

**Н. С. Анцух**

**ТРАНСГРАНИЧНЫЕ ПРОБЛЕМЫ  
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ  
СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА**

Наталья Анцух

**Трансграничные проблемы  
правового регулирования  
суррогатного материнства**

«Четыре четверти»

2015

УДК 347.63+347.454  
ББК 67.404.4

**Анцух Н. С.**

Трансграничные проблемы правового регулирования суррогатного материнства / Н. С. Анцух — «Четыре четверти», 2015

Монография посвящена выявлению и решению трансграничных проблем теоретического и практического характера в области правового регулирования суррогатного материнства. Законодательство и международные правовые акты использованы по состоянию на 15 марта 2015 г. Предназначена для преподавателей, аспирантов, магистрантов, студентов юридических и медицинских специальностей, научных и практических работников, занимающихся проблемами суррогатного материнства, брачно-семейных отношений и международного частного права.

УДК 347.63+347.454  
ББК 67.404.4

© Анцух Н. С., 2015  
© Четыре четверти, 2015

## Содержание

Перечень условных обозначений	6
Введение	7
Глава 1	10
1.1. Конституционные основы суррогатного материнства и их влияние на применение оговорки о публичном порядке	10
1.2. Понятие и виды суррогатного материнства	16
Глава 2	23
2.1. Регламентация отношений суррогатного материнства на международном и национальном уровне	23
Конец ознакомительного фрагмента.	27

**Наталья Анцух**  
**Трансграничные проблемы**  
**правового регулирования**  
**суррогатного материнства**

© Анцух Н. С., 2015

© Оформление. ОДО «Издательство “Четыре четверти”», 2015

\* \* \*

## Перечень условных обозначений

ГК – Гражданский кодекс

ЕС – Европейский союз

иностранец – гражданин иностранного государства или лицо без гражданства

КоБС – Кодекс Республики Беларусь о браке и семье

Конвенция о правах человека и биомедицине – Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине (4 апреля 1997 г.)

Принципы 1989 г. – Принципы 1989 г., разработанные Специальным экспертным комитетом Совета Европы по биоэтике и искусственным методам деторождения

СЕ – Совет Европы

СК – Семейный кодекс

СНГ – Содружество Независимых Государств

США – Соединенные Штаты Америки

## Введение

Вторая половина XX века ознаменована стремительным развитием генной инженерии и появлением новых технологий в области биомедицины, позволяющих преодолеть бесплодие. Суррогатное материнство, будучи одним из видов вспомогательных репродуктивных технологий, предоставляет возможность лицам, не способным к естественному рождению детей, стать генетическими родителями.

В мировой практике отношение к суррогатному материнству неоднозначно: правовые системы одних государств его законодательно разрешают, других – запрещают, третьих – не содержат правовой регламентации. Отсутствие единого подхода к данной проблематике порождает ситуацию, когда граждане одного государства пересекают границу иностранного государства с целью осуществления своих репродуктивных прав посредством реализации указанного вида вспомогательных репродуктивных технологий, вследствие чего появляются правоотношения, осложненные иностранным элементом [14, с. 21].

В связи с этим остаются открытыми многие вопросы, возникающие при рассмотрении отношений суррогатного материнства в международном частном праве, что обуславливает актуальность настоящей монографии. Какова специфика отношений суррогатного материнства, осложненных иностранным элементом? Что представляет собой правовая природа договора суррогатного материнства с участием иностранцев? Каким правом должны регулироваться отношения в сфере суррогатного материнства? Возможно ли применение в данном случае автономии воли сторон, и подлежит ли она ограничению? Какова роль гибких формул прикрепления в правоотношениях суррогатного материнства? Являются ли нормы, которые составляют законодательную базу, регулиующую суррогатное материнство, сверхимперативными, и входят ли они в публичный порядок?

Разрешение поставленных вопросов позволит защитить слабую сторону правоотношения – ребенка, рожденного суррогатной матерью. Фактические родители-иностранцы, у которых он находится на иждивении и воспитании, могут не признаваться таковыми юридически в государстве их гражданства, где данный вид вспомогательных репродуктивных технологий запрещен. Как следствие, ребенок, который *de facto* имеет родителей, *de iure* их лишен.

Увеличение за последние годы зарубежной правоприменительной практики по вопросам, связанным с осуществлением суррогатного материнства с участием иностранного элемента (в частности, *case Re A & B (Parental Order Domicile)* (2013) [186], *case Re X (A Child) (Surrogacy: Time limit)* (2014) [188], *case Mennesson v. France* (2014) [153]; *case R and S v T (Surrogacy: Service, Consent and Payments)* (2015) [184], *case AB v CD (Surrogacy – Time Limit and Consent)* (2015) [144]), свидетельствует не только о возрастающей осведомленности населения различных государств о рассматриваемом виде вспомогательных репродуктивных технологий как способе реализации своих репродуктивных прав, но и о проблемах, возникающих вследствие применения его на практике. Установление происхождения ребенка, рожденного суррогатной матерью; приобретение им гражданства (подданства); выбор применимого права; выявление сверхимперативных норм, регулирующих правоотношения суррогатного материнства; возможность применения оговорки о публичном порядке в данных отношениях, подлежащих регулированию иностранным правом, – отнюдь не полный перечень вопросов, который предстоит разрешить судье. В большинстве случаев дела о суррогатном материнстве с участием иностранного элемента рассматриваются несколько лет и проходят, как правило, все судебные инстанции, существующие в государстве рассмотрения спора. В судебных решениях значительная роль отводится механизмам ограничения действия коллизионного метода, которые ставят под сомнение легитимность правоотношений

суррогатного материнства, несмотря на то, что ребенок уже рожден. Исходя из этого, применение оговорки о публичном порядке и сверхимперативных норм должно быть крайне осторожным и обоснованным. В первом случае следует учитывать, какие правовые принципы входят в публичный порядок *lex fori*, во втором – критерий защиты слабой стороны правоотношения, т. е. рожденного суррогатной матерью ребенка.

Одинаковое толкование терминов лежит в основе правильного и однозначного понимания того или иного явления, что позитивно сказывается на правоприменительной практике с участием иностранного элемента. Ввиду отсутствия единого понятийно-категориального аппарата в сфере суррогатного материнства в государствах, где данный вид вспомогательных репродуктивных технологий получил законодательное закрепление, в монографии будут рассмотрены базовые материально-правовые вопросы в области суррогатного материнства в основном на примере национального законодательства государств – участников СНГ, которое объединено единой правовой традицией.

Правоотношения суррогатного материнства тесно связаны с демографической проблемой, существующей во многих странах мира. Одна из причин снижения численности населения – бесплодие. В главе 5 Указа Президента Республики Беларусь от 11 августа 2011 г. № 357 «Об утверждении Национальной программы демографической безопасности Республики Беларусь на 2011–2015 годы» [87] указано, что каждая пятая семейная пара нуждается в оказании медицинской помощи по причине бесплодия. Достижения в области биомедицины, в том числе суррогатное материнство, расширяют возможности преодоления данного недуга. Бесспорно, суррогатное материнство не сможет полностью решить демографическую проблему в Республике Беларусь, тем не менее оно способно помочь бесплодным парам «родить» ребенка, и, как отмечает американская ученая Е. Рагоне (Helena Ragoné), перевоплотить пару в семью [185, р. 110].

20 июля 2006 г. в КоБС [40] была введена статья 53 «Суррогатное материнство», которая стала новеллой для отечественного права. Белорусский законодатель сформулировал в ней понятие суррогатного материнства, суррогатной и генетической матери; обозначил общие требования к договору суррогатного материнства; определил правила установления материнства и отцовства при реализации рассматриваемого вида ВРТ. 14 сентября 2006 г. было принято постановление Министерства здравоохранения Республики Беларусь № 71 «Об утверждении перечня медицинских показаний и противопоказаний к суррогатному материнству, порядок и объем медицинского обследования суррогатной матери, генетической матери и их супругов» [88], а 4 ноября 2006 г. постановление Совета Министров Республики Беларусь № 1470 «О существенных условиях договора суррогатного материнства» [81]. Вышеуказанные нормативные правовые акты позволили начать реализацию суррогатного материнства в Республике Беларусь.

7 января 2012 г. был принят новаторский Закон Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях» [66], направленный на определение правовых и организационных основ применения вспомогательных репродуктивных технологий и обеспечение прав граждан при их применении. Одновременно Законом Республики Беларусь от 7 января 2012 г. № 342-З «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Беларусь о браке и семье» [64] была исключена статья 53 КоБС, а постановление Совета Министров Республики Беларусь от 4 ноября 2006 г. № 1470 «О существенных условиях договора суррогатного материнства» признано утратившим силу постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 17 июля 2012 г. № 659 «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Совета Министров Республики Беларусь и признании утратившим силу постановления Совета Министров Республики Беларусь от 4 ноября 2006 г. № 1470» [65].

На сегодняшний день проблематика, связанная с правоотношениями суррогатного материнства, стала привлекать все большее внимание ученых-правоведов, о чем свидетельствует появление в последние годы широкого круга источников по данному вопросу.

Указанной тематике уделяется внимание в трудах отечественных ученых: Г. М. Ивановой [33], М. П. Короткевич [48], А. В. Лебедько и О. А. Пересады [95], Е. В. Перепелицы [94], Т. Н. Пунько [104], П. В. Рагойши [106; 107], З. А. Севковской [121], Т. М. Селедвской [122]. В российской юридической литературе вопросы, связанные с различными аспектами суррогатного материнства, поднимаются в работах Л. К. Айвар [2], М. В. Антокольской [3], Т. Е. Борисовой [16; 17; 18], Е. В. Григорович [25], Ю. А. Дроновой [27], Н. Ф. Звенигородской [30], Э. А. Иваевой [31; 32], К. А. Кириченко [36; 37], А. Ю. Козловой [101], А. В. Майфат [54], Е. Г. Малиновской [55], Е. С. Митряковой [58], И. А. Михайловой [59; 60], Д. В. Огородова и М. Ю. Чельшева [91], Т. Н. Палькиной [92], Е. В. Перевозчиковой [93], А. А. Пестриковой [96; 97], Е. И. Померанцевой [101], Л. М. Пчелинцевой [105], Д. К. Рашидханова [108], Г. Б. Романовского [110; 111], Н. Е. Русановой [112], К. Н. Свитнева [115; 116; 117; 118; 119; 120], Ю. Д. Сергеева [103], О. М. Супряги [101], О. А. Хазовой [139], О. Ю. Худяковой [140], Л. А. Хурциловой [141]. Доктрина дальнего зарубежья также содержит теоретическую базу в области правоотношений суррогатного материнства.

Она представлена исследованиями, в первую очередь, американских (Г. У. Джонс (Howard W. Jones) [174], Р. Ландау (Ruth Landau) [149], Ф. Маккалум (Fiona MacCalum) [197], С. Маркенс (Susan Markens) [178], Е. Рагоне [185], М. Филд (Martha A. Field) [167], Т. Пинкертон (Thomas M. Pinkerton) [181], Р. Ф. Стоппоу (Richard F. Storrow) [196], А. Р. Чаро (Alta R. Charo) [154]) и английских (Э. Блит (Eric Blyth) [149], Д. Богечо (Dina Bogecho) [150], С. Голомбок (Susan Golombok) и В. Джадва (Vasanti Jadv) [197], Э. Джексон (E. Jackson) [175], Р. Кемперса (Roger Kempers) и Ж. Коэна (Jean Cohen) [174], Э. Лисетт (Emma Lycett) и Ф. Маккалум (Fiona MacCalum) [197], С. Фабре [166], М. Хэнкок [169], Б. Хейл (Brenda Hale) [200]) ученых.

Несмотря на значительный круг источников, посвященных разрешению правовых проблем в области суррогатного материнства, до настоящего времени коллизионное регулирование данных правоотношений нашло отражение в трудах лишь нескольких зарубежных авторов Э. О'Хара (Erin A. O'Hara, Великобритания) и Л. Рибштайна (Larry E. Ribstein, США) [180]. В отечественной доктрине на современном этапе разработка данной проблематики является малоизученной, что повышает значимость настоящей монографии. Общей теоретической основой исследования коллизионного регулирования суррогатного материнства, в том числе механизмов его ограничения, стали работы белорусских правоведов Е. В. Бабкиной [6], Е. Б. Леанович [52], Е. А. Салей [114], О. Н. Толочко [132], российских ученых Л. П. Ануфриевой [4], И. Ю. Гизетдиновой [22], А. Н. Жильцова [28], В. А. Канашевского [35], С. В. Крохалева [49], Н. И. Марышевой [56], И. Г. Медведева [57], А. В. Покровской [100], О. Н. Садикова [113], В. Л. Толстых [133], Г. Ю. Федосеевой [136; 137], а также представителей зарубежной доктрины К. Андерсона (Kent Anderson, Австралия) и Я. Окуда (Yasuhiro Okuda, Япония) [202], Э. О'Хара, Л. Рибштайна.

Нормативная и эмпирическая база монографии представлена законодательной и судебной практикой в области суррогатного материнства. В работе используется *национальное законодательство* стран СНГ и государств дальнего зарубежья, таких как Великобритания, Швейцария, Япония и др.; *международные документы*, принятые в рамках Всемирной медицинской ассоциации, Евразийского экономического сообщества (далее – ЕврАзЭС), ЕС, Организации Объединенных наций, СЕ, СНГ, Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (далее – ЮНЕСКО); *судебная практика* Великобритании, Индии, России, Франции, некоторых штатов США (Калифорния, Массачусетс, Огайо) и Японии.

# Глава 1

## Суррогатное материнство как способ реализации репродуктивных прав личности

### 1.1. Конституционные основы суррогатного материнства и их влияние на применение оговорки о публичном порядке

Современная юридическая доктрина весьма неоднозначно относится к суррогатному материнству. Г. Б. Романовский, исследуя право на реализацию рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий, приходит к выводу о необходимости введения запрета на его использование [110, с. 258]. Э. А. Иваева, анализируя правовые и нравственные аспекты суррогатного материнства, отмечает, что «более гуманным будет потратить деньги не на дорогостоящие операции, а на помощь уже рожденному малышу» [32, с. 26]. В то же время ряд ученых-правоведов, среди которых К. Н. Свитнев, О. А. Хазова, А. А. Пестрикова, положительно характеризуют практику реализации суррогатного материнства. Так, К. Н. Свитнев высказал мнение, что «с развитием вспомогательных репродуктивных технологий в мире появилось великое множество лиц (к сожалению, не имеющих в большинстве случаев никакого отношения к вспомогательным репродуктивным технологиям и вообще к проблеме фертильности), активно рассуждающих и навязывающих обществу свое мнение об аморальности и недопустимости применения тех или иных репродуктивных методик. Появилась целая наука биоэтика – изучающая не объективную реальность, факты и возможности, как это подобает науке, а людское (порой крайне субъективное) отношение к этой реальности и к этим возможностям» [117, с. 823].

В праве различных государств отношение к суррогатному материнству также весьма противоречиво. Рассматриваемый вид вспомогательных репродуктивных технологий законодательно разрешен в таких странах, как Азербайджан, Армения, Беларусь, Грузия, Казахстан, Кыргызстан, Россия, Узбекистан, Украина, Канада, Гонконг, Израиль, Бельгия, Великобритания, Греция, Венгрия, Дания, Ирландия, Кипр, Латвия, Литва, Люксембург, Нидерланды, Польша, Румыния, Словакия, Словения, Чехия, Эстония, Новая Зеландия, Австралия, Южно-Африканская Республика, Таиланд, США [7, с. 101–102; 169; 174, s. 51; 143, p. 15–16]. Суррогатное материнство применяется на практике в Бразилии, Индии, Колумбии, Эквадоре, Финляндии и Перу. Оно запрещено в Австрии, Болгарии, Германии, Италии, Норвегии, Мальте, Испании, Португалии, Франции, Швеции, Швейцарии, Тайване, Тунисе, Турции, Вьетнаме, Аргентине, Хорватии, Египте, Японии, Филиппинах, Сингапуре; не применяется в Марокко, Иордании, Малайзии, Португалии, Уругвае, Венесуэле [174, s. 51; 143, p. 15–16].

В Конвенции о правах человека и биомедицине (Овьедо, 4 апреля 1997 г.) [159] закреплено, что интересы и благо отдельного человека должны превалировать над интересами общества и науки (статья 2). Ввиду столь различного отношения общества и законодательства зарубежных государств к суррогатному материнству данную статью можно трактовать как наделение лиц, не обладающих естественной способностью к рождению детей, правом на реализацию своих репродуктивных прав путем применения указанного вида вспомогательных репродуктивных технологий. На практике же лица, проживающие на территории государств, где запрещено суррогатное материнство, выезжают за границу (на временной

или постоянной основе) с целью участия в программе по преодолению бесплодия. Очевидно, что запрет в законе определенного государства столь дискуссионного явления во «благо» интересов общества не может стать препятствием в реализации права на материнство и отцовство.

Стремление государств к развитию интеграционных процессов способствует более легкому перемещению граждан из одного государства в другое. Учитывая, что гармонизация законодательства, особенно в брачно-семейной сфере, происходит крайне медленно, а право зарубежных государств регламентирует по-разному один и тот же вопрос (иллюстрацией служат страны ЕС: в Великобритании суррогатное материнство разрешено, в Германии – запрещено), граждане могут осуществить свои интересы (в данном случае преодоление бесплодия) за границей. В результате возникают отношения суррогатного материнства, регулируемые международным частным правом.

Присутствие иностранного элемента, который может проявляться в субъектном составе (фактические родители и / или суррогатная мать), месте юридического факта (место заключения договора, место рождения ребенка и т. д.) [12, с. 111], порождает ряд проблем. Одна из них связана с непризнанием отношений суррогатного материнства в государстве гражданства или постоянного места жительства фактических родителей ребенка, рожденного суррогатной матерью, вследствие применения механизмов ограничения действия коллизионного метода, в частности оговорки о публичном порядке. Норма иностранного права, позволяющая суррогатное материнство, не применяется по причине ее противоречия публичному порядку государства, где испрашивается применение или исполнение иностранного судебного решения. Выявление конституционных основ рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий позволит определить принципы, в первую очередь, конституционного права, которые входят в содержание публичного порядка, и, как следствие, сделать вывод о возможности или невозможности применения в данной ситуации оговорки о публичном порядке.

С целью определения конституционных основ суррогатного материнства представляется целесообразным рассмотреть право на его реализацию через призму осуществления репродуктивных прав личности, поскольку рассматриваемый вид вспомогательных репродуктивных технологий является элементом комплексного понятия «репродуктивные права». Данный вывод сделан из анализа определений термина «репродуктивные права» в доктрине [93, с. 54; 108, с. 44; 117, с. 821] и правовых актах (пункт 7.3 Программы действий Международной конференции по народонаселению и развитию [102], пункт 95 Платформы действий, принятой на Четвертой всемирной конференции по положению женщин [98], статья 1 Закона Республики Беларусь «О демографической безопасности Республики Беларусь» [67], статья 4 Закона Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» [76], статья 1 Закона Кыргызской Республики «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их реализации» [79], статья 2 Закона Республики Молдова «О репродуктивном здоровье» [78], статья 2 Закона Республики Таджикистан «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах» [77]) [Приложение А].

В настоящее время существуют различные концепции о месте репродуктивных прав в системе прав человека. Е. В. Перевозчикова отмечает, что права, связанные с различными аспектами продолжения рода, – разновидность «личностных прав, которые являются подвидом личных прав человека, закрепленных в Конституции» [93, с. 57]. А. А. Абашидзе и А. М. Солнцев высказывают мнение о формировании нового поколения прав человека – соматических прав – отличных от известных трех поколений: личные и политические права; социально-экономические и социально-культурные права; коллективные права [1, с. 72]. Под соматическими правами понимают «признанную обществом и государством возможность определенного поведения, выражающуюся в полномочиях по распоряжению челове-

ком своим телом» [1, с. 70; 51, с. 44]. К ним относят, в том числе, и репродуктивные права [1, с. 71; 50, с. 43]. Как отмечает Д. Богечо, регламентация репродуктивных прав в международных документах свидетельствует о признании их мировым сообществом в качестве основных прав человека [150]. Мы разделяем точку зрения, согласно которой соматические права являются разновидностью личных прав человека [39, с. 426–427]. Исходя из этого, выделение соматических прав в отдельное поколение прав является, на наш взгляд, преждевременным. Таким образом, место рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий в системе прав человека можно отобразить посредством следующей схемы: суррогатное материнство – репродуктивные права – соматические права – личные права.

Право на личную жизнь, к сфере которой относится деторождение [19, с. 320], защищается государством (статья 28 Конституции Республики Беларусь [47]). М. Филд отмечает, что право на продолжение рода является «фундаментальным правом», которое охраняется конституцией [167, р. 47]. Схожую позицию разделяет С. Маркенс: «Суррогатное материнство является логическим продолжением репродуктивного права, а, следовательно, частью конституционного права на неприкосновенность личной жизни» [178, р. 95].

Важно осознавать, что суррогатное материнство является методом преодоления бесплодия, а не альтернативным способом рождения детей. Согласно статье 23 Конституции Республики Беларусь ограничение прав личности допускается только в строго определенных случаях, в том числе если это предусмотрено законом. Министерство здравоохранения Республики Беларусь в постановлении «Об утверждении перечня медицинских показаний и противопоказаний к суррогатному материнству, порядок и объем медицинского обследования суррогатной матери, генетической матери и их супругов» установило ряд показаний и противопоказаний к суррогатному материнству как для генетической и суррогатной матери, так и для их супругов. Единым для всех противопоказанием является наличие психических и поведенческих расстройств. Необходимо, чтобы все участники рассматриваемых правоотношений были психически здоровы, генетическая мать имела медицинские показания, а у суррогатной матери отсутствовали противопоказания к суррогатному материнству. Таким образом, участие в программе суррогатного материнства по социальным причинам представляется невозможным. Однако в правовой доктрине существует и иная точка зрения [116, с. 583; 117, с. 821; 149, р. 9].

Реализация рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий в Беларуси допускается только в том случае, если, *во-первых*, суррогатной матери имплантируется эмбрион, зачатый из яйцеклетки другой женщины (генетической матери или донора), а *во-вторых*, если вынашивание и рождение ребенка генетической матерью физиологически невозможны или связаны с риском для жизни генетической матери и (или) ребенка (статья 20 Закона Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях»). Очевидно, что воспользоваться правом на участие в программе суррогатного материнства может только женщина, у которой существуют проблемы с репродуктивным здоровьем.

Право на охрану здоровья гарантируется Конституцией Республики Беларусь (часть 1 статьи 45). Репродуктивное здоровье, будучи частью общего здоровья, занимает центральное место в развитии человека и касается в высшей степени ценных аспектов жизни [121, с. 64]. Если рассматривать право на охрану здоровья как право на медицинскую помощь и создание предпосылок для сохранения здоровья, то репродуктивные права представляют собой правомочия на получение специальной медицинской помощи в рассматриваемой области [110, с. 131].

В развитых странах уровень бесплодных супружеских пар составляет около 20 %, причем данный процент неуклонно увеличивается [117, с. 819]. В Беларуси, как уже отмечалось, каждая пятая семейная пара нуждается в оказании медицинской помощи по причине бес-

плодия, что свидетельствует о наличии проблем с репродуктивным здоровьем у значительной части населения.

В пункте 7.2 Программы действий Международной конференции по народонаселению и развитию закреплено понятие «охрана репродуктивного здоровья», под которым понимается сочетание *методов, способов и услуг, способствующих репродуктивному здоровью и благополучию за счет предупреждения и устранения проблем, связанных с репродуктивным здоровьем*. Суррогатное материнство – вид вспомогательных репродуктивных технологий, направленный на преодоление бесплодия. Таким образом, лица, участвующие в программе суррогатного материнства, реализуют свое право на охрану репродуктивного здоровья, а значит, и право на охрану здоровья, закрепленное в конституции.

Состояние репродуктивного здоровья влияет на возможность осуществления еще одного неотъемлемого права личности: права на материнство и отцовство. Несмотря на то, что данное право присуще всем от рождения, его реализация зависит от определенных условий. *Во#первых*, лица должны достигнуть репродуктивного возраста, а *во#вторых*, необходимо, чтобы репродуктивное здоровье женщины и мужчины позволило им иметь детей. Отметим, что рассматриваемое право не связано с достижением лицами гражданской дееспособности, но зависит от их *репродуктивной дееспособности* [107, с. 125]. Рождение ребенка суррогатной матерью позволяет лицам, не обладающим естественной способностью к рождению детей, реализовать свое право на материнство и отцовство, которое является естественным личным правом каждой женщины и каждого мужчины.

Конституция Республики Беларусь устанавливает, что брак, семья, материнство, отцовство и детство находятся под защитой государства (часть 1 статьи 32). Материнство и отцовство являются по существу прямым следствием осуществления гражданами своих репродуктивных прав [139]. Право мужчины и женщины вступать в брак, создавать семью прямо предусматривается частью 2 статьи 32 Конституции Республики Беларусь. Однако право на материнство, будучи несомненно конституционным [107, с. 122], так же, как и право на отцовство, не находит дальнейшего определения в Конституции Беларуси, но получает развитие в отраслевых актах законодательства. В решении Конституционного Суда Республики Беларусь от 28 декабря 2011 г. № Р-673/2011 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях» указывается, что данный Закон направлен на реализацию гражданами репродуктивных прав, являющихся гарантией конституционного права на материнство и отцовство. Женщине, не состоящей в браке, обеспечивается равное с женщинами, состоящими в браке, право на материнство, что свидетельствует о равенстве их перед законом независимо от семейного положения и согласуется с положениями статьи 22 и части 1 статьи 32 Конституции [80].

Интересным является вопрос о реализации суррогатной матерью репродуктивных прав при применении рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий. Г. Б. Романовский полагает, что репродуктивная свобода подразумевает возможность дать жизнь собственному ребенку, а «суррогатная мать, точнее ее организм, выступает как способ реализации репродуктивных прав совершенно иных субъектов» [111, с. 37]. Ю. А. Дронова высказывает схожее мнение и отмечает, что суррогатная мать «используется для удовлетворения репродуктивных запросов совершенно чуждых ей людей, даже если она с ними и находится в близкородственных отношениях» [27, с. 69]. Мы разделяем точку зрения О. А. Хазовой, согласно которой «запрет женщине выступать в роли суррогатной матери, если ее решение не связано с эксплуатацией и принуждением, может явиться вторжением в ее репродуктивную свободу и серьезным ограничением права женщины самостоятельно принимать решения, связанные с осуществлением ее репродуктивных прав» [139, с. 21]. Представляется, что суррогатная мать, так же как и фактическая (в терминологии действующего белорусского законодательства – генетическая) мать будущего ребенка в равной сте-

пени обладают правом свободно реализовывать свои репродуктивные права, имеющие, как было продемонстрировано выше, конституционную природу.

В Конституции Республики Беларусь нет прямой нормы, регламентирующей суррогатное материнство. Однако это не означает, что рассматриваемый вид вспомогательных репродуктивных технологий не имеет конституционных основ. Проведенное исследование позволяет отнести к таковым *право на личную жизнь* (к сфере которой относится деторождение); *право на охрану здоровья* (репродуктивное здоровье – часть общего здоровья); *право на материнство и отцовство* (в контексте права на защиту государством брака, семьи, материнства, отцовства и детства). Правовое регулирование суррогатного материнства осуществляется в отраслевых актах законодательства. Отметим, что в конституциях некоторых государств, например Бразилии и Индии, отсутствуют выявленные нами основы для реализации суррогатного материнства. Тем не менее в этих странах рассматриваемый вид Вспомогательных репродуктивных технологий успешно применяется на практике.

В большинстве государств нормы права, запрещающие реализацию суррогатного материнства, закреплены не в конституциях, а в иных законодательных актах (исключение – Швейцария, где суррогатное материнство запрещено в пункте 2 статьи 119 Конституции [135]). Процедура внесения изменений в закон, как правило, менее сложна и занимает меньше времени, чем процедура внесения изменений в конституцию, поэтому запрет на реализацию рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий именно в актах отраслевого законодательства следует расценивать как положительную практику. Во Франции, например, где суррогатное материнство запрещено, планируется внести изменения в Закон о биоэтике и, возможно, легализовать суррогатное материнство. Отправной точкой для принятия такого решения послужило рассматриваемое несколько лет в различных судебных инстанциях этого государства дело супругов Меннессон (Mennesson) о признании их во Франции родителями близнецов, рожденных на территории США суррогатной матерью – американской гражданкой.

В ряде государств в конституциях закреплены выведенные нами в ходе настоящего исследования конституционные основы суррогатного материнства, но при этом на уровне законодательных актов запрещено применение рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий. Например, в статье 31 Конституции Италии [46] содержится положение, в соответствии с которым Республика экономическими и другими мерами способствует созданию семьи и выполнению ее задач, уделяя особое внимание большим семьям. Республика покровительствует материнству, детям и молодежи, оказывая содействие необходимым институтам. В статье 32 Конституции этого государства установлено, что Республика охраняет здоровье как основное право личности и основной общественный интерес. В то же время суррогатное материнство в Италии запрещено согласно части 6 статьи 12 Закона от 19 февраля 2004 г. № 40 «Нормы медицинского содействия деторождению» [179]. На наш взгляд, положение указанного закона Италии противоречит нормам ее конституции, т. к. Итальянская Республика, запрещая суррогатное материнство, не дает гражданам возможность реализовать свои репродуктивные права. По данным К. Н. Свитнева, за три года количество итальянских пар, которые прибегли к экстракорпоральному оплодотворению за пределами Италии, выросло почти в четыре раза – с 1066 до 4173 (на основе данных опроса 27 клиник в Испании, Бельгии и США). Отметим, что данная процедура также является первым этапом реализации суррогатного материнства. Ежегодно из Германии, где рассматриваемый вид вспомогательных репродуктивных технологий запрещен, около 1 000 семей выезжают в иностранные государства (в основном США) для реализации своих репродуктивных прав [117, с. 824].

Таким образом, в вопросе законодательного регулирования суррогатного материнства в различных странах выявлена определенная закономерность, связанная с соотношением

разрешения или запрета на реализацию данного вида вспомогательных репродуктивных технологий с конституционными правами и зависящая от позитивного или негативного отношения к суррогатному материнству в праве зарубежных государств.

Применение к правоотношениям суррогатного материнства, осложненным иностранным элементом, оговорки о публичном порядке должно быть допустимо только в исключительных случаях, когда имеет место отсутствие конституционных основ для осуществления данного вида вспомогательных репродуктивных технологий. Однако в такой ситуации должны существовать механизмы защиты интересов уже родившегося ребенка. Например, возможность международного усыновления, когда ребенок, находящийся на территории одного государства (где была осуществлена программа суррогатного материнства), подлежит усыновлению его фактическими родителями – иностранными гражданами.

## 1.2. Понятие и виды суррогатного материнства

В доктрине и праве зарубежных государств отсутствует единообразное законодательное закрепление понятия «суррогатное материнство» и его видов. Наиболее остро данная проблема проявляется при осложнении правоотношений иностранным элементом.

Исторически первым возникло так называемое традиционное суррогатное материнство, которое подразумевает наличие генетической связи между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком. Представляется, квалификация такого рода отношений в качестве суррогатного материнства может осуществляться только условно. В данной ситуации отсутствует основной признак суррогатного материнства: вынашивание ребенка суррогатной матерью, поскольку при оплодотворении используется яйцеклетка женщины, вынашивающей ребенка. Данный вид вспомогательных репродуктивных технологий, на наш взгляд, является суррогатным материнством *sui generis*, т. е. неполноценным суррогатным материнством.

В Древнем Риме и Древней Греции есть свидетельства применения данного вида суррогатного материнства. Плутарх в сочинении «О доблести женской» повествует о царе Дейотаре и его бесплодной супруге Стратонике, которая убедила его зачать ребенка с другой женщиной и позволить принять и воспитать этого ребенка как своего родного [99, с. 414].

Во времена, описанные в Библии, считалось, что если женщина не могла родить, ей предоставлялось право воспользоваться помощью служанки, которая должна была зачать ребенка с мужем бесплодной женщины, а после родов передать новорожденного супружеской паре. В Ветхом Завете в Бытие 16<sup>2</sup> повествуется: «И Сара сказала Аврааму: Господь не дает мне детей. Живи с моей рабыней – быть может, хоть она родит мне сына...» [38, с. 45]. Далее в Бытие 30<sup>3</sup> описывается: «Она [Рахиль] сказала [Иакову]: вот Валла, моя рабыня. Живи с ней, пусть родит ребенка мне на колени. Хотя бы через нее, но у меня будут дети!» [38, с. 75].

В кодексе законов царя Хаммурапи также есть свидетельства реализации рассматриваемого вида суррогатного материнства: «если человек возьмет замуж бесплодную женщину, эта бесплодная женщина даст своему мужу рабыню и создаст таким образом детей, а этот человек вознамерится взять себе наложницу, то того не должно позволять этому человеку, он не может взять наложницу» (§ 144) [29, с. 23].

Из приведенных примеров видно, что в древности бесплодная супружеская чета обращалась к помощи женщины, которая была способна выносить и родить этой паре ребенка. Безусловно, в силу неразвитости репродуктивной медицины использовалась естественная инсеминация женщины-донора (так называемой суррогатной матери). Однако ребенок передавался именно бесплодной паре, которая воспитывала его как своего родного.

Первая программа суррогатного материнства *sui generis* на современном этапе при помощи новейших медицинских технологий была успешно реализована в 1980 г. в штате Иллинойс (США). Суррогатной матерью стала 37-летняя Э. Кейн, имеющая троих детей. Согласно заключенному договору, суррогатной матери провели искусственное оплодотворение генетическим материалом супруга женщины, которая по медицинским показаниям не могла иметь детей. После родов ребенок был передан супружеской паре [27, с. 13–14].

Вторым видом является нетрадиционное суррогатное материнство, суть которого заключается в том, что между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком отсутствует генетическая связь.

Первым упоминанием нетрадиционного суррогатного материнства может служить индийская легенда о рождении основателя джайнизма – Махавиры (VII в. до н. э.), зачатого

в утробе супруги брахмана, а затем перенесенного богами во чрево царице Трисале для того, чтобы ребенок родился в семье кшатрийского (аристократического) сословия, как и полагается великим людям [21].

Нетрадиционное суррогатное материнство является наиболее распространенным видом. В отличие от суррогатного материнства *sui generis* нетрадиционное суррогатное материнство разрешено во всех странах, легализовавших данный институт брачно-семейных отношений. Первый ребенок по программе нетрадиционного суррогатного материнства родился в США (штат Мичиган) в 1986 г. Суррогатная мать (22 года) выносила дочку для бесплодной пары, генетический материал которой использовался при зачатии (у женщины из этой пары была удалена матка) [120, с. 7]. На территории СНГ первая программа нетрадиционного суррогатного материнства была реализована в г. Харькове (Украина) в 1995 г. Суррогатной матерью стала женщина, выносившая ребенка дочери с врожденным отсутствием матки [34].

В литературе отсутствует единый подход к выявлению видов суррогатного материнства. Одни авторы выделяют традиционное суррогатное материнство, которое означает искусственную инсеминацию и генетическую связь суррогатной матери с вынашиваемым ею ребенком, и нетрадиционное (гестационное) суррогатное материнство, предполагающее экстракорпора [36, с. 42; 185, р. 73]. Другие – частичное и полное суррогатное материнство. При этом под частичным суррогатным материнством понимают использование генетического материала суррогатной матери и отца ребенка, под полным – обоих родителей [27, с. 9; 95, с. 9–10; 166, р. 186; 175, р. 828]. Третьи синонимичными признают термины: традиционное – усеченное / частичное суррогатное материнство и нетрадиционное – полное суррогатное материнство [31, с. 39; 53, с. 384; 112, с. 261; 120, с. 7; 197, р. 1334].

Несмотря на то, что в основании рассмотренных видов суррогатного материнства лежит один критерий – генетическая связь, круг лиц, между которыми она существует, различен. Предлагаем следующую классификацию видов суррогатного материнства:

*I. Генетическая связь между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком:*

*суррогатное материнство sui generis* – предполагает наличие генетической связи между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком;

*нетрадиционное (гестационное) суррогатное материнство* – основано на отсутствии генетической связи между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком.

*II. Генетическая связь между ребенком, рожденным суррогатной матерью, и обоими или одним из фактических родителей этого ребенка:*

*полное суррогатное материнство* – означает наличие генетической связи между обоими фактическими родителями ребенка, рожденного суррогатной матерью, и этим ребенком;

*частичное (усеченное) суррогатное материнство* – наличие генетической связи между одним из фактических родителей ребенка, рожденного суррогатной матерью, и этим ребенком. Для международного частного права классификация видов суррогатного материнства имеет существенное значение, поскольку понятие «суррогатное материнство» может включать в себя от одного до четырех видов. Как следствие, в государстве, где законодательно закреплено определение рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий, включающее в себя менее четырех видов, возникает проблема, связанная с непризнанием иного вида суррогатного материнства вследствие возможной квалификации в праве иностранных государств нормы о суррогатном материнстве в качестве сверхимперативной. Важно уяснить, что суррогатное материнство – комплексное понятие, законодатель же посредством правовых механизмов может запретить определенный вид суррогатного материнства. Например, исходя из анализа части 9 статьи 55 Федерального Закона Российской Федерации от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в

Российской Федерации» [85] очевидно, что невозможно осуществление частичного суррогатного материнства.

При осложнении отношений суррогатного материнства иностранным элементом порой складывается ситуация, когда фактические родители – граждане государства, в котором суррогатное материнство не легализовано, выезжают за границу с целью его реализации либо осуществления определенного вида суррогатного материнства, который запрещен в государстве их гражданства или постоянного места жительства, вследствие чего могут возникнуть проблемы в правоприменительных органах. В случае, если указанные лица обратятся в суд для признания основанного на иностранном праве акта гражданского состояния, который подтверждает, что они являются родителями ребенка, рожденного суррогатной матерью, или иностранного судебного решения, основанного на таком акте, судья может поставить вопрос о возможном противоречии применения иностранного права, признания акта гражданского состояния, основанного на этом праве, или судебного решения, основанного на вышеуказанном акте, публичному порядку страны суда. Ввиду этого следует особое внимание уделить понятию «суррогатное материнство» в праве зарубежных государств, а также выработать дефиницию «суррогатное материнство трансграничного характера».

Ученые-правоведы, предлагая в своих научных работах определение «суррогатное материнство», как правило, либо отражают лишь один или несколько из его видов, либо формулируют данное понятие слишком широко, теряя характеристики, присущие только суррогатному материнству. Так, Л. А. Хурцилава определяет суррогатное материнство как зачатие в результате применения методов вспомогательных репродуктивных технологий; вынашивание; рождение и последующую передачу ребенка по договору между суррогатной матерью и потенциальными родителями [141, с. 158]. Н. Е. Русанова предлагает понимать под суррогатным материнством технологию репродукции человека, при которой женщина добровольно соглашается забеременеть, чтобы выносить, родить и передать новорожденного другим людям – юридическим родителям [112, с. 261]. Ю. А. Чернышева – как «акт медицинского вмешательства, проводимый путем имплантации в организм женщины (суррогатной матери) эмбриона (чужой или родной генетический материал) в целях его вынашивания и последующего рождения ребенка для передачи родителям – заказчикам на основе договорных обязательств» [142]. В. Н. Леженин – «вынашивание женщиной-добровольцем плода, полученного при оплодотворении донорской яйцеклетки донорскими сперматозоидами и перенесенного в ее матку» [53, с. 384]. Э. Джексон высказывает мнение о том, что суррогатное материнство – это практика, согласно которой одна женщина (суррогатная мать) соглашается выносить ребенка, который после рождения должен быть передан потенциальным родителям (родителю) [175, р. 828]. Схожее понятие предлагают Ф. Маккалум, Э. Лисетт, К. Мюррей, В. Джадва и С. Голомбок [197, р. 1334]. Лорд М. Хэнкок в Пояснительном докладе [169], подготовленном для Комиссии по вопросам общества, здравоохранения и семьи Парламентской ассамблеи СЕ, определяет суррогатное материнство как запланированное вынашивание женщиной ребенка, которого будут воспитывать другие лица (пункт 1.1).

Таким образом, в доктрине суррогатное материнство рассматривают с точки зрения договоренности (т. е. заключения договора), определенного процесса (зачатие, вынашивание, рождение ребенка) или технологии репродукции человека.

В праве зарубежных государств также не выработано единое определение «суррогатное материнство» [таблица 1.1].

### **Таблица 1.1** – Понятие «суррогатное материнство» в странах СНГ

Страны СНГ	Определение понятия «суррогатное материнство»
Республика Беларусь	вид вспомогательных репродуктивных технологий, заключающийся в соединении сперматозоида и яйцеклетки, изъятых из организма генетической матери, или донорской яйцеклетки вне организма женщины, развитии образовавшегося в результате этого соединения эмбриона, дальнейшем переносе данного эмбриона в матку суррогатной матери, вынашивании и рождении ею ребенка (статья 1 Закона о вспомогательных репродуктивных технологиях)
Республика Казахстан	вынашивание и рождение ребенка, включая случаи преждевременных родов, по договору между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после введения донорского эмбриона) и потенциальными родителями (часть 1 статьи 100 Кодекса Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения» [68])
Кыргызская Республика	зачатие, вынашивание и рождение ребенка по договору между суррогатной матерью и потенциальными родителями (статья 2 СК Кыргызской Республики [124])
Российская Федерация	1) вынашивание и рождение ребенка (в том числе преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям (часть 9 статьи 55 Федерального Закона Российской Федерации «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»); 2) вынашивание и рождение ребенка (в том числе преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки

Страны СНГ	Определение понятия «суррогатное материнство»
Российская Федерация	использовались для оплодотворения (далее — генетическая мать и генетический отец), либо одинокой женщиной (далее также — генетическая мать), для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям (п. 77 Приказа Министерства здравоохранения «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» [72])

На территории государств – участников СНГ обобщенное определение суррогатного материнства, содержащее все четыре вида, закреплено в законодательстве Республики Казахстан и Кыргызской Республики. В Республике Беларусь данная дефиниция отражает сущность лишь трех видов суррогатного материнства: нетрадиционного, полного и частичного. В Азербайджанской Республике, Республике Армения, Республике Узбекистан, Украине определение «суррогатное материнство» законодательно не закреплено.

Представляется, что в Законе Республики Беларусь о вспомогательных репродуктивных технологиях целесообразно закрепить комплексное понятие «суррогатное материнство» с целью отражения сущности указанного вида вспомогательных репродуктивных технологий, что особенно важно при осложнении рассматриваемых отношений иностранным элементом. Данное определение должно содержать, *во-первых*, характерные признаки для всех четырех видов суррогатного материнства, *во-вторых*, включать два основных признака суррогатного материнства: наличие генетической связи ребенка, рожденного суррогатной матерью, хотя бы с одним из его фактических родителей, и вынашивание ребенка суррогатной матерью. Законодатель может запретить реализацию определенного вида суррогатного материнства. Например, запрет на использование яйцеклетки суррогатной матери исключает возможность осуществления суррогатного материнства *sui generis*.

Предлагаем следующее определение: «суррогатное материнство – вынашивание и рождение ребенка по договору суррогатного материнства с последующей его передачей фактическим(—ому) родителям(—ю), с обоими или одним из которых он имеет генетическую связь».

Полагаем, что для белорусского права предложенный нами термин «фактические родители» является наиболее удачным исходя из его толкования (фактический, т. е. действительный). Если при реализации суррогатного материнства используется генетический материал донора, употребление термина «фактический родитель» в отношении лица, генетический материал которого не использовался согласно договору суррогатного материнства, также оправдано, поскольку данное лицо будет записано в качестве родителя рожденного суррогатной матерью ребенка. В доктрине упоминается термин «потенциальные родители» [16, с. 15; 27, с. 32; 37, с. 55; 58, с. 43], который известен законодательству некоторых государств (часть 1 статьи 100 Кодекса Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения», статья 2 СК Кыргызской Республики, часть 9 статьи 55 Федерального Закона Российской Федерации «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). Однако следует обратить внимание на то, что слово «потенциальный» толкуется как возможный или вероятный. На наш взгляд, законодательное закрепление термина «потенциальные родители» целесообразно в государствах, где имеет место презумпция материнства суррогатной матери. В этом случае лица, заключившие с суррогатной матерью договор и даже одновременно связанные с ребенком генетическим родством, могут быть записаны в качестве его родителей только с согласия суррогатной матери, т. е. они являются именно потенциальными родителями, т. к. суррогатная мать может оставить ребенка себе. Зарубежные авторы применяют термин «commissioning couple» [175, p. 828; 197, p. 1334; 200, p. 444] или «prospective parents» [185, p. 141], по смыслу схожий с русскоязычным понятием «потенциальные родители». Отметим, что в юридической литературе в качестве синонима употребляется понятие «нареченные родители» [97, с. 22] – эквивалент термина «intended parents» [198], или «social parents» [149, p. 9] – социальные родители. И. А. Михайлова высказывает точку зрения, согласно которой нет оснований для обозначения биологических (генетических) родителей иными определениями [59, с. 18]. С данным утверждением сложно согласиться. *Во-первых*, в литературе не всегда приравниваются понятия «генетические» и «биологические» родители. В частности, Ю. А. Дронова [27, с. 32], К. А. Кириченко [36, с. 42], О. А. Пересада и А. В. Лебедько [95, с. 10], Е. И. Померанцева, А. Ю. Козлова и О. М. Супряга [101, с. 61], а также Г. Б. Романовский [111, с. 31] под биологической матерью подразумевают суррогатную мать. *Во-вторых*, фактические родители могут и не являться генетическими. Например, в случае, когда супружеская пара заключает с суррогатной матерью договор, а при реализации суррогатного материнства используется генетический материал донора-мужчины или донора-женщины. В данной ситуации только один из фактических родителей ребенка будет иметь с ним генетическую связь. Исходя из дефиниции «суррогатное материнство» целе-

сообразно сформулировать доктринальное понятие «суррогатное материнство трансграничного характера – вынашивание и рождение ребенка по договору суррогатного материнства с последующей его передачей фактическим(-ому) родителям(-ю), с обоими или одним из которых он имеет генетическую связь, в случае когда

а) суррогатная мать – гражданка иностранного государства или лицо без гражданства, проживающее в иностранном государстве, *и (или)*;

б) фактические(-й) родители(-ь) – граждане(-ин/-ка) иностранного государства или лица(-о) без гражданства, проживающие(-ий/-ая) в иностранном государстве, *и (или)*;

в) договор суррогатного материнства заключен на территории иностранного государства, *и (или)*;

г) имплантация эмбриона осуществлялась на территории иностранного государства, *и (или)*;

д) ребенок рожден на территории иностранного государства». Исследование, проведенное в данной главе, позволяет сформулировать следующие выводы:

1. Защита слабой стороны отношений суррогатного материнства в международном частном праве, – ребенка, рожденного суррогатной матерью, – требует объективной необходимости выявления конституционных основ рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий во избежание необоснованного применения оговорки о публичном порядке. Результаты исследования позволяют отнести к конституционным основам суррогатного материнства право на личную жизнь (к сфере которой относится деторождение); право на охрану здоровья (репродуктивное здоровье – часть общего здоровья); право на материнство и отцовство (в контексте права на защиту государством брака, семьи, материнства, отцовства и детства), а также сделать вывод об отсутствии в большинстве государств оснований ссылаться на противоречие публичному порядку отношений суррогатного материнства.

2. Закономерность соотношения разрешения (запрета) суррогатного материнства с наличием (отсутствием) конституционных основ заключается в следующем.

Данный вид вспомогательных репродуктивных технологий законодательно разрешен в государствах, основные законы которых закрепляют конституционные основы суррогатного материнства, входящие в содержание публичного порядка (Армения, Беларусь, Россия и др.). Однако в определенных государствах суррогатное материнство применяется на практике в отсутствие правовой регламентации указанных отношений (например, Бразилия, Индия).

Запрет на осуществление рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий может иметь место только при отсутствии для этого конституционных основ (Швейцария). Следует негативно оценить запрет суррогатного материнства на уровне отраслевого законодательства при наличии конституционных основ для его осуществления (Италия).

3. Выработка классификации видов суррогатного материнства представляется необходимой для выявления различий по кругу лиц, между которыми существует или отсутствует генетическая связь при реализации рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий, что имеет практическое значение для международного частного права ввиду запрета некоторых видов суррогатного материнства в ряде государств, что может повлечь непризнание данных правоотношений в странах, где легализовано менее четырех видов суррогатного материнства или оно полностью запрещено, вследствие квалификации данных норм в качестве сверхимперативных.

Указанную классификацию целесообразно проводить на основании двух критериев: *генетической связи между суррогатной матерью и рожденным ею ребенком* (суррогатное материнство *sui generis* и нетрадиционное (гестационное) суррогатное материнство), а

также *генетической связи между ребенком, рожденным суррогатной матерью, и обоими или одним из фактических родителей этого ребенка* (полное суррогатное материнство и частичное (усеченное) суррогатное материнство).

4. Выработка дефиниции «суррогатное материнство трансграничного характера» направлена на предотвращение проблем, связанных с непризнанием суррогатного материнства, которое реализуется за границей или с участием иностранцев.

## Глава 2

# Материально-правовое регулирование трансграничных отношений в области суррогатного материнства

### 2.1. Регламентация отношений суррогатного материнства на международном и национальном уровне

Регулирование правоотношений суррогатного материнства затрагивает две сферы: международную и национальную.

*Специфика международно-правового регулирования* в данной сфере обусловлена несколькими факторами: опосредованной регламентацией указанного вида вспомогательных репродуктивных технологий и рекомендательным характером большинства международных актов.

Регламентации отдельных вопросов суррогатного материнства на международном уровне посвящены следующие документы:

#### *1. Рекомендации Парламентской Ассамблеи Совета Европы.*

В 1980-е гг. Парламентская Ассамблея СЕ разработала несколько рекомендаций по вопросам биоэтики, в частности Рекомендацию 1046 (1986) об использовании человеческих эмбрионов и плода в диагностических, терапевтических, научных, производственных и коммерческих целях от 24 сентября 1986 г. [190] (далее – Рекомендация 1046), Рекомендацию 1074 (1988) о семейной политике от 3 мая 1988 г. [191] (далее – Рекомендация 1074) и Рекомендацию 1100 (1989) об использовании эмбриона и плода человека в исследовательских целях от 2 февраля 1989 г. [192] (далее – Рекомендация 1100).

В *Рекомендации 1046* закреплено, что последние достижения медицины открывают новые перспективы в научной сфере (пункт 2); человек посредством метода *in vitro* получил возможность изучать и контролировать ранние стадии жизни (пункт 3); необходимо определить степень правовой защиты с учетом развития научного прогресса, позволившего вмешиваться в развитие человеческой жизни с момента оплодотворения (пункт 8); использование эмбриона и плода требует обращения, достойного человека, и должно быть ограничено терапевтическими целями (пункт 10). В *Рекомендации 1046* содержится положение о недопустимости использования эмбриона, плода или их тканей для получения выгоды или в корыстных целях (пункт В iv e Приложения к *Рекомендации 1046*).

Весьма важным для настоящего исследования представляется пункт 17 А iv *Рекомендации 1074*, который отдает решение вопроса о запрете усыновления, искусственной инсеминации и суррогатного материнства на усмотрение государств с учетом их влияния на семейную жизнь и в частности интересы ребенка.

В пункте 1 *Рекомендации 1100* отмечается, что наука и технологии, особенно медицинские науки и биотехнологии, продолжают совершенствоваться и развиваться как выражение человеческого творческого потенциала, и поэтому их свобода применения может быть ограничена только на основе профессиональных, правовых, этических, культурных и социальных принципов, направленных на защиту прав и достоинства человека. Согласно пункту 9 В ii *Рекомендации 1100* Комитет Министров должен предпринимать меры, направленные

ные на информирование общественности по вопросам оплодотворения *in vitro*, использования гамет, эмбрионов и плода человека в исследовательских и иных целях. Следует высоко оценить стремление СЕ поощрять исследования, направленные на совершенствование специальных методов в области вспомогательного оплодотворения (пункт 9 В iv А); создавать международные и региональные регистры аккредитованных центров по исследованию репродуктивного материала и осуществлению контроля над такой работой, а также предъявлять определенные квалификационные требования к персоналу (пункт 9 В v); продолжать обобщение знаний в области репродукции человека и биомедицины с целью выработки единых инструментов правового регулирования (пункт 9 С).

Таким образом, в Рекомендации 1074 фрагментарно закреплены положения в отношении суррогатного материнства, в то время как положения Рекомендации 1046 и Рекомендации 1100 лишь косвенным образом затрагивают вопросы рассматриваемого вида вспомогательных репродуктивных технологий. Однако поскольку суррогатное материнство предполагает создание эмбриона *in vitro*, т. е. вне тела человека (кроме случая использования искусственной инсеминации суррогатной матери), можно сделать вывод, что указанные международные документы применяются и к рассматриваемым отношениям, не принимая ответственности за запрет или форсирование применения данного вида вспомогательных репродуктивных технологий на практике, определяя лишь общие принципы и отдавая решение вопроса на усмотрение государств.

2. *Декларация Всемирной медицинской ассоциации об оплодотворении in vitro и трансплантации эмбриона* [164] (далее – Декларация 1987 г.).

Данный документ, принятый Ассамблеей Всемирной медицинской ассоциации в 1987 г., содержит положения о суррогатном материнстве и представляет интерес в историческом плане, поскольку он был отменен в 2006 г.

В разделе «Донорство» закреплено, что реализация суррогатного материнства возможна совершеннолетней женщиной, у которой отсутствует матка, при условии, что данный вид вспомогательных репродуктивных технологий не запрещен действующим законодательством либо этическими нормами национальных медицинских ассоциаций или иных компетентных медицинских организаций. При этом должно быть получено свободное и информированное согласие всех участников правоотношения суррогатного материнства на его реализацию.

Декларация 1987 г. не одобряет применение суррогатного материнства, когда за вознаграждение женщина выражает свое согласие на осуществление инсеминации генетическим материалом мужчины для зачатия ребенка, который впоследствии будет усыновлен этим мужчиной и его супругой.

В настоящее время научно-технический прогресс ушел далеко вперед, отношение к видам вспомогательных репродуктивных технологий существенным образом изменилось: получила широкое распространение реализация суррогатного материнства на коммерческой основе, существенно расширился перечень показаний к рассматриваемому виду вспомогательных репродуктивных технологий по сравнению с единственно возможным согласно положениям Декларации 1987 г., в некоторых странах легализована возможность осуществления суррогатного материнства с использованием яйцеклетки суррогатной матери, государствами применяются различные подходы к вопросу установления происхождения ребенка. Учитывая данные факты, становятся понятны причины, побудившие отменить рассматриваемую декларацию, несмотря на то, что она имеет рекомендательный характер.

3. *Принципы 1989 г.* [182].

Принципы 1989 г. разработаны Специальным комитетом экспертов по биоэтике в рамках СЕ. Сфера действия документа охватывает методы искусственного деторождения, в частности искусственную инсеминацию, оплодотворение *in vitro*, а также иные методики,

основанные на указанных выше технологиях (раздел I). В Пояснениях к Принципам 1989 г. [165] отмечается, что Специальный комитет экспертов по биоэтике при формулировании принципов учитывал, что у бесплодной пары есть естественное и законное желание иметь ребенка и создать семью. Однако ввиду этических, медицинских, правовых и социальных проблем, связанных с использованием вспомогательных репродуктивных технологий, данные технологии следует применять не как альтернативу естественному деторождению, а только как единственно возможное и последнее средство (п. vi и п. x раздела «Принципы, предложенные Специальным комитетом экспертов по биоэтике»).

Высокая роль Принципов 1989 г. связана с тем, что они впервые на международном уровне осуществили квалификацию понятий, связанных с суррогатным материнством. Регламентации непосредственно указанных отношений посвящен принцип 15. Общее правило, закрепленное в нем, гласит: ни медицинский работник, ни медицинское учреждение не должны использовать искусственные методы деторождения для зачатия ребенка с целью его вынашивания суррогатной матерью (пункт 1). Любое соглашение или договор между суррогатной матерью и лицом или парой, для которой она вынашивает ребенка, является недействительным (пункт 2). Любая посредническая деятельность в пользу лиц, заинтересованных в реализации суррогатного материнства, а также любая, связанная с этим реклама, должны быть запрещены (пункт 3).

Особый интерес вызывает пункт 4 принципа 15, согласно которому государства могут в исключительных случаях, оговоренных в национальном законодательстве, разрешить медицинскому работнику или медицинскому учреждению осуществлять искусственное оплодотворение суррогатной матери при одновременном выполнении двух условий: суррогатная мать не должна получать материальной выгоды от произведенной операции и имеет право оставить ребенка после его рождения.

В пункте e раздела I Принципов 1989 г. содержится понятие «суррогатная мать – женщина, которая вынашивает ребенка для другого лица и давшая до беременности согласие на передачу ребенка этому лицу». В пункте d оговаривается, что донором является лицо, отличное от суррогатной матери, которое предоставляет свой генетический материал в пользу другого лица.

В Пояснениях к Принципам 1989 г. отмечается, что термин «суррогатная мать» охватывает три типа суррогатных матерей: тех, кто вынашивает эмбрион, зачатый с использованием генетического материала (1.) пары, которой впоследствии будет передан ребенок, (2.) суррогатной матери и мужчины из вышеуказанной пары или донора, (3.) доноров (абзац 8 раздела «Сфера действия и определения»). На наш взгляд, второй вариант противоречит вышеназванному пункту d раздела I Принципов, а третий – вовсе не имеет никакого отношения к суррогатному материнству, поскольку в данном случае отсутствует генетическая связь между ребенком, мужчиной и женщиной из пары, которой впоследствии передается ребенок. При такой ситуации, полагаем, более уместно прибегать к усыновлению.

Как отмечается в Пояснениях к Принципам 1989 г., суррогатная мать всегда рассматривается в качестве матери, а не просто донора гамет (абзац 7 раздела «Сфера действия и определения»). Подтверждением этому также является положение, закрепленное в принципе 14, согласно которому матерью ребенка является женщина, которая его родила. Применяя данное правило к отношениям суррогатного материнства, суррогатная мать автоматически становится юридической матерью ребенка, при этом фактически (генетически), она ею не является (за исключением случая, когда суррогатная мать одновременно является донором яйцеклетки, что однако не коррелирует с пунктом d раздела I Принципов). В Пояснениях к Принципам 1989 г. говорится, что установление материнства должно быть основано на факте рождения, а не на генетической связи, поскольку, во-первых, между родившей ребенка женщиной и этим ребенком возникает связь, во-вторых, необходимо предоставить

ребенку очевидный законный статус по рождению, в-третьих, суррогатная мать может оставить ребенка себе (абзац 3 раздела «Установление материнства и отцовства»).

Таким образом, в Принципах 1989 г. отсутствует разграничение в отношении установления факта рождения ребенка от матери в двух различных по своей природе случаях: при «традиционном» рождении ребенка и при рождении ребенка суррогатной матерью. Представляется, что такое положение не отражает сущность суррогатного материнства, основная цель которого – помощь лицам в преодолении бесплодия.

*4. Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине.*

В настоящее время участниками данной конвенции являются 29 государств – членом СЕ [160], при этом она открыта для подписания иными государствами, не входящими в СЕ, а также ЕС – как организации.

В мае 1997 г. был подготовлен Пояснительный доклад к Конвенции о правах человека и биомедицине [161], разработанный Ж. Мишо (Франция), Председателем Руководящего комитета по биоэтике, по поручению Генерального секретаря СЕ на основании принятого проекта. Пояснительный доклад не является официальным толкованием Конвенции о правах человека и биомедицине, но охватывает основные материалы подготовительной работы и содержит информацию, позволяющую прояснить ее предмет и цель.

Положения Конвенции о правах человека и биомедицине прямо не регулируют правоотношения суррогатного материнства. Однако, исходя из анализа норм данной конвенции и Пояснительного доклада к ней, можно сделать вывод, что положения вышеуказанных документов косвенно распространяются и на рассматриваемый вид вспомогательных репродуктивных технологий.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.