

норское движение, полагаем, что в современном гражданском обществе как среде развития правового государства следует уяснить и проявить каждому духовно и физически здоровому гражданину понимание своей гуманитарной миссии на этом векторе общественно-развития.

Донорство крови выступает важным компонентом системы национальных донорских проектов в глобальной стратегии оздоровления нации.

Список литературы:

1. Федеральный закон “О донорстве крови и её компонентов” от 20.07.2012 года № 125-ФЗ // Российская газета. 23 июля 2012 года. № 166.

2. Послание Президента России В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации от 01.03.2018 // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_291976/ (дата обращения 15.01.2022)

3. Государственная программа “Здоровая нация – здоровая Россия”: описание и особенности // <https://mirkultura.ru/gosudarstvennaya-programma-zdorovaya-natsiya-zdorovaya-rossiya-opisanie-i-osobennosti/> (дата обращения 22.04.2021)

4. Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография / Т.Е. Борисова. – Москва: Проспект, 2012.- 144 с.

5. А.А. Мохов. Медицинское право России: учебник /отв. ред. А. А.Мохов. - Москва: Проспект, 2021-544 с.

6. ФМБА России // <http://www.bloodscience.ru/donor/preferential-donors/> (дата обращения 15.01.2022).

7. Служба крови // <https://yadonor.ru/> (дата обращения 15.01.2022).

РЕПРОДУКТИВНОЕ ПРАВО НА ПРИМЕНЕНИЕ СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА: ОТ БУКВЫ ЗАКОНА ДО ПРАВОВОГО ПРЕЦЕДЕНТА*

Посадкова М.В.,

исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», преподаватель кафедры медицинского права Первого МГМУ им И.М. Сеченова; tposadkova.medlaw@gmail.com, 89627059001;

**«Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-311-90075»*

Аффилиции: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия, 101000, г. Москва, Покровский бульвар, 11. Первый Московский государственный медицинский университет, Россия, 119038, г. Москва, ул. Трубецкая 8, стр. 2.

Аннотация: *В правовую среду внедряется все больше феноменов, с одной стороны, требующих немедленной правовой определенности, а с другой – развивающихся только при наличии свободы усмотрения государств. Одним из таких феноменов уже несколько лет представляется суррогатное материнство, речь о котором и пойдет в данной статье. В исследовании автором будет рассмотрен именно гестационный вид суррогатного материнства, то есть те случаи, когда у суррогатной матери и рожденного ребенка отсутствует генетическая связь – используется донорский генетический материал. Противоречивый и дуалистичный характер именно этого вида суррогатного материнства не только предусматривает кардинально разное нормативное регулирование в государствах по всему миру, что требует выделения и группировки общих характеристик, но и порождает немало споров, рассматриваемых как национальными, так и наднациональными органами судебного контроля. В исследовании автором рассматриваются и классифицируются модели правового регулирования суррогатного материнства по всему миру: австралийская, американская, европейская и постсоветская, а также предлагаются дополнительные критерии для их выделения. Вместе с тем, автором анализируются решения органов судебного контроля по поиску основополагающего довода, который становится основным ядром для принятия решения, в том числе правовые позиции Верховного Суда Сингапура, США и некоторых других государств, а также Европейского Суда по правам человека. Цель работы направлена не только на изучение и сравнение установленного нормативного регулирования, но и на знакомство и глубокий анализ сложившейся судебной практики по наиболее острым вопросам, а также на выдвигание гипотезы о том, что правовые позиции судебных органов оказывают непосредственное влияние на эволюцию содержания конституционных прав, в том числе основных (фундаментальных) прав человека.*

Ключевые слова: *права человека, суррогатное материнство, Европейский суд по правам человека, Верховный суд США, право на уважение частной и семейной жизни, свобода усмотрения государства, медицинское право, право на охрану здоровья и медицинскую помощь, баланс интересов, эволюция права.*

THE REPRODUCTIVE RIGHT TO SURROGATE MOTHERHOOD FROM THE LETTER OF THE LAW TO JUDICIAL PRACTICE *

Posadkova M.V.,

researcher of the Scientific and Educational Laboratory of International Justice of the National Research University “Higher School of Economics”, lecturer of the Department of Medical Law of the I.M. Sechenov First Moscow State Medical University;
mposadkova.medlaw@gmail.com, 89627059001;

Affiliations: National Research University “Higher School of Economics”, Russia, 101000, Moscow, Pokrovsky Boulevard, 11. First Moscow State Medical University, Russia, 119038, Moscow, 8 Trubetskaya str., p. 2

Abstract. *More and more phenomena are being introduced into the legal environment, on the one hand, requiring immediate legal certainty, and on the other – developing only if there is a freedom of discretion of states. One of these phenomena has been surrogate motherhood for several years, which will be discussed in this article. In the study, the author will consider exactly the gestational type of surrogacy, that is, those cases when the surrogate mother and the born child have no genetic connection – donor genetic material is used. The contradictory and dualistic nature of this particular type of surrogacy not only provides for radically different regulatory regulations in states around the world, which requires the allocation and grouping of common characteristics, but also generates a considerable number of disputes considered by both national and supranational judicial control bodies. In the study, the author examines and classifies the models of legal regulation of surrogacy around the world: Australian, American, European and post-Soviet, and also suggests additional criteria for their allocation. At the same time, the author analyzes the decisions of judicial control bodies to search for a fundamental argument that becomes the main core for making a decision, including the legal positions of the Supreme Court of Singapore, the United States and some other states, as well as the European Court of Human Rights. The purpose of the work is aimed not only at studying and comparing the established normative regulation, but also at familiarization and in-depth analysis of the current judicial practice on the most pressing issues, as well as at hypothesizing that the legal positions of judicial bodies have a direct impact on the evolution of the content of constitutional rights, including basic (fundamental) human rights.*

*“The research was carried out with the financial support of the RFFI in the framework of scientific project No. 20-311-90075”

Keywords: *human rights, surrogacy, the European Court of Human Rights, the US Supreme Court, the right to respect for private and family life, freedom of discretion of the state, medical law, the right to health protection and medical care, balance of interests, evolution of law*

*«Мы говорим с тобой на разных языках, как всегда, но вещи, о которых мы говорим, от этого не меняются...»
Булгаков М.А. «Мастер и Маргарита»*

Научный прогресс, появление новых знаний в областях медицины и биоэтики получают стремительное развитие в настоящее время. Если ранее обсуждение, а тем более применение вспомогательных репродуктивных технологий представлялось чем-то невероятно новым – исключением среди сложившейся практики, то сейчас доступным представляется не только получение теоретических знаний о внедрении новых феноменов в репродуктивную сферу, но и их регулярное использование как на территории Российской Федерации, так и по всему миру. Так, большая часть американской, европейской и российской общественности была (и остается) согласна с тем, что, например, клонирование человека должно быть запрещено причем как на национальном, так и на международном уровнях. Однако отношение не ко всем новым медицинским технологиям остается столь однозначным. Например, отношение относительно использования новых репродуктивных технологий и генной инженерии продолжает оставаться нестабильными, а следовательно, значительно разнится в зависимости от выбора (морального климата) каждого конкретного государства с учетом наличия или отсутствия общественного консенсуса по данному вопросу. На одной чаше весов благоприятные общественно-полезные цели: повышение уровня рождаемости, улучшение положения женщин и мужчин путем создания условий для терапии бесплодия, выбор идеальных качеств для будущих поколений, свободных от манифестирующих генетических болезней, значительное улучшение качества жизни неизлечимо больных пациентов. На другой – примеры о достижении совершенной расы («perfect race»), эксперименты с генетическими изменениями и неестественным методом контроля численности населения, а, возможно, разработка биологического оружия, направленного против всего человечества.

Более того, в некоторых случаях государства самостоятельно взяли на себя позитивную обязанность по организации такого дос-

тупа для гражданина, в том числе в связи с низким уровнем репродуктивного здоровья населения: например, как отмечается в Концепции демографического развития, доступное и качественное использование вспомогательных репродуктивных технологий способствовало бы стабилизации численности населения¹. Так, некоторые вспомогательные репродуктивных технологии уже сейчас можно реализовать с поддержкой государства: искусственная инсеминация (Хорватия, Бельгия, Дания, Франция, Германия, Венгрия, Италия, Польша, Португалия, Испания, Швейцария, Нидерланды, Великобритания, Сербия), экстракорпоральное оплодотворение (Нидерланды, Германия, Испания, Италия, Израиль, Франция, Великобритания, Дания, Австрия, Хорватия, Венгрия, Россия), преимплантационная диагностика (Великобритания, Испания, Бельгия, Греция, Нидерланды, Франция, Чехия). Вместе с тем, одна из вспомогательных репродуктивных технологий продолжает сталкиваться с противоречивыми мнениями по ее внедрению в национальное регулирование, нестабильными и неоднозначными решениями по ее применению – речь идет о суррогатном материнстве. Несмотря на его медицинскую и генетическую достаточную определенность, с точки зрения права остается немало количество неразрешенных вопросов, некоторые из которых было затруднительно или вовсе невозможно предусмотреть до начала его реального применения, ведь случаи, когда законодатель не предвидит негативного влияния установленной нормы неизбежны². В связи с этим, данное исследование направлено на рассмотрение суррогатного материнства не только с теоретической точки зрения установленного правового регулирования в странах мира, но и с точки зрения особенностей правоприменительной практики с учетом трудностей правоприменения.

Цель исследования автор видит в систематизации правовых подходов к суррогатному материнству, что реализуется посредством:

– классифицирования новых моделей правового регулирования суррогатного материнства;

¹ Указ Президента Российской Федерации от 9 октября 2007 г. № 1351 «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года». Ч. 2.

² K. Dzehtsiarou, C. O'Mahony. *Evolutionary interpretation of rights provisions: a comparison of the European court of human rights and U.S. Supreme Court // Columbia Human Rights Law Review* 309. 2013.

– рассмотрения основных правовых проблем, возникающих при использовании суррогатного материнства в практике иностранных судов и Европейского Суда по правам человека;

– выдвижение гипотезы об эволюции содержания конституционного права под влиянием медицинского прогресса в сфере вспомогательных репродуктивных технологий.

I. Pro et contra. До сих пор использование метода суррогатного материнства представляется неоднозначным и противоречивым, а создание одной единой модели его использования на территории государств рассматривается в качестве призрачной цели. Безусловно, основная функция использования суррогатного материнства является наиболее нравственной и благородной, так как представляет собой «терапию бесплодия»³. Так, в соответствии с проведенным автором анкетированием при участии 100 респондентов в возрасте от 18 до 45 лет, результаты получились следующими. Общественное мнение поддерживает позицию того, что суррогатное материнство необходимо, чтобы помочь парам с установленным диагнозом бесплодия создать семью с генетически «своим» ребенком. Такого ответа придерживаются 71% опрошенных. Незначительное число респондентов выделяют в качестве цели увеличение рождаемости (7%), достижение прогресса в области медицины (7%) и бизнес (10%), также 5 % респондентов затрудняются ответить на поставленный вопрос. Приверженцы суррогатного материнства убеждены в том, что решение суррогатной матери зачать, выносить и отдать ребенка всегда является добровольным, обдуманном и сознательным⁴. Таким образом, представители концепции «pro» называют рассматриваемый репродуктивный метод «последним шансом», «актом любви и человечности», а само суррогатное материнство «терапией бесплодия»⁵.

Однако, положительные характеристики не являются абсолютными для противников метода суррогатного материнства. Не удивительно, что наиболее категоричными из представителей мнения «contra» являются церкви, в том числе, православная и католичес-

³ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики*. С. 18.

⁴ Афанасьева И.В., Пароконная К.Д. *Правовые проблемы суррогатного материнства // Семейное и жилищное право*. № 5. 2012. С. 17.

⁵ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики*. С. 18.

кая⁶. Они делают акцент на том, что рождение ребенка происходит при помощи искусственного вмешательства, осуществляется против воли Бога и против самой природы, что недопустимо⁷. Еще один аргумент церкви против применения вспомогательных репродуктивных технологий можно найти в Основах социальной концепции Русской православной церкви. В рассматриваемом документе определено: «Суррогатное материнство... противоестественно и морально недопустимо даже в тех случаях, когда осуществляется на некоммерческой основе. Эта методика предполагает разрушение глубокой эмоциональной и духовной близости, устанавливающейся между матерью и младенцем уже во время беременности»⁸.

Помимо вышеуказанных аргументов это обосновывается смешением понятий и многочисленными неразрешенными правовыми проблемами. Например, отсутствием единственного верного определения родословной ребенка, а также возникшими вопросами об отсутствии определенности, кто же является родной матерью⁹. Также спорной представляется ситуация, когда суррогатная мать не соглашается отдать ребенка генетическим родителям, либо, напротив, генетические родители передумали иметь детей или смогли самостоятельно их зачать и ребенок остается ненужным, ведь принудить стать родителем невозможно. С точки зрения медицины, происхождение человека определяется путем установления тождества генов, однако в рассматриваемом случае необходимым является определить не происхождение, а возникновение родительских прав по отношению к ребенку. При этом спорным представляется вопрос, достаточно ли будет определить только генетическое родство ребенка, ведь весь биологический материал для построения организма новорожденного предоставляет суррогатная мать. Чей же «вклад» более весом¹⁰?

⁶ Балашов О.Н. *Искусственное оплодотворение: что думают православные* // Человек. 1995. № 3. С. 78-79.

⁷ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики*. С. 19.

⁸ Борисова Т.Е. *Там же*. С. 19.

⁹ Флягин А.А. *Правовой статус родителей при суррогатном материнстве* // Гражданское право. 2015. № 3. С. 5.

¹⁰ Кокорин А.П. *К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал* // Семейное и жилищное право. 2010. № 1. С. 8.

Следующим отрицательным аспектом применения метода суррогатного материнства является предоставленная возможность его коммерциализации, то есть использования в качестве применения одной из форм эксплуатации женщин в роли платных инкубаторов, производящих детей для богатых заказчиков и проявления их угнетенного положения¹¹. Как следствие, многие называют суррогатное материнство «биологической проституцией», «фашизмом», «спекуляцией на материнстве»¹². Действительно, крайней формой суррогатного материнства можно считать ситуацию, когда суррогатная мать соглашается на участие в программе суррогатного материнства, находясь в нестабильном материальном положении. В таком случае есть риск того, что с целью заработать необходимую денежную сумму, она может пренебречь всеми остальными физическими и эмоциональными обязанностями, а иногда даже скрыть важную информацию от генетических родителей. Более того, по мнению сторонников запрета использования суррогатного материнства, важнейшим аргументом «contra» является факт того, что они превращают детей в подобие товара¹³.

Итак, вряд ли суррогатному материнству, как комплексному феномену удастся стать однозначным и удобным явлением для каждого государства, для каждого человека, но может ли это повлиять на, например, повсеместное внедрение запрета на его использование? Не думаю. Не вызывает сомнения то, что суррогатное материнство обладает противоречивыми, двусмысленными, неурегулированными на национальном уровне характеристиками, но этого не представляется необходимым и достаточным для того, чтобы использовать один единый запрет на его использование. Так, наднациональные судебные органы нередко отмечают свободу усмотрения государства в вопросе разрешения или запрета использования суррогатного материнства. Наиболее ярким примером может стать Европейский Суд по правам человека, которым было рассмотрено более 30 дел по рассматриваемой тематике.

II. Модели правового регулирования суррогатного материнства.

В результате сложившегося различного отношения в странах к применению метода суррогатного материнства, в юридической доктрине ранее были определены модели правового регулирования отно-

¹¹ Борисова Т.Е. Там же. С. 18.

¹² Борисова Т.Е. Там же. С. 18.

¹³ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики.* С. 22.

шений, которые складываются при применении рассматриваемой репродуктивной технологии. Предлагаю начать с их анализа в целях классифицирования общих черт.

Австралийская модель. Австралийская модель характеризуется полной свободой использования вспомогательных репродуктивных технологий в различных их проявлениях. Основанием для разрешения применения суррогатного материнства является почитание права на создание семьи и уважение частной жизни¹⁴. Это приводит к тому, что обратиться за помощью к суррогатной матери в странах, где применяют австралийскую модель, могут не только в случае имеющихся медицинских показателей, но также и по иному желанию¹⁵. Например, если женщина хочет иметь детей, но у нее отсутствует партнер противоположного пола. Таким образом, суррогатное материнство определяется как средство осуществления желания стать родителями, доступное не только лицам, страдающим медицинским бесплодием, но и одиноким женщинам, а также однополым парам¹⁶. Еще одной особенностью австралийской модели является возможность суррогатной матери принимать участие в воспитании ребенка, при рождении переданного ею генетическим родителям. Это объясняется необходимостью обеспечить заботой рожденного ребенка¹⁷. Говоря об австралийской модели можно сделать вывод о том, что происходит либерализация семейных отношений, в результате которой каждый конкретный случай рассматривается отдельно, учитывая все особенности конкретной ситуации, а также прослеживается тенденция, ведущая к вседозволенности в рассматриваемой области.

Американская модель. Американская модель представляет собой смешанную систему, которая определяется действующим устройством. С одной стороны, наличие большего количества условий и требований к использованию метода суррогатного материнства, с другой – постоянный поиск свободы усмотрения со стороны участни-

¹⁴ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности. М., 2003. С. 276.

¹⁵ Там же. С. 276 - 294.

¹⁶ Флягин А.А. Суррогатное материнство: судебная практика и зарубежный. С. 4.

¹⁷ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности. С. 276 - 294.

¹⁸ Кириченко К.А. Модели правового регулирования отношений, складывающихся при применении методов вспомогательной репродукции: сравнительно-правовой. С. 5.

ков¹⁸. Например, законодательство американского штата Виргиния характеризуется тем, что генетическими родителями ребенка имеют право быть только мужчина и женщина, состоящие в браке, а статус родителя они могут получить либо по согласию суррогатной матери, либо при предварительном утверждении договора суррогатного материнства судом¹⁹. Кстати сказать, неудивительно, что суд играет важнейшую роль при применении метода суррогатного материнства при использовании американской модели, именно он становится «двигателем прогресса». Вместе с тем, в соответствии с правовым регулированием штата Калифорния, родителями рожденного суррогатной матерью ребенка могут быть: супруги; лица, находящиеся в сожительстве; одинокие мужчины и одинокие женщины; лица с медицинскими показаниями и без таковых; граждане и иностранные граждане. Более того, стоит заметить, что именно при американской модели регулирования отношений по поводу суррогатного материнства, практика ориентируется на конкретные специфические случаи, рассматривая ситуации по отдельности, учитывая все особенности сложившихся обстоятельств, что подтверждает наличие персонифицированного подхода со стороны органов судебного контроля²⁰.

Европейская модель регулирования. Основным отличием такой модели от вышерассмотренных является «медикализованное» понимание необходимости применения вспомогательных репродуктивных технологий²¹. Это означает, что применение таких технологий возможно только при наличии конкретных медицинских показателей у обоих супругов или у одинокой женщины, и необходимо главенствующим образом только для преодоления бесплодия. Также такая модель характеризуется детальным описанием всей процедуры применения суррогатного материнства, начиная с заключения договора между потенциальными родителями и суррогатной матерью, а также медицинским учреждением, заканчивая отказом суррогатной матери от прав на рожденного ребенка²². Именно европейс-

¹⁸ Кириченко К.А. *Модели правового регулирования отношений, складывающихся при применении методов вспомогательной репродукции: сравнительно-правовой.* С. 5.

¹⁹ Там же. С. 3.

²⁰ Кириченко К.А. *Модели правового регулирования отношений, складывающихся при применении методов вспомогательной репродукции: сравнительно-правовой анализ.* С. 5-7.

²¹ Кириченко К.А. Там же. С. 7.

²² Кириченко К.А. Там же. С. 7-8.

кая модель запрещает коммерческое суррогатное материнство²³. Данный факт обуславливается прямым следованием за Конвенцией «О правах человека и биомедицине», которая устанавливает общий запрет на коммерциализацию тела человека и его частей²⁴. Более того, интересным фактом-признаком суррогатного материнства является то, что большинство европейских стран ориентируются не на императивные нормы государства, а на права и свободы конкретного индивида, а в рассматриваемом случае на права и свободы ребенка, зачатого с помощью вспомогательных репродуктивных технологий, на получение информации о своем генетическом происхождении²⁵. Это представляется хорошим ориентиром для установления баланса интересов сторон договора, когда такие интересы кажутся равнозначными. Некоторые страны даже допускают доступ ребенка к таким сведениям о суррогатной матери (доноре) как имя и адрес²⁶. Такое право ребенка на доступ к информации регламентируется Конвенцией ООН «О правах ребенка», а именно, статьей 7: «Право ребенка знать своих родителей», а также Конвенцией Совета Европы «О защите прав человека и основных свобод»: право на уважение частной и семейной жизни²⁷.

Постсоветская модель. Важнейшей особенностью постсоветской модели является фактическое исключение нетрадиционных семей из сферы применения вспомогательных репродуктивных технологий²⁸. Например, пары, предпочитающие браку сожителство, не смогут применить метод суррогатного материнства в России, Белоруссии, Украине, Азербайджане, Казахстане, Киргизии, Молдове²⁹. В данном случае имеет место традиционный подход регулирования семейных правоотношений. Также постсоветская модели не предус-

²³ Чернова Ж.В. *Семейная политика в Европе и России: гендерный анализ.* СПб., 2008. С. 320.

²⁴ Конвенция от 4 апреля 1997 г. «О защите прав и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине» Ст. 21.

²⁵ Чернова Ж.В. Там же. С. 321.

²⁶ Чернова Ж.В. *Семейная политика в Европе и России: гендерный анализ.* С. 321.

²⁷ Конвенция от 4 ноября 1950 г. «О защите прав и основных свобод человека» Ст. 8.

²⁸ Кириченко К.А. Там же. С.11-12.

²⁹ Кириченко К.А. Там же С. 11-12.

матривает право ребенка на информацию о донорах, в связи с этим многие эксперты называют рассматриваемую модель недостаточно прогрессивной и лишь немного усовершенствованной по сравнению с советскими решениями³⁰. Еще одной особенностью постсоветской модели является отсутствие достаточного количества ресурсов, необходимых для совершенствования законодательства, так как существуют более значимые для законодателя проблемы, подлежащие немедленному урегулированию³¹.

Азиатская модель. Насколько мне известно, ранее в проводимых комплексных исследованиях данная модель не была выделена в качестве самостоятельной, что предположительно можно объяснить тем фактом, что государства, включаемые в эту модель, с определенной долей периодичностью меняют установленное регулирование. Примером может служить Индия, которая несколько лет назад признавалась основным центром по проведению коммерческого суррогатного материнства, особенно с учетом практики суррогатного туризма. Однако в 2020 г. исполнительная власть Индии запретило проведение суррогатного материнства для граждан тех государств, где такая вспомогательная репродуктивная технология находится под запретом. Еще одним интересным примером может служить Сингапур, на территории которого суррогатное материнство находится под строжайшим запретом. Вместе с тем, это государство одно из первых внесло изменение в действующие регулирования в случае использования суррогатного туризма. Так, рожденный от суррогатной матери ребенок был зарегистрирован в качестве такого на территории Сингапура, несмотря на запрет вспомогательной репродуктивной технологии, и несмотря на запрет гомосексуальных отношений, а только во исполнение благополучия ребенка³².

Итак, уже сейчас юридическая доктрина выделяет ряд критериев, по которым разграничивается отношение к суррогатному материнству по всему миру. Во-первых, это определение требований для генетических родителей. Медицинские показатели являются единственным основанием для участия в программе суррогатного материнства в европейской и постсоветской моделях, в то время как австралийская и американская модели предусматривают в качестве возможной причины даже естественное желание иметь детей без ка-

³⁰ Красавчикова Л.О. Там же. Екатеринбург, 1999. С. 120.

³¹ Кириченко К.А. Там же. С. 13.

³² UKM v. Attorney General SGHCF 18, HCF/District Court Appeal No 2 of 2018.

ких либо обстоятельств, препятствующих этому. Также австралийская модель предусматривает возможность обращения за помощью к суррогатной матери одиноких женщин или мужчин и даже однополых супруг или пар, предпочитающих сожителство. Другие же модели, напротив, предоставляют возможность только супружеским парам или в исключительных случаях одиноким лицам прибегать к вспомогательной репродуктивной технологии. Во-вторых, еще одним кардинальным различием является право у рожденного ребенка на информацию о доноре, то есть либо о суррогатной матери, либо о генетических родителях, в случае отказа суррогатной матери передать ребенка. В этом случае европейская и постсоветская модели прибегают к противоположному регулированию: в то время, как европейская предоставляет такое право родившемуся ребенку и охраняет его, постсоветская модель следует принципу сохранения тайны донорства.

Вместе с тем, автор предлагает дополнить к рассмотрению несколько критериев, а следовательно, и расширить ранее введенные модели правового регулирования, а именно:

1. Легализация института суррогатного материнства:

- запрещено законом (Австрия, Германия, Литва, Материковый Китай, Молдавия, Норвегия, Италия, Франция, Тайвань, Эстония, Швеция, Сингапур, некоторые штаты в США: Аризона, Мичиган, Нью-Джерси);

- разрешено законом (Армения, Республика Беларусь, Гонконг, Грузия, Украина, Казахстан, Киргизия, Российская Федерация, Таджикистан, Туркмения, Южно-Африканская Республика, США (Калифорния));

- разрешено законом, но требуется соблюдение дополнительных условий: разрешено только некоммерческое (Канада, Израиль, Австралия, Великобритания, Дания);

- законодательно не урегулирована и применяется (Бельгия, Узбекистан, Финляндия, Южная Корея);

- не урегулировано законом, но системное толкование говорит о запрете (Япония: «рождение ребенка должно происходить из чрева матери»; Латвия: приравнивается к «продаже» ребенка); наличие законодательного запрета без предусмотренной ответственности (Макао, Тайвань).

2. Финансирование суррогатного материнства:

- предусмотрена возмездная основа (Украина, Грузия, подавляющее большинство штатов США);

- только безвозмездная основа (Израиль, Испания, Канада);
- компенсаторная основа (Великобритания);
- смешанная основа (Россия).

3. *Законодательно закрепленный приоритет прав по отношению к рожденному ребенку:*

- приоритет прав на воспитание рожденного ребенка у суррогатной матери (Россия);
- приоритет прав на воспитание рожденного ребенка к генетических родителей (Республика Беларусь, Казахстан, Украина).

С учетом запрета суррогатного материнства в ряде стран, а так в связи с наличием дополнительных особенностей (по большей части ограничительных) в большинстве государств большее развитие получил феномен так называемого «суррогатного туризма».³³ Для того, чтобы прибегнуть к суррогатному материнству, проживая в стране, где его использование запрещено и (или) ограничено, супружеские пары наравне с одинокими женщинами и мужчинами для получения желаемого выезжают за пределы своего государства и обращаются в иностранные клиники, где закон это позволяет. Центром коммерческого суррогатного материнства в мире считается штат Калифорния, где предоставляются международные услуги применения данной репродуктивной технологии.³⁴ Кроме того, в последнее время все чаще можно наблюдать обращение иностранцев к суррогатному материнству и на территории Российской Федерации. К слову сказать, в настоящее время на рассмотрении Государственной Думы находится законопроект о внедрении запрета для иностранных граждан обращаться к суррогатным матерям.³⁵

III. Прецедентная практика судов. Можно предположить, что установление на территории государства ограничений и (или) запретов на использование суррогатного материнства не всегда в действительности приводит к его неиспользованию на практике, более того, нередко это может породить дополнительное межгосударственное противоречие, о котором мы поговорим далее.

³³ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики.* С. 14.

³⁴ Борисова Т.Е. *Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики.* С. 14.

³⁵ В Думу внесен проект о запрете иностранцам пользоваться услугами суррогатных матерей <https://rg.ru/2021/12/17/v-gd-vnesen-proekt-o-zaprete-inostrancam-polzovatsia-uslugami-surrogatnyh-materej.html>. Дата обращения: 05.01.2021.

1. Суррогатный туризм: Сингапур – США (УКМ v. Attorney General)³⁶.

Обстоятельства дела. Граждане Сингапура получили отказ от агентств по усыновлению в реализации права на усыновление и удочерение ребенка в связи со своей гомосексуальной ориентацией. В таком случае единственным возможным по их мнению выходом было обратиться к суррогатному материнству, которое, к слову, в Сингапуре находится под строжайшим запретом. Выбор пал на США, и процедура вспомогательных репродуктивных технологий состоялась. Суррогатная мать выполнила все обязательства и передала ребенка. Однако, когда заявитель вернулся в Сингапур, ребенку отказали в выдаче гражданства и в признании отцовства на основании ДНК – единственным вариантом было усыновить ребенка, и несмотря на предыдущие отказы было организовано дополнительное расследование, ведь в данном случае было явно дополнительное обстоятельство, которое власти не могли проигнорировать – генетическое родство.

По результатам расследования истец был определен в качестве финансово стабильного человека, также не возникало вопросов и к обстановке в его доме (комфорт, безопасность), но такое усыновление все еще вдвойне противоречило государственной политике Сингапура, поскольку ни суррогатное материнство, ни брак между двумя мужчинами не признается действующим законодательством.

Решение суда 1 инстанции и поданная в дальнейшем апелляция были приняты не в пользу заявителей, в связи с тем, что судебными органами было установлено то, что сложившиеся обстоятельства были созданы истцом самостоятельного (попытка узаконить отношения, которые запрещены) и цель его изначальных действий – нарушение закона.

Правовая позиция Верховного суда Сингапура. В поиске баланса интересов Верховный суд Сингапура не согласился с принятыми ранее судебными решениями, придерживаясь императива в пользу благополучия ребенка, а именно признания его биологического родителя в качестве законного:

- нет ни одного доказательства, прямо устанавливающего то, что истец намеренно нарушил положения государственной политики;
- заявителем не поднимался данный вопрос до того момента, пока не возникли проблемы с установлением гражданства;

³⁶ *Здесь и далее: Singapore court decision: UKM v. Attorney General SGHCF 18, HCF/District Court Appeal No 2 of 2018.*

- благополучие ребенка – это основной вопрос, при всех разбирательствах, касающихся опеки над детьми.

Основополагающий довод суда. Верховный суд Сингапура в самом решении не выделял отдельно какой-либо базовый аргумент, который оказал непосредственное главенствующее влияние на принятия императива в пользу благополучия ребенка и, собственно говоря, не рассматривал какие-либо дополнительные обстоятельства, которые бы оценивали это «благополучие» (в отличии, например, от Европейского Суда по правам человека в деле “Парадиззо и Кампанелли против Италии”). Однако автор убежден, что решающую роль сыграла именно генетическое родство между заявителем и рожденным ребенком, в связи с наличием которого процедура усыновления была разрешена – без проведения суррогатного материнства за рубежом в усыновлении ранее было отказано.

2. Суррогатный туризм: Германия-США (Beschluss des XII)³⁷.

Обстоятельства дела. В связи с тем, что суррогатное материнство на территории Германии запрещено, заявители воспользовались возможностями его применения на территории США. По законодательству Калифорнии обязательным условием для признания прав биологических родителей представляется наличие решения Верховного Суда штата (см. классическую американскую модель). Решение суда было принято в пользу биологических родителей – именно они являются законными представителями ребенка, а суррогатная мать не имеет родительских прав. Однако в Германии органы ЗАГС отклонили заявку на регистрацию родителей в качестве законных на основании того, что суррогатное материнство на территории республики категорически запрещено.

Правовая позиция Федерального суда Берлина. Федеральный суд Берлина изначально определил то, что в своем решении будет придерживаться императива в пользу благополучия ребенка, однако до окончания его решения не было с точностью ясно, что именно суд понимает под тем самым благополучием и только в заключительной части суд подвел итог в понятной и доступной форме:

- иностранные решения признаются немецким законодательством, кроме случаев несовместимости с основными правами и обязанностями;
- несмотря на то, что положения государственной политики напрямую запрещают использование суррогатного материнства, а законной матерью признается женщина, родившая ребенка, решение

³⁷ *Здесь и далее: Beschluss des XII. Zivilsenats vom 10.12.2014 - XII ZB 463/13.*

иностранного суда не отклоняется от немецкой правовой доктрины до такой степени, что его признание было бы неприемлемым;

- если отказать в признании иностранного решения, то для ребенка возникнет большой риск ущерба.

Основополагающий довод Суда. В рассматриваемом деле базовый аргумент представился с неожиданной стороны. Так, для суда важнейшим основанием стал порядок признания иностранного судебного решения. Никаких нарушений или достаточных оснований для того, чтобы не признавать американское решение органа судебного контроля в признании генетических родителей законными найдено не было, и в таком случае суд подкрепил свое решение уже принятым решением суда в другом государстве. Кстати сказать, благополучие ребенка также определялось как сохранение ребенка у генетических родителей.

3. Суррогатный туризм: Европейский суд по правам человека (дело “Парадиззо и Кампанелли против Италии”)³⁸.

Обстоятельства дела. Попытки заявителей воспользоваться разрешенными вспомогательными репродуктивными технологиями (например, экстракорпоральное оплодотворение) были безуспешны (все 8 раз). Заявители также рассматривали усыновления в качестве альтернативного способа, но ожидание также было безуспешным, и в таком случае единственным возможным вариантом для них стало суррогатное материнство за рубежом, а именно на территории Российской Федерации.

Процедура прошла успешно, и заявители были зарегистрированы в качестве родителей в г. Москве, в дальнейшем, заявление было апостилировано в соответствии с положениями Гаагской конвенции, отменяющей требование легализации. Однако в Италии в отношении заявителей было возбуждено уголовное дело, заподозрив их в фальсификации гражданского статуса, использовании поддельных документов. Власти Италии посчитали, что с точки зрения закона необходимо приравнять статус ребенка к ребенку от которого отказались. Ребенок был помещен под опеку, и опекун ходатайствовал о том, чтобы родителей лишили родительских прав.

Властями Италии было проведено расследование, в котором было зафиксировано, что у заявителей комфортные условия для проживания, достаточно большой доход, а также здоровье ребенка отличное, поскольку заботятся о нем по самым высоким стандартам. Также была проведена и психологическая экспертиза, по итогам кото-

³⁸ *Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 января 2017 г. Дело “Парадиззо и Кампанелли против Италии (жалоба № 25358/12).*

рой было установлено, что возможное разлучение с заявителями может привести к пагубным последствиям (депрессия, чувство брошенности). Кроме того, была назначена экспертиза ДНК, которая неожиданно показала, что между заявителем и ребенком отсутствует генетическое родство (заявительница изначально не являлась генетической матерью – была использована донорская яйцеклетка).

Решение суда и первой, и апелляционной инстанции было принято не в пользу заявителей, и ребенок был помещен на попечение социальных служб, а затем – в семью для усыновления.

Правовая позиция Европейского суда по правам человека. Для того, чтобы принять решение о дальнейшей «судьбе» заявителей и ребенка, суд должен был установить или опровергнуть нарушение статьи 8 Конвенции. Все с тем, судом даже не было установлено то, что вопрос касался семейной жизни, в связи с тем, что:

- отсутствовало биологическое родство (детально не рассматривалось, могли ли это заранее предупредить заявители или не могли, так как фактически от них ничего не зависело);
- длительность проживания была недостаточной (8 месяцев);
- неопределенность связей с юридической точки зрения.

Вместе с тем, чашу весов на сторону государства также склоняло наличие запрета на использование суррогатного материнства в Италии и запрета на ввоз ребенка из другой страны без биологического родства. Таким образом, судом было принято решение о том, что семейная связь между заявителями и рожденным ребенком отсутствовала. Кстати сказать, несмотря на то, что суд констатировал то, что обстоятельства дела относятся к личной жизни заявителя, превышение допустимого вмешательства он также не обнаружил.

Основопологающий довод суда. Интересно, что в данном деле базовым аргументом также можно считать именно генетическое родство между ребенком и потенциальными родителями. Правда, в данном случае оно, напротив, сыграло не в пользу заявителей, несмотря на наличие иных обстоятельств. Благополучие ребенка не было определено сохранением отношений между ним и заявителями.

4. Суррогатное материнство: генетическое родство США³⁹.

Обстоятельства дела. Эмбрион заявителей, генетически не связанный ни с одним из них (донорский), был имплантирован суррогат-

³⁹ *In re the Marriage of John A. and Luanne H. Buzzanca / Indian surrogacy law center.* – Mode of access : <http://indiansurrogacylaw.com/in-re-the-marriage-of-buzzanca.html>. Date of access

ной матери. Пара рассталась, и заявитель отказался от какой-либо ответственности за ребенка (в том числе, финансовой). Суррогатная мать от ребенка также отказалась. В таком случае суд первой инстанции постановил, что законные родители у ребенка отсутствуют.

Правовая позиция Верховного суда штата Калифорния. Несмотря на то, что заявители не являются биологическими родителями ребенка, они являются законными родителями ребенка с учетом их роли инициаторов в качестве предполагаемых родителей в зачатии и рождении ребенка:

- соглашаясь на вспомогательные репродуктивные технологии с использованием донорства, пара является законным представителем рожденного ребенка (детей);

- если заявитель согласился на вспомогательные репродуктивные технологии, то по закону он считается отцом ребенка в силу его наличия такого согласия – государство благоприятствует установлению законного родительства;

- при принятии решения суда 1 инстанции – ребенок будет находиться на иждивении у гос-ва, что не соответствует основной цели благополучия ребенка.

Основной довод суда. Рассматриваемое дело, напротив, установило то, что генетическое родство не является и не может является единственным или универсальным критерием для определения родословной ребенка. Так, ребенок не был бы рожден, если бы не заключенный договор суррогатного материнства, а значит – базовым аргументом является инициатива заявителей стать законными родителями рожденного ребенка.

Итак, как национальные суды, так и Европейский Суд по правам человека предпринимая попытку подойти к рассмотрению дел по гестационному суррогатному материнству всесторонне: провести анализ обстановки между потенциальными родителями и рожденным ребенком, оценить ситуацию с помощью психологической экспертизы (если применимо), обратиться к решениям других судов, уделить должное внимание установленному нормативному регулированию в государстве и придерживаться балансирования при предоставлении приоритета в ту или иную сторону. Можно выделить основополагающие доводы, которые приводят суды до принятия решения: наличие генетического родства между потенциальными родителями и рожденным ребенком, наличие признанного иностранного судебного решения, изначальная инициатива заявителей (заявителя) стать родителями. Однако важной особенностью представ-

ляется то, что нет какого-либо одного определяющего однозначного критерия, наличие или отсутствие которого представлялось бы достаточным. В каждом деле суды используют персонифицированный подход в попытке соблюсти тот самый заветный императив в пользу благополучия ребенка.

Важно заметить, что каждое из рассматриваемых дел в дальнейшем определило подход к реализации репродуктивного права на суррогатное материнство как на национальном, так и на наднациональном уровнях. В таком случае целесообразнее отнести рассматриваемое право не к оригиналистской концепции (originalism) толкования содержания прав, а к эволютивному толкованию⁴⁰. В случае, если бы автор прибегал к первичной концепции из указанных все вводимые судебной властью ограничения обязательно должны были сопровождаться внесением изменений в основной закон государства, что в настоящее время применимо только для правовых систем Румынии, Швейцарии, Федеративной Республике Германии, где уже закреплены такие изменения. В остальном, очевидным представляется определение риска применения такой концепции без адаптации к другим подходам: неоправданное разрастание конституционно-правовых норм, неточность определения исторического периода и общности намерений, нестабильность основного закона государства.

В то же время концепция «живого конституционализма» представляется наиболее подходящей для расширения содержания уже имеющихся конституционных прав (основные: право на жизнь, право на достоинство личности, право на неприкосновенность частной жизни; производные: материнство и детство, защита семьи, право на охрану здоровья и медицинскую помощь). Правда, не менее важным представляется организовать такое эволютивное толкование со стороны судебной инстанции наиболее плавно и поэтапно, возможно, даже разработав и закрепив специальный тест для его проведения (по аналогии с тестом на пропорциональность, balancing).

Таким образом, институт суррогатного материнства продолжает стремительно развиваться. Трудно не заметить, что важнейшую роль в такой динамике занимают именно органы судебного контроля, которые выступают не только в качестве «надзирателя» за соблюдением установленных прав и свобод, но и активно используют эволютивное толкование уже существующих на национальном и наднациональном уровнях прав,

⁴⁰ Кавана Э. *Идея живой Конституции*. С. 55

⁴¹ Brems E. *Conflicts between fundamental rights*. Oxford, 2008.

особенно с учетом способа «weak change», когда судебные правовые позиции распространяют уже установленную норму на новый спектр фактических обстоятельств, которые ранее предвидеть не представлялось возможным. Вместе с тем, в отличия от законодателя, который может разработать довольно тонкую систему, в которой оба конфликтующих права будут пользоваться максимальной защитой, судья должен выносить решение в пользу только одной стороны⁴¹. Можно сделать вывод о том, что в настоящее время один единый подход к суррогатному материнству во всем мире отсутствует. Вместе с тем, несмотря на провозглашенную в том числе Европейским судом по правам человека, свободу усмотрения каждого государства, решение многих вопросов невозможного без тесного диалога между государствами во избежание правовой неопределенности и создания конфликтных ситуаций⁴².

Библиографический список

Законы и подзаконные акты: Указ Президента Российской Федерации от 9 октября 2007 г. № 1351 «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года» // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_71673/942772dce30cfa36b671bcf19ca928e4d698a928/ (дата обращения: 30.12.2021).

Международные нормативные акты: Конвенция от 4 ноября 1950 г. «О защите прав и основных свобод человека» // СПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/72067416/> (дата обращения 23.11.2021).

Конвенция от 4 апреля 1997 г. «О защите прав и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине // СПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/2562155/> (дата обращения 01.01.2022).

Судебная практика: Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 января 2017 г. Дело “Парадиззо и Кампанелли против Италии (жалоба № 25358/12).

Beschluss des XII. Zivilsenats vom 10.12.2014 - XII ZB 463/13.

In re the Marriage of John A. and Luanne H. Buzzanca / Indian surrogacy law center. 1998.

UKM v. Attorney General SGHCF 18, HCF/District Court Appeal No 2 of 2018.

⁴² Храмова Т.М. Проблемы суррогатного материнства в формате “суррогатного права”: комментарий к Консультативному заключению ЕСПЧ от 10 апреля 2019 г.

Литература

1. Афанасьева И.В., Пароконная К.Д. Правовые проблемы суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. № 5. 2012. С. 17.
2. Балашов О.Н. Искусственное оплодотворение: что думают православные // Человек. № 3. 1995.
3. Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики. 2014.
4. Кириченко К.А. Модели правового регулирования отношений, складывающихся при применении методов вспомогательной репродукции: сравнительно-правовой // Российский юридический журнал. 2011.
5. Кокорин А.П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. № 1. 2010.
6. Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имуществом прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1999.
7. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности. 2007.
8. Флягин А.А. Правовой статус родителей при суррогатном материнстве // Гражданское право. № 3. 2015.
9. Флягин А.А. Суррогатное материнство: судебная практика и зарубежный. // Законы России: опыт, анализ, практика. № 7. 2015.
10. Храмова Т.М. Проблемы суррогатного материнства в формате “суррогатного права”: комментарий к Консультативному заключению ЕСПЧ от 10 апреля 2019 г. // Международное правосудие. № 3. 2019.
11. Dzehtsiarou K., O'Mahony C. Evolutive interpretation of rights provisions: a comparison of the European court of human rights and U.S. Supreme Court // Columbia Human Rights Law Review 309. 2013.
12. Brems E. Conflicts between fundamental rights. Oxford, 2008.

References

1. Afanas'eva I.V., Parokonnaia K.D. Pravovye problemy surrogatnogo materinstva // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. № 5. 2012. S. 17.
2. Balashov O.N. Iskusstvennoe oplodotvorenje: chto dumaiut pravoslavnye // Chelovek. № 3. 1995.
3. Borisova T.E. Surrogatnoe materinstvo v Rossiiskoi Federatsii: problemy teorii i praktiki. 2014.
4. Brems E. Conflicts between fundamental rights. Oxford, 2008.
5. Dzehtsiarou K., O'Mahony C. Evolutive interpretation of rights provisions: a comparison of the European court of human rights and U.S.

Supreme Court // Columbia Human Rights Law Review 309. 2013.

6. Kirichenko K.A. Modeli pravovogo regulirovaniia otnoshenii, skladyvaiushchikhsia pri primenenii metodov vspomogatel'noi reproduksii: sravnitel'no-pravovoi // Rossiiskii iuridicheskii zhurnal. 2011.

7. Kokorin A.P. K voprosu o poluchenii soglasiia surrogatnoi materi na zapis' roditeliami rebenka suprugov, predstavivshikh svoi geneticheskii material // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. № 1. 2010.

8. Krasavchikova L.O. Poniatie i sistema lichnykh, ne sviazannykh s imushchestvennymi prav grazhdan (fizicheskikh lits) v grazhdanskom prave Rossiiskoi Federatsii. Ekaterinburg, 1999.

9. Saidov A.Kh. Sravnitel'noe pravovedenie: osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. 2007.

10. Fliagin A.A. Pravovoi status roditel'ei pri surrogatnom materinstve // Grazhdanskoe pravo. № 3. 2015.

11. Fliagin A.A. Surrogatnoe materinstvo: sudebnaia praktika i zarubezhnyi. // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. № 7. 2015.

12. Khramova T.M. Problemy surrogatnogo materinstva v formate "surrogatnogo prava": kommentarii k Konsul'tativnomu zakliucheniiu ESPCh ot 10 apreliia 2019 g. // Mezhdunarodnoe pravosudie. № 3. 2019.

УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ СОГЛАСИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ СОМАТИЧЕСКИХ ПРАВ

Барышева К.А.,

доцент каф. судопроизводства и уголовного права, юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Мамедова Ф.Ф.,

доцент каф. судопроизводства и уголовного права, юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

***Аннотация:** в статье анализируется понятие соматических прав человека, исследуются возможности их реализации лицами, не достигшими совершеннолетия в зависимости от возраста и вида соматических прав. Рассматривается право на информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство. Выявляется уголовно-правовое значение согласия несовершеннолетнего на причинение того или иного вреда при реализации соматических прав, в частности, права на искусственное прерывание беременности, модификацию тела в эстетических или иных целях. Относительно права на*