

## ПОСТХУМНАТА РЕПРОДУКЦИЈА И НАСЛЕДНОТО ПРАВО

Проф. д-р Дејан Мицковиќ \*

UDK 347.66:61  
Izvorni znanstveni rad  
Primljeno: rujan 2010.

*Во овој текст авторот ќе се задржи на анализа на правните дилеми кои произлегуваат од постхумната инсеминација. Во трудот авторот го анализира прашањето за влијанието на постхумната инсеминација врз брачните и семејните односи. Во текстот се прави осврт на правниот статус на замрзнатите репродуктивни клетки, како и анализа на прашањето за утврдувањето и оспорувањето на татковството на детето зачнато со постхумна инсеминација. Посебно внимание во текстот се посветува на можноста и потребата детето да стане наследник на неговиот генетски татко. Покрај анализата на македонското законодавство, во текстот се дава и компаративно правен преглед на регулирањето на постхумната инсеминација во поголем број европски земји и во САД.*

*Клучни зборови: постхумна репродукција, наследно право*

### Општи карактеристики на постхумната репродукција

„Господару, дали би сакале да слушнете една убава приказна за љубовта и смртта“? Ова е почетокот на приказната за Тристан и Изолда, во која се опева љубовта и лојалноста, и која претставува едно од најубавите литературни дела во Западната цивилизација, со кое може да се спореди единствено приказната за трагичната љубов на Ланселот и Гвиневра од „Витезите на тркалезната маса“. За ова ремек - дело на Западната цивилизација Дени де Ружмон, во својата студија

---

\* Др. Дејан Мицковиќ, професор, Правен факултет Јустинијан Први, Универзитет Св. Кирил и Методиј, Крсте Петков Мисирков б.б. Скопје, Република Македонија

„Љубовта и Западот“, вели дека „почетокот на Тристан и Изолда може да се смета како идеален тип на прва реченица во еден роман“<sup>1</sup>.

Можеби невообичаено за еден текст од областа на правото да ја споменуваме славната историја за Тристан и Изолда, но во рамките на овој труд се опфатени теми што ги содржат истите мотиви како и ова дело: имено, ќе стане збор за љубовта, смртта, но и за животот - најзначајните, најголемите теми на секое човечко општество. Имено, овој труд е посветен на постхумната репродукција, технологија која овозможува зачнување и раѓање на дете постхумно, по смртта на родителот. Тука се содржани мотивите на љубовта, која е основа еден од родителите да сака да се зачне и да се роди детето по смртта на неговиот сакан партнер; во неа е содржана темата на смртта, но и на животот, затоа што се раѓа детето и еден од партнерите станува родител и по својата смрт.

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>2</sup>. Општо земено,

<sup>1</sup> Види Denis de Rougemont, *L'amour et l'Occident*, Librairie Plon, Paris 1972, стр. 15.

<sup>2</sup> Според Bahadur, „земањето и користењето на репродуктивните клетки и ембрионите е неизбежно емотивно, и отвора 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. Benschushan и Schenker наведуваат дека последните значајни технолошки иновации во репродуктивната медицина, 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 обрабо-

новите 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 инженеринг 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 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 рedefинирање или проширување на границите на татковството, мајчинството, родителството и семејството<sup>3</sup>.

---

туваат 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 има влијае врз формирањето на идентитетот на детето и градењето 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, str. 48-49.

<sup>3</sup> Исклучително спорни се прашањата околу правната природа на човековиот ембрион и можноста за манипулирање со човековиот генетски материјал. За ова прашање види ја одличната студија на Guenin: *The Morality of Embryo Use*, Louis M. Guenin, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2008. Посебно големи дебати предизвика сурогат мајчинството, кога една жена склучува договор според кој таа го носи и го раѓа детето за некој

Раѓањето на идејата за постхумна 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>4</sup>. Со текот на времето замрзнувањето на репродуктивните клетки станува сè поуспешно, така што денес криопрезервацијата на репродуктивните клетки и на ембрионите е рутинско и тоа се врши во некој од бројните овластени медицински центри. Сè уште не е точно утврдено колку години може да биде за-

---

друг; види Дејан Мицковиќ, Уговори о сурогат материњство: Етички и правни аспекти, Копачичка школа природног права, 2008. Кај сурогат мајчинството доаѓа до „фрагментација“ на концептот мајка, така што едно дете може да има три потенцијални мајки: жената што ја донирала јајце-клетката, жената што го носи и раѓа детето и жената што склучува договор со сурогат-мајката која и го предава детето по раѓањето. Повеќе за спорните прашања околу сурогат мајчинството во САД види Storrow, R., S., *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parenthood*, *Hastings Law Journal*, Vol. 52, 2002, str. 604-623. Некои автори дури се залагаат за редефинирање на концептот на мајката и за прифаќање на „плуралното родителство“. Според нив, тоа може да биде во интерес на детето затоа што за него би се грижеле повеќе лица што се носители на одредени родителски овластувања; види повеќе Jacobs, M., B., *Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents*, *Journal of Law & Family Studies*, Vol. 9, 2004. За правното регулирање на новите репродуктивни технологии во Република Македонија види Мицковиќ, Д., Законот за биомедицински потпомогнато оплодување-дилеми, Правник, Здружение на правниците на РМ, бр. 203, Скопје, 2009. Освен сурогат мајчинството, по клонирањето на овцата Доли во 1996 година од страна на тимот предводен од Јан Вилмут, од Рослин институтот во Шкотска, голема дебата се води и околу оправданоста за клонирање човечки суштества. Во сите современи законодавства репродуктивното клонирање е забрането. Во извештајот објавен во 2002 година од страна на Советот за биоетика, формиран од страна на претседателот на САД, се вели дека „човековото достоинство е загрозувано од клонирањето, затоа што асексуалната репродукција ги менува фундаменталните карактеристики на тоа што претставува човек“ Види повеќе *Human Cloning and Human Dignity*, *The President's Council on Bioethics*, Washington DC. July 2002. Сличен е ставот и во европските земји; Европскиот парламент во 1997 година смета дека клонирањето „не треба да се дозволи затоа што е тоа спротивно на принципот на еднаквост на човечките суштества, затоа што дозволува евгеничко и расистичко селектирање на човековата раса и претставува повреда на човековото достоинство“. Повеќе за аргументите против клонирањето види кај Cohen, C., B., *The Ethics of Human Reproductive Cloning: When Worlds Wieve Collide, Accountability in Research, Policies and Quality Assurances*, Vol. 12, No. 3, 2003. За филозофските аспекти на клонирањето види Naury, M., *Philosophical Arguments for and Against Human Reproductive Cloning*, *Bioethics*, Vol. 17, No.5-6, 2003.

<sup>4</sup> Види повеќе кај Benschushan, A., Schenker, J., цит. Дело, стр. 1407.

мрзната 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 сè до неколку стотици години<sup>5</sup>. Една клиника успеала да искористи сперма замрзната речиси дваесет години, при што жената која била оплодена родила здрави близначиња<sup>6</sup>. Со комбинирање на криопрезервацијата 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 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 во однос на мотивите и причините зошто се користи овој радикален (за некои 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 син<sup>7</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

<sup>5</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>6</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.

<sup>7</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. 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.

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>8</sup>. Но, 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.

### **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 биомедицински потпомогнати форми на оплодување? За нашава 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 бавно и тешко се приспособуваат 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>9</sup>.

<sup>8</sup> Види повеќе Кнаплунд, К., цит. дело, стр. 395-401

<sup>9</sup> Член 5 став 2 од Законот за семејството на Република Македонија.

Судската практика на судовите во САД покажува дека на репродуктивната слобода ѝ се обезбедува највисока уставна заштита. Во случајот *Skinner v. Oklahoma*<sup>10</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 затоа 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 *Meyer v. Nebraska*<sup>11</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>12</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 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>13</sup>. Во сите овие случаи Врховниот суд зазел становиште дека фундаментално право е да се роди дете со користење на репродуктивна технологија<sup>14</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 во државите на САД се поделени во однос на прифаќањето и правното регулирање на постхумната репродукција.

<sup>10</sup> Види 316 U.S. 535 (1942).

<sup>11</sup> Види 262 U.S. 390 (1923)

<sup>12</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.

<sup>13</sup> Види Doucetperry, M., цит. дело, стр. 3.

<sup>14</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 ѝ ја оставил својата замрзната сперма на партнерката за таа да зачне и да роди дете по неговата смрт) бара да ѝ се даде замрзнатата сперма и покрај противењето на двете деца на Kane. Судот донел одлука да ѝ 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 постхумно оплодување на неговата партнерка.

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 индивидуална 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 луѓе. Третиот е принципот на правичност, според кој сите членови на едно општество заслужуваат еднаков пристап на добра и услуги кои ги задоволуваат основните човекови потреби<sup>15</sup>. Доколку се земат предвид овие принципи, се чини 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 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 инсеминација 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 ги тука и Република Македонија и Република Хрватска. Во оваа Конвенција се обезбедува највисока заштита не само на економските и социјалните, туку и на културните, политичките и економските права на децата<sup>16</sup>. Во Конвенцијата се предвидува: „Во сите активности што се однесуваат на децата од примарно значење се интересите на детето, без оглед дали ги спроведуваат јавните или приватните

<sup>15</sup> Види повеќе MacKlin, R., *Ethics and Human Reproduction: International Perspectives, Social Problems*, Vol. 37, No. 1, 1990

<sup>16</sup> Види подетално Мицковиќ, Д., *Конвенцијата на ОН за правата на детето и дилемите околу нејзината имплементација, Образовни рефлексии*, Бр. 1, 1998.



институции за социјална заштита, судовите, административните органи или законодавните тела<sup>17</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 директно се прекршува доколку се дозволи постхумната инсеминација. Законодавците што предвидуваат можност за постхумна репродукција во нивните правни системи, за што подоцна ќе стане збор, несомнено го прекршуваат едно од основните начела на Конвенцијата на ОН за правата на детето. 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>18</sup>. Некои автори жестоко ја критикуваат можноста да се дозволи постхумна 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>19</sup>.

<sup>17</sup> Член 3 став 1 од Конвенцијата на ОН за правата на детето.

<sup>18</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, да му се обезбедат оптимални услови за негово воспитување, школување и стручно оспособување, зависно од условите на семејството.

<sup>19</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 изложено 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.

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 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 нечии основни човекови права, како што е 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 посилен од љубовта и од животот? Дали љубовта и трагедијата не треба да бидат 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 кои има толку страдања, неправди и зла треба да се забрани остварување на љубовта, на тоа највозвишено човечко чувство, и раѓањето на нов живот кој е резултат на таа љубов.

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 изрично 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>20</sup>? Дали распре-

<sup>20</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

делбата 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 случајот *Roe v. Wade* абортусот е дозволен и во САД<sup>21</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 брани.

Од претходново излагање е јасно 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, законските решенија во САД и земјите членки на ЕУ, како и на регулирањето на постхумната репродукција и наследните права на детето во законодавството на Република Македонија.

### Судовите и постхумната репродукција

Првиот познат судски спор 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 *Pargalaix c. CECOS (Centre d'Etude et de Conservation de*

---

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.

<sup>21</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.

Sperme). Во 1981 година, две години пред својата смрт, Alain Pargalaix, кај кого бил дијагностициран рак на тестисите, пред да ја започне хемотерапијата, ја депонирал спермата во банката за чување сперма CECOS, но не оставил специфични инструкции во врска со нејзината употреба. По смртта на господинот Pargalaix неговата сопруга Corinne Richard (која склучила брак со Alain два дена пред неговата смрт) побарала од CECOS да ѝ 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 Pargalaix. Вака започна првиот судски случај во кој се решаваше 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 ѝ ја додели спермата на госпоѓата Pargalaix затоа што се уверил дека намерата на донорот била таа да се употреби за оплодување на неговата сопруга<sup>22</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>23</sup>. По случајот Pargalaix с. CECOS, 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

<sup>22</sup> Види подетално за случајот Pargalaix с. CECOS кај Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1014.

<sup>23</sup> Денес се води голема расправа околу правниот статус на репродуктивните клетки и на ембрионите. Се поставува прашање дали се тие ствари, и дали 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 што 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 човечкото 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 Guenin, L., цит. дело, Види и 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.

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 Масачусетс во 2002 година решавал за наследните права на постхумно зачатите деца, е случајот *Woodward v. Commissioner of Social Security*<sup>24</sup>. Три години по склучувањето брак помеѓу Warren и Lauren Woodward мажот заболел од 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>25</sup>. По барање на Окружниот суд, во кое било истакнато дека се работи за значајно прашање за кое не постои судски преседан во Масачусетс, Врховниот суд на Масачусетс решавал дали постхумно родените деца може да станат наследници на својот покоен татко, а со тоа да станат носители и на правото на 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 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 за 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 социјал-

<sup>24</sup> *Woodward v. Comm. Of Soc. Sec.*, 760 N.E.2d.257, 267 (Mass.2002).

<sup>25</sup> За подетална анализа на овој значаен случај види Lewis, B., C, цит. дело, стр. 416-420, Dorogazi, J., цит. дел. Стр. 1605, Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1018-1022., Sekino, R., B.U.J.SCI&TECH.L., 2002, Greenfield, J., цит. дело, стр. 285

ната помош. Освен тоа, Врховниот суд на Масачусетс 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>26</sup>. Врз основа на сите овие аргументи, Врховниот суд на Масачусетс 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 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>27</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>28</sup>. Оваа одлука покажува колку е сè уште значајна судската практика во судскиот систем на САД, што се гледа од сериозниот и темелен судски пристап, што во овој случај, како што наведовме, бил насочен кон утврдување 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>29</sup>. Интересно е да се види

<sup>26</sup> Види повеќе кај Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1020.

<sup>27</sup> Види Lewis, B., C., цит. дело, стр. 419.

<sup>28</sup> Види кај Dorogazi, J., цит. дело, стр. 1605.

<sup>29</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

како 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 Масачусетс 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 на сè уште големите разлики помеѓу земјите во кои се применува континенталното право и земјите кои припаѓаат на англосаксонскиот правен систем.

Одлуката на Врховниот суд на Масачусетс не е единствената судска одлука со која, и покрај непостоење на прецизни законски норми, на постхумно зачнатите деца им се дозволува да се јават како наследници на нивниот татко. За истото прашање се одлучувало и во случајот *Estate of Kolacy*<sup>30</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 Масачусетс, 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

---

правно подрачје. 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 овоземски 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 приспособени 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.

<sup>30</sup> In re Estate of Kolacy, 753 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct. Ch. Div.2000).

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>31</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>32</sup>. Својата одлука судот ја засновал врз утврдувањето на целта и намерата на законодавецот и врз екстензивното толкување на законот. Во овој случај предвид била земена и јасно искажаната намера на починатиот, кој во писмена изјава пред својата смрт се согласил да биде татко на детето што ќе се роди со постхумна инсеминација<sup>33</sup>. Вакви и слични одлуки донеле и судовите во повеќе други американски држави<sup>34</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.

### **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 поголемиот број земји постхумната репродукција е забранета или воопшто не е правно регулирана. Сепак, постепено, чекор по чекор, оваа нова репродуктивна технологија го заема своето место во европските и во законодавството на САД.

<sup>31</sup> Види повеќе кај Knaplaund, Postmortem Conception and a Father's Last Will, Arizona Law Review, Vol. 46, 2004.

<sup>32</sup> Види Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1017.

<sup>33</sup> Живоиновиќ, Д., цит. дело, стр. 705.

<sup>34</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 Кане 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. Кане 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 посилено од грижата за психолошката болка што евентуално може да ја доживеат двете деца на починатиот. Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1015.



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, Хрватска, Словенија, Шведска, Швајцарија, Литванија, Финска и Португалија), а во преостанатите воопште не е правно регулирана<sup>35</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 престанувањето на бракот (кој престанал со смртта на мажот). Постхумната инсеминација е дозволена само кај Евреите<sup>36</sup>.

И во оние земји каде што постхумната репродукција е дозволена и правно регулирана имало големи резерви кај научната и кај 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 кој било од партнерите, независно од нивната волја<sup>37</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“<sup>38</sup>. 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 со 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>38</sup>. Во некои

<sup>35</sup> Види Jones, W. J., Cohen, Cooke I., and Kempers R., (ed) *Fertility and Sterility, Surveillance 2007* стр. 27.

<sup>36</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.

<sup>37</sup> Knaplund K., *Postmortem Conception and Father's Last Will, Arizona Law Review, Vol. 46, 2004*.

<sup>38</sup> Knaplund K., *ibid.*

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>39</sup>.

Освен во Европа, унифицирани норми за правно регулирање на постхумната репродукција не постојат ниту во 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 за 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>40</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 предвидува дека лицето со чии репродуктивни клетки е зачнато детето по неговата смрт не се смета за родител на детето. Според тоа, постхумно зачнатото 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 можност 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

<sup>39</sup> Види Jones, W. J., Cohen, Cooke I., and Kempers R., (ed) цит. дело, стр. 27.

<sup>40</sup> Види Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1006.

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>41</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, Масачусетс, Мисисипи, Северна Каролина, Оклахома, Род Ајленд, Висконсин и Вермонт<sup>42</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 дека во оваа сојузна држава детето нема законско право на наследување<sup>43</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>44</sup>). Во Калифорнија се предвидува широка заштита на правата на постхумно родените деца. Во Калифорнија 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>45</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>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Види Knaplund K., цит. дело.

<sup>42</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.

<sup>43</sup> Види Види Scharman, C., A., цит. дело, стр. 1011.

<sup>44</sup> Види Horner, цит. дело, стр. 174.

<sup>45</sup> Ibid, стр. 174.

<sup>46</sup> Види Lewis, B., C, цит. дело, стр. 147.

## Постхумната репродукција и наследното право 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>47</sup>. Во членот 33 од Законот се вели: „Маж и жена на кои врз основа на медицинските сознанија или искуството 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 потпомогнато оплодување на Република Македонија. Во Македонија, за разлика од Хрватска, во Законот е дозволено замрзнување на ембрионите, како и експерименти 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 поднесуваат 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 сè околу 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

<sup>47</sup> Службен весник на Република Македонија, бр. 37, 19.03.2008 година.

на дете кое нема да има татко и за кое ќе треба самата да се грижи<sup>48</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 или брачен другар. Затоа треба да ѝ 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.

Од законската одредба произлегува дека право на постхумно оплодување се предвидува за партнери кои не мора да се во брак, и не мора да се во вонбрачна заедница. Ова решение е спротивно на најголемиот број законодавства. Компаративноправната анализа на законските решенија во европските земји и во САД покажува дека во најголемиот број случаи, за да може да се дозволи постхумно оплодување, мажот и жената треба да се во брак. Освен тоа, на овој начин ќе се избегне и една скриена опасност, а тоа е можноста во овие ситуации да дојде до т.н. „сурогат мајчинство“ кое е забрането во нашиот правен систем, како и во најголемиот број европски земји<sup>49</sup>.

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 за 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 последиците 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 предвидена 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.

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

<sup>48</sup> Исто становиште застапува и Greenfield, J., цит. дело, стр. 292.

<sup>49</sup> Во член 27 став 2 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека е забрането да се договара или спроведува постапка за биомедицински потпомогнато оплодување за други лица. Постои можност, родителите или други блиски лица на мажот кој е болен од тешка болест да и платат на некоја жена да биде оплодена со неговата сперма и да роди дете, само за да можат тие да добијат внук.

смрт на едниот брачен другар<sup>50</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>51</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 раѓањето на детето<sup>52</sup>. Утврдувањето на татковството има многу големо значење за идентитетот на детето и за воспоставување 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 полови клетки или ембриони (алогенеичко оплодување) во Законот се предвидува обврска да се оствари правно и психолошко советување за партнерите<sup>53</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 на-

<sup>50</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 престанувањето на бракот.

<sup>51</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, центар 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>52</sup> Во член 53 од Законот за семејството се предвидува дека изјава за признавање на татковство на дете родено надвор од брак може да се даде и пред раѓањето на детето. Изјавата дадена пред раѓањето на детето произведува правно дејство под услов детето да се роди живо.

<sup>53</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.

следник може да биде само лице кое е живо во моментот на смртта на оставителот 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 другите брачни или вонбрачни деца<sup>54</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 другите, 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 правото 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 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 другите наследници. Доколку детето се роди во законски предвидениот рок, тоа ќе стане наследник. Во спротивно, неговиот дел ќе се подели помеѓу другите 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.

<sup>54</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.

## Sažetak

Dejan Mickovik\*

## PРАВНА REGULACIJA POSTHUMNE OPLODNJE

*Mogućnost posthumne oplodnje uvedena je u Republici Makedoniji u ožujku 2008. kada je usvojen Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji. Posthumna oplodnja nesumnjivo postavlja niz pravnih, etičkih i moralnih dilema, posebno u zemljama koje su prihvatile mogućnost oplodivanja jajnih stanica žene nakon smrti njezina supruga. U ovome se članku autor prije svega bavi analizom pravnih dilema vezanih uz posthumnu oplodnju. Članak analizira bitno pitanje učinka posthumne oplodnje na bračne i obiteljske odnose. Daje se pregled pravnoga statusa zamrznutih spolnih stanica. Usto, analizira se problem utvrđivanja i osporavanja očinstva djeteta začetog posthumnom oplodnjom. Posebna pozornost posvećena je pravnom statusu djece s obzirom na mogućnost nasljeđivanja imovine od oca. Uz analizu makedonskog zakonodavstva članak daje pregled pravne regulacije posthumne oplodnje u većini europskih zemalja i u Sjedinjenim Američkim Državama.*

*Ključne riječi: posthumna reprodukcija, nasljedno право*

---

\* Dr. Dejan Mickovik, profesor Pravnog fakulteta Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij, Krste Petkov Misirkov b.b. Skopje, Makedonija



## Summary

Dejan Mickovik\*

**THE LEGAL REGULATION OF POSTHUMOUS INSEMINATION**

*Posthumous insemination was introduced in the Republic of Macedonia in March 2008 with the enactment of the Act on Biomedically Assisted Reproduction. Undoubtedly, posthumous insemination poses a number of legal, ethical and moral dilemmas, especially in the countries that have accepted the possibility of women's eggs to be fertilized after their husband's death. In this article, the author focuses on the analysis of the legal dilemmas arising from posthumous insemination. The paper analyses the important question of the impact of posthumous insemination on marital and family relations. A review is given of the legal status of frozen reproductive cells. In addition, the issue of filiation and denial of paternity of a child conceived by posthumous insemination is analysed. Special attention is given to the legal status of children in the context of the possibility of inheriting property from the father. In addition to an analysis of Macedonian legislation, the paper offers a review of the legal regulation of posthumous insemination in most European countries and the United States of America.*

*Keywords: posthumous reproduction, succession*

---

\* Dejan Mickovik, Ph. D., Professor, Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss. Cyril and Methodius University, Krste Petkov Misirkov b.b. Skopje, Macedonia

