

УДК 340.1:347.121

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.36>**Юлія Тріпак,**

здобувач ОС «Бакалавр»

юридичного факультету

Донецького національного університету імені Василя Стуса

Тетяна Михайліна,

докт. юрид. наук, професор,

професор кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права

Донецького національного університету імені Василя Стуса

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ПОСМЕРТНУ ТА ПОСТМОРТАЛЬНУ РЕПРОДУКЦІЮ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті досліджено проблеми реалізації права людини на застосування новітніх методик народження дитини, а саме посмертну та постмортальну репродукцію. Проаналізовано їх розмежування на основі порядку проведення та сутності, запропоновано авторське бачення їхнього визначення та аспекти співвідношення.

Зроблено висновок, що право на посмертну репродукцію закріплено у національному законодавстві, чого не можна сказати про постмортальну у зв'язку з відсутністю всебічного дослідження цього способу відтворення людини. Однак народження дитини після смерті одного з батьків має бути достатньо обґрунтованим рішенням, підтвердженим відповідними документами (підписання договору щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, інформованої згоди, згоди між партнерами). При цьому важливо, щоб для здійснення цих репродуктивних методів існували належні підстави, що мають нормативно регулюватися з огляду на фактор ризику використання таких методів, процедуру їх здійснення, подальше становлення у суспільстві дитини, народженої відповідним способом.

Наголошено на тому, що юридичну практику Ізраїлю щодо складання біологічного заповіту у нашій країні запровадити неможливо, оскільки немає для цього відповідних легальних підстав, однак підтримується позиція щодо обов'язковості підписання договору про надання послуг стосовно проведення посмертної репродукції. Отже, обґрунтовано необхідність розширення меж договірної регулювання посмертної та постмортальної репродукції шляхом виокремлення окремого виду цивільно-правових договорів та встановлення факту наявності волевиявлення не лише особи-донора, але й особи-реципієнта.

Констатовано факт, що у законодавстві зарубіжних держав також спостерігаються численні прогалини щодо регулювання процедури застосування досліджуваних новітніх репродуктивних технологій. Крім того, у країнах прецедентного права законодавство нерідко перебуває у колізії із судовою практикою. У вітчизняній же правовій системі, яка тяжіє до романо-германської, за наявності правових прогалин реалізація досліджуваного права взагалі залишається під питанням.

Ключові слова: права людини, реалізація прав людини, репродукція, посмертна репродукція, постмортальна репродукція, кріоконсервація, інформована згода, порівняльно-правовий аналіз, договірне регулювання.

Постановка проблеми. У процесі зростання інноваційних та прогресивних технологій удосконалення людського життя репродуктивне право зазнає вагомих змін, отже, потребує значної уваги, особливо в питаннях реалізації репродукції, пов'язаної зі смертю одного з батьків. У науковому баченні репродуктивне право у контексті його трансформації є малодослідженим, а напрацювання щодо постмортальної репродукції у національному законодавстві є практично відсут-

німи. Очевидно, медичні досягнення значно передують правовим, а це наштовхує на продовження аналізу сутності як посмертної, так і постмортальної репродукції, процесу та процедури їх здійснення, способів їх правового визначення та регулювання.

Основою дослідження вибраної тематики слугували праці Г.В. Анікіної, В.І. Чечерського, І.О. Максимової, А.О. Куценка, М.Л. Шелютто, О.Є. Кухаревої та інших учених. Проте науковий доробок не вичер-

пує усієї проблематики вибраної теми, що підтверджує її актуальність та необхідність подальшого розроблення, зокрема в контексті порівняльно-правових досліджень.

Метою статті є здійснення порівняльно-правового аналізу проблем реалізації права на посмертну та постмортальну репродукцію.

Виклад основного матеріалу. Сімейним кодексом України (далі – СКУ) закріплено інститут сім'ї та похідних від нього відносин. Зокрема, ч. 1 ст. 4 СКУ передбачено, що особа, яка досягла шлюбного віку, має право на створення сім'ї. Держава створює людині умови для материнства та батьківства, забезпечує охорону прав матері та батька, матеріально й морально заохочує і підтримує материнство та батьківство (ч. 2 ст. 5 СКУ) [1]. Однією з умов набуття статусу матері чи батька є надання державою жінкам та чоловікам можливості застосування методик допоміжних репродуктивних технологій. Відповідно до п. 1.2. Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженого Наказом МОЗ «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» (далі – Порядок) від 9 вересня 2013 р. № 787, допоміжні репродуктивні технології (далі – ДРТ) – методики лікування безпліддя, за яких маніпуляції з репродуктивними клітинами, окремі або всі етапи підготовки репродуктивних клітин, процеси запліднення і розвитку ембріонів до перенесення їх у матку пацієнтки здійснюються *in vitro* (техніка виконання експерименту чи інших маніпуляцій у спеціальному лабораторному посуді або у контрольованому середовищі поза живим організмом) [2].

До різновидів ДРТ прийнято відносити досить новітні експериментальні способи відтворення людини, а саме посмертну та постмортальну репродукції. Деякі вчені ототожнюють ці способи, однак, досліджуючи їх сутність, можемо виокремити низку особливих характерних ознак кожного способу, що унеможливило їх уподібнення.

По-перше, потрібно зазначити, що «ідеальним» наслідком здійснення як посмертної, так і постмортальної репродукції є народження дитини після смерті одного з батьків. Однак подальший опис здійснення обох видів репродукції передбачатиме чоловіка-донора та жінку-реципієнта, оскільки здійснення медичних маніпуляцій із жінкою теоретично хоч і можливо після смерті, проте на практиці застосовано не було.

По-друге, необхідно проаналізувати, яким чином реалізуються обидві процедури.

Так, здійсненню посмертної репродукції передусє волевиявлення живої особи зберегти генетичний матеріал (гамети) на випадок неможливості зачаття дитини за життя без явних ознак погіршення стану здоров'я або, навпаки, у разі передбачуваної неминучої смерті чи з урахуванням очікуваного летального результату стосовно особи, яка прагне до народження дитини. Виконання посмертної репродукції можливе за рахунок таких методів:

- біопсія яєчок – хірургічна операція, за якої отримують сперматозоїди за допомогою відкриття 2–3 см шкіри яєчка для отримання шматочка тканини і разом з нею сперматозоїдів;

- пункція або прокол яєчка – отримання сперматозоїдів безпосередньо з яєчка або придатка шляхом аспірації голкою під місцевою анестезією та ультразвуковим контролем;

- пункційна біопсія (TESA – голкова біопсія декількох ділянок яєчка, MESA – мікрохірургічна аспірація сперми з епідермісу).

Важливо зазначити, що ці методи здійснюються після волевиявлення особи і до моменту настання її смерті. Після смерті відібрані генетичні матеріали одним із зазначених вище методів вживляються до тіла жінки-реципієнта задля її запліднення. Вагомим аспектом у процесі здійснення посмертної репродукції є той факт, що, як правило, волевиявлення не обмежене бажанням однієї особи-донора і у своїй сутності корелюється з волевиявленням партнера-реципієнта. До того ж часовий період здійснення криоконсервації сперми становить близько 7–10 років, а іноді навіть більше.

Для проведення постмортальної репродукції необхідні як констатація біологічної смерті людини, так і вилучення самого генетичного матеріалу у вже померлої особи (витяг сперми померлого можливий протягом 24–36 годин [3]), що здійснюється зазвичай шляхом видалення одного або двох яєчок [4].

По-третє, визначення сутності цієї специфічної репродукції (у обох її вимірах) неможливе без визначення її поняття, тому посмертну репродукцію прийнято розглядати як народження дитини після смерті одного з батьків [5, с. 1]. Однак, враховуючи вищенаведені факти, пропонуємо визначити поняття посмертної репродукції (*posthumus*) таким чином: проведення маніпуляцій із генетичним матеріалом, вилученим до моменту смерті особи-донора, задля запліднення особи-реципієнта. Постмортальна репродукція (*post-mortem*) визначатиметься як проведення маніпуляцій із

генетичним матеріалом шляхом його вилучення протягом 24–36 годин із тіла померлої особи-донора задля запліднення особи-реципієнта.

Наступним етапом у дослідженні цієї теми є аналіз процесу здійснення відповідної репродукції у контексті договірних відносин. Подальше дослідження пропонується у таких двох категоріях: договірні відносини між особою-донором та медичним закладом, що надає послуги забору гамет і посмертне запліднення ними особи-реципієнта (посмертна репродукція); відносини згоди між партнерами, а саме донором та реципієнтом.

Відповідно до п. 1.8. Порядку, питання щодо застосування методик ДРТ вирішується після оформлення заяви пацієнта/пацієнтів щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій за формою, наведеною в додатку до цього Порядку, медичного огляду та відповідного обстеження [2]. У Порядку також передбачено, що донорство гамет здійснюється за наявності відповідної інформованої добровільної згоди на донорство сперми. У такому разі варто підтримати позицію Г.В. Анікіної, яка зазначає, що для зачаття дитини після смерті її батьків потрібна обов'язкова згода на проведення такої репродуктивної програми, тобто якщо особа, залишивши свій генетичний матеріал, виразила свою згоду на його використання після смерті, то зачаття дитини можливе [5, с. 4].

Слушною також є позиція В.І. Чечерського, який вважає оптимальним через приписи законодавства зобов'язати відповідні заклади охорони здоров'я або спеціалізовані установи, що здійснюють кріоконсервацію репродуктивних клітин, визначити в договорах на кріоконсервацію (заморозження) гамет однією з обов'язкових умов порядок їх використання у разі смерті цієї особи та перелік осіб, яких має бути поінформовано про їх наявність [6, с. 36].

Цікавим науковим відкриттям у дослідженні цієї теми стала думка І. Розенблюма, який запропонував для більшої визначеності під час посмертного встановлення волі людини щодо посмертної репродукції (згоди або її відсутності, волевиявлення особи, уповноваженої розпоряджатися генетичним матеріалом померлого) створити біологічний заповіт, який можуть складати ізраїльські військовослужбовці з урахуванням ризику їх загибелі або поранення, що виключає можливість мати дітей [7].

Очевидно, що біологічний заповіт у нашій країні запровадити неможливо, оскільки немає для цього відповідних легальних під-

став, однак, підтримуючи позицію більшості науковців, наголошуємо на обов'язковості підписання договору про надання послуг щодо проведення посмертної репродукції. Передбачена Порядком письмова згода про застосування ДРТ задля запліднення не може бути за аналогією використана для посмертної репродукції, оскільки останню не прийнято відносити до методів лікування та подолання безпліддя, а тому, будучи окремим способом зачаття дитини, ця репродукція потребує більшого правового регулювання у вигляді укладання цивільно-правових договорів, що міститимуть детальний опис усіх істотних умов.

Отже, російськими науковцями Н.Д. Ерішвілі та І.О. Максимовою було встановлено, що з огляду на те, що основне завдання цього договору у рамках досліджуваної теми полягає у здійсненні права на посмертну репродукцію, то цей договір слід визначити як «договір платного надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції». Вказівка у назві договору на мету відповідних послуг дасть змогу одразу звернути увагу на особливості у суб'єктному складі, природі, змісті, а також на необхідність дотримуватися низки імперативних правил, наприклад, таких, що визначають суттєві послуги цього договору [8, с. 120]. Трактуючи цю позицію відповідно до національного законодавства, вважаємо необхідним на законодавчому рівні закріпити та впровадити як один із видів договорів у сфері медичних послуг договір щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції із застосуванням до нього положень Глави 63 Цивільного кодексу України. При цьому з огляду на особливість цих правовідносин такий договір міститиме характерні ознаки, зумовлені наявністю як спеціальних суб'єктів (виконавця – юридичної особи у вигляді медичного закладу з надання послуг кріоконсервації гамет та/або посмертної репродукції; замовника – фізичної особи), так і особливого предмета (визначена сукупність та послідовність медичних маніпуляцій задля здійснення необхідних для посмертної репродукції ДРТ) і об'єкта (гамети у вигляді кріоконсервованих статевих клітин та/чи репродуктивних тканин) договору.

Деякі вчені наголошують також на обов'язковості та всебічності інформування пацієнта (особи-донора) щодо всіх можливих ризиків проведення посмертної репродукції на кожному з її етапів, у зв'язку з чим пропонуються наявність та необхідність підписання інформованої згоди. Так, Б. Атвел пропонує іноді розширити сферу стандарт-

ної інформаційної згоди з обов'язком більшої деталізації та інформативності такої. Для того щоби визначити, чи достатньо стандартної інформаційної згоди пацієнту, авторкою запропоновано відповідний тест. По-перше, процедура, яка вимагає особливих застережень, має бути такою, що не є необхідною з медичної точки зору для пацієнта. По-друге, процедура має бути складною і незворотною. Процедурами, які могли би відповідати цьому тесту, наприклад, є донорство яйцеклітин, сперми, сурогатне материнство, установка імплантів молочних залоз, генетичні тести, стерилізація, багато форм косметичної хірургії, можливо, навіть татування [9, с. 608–610].

Оскільки запропонований у дослідженні договір щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, є основним засобом регулювання відносин у сфері надання медичних послуг щодо посмертної репродукції, то підписання інформованої згоди можна розглядати як додаток до нього або як факультативний засіб, застосування якого відбувається в індивідуальному порядку. Передбачається, що договір міститиме перелік усіх медичних послуг, особливості, умови та порядок їх проведення, у зв'язку з чим вагомість інформованої згоди втрачається з огляду на змістовність умов договору, якщо інше не буде передбачено договором.

Проте, крім можливості існування інформованої згоди, слід зазначити про необхідність підписання згоди між партнерами, а саме донором та реципієнтом, оскільки без такої використання гамет після смерті чоловіка є неможливим. Ця згода є підтвердженням не лише волевиявлення однієї особи на використання після її смерті гамет задля запліднення, але й волевиявлення іншої особи (реципієнта) на проведення маніпуляцій щодо вживлення відповідних гамет до її організму задля запліднення після смерті донора. Отже, особа-реципієнт має бути обов'язково зазначена у договорі.

Щодо правового регулювання постмортальної репродукції, то, незважаючи на те, що посмертна репродукція є більш «піддатливою» в процесі законодавчого закріплення, постмортальна викликає багато запитань і сумнівів. Деякі науковці передбачають можливість вилучення статевих клітин і, відповідно, запліднення ними іншої особи після смерті пацієнта на підставі встановлення волевиявлення померлої особи (наявність відповідної згоди). Існують навіть випадки застосування цієї репродукції за кордоном. Подібний приклад був у Великобританії у червні 2007 р., коли 42-річна жінка дізна-

лася про смерть чоловіка під час операції і подала строковий судовий запит на вилучення у нього генетичного матеріалу. Запит був задоволений, і криоконсервовані гамети були збережені у відповідній клініці. Подібна ситуація відома у США. У 1999 р. жінка звернулася до суду з проханням отримати гамети від нещодавно померлого чоловіка. Генетичний матеріал був отриманий через 30 годин після смерті чоловіка і зберігався протягом 15 місяців. Коли закінчився період трауру, була проведена методика ICSI. Жінка завагітніла і народила здорову дівчинку. Австралійка Джоселін Едвардс виграла справу у суді та отримала право вилучити та криоконсервувати гамети чоловіка, який загинув за два дні до підписання документів, необхідних для проведення екстракорпорального запліднення (ЕКЗ). Однак тепер вона повинна отримати дозвіл на використання матеріалу, оскільки в законодавстві Австралії (як і в законодавстві Великобританії) процедура запліднення від померлого чоловіка законодавчо не врегульована [5, с. 6]. Отже, у законодавстві зарубіжних держав також спостерігаються численні прогалини щодо регулювання процедури застосування досліджуваних новітніх репродуктивних технологій. Крім того, у країнах прецедентного права законодавство нерідко перебуває у колізії із судовою практикою. У вітчизняній же правовій системі, яка тяжіє до романо-германської, за наявності правових прогалин реалізація досліджуваного права взагалі залишається під питанням.

Висновки

Отже, право на посмертну репродукцію закріплено у національному законодавстві, чого не можна сказати про постмортальну у зв'язку з відсутністю всебічного дослідження цього способу відтворення людини. Однак народження дитини після смерті одного з батьків має бути достатньо обґрунтованим рішенням, підтвердженим відповідними документами (підписання договору щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, інформованої згоди, згоди між партнерами). При цьому важливо, аби для здійснення цих репродуктивних методів існували належні підстави, що має нормативно регулюватися з огляду на фактор ризику використання таких методів, процедуру їх здійснення, подальше становлення у суспільстві дитини, народженої відповідним способом. Спектр недосліджених питань з цієї теми залишається достатньо широким, що є основою для продовження аналізу усіх її аспектів.

Список використаних джерел:

1. Сімейний кодекс України : від 10 січня 2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради*. 2002. № 21–22. Ст. 135 (із змінами).
2. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 р. № 787. *Офіційний вісник України*. 2013. 11 листопада.
3. Филлимонова И.В. Проблемы правового регулирования постмортальной репродукции в семейном законодательстве России. *Политика, государство и право*. 2015. № 2. URL: <http://politika.snauka.ru/2015/02/2333> (дата звернення: 09.03.2020).
4. Bahm M.S., Karkazis K., Magnus D. A content analysis of posthumous sperm procurement protocols with considerations for developing an institutional policy. *Fertility and sterility*. 2013. № 100. 10.1016. URL: www.researchgate.net/publication/239943354. A content analysis of

posthumous sperm procurement protocols with considerations for developing an institutional policy (дата звернення: 09.03.2020).

5. Аникина Г.В. К вопросу о правовом регулировании постмортальной репродукции. *Наука. Общество. Государство*. 2013. № 2. С. 1–11.
6. Чечерський В.І. Використання криоконсервованих гамет та ембріонів як гарантія реалізації права людини на репродуктивне відтворення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 4. С. 34–37.
7. Rosenblum I. The Biological Willtm – a New Paradigm in ART? URL: www.newfamily.org.il/en/4905/the-biologicalwill%E2%84%A2-%E2%80%93a-new-paradigm-in-art.
8. Эриашвили Н.Д., Максимова И.А. О допустимости сделки об оказании медицинских услуг при реализации права на посмертную репродукцию. 2015. № 7. С. 116–121.
9. Atwell B.L. The Modern Age of Informed Consent. *University of Richmond Law Review*. 2006. Vol. 40. № 2. P. 591–612.

Yuliia Tripak, Tetiana Mikhailina. Enjoyment of the right to postmortem and postmortal reproduction: comparative-legal aspect

The scientific article examines the problems of implementing the human right to use the latest methods of child birth, namely: posthumous and post-mortem reproduction. Their differentiation based on the order of conduct and essence is analyzed, and the author's vision for their definition and aspects of correlation is proposed.

It is concluded that the right to posthumous reproduction is enshrined in national legislation, which cannot be said about postmortem reproduction, due to the lack of a comprehensive study of this method of human reproduction. However, the birth of a child after the death of one of the parents must be a sufficiently reasonable decision, confirmed by relevant documents (signing a contract for the provision of medical services aimed at the implementation of post-mortem and posthumous reproduction, informed consent, consent between partners). At the same time, it is important that there are appropriate grounds for the implementation of these reproductive methods, which should be regulated by law, taking into account the risk factor for using such methods, the procedure for their implementation, the further formation of a child (born in the appropriate way) in society, and so on.

It is noted that the legal practice of Israel regarding the preparation of a biological will cannot be introduced in our country, since there are no appropriate legal grounds for this, however, the position on the obligation to sign a contract for the provision of services for post-mortem and posthumous reproduction is supported. This means that the necessity of expanding the boundaries of contractual regulation of post-mortem and posthumous reproduction is justified by identifying a separate type of civil law contracts and establishing the fact that there is an expression of the will not only of the donor person, but also of the recipient person.

It is stated that there are also numerous gaps in the legislation of foreign countries regarding the regulation of the procedure for using the latest reproductive technologies. In addition, in countries of case law, legislation is often in conflict with judicial practice. In the domestic legal system, which tends to the Romano-Germanic one, if there are legal gaps, the implementation of the rights under study generally remains questionable.

Key words: human rights, realization of human rights, reproduction, posthumous reproduction, post-mortem reproduction, cryopreservation, informed consent, comparative legal analysis, contractual regulation.