



**МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ
УКРАЇНИ**

Мін'юст

вул. Архітектора Городецького, 13, м. Київ, 01001

тел.: (044) 364-23-93, факс: (044) 271-17-83

E-mail: callcentre@minjust.gov.ua,
themis@minjust.gov.ua

Web: <http://www.minjust.gov.ua>,
код згідно з ЄДРПОУ 00015622

**Голові Комітету Верховної
Ради України з питань
правової політики
Денису МАСЛОВУ**

Шановний Денисе Вячеславовичу!

У зв'язку з листом Комітету Верховної Ради України з питань правової політики від 27 жовтня 2022 року № 04-26/03-2022/182851 Міністерство юстиції України разом з Міністерством охорони здоров'я України, Міністерством економіки України, Міністерством фінансів України на виконання доручення Прем'єр-міністра України Дениса Шмигала від 01 листопада 2022 року № 9389/1/1-22 опрацювало проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання постмортальної репродукції» (реєстр. № 8097 від 04 жовтня 2022 року) (далі – проєкт Закону), внесений народним депутатом України Дануцою О.А., та повідомляє таке.

Однією з умов розробки якісного нормативно-правового акта є дотримання принципу юридичної визначеності, що є складовою принципу верховенства права, елементами якого є правова визначеність, ясність і недвозначність правової норми.

Принцип правової визначеності безпосередньо не закріплений у національному законодавстві, але його важливість для забезпечення належного правового регулювання підтверджується практикою Конституційного Суду України. Власне бачення правової визначеності Конституційний Суд України сформулював у Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, в якому зазначається, що «із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі» (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини).

Принцип правової визначеності для обґрунтування своїх рішень використовує і Європейський суд з прав людини. Так, у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (рішення від 25 листопада 1999 року)

СЕД АСКОД

Міністерство юстиції України

№ 109870/13529-4-22/8.1.1 від 21.11.2022

Підписувач Малюська Денис Леонтійович

Сертифікат 3ED5083160DBC59B04000000E04446001CF87200

Дійсний з 25.02.2022 12:55:22 по 25.02.2023 18:55:22



Суд вказав, що однією з вимог, яка впливає зі словосполучення «встановлений законом», є передбачуваність. Норму не можна вважати «законом», якщо вона не сформульована достатньо чітко, що дає особі можливість керуватися цією нормою у своїх діях.

Водночас аналіз положень проєкту Закону свідчить про те, що його положення не відповідають принципу юридичної визначеності, оскільки виключають однозначність їх трактування, що може призвести до негативних наслідків у правозастосуванні.

1. Зміст пояснювальної записки до проєкту Закону дозволяє дійти висновку, що його метою є законодавче закріплення організаційних основ використання статевих клітин, тканин, ембріонів після смерті фізичної особи або визнання її померлою, визначення порядку отримання статевих клітин, тканин після смерті фізичної особи, закріплення права осіб, народжених внаслідок використання статевих клітин, тканин, ембріонів, після смерті одного з батьків, на спадкування.

Підпунктом 1 пункту 1 розділу I проєкту Закону пропонується частину сьому статті 281 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) викласти у такій редакції: «Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. *Зобов'язання закладу охорони здоров'я щодо зберігання статевих клітин, тканин, ембріонів, не припиняються смертю пацієнта (пацієнтів) у випадку надходження за життя пацієнта (пацієнтів) заяви, якою визначено порядок дій закладу охорони здоров'я у випадку смерті особи, визнання її померлою. Використання статевих клітин, тканин, ембріонів після смерті фізичної особи, визнання її померлою, відбувається у порядку, встановленому законом.*».

З аналізу пропонованих положень можна зробити припущення, що заклад охорони здоров'я має певні зобов'язання щодо «зберігання статевих клітин, тканин, ембріонів», які, ймовірно, виникли на підставі укладеного договору з пацієнтом. При цьому зобов'язання закладу охорони здоров'я як сторони договору не припиняються смертю контрагента (пацієнта) лише у разі, якщо ця особа *додатково обумовить свою волю щодо порядку дій закладу охорони здоров'я у разі її смерті у відповідній заяві.*

Разом з тим останнє речення вказаного положення проєкту Закону фіксує, що «використання статевих клітин, тканин, ембріонів після смерті фізичної особи, визнання її померлою, *відбувається у порядку, встановленому законом.*».

Тобто пропоновані зміни до ЦК (без урахування контексту змін в інші законодавчі акти) сформульовано таким чином, що не дозволяє зробити чіткі та однозначні висновки щодо проблеми, на усунення якої вони спрямовані, породжує низку припущень і допускає різнотлумачення, зокрема, щодо з'ясування того, яких саме питань стосується подана пацієнтом заява: виключно продовження виконання зобов'язань закладом охорони здоров'я

лише в частині зберігання відповідних анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин у разі його смерті чи також його волевиявлення щодо їх подальшого використання після смерті, а також того, чи вирішуються такі відносини в іншому порядку, передбаченому законом.

Окремо заслуговує на увагу питання щодо самого предмета договору, на підставі якого виникли відповідні зобов'язання, особливо в аспекті того, що виконання відповідних зобов'язань потребує додаткового, обтяжливого доврегулювання через подання окремої заяви.

Враховуючи виявлені недоліки, варто констатувати що відповідно до статті 509 ЦК зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Зобов'язання виникають з підстав, встановлених статтею 11 цього Кодексу, зокрема з договорів.

Договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків; зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства; договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору (статті 626, 628, 638 ЦК).

У свою чергу главою 50 ЦК врегульовані підстави для припинення зобов'язання. Відповідно до статті 598 ЦК зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом.

Підсумовуючи зазначене, пропонувані зміни до ЦК, на нашу думку, мають бути переглянуті з урахуванням загальних засад виникнення та виконання зобов'язань, будь-яких питань, які можуть бути врегульовані сторонами в договорі на власний розсуд, зокрема, щодо строків та умов зберігання, порядку використання та розпорядження анатомічними матеріалами та репродуктивними клітинами у випадку смерті особи, визнання її померлою тощо.

При доопрацюванні варто також урахувати, що формулювання норм, що пропонуються законопроектом для внесення в ЦК, не притаманне цьому Кодексу, а їх зміст не є предметом регулювання статті 281, яка має назву «Право на життя» та містить низку бланкетних норм, що вказують на регулювання відносин у спеціальному законодавстві.

Додатково слід зауважити, що термінологія, використана в проекті Закону, зокрема терміни «статеві клітини», «тканини» та «ембріони», не узгоджується з положеннями чинного законодавства.

Так, наприклад, відповідно до статті 290 ЦК повнолітня дієздатна фізична особа має право бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших *анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин*. Тобто ЦК оперує такими поняттями, як «анатомічні матеріали» та «репродуктивні клітини».

Крім того, Директивою комісії 2006/17/ЄС від 8 лютого 2006 року про імплементацію Директиви Європейського Парламенту і Ради 2004/23/ЄС у частині деяких технічних вимог до донації, заготівлі та тестування людських тканин та клітин також використовується дефініція «репродуктивні клітини», що означає *усі тканини і клітини, призначені для використання у допоміжній репродукції*.

Аналогічне зауваження стосується вживання у проекті Закону терміна «ембріон», оскільки Законом України «Про заборону репродуктивного клонування людини» визначено термін *ембріон людини*, яким є зародок людини на стадії розвитку до восьми тижнів.

2. Підпунктом 2 пункту 1 розділу I проекту Закону пропонується частину першу статті 1222 ЦК викласти у такій редакції: «Спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які народжені живими не пізніше, *ніж через рік після відкриття спадщини*».

Разом з тим слід зазначити, що відповідно до статті 25 ЦК цивільна правоздатність фізичної особи виникає у момент її народження.

У випадках, встановлених законом, *охороняються інтереси зачатої, але ще не народженої дитини*.

Ці засади охорони інтересів зачатої, але ще не народженої дитини були відображені законодавцем у статтях 1261 та 1298 ЦК.

Так, у разі спадкування за законом відповідно до частини першої статті 1261 ЦК у першу чергу право на спадкування за законом мають діти *спадкодавця, у тому числі зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті*, той з подружжя, який його пережив, та батьки.

Натомість пропонується проектом Закону редакція частини першої статті 1222 жодним чином не обумовлює права дітей, зачатих за життя спадкодавця та народжених після його смерті, що призведе до порушення таких прав.

Крім того, проектом Закону не визначено, до якої черги мають відноситися спадкоємці, які будуть зачаті після смерті спадкодавця, у разі спадкування за законом.

Проблема ускладнюється тим, що відповідно до статті 1298 ЦК свідоцтво про право на спадщину видається спадкоємцям *після закінчення шести місяців з часу відкриття спадщини*.

Якщо заповіт складено на користь зачатої, але ще не народженої дитини, видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини.

Положення абзацу першого цієї частини застосовується також щодо дитини, зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті, у разі спадкування за законом.

До закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку

(фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення.

Враховуючи, що проектом Закону встановлюється строк для народження спадкоємця *«не пізніше, ніж через рік після відкриття спадщини»* (який жодним чином не обґрунтовується в пояснювальній записці), постає питання щодо строків розподілу спадщини та її збереження, оскільки в статті 1298 ЦК визначено, що розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини.

Таким чином, аналіз передбаченої проектом Закону редакції статті 1222 ЦК дозволяє стверджувати, що пропоновані зміни не мають системного характеру, не містять ефективних правових механізмів охорони прав та інтересів дітей, які будуть зачаті після смерті спадкодавця.

3. Пунктом 2 розділу I проекту Закону пропонується статтю 48 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» доповнити частинами третьою – п'ятою такого змісту:

«Фізична особа, статеві клітини, тканини, ембріони якої зберігаються в закладі охорони здоров'я, може надати до закладу охорони здоров'я заяву, якою визначити порядок дій закладу охорони здоров'я у випадку смерті особи, визнання її померлою. Така заява подається особисто до закладу охорони здоров'я, а у випадку неможливості особистого подання підпис на заяві має бути засвідчено нотаріально або в порядку, який передбачений для посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених.

Використання ембріонів після смерті однієї з осіб, за спільною заявою яких щодо проведення допоміжних репродуктивних технологій було культивовано ембріони, дозволяється лише за наявності заяви про визначення порядку дій закладу охорони здоров'я у випадку смерті особи, визнання її померлою та згоди іншої особи на такий порядок дій закладу охорони здоров'я, а у випадку смерті обох осіб – лише за наявності заяви про визначення порядку дій закладу охорони здоров'я у випадку смерті особи, визнання її померлою від кожної з осіб та відсутності суперечностей між змістом цих заяв.

Повнолітня фізична особа має право звернутися до закладу охорони здоров'я із заявою, якою надати згоду на отримання статевих клітин або тканин у випадку смерті такої фізичної особи або визнання її померлою та встановити порядок використання таких клітин або тканин. Така заява подається особисто до закладу охорони здоров'я, а у випадку неможливості особистого подання підпис на заяві має бути засвідчено нотаріально або в порядку, який передбачений для посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених.»

Насамперед слід зауважити, що для зазначених змін характерна певна непослідовність. Так, відповідно до пропонованої редакції заява подається особисто до закладу охорони здоров'я, а у випадку неможливості особистого подання підпис на заяві має бути засвідчено нотаріально або в порядку, передбаченому для посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених.

Водночас згідно зі статтею 238 ЦК представник не може вчиняти правочин, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто тією особою, яку він представляє.

Крім того, «посвідчення» і «засвідчення» є різними нотаріальними діями. Відповідно до статті 34 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси посвідчують правочини (договори, заповіти, довіреності, вимоги про нотаріальне посвідчення правочину тощо) і, зокрема, засвідчують справжність підпису на документах, засвідчують вірність копій (фотокопій) документів і виписок з них.

Також проектом Закону пропонується врегулювати відносини використання ембріонів у разі смерті обох осіб, тобто відносини донорства.

У зв'язку з цим зауважуємо, що згідно зі статтею 290 ЦК повнолітня дієздатна фізична особа має право бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин. Особа віком до 18 років може бути живим донором гемопоетичних стовбурових клітин відповідно до закону.

Донорство крові, її компонентів, органів та інших анатомічних матеріалів, репродуктивних клітин здійснюється відповідно до закону.

Взяття органів та інших анатомічних матеріалів з тіла фізичної особи, яка померла, не допускається, крім випадків і в порядку, встановлених законом.

Фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів на випадок своєї смерті або заборонити його.

Особа донора не повинна бути відомою реципієнту, а особа реципієнта – родині донора, крім випадків, коли реципієнт і донор перебувають у шлюбі або є близькими родичами.

Водночас законодавчий акт, яким регулюються відносини донорства репродуктивних клітин, на сьогодні відсутній, а пропоновані проектом Закону положення не забезпечують повноти регулювання цих відносин.

Крім того, щодо використання культивованих ембріонів після смерті однієї з осіб, за спільною заявою яких вони були створені, виключно за наявності заяви такої особи про визначення порядку їх використання додатково слід враховувати, що на цей час законодавством не встановлено обов'язку особи під час вилучення клітин або тканин подавати заяву про порядок їх використання у випадку її смерті, а тому, якщо на час набрання чинності цим законом одна з осіб, за спільною заявою яких культивовано ембріони, померла, інша особа буде позбавлена можливості їх використати.

При цьому відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) право пари зачати дитину і для цієї мети застосовувати репродуктивну медицину є складовою приватного і сімейного життя, гарантованого статтею 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод (далі – Конвенція) (рішення у справі «X і Інші проти Австрії» заява № 57813/00, рішення від 03.11.2011).

Відповідно до статті 8 Конвенції:

«1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.»

2. *Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».*

Хоча основним завданням статті 8 Конвенції є захист осіб від свавільного втручання з боку державних органів, вона також може покласти на державу певні позитивні зобов'язання щодо забезпечення ефективного дотримання прав, охоронюваних цією статтею. Ці зобов'язання можуть передбачати запровадження чи вжиття заходів, спрямованих на забезпечення поваги до приватного чи сімейного життя навіть у сфері взаємин осіб між собою, включно з позитивними зобов'язаннями щодо встановлення правової бази, що гарантує ефективне користування правами, гарантованими статтею 8 Конвенції (рішення у справі *«Федотова та інші проти Росії»* від 13.07.2021 року, заява № 40792/10).

У рішенні у справі *«Еванс проти Сполученого Королівства»* (від 10.04.2007 року, заява № 6339/05) Велика палата Європейського суду розглянула скаргу за статтею 8 Конвенції у зв'язку з неможливістю заявниці після розірвання шлюбу використати запліднені яйцеклітини, оскільки колишній чоловік відкликав свою згоду на зберігання ембріонів та використання їх заявницею.

Європейський суд наголосив, що у цій справі існує конфлікт між правами двох приватних осіб, передбачених статтею 8 Конвенції: заявниці та її чоловіка, і інтереси кожної особи є абсолютно несумісними з інтересами іншої. У своєму рішенні Європейський суд дійшов висновку, що праву заявниці на повагу до рішення стати матір'ю у генетичному сенсі не можна надавати більшої ваги ніж праву її колишнього чоловіка на повагу до його рішення не народжувати з нею генетично споріднену дитину (пункт 90 рішення).

На відміну від згаданого рішення, у якому існувало два конкуруючі інтереси, правовідносини, які врегульовуються проектом Закону, стосуються інтересів виключно однієї особи. Після набрання чинності відповідними змінами така особа не зможе використати культивовані ембріони у разі відсутності заяви померлої особи про порядок їх використання. Крім того, необхідно зважати на те, що можлива ситуація відсутності заборони померлої особи на використання культивованих ембріонів. Це може призвести до порушення права на повагу до приватного і сімейного життя, гарантованого статтею 8 Конвенції.

Отже, проект Закону не повною мірою враховує чинне законодавство, пояснювальна записка не містить опису практичних проблем, які проект має вирішити, а запропонована редакція змін не лише не гарантує усунення наявних юридичних колізій, а й створює ризики появи нових, що може призвести до порушення прав осіб, репродуктивні клітини, людські ембріони

яких зберігаються в закладах охорони здоров'я, та дітей, народжених у результаті застосування репродуктивних технологій.

З огляду на зазначене, незважаючи на актуальність порушених питань, **не підтримуємо** прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання постмортальної репродукції» (реєстр. № 8097 від 04 жовтня 2022 року) у запропонованій редакції.

З повагою

Міністр

Денис МАЛЮСЬКА