа како 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.

¹⁴Предлог препорака, член 20.

¹⁵Ор. cit. Белата книга, начело 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.

¹⁶Masson 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.

¹⁷Antokolskaia 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.

¹⁸*Ibid.*

имплицираат дека детето е зачнато по природен пат, додека вторите само имплицираат генетска врска помеѓу родителот и детето, без оглед на начинот на зачнувањето¹⁹. 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“²⁰.

Додека антропологијата прави разлика помеѓу *pater* како лице кое е општествено признато како татко и *genetrix* како лице кое верува дека 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 социјалното сродство, тврдејќи дека можат да постојат дискрепанци како резултат на развојот на човековите културолошки идеи за семејството²¹. Во римското право постои презумпција дека мајката е секогаш сигурен родител (поради фактот на раѓање), додека таткото не е. Оваа презумпција се потврдува како актуелна и во денешно време дури и во случаите на постхумна инсеминација, донација на генетски материјал на партнери дури и кога сама жена зачнува дете со непознат донор на сперма. Сепак, оваа презумпција го губи своето значење во случаите на сурогат мајчинство каде што жената што го раѓа детето, по правило, не може да се идентификува со мајчинската улога.

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 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) *небиолошка 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 генетски поврзан со детето); и (2) *небиолошки татко* (човекот кој го одгледува детето, но нема генетско сродство со него)²².

¹⁹*Ibid.*

²⁰ Explanatory memorandum, Kamerstukken II, 1995-96, 24649, No.3, стр. 8.

²¹ Barnes J.A., “Physical and Social Kinship”, *Philosophy of Science*, Vol. 28, No. 3, 1961, стр. 296-299

²² 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.

Понатаму, Вонк илустрира три правни димензии на односот родител-дете: (1) *биолошко/генетско родителство*; (2) *правно родителство*; и (3) *родителска одговорност*²³. 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 социјалниот родител, односно старателот му се доделуваат родителските одговорности со судски налог)²⁴. Вонк, исто така предлага да се напушти концептот дека детето може да има само два правни родители, бидејќи тие не мора да се нужно биолошки родители, или барем да се прифати регулатива која го препознава, а со тоа и признава тристраното правно родителство веќе утврдено во некоја друга странска земја²⁵.

Во Република Македонија критериумите за утврдување на правните родителски одговорности може да се сумираат во три категории: (1) *биолошки/генетски критериуми* (определени од фактот на биолошкото/генетското сродство со детето²⁶), (2) *законски критериуми* (определени од законот, како на пример, брачната презумпција или содополнителните законски постапки превземени за да се стане родител, како на пример признавање, посвојување); и (3) *социјални критериуми* (определени од фактот на заеднички семеен живот со детето, а во согласност со член 8 од ЕКЧП и пресудите на ЕСЧП кои дури даваат приоритет на фактичкиот семеен живот во однос со генетската врска)²⁷. Иако биолошките и генетските критериуми се земаат како најрелевантни во

²³*Ibid.* стр. 7.

²⁴ 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 Voelke-Woelki K., et al., *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, стр. 117.

²⁵*Ibid.*

²⁶ Биолошките, физиолошките, гестациските и генетските критериуми беа споени во еден критериум пред воведувањето на сурогат мајчинството.

²⁷ Игновска Е., *Био-репродуктивна етика и право. Новите репродуктивни технологии и родителското право*, Биггос, 2010.

постапките за утврдување и оспорување на родителската улога пред воведувањето на БПО, денес правните интервенции во однос на согласноста базирана на намера, придружена со други административни механизми во случај на посвојување и БПО и фактичкиот семеен живот треба да имаат одлучувачка моќ. Кога овие критериуми ќе имаат одредено значење, нема да има потреба да се забрани водење на постапки за утврдување или оспорување на татковство или мајчинство за деца родени со „вештачка инсеминација“ или посвоени²⁸.

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 родителството) 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.

Термините *донор* и *родител* не се совпаѓаат на најмалку три нивоа: нивната намера; правното утврдување на родителството; 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 ограничуваат терминолошкото користење на родителството само на правниот аспект, односно на родителството утврдено на начин пропишан со закон, поради фактот што биолошкото родителство претставува главно медицинско

²⁸*Infra* 44.

прашање²⁹. Врз основа на овие постулати, подоцнежниот *Анекс IV* на *Предлог Препораките за правата и правниот статус на децата и родителските одговорности*³⁰ 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 *ифактичката вистина* одразувајќи го социјалното и психолошкото родителство условено од фактот со кого детето живее и кој се грижи или ќе се грижи за него³¹.

3. Европскиот суд за човекови права во однос на регулативата на сурогат мајчинството

Во принцип, во сферата на семејното право, државите членки на Советот на Европа имаат поголема флексибилност во однос на примената на одредбите од Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП). Така, прагот на толерантност во голема мера зависи од само-прокламираните вредности и нивната интерпретација на секоја држава одделно, кои што пак се зависни од комплексен и уникатен сплет на традиција, култура, филозофија, морал, историја итн. Советот на Европа дури официјално се има произнесено дека “специфичната природа на семејството е под големо влијание на културата и традицијата и тоа претставува една од пречките за правна хармонизација на европско ниво”³². Од друга страна, пак има и критичари на преголемата флексибилност на овој праг на толерантност кои промовираат поголема хармонизација на семејното право на ниво на Европа, во преден план промовирајќи ги човековите права кои треба да надтежнат над обичајните догми завиени во велот на традиција и локален морал, дека традицијата не е света и дека семејството е човечка конструкција која што зависи од идеолошката матрица во определено општество и не треба да биде премногу заштитена особено кога е

²⁹*Op. cit.* Белата книга, 2006.

³⁰ Анекс IV на Предлог Препораките за правата и правниот статус на децата и родителските одговорности, Меморандум за објаснување, CJ-FA (2011) RAP 5 prov. (Член 2).

³¹*Ibid.*

³²*Council Report on the Need to Approximate Member States' Legislation in Civil Matters* of 16th November, 2011, 13017/01 justciv 129, стр.114.

испитувана во контекст на универзални вредности како што се човековите права³³. Според нив, спротивно од тоа, семејните права треба да бидат средство или медиум за промовирање на човековите права. Мора да се нагласи дека постои разлика меѓу унификација и хармонизација на семејното право. Додека првата се однесува на примена на идентични правила во сите национални правни системи, обврзани со меѓународни или регионални инструменти, втората опфаќа позитивни права во специфични области кои што се во меѓусебна хармонија на начин што ги сведуваат разликите до минимум. Во оваа смисла процесот на хармонизација на семејните права во Европа не само што евозможен, туку е и посакуван.

Еден од механизмите за ценењето на Европскиот суд за човековите права (ЕСЧП) дали земјата ги преминала границите на прагот на толеранција е изложувањето на мерилото на Европски стандард, тс. процената колку други земји во Европа го регулираат тоа прашање на ист или сличен начин. Така во областа на сурогат мајчинството, не постои европски стандард, односно повеќе земји експлицитно го забрануваат (15), во споредба со помалку земји кои го дозволуваат (7). Останатите или не го регулирале ова прашање или оставаат на самите клиници да одлучат од случај во случај³⁴.

Така, сосема е јасно дека не постои обврска на државите членки на Советот на Европа да го регулираат сурогат мајчинството, уште помалку да го дозволат како што не постои ниту обврска да го забранат. Согласно со ова, сурогат мајчинството е ново (дури и експериментално) без исцрпна судска пракса. Некои други земји (на пример САД, Канада, Австралија) имаат побогата судска пракса. Сепак, на европско тло два речиси идентични скорешни случаи стигнаа до ЕСЧП - *Mennesson v. France*³⁵ и *Labassee v. France*³⁶ (2014 година) кои се пионерски и како такви носат заклучоци и претставуваат прецеденти во оваа област. Имено, тие се однесуваат на репродуктивен туризам од земја која што забранува (Франција) во земја која што дозволува (САД, Калифорнија) сурогат мајчинство. Тужбата е поднесена од лицата со намера да бидат родители кои не можат да

³³Видете на пример 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; De Groot, G.R., "Op Weg naar een Europees Personen – en familie recht?", *ArsAcqui*, No. 44, 1995, стр.29.

³⁴*Mennesson v. France*, 65192/22, Европски суд за човекови права, пресуда од 26.9.2014, параграф 78.

³⁵*Mennesson v. France*, 65192/22, Европски суд за човекови права, пресуда од 26.9.2014.

³⁶*Labassee v. France*, 65941/11, Европски суд за човекови права, пресуда од 26.6.2014.

го запишат своето родителско право во матичната книга на родените во Франција каде што планираат да живеат со потврда за запишано татковство и мајчинство и судска наредба од Калифорнија. Случаите се типични по тоа што констатираат широк праг на толерантност на државите да го стават под своја јурисдикција прашањето за сурогат мајчинството од една страна, не признавајќи повреда на членот 8 за потенцијалните правни родители, но од друга страна наметнуваат обврска на Франција да ги запише родените деца во матичната книга на родените на Франција поради повреда на нивните права гарантирани со членот 8 од ЕКЧП и членот 7 од КПД. Овие случаи имаат големо значење за меѓународните сурогат договори, поради тоа што наметнуваат обврска на државата во која што ќе се вратат родителите и децата да ги препознае договорите и покрај фактот што не ги регулира или ги забранува во националната легислатива. Така, Судот завзема став дека помеѓу двете понудени опции на држава која забранува сурогат мајчинство (независно поради која аргументација) – 1) да не се утврди правно семејната врска која не е во согласност со националните одредби или 2) да се утврди семејната врска поради тоа што државите имаат обврска да го заштитат приватниот и семејниот живот пред се, секогаш треба да се почитува втората. Ова практично значи дека и држави кои не регулираат на начин да дозволуваат сурогат мајчинство во својот национален поредок, имаат обврска истото да го препознаат доколку се извело во друга држава. Според ова, регулирањето на сурогат мајчинството е препорачливо, но само доколку е усогласено со внатрешниот позитивно-правен систем, пред сè со одредбите на домашното семејно право.

4. Република Македонија и регулативата на сурогат мајчинството

Законот за Биомедицинско потпомогнато оплодување од 2008 година изрично го забрануваше сурогат мајчинството³⁷. Измените на законот во насока на негово дозволување датираат од крајот на 2014 година на кои претходеше неколку месечна дебата, што генерално се одвиваше во насока на промовирање на ваквата практика а од аспект на исполнување на желбата на родителите кои сакаат да имаат деца (а не можат) и

³⁷Чл. 27 од поранешниот *ibid.* Закон за био-медицински потпомогнато оплодување.

За сурогат мајчинството и неговите дилеми пред измените во законот видете Мицковиќ Д., Ристов А., „Биомедицински потпомогнато оплодување во Република Македонија“, *Актуелните биоетички предизвици во Македонија*, Арс ламина, 2013, стр. 122.

консеквентно овозможување на пристап до технологии кои ќе ја подигнат ниската стапка на наталитетот во државата³⁸. Имајќи ја во предвид претходната забрана и сензитивноста на прашањето, дебатата траеше многу кратко а во неа не беа вклучени повеќе истражувања од различни области за да најпрво се одговори на прашањето дали треба да се воведат сурогат мајчинството (предупредувајќи на сите споредни негативни последици) па дури потоа (доколку се има афирмативен одговор на претходното прашање) да се прејде на нормативна и номотехничка регулатива на материјалните и другите технички и административни аспекти на постапката. Клучните аргументи во расправата за воведување на сурогат мајчинството беа насочени кон „посрекувањето“ на брачните партнери кои сакаат да основаат семејство но „жената има вродено/стекнато отсуство на матка или вродена аномалија на матката која не може да се корегира со модерни хируршки процедури...“³⁹. Избрзаниот афирмативен одговор не кореспондира ниту од една страна со целта што треба да се постигне, бидејќи вакви случаи (абнормалности на матката) се многу ретки (во пракса можеби ќе има неколку случаи годишно), ниту од друга страна, со среќата на тие родители, бидејќи може да предизвикаат правни проблеми со утврдувањето на мајчинството (дури и татковството во случаите на дониран генетски материјал).

Друг недостаток е тоа што во дебатата малку се посвети внимание на положбата на жената која што ќе се согласи да биде носилка-сурогат мајка (освен критериумите што треба да ги исполни и нејзините права и обврски⁴⁰), како и детето кое што ќе се роди на овој начин. Дополнително, се создаде конфузија во смисла на кохерентноста на внатрешниот правен систем бидејќи од една страна, материјата од областа на семејното право е традиционална, а од друга страна, материјата од областа на примената на репродуктивните технологии кои несомнено имаат влијание врз засновањето на семејствата и семејниот живот е дури една од најлибералните во Европа. Така, по измените се заостриколизирани во рамките на националниот правен систем во смисла на усогласеност на ЗС и ЗБПО. Така, во измените на ЗБПО се предвидува забрана за сурогат

³⁸Видете ја дискусијата по предлог измените на законот од стенограмските белешки на собранието <http://62.220.196.22/ext/materialdetails.aspx?Id=5bbe1c2b-daaaf-47e7-8404-1721f062cf63>.

³⁹*Op. cit.* Закон за изменување и дополнување на законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, чл. 12-1.

⁴⁰*Ibid.* чл. 6-а и 12-г.

жената да го признае мајчинството на детето што ќе го роди⁴¹, а во ЗС воопшто нема одредби кои се однесуваат на признавање на мајчинството (само на татковството на дете родено надвор од брак) поради тоа што низ целиот закон провејува принципот дека за мајка на детето ќе се смета жената која што го родила детето. Компаративно, во земјите кои што дозволуваат сурогат мајчинство преовладуваат два концепти во врска со ова прашање: 1) концептот дека мајка е жената што раѓа е правило со единствен исклучок кога станува збор за сурогат мајчинството, запишувајќи ја мајката со намера (а не таа што раѓа) веднаш по раѓањето (Грција⁴², Украина)⁴³ и 2) концептот дека мајка е жената што раѓа е универзален, без исклучоци, така што во случај на сурогат мајчинство за мајка ќе се смета жената што родила која потоа со судска наредба и во соодветна постапка ќе може да го даде детето на посвојување (Велика Британија).

Дополнително проблематични се одредбите во ЗС кои предвидуваат дека дете зачнато со вештачка инсеминација или посвоено нема пристап до судски постапки за утврдување/оспорување на мајчинство/татковство⁴⁴ кое наметнува дискриминаторски однос спрема една категорија на деца и родители. Во тесна врска со постапките, проблематично е и тоа што информациите за потеклото на донорите на генетскиот материјал се сметаат за класифицирана тајна⁴⁵ што е спротивно на членот 7 од Конвенцијата за правата на детето кој гарантира право на детето да го знае своето генетско потекло и својот идентитет а во рамки на членот 8 од Европската конвенција за човековите права во смисла на почитување на приватниот и семејниот живот. Во однос на ова прашање дополнително се разидуваат ЗС, поранешниот и изменетиот ЗБПО. Имено, во измените на ЗБПО се дозволува податоците за гестацискиот носител и начинот на кој детето е зачнато и родено да му бидат соопштени на детето по навршување на пет годишна возраст (чл. 12-в) од една страна, додека се задолжуваат овластените здравствени установи да „...обезбедат заштита на сите лични, медицински и генетски податоци за гестацискиот носител, брачната двојка и детето.“ од друга страна. Ваквите одредби се повеќе од концептуално збунувачки, особено доколку се има во предвид долгогодишната

⁴¹*Ibid.* чл. 12-в (пар.1)

⁴²Чл. 1458 и 1464 од Грчкиот граѓански законик.

⁴³Видете повеќе во Natzis N.A., “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, *Social Science and Research Network*, 2010, стр 3 и 6 - http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689774.

⁴⁴*Op. cit* Закон за семејството, чл. 62, 63 и 71.

⁴⁵*Op. cit.* Закон за био-медицински потпомогнато оплодување, чл. 7,48 и 57.

правна традиција на „чување на тајни“ во сферата на „вештачката инсеминација“ и посвојувањето во Република Македонија која самата по себе заслужува критика. Во оваа насока, една од најпознатите банки на сперма во светот – данската Криос, на својата официјална веб страна претпазливо најавува „ние имаме склучено договор со страните (донори и оние кои сакаат да бидат родители) но немаме склучено договор со идните деца и не можеме да влијаеме на нивното однесување, барања и потреби“⁴⁶. Неможноста за водење на судски постапки за оваа категорија на случаи е отежнителна околност за регулатива која дозволува, имајќи во предвид дека во останатите земји во кои што се дозволени сурогат мајчинствата веќе се појавени многу случаи пред националните судови.

Не помалку спорно е тоа што правото на користење на БМПО со сурогат мајчинство имаат исклучиво брачни партнери. Ваквиот екслузивитет не е случај кога станува збор за другите репродуктивни технологии – алогенеичко, автологно ин витро оплодување или постхумна репродукција, каде што правото е резервирано подеднакво како за припадниците на официјалната семејна институција – брак, така и за другите алтернативни семејни форми - вонбрачните заедници па дури и за сама жена.

Исто така, се поставува прашањето дали предвидениот алтруизам во целата постапка може доследно да се применува, односно дали е деклараторен или практично реален? Имено, носење дете за друг претставува ангажирање физичко, емотивно, временско итн. (договор кој опфаќа обврска за некој друг нешто да се даде, прави, не прави или трпи) кое вклучува не само медицински потфат и време, туку и обврска за правилна исхрана и соодветен начин на живот, воздржувања итн. Оттука, нејасно е дали воопшто ќе има жени кои би се согласиле на ваков алтруизам, или пак можеби оние кои ќе се согласат ќе добијат за тоа соодветен надомест кој што меѓутоа не мора да биде пријавен, што повторно не враќа на старото прашање во врска со комодификацијата на човечкото тело или неговите делови. Исто така треба да се имаат во предвид и непредвидени и непожелни сценарија како на пример закана со абортус од сурогат жената за паричен или друг вид на надомест или поради друга причина⁴⁷. Во прилог на ова е и една од пионерските решенија

⁴⁶<http://dk.cryosinternational.com/about-us/>.

⁴⁷Измените во македонскиот закон дозволуваат гестациониот носител да поведе постапка за прекинување на бременоста дури и без да постојат медицински индикации (чл. 12-г) што исто така е контроверзно прашање имајќи во предвид дека со склучување на договорот а пред внесувањето на ембрионот во нејзиното тело се

за оваа проблематика понудена во Warnock Report (во Англија после раѓањето на првото бебе од епрувета) која препорачува дека сурогат мајката треба да ги почитува договорните обврски но исто така има и право да одлучи да го задржи детето доколку така одлучи по раѓањето⁴⁸.

Имајќи ги во предвид погоре изнесените контраверзии кои ги следат договорите за носење на деца за други, кои не изостануваат во релативно новата регулатива на Република Македонија во оваа област, пожелно би било да се ревидира текстот на Законот за Биомедицинско потпомогнато оплодување како и на Законот за семејството во нивниот пресек. Ревидирањето треба да се насочи во правец на попрецизно определување на правните родители, имајќи ги во предвид различните ситуации кои можат да настанат (повлекување на согласноста на гестациониот носител или на родителите со намера), како би се постигнала поголема правна сигурност за планирано и одговорно родителство но и за заштита на интересите на детето кое треба да се роди. Правото на пристап до биомедицински потпомогнатите технологии треба да биде подеднакво достапно за сите категории на потенцијални корисници на таквите услуги. Позитивното право треба да одговори на прашањето за откривање на идентификациони информации за учесниците во репродуктивниот проект на детето и да дозволи пристап до судски постапки за спорните ситуации кои можат да настанат во иднина.

согласила на бременоста што значи дека не може да станува збор за несакана бременост. Дополнително контраверзна е одредбата во измените која пропишува можност гестациониот родител да го посвои детето што ќе го роди доколку сака и доколку детето е оставено без родителска грижа од страна на брачната двојка која е со непознато живеалиште/престојувалиште повеќе од една година, или без оглед на причините, привремено или трајно не ги извршува своите родителски права и должности или им е одземна деловната способност или вршењето на родителското право (чл 12-в) доколку повторно се има во предвид главната цел на сурогат договорите – планирано, посакувано и одговорно родителство.

⁴⁸The Warnock Report, 1978 - <http://www.educationengland.org.uk/documents/warnock/warnock1978.html>.