*Спеціалізованій вченій раді Д 26.236.02*

**відГУК**

офіційного опонента – кандидата юридичних наук, доцента

Дзери Ірини Олександрівни на дисертацію

*Головащук Анни Петрівни* на тему *«Цивільно-правове регулювання відносин, пов’язаних із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій»*,

подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право

Конституція України гарантує і охороняє особисті немайнові права людини, одним з яких є право на продовження роду, яке реалізується через материнство і батьківство. Так, відповідно до ст. 51 Конституції України сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Відтак навіть на конституційному рівні відзначається важливість цього права не лише для кожної людини, але і для держави.

В сучасний період не всі фізичні особи можуть реалізувати своє право на батьківство або материнство, зважаючи на безпліддя або наявність медичних протипоказань для вагітності, тощо. Проте сучасний рівень розвитку суспільства, медицини знаходиться на стадії активного розвитку з метою запровадження нових методів лікування безпліддя, запровадження допоміжних репродуктивних технологій, спрямованих на забезпечення реалізації репродуктивних прав та на реалізацію прав на материнство та батьківство усіма бажаючими особами.

Застосування допоміжних репродуктивних технологій при зверненні фізичних осіб до медичних установ здійснюється на договірних засадах. Відтак, надзвичайно важливою для учасників відносин у сфері допоміжних репродуктивних технологій є наявність чіткого та ефективного механізму здійснення і захисту їхніх прав у цій сфері, що потребує законодавчого врегулювання.

Сучасне цивільне та сімейне законодавство містить певні норми, присвячені врегулюванню відносин у сфері допоміжних репродуктивних технологій, однак містить чимало прогалин та суперечностей у цій сфері, що призводить до неможливості безперешкодного здійснення прав на материнство та батьківство. Так, залишаються невирішеними у законодавстві України деякі проблеми у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій (надалі – ДРТ), особливо це стосується регулювання договору сурогатного материнства, застосування ДРТ особами, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах. Тому і законодавство, і правозастосовча практика потребують постійного удосконалення. Все це зумовлює необхідність грунтовних наукових досліджень з метою удосконалення цивільного та сімейного законодавства, а також створення передумов для однозначної судової практики застосування найбільш ефективних способів захисту цивільних прав та інтересів учасників правовідносин з ДРТ.

Питання застосування допоміжних репродуктивних технологій стали предметом дослідження деяких науковців, зокрема, Р.О. Сефанчука, О.О. Пунди, Е.Е. Мухамєдової, Ю.В. Коренги, а також інших науковців. Однак вони стосувалися дослідження або загальних засад здійснення особистих немайнових прав або окремих аспектів застосування допоміжних репродуктивних технологій, зокрема, сурогатного материнства.

Запропонована дисертаційна робота після прийняття нового Цивільного кодексу є першим в Україні комплексним дослідженням у сфері цивільно-правового регулювання відносин у сфері ДРТ.

Дисертацію виконано відповідно до плану науково-дослідної роботи відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України у рамках комплексних цільових програм «Проблеми цивільних правовідносин в сучасній Україні» (номер державної реєстрації РК0110U008117), «Актуальні проблеми права власності і цивільних правовідносин в сучасній Україні» (номер державної реєстрації РК 0112U007722).

Дисертанткою належно сформульовані мета і наукові завдання дослідження, їх формулювання та послідовність дозволяють розкрити основний зміст представленої теми. Об`єкт і предмет дисертаційного дослідження визначені у відповідності з вимогами Міністерства освіти і науки України. Методологічна основа дослідження дозволяє стверджувати, що охоплені матеріали в повній мірі сприяли дисертантці у вирішені наукових задач та досягненні поставленої мети.

Дисертація виконана на належному науковому і професійному рівні. Тема дослідження розкрита досить повно. Дисертантка показала глибокі знання по представленій темі, вміння аналізувати нормативні матеріали, спеціальну літературу та судову практику, робити наукові обґрунтування, узагальнювати висновки. Успішному виконанню мети та задач дослідження сприяла, зокрема, раціональна структурна побудова дисертації, яка складається з вступу, трьох розділів та 8 підрозділів.

Наукові положення, висновки і рекомендації, викладені в дисертації, мають достатній ступінь обґрунтованості, що свідчить про опрацювання дисертанткою в достатній мірі відповідного емпіричного матеріалу: Конституції України, законів і підзаконних нормативних актів, міжнародних нормативно-правових актів. Теоретичну основу тез, положень, висновків та пропозицій, які викладені автором в дисертаційному дослідженні, склали наукові праці відомих вітчизняних та іноземних цивілістів і фахівців історії правознавства. З метою більш повного розкриття обраної теми, дисертантка дослідила не лише цивільне та сімейне законодавство України, але й інших держав (країн СНД, а країн Європи та США тощо).

Все це дозволило автору сформулювати низку обґрунтованих наукових висновків, положень, що мають ознаки повної або часткової новизни, а також практичні рекомендації, спрямовані на вдосконалення актів законодавства.

Обгрунтованість і новизна наукових положень, викладених в дисертаційному дослідженні, полягає в тому, що автор на достатньому теоретичному рівні розкрила основні положення і пропозиції щодо:

* визначення понять «сурогатне материнство», «потенційні батьки»;
* доцільності внесення грошової компенсації, що виплачується сурогатній матері, в депозит нотаріуса, до моменту передачі дитини потенційним батькам;
* визнання права на застосування допоміжних репродуктивних технологій не лише для подружжя, але і за незаміжніми жінками та неодруженими чоловіками;
* запропоновано внесення змін у законодавство в частині заповнення прогалин у сфері реєстрації народження дитини з застосуванням ДРТ за особами, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах та одинокими жінками та чоловіками;
* необхідність врахування для правового статусу потенційних батьків таких критеріїв як сімейний статус, вік, показання для застосування ДРТ та запропоноване власне визначення потенційних батьків.

Автор ретельно проаналізувала чинне законодавство з питань здійснення права на ДРТ їх меж, при цьому виявила прогалини та суперечності у їх здійсненні і запропонувала відповідні належно обгрунтовані зміни до Цивільного, Сімейного кодексів, а також інших актів законодавства.

Цілком логічним в роботі виявилося дослідження поняття прав людини, пов’язаних з застосуванням ДРТ, а також становлення законодавства у сфері ДРТ, що стало предметом дослідження 1-го розділу дисертації.

Так, заслуговує на підтримку дослідження дисертанткою не лише актів законодавства з метою з’ясування поняття та правової природи правовідносин з ДРТ, але і наукових досліджень у сфері медицини щодо ДРТ, що сприяло більш ефективному та повному дослідженню правової природи досліджуваних правовідносин.

При дослідженні поняття та ознак та правової природи правовідносин з ДРТ, заслуговує позитивної оцінки те, що дисертантка спочатку визначає поняття ДРТ як медичної категорії, встановлює їх співвідношення з правом на охорону здоров’я; підтримує розподіл репродуктивних прав на 2 складові (право на продовження роду і право на репродуктивне здоров’я) і формулює визначення цих прав та розкриває їхній зміст (с.35-36) і доходить правильного висновку, що поняття «репродуктивне здоров’я» і «здоров’я» будуть співвідноситися між собою як загальне і часткове, тобто репродуктивне здоров’я є частиною загального здоров’я людини. (с. 37).

Заслуговує позитивної оцінки та має ознаки новизни висновок дисертантки про те, що складовими права на репродуктивне здоров’я є право на інформацію про репродуктивні права, право на захист репродуктивних прав та право на застосування ДРТ (с. 37).

В результаті дослідження існуючих підходів до визначення місця репродуктивних прав в системі особистих немайнових прав дисертантка доходить правильного висновку про неможливість розгляду репродуктивних прав як частини права на життя, та що вони стосуються репродуктивного здоров’я людини, яке у свою чергу є складовою здоров’я людини і ці два поняття співвідносяться, як часткове та загальне. (с. 41).

У підрозділі 1.2 здійснене ретельне дослідження міжнародних нормативно-правових актів, які захищають репродуктивні права людини, а також нормативні акти Європейського Союзу, що передувало дослідженню українського законодавства у цій сфері. На підставі проведеного дослідження дисертантка дійшла правильного висновку, що чинне законодавство України дозволяє застосування ДРТ, але не урегульовує належним чином відносини, які виникають із застосування ДРТ, зокрема: відсутнє законодавче визначення понять «сурогатна матір» та «потенційні батьки»; не чітко врегульоване питання застосування ДРТ для самотніх осіб, не визначені права, обов’язки та відповідальність учасників ДРТ. (с. 56).

Слід підтримати висновок дисертантки, здійснений в результаті аналізу законодавства України у сфері сурогатного материнства, про доцільність застосування загальноприйнятої назви «сурогатне материнство», замість термінів «допоміжне материнство» і «замінне материнство», які також вживаються в законодавстві. (с. 60).

У правовому регулюванні цивільних та сімейних відносин, які виникають при застосуванні ДРТ дисертантка виділяє такі рівні: міжнародно-правовий рівень, державний рівень, рівень договірного регулювання. При цьому, на міжнародному рівні вона відзначає відсутність окремого нормативно-правового акту, присвяченого регулюванню відносин у сфері ДРТ, але з наявністю низки міжнародних документів, присвячених захисту прав людини та репродуктивним правам.

В результаті дослідження в підрозділі 1.3 правовідносин, що виникають при застосування ДРТ, дисертантка відзначає саме цивільно-правову природу цих відносин, з чим беззаперечно не можна погодитись, адже вони існують у взаємозв’язку з сімейними відносинами. Однак якщо розглядати сімейні відносини в якості різновиду цивільних відносин, то така думка є цілком слушною. Водночас дисертантка також і сама відзначає дискусійний характер природи цих відносин. (с. 81.-82).

Належним ступенем обгрунтованості та такими що мають достатній рівень новизни слід відзначити сформульовані дисертанткою 5 ознак медичної послуги (с. 85), що дозволило їй сформулювати визначення медичної послуги, що заслуговує на увагу та підтримку. З врахуванням визначення медичної послуги дисертанткою було також досить вдало сформульовано власні визначення репродуктивних прав, договірних правовідносин з штучного запліднення, договірних правовідносин з сурогатного материнства (с. 91).

Також заслуговує на підтримку пропозиція закріпити в законодавстві окремі види сурогатного материнства (с. 131), а також поняття «донор репродуктивних клітин» та «донор ембріона» (с. 154).

При цьому, слід відзначити належний рівень обгрунтованості при визначенні правового режиму ембріона при застосуванні ДРТ, який дисертанткою визначено як обмежено оборотоздатний специфічний об’єкт цивільних правовідносин (с. 178).

Третій розділ дисертації присвячений дослідженню договорів у сфері ДРТ, вид якого залежить від виду ДРТ. Слід відзначити, що дисертантка не обмежилась лише законодавством України, а здійснила глибокий аналіз законодавства США, Канади, а також низки європейських країн, що дозволило їй визначити відмінності у договірному регулюванні відносин з ДРТ у різних країнах та визначити тенденції розвитку законодавства України у цій сфері і сформулювати належно обгрунтовані зміни в українське законодавство.

Заслуговує на підтримку визначення суб’єктного складу договору сурогатного материнства та основних складових такого договору. Окрему увагу зосереджено на визначенні прав та обов’язків сторін цього договору. Досить слушним є висновок дисертантки про неможливість 1-сторонньої відмови від договору сурогатною матір’ю після моменту проведення процедури запліднення сурогатної матері (с. 212). Також не залишися поза увагою автора питання відповідальності сторін за невиконання чи неналежне виконання цього договору.

Висновки і рекомендації, сформульовані автором за результатами дисертаційного дослідження, знайшли досить повне відображення у 18 публікаціях з яких 5 у фахових виданнях зі спеціальності, та 2 у фаховому виданні іншої держави.

Поряд із положеннями, які заслуговують на позитивну оцінку дисертація, на наш погляд, містить дискусійні положення, які потребують додаткового обґрунтування, спірні судження, з якими не можна беззастережно погодитись.

1. Досліджуючи у 1 розділі правову природу репродуктивних прав дисертантка аналізує існуючі теорії походження цих прав та доходить висновку про те, що ці права «мають бути виділені не в окрему групу прав, а в окрему підгрупу прав, які пов’язані з правом на охорону здоров’я» (с. 41). Відтак, на її думку, репродуктивні права недоцільно розглядати як частину права на життя, як це зараз розглядається відповідно до ст.281 ЦК України та не варто виділяти в окремий вид особистих немайнових прав, як пропонує Р.О. Стефанчук. Така позиція дисертантки заслуговує на увагу та нею наведені переконливі аргументи на користь своєї позиції. Однак, дійшовши висновку про те, що репродуктивні права мають бути виділені в окрему підгрупу прав, пов’язаних з правом на охорону здоров’я, дисертантці бажано було навести інші підгрупи прав, пов’язаних з правом на охорону здоров’я, щоб визначити місце репродуктивних прав в класифікації прав на охорону здоров’я. Формулювання такої класифікації могло б посилити позицію дисертантки щодо правової природи репродуктивних прав.
2. Аналізуючи правовідносини у сфері допоміжних репродуктивних технологій, дисертантка пропонує їх розподілити на 2 групи: особисті немайнові відносини та договірні правовідносини з ДРТ (стор. 91-92). Зазначена класифікація хоча і заслуговує на увагу, однак не є безспірною. Найголовніше для здійснення будь-якої вдалої класифікації – правильне обрання критерію для розмежування певних понять. Однак здійснюючи таку класифікацію дисертанткою не було наведено єдиного критерію для їх розмежування, а точніше в основу поділу закладені різнопланові категорії. Це все-рівно, що стверджувати: договори є двосторонні і майнові. Так, дисертантка відзначає, що «особисті немайнові правовідносини з ДРТ виникають на підставі норм цивільного права; регулюються нормами цивільного права і полягають у охороні репродуктивних прав. Об’єктом зазначених відносин є особисте немайнове благо – репродуктивне здоров’я. Договірні правовідносини з використання ДРТ виникають на підставі норм цивільного права; регулюються нормами цивільного права; учасники правовідносин є юридично рівними; захист порушених прав здійснюється судом. Об’єктом зазначених відносин є – послуги із застосування ДРТ.» (с. 92). Як видно з наведеної класифікації дисертантка вирішила не формулювати критерій для розподілу, тому що в такій редакції класифікації його неможливо сформулювати, адже вона здійснила розподіл правовідносин за різними критеріями. Так, недоліком такого розподілу є те, що : 1) всі правовідносини, що виникають у зв’язку з ДРТ мають особисту немайнову природу, відтак є особистими немайновими; 2) договірні правовідносини з ДРТ є різновидом особистих немайнових відносин, про що дисертантка сама стверджує у 1 розділі дисертації при визначенні правової природи цих прав, які вона відносить до окремої підгрупи прав у сфері охорони здоров’я; 3) якщо виділяти в окремий вид договірні правовідносини з ДРТ , то цілком логічно було б виділити такий вид як правовідносини з ДРТ, що охороняються і /або регулюються законами та іншими нормативно-правовими актами. З наведеного можна дійти висновку, що метою дисертантки було розмежування правовідносин з ДРТ за видом цивільно-правових норм – регулятивних чи охоронних. Якщо це так, то більш вдалою була в класифікація на правовідносини з ДРТ, що охороняються нормами цивільного права (зокрема, книгою 2 ЦК) та ті, що регулюються цивільно-правовими договорами. Відтак дисертантці під час захисту бажано більш чітко сформу-лювати свою позицію щодо критерію для розподілу правовідносин з ДРТ.
3. Досліджуючи особливості правового регулювання визначення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства неодруженим чоловіком, незаміжньою жінкою, а також особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, дисертантка визначає прогалину і у Сімейному кодексі в цій частині. Так, на її думку це свідчить про запровадження нормами сімейного законодавства ще одного обмеження для застосування сурогатного материнства– за сімейним статусом, що дисертантка визнає недопустимим та пропонує внести зміни до СК в частині встановлення однакових правових норм для можливості участі у правовідносинах з ДРТ як подружжя, так і для осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах. В принципі, така пропозиція є цілком слушною та заслуговує на підтримку.

Однак, відзначаючи прогалину у ст. 123 СК в частині врегулювання правовідносин з ДРТ, зокрема, сурогатного материнства, для жінки або чоловіка, яка/який не перебувають у шлюбі, дисертантка не допускає можливість врегулювання таких відносин іншим нормативно-правовим актом, наприклад Основами законодавства України про охорону здоров’я, Правилами реєстрації актів цивільного стану та ін.

Крім того, пропонуючи урівняти подружжя з особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах в праві не лише участі у відносинах з ДРТ, але і праві на реєстрацію їх батьками дитини, народженої з застосуванням ДРТ, дисертантка залишила поза увагою ту обставину, що для реєстрації фактичного подружжя батьками дитини має бути підтвердження факту перебування таких осіб у фактичних шлюбних відносинах. Це може бути рішення суду або договір. В протилежному випадку у органів РАЦСу не буде юридичних підстав для реєстрації таких осіб батьками дитини. Відтак зазначена пропозиція може стати предметом інших досліджень та може бути уточнена під час захисту.

1. Потребує уточнення висновок 7 до розділу 1 дисертації, в якому дисертанткою зазначається, що об’єктами договірних правовідносин з ДРТ є послуги, адже в такому вигляді він має незавершений характер. По-перше, дисертанткою має бути визначено різновид послуг за характером послуг (медичні, юридичні) за предметом послуг (консультаційні, оздоровчі, з тощо.). По-друге, необхідно було уточнити, що це послуги пов’язані з застосуванням ДРТ. Хоча в підрозділі 1.3 дисертанткою сформульовано 5 головних ознак таких послуг і зазначається, що «за своєю суттю відносини із застосування допоміжних репродуктивних технологій є медичними послугами, які направлені на втручання у репродуктивне здоров’я людини з метою реалізації репродуктивних прав людини.». Відтак цей висновок мав бути зазначений у п. 7 висновків до Розділу 1.
2. Досліджуючи правовий статус сурогатної матері, дисертантка відзначає 5 прав, що їй належать відповідно до законодавства України. Однак, серед переліку цих прав немає такого права як право на переривання вагітності у разі наявності медичних показань та інші особисті немайнові права, передбачені цивільних законодавством України.
3. Досліджуючи особливості змісту договору сурогатного материнства, дисертантка визначає, що предмет такого договору складається з дій. Однак дисертантка не деталізує які саме дії і ким вони мають вчинятися. Відтак у такій редакції висновок дисертантки, сформульований у п. 3 висновків до розділу 3 має незавершений вигляд. Крім того, дисертанткою допущено певні непослідовності. Так, у підрозділі 3.2 дисертантка стверджує, що договір сурогатного материнства є специфічним видом договору про надання послуг, у якості послуги можна розглядати обов’язок сурогатної матері виносити і народити дитину для потенційних батьків, які в свою чергу зобов’язуються виплатити їй компенсацію (с. 193.). Водночас відповідно до ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов’язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов’язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Отже, предметом договору сурогатного материнства мають бути не дії, а послуги. Можливо, дисертантка застосовувала поняття послуг не у вузькому, а широкому значенні, крім того предметом договору про надання послуг можуть бути не тільки дії.

