
ПРАВО

УДК 34.037

В статье рассматриваются актуальные аспекты правового регулирования применения вспомогательных репродуктивных технологий, устранения коллизий семейного и медицинского законодательства.

Ключевые слова: вспомогательные репродуктивные технологии; семейное законодательство; медицинское законодательство.

The article deals with relevant aspects of the legal regulation of supporting reproductive technologies, resolution of conflicts in Family and Medical Legislations.

Key words: supporting reproductive technology; Family Legislation; Medical Legislation.

Н. Н. Тарусина

Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова

E-mail: nant@uniyar.ac.ru

Вспомогательные репродуктивные технологии: тренды семейно-правовой доктрины, законодательства и правоприменительной практики*

Научная статья

N. N. Tarusina

P. G. Demidov Yaroslavl State University

E-mail: nant@uniyar.ac.ru

Supporting Reproductive Technologies: Trends in Family Law Doctrine, Legislation and Law Enforcement

Scientific article

Благотворные и опасные, простые и сложные, технологические, юридические и даже политические «игры на репродуктивном поле» становятся все разнообразнее, все глубже проникают в естественные процессы взаимоотношений полов. Вопросы и проблемы множатся: судьба эмбрионов, вплоть до наследования; тайна донорства и возможность ее преодоления в интересах донора или ребенка; право неродившегося ребенка на жизнь и право женщины распоряжаться своим телом, включая право на прекращение беременности, хотя и ограниченное; запрет коммерческого суррогатного материнства или, напротив, расширение сферы его применения; судьба ребенка при отказе от исполнения договора со стороны генетических родителей-заказчиков; право ребенка, родившегося инвалидом вследствие недобросовестного оказания медицинских услуг в рам-

ках ВРТ-программы, на иск о компенсации вреда «неправомерным оставлением в живых»; и т. д. [1].

Соответственно множатся этические и правовые проблемы, связанные с репродукцией человека, притом что законодательство, в том числе российское, в этом вопросе фрагментарно и противоречиво, т. е. находится весьма далеко до оптимальных системных решений. И в стратегическом, и в детализированном плане правовое регулирование применения ВРТ составляет межотраслевой нормативно-правовой комплекс. Очевидно, что реакция законодателя по данной проблематике должна строиться на основе: 1) системного подхода, то есть максимально возможного выявления возникающих в связи с ВРТ вопросов и корректного взаимодействия между заинтересованными отраслями законодательства, прежде всего семейным и медицинским; 2) избе-

* Статья выполнена по гранту АААА-Ф16-116040750139-1.

жания «биологического вульгаризма» и беспредельного «либерализма», т. е. имеется в виду, что целью ВРТ является удовлетворение потребности в материнстве и отцовстве граждан, ограниченных в таковой возможности или вовсе лишенных ее по объективным показаниям; 3) корреляции интересов граждан в создании семьи с детьми и интересов будущего ребенка; 4) гармонизации частных и публичных начал. Содержание репродуктивных прав, пределы вмешательства в репродуктивную сферу человеческой жизни, формы и способы ВРТ – аспекты медицинского права. Оно, впрочем, пока не дает системных решений: вместо специального закона имеем лишь нормы ст. 55 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», далеко не исчерпывающие основных проблем. Вопросы о субъектах рассматриваемой группы отношений, их статусе, существенных условиях договоров о применении ВРТ, юридической судьбе родившегося ребенка являются комплексной задачей и медицинского, и гражданского, и семейного права.

В отношении последнего мы вынуждены фиксировать ту же неутешительную констатацию: семейно-правовые аспекты применения ВРТ заявлены в нормах ст. 51–52 вскользь, мимоходом – в связи с проблемой осуществления и оспаривания записи о материнстве и отцовстве. Полагаем, что и в СК РФ должен появиться отдельный блок – 2–3 статьи с регулятивными и охранительными предписаниями, проектирование которых позволит еще раз осмыслить варианты решений: во-первых, о субъектном составе правоотношений в сфере ВРТ.; во-вторых, о приоритете родительских прав и праве ребенка знать своих родителей; в-третьих, о семейно-правовых последствиях применения ВРТ в целом; наконец, в-четвертых, в рамках реализации идеи о введении в Общую часть СК РФ норм о существенных признаках и видах семейно-правовых договоров следует зафиксировать и видовое разнообразие договоров, связанных с ВРТ, – между супругами (при использовании донорского материала), о суррогатном материнстве. Именно в этом направлении и размышляют разработчики Концепции совершенствования семейного законодательства из профильного комитета Государственной Думы РФ [2, с. 16–33].

Очевидно, что наименее скрупулезным образом строятся отношения по поводу применения

ВРТ между супругами: в соответствии с правилами п. 4 ст. 51 и ч. 1 п. 1 ст. 52 СК РФ супруг дает согласие на использование метода искусственного оплодотворения или имплантацию эмбриона супруге и впоследствии лишается права оспаривать отцовство. Однако и в этом случае не исключаются острые конфликтные ситуации. Одна из них стала предметом разбирательства ЕСПЧ. Граждане Великобритании супруги Эванс, в связи с операцией по удалению у жены яичников, обратились в клинику для проведения цикла искусственного оплодотворения. В результате были получены шесть зародышей и помещены на хранение. После операции Эванс разъяснили, что имплантация зародышей в матку будет возможна только через два года. До истечения указанного срока семейные отношения Эванс прекратились и бывший супруг отозвал свое согласие на использование зародыша или продолжение его хранения. Бывшая супруга обратилась в суд с требованием обязать его дать соответствующее согласие, полагая, что находится под защитой нормы ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Интересы сторон были полностью несовместимы: разрешение на использование эмбрионов означало бы принуждение к отцовству, а поддержка ответчика лишала истицу возможности стать генетической матерью. ЕСПЧ пришел к выводу, что указанному праву не должно придаваться большее значение, нежели праву бывшего супруга на уважение его решения. Причем решение не было единогласным: четыре члена Суда высказали особое мнение в пользу истицы, усомнившись в добросовестности ответчика: если бы им не были даны предварительные положительные заверения по вопросу, истица прибегла бы к другим способам произвести на свет генетически связанного с ней ребенка. Решения английских судов по данному делу, отмечает Е. Е. Богданова, основывались на необходимости обеспечения правовой стабильности, однако наряду с нею в расчет необходимо принимать соображения целесообразности и справедливости, где последняя имеет наивысшую ценность. Очевидно, продолжает автор, ответчик поступил эгоистично, а суды поддержали его позицию, руководствуясь формальными соображениями. В этой связи также очевидно, что отношения с семейным элементом, включая аспекты применения ВРТ, должны регулироваться преимущественно

ситуационными нормами, предполагающими судебное усмотрение для вынесения справедливого вердикта; императивными же нормами следует вооружаться для обеспечения обоснованных, в том числе с этической точки зрения, общественных (публичных) интересов.

Е. Е. Богданова полагает, что при конфликте лично-правовых интересов подобного рода целесообразно ставить вопрос о компенсации морального вреда страдающей стороне [3, с. 79–85]. Возможно, это и так. Однако в конфликтной ситуации Эванс подобная компенсация совершенно не решает проблемы, хотя ее угроза, возможно, и способствовала бы изменению позиции ответчика, так как, вероятно, именно неблагоприятные имущественные последствия (в том числе будущие алиментные обязательства) явились одной из причин его отрицательной позиции. Переноса проблему на российскую почву, считаем, что в рамках действующего законодательства можно было бы применить аналогию с анонимным донором, то есть предложить сторонам заключить соглашение об использовании бывшей супругой полученных эмбрионов без юридической привязки к бывшему супругу. В последующем же для подобных случаев необходимо предусмотреть варианты семейно-правового регулирования, способные защитить интересы добросовестной стороны, не впадая, однако, в противоречие с идеей свободы отзыва согласия на применение ВРТ.

Между указанными семейным и медицинским законами относительно суррогатного материнства проявилась достаточно очевидная коллизия: правило ч. 3 ст. 55 ФЗ 2011 г., исключая из числа «заказчиков» в рамках данной программы мужчину (в качестве индивидуального лица), допускает к ВРТ супругов, «одинокую женщину» и пары, не состоящие в браке, по смыслу же правил ч. 4 ст. 51 и ч. 3 ст. 52 СК РФ рамки «заказа» иные – напрямую они ограничены браком, а косвенно предусматривают и фигуру «женщины, не состоящей в браке». И дело не только в несоблюдении правила законодательной технологии о приведении предшествующих норм другого закона в соответствие с новым, специализированным. СК РФ находится в принципиальной (хотя и спорной) позиции непризнания фактических брачных отношений, о чем мы уже писали. Он также не содержит дефиниции семьи и ее возможных форм [4, с. 77]. В отличие от российского решения, например,

норма ч. 4 ст. 3 СК Украины толкует данный институт весьма широко, распространяя его далеко за пределы зарегистрированного супружества. Кроме того, несмотря на указание правила ч. 2 ст. 21 этого же кодекса о возникновении статуса супругов только в последнем случае, нормы ст. 74 СК Украины признают за фактическими супругами право на общую совместную собственность. При таком подходе положения ст. 55 ФЗ 2011 г. были бы ясны и уместны, однако дождемся ли мы его в СК РФ?... Вопрос о фактическом браке, как мы неоднократно отмечали в своих работах [5, с. 130–157], активно дискутируется более 30 лет, а ставится с различным успехом с 1925 г. (еще в связи с обсуждением проекта кодекса 1926 г.).

Что касается ограничений права мужчины на использование ВРТ, то мы оказались в ситуации противоречивого толкования положений ст. 55 ФЗ 2011 г. Так, некоторые авторы полагают, что данным законом разрешено пользоваться методом суррогатного материнства и мужчинам, не состоящим в браке, при наличии медицинских показаний [6, с. 23–24]. Между тем, если норма ч. 3 ст. 55 сформулирована весьма витиевато и допускает двусмысленное прочтение («мужчина и женщина при наличии обоюдного информированного согласия... Одинокая женщина...»), то норма ч. 9 ст. 55, посвященная указанному специфическому методу ВРТ, ясно заявляет о праве участвовать в программе суррогатного материнства через соответствующий договор потенциальных родителей, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо «одинокой женщине». При этом суррогатная мать не может быть одновременно донором яйцеклетки (ч. 10 ст. 55). Как видим, «киркоровский» вариант не просматривается – недаром «звездный» заказчик воспользовался зарубежными услугами. О. А. Хазова замечает: в процессе работы над проектом Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан (еще 1993г.) рассматриваемый вопрос о праве мужчины (наравне с женщинами) даже не обсуждался, соображения о гендерной симметрии в расчет не принимались, притом что «автоматический» взгляд на проблему «через призму женщины» являлся неверным изначально [7, с. 201–203].

Однако даже если предположить, что подобное гендерное ограничение не вполне справедливо и, следовательно, не вполне оправдано и на этом

основании будет снято, останется гораздо более существенный ограничитель (медицинские показания), который является обязательным условием ВРТ, в том числе суррогатного материнства. Впрочем, и этот критерий некоторыми авторами подвергается сомнению. Так, например, Е. С. Митрякова не исключает возможности расширения субъектного состава данной программы за счет граждан, неготовых к деторождению и по иным причинам, – на основе договора о возмездном оказании услуг [8, с. 8–11]. Это, кстати, находится в русле подходов к проблеме со стороны американского законодательства, практика применения которого допускает, например, заключение договора о вынашивании ребенка по мотиву нежелания женщины-заказчицы делать перерыв в карьере [9, с. 21–22]. О. А. Хазова также не исключает в перспективе расширительного толкования понятия «медицинские показания», вплоть до выхода за пределы его объема – с учетом психологической компоненты, «нетрадиционной» сексуальной ориентации, отсутствия полового партнера и т. п. обстоятельств – лишь бы законодатель сформулировал свою позицию более определенно [7, с. 203].

До ФЗ 2011 г. игнорировалась позиция мужа суррогатной матери. В ситуации, когда последняя принимала решение оставить ребенка себе, вынужденно действовала презумпция отцовства ребенка, рожденного в браке, с последующим правом оспаривания записи. «Казус презумпции» в настоящее время снят, поскольку норма ч. 10, ст. 55 предусматривает обязательное письменное согласие мужа на участие жены в качестве суррогатной матери.

Актуальным и различным образом решаемым остается вопрос о субъекте приоритета родительских прав. Следует ли различать правовые последствия в зависимости от вида суррогатного материнства: наличия или отсутствия генетического родства между суррогатной матерью и ребенком или «заказчиками» и ребенком? Так, из шести видов рассматриваемой программы в четырех суррогатная мать выступает исключительно в качестве «инкубатора», а один вариант предполагает использование генетического материала супругов (гестационное суррогатное материнство). Российский законодатель, судя по всему, поддерживает именно его: это следует из определения суррогатного материнства, данного в ч. 9 ст. 55 ФЗ 2011 г. Однако, несмотря на нали-

чие оснований для родительства у супругов, родительские права предоставляются женщине, выносившей ребенка. Такая позиция не является универсальной или доминирующей в зарубежной юриспруденции, но пока признается единственно допустимой у нас. Она поддерживается рядом известных ученых, но равным образом и оспаривается – в основном теми авторами, которые специализируются в данной области исследований. С одной стороны, организм ребенка, включая его иммунную и гормональную системы, формируется в питательной среде женщины, его вынашивающей, и у нее возникает естественное чувство материнства (недаром общение с новорожденным и его грудное вскармливание роженицей медиками не практикуется и договором, как правило, не предусматривается). С другой стороны, целью программы суррогатного материнства является преодоление проблемы бесплодия – отказ суррогатной матери передать ребенка генетическим родителям также может быть для последних драматичным. Иначе говоря, как и во многих других ситуациях с семейным элементом, надежного рецепта нет – законодателю приходится делать выбор из двух относительно «одинаковых охапок сена», но при этом постараться не стать «буридановым ослом». Возможно ли это?...

О. А. Хазова подчеркивает: «При разработке соответствующих положений СК ставилась цель последовать лучшим правовым решениям, существующим в этом отношении в зарубежных странах, и тем рекомендациям, которые были сделаны в свое время экспертной группой Совета Европы. ... Предоставленное суррогатной матери право оставить ребенка у себя – один из немногих правовых механизмов, который позволяет в определенной степени избежать злоупотреблений, связанных с использованием этого метода» [7, с. 210].

Однако, кроме того, что отказ суррогатной матери передать ребенка «нареченным» родителям является для них тяжким психологическим ударом, подобное правило провоцирует шантаж недобросовестной женщины. Так что, как всегда, идеального варианта нет. Считаем, что «пирамиду», может быть, и следует перевернуть: поскольку на данном этапе основанием суррогатного материнства является юридически признанное желание бесплодной пары (или незамужней женщины) иметь своего ребенка – за ними (ею) и должно быть закреплено преимущественное

право на ребенка. Этот приоритет этически столь же оправдан, как и действующий вариант. Одновременно можно было бы предоставить суду право в исключительных случаях принимать решение об оставлении ребенка у суррогатной матери (отказ от ребенка «заказчиков», возникшее после родов бесплодие суррогатной матери, смерть ее ребенка и т. п.). В США, кстати, имеются судебные прецеденты о частичной защите интересов суррогатной матери при сохранении общей тенденции обязательства по передаче ребенка суррогатной паре, в частности ее права на общение с ребенком.

До недавнего времени российский закон «затейливо» обходил вопрос о юридической природе отношений между суррогатной матерью и супругами. «Заговор молчания» распространялся и на характер этих отношений. Видимо, предполагались как возмездность, так и безвозмездность. Действительно, ребенок может вынашиваться близкой родственницей – и тогда прямая плата за «услугу» может не осуществляться. А какие же резоны подвигнут стороннюю женщину вынашивать генетически чуждый ей плод с последующей передачей другим лицам? Полагаем, только экстраординарные. Следовательно, в типичных случаях речь идет о возмездных соглашениях, в том числе нередко «теневых» характера, с привлечением или без привлечения посредников. В настоящее время Основы 2011 г. (ст. 55) рассматривают отношения в сфере суррогатного материнства в качестве договорных, а СК РФ, как мы уже отмечали, в гармонию с Основами не приведен.

Исследуемые отношения сопровождают два, а возможно, и три договора: первый – между суррогатной матерью и супругами-«заказчиками», второй – между супругами и медицинским учреждением, третий – между последним и суррогатной матерью. Первый тяготеет к семейно-правовой природе. Второй и третий договоры могут быть объединены в один, многосторонний, под эгидой гражданско-правового договора об оказании медицинских услуг. В нем должны быть предусмотрены положения о генетическом материале, консультировании суррогатной матери о сущности и последствиях операции (после чего немало претенденток, как показывает практика, отказываются от участия в программе), правах супругов-«заказчиков» на информацию о

ходе реализации программы, определенном контроле по отдельным вопросам, о последствиях неуспешного результата, вынашивании «двойни» («тройни») вместо одного ребенка, рождении больного ребенка, о возмещении стоимости медицинских услуг в зависимости от их ассортимента, сложности, комфортности, о гонораре медицинского учреждения, об ответственности последнего перед суррогатной матерью в случае нанесения ущерба (виновного и невиновного) ее здоровью.

В первом договоре стороны определяются с возмездностью услуг, взаимным информированием по всем вопросам программы суррогатного материнства: об условиях жизнеобеспечения женщины-«исполнительницы», ее обязанностях по соблюдению всех рекомендаций врачей, о возмещении вреда здоровью, иных неблагоприятных последствиях программы, обязательствах суррогатной матери, связанных с ее отказом передать ребенка, сроках передачи ребенка (например, во время нахождения в медицинском учреждении в послеродовой период), порядке и сроках выплаты вознаграждения, последствиях отказа стороны (сторон) от исполнения договора. При этом часть вопросов неизбежно пересекается с теми, которые предусмотрены предыдущим договором (договорами). Не исключаются также договоренности о праве суррогатной матери на свидания с ребенком, праве ребенка в этой связи знать об обстоятельствах своего рождения (впрочем, для нареченных родителей это вряд ли представляет интерес). Вероятно, не исключен и «сверхкомплексный» тип договора, объединяющий всех перечисленных субъектов и все существенные компоненты программы, построенный в русле начал и конкретных композиций трех отраслей законодательства – медицинского, гражданского и семейного. «Фантизийный» ряд элементов договора о суррогатном материнстве может быть продолжен... Однако, как справедливо замечает А. Т. Боннер, анализируя в одном из своих трудов соответствующую договорную и судебную практику, было бы гораздо лучше, если бы варианты и детали были основаны на законе [10, с. 170–171].

В последнее время вновь актуализировалась дискуссия относительно этико-правовой допустимости института суррогатного материнства. Так, Е. Б. Мизулина, до недавнего времени – председатель Комитета Государственной Думы РФ по вопросам семьи, женщин и детей

(ныне – сенатор) с 2013 г. активно выступает за запрет этой программы, приравнивая суррогатное материнство, в его возмездной, сугубо договорной форме, к торговле людьми. Резоны для развертывания дискуссии и даже для радикальных запретительных мер есть. Во-первых, как отмечает Г. Б. Романовский, мировая практика показывает, что основанием обращения к программе далеко не всегда является объективное бесплодие: некоторые пары испытывают трудности лишь в зачатии (которые могут быть преодолены с помощью более традиционных ВРТ); клиентами (например, в США) нередко являются супруги, которые ранее сознательно подверглись операции по медицинской стерилизации в контрацептивных целях или уже имеющие детей [1, с. 182–183]. Во-вторых, за российскими рубежами актуальной становится уже не проблема бесплодия как основание для этического и юридического оправдания суррогатного материнства, а проблема предоставления соответствующего права однополым парам. В-третьих, весьма важными причинами для сомнений являются факты, свидетельствующие о неблагоприятных последствиях для здоровья суррогатной матери, включая риски многоплодной беременности, вынужденного аборта, применения различных медицинских препаратов и др., а также многократные, по сравнению с классическим способом, риски для здоровья будущего ребенка [1, с. 193, 199–201, 212–213]. В-четвертых, при многоплодной беременности (возникающей не менее чем в 60 % случаев) «необходимо вспомнить тезис о том, что для зарождения жизни (цель суррогатного материнства) приходится совершать действия, имеющие противоположную направленность» [1, с. 193]. В-пятых, практике известны случаи мошенничества (например, суррогатная мать, чтобы стопроцентно получить гонорар, решила «для верности» забеременеть естественным путем), отказа «заказчиков» от ребенка и пр. [10, с. 171–172]. Следует также иметь в виду, что во многих странах эти программы запрещены или ограничены условием о безвозмездном характере отношений. Все это, безусловно, усиливает позицию

противников института суррогатного материнства. В то же время его разумные сторонники, в принципе оправдывающие применение различных ВРТ для решения проблем бесплодия, понимают: «ящик Пандоры» уже открыт, однако необходимо, в интересах семьи и общества, все же продумывать и внедрять хотя бы относительно надежные заградительные механизмы против очевидных злоупотреблений этической, психологической и биологической природы человека.

Ссылки

1. Биомедицинское право в России и за рубежом / Г. Б. Романовский, Н. Н. Тарусина, А. А. Мохов [и др.]. М.: Проспект, 2015. 368 с.
2. Тарусина Н. Н. Российское семейное законодательство: «Куда бежишь, тропинка милая ?...» // Социально-юридическая тетрадь. 2015. № 5. С. 16–33.
3. Богданова Е. Е. Защита интересов граждан при конфликте их неимущественных прав // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 79–85.
4. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. 288 с.
5. Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. 224 с.
6. Афанасьева И. В., Пароконная К. Д. Правовые проблемы суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2012. № 5. С. 23–24.
7. Хазова О. А. Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России // Современное медицинское право в России и за рубежом. М., 2003. С. 201–212.
8. Митрякова Е. С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 24 с.
9. Борисова Т. Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации. Проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2015. 144 с.
10. Боннер А. Т. Искусственное оплодотворение: достижения и просчеты современной медицины и человеческие драмы // Закон. 2015. № 9. С. 168–187.