



УДК. 347.123

## ПРАВО НА СУРОГАТНЕ МАТЕРИНСТВО ОДНОСТАТЕВИХ ПАРТНЕРСТВ

**Оксана Покальчук,**

*виконавчий директор Amnesty International Україна,  
аспірантка НДІ інтелектуальної власності НАПрН  
України*

*ID ORCID 0000-0003-3399-4753*

Сурогатне материнство та його невід'ємна складова — допоміжна гестація — завжди застосовуються у поєднанні з іншими методами допоміжних репродуктивних технологій. Отже, сурогатне материнство як метод лікування обтяжене також юридичною невизначеністю та іншими необхідними складовими (взяття донорського матеріалу, інструментальне запліднення тощо), які передують допоміжній гестації.

Вважаємо вкрай необхідним наголосити, що всі методи допоміжних репродуктивних технологій, включно із сурогатним материнством, є методами лікування і можливість їх застосування жодною мірою не може залежати від соціального статусу людини, зокрема гендерної самоідентифікації, фактів перебування у шлюбі чи одностатевому партнерстві або неперехування у шлюбі чи одностатевому партнерстві.

*Ключові слова:* права людини, допоміжні репродуктивні технології, сурогатне материнство, одностатеві партнерства

**Актуальність дослідження.** Зростання рівня популістичних настроїв у суспільстві та, як наслідок, реактивне прийняття нових обмежувальних нормативно-правових актів, які дискримінують та необґрунтовано обмежують права громадян, є складним викликом науковій спільноті та правам людини в Україні. Питання репродуктивних прав є одним із найважливіших елементів популярного дискримінаційного та часто ненаукового нарративу як у ЄС, так і в Україні. Отже, наукова спільнота має прийняти цей виклик і шляхом вивчення та дослідження різноманітних аспектів права на репродукцію утвердити в Україні верховенство науки та прав людини, зокрема у цій сфері.

**Метою дослідження** є узагальнення судової практики та практики ЄСПЛ у зазначеній сфері з метою імплементації у відповідне національне законодавство.

На жаль, на сьогодні спостерігаємо демедикалізацію цього методу лікування, бачення у ньому ринкової послуги, а не методу лікування, який потребує відповідних маніпуляцій і залучення третіх осіб — сурогатної матері (гестаційного кур'єра).

Для нас була відкриттям позиція французької феміністичної групи, яка активно виступає проти легалізації сурогатного материнства у Франції [1], вважаючи допоміжну гестацію принизливою для сурогатної матері.

Допоки уявлення про сурогатне материнство формуватимуть статті на кшталт ось такої з поважного інформаційного ресурсу BBC: «Surrogacy: Why the world needs rules for 'selling' babies» («Сурогатне материнство: чому світ потребує правил продажу дітей») [2], наше уявлення про таке материнство буде й надалі в лещатах спекуляцій і маніпуляцій. І, як ми зазначали на початку до-



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

слідження, саме таке ставлення демонструє Україна, з одного боку, дозволяючи сурогатне материнство, з іншого — залишаючи його регулювання на рівні медичного протоколу, затвердженого наказом № 787 МОЗ України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» [3], і продовжуючи регулювати нормами договірних прав.

Всесвітня медична асоціація (ВМА) прийняла в 1987 році Положення про запліднення *in vitro* і трансплантацію ембріонів, у якому визначено, що запліднення *in vitro* і трансплантація ембріона є медичним методом лікування безпліддя, доступним у багатьох частинах світу [4]. Звернімо увагу, що ВМА однозначно визначає сурогатне материнство як метод лікування.

Відповідно до зазначеного міжнародного документа, з етичного погляду, медична допомога у прокреації людини виправдана в усіх випадках безпліддя, що не піддається класичному медикаментозному чи хірургічному лікуванню. У документі зазначається, що коли доросла жінка не має матки, то може бути використано метод замісного (сурогатного) материнства, якщо це не заборонено відповідними законами або етичними правилами ВМА або інших відповідних медичних асоціацій.

Отже, позиція ВМА є однозначною: сурогатне материнство — це метод лікування, і від осіб, які беруть участь у такому лікуванні, повинна бути отримана добровільна інформована згода. У документі йдеться, що використання методу сурогатного материнства супроводжують юридичні, етичні та моральні проблеми, які лікар повинен усвідомлювати і враховувати, ухвалюючи будь-яке рішення стосовно використання цього методу.

Відповідно до українського законодавства репродуктивні технології — це методи терапії безплідності, за якими окремі або всі етапи зачаття і раннього

розвитку ембріонів здійснюються поза організмом жінки. Перелік медичних показань для сурогатного материнства визначено у згаданому вище наказі МОЗ України і ними є: відсутність матки (вроджена або набута); деформація порожнини або шийки матки при вроджених вадах розвитку або внаслідок хірургічних втручань, доброякісних пухлин, за яких неможливе виношування вагітності; структурно-морфологічні або анатомічні зміни ендометрія, що призводять до втрати рецептивності, синехії порожнини матки, які не піддаються лікуванню; тяжкі соматичні захворювання, за яких виношування вагітності загрожує подальшому здоров'ю або життю реципієнта, але які не впливають на здоров'я майбутньої дитини; невдалі повторні спроби ДРТ (4 і більше разів) при неодноразовому отриманні ембріонів високої якості, перенесення яких не мало результатом настання вагітності.

Однак, ми вважаємо, що перелік має бути розширено, зокрема діагнозом трансгендерність (F. 64) відповідно до Міжнародної класифікації хвороб [5]. Так, відповідно до Уніфікованого клінічного протоколу первинної, вторинної (спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги гендерна дисфорія в п. 10 зазначається: можливості репродукції для FtM-пацієнтів<sup>1</sup> можуть включати заморозку ооцитів (яйцеклітин) або ембріона. Заморожені гамети та ембріони можуть пізніше бути використані для виношування сурогатною матір'ю [6]. Постає питання, чому така можливість не розглядається у протоколі для переходу MtF<sup>2</sup> із подальшою можливістю виношування сурогатною матір'ю? Очевидно, що при переході MtF навіть за умови пластики первинних статевих ознак у тому числі геніталій, самостійне виношування дитини для такої жінки є неможливим. Природно, що

<sup>1</sup> Корекція статі відбувається з жіночої в чоловічу.

<sup>2</sup> Корекція статі відбувається з чоловічої в жіночу.



своє право на репродукцію така жінка може реалізувати тільки шляхом запліднення належною їй спермою донорської яйцеклітини та подальше виношування генетично рідного для неї ембріона сурогатною матір'ю. Питання належності чоловічого за походженням донорського матеріалу (сперміїв) також потребує окремого правового врегулювання<sup>3</sup>. Проте, на нашу думку, ця група осіб не повинна бути дискримінованою у доступі до такого методу лікування як сурогатне материнство.

Європейська практика складається неоднозначно щодо можливості застосування сурогатного материнства для одностатевих пар. Адже, легалізуючи одностатеві шлюби чи партнерства із відповідними юридичними наслідками, що притаманні традиційному шлюбу, потрактування можливості усиновлення чи застосування до таких пар методу лікування «сурогатне материнство» й надалі є невизначеним. І тут варто звернути увагу, що підходи різняться й щодо можливості застосування сурогатного материнства для гомосексуальних пар чоловічих і для лесбійських пар.

Перешкоди на шляху усиновлення одностатевими парами, що існують між країнами-членами ЄС, спонукають одностатеві пари чоловіків переходити до допоміжної гестації там, де таке усиновлення заборонено.

Так, Швеція прямо забороняє сурогатне материнство, одночасно визнаючи гомосексуальні партнерства. Проте, навіть у випадках, коли сурогатне материнство чітко дозволено, юридичні наслідки допоміжної гестації часто є невизначеними, оскільки таке материнство не регулюється законодавством більшості країн: не існує чіткої заборони і не існує дозволу. Наприклад, у Нідерландах відсутня спеціальна процедура, що визначала б порядок набуття батьківських прав подружжям після народження дитини

сурогатною матір'ю, і тоді можливими є два сценарії. У разі, якщо сурогатна мати перебуває у шлюбі, обидва потенційні батьки можуть стати законним батьком, усиновивши дитину. Перш ніж подати заяву на усиовлення, сурогатна мати та її чоловік повинні відмовитися від своїх батьківських прав. Якщо сурогатна мати не одружена, то один із потенційних батьків пари може визнати дитину як свою і надалі другий партнер може усиновити дитину на більш пізньому етапі і також стати законним батьком. Проте, другий сценарій очевидно є неможливими, якщо пара є одруженою [7].

У Великій Британії одностатеві пари, як правило, стикаються з меншими проблемами, оскільки сурогатне материнство регулюється Актом про запліднення та ембріони, яким передбачається набуття батьківства щодо дитини, народженої в результаті сурогатного материнства через стандартні процедури набуття такого права [7].

Лесбійські пари при застосуванні сурогатного материнства стикаються з проблемою подання заяви на визнання батьківства (материнства) другою партнеркою з подружжя. Презумпція батьківства, згідно з якою чоловік заміжньої жінки автоматично визнається законним батьком дитини, у більшості країн не застосовується для одностатевих лесбійських шлюбів. У результаті, небіологічній матері-лесбійці потрібно пройти процедуру усиновлення для набуття батьківських (материнських у цьому разі) прав.

Однак, ця перешкода була частково усунена в законодавстві деяких країн. Наприклад, в Іспанії та Швеції дружина біологічної матері може бути визнана матір'ю народженої в результаті допоміжної гестації дитини за умови зачаття дитини донорською спермою в медичному закладі. Тут важливими є два юридично значущі фактори: спер-

<sup>3</sup> Серед адвокатської спільноти точаться численні дискусії щодо юридичного способу визнання належності такого біологічного матеріалу. Ми вважаємо, що це має бути неповний судовий порядок.



## ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ма повинна бути донорська (донор має бути невідомим) і факт такого зачаття повинен відбутися в умовах медичного закладу [7].

Натомість у Великій Британії цивільна партнерка матері автоматично визнається як законна мати, навіть коли донор відомий і запліднення відбулося вдома<sup>4</sup>. У Нідерландах законодавство дозволяє партнерці, що не є біологічною матір'ю дитини, отримати законне батьківство (материнство) у рамках адміністративної процедури. Більше того, закон передбачає можливість автоматичного визнання партнерки у шлюбі біологічної матері як також законної матері народженої дитини, однак лише в разі, якщо донор сперми невідомий. За таких обставин припускаємо, що запліднення також повинно мати інструментальний характер і відбуватися в медичному закладі.

В Україні дискримінаційним, на нашу думку, є той факт, що підставою для лікування методом сурогатного материнства є не лише медичні показання, а й перебування жінки у шлюбі. У нашій адвокатській практиці ми неодноразово спостерігали укладання фіктивних шлюбів для можливості бути пролікованою за допомогою сурогатного материнства. Відповідно до норм адвокатської етики, супроводжуючи такі пари, ми дбали про найкраще дотримання інтересів наших довірителів і фіктивність їхніх шлюбів є лише нашим, імовірно хибним, припущенням. Одинокий чоловік узагалі позбавлений такої можливості, як лікування безпліддя за допомогою сурогатного материнства, попри те що для нього це може бути єдиною можливістю мати генетично рідну дитину.

В українському законодавстві існує також правова колізія у доступі до лікування методом сурогатного материн-

ства та юридичними наслідками шлюбу чи проживання сім'єю. Так, відповідно до ст. 123 Сімейного кодексу України в разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя [9]. Окрім того, вітчизняний законодавець зробив уточнення щодо складу подружжя в Україні, а саме, що це — «чоловік і жінка». Постає питання: як потрібно трактувати осіб, які проживають сім'єю, але без реєстрації шлюбу, оскільки відповідно до ч.1 ст. 36 Сімейного кодексу України, лише шлюб є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Однак, відповідно до ст. 281 Цивільного кодексу України право на застосування ДРТ гарантується кожному повнолітньому громадянину незалежно від його матримоніального статусу.

Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» [10] дискримінацією вважається ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі — певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними. Необхідності в обмеженні доступу до такого методу лі-

<sup>4</sup> Тут окремого аналізу потребують ознаки донорства сперми. На нашу думку, якщо біологічний матеріал отримано не в клініці, а вдома, то має місце «дружня донатія», коли між чоловіком і жінкою не існує психоемоційного зв'язку. Порте такий шлях нам видається надто крихким з юридичної точки зору, оскільки важко довести як факт відсутності такого психоемоційного зв'язку, так і його наявність, що може недобросовісно використовуватися обома сторонами. Відтак ознака інструментальної інсемінації в умовах медичного закладу є для нас обов'язковою, натомість анонімність донора є факультативною ознакою.



кування як сурогатне материнство не існує, і саме цим шляхом прогресивно формується практика вітчизняних судів. У праці І. Я. Сенюти [11] проаналізовано рішення від 25 червня 2015 року у справі № 645/9412/14-ц Апеляційного суду Харківської області, у якому визначено, що неприпустимим є свавільне втручання у сферу особистого життя людини. Право на батьківство безперечно належить до особистих немайнових прав людини і відповідно принцип невтручання у сферу батьківства дозволяє особам на власний розсуд визначати момент, коли ставати батьками і, враховуючи можливі проблеми з репродуктивним здоров'ям та можливостями технологічного прогресу у га-

лузі медицини, самостійно визначати, яким у який спосіб ставати батьками.

Відтак, ми глибоко переконані, що регулювання ДРТ у цілому, а із застосуванням сурогатного материнства й поготів, потребує спеціального закону, щоб піднести відносини допоміжної гестації та соціального подвигу сурогатної матері на належний рівень. Нам також близька позиція необхідності запровадження альтруїстичного сурогатного материнства та усунення будь-якої дискримінації у доступі до такого методу лікування як запліднення *in vitro* та допоміжна гестація. ●

#### Список використаних джерел / List of references

1. *Feminists call to abolish surrogacy in Europe.*  
URL: <https://www.bioedge.org/bioethics/feminists-call-to-abolish-surrogacy-in-europe/13073>.
2. *Claire Fenton-Glynn. Surrogacy: Why the world needs rules for 'selling' babies*  
https. URL: <https://www.bbc.com/news/health-47826356>.
3. *Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ № 787 МОЗ України від 9 вересня 2013 року.*  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>.
4. *WMA Statement on In-Vitro Fertilization and Embryo Transplantation.*  
URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-in-vitro-fertilization-and-embryo-transplantation>.
5. *International classification of disease and related health problems.*  
URL: <https://www.who.int/classifications/icd/revision/en/>.
6. *Уніфікований клінічний протокол первинної, вторинної (спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги : гендерна дисфорія / URL: [https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2016\\_972\\_GenDysfor/2016\\_972\\_YKPMG\\_GenDysfor.pdf](https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2016_972_GenDysfor/2016_972_YKPMG_GenDysfor.pdf).*
7. *Same-sex unions in the EU.* URL: <https://epthinktank.eu/2013/01/28/same-sex-unions-in-the-eu>.
8. *Human Fertilization and Embryology Act.*  
URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.
9. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III.*  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#n594>.
10. *Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.
11. *Сенюта І. Я. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики : монографія. — Львів : Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2018.*

1. *Feminists call to abolish surrogacy in Europe.*  
URL: <https://www.bioedge.org/bioethics/feminists-call-to-abolish-surrogacy-in-europe/13073>.



2. Claire Fenton-Glynn. *Surrogacy: Why the world needs rules for selling babies* [https. URL: //www.bbc.com/news/health-47826356](https://www.bbc.com/news/health-47826356).
3. *Pro zatverdzhennia Poriadku zastosuvannia dopomizhnykh reproduktyvnykh tekhnolohii v Ukraini : nakaz № 787 MOZ Ukrainy vid 9 veresnia 2013 roku.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>.
4. *WMA Statement on In-Vitro Fertilization and Embryo Transplantation.* URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-in-vitro-fertilization-and-embryo-transplantation>.
5. *International classification of disease and related health problems.* URL: <https://www.who.int/classifications/icd/revision/en/>.
6. *Unifikovanyi klinichniy protokol pervynnoi, vtorynnoi (spetsializovanoi) ta tretynnoi (vysokospetsializovanoi) medychnoi dopomohy : henderna dysforiia / URL: https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2016\_972\_GenDysfor/2016\_972\_YKPMG\_GenDysfor.pdf.*
7. *Same-sex unions in the EU.* URL: <https://epthinktank.eu/2013/01/28/same-sex-unions-in-the-eu>.
8. *Human Fertilization and Embryology Act.* URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.
9. *Simeinyi kodeks Ukrainy vid 10.01.2002 № 2947-III.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#n594>.
10. *Pro zasady zapobihannia ta protydii dyskryminatsii v Ukraini : Zakon Ukrainy.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.
11. *Seniuta I. Ya. Tsyvilno-pravove rehuliuвання vidnosyn u sferi nadannia medychnoi dopomohy: pytannia teorii i praktyky : monohrafiia. — Lviv : Vydavnytstvo LOBF «Medytsyna i pravo», 2018.*

Надійшла до редакції 27.04.2020 року

**Покальчук О. Право на суррогатное материнство однополых партнерств.** Суррогатное материнство и его неотъемлемая составляющая — вспомогательная гестация — всегда применяются в сочетании с другими методами вспомогательных репродуктивных технологий. Суррогатное материнство как метод лечения обременено также юридической неопределенностью и другими необходимыми составляющими (взятие донорского материала, инструментальное осеменение и т.д.), которые предшествуют вспомогательной гестации.

Считаем крайне необходимым подчеркнуть, что все методы ВРТ, включая суррогатное материнство, являются методами лечения и возможность их применения ни в коей мере не может зависеть от социального положения человека, в частности гендерной самоидентификации, факта пребывания в браке или однополым партнерстве или непребывания в браке или однополым партнерстве.

*Ключевые слова:* права человека, вспомогательные репродуктивные технологии, суррогатное материнство, однополые партнерства

**Pokalchuk O. The right to surrogate motherhood for same-sex partnerships.** The growing populist sentiment in society and, as a consequence, the reactive adoption of new restrictive legal acts that discriminate and unjustifiably restrict citizens' rights, is a major challenge for the scientific community and human rights in Ukraine. The issue of reproductive rights is one of the most important elements of common discriminatory and often unscientific narratives both in the EU and in Ukraine. Therefore, the scientific community has to take up this challenge and, by examining and exploring the various aspects of the right to reproduce, uphold the rule of science and the rights of Ukrainians, especially in this domain.

Surrogate motherhood is always used in combination with other methods of assisted reproductive technology. Thus, surrogate motherhood, as a method of treatment, is burdened not only with legal uncertainty, but also with additional necessary steps (taking donor material, instrumental insemination, etc.) that precede assisted gestation.



It is believed that all assisted reproductive technologies, including surrogacy, are treatment methods; therefore, their use cannot in any way depend on a person's social status, including gender self-identification, the fact of marriage or same-sex partnership.

The list of medical grounds for surrogate motherhood is defined in the Order of the Ministry of Health of Ukraine On Approval of the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine. However, we emphasize that the list should be expanded to include diagnoses of transsexuality and other gender identity disorders according to the International Classification of Diseases. Thus, according to item 10 of the Unified Clinical Protocol of Primary, Secondary (Specialized) and Tertiary (Highly Specialized) Medical Care: Gender Dysphoria, reproduction opportunities for FtM patients may include freezing of oocytes (eggs) or embryos. Frozen gametes and embryos can later be used for delivery by a surrogate mother. The question stands why this possibility is not considered in the protocol for the MtF transition with the subsequent possibility of delivery by a surrogate mother. Obviously, with the MtF transition, even with gender reassignment surgery, including the operation the genitals, the woman is not capable of independent childbearing. Such a woman can thus exercise her right to reproduction only by fertilizing a donor egg with her sperm and then having the embryo that is genetically hers carried to term by a surrogate mother. The issue of male identity for the origin of the donor material (sperm) also needs separate legal regulation. However, in our opinion, this social group should not be discriminated against in access to surrogate motherhood as an assisted reproductive technology.

*Keywords:* human rights, assisted reproductive technologies, surrogacy, same-sex partnerships