

## К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПОСТМОРТАЛЬНОЙ РЕПРОДУКЦИИ

*Аннотация.* В статье исследуется правовое регулирование возможности реализации посмертной репродукции в законодательстве зарубежных стран, и в том числе Украины. Выделяются дискуссионные вопросы в указанной сфере и пути их решения.

*Ключевые слова:* репродуктивные права, постмортальная репродукция, вспомогательные репродуктивные технологии, генетический материал, зачатие ребенка, искусственное оплодотворение, забор половых клеток, посмертное отцовство, наследники.

G. V. Anikina

## LEGAL REGULATION OF POSTMORTEM REPRODUCTION

*Abstract.* The article examines the legal regulation of the postmortem reproduction affordability in legislations of foreign countries including Ukraine. There are distinguished the controversial issues in this field and ways to solve them.

*Key words:* reproductive rights, postmortem reproduction, assisted reproductive technologies, genetic material, child fetation, artificial insemination, sampling of germ cells, posthumous paternity, heirs.

Под понятием посмертной (постмортальной) репродукции понимают рождение ребенка после смерти кого-либо из родителей. Исторически этот феномен характеризовал зачатие ребенка обоими родителями, рождение которого происходило после смерти отца [1, с. 15]. В литературе известны также случаи, когда рождение ребенка происходило после смерти матери – при родах или в результате несчастного случая [2]. Эта концепция отражена и в таких источниках истории и культуры, как Законы XII Таблиц, в Дигестах Юстиниана и т.п. В Законах XII Таблиц за зачатый, но еще не родившимся ребенком (лат. *nasciturus* – еще не рожденный) признавалось право наследования на имущество отца, умершего во время беременности матери [3, с. 18]. «*Posthumus pro nato habetur*» – «Ребенок, родившийся по-

сле смерти отца, считается рожденным до его смерти» [4, с. 313]. Семейный кодекс (СК) Украины предусматривает возможность рождения ребенка после прекращения брака или признания его недействительным. Согласно ч. 2 ст. 122 СК Украины «ребенок, родившийся до истечения десяти месяцев после прекращения брака или признания его недействительным, считается таким, что происходит от супругов» [5]. Соглашаемся с мнением И. Рубца, поскольку одним из оснований прекращения брака является смерть супруга, поэтому правило, определенное ч. 2 ст. 122 СК Украины, касается и случаев рождения ребенка после смерти, что позволяет сделать вывод о том, что ребенок, рожденный до истечения десяти месяцев после смерти отца, будет считаться происходящим от него.

И. Рубец отмечает: «Новейшие высокоразвитые научные технологии дают основания рассмотреть проблему рождения после смерти их родителей, по-новому» [6, с.450]. Замороженные гаметы могут храниться в соответствующих условиях достаточно длительное время. А поэтому зачатие ребенка, рожденного с помощью их дальнейшего использования, может происходить после смерти обоих родителей или одного из них.

Таким образом, под понятием постмортальной репродукции на сегодня следует понимать не только рождение ребенка после смерти кого-либо из родителей, но и зачатие, и рождение ребенка после смерти одного или обоих родителей.

Основой в исследовании правового регулирования посмертной репродукции стали работы Д. А. Гудымы, Ф. В. Дахно, А. А. Куценка, И. В. Рубца, К. Н. Свитнева, Р. Б. Шишки.

Актуальность этого исследования заключается в том, что возможность зачатия и рождения детей после смерти родителей порождает ряд проблемных ситуаций, связанных с возможностью рождения таких детей, определением происхождения ребенка, реализацией наследственных прав и т.д. Вспомогательные репродуктивные технологии продолжают стремительно развиваться и широко используются, в том числе и постмортальная репродукция, а нормы, регулирующие эти процессы в нашем законодательстве, отсутствуют. Таким образом, считаем, что изучение этого вопроса и разработка правовых норм, регулирующих вопросы постмортальной репродукции, сегодня являются необходимым процессом.

Установление истинного намерения лица о посмертном отцовстве (материнстве) является обязательным условием проведения любых манипуляций с донорским материалом умершего и в большинстве зарубежных стран. Так, в Англии посмертная ре-

продукция разрешена, только если донор прижизненно выразил об этом четкое намерение. В Великобритании в 2002 г. вдова требовала получения замороженных гамет умершего мужа, однако ей было в этом отказано, поскольку накануне смерти он отозвал свое согласие на распоряжение женой его гаметами после смерти. Истица приводила аргумент, согласие супруга было отозвано под давлением одного из медработников учреждения, однако суд отказал ей, потому что считал, намерение мужа было полностью понятным [7].

Об аналогичном подходе США к решению данного вопроса свидетельствует анализ некоторых судебных решений в этой стране. В 1993 г. 48-летний мужчина по имени Уильям Кейн закончил жизнь самоубийством. Незадолго до этого он поместил на хранение в криобанк свои гаметы и оставил право распоряжаться ими своей сожительнице – Деборе, которая, по его мнению, хотела бы родить от него ребенка. И хотя взрослые дети Уильяма от предыдущего брака категорически выступали против этого, все же после длительной судебной волокиты Апелляционный суд Калифорнии присудил генетический материал умершего Деборе [8].

В этой стране являются известными и другие прецеденты, связанные с вопросами постмортальной репродукции. Так, сержант Стивен Сазерленд перед отъездом в Ирак сдал свои гаметы на хранение в криобанк, чтобы после войны зачать ребенка со своей женой Марией. В ноябре 2005 г. 33-летний Стивен был убит. Примерно через полгода после его смерти Мария обратилась с просьбой об искусственном оплодотворении спермой погибшего мужа и вскоре родила мальчика. В интервью NBC News она призналась: «Несмотря на горечь утраты, я рада ежедневно видеть в сыне продолжение дорогого мне человека» [9].

В 2008 г. Апелляционный суд Калифорнии, наоборот, отказал истице Айрис Кивернеджел использовать для оплодотворения замороженные гаметы ее мужа. Джозеф Кивернеджел сдал на хранение в криобанк генетический материал, однако сделал распоряжение уничтожить его в случае своей смерти [10].

Законодательство Украины не содержит норм, позволяющих или запрещающих зачатие ребенка после смерти родителей или одного из них. В Гражданском кодексе Украины п. 7 ст. 281 «Право на жизнь» устанавливает, что совершеннолетние женщины или мужчины имеют право по медицинским показаниям на применение на них лечебных программ вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) согласно порядку и условиям, установленным законодательством [11]. Инструкция о применении

вспомогательных репродуктивных технологий, утвержденная приказом Минздрава Украины 2008 г., предусматривает, что вспомогательные репродуктивные технологии применяются по медицинским показаниям по письменному оформленному добровольному согласию и по заявлению пациента (пациентов) по применению ВРТ [12]. Отсюда можно сделать вывод, что для зачатия ребенка после смерти ее родителей требуется обязательное согласие на проведение такой репродуктивной программы, т.е. если лицо, оставляя свой генетический материал, выразило свое согласие на его использование после смерти, то зачатие ребенка возможно.

Из этого можно сделать вывод, что в большинстве стран мира, в том числе и в Украине, зачатие ребенка возможно лишь при условии, если умерший при жизни выразил об этом четкое намерение.

Но случаются и ситуации, когда лицо сдало свой генетический материал на хранение и не выразило волеизъявления о его судьбе после смерти. Один из таких случаев известен во Франции в 1984 г. 24-летний человек перед прохождением курса химиотерапии сдал на хранение в криобанк свой генетический материал. Никаких распоряжений относительно его использования в случае смерти он не оставил. Через два года этот человек умер, а его жена обратилась в банк с требованием передать ей гаметы покойного для проведения искусственной инсеминации, утверждая, что таким было их общее намерение с умершим мужем. Женщина получила отказ. За защитой своих прав она обратилась в суд. Суд определил сперму умершего как «семья жизни», условие реализации права человека на продолжение рода и присудил передать ее вдове [13].

Один из прецедентов известен и в России в 2007 г. Наталья Климова защищала право своего сына на отцовство, хотя и по-смертно. Артем Климов умер от рака в октябре 2009 г., оставив после себя несколько пробирок с криоконсервированным генетическим материалом. Чтобы стать бабушкой, Наталья Юрьевна реализует первую в стране программу посмертного отцовства через суррогатное материнство [14].

Возникает вопрос: следует ли считать достаточным основанием для подтверждения желания стать отцом (матерью) факт оставления в криобанке генетического материала, ведь, совершая такие действия, лицо могло не думать об этом?

На наш взгляд, для того, чтобы решить этот вопрос, необходимо возложить обязанность учреждения, принимая на хранение (криоконсервацию) генетический материал, спрашивать у

лиц, которые передают указанный материал на хранение, о волеизъявлении относительно судьбы сданного генетического материала на случай смерти. Это позволит избежать проблемных ситуаций и споров между родственниками умершего о распоряжении его генетическим материалом и позволит выполнить волеизъявления умершего, высказанное им при жизни. Использовать генетический материал умершего можно только в том случае, если умерший при жизни дал согласие на использование его гамет после смерти. Если такое согласие отсутствует, в случае смерти лица его генетический материал должен быть уничтожен.

Еще одним актуальным вопросом, возникшим в результате применения прогрессирующих вспомогательных репродуктивных технологий, является вопрос о допустимости забора половых клеток от недавно умершего мужа для криоконсервации и дальнейшего использования. По медицинским данным, посмертное получение репродуктивного материала может быть проведено в пределах до 36 часов после смерти. Насколько такие действия являются этичными и оправданными, какая судьба таких гамет – эти вопросы также требуют решения не только с медицинской, морально-этической, но и с правовой точки зрения.

Первое сообщение о посмертном получении генетического материала у мужчины, умершего от неврологической патологии, сделал Rothman в 1980 г. [15]. Один из прецедентов, связанных с вопросом посмертной репродукции, известен в Великобритании. В 1997 г. вдова Диана из Великобритании попросила об изъятии генетического материала мужа, у которого была констатирована смерть мозга в результате тяжелой формы менингита. Она обратилась в Британский апелляционный суд за разрешением на дальнейшее использование этого образца для зачатия. Диана получила разрешение на посмертное использование половых клеток мужа и право экспортировать сперму в Бельгию, где была проведена методика ВРТ. Она забеременела и родила жизнеспособного мальчика. Это было первое сообщение о рождении ребенка в результате зачатия после посмертного получения спермы [1, с.15]. Еще один прецедент имел место в июне 2007 г., когда 42-летняя женщина узнала о смерти мужа во время операции, и подала срочный судебный запрос на изъятие у него генетического материала. Запрос был удовлетворен, и законсервированные гаметы хранятся в клинике. Однако во избежание нарушения британских законов женщине разрешили

только забрать полученный генетический материал, но не использовать его у себя в стране [16].

Подобная ситуация является известной и в США. В 1999 г. женщина по имени Габи обратилась с просьбой получить гаметы от недавно умершего мужа. Генетический материал был получен через 30 часов после смерти мужа и сохранялся в течение 15 месяцев. Когда закончился период траура, Габи была проведена методика ICSI, она забеременела и родила здоровую девочку.

Австралийка Джоселин Эдвардс выиграла в суде право изъять и криоконсервировать гаметы мужа, погибшего за два дня до подписания документов, необходимых для проведения экстракорпорального оплодотворения (ЭКО). Но теперь она должна получить разрешение на использование материала, поскольку в законодательстве Австралии (как и в законодательстве Великобритании) процедура оплодотворения от умершего мужа законодательно не урегулирована [17].

На наш взгляд, изъятие генетического материала от умершего мужа является допустимым только в случае, если он сознательно и добровольно выразил просьбу об этом. Такая просьба может быть выражена лицом, находящимся в предсмертном состоянии, но в сознании, и при отсутствии других возможностей получения генетического материала этого лица. Удаление генетического материала в других случаях, а также его изъятие без согласия умершего, высказанного при жизни, следует квалифицировать в соответствии со ст. 297 Уголовного кодекса Украины как надругательство над телом умершего.

Актуальным вопросом постмортальной репродукции является вопрос о происхождения посмертно зачатых при жизни детей и их участие в наследственных правоотношениях.

Законодательство зарубежных стран содержит различные подходы к определению правового статуса таких детей. Например, в штатах Северная Дакота и Вирджиния США в законодательстве о «Статусе детей после ВРТ», принятом в 1988 г., указывается, что лица не признаются родителями, если их генетический материал был использован для зачатия ребенка после их смерти. В Акте о происхождении детей после ВРТ с 2000 г. четко указано, что если один из супругов умирает до переноса ооцитов, спермы или эмбрионов, то умерший супруг не считается отцом ребенка, за исключением, когда умерший супруг давал письменное согласие на проведение методик ВРТ. Согласно Акту Американской ассоциации адвокатов лица не признаются законными родителями, если репродуктивные клетки или эмбрионы использовались через три года после их смерти. Нью-

йоркское законодательство (1985) заявляет, что ребенок, зачатый и рожденный после смерти, не имеет права наследования, если только покойник не оставил письменного распоряжения о его воле.

Что касается национального законодательства, то согласно ст. 123 Семейного кодекса Украины в случае рождения ребенка, зачатого в результате применения вспомогательных репродуктивных технологий, осуществленных с письменного согласия ее мужа, он записывается отцом ребенка, т.е. если лицо при жизни выражает женщине согласие на применение репродуктивных технологий, то он и будет считаться отцом ребенка даже после смерти.

Что касается участия детей, зачатых после смерти, в наследственных правоотношениях, ситуация также неоднозначна. По законодательству Флориды, если ребенок был зачат после смерти умершего, он не будет иметь прав на его наследственное имущество, кроме случаев, когда умерший давал согласие на такое зачатие [1, с. 15].

В январе 2002 г. в штате Массачусетс при решении проблемы правового регулирования посмертных репродуктивных программ впервые был определен статус посмертно зачатых детей как законных наследников своих умерших родителей. В решении указано, что такие дети как плоды новейших технологий не должны никоим образом быть дискриминированы по сравнению с другими детьми. Впрочем, обязательным условием их правовой связи с умершими родителями должно быть четко выраженное прижизненное согласие на такое посмертное отцовство.

В соответствии со ст. 1222 Гражданского кодекса Украины наследниками по завещанию и по закону могут быть физические лица, которые являются живыми на момент открытия наследства, а также лица, которые были зачаты при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Таким образом, наше законодательство исключает возможность наследования лицами, которые были зачаты после смерти наследодателя.

Д. Гудыма считает такой подход украинского законодательства к определению круга наследников дискриминационным, отмечает необходимость уточнения круга наследников, в частности, включение в круг наследников лиц, которые могут быть зачаты и рождены после смерти наследодателя [18, с. 260].

Р. Б. Шишка, наоборот, считает, что признание наследственных прав за несуществующими субъектами может приве-

сти к коллапсу права и разрушению конструкции наследственного права; наследственное право должно существовать только для существующих субъектов [19, с. 505].

Нам больше импонирует по данному вопросу позиция Р. Б. Шишки, ведь на сегодня, невозможно точно определить, в течение, какого времени генетический материал умершего будет пригодным к использованию. Известно, что этот срок исчисляется годами и даже десятками лет. Таким образом, для того, чтобы защитить наследственные права зачатых после смерти лица детей, придется ждать неопределенный срок. Захотят ли лица, которым умерший дал разрешение на использование его генетического материала, его использовать? Приведет ли использование генетического материала к рождению наследника, ведь заранее нельзя предсказать, родится ли он вообще? Поэтому считаем, что подход нашего законодательства к определению круга наследников должен быть сохранен, а включение в него детей, которые могут быть зачаты и рождены после смерти наследодателя, может привести к уничтожению всей концепции наследственного права.

На основании проведенного исследования предлагается определить обязательным условием договора о передаче генетического материала установить обязательность выражения волеизъявления о его судьбе на случай смерти. Достаточным основанием для использования генетического материала умершего следует считать лишь добровольное прижизненное согласие на его использование конкретным лицом.

Из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что изъятие генетического материала от умершего мужа является допустимым при условии отсутствия других возможностей получения генетического материала этого лица только в экстренных случаях (например предсмертном состоянии) и если лицо сознательно и добровольно выразило эту просьбу. На наш взгляд, нецелесообразно относить детей, которые могут быть зачаты и рождены после смерти наследодателя, в круг наследников, ведь это может привести к уничтожению всей концепции наследственного права.

### Библиографический список

1. Дахно Ф. В. Допоміжні репродуктивні технології і проблеми постмортальної (посмертної) репродукції // Жіночий лікар. – 2009. – № 2. – С. 15.

2. Свитнев К. Н. Жизнь после смерти. Юридические и этические аспекты посмертной репродукции [Электронный ресурс]. – URL: <http://emelinaludmila.ru/forum/index.php?showtopic=16>
3. Памятники римского права. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.
4. Латинские юридические изречения / сост. Е. И. Темнов. – М. : Юристъ, 1996. – 400 с.
5. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року № 2947-III // Офіційний вісник України. – 2002. – № 7. – Ст. 273.
6. Рубець І. Проблеми правового регулювання посмертних репродуктивних програм // Антропологія права: філософський та юридичний виміри : статті учасників міжнародного «круглого столу», 10 грудня. – Львів : Галицький друкар, 2011. – 572 с.
7. Cheri L. Riedel Memphis, Tennessee. The Impact of Modern Reproductive Technology on the Law of Probate: «Frozen Pops» and Inheritance [Электронный ресурс]. – URL: [http://www.actec.org/public/WenigCompetition/Winners/2004/WenigCompetition2004\\_3rd\\_Riedel.asp](http://www.actec.org/public/WenigCompetition/Winners/2004/WenigCompetition2004_3rd_Riedel.asp)
8. Hecht v. Superior Court (Kane) (1993) 16 Cal. App. 4 th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275]. [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.lawlink.com/research/CaseLevel3/70489>
9. Чи можна дати життя дитині померлих батьків? – URL: <http://a-yak.com/chi-mozhna-dati-zhittya-ditini-pomerlix-batkiv/>
10. The Court of Appeal of the state of California third appellate district. C055516 (Sup.Ct.No. 05PR01333) [Электронный ресурс]. – URL: <http://divorcedigestforum.invisionzone.com/index.php?showtopic=4567>
11. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
12. Про затвердження Інструкції про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 13 грудня 2008 р. № 771 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 24. – Ст. 817.
13. Belker A. M. Live birth after sperm retrieval from a moribund man // Fertil Steril. – 2001. – № 5.
14. Свитнев К. Н. Сурогатне материнство і подружній статус // Медичне право. – 2011. – № 1. – С. 34–37. – Vol. 76. P. 841–843.
15. Rothman C. M. A method for obtaining viable sperm in the postmortem state // Fertil Steril. – 1980. 34:512. Cyrene Grothaus-Day, M.D., J.D., FCLM. From pipette to cradle, from immortality to extinction. [Электронный ресурс]. – URL: <http://org.law.rutgers.edu/publications>
16. Британка захистила в суді право завагітніти від мертвого чоловіка. – URL: <http://news.bigmir.net/technology/98810>
17. Австралійка судиться за право запліднення спермою, вилученою у її померлого чоловіка. – URL: <http://tsn.ua/svit/avstraliyka-suditsya-za-pravo-zaplidnennya-spermoyu-viluchenoyu-u-yiyi-pomerlogo-cholovika.html>

18. Гудима Д. А. Померла людина як суб'єкт права // Право України. – 2010. – № 12. – С. 260–265.
19. Шишка Р. Б. Право неіснуючого учасника цивільних правовідносин як правова фікція // Право та управління. – 2011. – № 1. – С. 489–511.

### Referenses

1. Dahno F.V., Kutsenko A. O. Assisted reproductive technology and problems postmortalnoyi (posthumous) Reproduction / / Women 's doctor. - № 2. - 2009. - P.15
2. Svitnev. K. N. Life after death. Legal and ethical aspects of posthumous reproduction. [E-resource]. - Mode of access: <http://emelinaludmila.ru/forum/index.php?showtopic=16>
3. Sources Rimsky law. Laws XII Tables. Ynstytutsyy Guy. Dyhesty Yustinian - Moscow: Mirror, 1997. - 608 p.
4. Latynskye yurydycheskye yzrechenyya / comp.: EI dark. - Moscow: Yurist, 1996. - 400 p.
5. Family Code of Ukraine on January 10, 2002 // № 2947-III // Official Herald of Ukraine. - 2002. - № 7. - Art. 273.
6. Rubets I. Problems of legal regulation of posthumous reproduction programs / / Anthropology rights: philosophical and legal dimensions: Article participants of the "round table". -10 December. - Lviv: "Galician printer", 2011. - 572 p.
7. Cheri L. Riedel Memphis, Tennessee. The Impact of Modern Reproductive Technology on the Law of Probate: «Frozen Pops» and Inheritance. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.actec.org/public/WenigCompetition/Winners/2004/WenigCompetition2004\\_3rd\\_Riedel.asp](http://www.actec.org/public/WenigCompetition/Winners/2004/WenigCompetition2004_3rd_Riedel.asp)
8. Hecht v. Superior Court (Kane) (1993) 16 Cal. App. 4 th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275]. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lawlink.com/research/CaseLevel3/70489>
9. Is it possible to give life to the dead child to their parents? <http://a-yak.com/chi-mozhna-dati-zhittya-ditini-pomerlix-batkiv/>
10. The Court of Appeal of the state of California third appellate district. C055516 (Sup.Ct.No. 05PR01333). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://divorcedigestforum.invisionzone.com/index.php?showtopic=4567>
11. The Civil Code of Ukraine of January 16, 2003 № 435-IV // Official Herald of Ukraine. – 2003. – № 11. – Art. 461.
12. On approval of the Instruction on the use of assisted reproductive technologies: MoH Ukraine of 13 December 2008 № 771 // Official Herald of Ukraine. – .2009 – № 24. – Art. 817.

13. Belker A.M., Swanson M.D., Cook C.L., Carrillo A.J., Yoffe S.C. Live birth after sperm retrieval from a moribund man // Fertil Steril 2001;76:841-3.

14. Svytnev K.N. Surrogate motherhood and marital status // Medical Law. - 2011. - № 1. - P. 34-37.

15. Rothman C.M. A method for obtaining viable sperm in the postmortem state // Fertil Steril 1980;34:512. Cyrene Grothaus-Day, M.D., J.D., FCLM. From pipette to cradle, from immortality to extinction. [Elektronnij resurs]. – Rezhim dostupu: <http://org.law.rutgers.edu/publications>

16. British citizen defended in court the right to conceive of a dead man <http://news.bigmir.net/technology/98810>

17. Australian citizen suing for the right to fertilize sperm recovered from her deceased husband: : <http://tsn.ua/svit/avstraliyka-suditsya-za-pravo-zaplidnennya-spermoyu-viluchenoyu-u-yiyi-pomerlogo-cholovika.html>

18. Hudyma DA She is dead Person of yak sub'ekt Law / / Law of Ukraine. - 2010 - № 12 - P. 260-265.

19. Shishka R. B.The right of participant neisnuyuchogo tsivilnih pravovidnosin yak Pravov fiktsiya // Law that upravlinnya. - № 1. - 2011. - P. 489 - 511.

### Информация об авторе

*Аникина Галина Владимировна* – старший преподаватель, кафедры гражданское право и процесс, Хмельницкий университет управления и права, 29000, г. Хмельницкий, переулок Огородный 28, Украина, e-mail: [gallina-07@mail.ru](mailto:gallina-07@mail.ru)

### Author

*Anikina Galina Vladimirovna* – senior lecturer, department of Civil Law and Process, Khmelnytsky University of Management and Law, 29000, Khmelnytsky, Ogorodny lane 28, Ukraine, e-mail: [gallina-07@mail.ru](mailto:gallina-07@mail.ru)