

УДК 347.1

**КАШИНЦЕВА ОКСАНА ЮРІЇВНА**

*кандидат юридичних наук, адвокат, керівник Центру гармонізації прав людини Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України*

**ЮЛКІН ЯРОСЛАВ ОЛЕГОВИЧ**

*кандидат юридичних наук, адвокат, доцент кафедри судової медицини та медичного права Національного медичного університету імені О. О. Богомольця*

---

---

## **ОСНОВИ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я ТА ПРАВО НА РЕПРОДУКЦІЮ ЛЮДИНИ: ВІДПОВІДНІСТЬ СУЧАСНИМ ВИКЛИКАМ**

Обґрунтовано необхідність правового регулювання допоміжних репродуктивних технологій на рівні закону. Проаналізовано міжнародні стандарти у сфері репродуктивних технологій. Охарактеризовано право людини на репродукцію, права на отримання відповідної медичної допомоги та порушено питання про необхідність усунення відповідних дискримінаційних положень законодавства України.

*Ключові слова:* права людини, допоміжні репродуктивні технології, право на репродукцію, сурогатне материнство.

Можливості сучасної медицини створили нову правову парадигму – репродуктивне право людини. На сучасному рівні розвитку суспільства та завдяки новітнім досягненням науки і медицини маємо підстави говорити про нові виміри у трактуванні цієї правової категорії. Ще виразніше постає ця проблема у контексті 25-ї річниці Основ законодавства України про охорону здоров'я [1]. На жаль, цьому питанню присвячена лише бланкетна норма ст. 48 згаданого закону.

Водночас сучасна європейська правова доктрина виводить право на репродукцію людини у шеренгу природних невід'ємних прав. Традиційно репродуктивні права людини розглядаються у контексті права на сім'ю та права на батьківство. Проте право на сім'ю, як і право на батьківство, перетинається з правом на репродукцію лише частково. Так, право на сім'ю може бути реалізоване при створенні подружжя, веденні спільного господарства чи усиновленні. Останнє ж є однією з форм реалізації права на батьківство, яке лише частково збігається із правом людини на репродукцію.

Право на батьківство має два міри – соціальний і фізіологічний. Значущість кожного з них є індивідуальною для особи і залежить від особистого світогляду, звичаєвого права та етичних норм суспільства.

У соціальному вимірі реалізувати право на батьківство можливо через суспільні інститути, в фізіологічному це право впливає із самої суті людини, право мати дитину виникає з моменту народження, реалізувати ж це право особа може, досягнувши відповідного рівня зрілості та розвитку. Проте і соціальна, і фізіологічна складові є маркерами здоров'я людини, яке є станом повного фізичного, психічного та соціального благополуччя. Відтак, відсутність можливості зачати дитину природним шляхом через фізичні вади, психологічні чи соціальні особливості (дехто скаже «девіації») особи повинні розглядатися саме як розлад здоров'я із зобов'язаннями держави надати відповідну медичну допомогу та забезпечити можливість реалізувати право на репродукцію.

Репродуктивна медицина досягла значних успіхів у сфері людської прокреації. Основним стимулом до такого стрімкого розвитку і поширення репродуктивних технологій послужило незламне прагнення людини, з тих чи інших причин позбавленої такої природної можливості, мати *генетично рідну* дитину.

Вітчизняна репродуктивна медицини посідає четверте місце в Європі за кількістю програм ДРТ на рік. Як свідчить *інформаційно-статистичний довідник ДРТ в Україні*, 2014 р. в Україні здійснено 16 110 циклів, 2011 р. в Німеччині – 67 596 циклів, 2010 р. у США – 137 551 цикл. В Україні на 1 млн населення припадає 360 циклів ДРТ (2013). Стрімко зростає ефективність ДРТ – з 21,89% у 1999 р. до 37,3% у 2014 р. З 1999 р. в Україні зареєстровано 40 707 дітей, народжених внаслідок застосування ДРТ-програм.

Понад 40 тисяч дітей... і жодного спеціального закону про допоміжні репродуктивні технології та допоміжне (сурогатне материнство)... 360 циклів на мільйон населення щорічно і жодного державного реєстру донорів статевих клітин...

Вочевидь, Україна не усвідомлює наслідків і загроз такого вульгаризованого підходу у сфері людської прокреації. Найгучніше лунають гасла про суцільну заборону донатії та сурогатного материнства, що також, радше, нагадує середньовічну інквізицію, аніж дбайливе ставлення до однієї (якщо не єдиної) національної медичної галузі, яка досягла світового рівня успішності і забезпечує реалізацію права людини з покоління нових прав – права на репродукцію.

Що ж ми розуміємо під репродуктивними правами особи? По-перше, це право особи жіночої чи чоловічої статі мати *генетично рідну дитину*, проте через фізіологічні особливості чоловічої і жіночої статей це право має змістові особливості. По-друге, до репродуктивних прав особи жіночої статі також відносять право самостійно виносити дитину (право завагітніти і бути вагітною) та право на фізіологічні пологи. Для чоловіків це право обмежується можливістю мати генетичну рідну дитину і тут варто звернути увагу на те, що особи чоловічої статі є дискриміновані та не завжди мають можливості реалізувати

це право, наприклад, чоловіки, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Для них такий спосіб лікування, як інсемінація *in vitro* і сурогатне материнство, не доступні, оскільки, згідно з національним законодавством, «сурогатне материнство» може бути застосоване лише для подружніх пар. Щоправда жінка, яка не перебуває у зареєстрованому шлюбі, також не має можливості вдатися до цього методу лікування, проте порівняно з чоловіками відсоток дискримінованих у такий спосіб жінок менший, через природну можливість виносити дитину самостійно. Подібні обмеження у виборі методів лікування безпліддя мають дискримінаційний характер і обмежують як права пацієнта в доступі до найкращого досяжного для сучасної медицини методу лікування, так і лікаря – у свободі вибору методів і способів лікування.

Однак всі методи ДРТ є методами лікування і можливість їх застосування жодною мірою не може залежати від соціального становища людини.

У Положенні про запліднення *in vitro* і трансплантацію ембріонів, яке Всесвітня медична асоціація схвалила 1987 р., визначено, що запліднення *in vitro* і трансплантація ембріона є медичним методом, доступним у багатьох частинах світу для лікування безпліддя. Згідно з цим міжнародним документом, з етичного погляду медична допомога у прокреації людини виправдана в усіх випадках безпліддя, що не піддається класичному медикаментозному чи хірургічному лікуванню. Отже, репродуктивні технології – це методи терапії безплідності, за яких окремі або всі етапи зачаття і раннього розвитку ембріонів відбуваються поза організмом жінки.

Відповідно до ст. 4 Основ законодавства про охорону здоров'я, основними принципами охорони здоров'я є дотримання прав і свобод людини та гуманістична спрямованість.

Українське законодавство в сфері репродуктивної медицини є найліберальнішим у Європі. Так, ст. 281 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) визначає, що повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм ДРТ згідно з порядком та умовами, передбаченими законодавством. Стосовно нашого випадку – це Наказ МОЗ України № 787 «Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій» від 9 вересня 2013 р. (далі – Наказ МОЗ № 787) [2].

Ліберальність вітчизняного законодавства, його фактично підзаконний рівень правового регулювання виносить застосування ДРТ за межі прийнятних у європейських країнах норм моралі та етики.

Статтею 290 ЦК України [3] легалізовано донорство статевих клітин. Порядок донації ооцитів і використання донорського матеріалу визначені у тому ж Наказі МОЗ № 787. У більшості європейських країн донорство статевих клітин (принаймні, комерційне) заборонене, що висуває відповідні етичні перестороги. Найсуворішими є положення законодавства щодо донації жіночих статевих клітин, яка передбачає обов'язковість медикаментозного стимулювання яєчників для отримання «рентабельної» кількості клітин.

Відповідно до українського законодавства, допускається донація ооцитів двох видів: «дружня донація» (коли донор відомий подружжю і донація здійс-

нюється на некомерційній основі, такі випадки, щоправда, є поодинокими у вітчизняній практиці); «комерційна донація» (коли донор може бути як відомий, так і невідомий подружжю, проте за добір донора та яйцеклітину передбачена винагорода, в такому випадку між клінікою і донором укладається договір про донацію яйцеклітин).

Одразу зазначимо, що права донора яйцеклітин не регламентуються жодним нормативним актом. Жінка наражається на певну небезпеку, починаючи від стадії стимуляції яйників і завершуючи тим, що не свідомо того, скільки продуктивних клітин вона передала клініці. Певні механізми юридичного захисту таких пацієнтів можна віднайти, застосовуючи аналогію із законом, який регламентує медичне втручання загалом. Проте донація ооцитів має суттєві особливості. Донором, як правило, є жінка, яка перебуває в матеріальній скруті та навряд чи матиме можливість консультуватися з юристами.

Невизначеність щодо можливої кількості участі однієї жінки у програмі донації яйцеклітин з комерційною метою є однією з-поміж найгостріших. Відсутність державного моніторингу щодо участі жінок у програмах донації, непоінформованість щодо їх можливого негативного впливу на організм, а також непоінформованість щодо генетичного зв'язку з дитиною, народженою в результаті донорства жінкою-реципієнтом, призводять до безконтрольної, згубної для здоров'я жінки-донора торгівлі біологічним матеріалом.

Назріла необхідність розробки механізмів державного контролю за фіксацією кількості ооцитів, отриманих від одного донора при одній стимуляції, і ця проблема має бути серед пріоритетних напрямів біологічної безпеки держави. Без такого контролю зростає ймовірність зловживань з боку медичного закладу, спотворення інформації щодо реальної кількості отриманих яйцеклітин. Як наслідок до України ставляться у світі як до клондайку біологічного матеріалу, а суспільство позбавляється контролю над власним генетичним матеріалом.

Особливої гостроти при жіночій донації набуває проблема відповідальності за порушення анонімності донорства, що призводить до психологічних девіацій, порушення права на приватність усіх учасників процесу.

Обов'язковість медичного страхування учасників ДРТ-програм, особливо донорів яйцеклітин і сурогатних матерів, має бути закріплена законодавчо. На сьогодні відповідальність, у тому числі майнова, перед жінкою-донором і сурогатною матір'ю у разі настання негативних наслідків для їхнього здоров'я визначається у договорі довільно, і, як правило, з метою зменшення матеріальної відповідальності перед такою вразливою категорією учасників програм ДРТ, залишаючи серед гарантій лише лікування ятрогенної патології. Водночас зловживання можуть стосуватися і прав потенційних батьків (замовників програми).

Окремий комплекс етико-правових проблем становить сурогатне материнство. Методом лікування «сурогатне материнство» позначається комплекс дій: штучне (інструментальне) запліднення яйцеклітини з наступним поміщенням ембріона в порожнину матки іншої жінки (сурогатної матері). Сурогатне

материнство є методом лікування безпліддя, який має чітко окреслені медичні показання для застосування, а не примхою, зумовленою бажанням не обтяжувати себе вагітністю платоспроможних пар чи соціально невідповідальним бажанням «отримати дитину» у віці, який не дозволяє вже виносити її самотійно. На жаль, у практиці юридичного супроводу траплялися і такі випадки.

Сьогодні на рівень закону виноситься лише праве регулювання наслідків застосування ДРТ, проте не їх порядок. Так, в українському законодавстві основні норми правового регулювання наслідків сурогатного материнства викладені в Сімейному кодексі України (далі – СК України). Стаття 123 СК України [4] передбачає, що у разі імплантації в організм іншої жінки зародка, зачатого подружжям, батьками дитини є подружжя (чоловік і жінка). Слід звернути увагу й на те, що обов'язковим є генетичний зв'язок дитини хоча б з одним із батьків. При сурогатному материнстві вважається нелегальним використання всіх донорських гамет, донорської яйцеклітини самої сурогатної матері, оскільки такий шлях не є формою реалізації репродуктивних прав особи: дитини не є генетично рідною подружжю, вагітність виношується іншою жінкою, що, радше, нагадує «виробництво», аніж медичну допомогу.

При сурогатному материнстві, за українським законодавством, материнство оспоруванню не підлягає (п. 2 ст. 139 СК України). Генетичними батьками дитини вважається подружжя, незважаючи на можливість використання донорської клітини одним із них. Така норма захищає потенційних батьків від зловживань і спекуляцій. Додамо, що у 2011 р. аналогічну норму закладено і в російське законодавство, яке раніше пріоритет права на дитину визнавало за сурогатною матерію. До внесення таких змін у російській практиці траплялися непоодинокі випадки фінансового шантажу з боку сурогатних матерів стосовно біологічних батьків на момент підписання згоди записати батьками дитини подружжя. Такий досвід призвів до того, що багато подружніх пар з Російської Федерації задля уникнення подальших ускладнень зверталися до українських репродуктивних клінік.

Багаторічний досвід дослідження цієї проблематики не лише в Україні дає підстави для певних узагальнень: жінка, яка вирішує стати сурогатною матір'ю, чітко усвідомлює як сам процес, так і всі його наслідки, і в моральній, і в психологічній, і в фізичній площинах здатна його пережити без моральних і фізичних страждань.

Проблеми форми та змісту договору про надання послуг сурогатного материнства неодноразово порушувалися у правовій літературі, проте допоки їх зміст зводиться до положень зобов'язального права, наслідки такої вразливої і чутливої сфери суспільних відносин, як людська прокреація, будуть регулюватися на рівні договорів оренди і підряду без урахування міжнародних біоетичних стандартів.

Не принижуючи значення та ролі зобов'язального права, загалом ми не можемо погодитися з його механічним накладанням на сферу репродуктивної медицини, яка вимагає правового регулювання від зачаття до народження на рівні закону.

Накопичений в Україні досвід юридичного супроводу сурогатного материнства заслугове вивчення, оскільки в більшості європейських країн сурогатне материнство заборонене законом, що не відповідає моральним засадам суспільства. Однак українському суспільству доведеться переосмислити цю проблему з урахуванням реалій сьогодення.

Насамперед треба законодавчо закріпити граничний вік усіх учасників ДРТ. Так, протоколами лікування визначається лише граничний вік жінки-донора (18–35 років) і чоловіка-донора (20–40 років), граничний вік жінки, до якої застосовуються ДРТ, не обмежений, що звільняє її від соціальної відповідальності перед майбутньою дитиною.

Без належної уваги законодавця залишилися проблеми правового регулювання постмортальної репродукції, що спричинило невизначеність правового режиму біологічного матеріалу та правового статусу дитини, зачатої постмортум. Ця проблема набула особливої гостроти з початком в Україні АТО, участю у ній чоловіків репродуктивного віку: згідно з найкращими гуманістичними принципами, клініки ДРТ почали широко рекламувати послуги безкоштовної кріоконсервації та зберігання біологічного матеріалу.

При застосуванні ДРТ важливим є баланс між правами батьків і дітей: права дитини на інформацію про своє походження та дотримання лікарської таємниці щодо обраних методів лікування безпліддя по відношенню до її батьків.

Комплексного міждисциплінарного дослідження очікує проблема невизначеності щодо порушення прав дитини сурогатної матері при її участі у програмі сурогатного материнства та виконанні умов договору з генетичними батьками, який часто містить положення, що обмежують особисті немайнові права жінки і як наслідок – права її рідної дитини. Нікчемність таких положень очевидна для юристів, проте не для жінок – учасниць ДРТ-програм через брак поінформованості. Права дитини сурогатної матері мають бути захищені на рівні закону, позаяк закон вимагає наявності власної дитини в сурогатної матері.

Очевидним порушенням прав людини є відсутність належного правового регулювання застосування ДРТ до соціально вразливих груп: ВІЛ-інфікованих (існуючі обмеження у чинному законодавстві) та представників ЛГБТ спільноти.

Отже, основоположні принципи правового регулювання ДРТ і механізми їх правового забезпечення повинні бути законодавчо закріплені у спеціальному законі «Про допоміжні репродуктивні технології та допоміжне материнство», законодавстві у сфері страхування та у відповідних підзаконних нормативних актах.

Ми упевнені, що 25-річного досвіду більш ніж достатньо для переусвідомлення існуючих принципів надання медичної допомоги у прокреації людини і питання формування належного законодавчого регулювання лежить, швидше, у площині політичній. Це питання державних пріоритетів і самоідентифікації нації не як ресурсного якісного племінного матеріалу, а як генетичного багатства.

1. Основи законодавства про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/2801-12/print1491749810526254> (*Osnovy zakonodavstva pro ohoronu zdorov'ya vid 19.11.1992 r. : Zakon Ukrainy [Elektronnyj resurs]*. – *Rezhym dostupu: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/2801-12/print1491749810526254*).

2. Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій : Наказ МОЗ України № 787 від 09.09.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13/print1490450722199980> (*Pro zatverdzhennya poriadku zastosuvannya dopomizhnyh reproduktyvnyh tehnologij : Nakaz MOZ Ukrainy № 787 vid 09.09.2013 r. [Elektronnyj resurs]*. – *Rezhym dostupu: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13/print1490450722199980*).

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (*Cyvilnyj Kodeks Ukrainy vid 16.01.2003 r. [Elektronnyj resurs]*. – *Rezhym dostupu: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15*).

4. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (*Simejnyj kodeks Ukrainy vid 10.01.2002 r. [Elektronnyj resurs]*. – *Rezhym dostupu: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14*).

**Кашынцева О. Ю., Иолкин Я. О.**

### **Основы законодательства об охране здоровья и право на репродукцию человека: соответствие современным вызовам**

Обоснована необхідність правового регулювання допоміжних репродуктивних технологій на рівні закону. Проаналізовані міжнародні стандарти в області репродуктивних технологій. Охарактеризовані право людини на репродукцію, право на отримання відповідної медичної допомоги, піднят питання про необхідності усунення відповідних дискримінаційних положень законодавства України. Визначені репродуктивні права людини, під якими слід розуміти право особи жіночого або чоловічого статі мати генетично свого дитину, однак внаслідок фізіологічних особливостей чоловічого та жіночого статі це право має суттєві особливості, зокрема, до репродуктивних прав жіночого статі також належить право самостійно виносити дитину (право завагітніти та бути вагітною) та право на фізіологічні народи, для чоловіків це право обмежується лише можливістю мати генетично свого дитину.

*Ключевые слова:* права людини, допоміжні репродуктивні технології, право на репродукцію, суррогатне материнство.

Kashyntseva O. Y., Iolkin Y. O.

### **Principles of Ukrainian Healthcare Legislation and Human Rights to Reproduction: Modern Challenges**

The article concerns the necessity of legal regulation of assisted reproductive technologies at the level of law. International standards in the sphere of reproductive technologies were analyzed. It was concluded that the possibilities of modern medicine have created a new legal paradigm - the Human Reproductive Rights. At the modern level of the development of society and in connection with the latest achievements of science and medicine, one can talk about new dimensions in the understanding of this legal category.

Human right to reproduce, right to receive appropriate medical care were characterized and the issue related with the necessity to eliminate relevant discriminatory provisions of the Ukrainian legislation. Human reproductive rights, which should be understood as the right of every person either male or female to have a genetically native child, were defined. But because of the physiological peculiarities of the male and female gender this right has its essential peculiarities in particular persons of a female gender have the right to bear a child themselves (right to become pregnant and right to be pregnant) and right to physiological childbirth and for the men this right is limited only to the possibility to have a genetically native child.

*Key words:* human rights, human reproductive right, assisted reproductive technologies, surrogate motherhood.

Стаття надійшла до редакції 30.06.2017

Прийнята до друку 28.07.2017