

**ПРАВОВИЙ РЕЖИМ АНАТОМІЧНИХ МАТЕРІАЛІВ ЛЮДИНИ :
ДЕЯКІ НАПРЯМКИ РЕКОДИФІКАЦІЇ
ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

Олександр Романович ШИШКА,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових
дисциплін Харківського національного
університету внутрішніх справ
e-mail: sesh131213@gmail.com
orcid.org/0000-0002-1396-0508*

Одним із важливих аспектів сьогоднішньої медичної реформи в Україні є вироблення та запровадження надійних та дієвих механізмів регулювання певної системи правовідносин у сфері трансплантації та пов'язаної з нею діяльності. Це стосується також і взятого наразі курсу на оновлення цивільного законодавства України (Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 650).

Незважаючи на існування різних підходів до запровадження правового регулювання відносин у сфері застосування трансплантації та здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією таке регулювання на жаль в Україні так і не запрацювало на повну силу. Це стосується не лише Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» від 16 липня 1999 року № 1007-XIV, який на сьогодні втратив чинність, але і діючого Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини» (далі – Закон).

На початку ж 2019 року виникла ситуація, коли фактично був створений правовий вакуум, так як старий закон про трансплантацію перестав діяти, а норми нового Закону практично були паралізовані для їх реалізації. Це пов'язано з тим, що відповідно до Закону на Кабінет Міністрів України було покладено завдання забезпечити розробку та затвердження низки підзаконних актів, необхідних для належної реалізації Закону, а також забезпечити утворення та функціонування Єдиної державної інформаційної системи трансплантації (далі – ЄДІСТ), з роботою якої безпосередньо пов'язано практичне виконання норм вказаного Закону. Однак, досі не забезпечено створення ЄДІСТ та ухвалення пакету відповідних нормативно-правових актів у зв'язку з чим наразі виник правовий вакуум, який практично унеможливає застосування до важкохворих людей трансплантації як методу лікування в Україні.

Крім цього, на сьогодні відсутні трансплант координатори, а це ключова фігура в організації процесу пересадки органів. В реанімаціях немає обладнання, для констатації смерті мозку, наприклад, газоаналізаторів та іншого обладнання, що пов'язана з діяльністю трансплантації.

Наведені проблеми є важливими і наразі потребують вирішення. Так, як кожного дня помирають українці, які не дочекались трансплантація, гроші, які держава виділяє для трансплантації, що здійснюється за кордоном вистачає на невелику кількість пацієнтів. Ці кошти, якби трансплантація запрацювала в нашій державі могла б спасти значну більшість наших українців.

Поряд з цим законодавство в сфері трансплантації повинно відповідати і вимогам її якості, про що неодноразово у загальному аспекті нагадує ЄСПЛ у свої практиці. Зокрема, він зазначає:

1) «... якість закону вимагає, щоб він був доступний для даної особи і вона також могла передбачити наслідки його застосування до неї та щоб закон не суперечив принципів верховенства права та був сумісним з верховенством закону. Це означає, що в національному праві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання з боку державних органів у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, тобто передбачаючи адекватні та ефективні механізми та гарантії проти зловживань. Закон має містити досить зрозумілі й чіткі формулювання, які давали б громадянам належне уявлення стосовно обставин та умов, за якими державні органи уповноважені вдаватися до втручання в право» [1; 2; 3];

2) «... «закон має досить чітко визначати межі будь-яких дискреційних повноважень, наданих компетентним органам, а також спосіб їх застосування, щоб забезпечувати належний захист особистості від свавільного втручання» [4; 5; 6];

3) «... жодна норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з точністю, достатньою для того, щоб надати змогу громадянину визначити свою поведінку: він має бути спроможним - якщо потрібно, після відповідної консультації - передбачити такою мірою, наскільки це є розумним за даних обставин, наслідки, які можуть випливати з його дій» [7; 8; 9; 10].

Ці вимоги стосуються не лише свавільного втручання з боку державних органів у права, гарантовані Конвенцією, але і унеможливлення спекуляції навколо формування черг людей, які потребують трансплантації органів, виділення державних коштів для лікування за кордоном чи для реабілітації (імуносупресивна терапія), що потребується людині після пересадки йому органу, а також і унеможливлення існування умов «чорної» трансплантології чи правових умови комерціалізації донної сфери в обхід законодавчим приписам та заборон.

Наразі правове регулювання відносин у сфері трансплантації регулюються не лише системою норм публічного права, але у тому числі і нормами приватного права.

Зокрема, в ЦК України одним із аспектів трансплантації врегульовані деякі засади донорства фізичної особи. Разом із тим, при позитивній оцінці зроблених Україною кроків щодо встановлення світових стандартів правового регулювання відносин донорства і трансплантації, виникає ряд питань, які потребують від правників

додаткових наукових досліджень. Особливо в світлі наведених стандартів ЄСПА щодо якості внутрішнього законодавства взагалі, та законодавства про трансплантацію зокрема.

Одним із таких аспектів є правовий режим анатомічних матеріалів людини, враховуючи певні концептуальні засади регулювання трансплантації в Україні.

Зокрема, ст. 1 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» під *анатомічними матеріалами* розуміються органи (їх частини), тканини, анатомічні утворення, клітини людини або тварини, фетальні матеріали людини.

На перший погляд може здатися враження, що ніякої проблеми тут немає, так як наведений перелік благ (органи (їх частини), тканини, анатомічні утворення, клітини людини тощо), які об'єднані юридичним терміном «анатомічні матеріали» за усіма ознаками відносяться до предметів матеріального світу, а тому, відповідно до ст. 179 ЦК України, мають розглядатися як річ¹.

Поряд з цим, важливим аспектом сьогоденної концепції трансплантації є те, що відповідно до ст. 4 Закону основними її принципами є безоплатність (крім гемопоетичних стовбурових клітин) чи, як зазначають розробники цього Закону, – принцип безкорисності [11] або альтруїзму. Як відзначає Я. Ф. Роголін, принцип безкорисності передбачає залучення ресурсів не для власного збагачення, а для вирішення громадських проблем [12]. При цьому безкорисність – це акт доброї та добровільної волі, який не заснований на отриманні користі у будь-якій формі, прагненні до особистої вигоди, наживі. Відповідно, концепт трансплантації у своїй основі зводиться до того, що все, що пов'язано з нею, за логікою речей не може підлягати грошовій оцінці у тому числі і самі анатомічні матеріали. А відповідно, цим закладена основа, що такі предмети матеріального світу (анатомічні матеріали (крім гемопоетичних стовбурових клітин)) не можуть оцінюватися в грошах, бути товаром, крім безумовно випадків, установлених законом.

Слід сказати що у загальносвітовому аспекті застосовується три основні підходи (моделі) регулювання трансплантації – альтруїстична (тобто та, яка ґрунтується на безкорисній основі), компенсаторна (яка передбачає, що анатомічні матеріали людини – товар) та сегментарна (чи змішана)² модель. В основі сьогоденної моделі трансплантації в Україні закладена альтруїстична модель з поєднанням у деяких випадках (як виключення із загального правила) компенсаторної моделі.

¹ Тобто, вони за всіма ознаками відповідають речам, оскільки це предмети, що мають тілесну форму, є відокремленими (бо мають зовнішній характер по відношенню до людини (об'єктивовані)), просторово визначені та завершені, здатні задовольняти потреби людини, доступні для її володіння як фактично, так і юридично.

² Це модель, яка поєднує елементи як альтруїстичної, так і компенсаторної моделі, де одні приватні правовідносини з приводу трансплантації за своєю суттю є майнові, інші – немайнові.

Але за таких обставин ми маємо прийти до думки, що у випадках, коли певні анатомічні матеріали людини, у силу приписів Закону, не можуть підлягати грошовій (майновій) оцінці, так як в основі праввідносин закладені альтруїстичні (безкорисливі) наміри осіб, такі предмети матеріального світу мають бути немайновими. Відповідно, це позбавляє можливість у певних праввідносинах розглядати їх як майнові блага.

Тут є декілька аргументів стосовно цього. Якщо визнати всі анатомічні матеріали людини річчю, то ми маємо незаперечно визнати їх товаром, майном, об'єктами цивільного (економічного) обороту. Проте сьогоднішня концепція та ідея застосування трансплантації в Україні заснована на добровільності, гуманності та альтруїзмі зі сторони донора анатомічних матеріалів в ім'я суспільного блага та для порятунку життя і відновлення здоров'я іншої людини. При цьому наразі «анатомічний дарунок» не є способом отримання будь-якої економічної чи іншої вигоди. Трансплантації – це безальтернативний метод надання медичної допомоги, що використовується для порятунку життя і відновлення здоров'я реципієнта. Наприклад, у випадках, коли існують необоротні захворювання або ушкодження таких життєво важливих органів людини, як нирки, печінка, підшлункова залоза, легені, серце тощо. А тому виучення анатомічних матеріалів (крім гемопоетичних стовбурових клітин) з тіла донора не передбачає того, що вони потребують залучення їх до цивільного обороту. Проте, якщо законодавство про трансплантацію і допускає це, тобто визнає можливість їх бути предметом певних правочинів (договору купівлі-продажу чи міни), то це скоріше є винятком із загального правила, ніж саме правило.

Зокрема, закон встановлює декілька випадків коли анатомічні матеріали (у юридичному значенні цього слова) людини виступають товаром, об'єктом цивільного обігу та предметом відповідного договору. Це, зокрема стосується гемопоетичних стовбурових клітин та деяких випадків, коли одним із учасників виступає держава України. Зокрема, ст. 21 Закону передбачено, що Україна відповідно до укладених нею міжнародних договорів може здійснити обмін анатомічними матеріалами людини (рівноцінний обмін або купівля-продаж) з відповідними органами іноземних держав та міжнародними організаціями, що провадять діяльність, пов'язану з трансплантацією анатомічних матеріалів людині.

При цьому, можливість купівлі-продажу чи міни анатомічних матеріалів державою Україна може бути пояснена необхідністю розв'язання проблеми їх дефіциту в нашій державі або з метою розвитку міжнародного співробітництва з іноземними державами та міжнародними організаціями, що діють у сфері надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації та здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією. Хоча такі договірні відносини навряд чи можуть підпорядковуються внутрішньому (національному) цивільному законодавству, та особливо ЦК України у тому числі і Закону України

«Про міжнародне приватне право», так як останній закон не відносить до учасників регульованих ним відносин державу України, а цивільне законодавство не націлене на регулювання зовнішньодержавних відносин.

Відповідно, якщо анатомічні матеріали людини (крім гемопоетичних стовбурових клітин) у сферу закону не підлягають грошовій оцінці, то тоді такі предмети матеріального світу мають бути немайновими. Але, це створює тоді проблему, а саме їх віднесення до речей (в юридичному значенні цього слова). Справа у тому, що відповідно до сьогоденної концепції ЦК України, речі не можуть розглядатися як немайнові, оскільки річ – це майно (ст. 190 ЦК України), а, як відомо, такі блага потенційно розглядаються як товар (ст. 655–656 ЦК України).

На немайновий характер анатомічних матеріалів (крім гемопоетичних стовбурових клітин) може вказувати і відсутність на сьогодні методики визначення їх вартості, яка на законодавчому рівні не передбачена. Тобто, за відсутності такої методики та відповідних правових умов суб'єкти, що згідно із законом наділені можливістю здійснювати оцінку вартості того чи іншого майна, не матимуть юридичної можливості це зробити. Та й важко оцінити те, що не має на даний час ринкової їх вартості. Принаймні на території України. Або, точніше сказати, що їх оцінка не може бути визначена сьогодні досить точно. Адже, на яку ціну повинен опиратися суд, експерт чи суб'єкт оціночної діяльності при визначенні вартості анатомічного матеріалу, який, відповідно до Закону, не може розглядатися як товар? Та що може бути засобом доказування такої ціни в суді?

Підсилює таку позицію і той факт, що відповідно до ст. 20 Закону, анатомічні матеріали не можуть розглядатися як товар, крім випадків, передбачених Законом, а також забороняється їх рекламування. Тобто будь-які спроби донором анатомічних матеріалів або іншими особами (наприклад, це стосується близьких родичів та членів сім'ї) отримати вигоду на території поширення дії законодавства України мають розглядатися як порушення принципу не лише безоплатності, а й публічного порядку¹, якщо тільки це не стосується випадків, де оплата можлива, або певний випадок підпадає під правило – дозволено все, що не заборонено законом.

Ідея з приводу неможливості визначення вартості анатомічних матеріалів проведена і в Конвенції про права людини та біомедицину від 4 квітня 1997 року, де в ст. 21 встановлено, що тіло людини та його частини як такі не повинні бути джерелом отримання фінансової вигоди. Заборону використовувати людське тіло та його частини як джерело фінансового прибутку міститься також і в ст. 3 Хартії основних прав Європейського Союзу.

Анатомічні матеріали людини (крім гемопоетичних стовбурових клітин) як немайнові блага загалом укладається і в концепт об'єктів

¹ Так, відповідно до ст. 143 КК України, забороняється вилучення у людини шляхом примушування або обману її анатомічних матеріалів з метою їх трансплантації. Це стосується і незаконної торгівлі анатомічними матеріалами людини.

цивільних прав. Зокрема, ст. 177 ЦК України визначає, що об'єктами цивільних прав є також інші матеріальні блага. Застосовуючи закон несуперечності та висновок від протилежного, можемо дійти висновку, що під іншими матеріальними благами ЦК України розуміє ті, що не є річчю (ст. 179), не є майном (ч. 1 ст. 190), а, відповідно, права на них не є майновими (ч. 2 ст. 190).

Проте, якщо це так, то чи можна до інших матеріальних благ застосувати режим речей. Виходячи з букви закону – ні, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 8 ЦК України аналогія закону застосовується лише до подібних за змістом цивільних відносин. А, як відомо, змістом будь-яких правовідносин є права та обов'язки, які, виходячи зі ст. 1 ЦК України, мають або майновий, або особистий немайновий характер. Тобто певні майнові відносини можуть регулюватися лише режимом майнових відносин, як і навпаки.

Відповідно, така обставина не лише ставить під сумнів застосування режиму права власності (оскільки, відповідно до ст. 316 ЦК України, його об'єктом може бути лише річ (майно)), але й певні конструкції договірного права. Зокрема, предметом договору купівлі-продажу є майно (товар), а тому предмети матеріального світу, що мають немайновий характер, навряд чи можуть бути предметом такого договору. Це пов'язано не лише з приписами закону, що забороняють це робити (ст. 20 Закону та ст. 143 КК України), але й виходячи із суті такого договору. Не можна купити те, що є немайновим, оскільки, якщо це стає законодавчо можливим, воно перстає тоді бути немайновим¹. Матеріальне немайнове благо не може бути предметом і договору дарування (ст. 717, 718 ЦК України), пожертви (ст. 729 ЦК України), ренти (ст. 731 ЦК України), довічного утримання/догляду (ст. 744 ЦК України) тощо. До матеріальних немайнових благ навряд чи може бути застосований правовий режим особистих немайнових благ, оскільки такий режим був змодельований, виходячи з нематеріальної природи певних благ, що мають особистий немайновий характер. Також можна поставити під сумнів і предметну приналежність до сфери цивільного права тих відносин, об'єктом яких виступають матеріальні немайнові блага. Це пов'язано з тим, що предметом цивільного права України, відповідно до ст. 1 ЦК України, є особисті немайнові відносини. Немайнові відносини, які виникають з приводу анатомічних матеріалів людини, не набувають якості особистого характеру. Це обумовлено тим, що сутність таких благ, тобто їх матеріальна природа, дає можливість бути від'ємними від суб'єкта, оскільки закон визначає випадки та порядок їх відчуження, а отже, допускає можливість залучення їх до обороту, з певними межами, обмеженнями та заборонами.

При цьому законодавство України про трансплантацію створило умови, що ставлять на сьогодні під сумнів твердження, що право власності – це право особи лише на річ (майно). Відповідно, власник,

¹ Виключенням такого тезису можуть бути ті блага, які мають подвійну правову природу. Тобто мають властивості як майнових так і немайнових благ. Більш детально див.: [13; 14].

здійснюючи право власності на анатомічні матеріали людини, має можливість володіти, користуватися та розпоряджатися такими благами в межах та у порядку, визначених законом. Єдине, що зміст права власності на речі та на анатомічні матеріали людини не є тотожним, оскільки на останні не може поширюватися цивільно-правовий режим речей, крім тих, які можуть розглядатися як майно. Хоча слід визнати той факт, що ЦК України концептуально потребує переосмислення на предмет визначення місця в системі цивільного права України не лише матеріальних немайнових благ, а й відносин, що виникають з приводу цих благ. Але, оскільки цього досі не зроблено, нам залишається констатувати, що у законодавстві України на сьогодні існує сфера регулювання відносин щодо застосування трансплантації та здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією. При цьому предметом регулювання такої сфери є відносини, що мають як приватноправовий, так і публічно-правовий характер.

Щодо місця анатомічних матеріалів людини, які є немайновими в системі об'єктів цивільних прав, то ми вважаємо, що за відсутності на сьогодні правових умов їх коммодифікації вони не можуть за жодних умов розглядатися як річ в юридичному значенні цього слова. Стосовно правового режиму, який здатний забезпечити правове регулювання відносин з приводу таких благ, то нами допускається можливість або поширення правового режиму речей, але за умов, що він не суперечитиме закону, моральним засадам суспільства, суті правовідносин, які виникають з приводу анатомічних матеріалів людини, та суті таких благ, або перегляду концепції «речі» у цивільному праві, за рахунок охоплення терміну «речі» не лише матеріальними майновими благами, але, у тому числі, і матеріальними немайновими благами. Проте, будь-який із цих напрямків має бути виваженим, а у системному прояві логічним та не суперечливим. Тобто, для того, щоб анатомічні матеріали людини (крім гемопоетичних стовбурових клітин) мали юридичну можливість називатися терміном «речі» необхідно зрозуміти для чого це необхідно, та яку задачу та проблему правового регулювання необхідно вирішити. Поряд з цим необхідно вирішити і проблему предметної приналежності приватно-правових відносин у сфері трансплантації, а саме тих, які знаходяться за межами регулювання сфери цивільного права. Це може бути вирішено за рахунок перегляду концепції ЦК України щодо особистого характеру немайнових відносин. Тобто, для того щоб відносини з приводу матеріальних немайнових благ були частиною предмета цивільного права, а відповідно, анатомічні матеріали людини (як немайнові блага) розглядалися об'єктами цивільних прав, ст. 1 ЦК України потребує змін, зокрема, в частині особистого характеру немайнових відносин.

Список використаних джерел:

1. Gawęda v. Poland, no. 26229/95, § 36-50, 14 March 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60325> (дата звернення 01.12.2019).

2. Szabó and Vissy v. Hungary, no. 37138/14, § 59, 12 January 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (дата звернення 01.12.2019).
3. Amann v. Switzerland, no. 27798/95, § 56, 14 June 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497> (дата звернення 01.12.2019).
4. Kruslin v. France, no. 11801/85, § 30, 24 April 1990. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626> (дата звернення 01.12.2019).
5. Sanoma Uitgevers B. V. v. the Netherlands, no. 38224/03, § 82, 14 September 2010. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100448> (дата звернення 01.12.2019).
6. Szabó and Vissy v. Hungary, no. 37138/14, § 65, 12 January 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (дата звернення 01.12.2019).
7. Olsson v. Sweden (No. 1), no. 10465/83, § 61, 24 March 1988. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57548> (дата звернення 01.12.2019).
8. Gawęda v. Poland, no. 26229/95, § 39, 14 March 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60325> (дата звернення 01.12.2019).
9. Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 56, 12 July 2001. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59588> (дата звернення 01.12.2019).
10. Benedik v. Slovenia, no. 62357/14, § 109, 24 April 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182455> (дата звернення 01.12.2019).
11. Пояснювальна записка до проекту Закону України від 27.02.2019 № 9461-д «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини» / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=65572&pf35401=477770> (дата звернення 01.12.2019).
12. Роголін Я. Ф. Стало-успішний фандрейзинг тут і зараз: можливість, доведена справою. *Правова Країна*, 2012. URL: <http://www.dobrota.donetsk.ua/articles/pravova-kraina.pdf>.
13. Шишка О. Р. Застосування методу альтернативи при визначенні правової моделі цивільних правовідносин, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. №1 (01). С. 93-113
14. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія. Х. : Діса плюс, 2013. 552 с.