

ДО ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОСТМОРТАЛЬНОЇ РЕПРОДУКЦІЇ: УКРАЇНА ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

TO THE PROBLEM OF REGULATORY AND LEGAL PROVISION OF POSTMORTEM REPRODUCTION: UKRAINE AND FOREIGN EXPERIENCE

Мусієнко А.В., к.н. з держ.упр.,
Мусієнко М.А., студентка II курсу магістратури

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена аналізу змісту права на батьківство після смерті особи та особливостям використання допоміжних репродуктивних технологій у вітчизняній та іноземній та правничій діяльності. Особливо розглянуто питання природи репродуктивних прав, які віднесені до категорії суб'єктивних прав та простежено за їх взаємозалежністю із правом на життя. Акцентовано увагу на позиціях сучасних науковців, які досліджували відповідну проблематику. З'ясовано, що висновки, які висвітлені у нечисленних дослідженнях, присвячених постмортальній репродукції, значно різняться. Наведено їх основний зміст та обґрунтування вченими своїх наукових позицій.

Проаналізовано вітчизняні нормативні джерела. Констатовано прогалини та відсутність регулюючих норм у сфері постмортальної репродукції. Наголошено на необхідності інформованої згоди від особи на використання статевих клітин після її смерті.

Особлива увага присвячена практиці вилучення і використання репродуктивних клітин після смерті партнера у країнах Європейського союзу. Виявлений пріоритет реалізації права на батьківство після смерті за інформованою згодою та шляхом заповідання власних біологічних матеріалів. Розглянуто судову практику окремих країн світу, зокрема Австралії, де суд відмовив позивачці через відсутність письмової згоди її померлого чоловіка на використання його статевих клітин, але через рік, з огляду на відсутність прямої заборони, рішення було ухвалене на користь дружини. Простежено за досвідом Ізраїлю, суд якого постановив, що вилучення статевих клітин чоловіка після його смерті є правомірним, враховуючи бажання мати дітей та прохання матері померлого. Дана справа корелюється з підходом, згідно з яким, пріоритет інтересів живих партнерів-донорів, за якого посмертне вилучення гамет стає можливим без існування письмової інформованої згоди померлої особи. З'ясовано позицію Європейського Суду з прав людини, який має протилежний підхід і вважає неможливим використання біологічного матеріалу без згоди відповідної особи.

Запропоновано закріпити на рівні вітчизняного нормативно-правового забезпечення можливість реалізації репродуктивного права після смерті, чітко визначивши межі застосування таких прав, можливість реалізації права партнера та майбутньої дитини.

Ключові слова: репродуктивні права, постмортальна репродукція, рішення Європейського суду з прав людини.

The article is devoted to the analysis of the content of the right to parenthood after the death of a person and the features of the use of assisted reproductive technologies in domestic and foreign legal activities. The issue of the nature of reproductive rights, which are classified as subjective rights and traced to their interdependence with the right to life, is considered separately. Attention is focused on the positions of modern scientists who researched the relevant issues. It was found that the conclusions, which are highlighted in the few studies devoted to postmortem reproduction, differ significantly. Their main content and justification by scientists of their scientific positions are given.

The domestic normative sources were analyzed. Gaps and the absence of regulatory norms in the field of postmortem reproduction were noted. The need for informed consent from a person for the use of germ cells after his death is emphasized.

Special attention is devoted to the practice of extracting and using reproductive cells after the death of a partner in the countries of the European Union. The priority of exercising the right to parenthood after death with informed consent and by bequeathing one's own biological materials has been revealed. The judicial practice of some countries of the world, in particular Australia, was considered, where the court refused the plaintiff due to the lack of written consent of her deceased husband to use his reproductive cells, but a year later, given the lack of a direct prohibition, the decision was made in favor of the wife. It was followed by the experience of Israel, whose court ruled that the extraction of a man's reproductive cells after his death is legitimate, taking into account the desire to have children and the request of the deceased's mother. This case correlates with the approach, according to which the priority of the interests of living partners-donors, under which posthumous extraction of gametes becomes possible without the existence of written informed consent of the deceased person. The position of the European Court of Human Rights has been clarified, which has the opposite approach and considers it impossible to use biological material without the consent of the relevant person.

It is proposed to enshrine at the level of domestic regulatory legal support the possibility of realizing the reproductive right after death, clearly defining the limits of the application of such rights, the possibility of realizing the right of the partner and the future child.

Key words: reproductive rights, postmortem reproduction, decision of the European Court of Human Rights.

Тотальна індустріалізація в сучасному світі, крім технічного розвитку, спричиняє й погіршення екології. Техногенні катастрофи, щоденні викиди в атмосферу шкідливих речовин і, як наслідок, значне зниження якості репродуктивних функцій як жінок, так і чоловіків. Нові проблеми в суспільстві набувають каталізатор для наукових прогресів, в тому числі у сфері репродуктології.

З розвитком технологій перед правовою регламентацією постає чи мало питань, вирішення яких, потребує вироблення стандартів та визначення тенденцій за наявності репрезентативної вибірки практичних кейсів. Особливо стрімкість технологій прослідковується у репродуктивній сфері, що допомагає реалізувати особам своє право на батьківство та материнство, стає вирішенням проблеми демографічної кризи, тощо. Одним із таких досягнень поступово стає постмортальна репродукція. Як феномен, вона поєднує в собі не лише репродуктивні права та права людини на життя, повагу до приватного життя, але розширює наслідки настання такого юридичного факту як

смерть. Існує величезна кількість етичних та, в першу чергу, правових проблем, пов'язаних із посмертними народженнями. До прикладу, питання про те, чи є розумним рішенням народження дитини, якщо один (чи обидва) з рідних батьків – мертвий? Які права отримує людина як спадкоємець? Чи можливе застосування статевих клітин померлої особи лише на основі волевиявлення другого з подружжя, без попередньої згоди померлого?

Активні бойові дії на території нашої держави спричинили погіршення й демографічної ситуації. Скорочення частки чоловічого населення репродуктивного віку особливо гостро ставить питання можливості реалізації свого права на батьківство й після смерті, відтворення собі подібних. Оскільки постмортальна репродукція має безпосередній стосунок до особи, особливої уваги потребує дослідження технологій, які з нею пов'язані, в контексті прав людини, а саме: яка межа між правами, які здатні забезпечити реалізацію посмертної репродукції, а щодо яких така реалізація буде становити порушення.

Адже саме права людини є мірилом свободи інших осіб та діяльності держави, зокрема у законодавчій практиці. Також, значення вбачається у визначенні постмортальної репродукції у репродуктивних правах кожного з батьків.

Першим відомим випадком використання статевих клітин померлої особи розповідає газета Los Angeles Times 27 березня 1999 року. Сперму збирали через 30 годин після смерті чоловіка та заморожували протягом 15 місяців перед тим, запліднити жінку методом ІКСІ (ICSI — intracytoplasmic sperm injection).

Питання й проблематику постмортальної репродукції відображено в декількох міжнародних правових дослідженнях. В Україні дане питання не знайшло свого закріплення у нормативно-правових актах. Не визначено природи та, відповідно, приналежності до конкретного права людини.

Висновки наявні в нечисельних дослідженнях присвячених постмортальній репродукції значно різняться. Питання виникають щодо самої природи репродуктивних прав, їх взаємозалежність із правом на життя, їх віднесенням до категорії суб'єктивних прав.

Зокрема, Г. Б. Романовський [1, с.121] та О. Дроздова [2], вважають, що репродуктивні права знаходять своє відображення саме в праві на життя. На їх думку, поняття «репродуктивного здоров'я» та «репродуктивних можливостей» становлять «об'єкти регулювання таких правовідносин зі сторони держави, яке зачіпає найбільш «чутливі» особисті права громадян. Таким чином, потрібно виявляти зміст кожного конкретного права (наприклад, право на життя, право, на недоторканність приватного життя, право на особисту недоторканність) зважаючи на конкретну ситуацію.

На думку Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини, репродуктивні права охоплюють певні права людини, які вже визнані у національному законодавстві, міжнародному праві та інших документах правового консенсусу [3].

Ще однією позицією є похідний характер репродуктивних прав від права на охорону здоров'я, що, в свою чергу, є похідним від права на життя [2]. Репродуктивне здоров'я може бути як складовою загального здоров'я, так і з його проблемами.

Репродуктивні права також визнаються такими, що не можуть бути похідними від жодних інших прав людини. Так, можливість здійснення комплексу допоміжних репродуктивних технологій, після посмертного (або у людини, яка помирає) вилучення статевих клітин сприяє реалізації таких репродуктивних прав, як право на материнство чи батьківство, право на планування сім'ї та дітей, право на продовження роду, право на засоби для реалізації репродуктивних прав і досягнення найвищого рівня репродуктивного здоров'я. І тому встановленим нами фактом є відсутність детальної визначеності та юридизованості таких на міжнародному рівні.

Охарактеризувати репродукцію *post mortem* можна як зачаття дитини шляхом допоміжних репродуктивних технологій та її народження, коли один з партнерів є мертвим, або перебуває в стані клінічної смерті. З цього визначення випливає взаємозв'язок із допоміжними репродуктивними технологіями.

Згідно з п. 1.2. Наказу МОЗ від 09.09.2013 №787 «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні», 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) [4].

Однак дещо поспішним є думки щодо віднесення постмортальної репродукції до ДРТ [5]. Безумовно, вико-

ристання ДРТ є складовою репродукції, однак треба зважити на деякі важливі нюанси.

Права людини, які закріплені в міжнародних та національних нормативно-правових актах, мають живі особи, з урахуванням поваги до людини, її волі і прав ще за життя, навіть гарантуючи йому результат реалізації таких прав та волі довго після смерті. Позбавленим сенсу видається протилежна думка. Проте, з концепції прав людини вивели існування «critical interest» турбування людини про те, що відбувається після її смерті, моральне переконання чи вимога до прийняття рішень з посмертним ефектом [6]. З одного інтересу неможливо вивести гарантування відповідного права.

З цього впливає, що реалізація свого репродуктивного права донором за допомогою здійснення постмортальної репродукції значно відрізняється від криоконсервування або сурогатного материнства, адже передбачається реалізація репродуктивних прав вже після смерті особи, яка втрачає активний вимір правового суб'єкта. З огляду на це, виникає необхідність наукового дослідження репродукції *post mortem*, розробка законодавчої регламентації її реалізації, визначення прав донора як біологічного батька або матері та розгляд питання щодо прав зачатої дитини після смерті.

Застосування постмортальної репродукції є значним кроком вперед у розвитку репродуктивних прав, шляхом до реалізації жінки та чоловіка права на сім'ю. Проте постає питання, кого з батьків інтереси превалюють, чи не є це неправомірним втручанням у тіло людини, яке навіть після смерті охороняється законом (ст.297 КК України).

Відповідно до наказу МОЗ від 09 вересня 2013 року № 787 донорство гамет та ембріонів може здійснюватися лише за наявності оформленої згоди у письмовій формі. За змістом форми відсутня можливість вносити інформацію про розпорядження генетичним матеріалом після смерті донора. Якщо ширше розглядати питання інформованої згоди, не прив'язуючись до національного законодавства, у якому відсутня згадка про постмортальну репродукцію, то варто зважати на те, що згода це не лише про висловлення бажання особи після смерті реалізувати свої репродуктивні права, але й інформування пацієнта про усі можливі ризики від діагностики лікування чи будь-яких інших медичних дій (зокрема, про ризики під час збирання статевих клітин, процесу запліднення, про вибір ДРТ для виношування плоду, тощо). Оскільки застосування репродукції є посмертним, доречним є включення у інформовану згоду інформації про медичну послугу, добровільність особи-донора та його/її партнера, а також мету та порядок вилучення й зберігання статевих клітин, на прикладі положень The Human Fertilisation and Embryology Act від 2008 року [7].

Законодавча вимога щодо обов'язковості письмової згоди є обґрунтованою з огляду на недопущення зловживань, встановлення та роз'яснення усіх або більшості правових й медичних аспектів застосування такого виду репродукції. Якщо розглядати вилучення і використання репродуктивних клітин за згодою, яка презюмується (на прикладі країн, які використовують презюмовану згоду для вилучення органів з потенційних донорів), то її застосування значною мірою є суперечливим. У перспективі розвитку цієї технології та відповідного закріплення у законодавстві, постає питання чи буде це відповідати свідомому вибору особи. Тому застосування за аналогією в цьому випадку не є доречним.

У 2007 році в Ізраїлі вирішувалося питання у судовому порядку щодо надання дозволу на вилучення статевих клітин чоловіка посмертно за відсутності його письмового розпорядження. Було враховано та визнано аргументованими доводи щодо бажання особи мати дітей й задоволення прохання матері померлої особи [8].

Ще одним підходом є пріоритет інтересів живих партнерів-донорів, за якого посмертне вилучення гамет стає можливим без існування письмової інформованої згоди

померлої особи [9]. Останній підхід не узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який у справі Еванс проти Сполученого Королівства вказав на відсутність переваг права на батьківство над правом на материнство і навпаки.

В Австралії судова практика зазнала змін й рішення, які спочатку ґрунтувалися на чітких визначеннях та нормах законодавства, зрештою, ухвалюються на підставі наявних індивідуальних обставини, побажаннях сторін ітд. У рішенні *Simone Baker v. Queensland* Суд відмовив позивачці через відсутність письмової згоди/розпорядження її померлого чоловіка своїми статевими клітинами [10]. Через рік, у справі *Elizabeth Ann Denmann* було дозволено відібрати статеві клітини померлого партнера з огляду на відсутність правової заборони у законодавстві [11].

Ключовою справою щодо здійснення постмортальної репродукції є *Hecht v. Superior Court* [12]. Рішення судів першої та вищих інстанцій різняться, і фінальним

висновком було тлумачення конклюдентних дій особи як бажання здійснити реалізацію своїх репродуктивних прав після смерті: заповідання сперми партнерці, звернення до криобанку, біологічний матеріал як частина власності особи з чого впливає можливість їм розпоряджатися на власний розсуд.

Тобто, формування позицій щодо правового регулювання постмортальної репродукції зазнає значних змін, реформацій, більш поглибленого аналізу та врахування не тільки формально визначених факторів.

Отже, на нашу думку, постмортальна репродукція має бути закріплена та врегульована у Вітчизняному законодавстві для можливості реалізації репродуктивного права після смерті, розширивши чинне законодавство України, а саме Загальні положення щодо допоміжних репродуктивних технологій. Також, мають бути чітко визначені права як спадкоємця народженої дитини від спадкодавця.

ЛІТЕРАТУРА

1. Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. Монография. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 368 с.
2. Наведено за Марків А. Правовий аналіз постмортальної репродукції в аспекті прав людини URL: <http://ekmair.ukma.edu.ua/handle/123456789/16158> (дата звернення: 16.06.2022). Цит. за Drozdova, O. «Reproductive Rights: International Legal Aspect,» *Law of Ukraine: Legal Journal (Ukrainian)* vol. 2016, no. 6 (2016): p. 183-189. HeinOnline
3. UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Reproductive Rights are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions* Published jointly with UNFPA and the Danish Institute for Human Rights, 2014, HR/PUB/14/6, URL: <https://www.refworld.org/docid/5566d2984.html> (дата звернення: 16.06.2022).
4. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013 №787
5. Михайліна Т. Реалізація права на посмертну та постмортальну репродукцію: порівняльно-правовий аспект. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/3/37.pdf> (дата звернення: 16.06.2022).
6. Young, Hilary. "Presuming Consent to Posthumous Reproduction," *Journal of Law and Health* vol. 27, no. 1 (2014): p. 63-97. HeinOnline, URL: <https://heinonline.org/HOL/P?h=heinjournals/j1ah27&i=72> (дата звернення 16.06.2022)
7. The Human Fertilisation and Embryology Act. The United Kingdom legislation, 2008. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf (дата звернення 16.06.2022)
8. Mother wins dead son sperm case / BBC News: електрон. версія служби новин. Дата оновлення: 19 січня 2007. URL: http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/6279061.stm?ls (дата звернення 16.06.2022)
9. Evans, Jon B. "Post-Mortem Semen Retrieval: A Normative Prescription for Legislation in the United States," *Concordia Law Review* 1 (2016): p. 133-160. HeinOnline, URL: <https://heinonline.org/HOL/P?h=heinjournals/concordia!&i=137> (дата звернення 16.06.2022)
10. *Simone Baker v. Queensland*. Decision Supreme Court Of Queensland No 39 of 2003 URL: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2003/2> (дата звернення: 16.06.2022).
11. *Re Denman* Supreme Court Of Queensland No QSC 70 of 2004 URL: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2004/70> (дата звернення: 16.06.2022).
12. *Hecht v. Superior Court (Kane)*. [No. B073747. Second Dist., Div. Seven. June 17, 1993. Superior Court of Los Angeles County, No. BP012006/ URL: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/16/836.html> (дата звернення: 16.06.2022).