

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
**«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**
(Н И У « Б е л Г У »)

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

КАФЕДРА АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

**ЭКСТРАКОРПОРАЛЬНОЕ ОПЛОДОТВОРЕНИЕ,
ИМПЛАНТАЦИЯ ЭМБРИОНА:
ПРАВА ЖЕНЩИНЫ И РЕБЕНКА**

Выпускная квалификационная работа
обучающегося по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция,
магистерская программа «Правовое регулирование отношений в сфере
здравоохранения»
заочной формы обучения, группы 01001566
Жернакова Евгения Владиславовича

Научный руководитель:
к.ю.н., доцент кафедры
административного права и
процесса
Внукова В.А.

Рецензент:
Зам. главного врача по
медицинской части ОГБУЗ
«Белгородская областная
клиническая больница Святителя
Иосафа », врач высшей
квалификационной категории,
заслуженный врач РФ
Казакова Елена Евгеньевна

БЕЛГОРОД 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
ГЛАВА 1 РЕПРОДУКТИВНЫЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА	18
1.1. Юридическое значение некоторых терминов, используемых в работе	18
1.2. Понятие, особенности содержание репродуктивных прав человека.....	21
1.3. Международно-правовое регулирование репродуктивных прав человека	28
ГЛАВА 2 ПРАВО НА ЖИЗНЬ	38
2.1. Юридический факт – рождение ребенка.....	38
2.2. Право ребенка на получение идентифицирующей информации при применении вспомогательных репродуктивных технологий.....	48
ГЛАВА 3 ПРАВОВАЯ ПРИРОДА СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА.....	53
3.1 История становления и развития института суррогатного материнства.....	53
3.2. Правовое регулирование суррогатного материнства в Российской Федерации.....	55
ГЛАВА 4 ДОГОВОР ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ТЕХНОЛОГИИ ИСКУССТВЕННОЙ РЕПРОДУКЦИИ ЧЕЛОВЕКА: ПОНЯТИЕ, СТОРОНЫ, ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ, РОЛЬ МЕДИЦИНСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ	66
4.1. Соглашение об использовании технологий искусственной репродукции человека (суррогатного материнства).....	66
4.2. Договор суррогатного материнства: стороны, права и обязанности сторон и содержание договора	70
4.3. Вопросы приобретения родительских прав мужчинами по законодательству Российской Федерации.....	84
4.4. Особенности установления отцовства в случае применения методов искусственной репродукции человека.....	90
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	95
СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ	99

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы работы обусловлена тем, в последние годы темпы развития науки очень высокие. Это касается, в том числе, открытий, сделанных учеными из разных стран в области биологии и медицины. Достижения ученых очень быстро становятся достоянием человечества в связи с развитием средств связи и исследователи совместно с практиками применяют сделанные открытия на практике. Так, еще три десятка лет назад нельзя было даже предположить возможность применения методов экстракорпорального оплодотворения и имплантации эмбриона в широкой практике. Однако, сегодня эти методы применяются во всем мире. Более того, применение этих методов лечения бесплодия у женщин в России вошли в Программу Государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2017 год и на плановый период 2018 и 2019 годов".¹

Это означает, что применение этих методов осуществляется за счет средств обязательного медицинского страхования и предоставляется женщинам на безвозмездной основе.

В современном обществе в силу самых различных объективных причин появляется все больше людей, которые очень хотят стать родителями, но не могут этого сделать в силу причин медицинского и социального плана. Объективно растет количество бездетных семей. Каждая третья семья в России бездетна. Согласно переписи населения 2010 г. число бездетных семей с 2002 года выросло на 7,4%. Среднестатистической российской семьей как и раньше является семья с двумя родителями и одним ребенком (67% семей против 68% в 2002 г.). Из 42 млн. российских семей 47% бездетны, в том числе 15% супружеских пар не могут иметь детей по

¹ Постановление Правительства РФ от 19.12.2016 N 1403 "О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2017 год и на плановый период 2018 и 2019 годы"

состоянию здоровья 2.

Большое значение имеет и то обстоятельство, что Российская Федерация, как и вся Европа, стареет, а семейные пары по целому ряду оснований все чаще планируют рождение только одного-двух детей.

В течение ряда лет смертность в стране превышала рождаемость, и только в последнее время положение стало меняться. В то же время, в значительной степени изменение ситуации происходит за счет регионов, где в основном проживает мусульманское население. В ряде других регионов России естественная убыль населения до настоящего времени превышает рождаемость. Отметим, что, по мнению специалистов, в связи с сокращением количества женщин репродуктивного возраста рождаемость может опять снизиться в ближайшие 15 - 20 лет³.

Конечно, применение методов вспомогательных репродуктивных технологий породило ряд деликатных моральных и этических вопросов, так как затрагивают самые интимные права человека. Более того, регулирование применения данных методов, регламентация прав женщин, участвующих в реализации программ суррогатного материнства, экстракорпорального оплодотворения по разному реализуется в разных государствах. То есть, до настоящего времени по этим вопросам не выработано единого подхода. Даже практика Европейского Суда по правам человека по рассматриваемым вопросам противоречива и неоднозначна⁴. Это обусловлено тем, что Европейский Суд по правам человека высказал мнение о том, что нет необходимости выработать единый подход для регламентирования прав

2 Шевченко М. Демография России. URL: <http://nanya.ru/> (дата обращения: 03.06.2015).

3 Сависько Н. Впервые за последние двадцать лет в России начался рост населения // Известия. 2014. 17 марта

4 Смотри, например, Информация о Постановлении ЕСПЧ от 24.01.2017 по делу "Парадизо и Кампанелли(Paradiso and Campanelli) против Италии" (жалоба N 25358/12) // СИС Консультант Плюс и Постановление ЕСПЧ от 27.08.2015 "Дело "Паррилло (Parrillo) против Италии"(жалоба N 46470/11) // СИС «Консультант Плюс»

участников репродуктивных технологий, должна быть свобода усмотрения государств для регулирования частных отношений в этой области.

Развитие вспомогательных репродуктивных технологий порождает не только новые формы медицинского вмешательства на организм человека, но и специфические общественные отношения между участниками процесса репродукции. Изучение правовых аспектов возникающих социальных связей, установление государственных требований к детальной правовой регламентации, защита прав матери и рожденного ребенка – актуальные вопросы, требующие обсуждения и принятия нормативных актов.

Таким образом, мы имеем дело с интенсивно прогрессирующим вмешательством в процесс деторождения, возможностью выбраковки неполноценных в генетическом отношении оплодотворенных яйцеклеток. Тогда необходимо законодательно закрепить ответ на вопрос: с какого момента эмбрион становится человеком и каков правовой статус эмбриона, вправе ли медицинские работники уничтожить невостребованный биологический материал и как долго он должен храниться, каков правовой статус суррогатной матери и биологических родителей? Применение репродуктивных технологий ставит вопросы правомерности замораживания эмбрионов, яйцеклеток, сперматозоидов, сроки хранения и использование их для реципиентов (донорство яйцеклеток, сперматозоидов, эмбрионов), права и обязанности доноров половых клеток, правовые и этические особенности суррогатного материнства и др. В рамках данной работы мы попытались дать ответы на эти и другие вопросы.

Возникают серьезные коллизии по правомерности использования новых диагностических и лечебных технологий, выясняется отсутствие нормативных актов, регламентирующих права врача, возникающие в таких ситуациях, женщины, ее родственников, ребенка и т.д. Не рассмотрены вопросы применения мер юридической ответственности, которая может возникнуть при реализации гражданами своих прав репродуктивных прав.

Несколько лет назад на рассмотрение в Государственную Думу РФ был внесен проект федерального закона "О вспомогательных репродуктивных технологиях и гарантиях прав граждан при их осуществлении», который был принят в первом чтении. Далее документ был направлен на доработку и после этого снят с обсуждения⁵.

Таким образом, народные избранники решили, что проблема обеспечения прав граждан при осуществлении вспомогательных репродуктивных технологий не столь существенная и может быть урегулирована подзаконными актами.

Мы полагаем, что разработка и конструирование специальных правовых норм в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий должно сопровождаться тщательным изучением особенностей соответствующих отношений, профессиональными дискуссиями, изучением международной судебной практики.

Об актуальности применения методов вспомогательных репродуктивных технологий свидетельствуют сложившиеся неблагоприятные тенденции ухудшения здоровья граждан в целом и репродуктивного здоровья населения в частности.

Без осмысления необходимости правовой регламентации возникающих отношений право, регламентирующее складывающиеся отношения, рискует стать тормозом развития науки в обсуждаемой сфере. Поэтому комплексное исследование, обсуждение правовых вопросов является актуальным и крайне необходимым, чтобы правовые нормы не стали гирями на пути науки.

Объект исследования составила совокупность общественных отношений, складывающихся при применении методов вспомогательных репродуктивных технологий между всеми участниками, включая, медицинских работников, генетических родителей, суррогатную мать, родившийся ребенок.

⁵ К.А.Кириченко К проекту Федерального закона "О вспомогательных репродуктивных технологиях и гарантиях прав граждан при их осуществлении //Медицинское право, 2009, N 1)

Предметом исследования выступает совокупность правовых норм регулирующих общественные отношения, складывающиеся при применении вспомогательных репродуктивных технологий, практика применения законодательства в данной сфере, история и опыт развития, а также практика применения законодательства в зарубежных странах.

Цель исследования заключается в детальном изучении правового регулирования применения вспомогательных репродуктивных технологий, исследовании прав и обязанностей всех участников складывающихся общественных отношений, систематизации их прав, изучении судебной практики по рассматриваемой теме и в выработке и обосновании теоретических положений о достаточности или необходимости дальнейшего совершенствования законодательства в данной сфере.

В соответствии с указанной целью можно определить следующие **задачи исследования:**

- проанализировать систему нормативных правовых актов, закрепляющих применение методов вспомогательных репродуктивных технологий в Российской Федерации на момент написания работы;
- рассмотреть международно-правовой опыт регулирования отношений в данной сфере как отдельных государствах, так и практику Европейского Суда по правам человека, международные конвенции;
- проанализировать развитие понятия «вспомогательные репродуктивные технологии» и правовое регулирование прав всех лиц, являющихся участниками возникающих отношений, характер складывающихся между сторонами отношений;
- дать общую характеристику прав каждого субъекта, участвующего в программе вспомогательных репродуктивных технологий
- сформировать предложения (если это необходимо) по совершенствованию норм семейного и административного законодательства, законодательства в сфере охраны здоровья граждан, устанавливающего понятие, особенности, основные требования, стороны, основные принципы и этапы реализации,

права и обязанности сторон при применении вспомогательных репродуктивных технологий;

- обосновать предложения по совершенствованию законодательства о применении вспомогательных репродуктивных технологий;

- определить правовую сущность договора суррогатного материнства

Степень научной разработанности проблемы.

Несмотря на то, что данная тема в последнее время активно обсуждается в средствах массовой информации, следует констатировать, что на сегодня отсутствует комплексное научное исследование, в котором бы рассматривались вопросы прав и обязанностей всех участников отношений, возникающих при реализации программы вспомогательных репродуктивных технологий. Чаще всего в научных статьях рассматриваются права и обязанности суррогатной матери и генетических родителей, однако, отсутствуют труды, в которых анализировались бы права и обязанности отца ребенка, во главу исследований не ставится принцип, что применение всех репродуктивных технологий должно быть направлено на создание наиболее комфортных условий для развития родившегося ребенка.

Теоретическую основу проведенного исследования составили выводы и положения отечественных специалистов в области медицинского, семейного и административного права. Прежде всего, это работы Ю.Д. Сергеева, А.А.Мохова, А.М.Рабец, П.В.Крашенинникова, Б.М.Гонгало, Л.Ю.Михеевой. Кроме того, изучены труды А.Т.Боннер, О.А.Рузаковой, М.В.Антокольской, Л.М. Пчелинцевой , М.С.Каменежкой, Т.В. Красновой, Е.В. Алексеевой, О.Б.Кожеуровой, Е.В. Григорович, Э.А. Исаевой и ряда других следователей проблем применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Относительно вопросов государственной регистрации актов гражданского состояния предметом теоретического исследования явились работы О.Ю. Ильиной, С.В. Гландина, З.Н.Горбунова и других.

Нормативно-правовую основу работы составили нормы Конституции Российской Федерации, международные акты, такие как, Конвенция о правах ребенка, Европейская конвенция об осуществлении прав детей, заключенная в г. Страсбурге 25.01.1996, Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей" заключенная в г. Страсбурге 15.10.1975, Конвенция об установлении материнства внебрачных детей, заключенная в г. Брюсселе 12.09.1962, определение Конституционного Суда РФ, федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации, Определения Конституционного Суда Российской Федерации, Постановления Пленума Верховного Суда РФ, решения Верховного Суда РФ и нижестоящих судов, приказы министерства здравоохранения Российской Федерации, иные правовые акты, регулирующие вопросы применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Методологическая основа работы. Совокупность методов исследования, примененных в работе, обуславливается изучением вопросов правового регулирования применения различных методов лечения бесплодия, и прежде всего, применения методов вспомогательных репродуктивных технологий, обуславливается изучением этих явлений в динамике, с учетом имеющегося международного опыта. Этим обусловлено применение диалектического метода исследования. Также были использованы общенаучные методы: метод логического анализа и синтеза, методы дедукции и индукции, методы анализа, абстрагирования. Использовались и частно-научные методы, такие как историко-правовой анализ, сравнительно правовой анализ, формально-юридический, статистический методы.

Применение формально-юридического метода позволило изучить современное состояние правового регулирования применения в медицине методов экстракорпорального оплодотворения, имплантации эмбриона, проанализировать права женщин, участвующих в реализации этих методов лечения бесплодия, права детей, рожденных с применением этих методов.

Синтез и метод сравнения во многом позволили проанализировать и понять характер правовых связей, устанавливаемых между лицами, участвующими в реализации современных методов вспомогательных репродуктивных технологий.

Сравнительно-правовой анализ позволил не просто изучить зарубежный опыт правового регулирования применения репродуктивных технологий на Западе, но и с учетом лучших, наиболее приемлемые в Российской Федерации методов предложить способы регулирования правовых вопросов в нашей стране.

Таким образом, применение названных методов позволило осуществить комплексное изучение предмета исследования.

Эмпирическую базу работы составили аналитические и статистические данные Всемирной организации здравоохранения, опубликованные данные Федеральной службы государственной статистики, Министерства здравоохранения Российской Федерации, Министерства образования и науки, Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека.

Формулируя выводы и предложения диссертант опирался также на анализ официальных публикаций, стенограмм заседаний, заключений по рассматриваемым вопросам, размещенных на интернет-сайтах Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации Президента РФ, Правительства РФ, на портале «Открытое Правительство», Верховного Суда Российской Федерации, судов общей юрисдикции, В работе использовались материалы размещенные в Справочной Информационной системе «Консультант Плюс», научные журнальные публикации, данные средств массовой информации.

Практическая значимость работы. Полученные в работе выводы могут быть использованы при чтении курсов лекций по административному и

семейному праву, по медицинскому праву, по правовому регулированию отдельных видов врачебной деятельности, по правовому регулированию деятельности врача. Результаты исследования позволяют конкретизировать рекомендации по дальнейшей разработке вопросов правового закрепления прав женщины, мужчины, участвующих в реализации программы применения вспомогательных репродуктивных технологий, а также ребенка, родившегося в результате применения этих методов.

Материалы выпускной квалификационной работы могут быть использованы при подготовке учебной и методической литературы, а также в учебном процессе высших и средних учебных заведений как юридического, так и медицинского направления, могут послужить базой для проведения дальнейших научных исследований в этой области.

Апробация работы. Основные положения и выводы, сформулированные в работе, отражены в публикациях автора:

1. Внукова В.А., Жернаков Е.В. К вопросу о правах эмбриона человека. Международная научно-практическая конференция «Наука и образование в XXI веке» 30 сентября 2017 года. Сборник научных трудов М., 2017 – 222 с. С 159-164.
2. Внукова В. А., Жернаков Е. В. Международно-правовое регулирование репродуктивных прав человека // Молодой ученый. — 2017. — №49. — С. 240-242. — URL <https://moluch.ru/archive/183/47001/>

Структура и объем работы определены предметом исследования и логикой изложенного материала. Работа состоит из 4 глав, объединяющих 11 параграфов, заключения, списка используемой литературы.

Научная новизна исследования определяется тем, что представленная работа является комплексным исследованием правового регулирования применения вспомогательных репродуктивных технологий, как в западных странах, так и в Российской Федерации, в которой детально

проанализированы права и обязанности лиц, участвующих в применении разных методов лечения бесплодия, включая экстракорпоральное оплодотворение и имплантацию эмбриона.

Научная новизна заключается в применении комплексного подхода к вопросам правового регулирования отношений в рассматриваемой сфере, который заключается в особом характере отношений, складывающихся между субъектами, участвующими в реализации программы вспомогательных репродуктивных технологий, регулируемых нормами медицинского, семейного права, административного права.

В работе изложены основы правового регулирования столь сложных биологических и медицинских вопросов, так и сформулированы и обоснованы предложения по совершенствованию механизма их правового регулирования. Все предложения направлены на защиту интересов ребенка, рожденного с применением вспомогательных методов репродукции.

Результатом исследования являются предложения по внесению изменений и дополнений в действующее законодательство, направленные на устранение некоторых вопросов, которые в настоящее время не урегулированы или урегулированы недостаточно четко и однозначно.

На защиту выносятся следующие основные выводы и предложения:

Конкретные результаты исследования выражаются в следующих положениях, выносимых на защиту:

1. В нормах международного права понятие репродуктивные права включают совокупность следующих прав:

- право человека иметь детей;
- право человека временно отказаться от деторождения;
- право человека на отказ от деторождения вовсе.

В Российской Федерации понятие репродуктивных прав отличается от общепринятого в международных нормах. Репродуктивные права - гарантированные, поощряемые государством возможности для продолжения рода. Считаем, что следует определить понятие репродуктивных прав как

прав, связанных с реализацией разных аспектов деторождения (продолжения рода), включая, принятие решения о зачатии ребенка, определение числа детей, интервалов между рождением детей. Через реализацию репродуктивных прав происходит осуществление права на жизнь, закрепленного в Конституции РФ.

Полагаем, что нормативное закрепление репродуктивных прав, должно быть в Конституции РФ. Для этой цели ст.38 Конституции РФ предложено изложить в следующей редакции:

1. *Право на продолжение рода гарантируется и поощряется государством.*

2. Материнство и детство, семья находятся под защитой государства.

3. Забота о детях, их воспитание - равное право и обязанность родителей.

4. Трудоспособные дети, достигшие 18 лет, должны заботиться о нетрудоспособных родителях.

2. Субъектом репродуктивных прав является физическое лицо, которое способно продолжить род. Объектом репродуктивных прав является деторождение как высочайшее благо. Содержание репродуктивных прав включает: законную защиту репродуктивных возможностей человека, содействие государства реализации этих возможностей.

Защита репродуктивных возможностей подразумевает наличие обязанности Российской Федерации реализовывать необходимую совокупность мер экономического, научного, медицинского, социального, культурного, санитарно-эпидемиологического характера, которые направлены на сохранение и укрепление репродуктивного здоровья человека.

3. Человек становится субъектом права только с момента рождения. Субъективные права личности возникают только после рождения. Эмбрион, не является субъектом права. Неродившийся плод, связанный с организмом матери, следует рассматривать как составную часть организма женщины. Действующее законодательство позволяет матери определить его судьбу.

Необходимо законодательно закрепить, что после создания эмбрионов родители - заказчики репродуктивной программы уже не имеют права отозвать свое согласие. В случае, если имеется разногласие между родителями - заказчиками репродуктивной программы относительно судьбы их криоконсервированных эмбрионов, то предпочтение следует отдать тому родителю, который хотел бы продолжить участие в репродуктивной программе с целью рождения у него ребенка. В случае, если продолжения программы не хочет женщина, то может быть использована программа суррогатного материнства. Родитель, который не желает продолжения указанной программы, не должен нести родительские права и обязанности в отношении ребенка, который родится в результате ее реализации.

4. Ребенок, появившийся на свет путем применения вспомогательных репродуктивных технологий, по объему своих прав, обязанностей, возможностей ничем не отличается от детей, появившихся на свет естественным путем. Никаких дополнительных прав, включая право на получение идентифицирующей информации при применении вспомогательных репродуктивных технологий, по нашему мнению, у ребенка быть не должно.

С момента рождения ребенок имеет:

- право на имя;
- право на приобретение гражданства,
- право знать своих родителей настолько это возможно реализовать
- право на заботу родителей, на совместное с ними проживание, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам;
- жить и воспитываться в семье,
- право на воспитание своими родителями,
- право на всестороннее развитие,
- право на уважение его человеческого достоинства

5. Нормы Федерального закона "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" предоставляют право воспользоваться технологией

суррогатного материнства одинокой женщине детородного возраста, для которой вынашивание и рождение ребенка невозможны по медицинским показаниям. Не обладает правом заключения договора суррогатного материнства женщина, которая по медицинским показаниям может иметь собственных детей, но по каким-либо соображениям (карьерный рост, боязнь родов и т.п.) не желает рожать.

6. Под договором суррогатного материнства, являющегося основанием для возникновения правоотношений между суррогатной матерью и генетическими родителями следует понимать межотраслевой договор, заключаемый для лечения бесплодия потенциальных родителей, одна сторона (суррогатная мать) принимает на себя обязательство выносить и родить генетически чужого ей ребенка в целях последующей передачи ребенка другой стороне (потенциальным родителям), которые, принимают на себя обязательство оплатить выполнение программы суррогатного материнства, а также другие согласованные сторонами расходы. Третья сторона по договору (медицинская организация) принимает на себя обязательство оказать весь комплекс требуемых медицинских услуг.

Суррогатное материнство в чистом виде не является медицинской услугой. Услуги по вынашиванию ребенка, который был зачат с помощью искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона в полость матки суррогатной матери, оказывает не медицинское учреждение, а женщина, заключившая договор с генетическими родителями.

7. Суррогатное материнство в Российской Федерации разрешено, во-вторых, право определять судьбу ребенка предоставлено суррогатной матери. Т.е. по российскому законодательству в первую очередь охраняются интересы суррогатной матери: лишь после ее отказа от ребенка генетические родители приобретают законные права материнства и отцовства.

Если суррогатная мать отказывается дать свое согласие и хочет оставить ребенка у себя, то на основании справки медицинского учреждения она сама записывается в органах записи актов гражданского состояния в качестве

матери ребенка и ее нельзя принудить отказаться от ребенка даже на основании заключенного с ней договора. Процесс осуществления этой процедуры не описывается, что теоретически предполагает возникновение разного рода юридических трудностей, а на практике предоставляет суррогатным матерям возможность шантажировать биологических родителей.

8. Государственная регистрация отцовства является необходимым условием приобретения родительских прав и обязанностей отца. Именно государственная регистрация отца определяет имя ребенка, которое присваивается ему при регистрации в органах загс.

Если ребенок был зачат и родился после смерти мужчины, давшего согласие на применение методов искусственной репродукции, с использованием его половых клеток вне зависимости от срока рождения ребенка он должен быть указан отцом ребенка вне зависимости от того, сколько времени прошло после смерти отца. Для этой цели п. 2 ст. 48 необходимо дополнить положениями о презумпции отцовства в случае применения методов искусственной репродукции.

Лицо, указанное в качестве отца ребенка рожденного в результате применения методов искусственного оплодотворения или имплантации эмбриона, вправе оспорить отцовство. Суд, при этом должен проверить следующие юридически значимые обстоятельства:

- добровольно ли и осознанно ли было дано отцом согласие на применение метода искусственного оплодотворения или на имплантацию эмбриона,

- на какой срок было дано такое согласие и не было ли оно отозвано до истечения этого срока,

- не истек ли данный срок на момент проведения искусственного оплодотворения или имплантации эмбриона,

- давал ли мужчина согласие на использование при применении названных методов донорского биологического материала.

ГЛАВА 1 РЕПРОДУКТИВНЫЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

1.1. Юридическое значение некоторых терминов, используемых в работе

В древних государствах во многих религиях женское бесплодие считалось наказанием женщине или даже семейной паре за грехи. Ныне тоже существуют культуры, где считается, что бесплодная женщина (а в основном в отсутствии детей обвиняют только ее) – это позор семьи. Мы живем в другое время и в другой культуре. Однако, невозможность иметь детей все равно часто разрушает семьи, приводит к тому, что женщины и мужчины считают себя неполноценными. К счастью, в последние десятилетия биология и медицина, двигаясь вперед огромными шагами, научились в большинстве случаев решать проблему рождения желанных детей. Самые сложные проблемы помогает решать экстракорпоральное оплодотворение или методика зачатия в пробирке.

Воспроизведение человеком себе подобных, рождение детей - не только величайшее таинство природы, но и фундаментальный закон.

Мораль, медицина и религия на протяжении столетий развивались в непосредственном взаимодействии друг с другом. Каждый шаг развития в биологии и медицине оценивается с точки зрения соответствия представления общества о том, гуманно ли это? Является ли этот шаг нравственным? Церковь оценивала со своих позиций. В последние годы шаги в области медицины оцениваются также с точки зрения соответствия правовым нормам.

Широкое внедрение в современную медицинскую практику новых репродуктивных технологий в связи с гигантскими шагами медицинской науки в этой области, привело к существенному расширению предмета регулирования как биоэтики, так и медицинского права. Обсуждение новых репродуктивных технологий происходит:

- медиками – профессионалами, которые применяют новые

репродуктивные технологии,

- представителями церкви, рассматривающими вопрос с точки зрения привлечения к этому процессу традиционных духовных ценностей и норм религиозной морали;

- представителями гражданского общества, которые оценивают современное состояние науки в этой области с точки зрения гуманизма.

- правоведами, которые призваны юридически закрепить реальные достижения в области репродуктивных технологий.

На современном этапе развития важно найти баланс между позициями всех названных участников обсуждения проблемы, не ущемить интересы всех субъектов, задействованных в медицинском процессе и, самое важное, защитить интересы еще не родившегося ребенка, не позволить, чтобы способ его появления на свет отразился на его дальнейшей судьбе.

В связи с тем, что рассмотренная в данной работе тема находится на пересечении нескольких областей знания:

- биологии;
- медицины;
- права,

однако, выполнена по юриспруденции, мы посчитали необходимым в начале работы сформулировать наиболее важные определения, которые будут использованы в работе, для того, чтобы специалисты, знакомящиеся с ее содержанием, могли понять значение каждого используемого термина.

Репродуктивные права человека – сегмент гражданских прав, который регулирует отношения между государством и человеком по поводу воспроизводства жизни. Репродуктивные права включают права человека, которые уже признаны национальным законодательством, а также в международных документах по правам человека и в других общепризнанных документах. Согласно определению Всемирной организации здравоохранения это право мужчин и женщин на получение информации и на доступ к безопасным, эффективным, недорогим и доступным способам

регулирования рождаемости, в соответствии с их выбором, а также право на доступ к надлежащим службам здравоохранения, которые могут обеспечить для женщин безопасные беременность и роды, а также создать для супружеских пар наилучшие возможности для того, чтобы иметь здорового ребенка.

Криоконсервация - (от греч. κρύος — холод и лат. *conservo* — сохраняю) — процедура, предполагающая замораживание половых клеток женщин и мужчин с использованием жидкого азота. , а также низкотемпературное хранение живых биологических объектов на протяжении неопределенного времени, предполагающая возможностью восстановления их биологических функций после размораживания.

Экстракорпоральное оплодотворение - (от лат. *extra* — *снаружи*, *вне* и лат. *corpus* — *тело*, то есть оплодотворение вне тела, сокр. ЭКО) — вспомогательная репродуктивная технология, чаще всего используемая в случае установления диагноза бесплодия. Синонимами данного понятия, используемыми в работе, являются: «оплодотворение в пробирке», «оплодотворение *in vitro*», «искусственное оплодотворение».

Имплантация эмбриона - это этап наступления беременности, зарождение новой жизни. В данный период в организме будущей матери происходят серьезные изменения, обусловленные тем, что новый организм является наполовину чужеродным, так как в нем присутствуют гены другого человека – отца будущего ребенка. Имплантация эмбриона – как правило, естественный процесс. В рамках данной работы рассматривается только правовые вопросы связанные с искусственным оплодотворением и имплантацией (искусственным переносом) эмбрионов в организм женщины.

Суррогатное материнство — вспомогательная репродуктивная технология, при применении которой в зачатии и рождении ребёнка участвуют три человека: 1) генетический отец — мужчина, предоставивший свою сперму для оплодотворения и согласный после рождения ребёнка взять

на себя обязанности отца; 2) генетическая мать — лицо, предоставившее свою яйцеклетку для оплодотворения и согласное после рождения ребёнка взять на себя обязанности матери; 3) суррогатная мать — женщина детородного возраста, согласившаяся на возмездной или безвозмездной основе выносить и родить ребёнка от генетических родителей и не претендующая на роль матери данного ребёнка. Иногда (например, при бесплодии будущей приёмной матери или в случае отсутствия матери) суррогатная мать также может быть одновременно и генетической матерью.

1.2. Понятие, особенности содержание репродуктивных прав человека

Анализ специальной медицинской и юридической литературы показал, что среди исследователей в настоящее время отсутствует единство в определении понятия репродуктивных прав. Это связано, прежде всего с тем, что эта категория является новой для российского законодательства, поэтому изучена еще недостаточно. Одной из распространенных точек зрения является то, что репродуктивные права являются «комплексным институтом права»⁶, «совокупностью правомочий»⁷. По мнению Хазовой О.А репродуктивные права являются «неотъемлемым компонентом личных прав и свобод»⁸.

Право на продолжение рода относится к одному из важнейших, закрепленных в Конституции, прав человека. В этой связи представляется интересным определение понятия «репродуктивное право», данное ученой – юристом О.А.Хазовой . Под репродуктивными правами она понимает «права граждан самостоятельно и свободно без какого бы то ни было принуждения решать вопросы деторождения, иметь доступ к необходимой для этого информации и медицинской помощи».

⁶ Хазова О. А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: Восточноевропейское Обозрение. - 2001. - №1 (34). — С. 15.

⁷ Романовский Г.Б. Проблема репродуктивных прав в международном праве // Международное публичное и частное право. - 2003. - №6 (15).- С.12

⁸ Хазова О.А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: Восточное обозрение. – 2001.- №1 (34).- С.17

Дискутируя с ней, И.В. Силуянова заявляет, что репродуктивные права - «одно из современных искажений свободы»⁹. Прямо противоположного мнения придерживаются другие ученые. Так по мнению Г.Б. Романовского «репродуктивные права не могут рассматриваться в настоящее время как неотъемлемые общепризнанные права»¹⁰.

Интересной позиции придерживается В.И. Крусс, который предлагает репродуктивные права граждан определить как права, «имеющие сугубо личный характер»¹¹, и предлагает отнести их к так называемым соматическим правам.

Т.Е. Борисова отмечает, что репродуктивные права относятся к числу неотъемлемых, естественных, прирожденных прав, которые происходят из природы самого человека, из его физиологических характеристик и нормальных естественных потребностей.

Каждый имеет право пользоваться достижениями научного прогресса для охраны репродуктивного здоровья и для лечения бесплодия, включая применение метода суррогатного материнства.¹²

Мы полагаем, что важно не только определить место репродуктивных прав среди совокупности всех прав граждан, но и определить их содержание. Чтобы определить содержание репродуктивных прав обратимся к анализу международных документов.

В международном праве репродуктивные права и репродуктивное здоровье исследуется уже достаточно давно. Например, в Декларации по народонаселению 1966 года право на планирование семьи рассматривается как одно из основных прав человека. На международной конференции по правам человека, проведенной в Тегеране в 1968 г., было провозглашено:

9 Силуянова И.В. «Репродуктивные права» и моральные обязанности [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://religion.ng.ru/printed>

10 Романовский Г.Б. Проблема репродуктивных прав в международном праве // Международное публичное и частное право. - 2003. - №6 (15). - С. 12.

11 Крусс В.И. Личные («соматические») права человека в конституционно-правовом измерении // Государство и право. – 2000-№10.- с.43

12 Т.Е. Борисова Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики // <http://www.consultant.ru>, с.21

«Родители обладают неотъемлемым правом свободно и с чувством ответственности определить число детей и сроки их рождения».13

В Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года установлены права женщин и мужчин, например,

- право свободного принятия решения о количестве детей;
- право свободного принятия решения о промежутках между рожденьями детей,
- право на получение информации, на просвещение и на средства, обеспечивающие возможность пользоваться такими правами.14

В Рекомендациях «Всемирного плана действий в области народонаселения» (Мехико, 1984) правительствам предложено развивать программы охраны матери и ребенка в целях поддержания планирование семьи.15

Венская декларация, принятая в 1993 году на Всемирной конференции по правам человека, установила наличие главных репродуктивных прав. В Декларации было заявлено о праве женщин на получение доступной и адекватной охраны здоровья, и на получение самого широкого круга услуг в области планирования семьи. Эти заявления основаны на действии принципа равенства между мужчинами и женщинами.

На Всемирной конференции по правам человека была принята Программа действий по народонаселению и развитию. Указанная Программа имеет огромное значение, потому что в этом документе впервые было дано определение репродуктивных прав, В документе определены цели и задачи политики в сфере народонаселения.

В Программе действий по народонаселению и развитию говорится, что репродуктивные права должны быть основаны на признании главного права всех супружеских пар и отдельных лиц свободно и независимо принимать решение, касающееся количества рождений детей, а также интервалов

13 Международные акты о правах человека Сборник документов. М., 1999. С.79

14 Права человека. Сборник международных документов. – М., 1998.-с.332

15 Народонаселение Энци. Словарь / Гл. ред. Г.Г. Меликьян. М., 1994.- с.320

между их рождением, временем рождения детей. Супружеские пары и отдельные лица должны иметь для этого необходимую информацию и средства. Сюда следует отнести право на принятие ответственных решений в отношении рождения потомства. Этим правом субъекты должны иметь возможность воспользоваться без какой-то дискриминации, без применения насилия или принуждения.

Исходя из положений Программы действий по народонаселению и развитию, **репродуктивные права включают совокупность следующих прав:**

- **право человека иметь детей;**
- **право человека временно отказаться от деторождения;**
- **право человека на отказ от деторождения вовсе.**

Рассмотрим, соответствует ли этот подход тому пониманию репродуктивных прав, которое сложилось в современном Российском обществе и согласуется ли он с современными интересами России, с теми ценностями, которые провозглашены в Конституции РФ, в нормах семейного законодательства? Следует ли Российской Федерации с готовностью воспринимать идеи «сексуального просвещения», всеобщего «планирования семьи», «отложенного родительства», «женской и мужской стерилизации»?

Известно, главные демографические процессы, которые формируют население России, такие как рождаемость, миграция, смертность населения, не показывают устойчивой положительной динамики. Сокращение числа россиян, начавшееся в 1992 г., происходило многие годы. Это сокращение привело к тому, что за десять лет, прошедшие после развала СССР, т.е. к концу 2001 года население России сократилось на 4,4 млн. человек... Сегодня чиновники громко кричат об увеличении рождаемости. Однако, анализ статистических данных показывает, что прирост населения осуществляется в основном за счет тех регионов, в которых население исповедует ислам. Остановившись на вопросе о долгосрочном прогнозе в

демографической области, отметим, что Россия очень быстро утрачивает свое место в мировой демографической иерархии. Так, если в 1950г. доля собственно России в численности населения мира составляла более 4%, то по прогнозам к 2050 это будет 1,1%.¹⁶

19 ноября 1996 г. Комитетом министров Совета Европы была принята Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины¹⁷. Анализируя содержание этого документа, следует отметить, что непосредственно о суррогатном материнстве в ней ничего не сказано, однако она стала первым в области здравоохранения обязательным правовым документом общеевропейского уровня, направленным на защиту человека от тех возможных злоупотреблений, которые связаны с применением новых биологических и медицинских процедур и методов.

Некоторые директивы, вытекающие из рекомендаций Парламентской Ассамблеи Совета Европы, регулируют применение методов искусственного оплодотворения в международном праве.

Приведенные доводы являются основанием для разработки национальной концепции репродуктивных прав в рамках действующей Конституции РФ. Эта концепция должна учитывать интересы Российского государства и русской нации в целом. Она должна учитывать и закреплять репродуктивные права как поощряемые государством, гарантированные и охраняемые им, возможности для продолжения рода, для воспроизводства населения, в том числе и за счет средств «планирования семьи». Концепция не должна быть нацелена на сокращение численности населения.

В действующем законодательстве России отсутствует закрепление репродуктивных прав граждан на конституционном уровне. Отсутствует и

¹⁶ Население России 2001 Девятый ежегодный демографический доклад 0 Под ред. А.Г.Вишнековского.- М.-с.194

¹⁷ См.: Конвенция Совета Европы от 4 апреля 1997 г. N 164 о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине. Овьедо // URL: <http://www.infopravo.by.ru>.

единый нормативный документ, который бы регулировал область общественных отношений. Однако, ряд конституционных норм следует рассматривать как основу для формирования российской национальной концепции репродуктивных прав.

Из анализа действующих нормативных правовых актов следует вывод о том, что **в Российской Федерации сложилась правовая основа для закрепления понятия репродуктивных прав как гарантированных, поощряемых и поощряемых государством возможностей для продолжения рода. Это определение принципиально отличается от сложившегося в международной практике понимания этой категории.**

Считаем, что следует определить понятие репродуктивных прав как прав, связанных с реализацией разных аспектов деторождения (продолжения рода), включая, принятие решения о зачатии ребенка, определение числа детей, интервалов между рождением детей. Через реализацию репродуктивных прав происходит осуществление права на жизнь, закрепленного в Конституции РФ.

Субъектом репродуктивных прав является физическое лицо, которое способно продолжить род. Объектом репродуктивных прав является деторождение как высочайшее благо.

Далее определим содержание репродуктивных прав. Оно включает:

1. законную защиту репродуктивных возможностей человека,
2. содействие со стороны государства реализации этих возможностей.

Защита репродуктивных возможностей подразумевает наличие обязанности Российской Федерации реализовывать необходимую совокупность мер экономического, научного, медицинского, социального, культурного, санитарно-эпидемиологического характера, которые направлены на сохранение и укрепление репродуктивного здоровья человека.

Что же следует понимать под термином: содействие реализации репродуктивных прав? Полагаем, что государство должно принять на себя обязанность формировать демографическую политику, основанную на

изменении положения в иерархии социальных институтов молодого человека, на возрождении духовных и нравственных традиций русской семьи, на закреплении истинной ценности человеческой жизни, материнства и отцовства.

Главной гарантией совершения гражданином правомерных действий, направленных на осуществление репродуктивного права является процесс самостоятельного регулирования личностью своего поведения.

Механизм реализации репродуктивных прав включает также гарантии их реализации и охраны. Гарантии реализации включают нормы, во-первых, непосредственно закрепляющие эти права, во-вторых, формулируют основные условия их реализации.

Полагаем, что нормативное закрепление репродуктивных прав, должно быть именно в Конституции РФ. Для этой цели статью 38 Конституции РФ можно было бы дополнить следующей фразой: ***«Право на продолжение рода гарантируется и поощряется государством».*** Таким образом, ***статья 38 Конституции РФ должна быть сформулирована :***

1. Право на продолжение рода гарантируется и поощряется государством.

2. Материнство и детство, семья находятся под защитой государства.
3. Забота о детях, их воспитание - равное право и обязанность родителей.
4. Трудоспособные дети, достигшие 18 лет, должны заботиться о нетрудоспособных родителях.

К нормам, которые формируют основные условия для реализации репродуктивных прав, следует отнести ст.ст.20 - 22 Конституции РФ, в которых закреплено право на жизнь, право на свободу и право на личную неприкосновенность, а также ст.19 Конституции РФ, в которой провозглашен принцип равноправия.

Отметим, что в ст. 45 Конституции РФ закреплено положение о гарантии государственной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Таким образом будет осуществляться охрана репродуктивных прав населения.

Действующее сегодня законодательство Российской Федерации в полной мере не учитывает современные достижения науки. Это может повлечь возможность злоупотреблений, связанных с жизнью человека.

1.3. Международно-правовое регулирование репродуктивных прав человека

В Декларации прав ребенка понятие "ребенок" применяет к человеческому существу не только после появления на свет, но и еще до этого момента. Так в преамбуле говорится, что "ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту. Эта защита осуществляется как до, так и после рождения ребенка.»¹⁸

В п. 1 ст. 4 Американской конвенции о правах человека содержится формулировка, устанавливающая следующее положение: "Каждый человек имеет право на уважение к его жизни. Это право защищается законом и, как правило, с момента зачатия.»¹⁹

В ст. 1 Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. устанавливается, что "ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста".²⁰

В ст.18 Конвенции Совета Европы о защите прав человека и достоинства человеческого существа при использовании достижений биологии и медицины говорится:

- в случаях, если законом разрешается проведение исследований на

18 Declaration of the Rights of the Child, провозглашена Резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г. URL: <http://www.un.org/russian/document/declarat/childdec.htm>

19 American Convention on Human Rights (принята в Сан-Хосе, Коста-Рика 22 ноября 1969 г.). URL: http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr.html.

20 Convention on the Rights of the Child. Принята Резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 г. URL: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>

эмбрионах in vitro, то закон должен обеспечивать эффективную надлежащую защиту эмбрионов.

- запрещено создавать эмбрионы человека в исследовательских целях."²¹

В 1987 г. Всемирной медицинской ассоциацией было принято Заявление об искусственном оплодотворении и трансплантации органов. В этом Заявлении содержится призыв ко всем врачам "действовать с соблюдением этических норм, проявляя должное уважение... к эмбриону со времени его зарождения".²²

В Конституциях ряда государств закреплены похожие нормы. Так, например, в ст. 6 Конституции Чешской Республики закреплено, что: "Каждый имеет право на жизнь. Человеческая жизнь достойна охраны уже до рождения".²³ Ст.15 Конституции Словацкой Республики повторяет ту же формулировку.

Согласно поправке в ст. 40 Конституции Ирландии, которая была внесена в 1983 году государство "признает право на жизнь нерожденного ребенка наравне с правом на жизнь его матери, гарантирует в своих законах уважение, защищает и поддерживает настолько, насколько это возможно, своими законами это право".²⁴

В соответствии с государственной программой страхования здоровья детей (SCHIP), которая была принята в 2002 г. в США, ребенок понимается как "индивидуум в возрасте до 19 лет, включая период с зачатия до

21 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Принята 4 апреля 1997 года в г. Овьедо. URL: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/164.htm>

22 World Medical Association Statement on In Vitro Fertilization and Embryo Transplantation. Принята XXXIX Ассамблеей ВМА в октябре 1987 г. в Мадриде. URL: <http://www.wma.net/e/policy/e5.html>

23 Ustava Ceske republiky ze dne 16. prosince 1992 ustavni zakon c. 1/1993 Sb. ve zneni ustavniho zakona c 347/1997 Sb., 300/2000 Sb., 448/2001 Sb., 395/2001 Sb. a 515/2002 Sb. URL: <http://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html>.

24 URL: <http://www.constitution.org/cons/slovakia.txt>

рождения" -

В США сложилась судебная практика по интересующему нас вопросу. Отметим, что право на жизнь еще нерожденного ребенка признается и защищается лишь после имплантации эмбриона. Высшую степень защиты получает плод жизнеспособный, то есть способный самостоятельно существовать вне материнского организма, даже если его жизнь поддерживается искусственно. Право эмбрионов на жизнь до имплантации судебной практикой отрицается.

Примером такого пренебрежительного отношения является решение Верховного суда штата Нью-Джерси, принятое в 2001 г. В решении поддержано право одному супругу запретить другому супругу распоряжаться криоконсервированными эмбрионами. Решением запрещено имплантировать эмбрионы суррогатной матери по желанию только одного супруга. Право женщины, фигурирующей в деле под инициалами J.V., отказаться от материнства возоблагодало над правом мужчины на отцовство. Принимая решение суд принял во внимание, что истец уже являлся отцом, так как у пары родилась дочь за шесть месяцев до расторжения брака, а также то, что муж может еще иметь детей, которые будут зачаты естественным путем.

В решении суда сказано: "Как правило, желание одной из сторон отказаться от продолжения рода должно превалировать. Право бывшего мужа на продолжение рода не утрачивается, если ему будет отказано в возможности использовать или донировать эмбрионы. Бывший супруг уже является отцом и способен стать отцом в будущем, как естественным способом, так и посредством оплодотворения *in vitro*."

В то же время право бывшей жены на отказаться от продолжения рода может быть нарушено в том случае, если имеющиеся эмбрионы будут использованы. В случае успешной имплантации суррогатной матери беременность может закончиться рождением ее собственного биологического ребенка и это повлечет за собой долгосрочные негативные психологические последствия". Следовательно, супруги, включая бывших,

могут определить судьбу своих эмбрионов только при условии взаимного согласия. Суд не рассматривал право эмбрионов на рождение, а рассматривал эмбрионы как неодушевленную вещь, которая находится в совместном владении бывших супругов. В удовлетворение иска матери и вопреки воле отца, эмбрионы были уничтожены.²⁵

Похожее решение в 1992 г. было принято Верховным судом штата Теннесси. Суд рассматривал дело «Дэвиса против Дэвиса». Посчитав, что раз жизнь человека начинается в момент зачатия, то суд признал право распоряжаться замороженными эмбрионами за истицей, которая отстаивала их право на рождение и, соответственно, свое право на материнство. Однако, Верховный суд решил, что поскольку женщина вправе свободно прервать беременность на сроке до трех месяцев, признал, что эмбрионы не являются людьми, поэтому ни федеральными, ни местными законами не защищаются и, соответственно, не имеют права на рождение.²⁶

Суррогатное материнство в США воспринимается неоднозначно, более того, в некоторых штатах оно законом запрещено. Так, в штатах Нью-Йорк и Мичиган договоры о суррогатном материнстве запрещены полностью. В других штатах, например, в штате Вирджиния, договоры о суррогатном материнстве разрешены, однако, подлежат императивной регламентации. В этом штате запрещены коммерческие соглашения о суррогатном материнстве.²⁷

Суд указал, что эмбрион не может рассматриваться как человек, потому что он не развил еще черты, присущие личности... Более того, биологический потенциал эмбриона может быть никогда не реализован. Если следовать приведенной логике, то и родившийся ребенок тоже не может являться человеком, так как это еще не личность в полном смысле слова. В силу особой уязвимости новорожденный может скончаться в любой момент,

25 State Children's Health Insurance Program. 2002. P. 61974

26 The New York Times, 15 августа 2001 г. Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992).

27 См.: Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Бек, 1996. С. 137.

не реализовав свой человеческий потенциал!

Суд постановил, что человеческие эмбрионы не являются ни людьми, ни чьей-либо собственностью. Они занимают некоторое промежуточное положение, дающее им право на уважительное отношение, так как из них может развиваться человеческая жизнь.

В решении суда сказано, что "споры по распоряжению эмбрионами, которые зачаты в результате экстракорпорального оплодотворения, должны разрешаться с учетом предпочтения родителей. Если же желание родителей невозможно однозначно установить или между родителями ведется спор, то должно быть исполнено их прежнее соглашение относительно судьбы эмбрионов.

Если соглашения не существовало, то следует взвешивать интересы сторон по использованию или об отказе от использования эмбрионов. Обычно должны учитываться интересы стороны, не желающей продолжения рода, если, у другой стороны имеется реальная возможность стать биологическим родителем, не прибегая к использованию рассматриваемых эмбрионов. Если отсутствует другая реальная альтернатива, то учитываются аргументы в пользу наступления беременности с использованием этих эмбрионов".²⁸

В деле "Касс против Касс" соглашение, подписанное супружеской парой в репродуктивной клинике, предусматривало, что если супруги не смогут прийти к согласию относительно судьбы замороженных эмбрионов, то их можно будет использовать для дальнейших научных исследований. После расторжения брака миссис Касс захотела использовать эмбрионы для имплантации. Апелляционный суд Нью-Йорка решил, что заключенное соглашение было достаточно ясным и должно быть соблюдено.²⁹

В деле "A.Z. против B.Z." тоже было рассмотрено письменное соглашение, в котором указано, что в случае расторжения брака эмбрионы

²⁸ Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992).

²⁹ Kass v. Kass (98 N.Y. Int. 0049).

должны быть переданы жене. Жена в соответствии с указанным соглашением захотела продолжить репродуктивную программу, но этого не захотел ее бывший супруг. Несмотря на то, что было заключено письменное соглашение, Верховный суд штата Массачусетс пришел к выводу, что это соглашение не должно быть исполнено, в связи с тем, что в интересах общества "нельзя силой закона заставлять человека стать родителем". Наоборот, должна предполагаться "свобода личного выбора в вопросах женитьбы и семейной жизни".³⁰

В 2006 г. в Ирландии рассматривалось дело "MR против TR". Женщине отказали в праве использовать три ее криоконсервированных эмбриона вопреки желанию ее бывшего супруга. В заявленном иске бывшая жена сослалась на п. 3.3 ст. 40 Конституции Ирландии, указав, что защита жизни "нерожденных", которая гарантирована государством, распространяется и на эмбрионы, находящиеся вне матки. Верховным судом Ирландии вынесено решение, в котором указано: эмбрионы права на жизнь не имеют и не могут находиться под защитой закона в связи с тем, что "те лица, которые голосовали за принятие этой статьи Конституции, не предполагали, что термин "нерожденный" может относиться к чему-либо еще помимо плода в матке женщины"³¹.

Рассмотрим еще одно решение, принятое израильским судом в 1996 г. по делу "Начмани против Начмани". Супружеская пара из Израиля, которая не могла завести ребенка естественным способом, решила воспользоваться помощью суррогатной матери. Супруги не подписали соглашения, определяющего судьбу их 11 криоконсервированных эмбрионов в случае расторжения брака. Однако, до переноса эмбрионов суррогатной матери пара расторгла брак и бывший муж, который самостоятельно, естественным путем стал к тому времени отцом, выступил против использования эмбрионов.³²

30 A.Z. v. B.Z. (2000, 431 Mass. 150; 725 N.E. 2d 1051)

31 M.R. v T.R. and Others [2006] IEHC 359 (15 November 2006)

32 Nachmani v. Nachmani. 50(4) P.D. 661 (Isr).

Суд, посчитав, что муж имеет не больше прав на отзыв своего согласия на осуществление репродуктивной программы, чем при обычном половом контакте, приведшем к зачатию, принял решение в пользу бывшей жены. Однако, Верховным судом Израиля указанное решение было отменено в связи с тем, что человека нельзя заставить, чтобы стать родителем. Однако рассматривая дело повторно расширенным составом, Верховный суд принял решение в пользу жены. В решении суд в качестве аргумента указал, что интересы женщины (особенно при отсутствии у нее других возможностей стать матерью родного ей по крови ребенка), являются более значимыми, чем право ее бывшего супруга отказаться от отцовства.

Абсолютно противоположное решение было принято английским судом по делу Натали Эванс (Natallie Evans), которая в суде отстаивала свое право на материнство. В 2000 г. она вместе с женихом Говардом Джонстоном (Howard Johnston) обратилась в клинику репродукции с целью завести ребенка. При проведении обследования у пациентки выявлен рак яичников. До их удаления врачам удалось извлечь несколько яйцеклеток и оплодотворить их спермой мистера Джонстона. В результате получилось шесть эмбрионов, которые были криоконсервированы. Эти эмбрионы стали для миссис Эванс единственной возможностью завести собственного ребенка. Однако вскоре Натали и Говард расторгли брак и Джонстон отозвал свое согласие на дальнейшее использование общих эмбрионов. Тем самым его бывшая невеста была лишена шанса стать матерью.

Мистер Джонстон заявил: "Когда мне иметь детей - и иметь ли их вообще – вправе решать только я". Более того, мистер Джонсон к этому времени уже стал отцом ребенка, которого родила другая женщина. Дело рассматривалось в разных судебных инстанциях. Учитывая, что по действующему законодательству любая из сторон может отозвать свое положительное решение на проведение репродуктивной программы до момента переноса эмбрионов, то в иске Эванс суд отказал.

После этого Натали вынуждена была обратиться в Европейский суд по

правам человека в Страсбурге. В иске она ссылалась на то, что решением суда нарушены такие фундаментальные права человека, в частности, право на уважение личной и семейной жизни и право на свободу от дискриминации, которые предусмотрены в ст. 8 и ст. 14 Европейской конвенции по правам человека. Натали просила суд ответить на вопрос: имеют ли человеческие эмбрионы право на жизнь в соответствии со ст. 2 вышеуказанной Конвенции.³³

Было принято решение, что даже в этих чрезвычайных обстоятельствах, ее право на семейную жизнь и на свободу от дискриминации не может быть реализовано так как мистер Джонстон отозвал свое ранее данное согласие. Европейский суд постановил, что эмбрионы не имеют права на жизнь.³⁴

Позднее, в 2007 г. Большое жюри Европейского суда по правам человека поддержало принятое решение большинством голосов. В решении указано следующее: "Принимая во внимание все обстоятельства дела, включая то, что в Европе отсутствует консенсус по этому вопросу, большое жюри не полагает, что право истицы на уважение ее решения стать матерью в генетическом смысле, должно иметь больший вес, чем право мистера Джонстона на уважение его воли не иметь с истицей общих детей". Как итог, эмбрионы Натали Эванс уничтожены, хотя могли бы стать ее детьми.³⁵

В Австрии, Италии и в Эстонии согласие мужчины на осуществление репродуктивной программы может быть отозвано в любой момент, но только до осуществления оплодотворения *in vitro*. После этого момента решение о продолжении программы принимает женщина. В Венгрии за женщиной закреплено право распоряжаться эмбрионами в случае, если произошло расторжение брака или наступила смерть супруга (если сторонами не подписано предварительное согласие, исключающее такую возможность). В Испании закреплено право мужчины отозвать согласие только в том случае,

33 Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 1990

34 *Evans v. The United Kingdom* (application no 6339/05) от 7 марта 2006 г

35 *The Telegraph*, выпуск от 11 апреля 2007 г.

если пара состоит в зарегистрированном браке и проживает совместно.³⁶

В 2000 г. в Ирландии сформирована комиссия, в задачу которой входило получение рекомендаций в области оплодотворения *in vitro*. В 2005 г. комиссия опубликовала вывод, что "эмбрионы, которые были созданы посредством ЭКО, не могут находиться под защитой закона до того момента, пока их не перенесли в тело человека. На этой стадии они получают тот же уровень защиты, что эмбрионы, сформировавшиеся *in vivo*"³⁷.

В ряде международных документов декларируется принцип необходимости охраны человеческой жизни с момента зачатия. На практике человеческая жизнь начинает охраняться правовыми нормами с момента рождения ребенка и лишь в какой-то ограниченной степени с момента наступления беременности. К человеческим эмбрионам до момента их переноса в организм матери относятся как к вещи, находящейся в совместной собственности родителей. Тем самым отрицается наличие их права на жизнь и на рождение. Реализация этих прав ставят в зависимость от совместного согласия родителей - заказчиков репродуктивной программы.

Следовательно, декларируемые принципы святости человеческой жизни с момента зачатия, как правило, остаются только лишь на бумаге. Права эмбриона на жизнь и на рождение, как правило, формальны и непоследовательны.

Мы полагаем, что после создания эмбрионов родители - заказчики репродуктивной программы не должны иметь право отозвать свое согласие. Если имеется разногласие между родителями - заказчиками репродуктивной программы относительно судьбы их криоконсервированных эмбрионов, то предпочтение следует отдать тому родителю, который хотел бы продолжить участие в репродуктивной программе с целью рождения у него ребенка. В случае, если продолжения программы не хочет женщина, может быть использована программа суррогатного материнства. В то же время, мы

³⁶ Закон о защите эмбрионов. В редакции, опубликованной 13 декабря 1990 г. - BGBL. I.S. 2746, с изменениями по ст. 22 Закона от 23 октября 2001 г. (BGBL. I.S. 2702)

³⁷ Report of The Commission on Assisted Human Reproduction, 2005

полагаем, что второй родитель, который не желает продолжения указанной программы, не должен нести родительские права и обязанности в отношении ребенка, который родится в результате ее реализации.

ГЛАВА 2 ПРАВО НА ЖИЗНЬ

2.1. Юридический факт – рождение ребенка

Каким юридическим фактом является рождение ребенка: событием или действием? Шестьдесят лет назад профессор О.А. Красавчиков, анализируя этот вопрос однозначно ответил на него: рождение ребенка бесспорно должно рассматриваться в качестве события (хоть и относительного), т.е. юридического факта, возникновение которого фактически не зависит от воли и действий людей.³⁸

Развитие медицинской науки, все более широкое применение методов искусственной репродукции человека заставляет юристов решать комплекс абсолютно новых этико-правовых вопросов, ставит лицом к лицу перед необходимостью выработки принципиально новых правовых подходов.

При этом вопросы возникают все более сложные, не имеющие аналоговых решений, однако затрагивающие человеческие судьбы сейчас или в будущем.

Зарождение человеческой жизни вне человеческого организма, замораживание половых клеток и эмбрионами, изменение генетических характеристик на ранних стадиях развития эмбриона, зачатие детей после смерти их родителей, создание эмбрионов в медицинских и исследовательских целях — это лишь некоторые новейшие достижения в области биомедицины, требующие немедленного правового решения. На практике они уже стали реальностью сегодняшнего дня.

Все это стало одной из причин активного развития медицинского права в последние годы. Принципиально важным является вопрос о правовом статусе эмбриона человека.

Как пишет М. Мошкович, на сегодняшний день совершенно не определен правовой статус донорского материала и созданных в результате

³⁸ См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958.

искусственного оплодотворения эмбрионов. Однозначно определено лишь то, что действие Закона РФ от 22.12.92 № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека» на перечисленные выше объекты не распространяется.³⁹

Сегодня в праве существуют два диаметрально противоположных подхода: одни ученые полагают, что эмбрион - субъект права, полноправный участник правоотношений, приравненный к человеку. Соответственно он обладает правоспособностью с момента зачатия.

Другие относятся к эмбриону как к объекту права, как к части организма матери, приравненному к органам и тканям человека; как к системе клеток и тканей материнского организма, как к вещи, по поводу которой могут возникнуть правоотношения имущественного характера.

В подтверждение своей позиции они приводят главный довод – положения действующей Конституции РФ, согласно которой человеческий эмбрион не является носителем права на жизнь, поскольку в п. 2 ст. 17 провозглашается: «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения».

Существуют также различные позиции в отношении момента начала охраны человеческой жизни в законодательном порядке. Представитель каждой позиции руководствуются своими доводами, приводят свои аргументы в подтверждение позиции. Каждая позиция имеет свои особенности. Так, абсолютистская позиция основывается на абсолютной ценности человеческого эмбриона на всех этапах развития. Либералы полагают, что эмбрион имеет незначительную ценность или вообще ее лишен. Приверженцы умеренной позиции связывают возникновение у эмбриона права на жизнь с определенным уровнем развития или достижением жизнеспособности.

³⁹ Мошкович М. Правовое положение эмбрионов в современном праве России // Молодой ученый. — 2012. — №2. — С. 202-204.

В российской юридической науке наиболее авторитетными учеными высказывается мнение о том, что правосубъектность человеческого организма возникает при условии его живорождения. Однако тогда встает вопрос о том, что понимать под рождением, так как законодательство в этой области достаточно противоречиво.

В данной главе проанализируем позиции, высказанные в отечественной правовой науке по обсуждаемой проблеме и проанализировать зарубежную судебную практику в целях выработки и обоснования своей собственной позиции.

В связи с появлением вспомогательных репродуктивных технологий (в первую очередь технологии суррогатного материнства) для возникновения такого события стало необходимо произвести достаточно большой объем действий. Действия эти производятся участвующими сторонами и носят как медицинский, так и правовой характер. «Рождение человека является юридическим фактом - событием, с которым связано соответственно возникновение права на жизнь, а также других неимущественных и имущественных прав», - указывает в своей работе профессор М.Н.Малеина.⁴⁰

Гражданская правоспособность неотделима от факта существования человека. В ст.17 ГК РФ указано, что правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается смертью.

Факт рождения ребенка можно рассматривать с разных точек зрения:

- с медицинской,
- с юридической,
- с моральной.

Рассмотрим только юридический аспект. В юридическом смысле рождение - обозначает момент, когда ребенок перестает находиться в утробе матери, быть ее частью. Ребенок становится самостоятельным человеком,

⁴⁰ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан. Понятие, осуществление, защита. М., 2000, с.57

обретает правоспособность. Д. И. Мейер указывает, что рождение - акт отделения младенца от чрева матери; исходный пункт, с которого начинается физическая личность. Начало самостоятельного бытия маленького человека - начальный момент и его правовой жизни.

Продолжительность жизни фактически не влияет на правоспособность ребенка: даже одной минуты жизни достаточно, чтобы родившийся малыш считался субъектом права. Поэтому, по мнению Д. И. Мейера, способность к жизни не существенна для признания новорожденного младенца физическим лицом.⁴¹

В. В. Борисов в своих трудах, рассуждая над проблемами правоспособности новорожденных детей, указывает: «В момент рождения гражданин приобретает весь объем правоспособности. Таким образом, комплекс правомочий на потенциальное обладание гражданскими правами возникает у каждого гражданина в момент рождения сразу, однако право на их реализацию возникает только в момент приобретения необходимого объема дееспособности для совершения определенного рода юридически значимого действия».⁴²

Очевидно, что родившийся и неродившийся еще ребенок - это лишь стадии развития человека. В последние годы в науке началась и активно ведется полемика по поводу того, необходимо ли внести поправки в Гражданский кодекс РФ. Главная мысль предполагаемых поправок заключается в определении принципиально нового момента, с которого должна начинаться правоспособность гражданина. Ряд ученых полагает, что правоспособность начинается не с момента рождения ребенка, как об этом сказано в ст. 17 ГК РФ, а с момента его зачатия. Обосновывая свою позицию, они приводят, ряд доводов, в частности, о фактическом, хотя и частичном признании действующим законодательством правоспособности зачатых, но

41 Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 100, 101

42 Борисов В. В. Гражданско-правовая категория правоспособности гражданина и особенности ее содержания в современном гражданском праве // Общество и право. 2010. № 2. С. 14.

не рожденных лиц. Законом за ними признается право приобретения наследства (ст. 1116 ГК РФ).

Из этого исследователи делают вывод о том, что отдельные элементы содержания гражданской правоспособности возникают не в момент рождения человека, а значительно раньше, а значит можно говорить о наличии частичной правоспособности граждан, возникающей до рождения.

Однако мы полагаем, что законодательное признание правоспособности за зачатым, но еще не родившимся ребенком вряд ли сможет явиться надежной гарантией охраны его прав и законных интересов. Так абсолютно непонятно: с каким моментом будет связываться возникновение правоспособности зачатого ребенка. Очевидно, что зачастую момент зачатия определить точно невозможно. Факт наступления беременности устанавливается только спустя несколько недель, следовательно, согласиться с позицией и предложением А. В. Чуева невозможно. Автор в своих рассуждениях пошел еще дальше, предложив момент зачатия отнести к актам гражданского состояния, который подлежит обязательной государственной регистрации. С его точки зрения, момент возникновения правоспособности необходимо регистрировать.

Далее А.В. Чуев предложил внести соответствующие дополнения в ст. 47 ГК РФ. Приняв это предложение, мы начали бы регистрировать граждан в качестве правоспособных субъектов, находящихся еще в материнской утробе. Причем, такую регистрацию следует осуществлять на разных сроках беременности, а часть – уже после появления ребенка на свет.⁴³

Многие ученые - теоретики заявляют о том, что первым и главным юридическим фактом рождения человека является первый вдох или первый

43 См.: Предложение о внесении поправок в ГК Российской Федерации в части, касающейся возникновения и прекращения правоспособности физических лиц (интервью с депутатом Государственной Думы, заместителем председателя Комитета по общественным объединениям и религиозным организациям А. В. Чуевым) // Нотариус. 2004. № 2. С. 45-48

крик родившегося ребенка. Однако, дети, даже здоровые, могут не кричать при рождении. Поэтому критерий начала правоспособности с первого крика ребенка также нельзя считать полноценным и обоснованным.

Ребенок родился, он уже может издавать звуки, дышит, проявился ряд других признаков существования. Однако еще отсутствуют какие-либо документальные подтверждения того, что ребенок существует. Является ли он в это время правоспособным?

Основополагающим естественным правом человека является право на жизнь. Именно это право лежит в основе всех других прав. Однако когда право на жизнь возникает: с момента рождения или раньше? Если раньше, то на каком сроке беременности? Возможно ли вообще говорить о праве эмбриона на жизнь? Имеет ли человек право на рождение?

Обратимся к Конституции РФ: п. 2 ст. 17 сказано: «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения». Никаких конституционных прав, в том числе гарантированного ст. 20 Конституции РФ права на жизнь, у эмбриона нет.

Однако, в современных исследованиях имеют место различные позиции в отношении того, когда же наступает момент начала охраны человеческой жизни в законодательном порядке.

Одни исследователи (В.А. Голиченков и Д.В. Попов) полагают, что эмбрион - субъект права, полноправный участник правоотношений и приравнивают его к человеку. По мнению сторонников этой точки зрения, жизнь начинается с момента зачатия, а раз началась жизнь, то она уже нуждается в охране и защите. Соответственно необходимо запретить прерывание беременности.⁴⁴

К.Н. Свитнев считает, что в соответствии с христианскими взглядами эмбрион на всем протяжении своего развития необходимо рассматривать как человеческое существо, которое обладает правом на жизнь с момента

⁴⁴ Голиченков В.А., Попов Д.В. Завкафедрой эмбриологии МГУ: Эмбрион не может заявить свои права, это можем сделать мы // <http://www.pravmir.ru>

зачатия, то есть, слияния мужской и женской гамет, благодаря которому образуется зигота с единым ядром, которая содержит уникальную программу, определенную в момент зачатия развития будущего человека. Далее автор говорит о том, что эмбрион является абсолютной ценностью и обладает правом на жизнь, которое возникает с момента зачатия. Эмбрион должен быть обеспечен защитой со стороны государства на всех стадиях развития.⁴⁵

Сторонники умеренной позиции считают, что «оплодотворенная яйцеклетка развивается в человеческое существо постепенно и эмбрион имеет значительную, но не абсолютную ценность». Авторы, придерживающиеся данной позиции, указывают, что эмбрион имеет право на жизнь, когда он достигнет определенного уровня развития, или жизнеспособности. Однако единого мнения том, с какого момента это происходит, среди них не существует.

Так некоторые исследователи, рассматривая проблему правосубъектности человеческого эмбриона, разбираются в вопросе о том, когда плод человека приобретает способность чувствовать.

Ученые зафиксировали первые движения плода на шестой неделе развития. С этого времени плод начинает реагировать на прикосновения. На десятой неделе в нервных волокнах спинного мозга обнаруживаются первые нейромедиаторы и регистрируется активность ствола головного мозга.

На основании электрофизиологических и иммуногистохимических данных исследователи считают, что плод человека начинает чувствовать в возрасте восемнадцати недель, однако способность переработать полученные ощущения не обнаруживается у плода вплоть до тридцатой недели развития. Этот срок предлагается считать границей между плодом и

45 К.Н.Свитнев Юридический статус эмбриона в международном праве: правоприменительная практика // "Медицинское право", 2009, №3

человеческим существом и с этого времени предлагается считать эмбрион субъектом права.⁴⁶

Некоторые исследователи предлагают признать правосубъектность эмбриона после 12 недель внутриутробного развития. В качестве аргументов авторы приводят два довода:

- на данном этапе эмбрион приобретает человеческий облик;
- эмбрион становится жизнеспособным;
- производство аборта в более поздние сроки может угрожать здоровью женщины.

Имеет место точка зрения, согласно которой так как способность плода реагировать на раздражение или боль наблюдается уже на сроке в семь недель, то следует рассматривать статус эмбриона как личность, начиная с этого времени.

Исследователи, поддерживающие позицию о праве эмбриона на жизнь, заявляют, что «жизнь эмбриона - это реальная данность, которая должна обосновывать наличие его правовой защиты»; «начало жизни человека должно определяться с момента зачатия»; «биологическая жизнь восходит своим началом к эмбриональному состоянию человеческого организма, а социальная жизнь человека начинается с момента его рождения»; «жизнь человеческого эмбриона обладает... той значимостью, которая дает основание для ее защиты...». Однако, ни один из них не предложил реальных способов защиты прав эмбриона, кроме провозглашенных лозунгов и предложения дополнить ч.2 ст. 20 Конституции РФ положением о том, что «Государство гарантирует охрану человеческой жизни с момента зачатия».

Сторонники либеральной точки зрения основывают свою позицию на положениях натуралистическо-материалистической антропологии. Человек, полагают ее сторонники, – это «психоматериальная целостность», которая осознает сама себя, поэтому «на любой стадии развития эмбрион не может

46 Статус эмбриона // family-abc.ru/deti/item/154-status-embriona

быть определен как личность...». Эмбрион представляет незначительную ценность или даже вообще лишен какой-либо ценности и не нуждается в какой-то особой защите. Он не наделен правом на жизнь полагают сторонники этой позиции.

Другие исследователи, среди которых большинство – врачи-исследователи, полагают, что относиться к эмбриону следует как к объекту права, как к части организма матери. Эмбрион приравнивают к органам и тканям человека, к вещи, по поводу которой могут возникать имущественные правоотношения.

Мы полагаем, что "несмотря на то, что зачатый ребенок в будущем может стать субъектом права, вряд ли возможно рассматривать его в качестве обладателя правоспособности и носителя других прав до момента рождения. Субъективные права могут возникнуть только у уже реально существующего объекта". Мы полагаем, что возникновение правосубъектности зависит от факта рождения – это наиболее целесообразный подход. Н.В.Кальченко в своей работе отмечает: "Неродившийся плод, связанный с материнским организмом.. следует рассматривать как составную часть организма женщины". Женщина обладает правом определять его судьбу.

В российской юридической науке устоялось мнение о возникновении правосубъектности человеческого эмбриона при условии его живорождения. В настоящее время действует Приказ Минздравсоцразвития России от 27 декабря 2011 г. N 1687н "О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи»,⁴⁷ в котором указано, что живорождением является момент отделения плода от организма матери посредством родов при сроке беременности 22 недели и более при массе тела новорожденного 500 грамм и более (или менее 500 грамм при многоплодных родах) или в случае, если масса тела ребенка при рождении

⁴⁷ Полянина А.К. Факт беременности как основание возникновения родительских обязанностей // Семейное и жилищное право. 2012. N 1. С. 9 - 11.

неизвестна, при длине тела новорожденного 25 см и более при наличии у новорожденного признаков живорождения (дыхание, сердцебиение, пульсация пуповины или произвольные движения мускулатуры независимо от того, перерезана пуповина и отделилась ли плацента). Именно на новорожденных детей выдается медицинское свидетельство о рождении, которое выписывается для обеспечения государственной регистрации рождения ребенка в органах загса, родившегося живым.

Очевидно, что начало жизни человека следует определять с момента зачатия. Биологическая жизнь начинается с эмбрионального состояния человеческого организма. Однако, право изучает не биологию, а социальные отношения, а социальная жизнь человека начинается в момент его рождения.

Мы полагаем, что верной является позиция, высказанная российскими правоведами о том, что «несмотря на то, что зачатый ребенок в будущем может стать субъектом права, вряд ли следует рассматривать его в качестве обладателя правоспособности и других прав еще до рождения».48 Очевидно, что субъективные права могут возникнуть только у уже реально существующего объекта. Поэтому наиболее целесообразной с точки зрения права является позиция, закрепляющая зависимость возникновения правосубъектности от факта рождения. Неродившийся плод, который связан с организмом матери, следует рассматривать как составную часть организма женщины. Действующее законодательство позволяет матери определить его судьбу.

Человек становится субъектом права только с момента рождения. Таким образом, субъективные права личности возникают только после рождения. Эмбрион не может быть признан субъектом права, плод, находящийся в материнской утробе, не может считаться физическим лицом.

48 Приказ Минздравсоцразвития России от 27 декабря 2011 г. N 1687н "О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи» //СИС
Консультант Плюс

Мы полагаем, что верной является позиция о том, что «несмотря на то, что зачатый ребенок в будущем может стать субъектом права, вряд ли следует рассматривать его в качестве обладателя правоспособности и других прав еще до рождения».49

Очевидно, что субъективные права могут возникнуть только у уже реально существующего объекта. Поэтому наиболее целесообразной с точки зрения права считаем позицию, закрепляющую зависимость возникновения правосубъектности от факта рождения. Неродившийся плод, который связан с организмом матери, следует рассматривать как составную часть организма женщины. Российское действующее законодательство позволяет матери определить его судьбу.

Человек становится субъектом права только с момента рождения. Таким образом, субъективные права личности возникают только после рождения. Эмбрион не может быть признан субъектом права, плод, находящийся в материнской утробе, не может считаться физическим лицом.

2.2 Право ребенка на получение идентифицирующей информации при применении вспомогательных репродуктивных технологий

Количество детей, рожденных с применением вспомогательных репродуктивных технологий, в мире исчисляется тысячами.

Одним из самых сложных вопросов, с которым сталкиваются участники отношений является сохранение охраняемых государством тайн, связанных с рождением ребенка в результате применения методов искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона, прежде всего, это касается тайны биологического происхождения ребенка. Согласно ст. 35 ФЗ РФ «Об основах охраны здоровья граждан» сведения о проведенных

49 Малеина М. Н. О праве на жизнь / М. Н. Малеина // Государство и право. 1992. № 12. С. 56.

искусственном оплодотворении и имплантации эмбриона, а также о личности донора составляют врачебную тайну.

В Российской Федерации правам ребенка на идентифицирующую информацию уделяется только косвенное внимание. Так согласно ст.54 Семейного кодекса РФ несовершеннолетний ребенок вправе знать своих родителей, совместно с ними проживать и получать заботу с их стороны. Без сомнения в статье речь идет о биологических родителях. Мы полагаем, что право на получение идентифицирующей информации несколько шире, чем право знать своих родителей и включает право знать своих генетических родителей, независимо от правовой связи с ними.

Необходимо ли ребенку предоставлять такую идентифицирующую информацию, затрагивающую вопросы его происхождения. По мнению З.И. Ворониной, у ребенка должно быть право получить соответствующие сведения о себе. Наличие и реализацию этого права автор связывает с реализацией государственной заботы о личности и предлагает в Конституции РФ закрепить право человека на получение идентифицирующей информации. Таким образом, по мнению Е.И. Ворониной человек имеет право знать: кто является его биологическими родителями, получить ответы на вопросы о способах своего зачатия. Да и вообще, считает автор, следует ограничивать случаи небологического родительства, а государственные усилия направлять на улучшение репродуктивного здоровья населения.⁵⁰

Полагаю, то не входит в задачу государства определение приоритетов в способах воспроизводства населения, дети, с точки зрения государства должны представлять одинаковую ценность вне зависимости от способа его зачатия и задача государства – правовое регулирование возникающих отношений, поддержка развития наиболее перспективных направлений науки, помощь в реализации репродуктивных прав каждого гражданина.

50 Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию при применении вспомогательных репродуктивных технологий // Российский юридический журнал. 2008. №1. с.11-15

Действующее законодательство закрепляет ряд прав граждан, связанных между собой и имеющих непосредственное отношение к рождению детей с применением вспомогательных репродуктивных технологий:

- право на соблюдение тайны усыновления, суррогатного материнства, донорства;
- право на сохранение личной и семейной тайны;
- право на сохранение медицинской тайны;
- право на сохранение коммерческой тайны.

Что более ценно: соблюдение всех названных тайн или право конкретного человека получить идентифицирующую информацию о своем происхождении? Полагаем, что закрепление права на получение идентифицирующей информации не требуется. Разглашение такой информации несовершеннолетнему ребенку, да и взрослому человеку, может привести к непредсказуемым психологическим последствиям, к разрыву отношений с родителями, воспитывающими ребенка, к тяжелой душевной травме. Личное право родителей, воспитавших ребенка, сообщить или не сообщать ему о том, каким способом он появился на свет. Не следует подходить к решению этого вопроса с общими шаблонами.

Права ребенка, рожденного с применением вспомогательных репродуктивных технологий, ничем не отличаются от прав ребенка, зачатие которого произошло естественным путем. Репродуктивные технологии затрагивают только права и обязанности родителей. Они регулируются в договорном порядке.

Права ребенка - это фактически права человека, закрепленные в отечественном законодательстве и принадлежащие лицам, не достигшим 18 лет. Права должны признаваться за всеми детьми без каких-либо исключений и без каких-либо различий или дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений,

национального или социального происхождения, имущественного положения, происхождения.

Ребёнок для полного и гармоничного развития его личности нуждается в любви и понимании. Он должен, когда это возможно, расти на попечении и под ответственностью своих родителей и во всяком случае в атмосфере любви и моральной и материальной обеспеченности. На обществе и на органах публичной власти должна лежать обязанность осуществлять особую заботу о детях. Ребёнок должен быть защищен от всех форм небрежного отношения, жестокости

Семейный кодекс РФ в ст.56 предусматривает право детей на защиту. Защите подлежат права и законные интересы ребенка. Понятие "законные интересы ребенка" в действующих нормативных актах не раскрывается. Однако полагаем, что под "законными интересами ребенка" следует понимать условия его благополучия*. Сферой применения этой категории является не только материальный уровень жизни ребенка, но и духовный, нравственный, возможность ребенка жить и воспитываться в семье, знать своих родителей и родственников. С этой позиции следует интересы детей рассматривать как самостоятельный объект права на защиту. Что входит в понятие законных интересов ребенка как раз определяется родителями.

В действующем законодательстве, в целях охраны прав ребенка, заботясь о его психологическом благополучии, законодательно закреплено право на сохранение и защиту тайны усыновления. Таким образом, должностные и иные лица не вправе никому (включая самого ребенка) разглашать тайну усыновления. Никакого права на получение идентифицирующей информации у усыновленного ребенка нет.

Таким образом, ребенок, появившийся на свет путем применения вспомогательных репродуктивных технологий, по объему своих прав, обязанностей, возможностей ничем не отличается от детей, появившихся на свет естественным путем. Никаких дополнительных прав, включая право на получение идентифицирующей информации при применении

вспомогательных репродуктивных технологий, по нашему мнению, у ребенка быть не должно.

ГЛАВА 3 ПРАВОВАЯ ПРИРОДА СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

3.1 История становления и развития института суррогатного материнства

Суррогатное материнство - метод применения вспомогательных репродуктивных технологий, при использовании которого женщина по взаимной договоренности с лицами, желающими воспользоваться ее услугами, во-первых, проходит процедуру имплантации эмбриона, созданного в результате ЭКО, во-вторых, вынашивает ребенка с целью родить и передать его этим лицам.

Термином "суррогатное материнство" охватываются и случаи, когда достигнуть поставленной в определении цели по какой-либо причине не удается (например, когда происходит непроизвольный аборт).

Таким образом, признаками суррогатного материнства являются следующие:

- наличие договоренности между суррогатной матерью и лицами, обратившимися к ее услугам;
- зачатие ребенка путем ЭКО и имплантация эмбриона в полость матки женщины (суррогатной матери);
- вынашивание и рождение суррогатной матерью ребенка в целях передачи его заказчикам.

Отметим, что в отличие от других способов неестественного зачатия ребенка в рассматриваемом случае появляется дополнительная сторона - суррогатная мать. Российское законодательство ставит в зависимость от волеизъявления суррогатной матери решение вопроса о судьбе ребенка.

По программе полного суррогатного материнства первый в мире ребенок родился в апреле 1986 г. у 37-летней биологической матери. 22-летняя подруга, у которой уже было двое своих детей, выносила и родила дочку. Случай имел место в г. Энн Арбор (Мичиган) в США.

В ЮАР была реализована первая суррогатная программа среди

родственников в 1987 г. 48-летняя Патрисия Антони успешно выносила и родила трех собственных внуков для своей 25-летней дочери Карэн Феррейра-Хорхе. По действовавшему на тот момент в ЮАР закону Патрисия считалась матерью тройняшек, поэтому ей пришлось отказаться от своих родительских прав в пользу дочери и зятя. Дочь и зять усыновили своих детей.

За 35 лет, начиная с 1976 г только в США родилось более 40 000 "суррогатных" детей.⁵¹

Однако, на сегодняшний день имели место несколько случаев, когда суррогатная мать отказалась передать рожденного ею ребенка генетическим родителям. Такой случай (так называемый случай "Бэби М") случился в 1988 г. в Нью-Джерси. Суррогатная мать М. Бет Уайтхед-Гоулд "передумала". Она решила оставить выношенного ей для Уильяма и Элизабет Стерн ребенка себе. После родов суррогатная мать сбежала вместе с новорожденным ребенком во Флориду. Однако, нанятые Стернами частные детективы, нашли ее. Верховный суд штата Нью-Джерси определил восстановить миссис Уайтхед-Голд в ее родительских правах как генетическую мать ребенка. Тем не менее, суд определил оставил "Бэби М" в семье Стернов, а бывшей суррогатной матери разрешил только навещать ребенка.⁵²

Однако, имели место и противоположные случаи. Родители отказывались от собственных детей, которые были рождены для них суррогатными матерями. Например, 1 декабря 2010 г. на первом российском канале обсуждался эпизод, когда 30-летняя жительница г. Ульяновска, мать двоих детей, решила стать суррогатной матерью, тем самым заработать определенную сумму денег. За вынашивание ребенка по договору Зинаида должна была получить вознаграждение в сумме около 650 тысяч рублей. Однако, супруги отказались от рожденного для них ребенка и Зинаида

51 См.: Скворцова А. Клонологу требуется суррогатная мать // URL: <http://www.gazeta.ru>
52 Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность. М.: Дело, 2000. С. 388

осталась без денег, и с чужим ребенком на руках⁵³.

Основными причинами для таких отказов могут стать: собственная беременность будущих родителей, многоплодная беременность и рождение двоен и троен, "не тот" пол ребенка, которых планировали получить, различные физические и психические дефекты, а также легкомыслие.

Первая программа суррогатного материнства в СССР была реализована в 1995 г. Суррогатной матерью стала женщина, выносившая ребенка для своей собственной дочери, которая страдала врожденным отсутствием матки. Таким образом, суррогатная мать стала мамой, и бабушкой одновременно.

Сегодня в России в области ЭКО успешно работают десятки клиник, репродуктивных центров и лабораторий. Точной статистики нет, но можно с уверенностью сказать, что за 10 лет применения этого метода родились многие сотни детей.

В частности, процедуру экстракорпорального оплодотворения можно провести и в Белгороде. В областном перинатальном центре с 2007 года работает отделение вспомогательных репродуктивных технологий, на базе которого проводят процедуру ЭКО. Также эту процедуру проводят и на базе частных клиник г.Белгорода.

3.2. Правовое регулирование суррогатного материнства в Российской Федерации

Современные медицинские технологии дают возможность иметь детей даже тем женщинам, которые по состоянию здоровья не способны самостоятельно выносить ребенка. Тем не менее, способ рождения ребенка с использованием услуг суррогатной матери вызывает много споров и может привести к наступлению множества правовых осложнений. Выше уже отмечалось, что развитие медицины последних лет столь стремительное, что

⁵³ Телепередача "Пусть говорят". Мама поневоле. 2010. 1 декабря. URL: <http://www.ltv.ru/prj/pustgovor/vypusk/01.12.2010>.

оно значительно опережает темпы разработки и принятия необходимых правовых норм. Это ведет к возможным нарушениям прав и свобод человека и гражданина.

Применение метода суррогатного материнства породило большое число вопросов морального и юридического характера.

Имели место случаи, когда суррогатные матери отказывались отдавать рожденного ими ребенка лицам, по заказу которых они его выносили и родили. Были и обратные случаи, когда родившегося больным ребенка отказывались забирать генетические родители, обосновывая свой отказ тем, что его возникшая у ребенка неполноценность вызвана пагубным влиянием организма женщины, выносившей ребенка. Таким образом проявляются юридические проблемы, которые требуют четкого правового регулирования.

С точки зрения медицинской метод суррогатного материнства достаточно четко разработан, но действующее правовое регулирование возникающих в данной сфере отношений не в полной мере отвечает нуждам практики. Действующие нормы российского законодательства, регулирующие правоотношения, складывающиеся при использовании методов искусственной репродукции, недостаточно систематизированы и спорны по существу, не все вопросы, возникающие в этой сфере, урегулированы законодательством.

Материнство и отцовство являются следствием осуществления гражданами своих репродуктивных прав, поэтому можно сказать, что **суррогатное материнство - способ преодоления женского и мужского бесплодия.**

Однако в настоящее время отсутствует законодательное определение понятия суррогатного материнства, четко не определен круг субъектов данных правоотношений, не закреплены права и обязанности сторон договора суррогатного материнства, не установлены последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, отсутствует

правовая определенность правового статуса супруга суррогатной матери, нет надлежащей защиты прав и законных интересов ребенка, который был рожден суррогатной матерью.

Законодательное определение суррогатного материнства дано в ст.55 ФЗ РФ №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан» и в п.77 Приказа Министерства здравоохранения РФ от 30.08.2012 N 107н "О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению"⁵⁴, где указано, что суррогатное материнство - вынашивание и рождение ребенка (включая преждевременные роды) по договору, который заключается между женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона (суррогатной матерью) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям.

Э.А. Иваева предлагает свое авторское определение понятия суррогатного материнства, которое она формулирует как процесс зачатия путем ЭКО (вне тела женщины), вынашивания и рождения ребенка с целью передачи его другим лицам. Это определение, однако, не указывает конкретно кому именно в дальнейшем будет передан рожденный ребенок. Это придает определению некоторую размытость, так как могут иметь место случаи, когда женщины, вынашивающие ребенка, хотели бы после рождения ребенка отказаться от него, передать другим лицам. Эти отношения не могут быть суррогатным материнством. Кроме того, под суррогатным материнством следует понимать кроме зачатия и вынашивания, процесс рождения. Под данное определение не подпадают программы суррогатного материнства, которые закончились неудачно, не привели к рождению

⁵⁴ Приказ Минздрава России от 30.08.2012 N 107н "О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению" опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 07.07.2015

ребенка, например, когда у суррогатной матери произошел непроизвольный аборт.

Борисова Т.Е. приводит свое определение суррогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий, при котором женщина на основе взаимной договоренности с лицами, которые обратились к ее услугам, проходит процедуру имплантации эмбриона, созданного в результате ЭКО, вынашивает ребенка с целью родить и передать его этим лицам. Под понятие "суррогатное материнство" подпадают случаи, когда достигнуть поставленной в определении цели не удастся (допустим, когда происходит непроизвольный аборт).⁵⁵

Анализируя все приведенные определения, выделим обязательные признаки суррогатного материнства:

- наличие взаимной договоренности между лицами, обратившимися к услугам суррогатной матери и суррогатной матерью;
- факт зачатия ребенка путем ЭКО и имплантации эмбриона в полость матки суррогатной матери;
- целенаправленное вынашивание и рождение суррогатной матерью ребенка для последующей передачи его заказчиком.

Нормы ст. 51, 53 Семейного кодекса РФ ориентированы только на суррогатное материнство, когда используется генетический материал супругов, однако, в современной медицине разновидностей суррогатного материнства выделяют несколько:

1) суррогатное материнство, когда используется генетический материал суррогатной матери и супруга (так называемое традиционное или частичное суррогатное материнство);

2) суррогатное материнство, когда используется генетический материал суррогатной матери и донора, супругом не являющегося;

⁵⁵ Борисова Т. Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики // издательство «Проспект» 2013, с.24

3) суррогатное материнство, когда используется генетический материал супругов (полное суррогатное материнство);

4) суррогатное материнство, когда используется генетический материал супруги и донора;

5) суррогатное материнство, когда используется генетический материал донора и супруга;

6) суррогатное материнство, когда используется генетический материал доноров.

При использовании некоторых вариантов суррогатного материнства отсутствует какое-либо генетическое родство между суррогатной матерью и ребенком. При других вариантах допускается возможность отсутствия генетического родства между рожденным ребенком и супругами-заказчиками.

Российское законодательство в настоящее время не содержит различий между видами суррогатного материнства, однако различия между ними говорят о том, что не должны и не могут подпадать под одно и то же законодательное регулирование разные по содержанию отношения. Генетическое родство является определяющим в семейных правоотношениях, и из наличия или отсутствия такого родства необходимо исходить при разработке норм, регулирующих отношения суррогатного материнства.

Полагаем, что суррогатная мать, которая предоставила свою яйцеклетку, выступает в сложившихся отношениях одновременно и как донор, и как суррогатная мать.

Важным моментом суррогатного материнства является правильное определение его цели. Очевидно, что супруги действуют с целью стать родителями ребенка, так как чаще всего речь идет о генетически родном ребенке. Целью суррогатной матери может быть как извлечение прибыли, так и помощь бесплодной паре.

По мнению Е.В. Григоровича наиболее приемлемым вариантом суррогатного материнства является безвозмездное оказание помощи бездетной паре, В качестве аргумента автор указывает, что женщина, которая согласилась помочь выносить и родить ребенка из альтруистических соображений, будет прилагать все необходимые усилия для того, чтобы беременность и роды прошли благополучно.⁵⁶

Эту точку зрения поддерживает Л.Ю. Грудцына, указывая, что суррогатное материнство должно применяться в целях помощи бесплодным парам получить потомство, а не для получения прибыли.⁵⁷

Особенностью суррогатного материнства стало то, что в отличие от других способов зачатия ребенка здесь появляется дополнительная сторона - суррогатная мать. Российское законодательство ставит в зависимость от ее волеизъявления решение вопроса о судьбе ребенка.

В ч. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ речь идет о том, что суррогатной матерью признается женщина, которой в целях вынашивания был имплантирован эмбрион лиц, состоящих в браке между собой и давших свое согласие на имплантацию в письменной форме.

Фигура суррогатной матери выглядит так, что с одной стороны, она совершает добрый поступок, несет добро людям, а с другой стороны она поступает аморально, т.к. отказывается от ребенка после его рождения. Чаще всего причина, по которой женщины становятся суррогатными матерями, - тяжелое материальное положение. Лишь для малой части суррогатных матерей главным мотивом является желание помочь бесплодной паре.

Всемирная медицинская ассоциация (ВМА) положительно оценила применение методов вспомогательных репродуктивных технологий, указав, что они направлены на достижение благородной цели - лечение бесплодия и

⁵⁶ Григорович Е.В. Искусственное оплодотворение и имплантация эмбриона: Семейно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н., С. 74.

⁵⁷ Грудцына Л.Ю. Словарь-справочник по семейному праву России. М.: Эксмо, 2006. С. 200.

предоставление права супругам, которые не имеют возможности по медицинским причинам воспроизвести потомство, завести детей. Важной вехой стало принятие в 1987 г. Заявления об искусственном оплодотворении и трансплантации эмбрионов (Мадридская декларация), где были провозглашены рекомендации и этические принципы:

- медицинская помощь оправдана при бесплодии, которое не поддается медикаментозному или хирургическому лечению. Этот метод, позволяет произвести на свет желанного ребенка. По своей сути суррогатное материнство не существенно отличается от усыновления;

- люди сами вправе решать, следует ли им прибегать к вспомогательным репродуктивным методам, а также соглашаться ли становиться суррогатными матерями, определять характер возникающих отношений: коммерческая или безвозмездная основа.

Полагаем, то правильным являлось бы введение обязательного возмещения возникающих расходов, таких как специальное питание, медицинское обслуживание и др. суррогатной матери;

- при заключении договора суррогатного материнства следует оговорить возможные непредвиденные ситуации. К таким ситуациям можно было бы отнести: случаи, когда был рожден неполноценный, больной ребенок или произошел произвольный аборт; когда плод был поврежден в результате неосторожности суррогатной матери - допустим, если она в период беременности без надлежащей осторожности отнеслась к своему положению и курила, употребляла алкогольные напитки или наркотические вещества, недостаточно хорошо питалась, когда ребенок унаследовал от суррогатной матери генетические дефекты (современные методы не всегда могут выявить такие дефекты).

- следует внести положение о решении вопроса о возмещении ущерба здоровью суррогатной матери, если в результате беременности или родов наступили осложнения, Например, ребенка необходимо извлекать оперативным путем. Эти положения обязательно должны быть

предусмотрены в нормативных документах и оговорены сторонами при заключении конкретного договора суррогатного материнства.

Важным вопросом с точки зрения религии, права, философии, является вопрос об установлении происхождения ребенка, рожденного суррогатной матерью.

До недавнего времени действовал непреложный принцип: мать ребенка известна всегда: матерью ребенка признается женщина, которая выносила и родила ребенка. Сегодня в связи с применением суррогатного материнства это стало подвергаться сомнению. Семейный кодекс предоставляет суррогатной матери право оставить себе ребенка, выношенного ей (ст. 51, п. 4 Семейного кодекса РФ). Однако это право порождает ряд неясностей материально-правового и процедурного характера.

Скудность правового регулирования данных вопросов в России обуславливает и круг проблем, относящихся к правовой стороне суррогатного материнства, возникающих и обсуждаемых в научной среде, так или иначе связанных с договорным регулированием суррогатного материнства.⁵⁸

Первой из таких проблем можно назвать противоречия и в тех немногих названных нормах, которые посвящены суррогатному материнству, в части требований к сторонам договора. К примеру, в ст. 55 Федерального закона "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" говорится, что услугами суррогатной матери могут воспользоваться:

во-первых, потенциальные родители, чьи половые клетки использовались для оплодотворения (т.е. вовсе не обязательно состоящие в браке),

58 Майфат А.В. О необходимости принятия Закона РФ "О репродуктивных правах граждан" // Инновационная Россия: проблемы и перспективы социально ориентированного развития: Материалы Международной научно-практической конференции (Екатеринбург, ноябрь 2012 г.). Ч. 1. Екатеринбург: Изд-во Уральского института экономики, управления и права, 2012

во-вторых, одинокие совершеннолетние женщины.

Эти требования вступают в противоречие с п. 4 ст. 51 СК РФ, в которой сказано, что лицами, дающими согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть только супруги.

Нормы Федерального закона "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" предоставляют право воспользоваться технологией суррогатного материнства одинокой женщине детородного возраста, для которой вынашивание и рождение ребенка невозможны по медицинским показаниям. Таким образом, не обладает правом заключения договора суррогатного материнства женщина, которая по медицинским показаниям может иметь собственных детей, но по каким-либо соображениям (карьерный рост, боязнь родов и т.п.) не желает рожать.

Следует помнить, что условие заключенного по российскому праву договора между суррогатной матерью и супружеской парой о передаче им ребенка после рождения это далеко не гарантия того, что суррогатная мать не изменит своего решения. Она не может быть понуждена как к передаче рожденного ребенка, так и к выражению согласия на запись родителями ребенка супругов, принявших участие в имплантации эмбриона. Подобные условия в случае их установления в договоре будут являться недействительными как противоречащие закону. Только после совершения с согласия суррогатной матери записи супружеской пары в книге записи актов гражданского состояния она утрачивает права на рожденного ребенка.

С учетом подобной законодательной модели определения судьбы ребенка суррогатной матерью генетические родители остаются без какой-либо правовой защиты, так как они не имеют возможности оспаривать материнство суррогатной матери ни до, ни после рождения ребенка. На практике такая модель регулирования в России выливается в различные злоупотребления со стороны суррогатной матери, в том числе требования получения ею дополнительного материального вознаграждения. При этом возможность злоупотребления суррогатной матери своими правами в

существующей ситуации является не главной проблемой.

Представляется, что предусмотренная законом возможность суррогатной матери "отказаться в передаче ребенка" подрывает ни много ни мало всю технологию суррогатного материнства как шанс рождения ребенка лицами, которые уже отчаялись родить самостоятельно. Законная возможность отказа суррогатной матери в передаче ребенка генетическим родителям де-факто делает бессмысленными как договорное регулирование отношения между сторонами, так и весь комплекс медицинских процедур, связанных с вынашиванием и родами генетически чуждого эмбриона. Основная цель отношений, связанных с суррогатным материнством, не достигается. Это с неизбежностью влечет боязнь потенциальных генетических родителей воспользоваться данным видом вспомогательных репродуктивных технологий, отсутствие развития суррогатного материнства как такового в России и поиск такими родителями более благоприятных правовых режимов для решения проблемы своего бесплодия.

В виде подведения некоторого итога полагаю возможным констатировать, что последовательное, логично построенное законодательство Российской Федерации в области репродуктивных технологий фактически отсутствует. Следует подчеркнуть крайнюю необходимость принятия развернутого закона о регулировании вспомогательных репродуктивных технологий, включая договор о суррогатном материнстве. Как уже указывалось ранее, данный закон должен отвечать следующим требованиям:

- должен быть направлен на правовое регулирование отношений в сфере репродуктивной деятельности,

- призван установить правовые гарантии для граждан на получение качественного и своевременного лечения бесплодия, на охрану прав и законных интересов как генетических родителей, так и суррогатных матерей,

- в законе должны быть установлены функции и компетенции государственных органов в части регулирования репродуктивной

деятельности,

- необходимо установить общие, правовые, организационные, экономические принципы взаимодействия государственных органов с лицами, прибегающими к применению репродуктивных технологий для рождения детей.

ГЛАВА 4 ДОГОВОР ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ТЕХНОЛОГИИ ИСКУССТВЕННОЙ РЕПРОДУКЦИИ ЧЕЛОВЕКА: ПОНЯТИЕ, СТОРОНЫ, ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ, РОЛЬ МЕДИЦИНСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

4.1. Соглашение об использовании технологий искусственной репродукции человека (суррогатного материнства)

Вопросы, связанные с репродуктивными правами, всегда являлись актуальными, а в последние годы приобрели особую остроту и значимость.

К сожалению, мы не располагаем медицинской статистикой о количестве супружеских пар, которые не обладают естественной способностью к рождению детей, однако известны неединичные обращения граждан к нотариусам, содержащие намерение заключить и нотариально удостоверить договор о суррогатном материнстве, что свидетельствует о расширении распространения в России указанного института.

Суррогатное материнство в России законодательно разрешено. Еще Основами законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г., утратившими силу в связи с принятием Федерального закона от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», было установлено, что каждая совершеннолетняя женщина детородного возраста имеет право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона.

Впервые термин "суррогатное материнство" появился в законодательстве РФ в 1995 г. в связи с введением в действие СК:

- лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери) (ч. 2 п. 4 ст. 51 СК);

- супруги, давшие согласие на имплантацию эмбриона другой женщине, а также суррогатная мать не вправе при оспаривании материнства и отцовства после совершения записи родителей в книге записей рождений ссылаться на эти обстоятельства (ч. 2 п. 3 ст. 52 СК).

Иных упоминаний о суррогатном материнстве в семейном законодательстве не имеется. В СК отсутствует законодательное понятие суррогатного материнства, не определены процедура его осуществления, правовая природа и механизм заключения предполагаемого договора, его субъектный состав, не установлены права и обязанности сторон по его заключению и, главное, исполнению.

Согласно п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" (далее - Федеральный закон об актах гражданского состояния)⁵⁹ при государственной регистрации рождения ребенка по заявлению супругов, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, одновременно с документом, подтверждающим факт рождения ребенка, должен быть представлен документ, выданный медицинской организацией и подтверждающий факт получения согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись указанных супругов родителями ребенка.

Федеральным законом «Об основах охраны здоровья граждан» введено понятие вспомогательных репродуктивных технологий (ст. 55), составной частью которых является суррогатное материнство, а также определены общие требования к суррогатной матери. В Федеральном законе об основах охраны здоровья появилось также упоминание "договора о суррогатном материнстве".

Вспомогательные репродуктивные технологии представляют собой методы лечения бесплодия, при применении которых отдельные или все этапы зачатия и раннего развития эмбрионов осуществляются вне

⁵⁹ Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния"// СИС «Консультант Плюс»

материнского организма (в том числе с использованием донорских и (или) криоконсервированных половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов, а также суррогатного материнства).

Порядок использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказания и ограничения к их применению утверждаются уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке, имеют право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии обоюдного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство. Одинокая женщина также имеет право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство.

При использовании вспомогательных репродуктивных технологий выбор пола будущего ребенка не допускается, за исключением случаев возможности наследования заболеваний, связанных с полом.

Граждане имеют право на криоконсервацию и хранение своих половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов за счет личных средств и иных средств, предусмотренных законодательством РФ.

Половые клетки, ткани репродуктивных органов и эмбрионы человека не могут быть использованы для промышленных целей.

Быть донорами половых клеток имеют право граждане в возрасте от 18 до 35 лет, физически и психически здоровые, прошедшие медико-генетическое обследование.

При использовании донорских половых клеток и эмбрионов граждане имеют право на получение информации о результатах медицинского, медико-генетического обследования донора, о его расе и национальности, а также о внешних данных.

Суррогатное материнство представляет собой 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.

Суррогатной матерью может быть женщина в возрасте от 20 до 35 лет, имеющая не менее одного здорового собственного ребенка, получившая медицинское заключение об удовлетворительном состоянии здоровья, давшая письменное информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство. Женщина, состоящая в браке, зарегистрированном в порядке, установленном законодательством РФ, может быть суррогатной матерью только с письменного согласия супруга. Суррогатная мать не может быть одновременно донором яйцеклетки.

Приказом Минздрава России от 30 августа 2012 г. N 107н "О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению" утвержден соответствующий Порядок (приложение N 1 к Приказу).

Порядок устанавливает показания и противопоказания к применению суррогатного материнства. Показаниями к применению суррогатного материнства являются (п. 79):

- а) отсутствие матки (врожденное или приобретенное);
- б) деформация полости или шейки матки при врожденных пороках развития или в результате заболеваний;
- в) патология эндометрия (синехии, облитерация полости матки, атрофия эндометрия);
- г) заболевания (состояния), включенные в Перечень противопоказаний (приложение N 2 к вышеуказанному Приказу);
- д) неудачные повторные попытки ЭКО (три и более) при неоднократном получении эмбрионов хорошего качества, перенос которых не приводит к наступлению беременности;

е) привычное невынашивание беременности (три и более самопроизвольных выкидыша в анамнезе).

Противопоказанием для переноса эмбрионов суррогатной матери является наличие у нее заболеваний (состояний), включенных в названный Перечень противопоказаний.

Участие суррогатной матери в лечении бесплодия ВИЧ-инфицированных потенциальных родителей допускается на основе ее информированного добровольного согласия, полученного после консультации врачом-инфекционистом Центра по профилактике и борьбе со СПИДом и инфекционными заболеваниями и предоставления ей полной информации о возможных рисках для ее здоровья.

Невозможно в нормативных документах урегулировать вопросы отношения суррогатной матери к вынашиваемому ей ребенку. Невозможно также предотвратить возможность возникновения личных проблем, связанных с взаимодействием всех лиц, заинтересованных в реализации программы суррогатного материнства. Необходимо попытаться предотвратить возможность появления споров и конфликтов, прежде всего потому, что они могут отразиться на судьбе маленького ребенка.

4.2. Договор суррогатного материнства: стороны, права и обязанности сторон и содержание договора

Одной из наиболее важных юридических проблем, является правовая природа договора о суррогатном материнстве.

Согласно п. 4 ст. 51 СК РФ отношения между суррогатной матерью и супругами (согласно ФЗ РФ "Об основах охраны здоровья" потенциальными родителями) должны быть согласованы в письменной форме. Однако, законодатель не конкретизирует правовую природу самого договора. Именно это явилось основанием для научных споров, ведущихся в этой области.

Анализируя правовую природу отношений, возникающих между

суррогатной матерью и потенциальными родителями, обратимся к ст.55 ФЗ РФ "Об основах охраны здоровья" в которой говорится что суррогатное материнство это вынашивание и рождение ребенка по договору, заключаемому между суррогатной матерью и потенциальными родителями, либо одинокой женщиной. Таким образом, законодательно закреплено, что, во-первых, должен быть договор, во-вторых, определены его стороны, в-третьих, указан предмет договора, в-четвертых, суррогатное материнство – способ лечения бесплодия.

Однако, что лечение должно проводиться в медицинской организации, а не суррогатной матерью самой по себе. Однако, лечебно-профилактическая организация в законе не названа стороной договора. Некоторые исследователи заявляют о том, что эти договоры по своей природе следует относить договорам по оказанию услуг, в которых суррогатная мать является исполнителем, а генетические родители выступают в качестве заказчиков. Однако возникает вопрос: в чем конкретно заключается услуга? Более того, если речь идет о договоре оказания услуг по поводу суррогатного материнства, то очень сложно, если вообще возможно, грамотно определить и изложить обязанности сторон, и, прежде всего, суррогатной матери. Допустим, будет ли юридически обоснованным включить в договор условие о количестве и качестве телевизионных программ, которые суррогатная мать может смотреть во время вынашивания ребенка? Можно ли включить условие о музыке, которую суррогатная мать может слушать? Один из самых важных будет вопрос о том, какой будет ответственность суррогатной матери в том случае, если она нарушит взятые на себя обязательства?

Учитывая, что только с согласия суррогатной матери генетические родители могут быть зарегистрированы в качестве родителей, открывается практически неограниченные возможности для злоупотреблений со стороны недобросовестной суррогатной матери.

Один из способов решения данной проблемы предложен С.В. Лозовской и М.Э. Шодовой, предложившими возможность исключить

опасный эмоциональными осложнениями какой-либо контакт между генетическими родителями и суррогатной матерью.⁶⁰ Авторы полагают, что в связи с тем, что в основе суррогатного материнства лежит договор, то следует заключать не один договор непосредственно между потенциальными родителями и суррогатной матерью, а два взаимосвязанных между собой договора.

Причем, предлагается первый договор заключать между медицинской организацией и потенциальными родителями. Предметом его должно быть предоставление комплекса медицинских и немедицинских услуг, которые связаны с применением репродуктивных технологий. Под "немедицинскими услугами" предлагается понимать подбор суррогатной матери, которая должна будет соответствовать соответствующим требованиям закона (по возрасту, по состоянию здоровья, по наличию детей). Заключение этого договора, по мнению авторов, объективно необходимо, в связи с тем, что суррогатное материнство по действующему законодательству - один из методов лечения бесплодия (п. 1 ст. 55 ФЗ "Об основах охраны здоровья").

Вторым договором предлагается связать суррогатную мать и медицинское учреждение. Потенциальным родителям предлагается предоставить право знакомиться со всеми медицинскими документами суррогатной матери, однако они не вправе знакомиться с ней лично. Медицинская организация должна выплачивать вознаграждение суррогатной матери из тех средств, которые были получены по договору от потенциальных родителей. В качестве аргумента авторы приводят такой довод: «Если суррогатная мать не знает потенциальных родителей, ей некого шантажировать согласием на регистрацию их в качестве родителей. Потенциальные родители не знакомы с суррогатной матерью, и им некому выдвигать требования, переходящие границы здравого смысла».

С этим предложением нельзя согласиться в связи с тем, что:

60 Лозовская С.В., Шодонова М.Э. Субъектный состав договора суррогатного материнства // <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/20890>

во-первых, медицинской организации предлагается заняться деятельностью по осуществлению не свойственных ей функций по подбору женщины, которая могла бы стать суррогатной матерью. Эта деятельность не является и не может являться уставной для ЛПУ;

во-вторых, в тонкой, интимной, уязвимой сфере, какой является продолжение рода, предлагается поставить на поток использование организма суррогатной матери для выращивания младенцев из подсаженных эмбрионов. Мы полагаем, что это предложение недальновидно и бестактно. Отношения здесь являются тесно связанными с личностью как суррогатной матери, так и потенциальных родителей, строго индивидуальны;

в-третьих, ни для кого не секрет, что услуги суррогатной матери достаточно дороги и позволить себе заключить такой договор может себе далеко не каждая семья. Нам предлагается установить еще одного посредника, услуги которого дополнительно должны быть оплачены. Тем самым суррогатное материнство станет еще более недоступным.

Авторы и сами указывают на то, что предлагаемая ими конструкция "двух договоров" вряд ли сможет решить все проблемы, которые могут возникнуть в связи с неисполнением обязанностей их участниками. Ведь никто не может запретить суррогатной матери сделать аборт, так как ст. 56 ФЗ РФ "Об основах охраны здоровья" предоставляет право женщине решать подобные вопросы самостоятельно.

Определение характера договора о суррогатном материнстве порождает те или иные правовые последствия. Если он носит гражданско-правовой характер, то имеется возможность применения к возникающим отношениям мер гражданско-правовой ответственности при нарушении его условий. Сегодня в действующем законодательстве однозначно не был определен его предмет и объект, потому что не может рассматриваться таковыми ни человеческая жизнь, ни передача ребенка от одного лица к другому. С этим связано то, что сегодня юристами практически не рассматривается договор суррогатного материнства как гражданско-правовой договор. В случае, если

не рассматривать договор суррогатного материнства как гражданско-правовой, то к возникающим отношениям можно применять лишь только нормы семейного права. Однако сразу возникает следующая проблема: как следует рассматривать то вознаграждение, которое выплачивается суррогатной матери. В подавляющем большинстве случаев выплата вознаграждения является неотъемлемой частью договора.

Договор должен быть оформлен в простой письменной форме и может быть как возмездным, так и безвозмездным. Конечно, безвозмездные договоры суррогатного материнства заключаются, в подавляющем числе случаев, между родственниками или близкими людьми. Их мотивом в первую очередь выступает желание помочь бездетной семье.

В Гражданском кодексе РФ не содержится прямого указания на такой вид договора. Можно сказать, что это не поименованный в ГК РФ договор. В правовой литературе высказывается мнение, что такой договор следовало бы отнести к большой группе договоров об оказании услуг либо к группе подрядных договоров.⁶¹

Полагаем, что обе приведенные точки зрения не могут быть признаны до конца верными. Это связано с тем, что в соответствии с требованиями ст. 420 ГК РФ договором может быть признано соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Договор суррогатного материнства может содержать некоторые условия о гражданских правах и обязанностях, в частности, вознаграждение суррогатной маме и его размер, размер и условия возмещения понесенных расходов, понесенных суррогатной матерью в период беременности и др.

Кроме того, договор суррогатного материнства может включать и другие условия:

- о компенсации расходов суррогатной матери на медицинское

⁶¹ А.А.Серебрякова Проблема правового регулирования суррогатного материнства// Аналитический портал «Отрасли права». <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/23608>

обслуживание,

- о компенсации потери заработной платы,

- об определении места проживания суррогатной матери в период беременности,

- об установлении медицинской организации, в которой будет реализовываться программа суррогатного материнства,

- о судьбе ребенка, на тот случай если он родится неизлечимо больным,

- условия, обязывающие суррогатную мать в период беременности соблюдать предписания врача, направленные на рождение здорового ребенка.

Могут быть включены и другие условия. Проанализировав эти условия, видим, что среди них содержатся не только те, которые направлены на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, но также и другие, а именно, семейно-правового, организационного характера. Конечно, исходя из этого, гражданско-правовой характер договора суррогатного материнства оспаривается.

Мы полагаем, что возникающие отношения носят двойственный характер, к ним применимы как нормы гражданского права, так и семейного. Этот договор подразумевает необходимость регулирования двух самостоятельных вида отношений: это неимущественные отношения и связанные с ними возмездные или по другому имущественные. Таким образом, возникающие отношения рассматриваются как с точки зрения семейного, так и с точки зрения гражданского права. Договор суррогатного материнства носит комплексный характер. С гражданско-правовой точки зрения это смешанный договор, так как содержит в себе элементы разных гражданско-правовых договоров, а также семейно-правовой и организационный договор.

По мнению некоторых ученых (Е.В. Вершинина, Е.В. Кабатова, М.О.

Яшметова⁶²) заключаемый письменный договор носит многосторонний характер. Они утверждают, что договор заключается между тремя сторонами:

- будущими генетическими родителями ребенка,
- суррогатной матерью;
- медицинской организацией, имеющей лицензию на осуществление соответствующего вида деятельности.

Однако, это утверждение противоречит требованиям, содержащимся в «Порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению», утвержденном Приказом Министерства здравоохранения России от 30.08.2012 N 107н (ред. от 11.06.2015). В п.77 Порядка содержится определение суррогатного материнства, где указано, что сторонами являются только две стороны: генетические родители и суррогатная мать.

Правовым признаком суррогатного материнства является тот факт, что заключение договора о вынашивании ребенка суррогатной матерью осуществляется до момента зачатия ребенка. Заключение договора необходимо для последующего установления родительских правоотношений с родившимся ребенком теми лицами, которые заключили такого характера договор с суррогатной матерью. Именно предварительное (до момента зачатия ребенка) заключение договора позволяет отличить договор о суррогатном материнстве от договора об уступке (продаже) уже зачатого либо уже рожденного ребенка. Такой договор в соответствии с требованиями ст. 169 ГК РФ признается ничтожным, так как он противоречит основам нравственности.

Отметим, что требования, предъявляемые к лицу, желающему стать суррогатной матерью, также содержатся в «Порядке использования

⁶² Вершинина Е.В., Кабатова Е.В., Яшметова М.О. Суррогатное материнство в России и в зарубежных странах: сравнительно-правовой анализ // Семейное и жилищное право. 2011. N 1.

вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению". Они включают:

- возраст будущей суррогатной матери - от двадцати до тридцати пяти лет,
- наличие не менее одного здорового собственного ребенка,
- наличие медицинского заключения об удовлетворительном состоянии здоровья,
- наличие подписанного письменного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство.

Причем, женщина, которая состоит в браке, зарегистрированном в установленном законодательством РФ порядке, может стать суррогатной матерью только при получении письменного согласия супруга.

Порядок содержит еще одно ограничение для женщин, желающих стать суррогатной матерью: они не могут быть одновременно донором яйцеклетки.

В России перед проведением программы суррогатного материнства в заключаемом письменном договоре указываются обязательные условия, сроки, порядок осуществления расчета, права, обязанности и ответственность сторон.

Заключенный договор является юридически значимым намерением, которое повторно подтверждается после рождения ребенка. Подтверждение происходит путем осуществления записи родителей-заказчиков в качестве родителей ребенка

Следует проанализировать еще одну возможную проблемную ситуацию. Она может возникнуть тогда, когда рожденный суррогатной матерью ребенок, оказался не востребован ни суррогатной матерью, ни генетическими родителями ребенка. В этом случае, мы полагаем, что следует внимательно анализировать условия договора, в котором сторонами на момент заключения договора это условие должно быть прописано. Тем не менее, ребенок может оказаться сиротой или ребенком, оставшимся без попечения родителей. Полагаем, что, несмотря на условия договора, генетические

родители в этом случае не освобождаются от исполнения своих обязанностей и должны выплачивать алименты на содержание родившегося ребенка.

Расширение знаний в области медицины и биотехнологий призвано способствовать преодолению нездоровья людей. С учетом рассмотренных позиций и взглядов на договор суррогатного материнства, его правовую природу, предмет, обязанности сторон можно сказать, что заинтересованных сторон в осуществлении процедуры суррогатного материнства немало, однако закон должен защитить наиболее заинтересованную, но самую слабую сторону договора - ребенка. Следовательно, необходимо более четко и последовательно обозначить обязанности сторон договора суррогатного материнства для того, чтобы права ребенка были надежно защищены. Позаботиться об интересах таких детей должны не только родители, но и государство. Именно оно должно разработать правовые механизмы для большей ясности и определенности в этом вопросе.

Мы полагаем, что необходимо закрепить гарантии правового положения суррогатной матери с тем, чтобы исключить возможность эксплуататорского подхода к ней.

Договор суррогатного материнства должен быть отнесен к специальной группе семейно-правовых договоров (так же как брачный договор). Это обеспечит возможность его регулирования гражданско-правовыми и семейно-правовыми средствами.

Под договором суррогатного материнства, являющегося основанием для возникновения правоотношений между суррогатной матерью и генетическими родителями следует понимать межотраслевой договор, заключаемый для лечения бесплодия потенциальных родителей, одна сторона (суррогатная мать) принимает на себя обязательство выносить и родить генетически чужого ей ребенка в целях последующей передачи ребенка другой стороне (потенциальным родителям), которые, принимают на себя обязательство оплатить выполнение программы суррогатного

материнства, а также другие согласованные сторонами расходы. Третья сторона по договору (медицинская организация) принимает на себя обязательство оказать весь комплекс требуемых медицинских услуг.

Договор суррогатного материнства ведет к возникновению правоотношения суррогатного материнства.

В связи с тем, что суррогатное материнство - метод лечения бесплодия, соответственно объектом возникающих правоотношений следует считать лечение бесплодия потенциальных родителей. Объектом договора суррогатного материнства является вынашивание и рождение ребенка суррогатной матерью для потенциальных родителей.⁶³

Если суррогатная мать отказывается дать согласие на запись генетических родителей в качестве юридических родителей ребенка и решила оставить ребенка себе, то женщина самостоятельно регистрирует в органах загса рождение ребенка и в книге записей рождений указывается как мать родившегося ребенка.

Государственная регистрация рождения ребенка, выношенного и рожденного суррогатной матерью, производится в общем порядке с особенностями, содержащимися п. 4 ст. 51 СК РФ, а именно, лица, состоящие в браке между собой и давшие согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине для его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери). Это положение конкретизировано в п. 5 ст. 16 Федерального закона об актах гражданского состояния, где указано, что при осуществлении государственной регистрации рождения ребенка по заявлению супругов, которые ранее дали свое согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, вместе с документом, который подтверждает факт рождения ребенка, предоставляют также

⁶³ Кокорин А.П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. N 1

документ, выданный медицинской организацией, который подтверждает получение согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись супругов в качестве родителей ребенка.

Таким образом, закон разрешает суррогатной матери в записи акта о рождении ребенка указать себя матерью ребенка. Это фиксируется также в свидетельстве о рождении ребенка (статьи 14, 17 и 23 ФЗ РФ «Об актах гражданского состояния»⁶⁴). Спор об этом стал предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. В Определении Конституционного Суда РФ отмечается, что именно женщина, родившая ребенка (суррогатная мать) обладает правами и обязанностями матери ребенка, так как именно ей закон предоставил возможность записать себя матерью ребенка при осуществлении записи о рождении.

Однако, не все члены Конституционного суда согласились с этой позицией. Так судья Конституционного Суда РФ С.Д. Князев высказал особое мнение. Судья указал, что определяя правовые параметры социальной политики государства в сфере защиты семьи, материнства, отцовства и детства, власть должна беспокоиться о том, чтобы реализация прав и свобод человека и гражданина не приводила к нарушению прав и свобод других лиц, не происходило умаления достоинства личности.

Однако, закрепив прерогативу суррогатной матери самостоятельно решить вопрос о наделении генетических родителей материнскими и отцовскими правами, законодатель не учел интересы лиц, чьи половые клетки были использованы для оплодотворения женщины, выносившей и родившей ребенка. Тем самым есть основания говорить об ущемлении прав

⁶⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 N 880-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч.П. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона "Об актах гражданского состояния" // СИС «Консультант Плюс»

как генетических родителей, так и ребенка, рожденного после применения соответствующих вспомогательных репродуктивных технологий.

Следует учесть, что рождение ребенка с использованием этих технологий невозможно было бы без участия генетических родителей, поэтому вынашивание и роды не должны служить основанием для признания за суррогатной матерью исключительных родительских прав и ничем не ограниченной свободы усмотрения.

Необходимо учесть, что суррогатное материнство - метод лечения бесплодия, предоставление мужчине и женщине возможности стать родителями генетически родного ребенка.

Не подвергается сомнению, что вынашивание плода ведет к зарождению кровной связи между ребенком и суррогатной матерью, однако, изначальной основой жизни ребенка является эмбрион, который получен путем экстракорпорального оплодотворения половых клеток генетических родителей. Поэтому нельзя говорить о безусловном приоритете родительских прав суррогатной матери.

В случае, если суррогатная мать отказывается дать согласие на регистрацию в качестве родителей генетических отца и мать, то могут пострадать и интересы новорожденного ребенка, который оказывается лишен возможности воспитываться в семье своих генетических родителей.

Рассуждая о природе договора суррогатного материнства, судья Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиев также высказал свое особое мнение. Судья полагает также необоснованным признание абсолютного права суррогатной матери решать судьбу ребенка. Свою позицию Г.А. Гаджиев обосновывает тем, что в связи с тем, что между суррогатной матерью и генетическими родителями возникают договорные отношения, то характер этих отношений может быть определен как договор возмездного оказания услуг. В случае, если суррогатная мать воспользовалась правом оставить ребенка себе, то она должна быть признанной не выполнившей условия договора по передаче ребенка супругам и их следует

квалифицировать как отказ от исполнения обязательств. Такой отказ влечет возникновение обязанности суррогатной матери возместить супругам-заказчикам все понесенные по договору расходы. Кроме того, у нее возникает обязанность компенсации морального вреда - мера гражданско-правовой ответственности (ст. 151 ГК РФ).

Однако, это вступает в противоречие с принципом биоэтики, закрепленным в ст. 21 Конвенции о правах человека и биомедицине, в которой установлен запрет на коммерциализацию тела человека и его частей ("тело человека и его части не должны в качестве таковых являться источником получения финансовой выгоды").

Тем самым, вступают в противоречие два основополагающих принципа: принцип биоэтики и принцип свободы договора.

Возникает еще один важный вопрос: следует ли в этом балансе интересов учитывать интересы ребенка? Как правильно поступить в интересах ребенка?

Еще раз укажем, что целью суррогатного материнства (метода лечения бесплодия) является рождение генетически родного ребенка у супругов, поэтому преимущественное право генетической матери отказать генетическим родителям в регистрации факта рождения ребенка – является нарушением прав генетических родителей.

В Российском законодательстве не существует определения понятия "мать", из содержания Семейного кодекса следует, что основанием возникновения родительских прав является беременность. Эта позиция определяется теорией, возникшей еще во времена римского права, где действовал принцип **mater est quam gestatio demonstrat** ("мать определяется беременностью"). В ст.48 СК РФ указывается, что происхождение ребенка от матери устанавливается на основании документов, подтверждающих рождение ребенка матерью в медицинском учреждении. В рассматриваемой ситуации в одной стороны гены ребенка совпадают с генами супругов, а с другой стороны, весь биологический

материал, из которого формируется организм ребенка (питательные вещества, которые в течение девяти месяцев потребляет организм), предоставляет суррогатная мать

Законодатель посчитал, что "факт вынашивания и рождения ребенка является более социально и эмоционально значимым, чем его генетическое происхождение". Более того, "нравственные страдания биологических родителей ребенка, которые лишились возможности реализовать свои родительские права в отношении ребенка, признаются менее социально значимыми, чем страдания суррогатной матери".

Таким образом, Конституционный суд, рассматривавший дело по жалобе об оспаривании конституционности п.4 ст.51 СК РФ в части, определяющей порядок записи в книге записей рождений родителей ребенка, рожденного в результате применения такой вспомогательной репродуктивной технологии, как суррогатное материнство, и п. 5 ст. 16 ФЗ N 143-ФЗ от 15 ноября 1997 года "Об актах гражданского состояния", устанавливающего требование о необходимости представления при государственной регистрации рождения ребенка по заявлению супругов, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, документа, выданного медицинской организацией и подтверждающего факт получения согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись указанных супругов родителями ребенка отказал в принятии к рассмотрению жалобы, так как положения законов не нарушают конституционные права заявителей.

Таким образом, полагаем, что **суррогатное материнство в чистом виде не является медицинской услугой. Принципиально важно отметить, что услуги по вынашиванию ребенка, который был зачат с помощью искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона в полость матки суррогатной матери, оказывает не медицинское учреждение, а женщина, заключившая договор с генетическими родителями.**

4.3. Вопросы приобретения родительских прав мужчинами по законодательству Российской Федерации

Современное семейное законодательство России во главу угла приобретения отцовства ставит его регистрацию в органах исполнительной власти субъекта Российской Федерации - органах записи актов гражданского состояния. Регистрация отцовства - внесение сведений об отце в актовую запись о рождении ребенка. Регистрация отцовства является обязательным условием для возникновения семейных правоотношений между отцом и ребенком.

Таким образом, без регистрации гражданина в качестве отца родившегося ребенка его родительские права не возникают, соответственно, никто (включая органы правосудия) не вправе заставить мужчину исполнять родительские обязанности. Вместе с тем, действующий порядок удостоверения происхождения ребенка от отца разрешает регистрацию в качестве отца ребенка лица, которое фактически отцом не является. Дела о фиктивном признании отцовства в целях получения разрешения на временное пребывание в Российской Федерации мигрантами для "воссоединения семьи" все чаще стали рассматриваться органами внутренних дел РФ.

Понятно, что момент рождения ребенка и момент его государственной регистрации разнесены во времени и между ними может пройти достаточно существенный промежуток времени. Согласно требованиям п. 6 ст. 16 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" о рождении ребенка должно быть заявлено в течение одного месяца. Более того, в ст. 21 Закона об актах гражданского состояния законодательно закреплена возможность зарегистрировать рождение ребенка, уже достигшего возраста 1 года и даже более старшего возраста. Законодательно не установлены юридические последствия за то, что родители пропустили срок, установленный для регистрации рождения

ребенка.

В течение всего этого периода между родителями и ребенком складываются отношения, однако, эти отношения не регулируются правовыми нормами, а значит, вряд ли их можно назвать правоотношениями.

В Конституции Российской Федерации указано, что права и свободы человеку принадлежат от рождения. Однако, если не было произведено государственной регистрации рождения ребенка, то его интересы подлежат правовой защите в полной мере. Ребенок, государственная регистрация рождения которого не была произведена, является ли субъектом права? Таким образом, сегодня в отечественном законодательстве сложилось такое положение, при котором государственной регистрации рождения, которая, по сути, имеет второстепенный характер, придается значение правообразующего факта. Это стало одной из причин того, что в юридической литературе все чаще высказываются предложения в законе определить момент возникновения родительских прав и обязанностей. Таким моментом, по мнению А.К. Поляниной, следует считать установление факта беременности женщины.⁶⁵ По ее мнению уже в период эмбрионального развития ребенок должен быть наделен правом на заботу со стороны родителей, на обеспечение интересов ребенка и его всестороннее развитие. При этом родители должны нести ответственность за воспитание и развитие своих детей, даже находящихся еще в утробе матери.

Тем не менее разные правовые системы, разные уровни культурного развития, разные законодательные подходы к решению принципиального вопроса о законности искусственного прерывания беременности (аборт) не позволяют на международном уровне признать ребенка субъектом прав еще до его рождения.

Отметим, что в ст. 7 Конвенции ООН о правах ребенка сказано, что рождение ребенка должно быть зарегистрировано сразу же после его

⁶⁵ Полянина А.К. Факт беременности как основание возникновения родительских обязанностей // Семейное и жилищное право. 2012. N 1. С. 9 - 11.

фактического рождения. Именно с момента рождения ребенок имеет:

- право на имя;
- право на приобретение гражданства,
- право знать своих родителей насколько это возможно реализовать
- право на заботу родителей.

Следовательно, положения, содержащиеся в Законе об актах гражданского состояния и тот порядок регистрации рождения, который этим Законом определен не в полной мере соответствует нормам международного права: полагаем, что государственную регистрацию рождения ребенка следует воспринимать как обязанность родителей. Эта обязанность возникает с момента рождения ребенка. Из содержания нормативных актов Российской Федерации должно однозначно следовать, что права и обязанности родителей возникают с момента рождения ребенка, а не с момента государственной регистрации его рождения. Это приведет к тому, что права матери ребенка и его отца будут возникать одновременно и родители не будут юридически свободны от выполнения своих юридических обязанностей. Это также приведет к усилению ответственности отцов внебрачных детей. Все это направлено на правовую защиту интересов слабой стороны – ребенка.

Действительно, государственное удостоверение отцовства зависит от его семейного статуса: от того, состоит ли отец в браке с матерью ребенка. Именно от этого обстоятельства определяется момент возникновения родительских прав отца ребенка. Если сведения об отце удостоверяются органами ЗАГС на основании свидетельства о браке с матерью ребенка, то родительские права и обязанности матери и отца ребенка возникают одновременно. Это называется презумпция отцовства. Эта презумпция предполагает, что отцом ребенка указывается муж матери этого ребенка. В силу п. 2 ст. 48 СК РФ действие этой презумпции распространяется также на случаи рождения ребенка в течение 300 дней после расторжения брака, или признания брака недействительным, или прекращения брака в связи со

смертью супруга матери ребенка. Чаще всего в юридической литературе презумпцию отцовства исследователи оценивают положительно. Опровержение презумпции возможно в судебном порядке.

В случае, если родители ребенка в браке между собой не состоят, то родительские права этих лиц тоже могут возникнуть одновременно. Однако, закон требует для этого соблюдение условия: подача родителями ребенка совместного заявления одновременно с регистрацией рождения ребенка.

В других случаях мать при регистрации рождения ребенка получает правовой статус родителя, а отец его не получает. Согласно п. 3 ст. 17 Закона об актах гражданского состояния сведения об отце ребенка могут быть внесены по указанию одинокой матери. Однако, это не приводит к возникновению правовых отношений между ребенком и человеком, указанным матерью в качестве его отца. Таким образом, сложившаяся ситуация приводит в фактическому освобождению мужчины от исполнения родительских обязанностей. В настоящее время имеет место рост рождений детей вне брака. Так по данным статистики ежегодно каждый третий ребенок, а после 2010 г. каждый четвертый ребенок в Российской Федерации рождается вне брака.⁶⁶

Отцовство ребенка после регистрации его рождения может быть установлено в любое время:

- в добровольном порядке, при условии согласия отца ребенка (п. 4 ст. 48 СК РФ). Основанием для такого признания является совместное заявление матери ребенка и его отца, поданное в органы загса;

- в случае смерти матери ребенка или лишения ее дееспособности, или лишения родительских прав, в случае невозможности установить ее местонахождение, отцовство устанавливается по заявлению отца ребенка при условии получения согласия органов опеки и попечительства, Если такое согласие не получено, то запись осуществляется по решению суда (ч. 2 п. 3

⁶⁶ Григорович Е.В. Искусственное оплодотворение и имплантация эмбриона: Семейно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н., С. 74.

ст. 48 СК РФ).

- при отсутствии согласия матери ребенка на установление отцовства или желания биологического отца ребенка родительские обязанности в соответствии с требованиями ст. 48 СК РФ могут быть установлены в судебном порядке.

- в судебном порядке устанавливается отцовство умершего гражданина, если доказано, что при жизни он признавал себя отцом ребенка. Смысл государственного удостоверения отцовства в этом случае заключается в установлении наследственных связей.

Некоторые исследователи полагают, что нецелесообразно устанавливать отцовство помимо воли биологического отца в судебном порядке. В качестве аргумента они приводят такой довод: невозможно принудить человека к участию в воспитании, к общению со своим ребенком. Ученые предлагают в целях защиты имущественных интересов ребенка законодательно закрепить возможность взыскания алиментов с биологического отца без приобретения им родительских прав.⁶⁷

Важным аспектом установления отцовства является установление отчества ребенка. Порядок присвоения отчества урегулирован в ст. 58 СК РФ и п. 4 ст. 18 Закона об актах гражданского состояния, где сказано, что отчество ребенку присваивается по имени отца.

Отчество должно быть образовано от имени отца даже тогда, когда отцовство установлено не было, а сведения об отце внесены в актовую запись по указанию матери. Женщина по общему правилу не может отказаться от присвоения отчества ребенку. Это связано с тем, что в ст.19 ГК РФ отчество определяется как необходимый элемент имени. В Российской Федерации имя образовывается из собственно имени, отчества и фамилии.

67 Гаврилюк Е.Д. К вопросу о целесообразности принудительного установления отцовства // Семейное право на рубеже XX - XXI веков: К 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Казань, Казан. (Приволжский) федер. ун-т, 18 дек. 2010 г.) / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М.: Статут, 2011. С. 20 - 23.

Таким образом, в случае, если ,будет иметь место отказ присвоить ребенку отчество, то это следует расценить как нарушение права ребенка на имя. В прессе широко обсуждалось судебное решение, когда жители Москвы оспаривали отказ в регистрации органом загс ребенка, которому родители не хотели присваивать отчество, а в качестве имени хотели указать аббревиатуру "БОЧ рВФ 260602" (по смыслу это означает: "биологический объект человек рода Ворониных-Фроловых, 26 июня 2002 года рождения"). В своем решении суд отметил факт нарушения права ребенка на имя в значении, определенном в ст. 19 ГК РФ.⁶⁸

Отметим, что в качестве исключения из общего правила о присвоении отчества может быть национальный обычай или положения закона субъекта Российской Федерации, в котором соответствующий обычай закреплен. В этом случае отчество может вовсе отсутствовать либо оно может быть образовано путем присоединения к имени отца определенных слов. (например, присоединения к имени отца ребенка мужского пола слова "улы", а к имени отца ребенка женского пола - "кызы").

Таким образом, государственная регистрация отцовства является необходимым условием приобретения родительских прав и обязанностей отца. Именно государственная регистрация отца определяет имя ребенка, которое присваивается ему при регистрации в органах загс.

В настоящее время в правовой литературе обсуждается возможность введения нового порядка приобретения родительских прав мужчинами в отношении внебрачных детей. Смысл этого порядка сводится к тому, что предлагается ввести концепцию обязательного установления отцовства, смысл которой сводится к тому, что мать ребенка, не состоящая в браке должна уведомить органы загса о том человеке, который является отцом ребенка. Предлагается законодательно закрепить за органами загса

⁶⁸ Кокорин А.П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. N 1

обязанность уведомлять указанного женщиной человека о том факте, что именно его женщина назвала в качестве отца ребенка.

Далее предлагается установить определенный срок, в течение которого человек, названный в качестве отца ребенка, вправе оспорить свое отцовство уже в судебном порядке. Авторы идеи полагают, что благодаря введению такого порядка всегда будет установлено происхождение ребенка от конкретного отца и будет реализовано и реально защищено право ребенка знать своих родителей⁶⁹.

Мы полагаем, что такая процедура приведет к реальному ущемлению прав мужчин. Многие женщины, родившие ребенка вне брака, в качестве отца будут указывать известных в обществе личностей, знаменитых политиков, актеров, которые каждый раз должны будут оспаривать свое отцовство в судебном заседании. Полагаем, что не следует реализовывать права ребенка, ухудшив положение других лиц, которые не должны нести ответственность за действия, которые они не совершали.

4.4. Особенности установления отцовства в случае применения методов искусственной репродукции человека

Специфика участия мужчины в реализации программа искусственной репродукции заключается в том, что он участвует только в сдаче биологического материала. Дальнейшие манипуляции осуществляются без его участия. Так если оплодотворение яйцеклетки осуществляется с помощью донорского генетического материала, то мужчина вовсе не участвует в медицинских манипуляциях. Таким образом, интересы мужчины целиком зависят от добросовестности и профессионализма действий медицинских работников и иных лиц, реализующих программу

⁶⁹ Концепция государственной семейной политики Российской Федерации на период до 2025 года (общественный проект): Часть 1 / Сост. Е.Б. Мизулина. URL: <http://www.komitet2-6.km.duma.gov.ru/site.xp/050049124053056052.html> (дата обращения: 06.10.2016).

искусственной репродукции.

В качестве примера можно рассмотреть ситуацию, когда в результате успешного оплодотворения вне организма женщины нескольких клеток при решении вопроса о том, сколько клеток будет перенесено в организм женщины, участие мужчины законодательно. Судьба остальных клеток (они могут быть заморожены, или уничтожены) также решается без участия мужчины.⁷⁰

В России разрешено анонимное донорство гамет. Тем не менее, возможные конфликты, споры и порядок их разрешения пока законодательно не урегулированы. Считаем, что **ребенок, рожденный от неанонимного донора, вправе получить информацию о своем биологическом отце. Это право должно быть законодательно закреплено. Полагаем, что реализовать это право ребенок может по достижении совершеннолетия. Причем, необходимо закрепить, что реализовать это право он может независимо от согласия матери. Считаем, что закрепить такую норму важно для самоидентификации и для реализации права ребенка знать своих родителей** (ст. 7 Конвенции ООН о правах ребенка).

Рассмотрим вопрос об отцовстве, в случае когда зачатие ребенка произошло с использованием гамет, а также имплантация эмбрионов непосредственно перед смертью или в любое время после смерти мужчины. Принципиально важным здесь является положение о том, что зачатие и рождение ребенка произошло без воли умершего родителя, поэтому в рассматриваемом случае особое внимание необходимо уделить вопросам защиты морального и материального благополучия ребенка, так как факт зачатия и рождения от умершего человека может иметь непредсказуемые психоэмоциональные последствия для ребенка.

Кроме того, право должно защитить личность донора гамет, поскольку

⁷⁰ Гаврилюк Е.Д. К вопросу о целесообразности принудительного установления отцовства // Семейное право на рубеже XX - XXI веков: К 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Казань, Казан. (Приволжский) федер. ун-т, 18 дек. 2010 г.) / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М.: Статут, 2011. С. 20 - 23.

это напрямую касается его неотъемлемых прав в вопросах продолжения человеческого рода.

Эти вопросы в российском законодательстве в настоящее время не решаются, фактически они обсуждаются философами, психологами, но не юристами, хотя правовое решение вопроса здесь является важнейшим. Тем более, что существующие биологические, технические и медицинские технологии делают возможным хранить генетический материал без ухудшения свойств очень длительный период времени. Рассмотрим два варианта зачатия ребенка с использованием гамет умершего мужчины:

- мужчина, участник программы искусственной репродукции, уходит из жизни уже после взятия его генетического материала. В этом случае очевидно или даже изложено на бумаге его согласие на использование материала и применение программ вспомогательных репродуктивных технологий супругой, волеизъявление на продолжение рода, факт зачатия ребенка от конкретного лица (биологическое отцовство) достоверен. Однако, в Семейном кодексе РФ содержится норма о том, что запись об отцовстве может быть осуществлена в срок, не превышающий 300 дней со дня смерти отца. В связи с этим, возможно, целесообразно обсудить вопрос о снятии ограничения этого срока в случаях участия мужчины в программе искусственной репродукции человека. По нашему мнению следовало бы дополнить положения презумпции отцовства, изложенные в п. 2 ст. 48 СК РФ положениями о том, что презумпция отцовства также распространяется на случаи, если ребенок был зачат и родился после смерти мужчины, давшего согласие на применение методов искусственной репродукции, с использованием его половых клеток вне зависимости от срока рождения ребенка.

- использование в программе вспомогательных репродуктивных технологий материала лица - донора, который уже умер к этому моменту. Так как чаще всего личность донора мужских гамет анонимна, то рождение ребенка после смерти донора оказывается для него юридически

безразличным. Более того, факт наличия в живых мужчины-донора на момент осуществления вспомогательных репродуктивных технологий вовсе не устанавливается.

- если была использована технология криоконсервации гамет, то после смерти донора возникает вопрос о правомерности распоряжения этими гаметами и о субъектах, которые вправе это делать. В большинстве европейских государств решающим фактором здесь является высказанная в договоре воля лица, сдавшего свой генетический материал для хранения, его желание по вопросу о сроках хранения генетического материала, о целях его дальнейшего использования и управомоченных донором на это лицах. Мы поддерживаем обоснованность подхода о необходимости договорного закрепления воли мужчины на этапе сдачи генетического материала.

- если осуществляется изъятие генетического материала мужчины после того, как констатирована его смерть. Науке известны факты получения генетического материала у мужчин, находящихся в коже или в случае смерти мозга, и дальнейшее использование в дальнейшем полученного генетического материала. Полагаем, что справедливым будет в качестве решающего аргумента использовать выражение воли мужчины, выраженной им при жизни. Если же мужчина при жизни не успел выразить свою волю, то предлагается исходить из воли пережившей супруги. Такое право предоставляется женщине, состоявшей в браке с погибшим, в целях защиты ее репродуктивных прав.⁷¹

Конечно, дальнейшее развитие науки приведет к возникновению других ситуаций, на сегодняшний день кажущихся нам фантастическими. Эти ситуации предусмотреть в нормативных актах сегодня невозможно, а тем более, изложить способ их разрешения в законодательстве. Однако, жизнь постоянно ставит новые задачи и задача законотворческих органов

⁷¹ Бутаев М.В. Проблема отцовства в социальной философии: Автореф. дис. ... канд. филос. наук. Саратов, 2013. 18 с.

постоянно совершенствовать уже действующие нормативные акты в свете новых вариантов развития событий.

Таким образом, необходимым и достаточным обстоятельством для возникновения родительских прав и обязанностей является рождение ребенка. Необходимо разработать норму, которая позволила бы реализовать возникновение родительских прав и обязанностей у обоих родителей с момента рождения ребенка.

Полагаем, что в Семейном кодексе необходимо зафиксировать правовые последствия признания недействительным фиктивного установления отцовства, признав возможность требовать компенсации морального вреда, причиненного ребенку.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Многоплановость современных методов вспомогательных репродуктивных технологий делают тяжелым их детальную правовую регламентацию. Применение современных методов представляет собой область, в которой пересекаются такие науки, как этика и биология, философия и юриспруденция. Этим обуславливается сложность правового регулирования вопросов, связанных с вспомогательной репродуктивной технологией, которая получила отражение в многообразии подходов к этой проблеме.

Можно сказать, что с правовой точки зрения вопрос суррогатного материнства в Российской Федерации характеризуется недостаточной проработанностью и отсутствием детальной регламентации. В действующем Федеральном законе от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" дано определение понятия "суррогатное материнство" и установлены требования к кандидатам в суррогатные матери.

Итак, согласно ст. 55 этого Закона под суррогатным материнством понимается вынашивание и рождение ребенка (в том числе и 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.

Далее в п. 10 ст. 55 указывается, что "суррогатной матерью может быть женщина в возрасте от двадцати до тридцати пяти лет, имеющая не менее одного здорового собственного ребенка, получившая медицинское заключение об удовлетворительном состоянии здоровья, давшая письменное информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство. Женщина, состоящая в браке, зарегистрированном в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, может быть суррогатной матерью

только с письменного согласия супруга. Суррогатная мать не может быть одновременно донором яйцеклетки".

В п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния". регламентируются вопросы установления происхождения ребенка, государственная регистрация рождения, а также сведения о родителях ребенка. Установлено правило: "...при государственной регистрации рождения ребенка по заявлению супругов, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, одновременно с документом, подтверждающим факт рождения ребенка, должен быть представлен документ, выданный медицинской организацией и подтверждающий факт получения согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись указанных супругов родителями ребенка".

Таким образом, во-первых, суррогатное материнство в Российской Федерации разрешено, во-вторых, право определять судьбу ребенка предоставлено суррогатной матери. Только в случае ее отказа от ребенка генетические родители приобретают законные права материнства и отцовства.

Если суррогатная мать отказывается дать свое согласие и решила оставить ребенка у себя, на основании справки медицинского учреждения она сама записывается в органах записи актов гражданского состояния в качестве матери ребенка и ее нельзя заставить отказаться от ребенка даже на основании заключенного с ней договора. На практике эта норма предоставляет суррогатным матерям возможность шантажировать биологических родителей.

Положительным моментом отечественного законодательства необходимо признать тот факт, что вся процедура регистрации ребенка проходит не через процедуру усыновления, а обычным путем. Выдается обычное свидетельство о рождении, где в качестве родителей указаны супруги, для которых суррогатная мать выносила ребенка, т.е. нет никакого усыновления.

Применение методов экстракорпорального оплодотворения, имплантация эмбриона, суррогатное материнство характеризуются следующими правовыми особенностями:

- Право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона имеет каждая совершеннолетняя женщина детородного возраста.

- Искусственное оплодотворение женщины осуществляется только в тех учреждениях, которые получили лицензию на указанный вид деятельности. При этом обязательно письменное согласие супругов или одинокой женщины на искусственное оплодотворение. По желанию можно ознакомиться с этой лицензией и по всем возникшим вопросам проконсультироваться в организации, которая эту лицензию выдала.

- Письменным согласием на оплодотворение супруги берут на себя равные права и обязанности родителей в отношении будущего ребенка по его воспитанию и содержанию, а также обязуются не устанавливать личность донора и сохранить тайну зачатия ребенка.

- Сведения о проведении искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона, а также о личности донора составляют врачебную тайну. Донор в свою очередь обязуется не устанавливать личность женщины, а также ребенка, родившегося в результате оплодотворения.

- Женщина имеет право на информацию о процедуре искусственного оплодотворения, о медицинских и правовых сторонах этой процедуры, о ее последствиях и о данных медико-генетического обследования.

- Врач должен учитывать пожелания супружеской пары в отношении национальности донора, основных черт его внешности (рост, цвет волос, глаз, форма лица, носа). Кроме того, при подборе донора врач учитывает его совместимость с пациентом по группе крови и резус-фактору. Однако врач не несет ответственности, если эти черты не совпадут с чертами родившегося ребенка.

- Лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его

вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери).

- Супруги, давшие согласие на имплантацию эмбриона другой женщине, а также суррогатная мать не вправе при оспаривании материнства и отцовства ссылаться на эти обстоятельства.

- Незаконное применение искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона влечет за собой уголовную ответственность.

:

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Нормативные правовые акты

1.1. Международные правовые акты

1. "Декларация прав ребенка" Принята 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на 841-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // СИС Консультант Плюс
2. "Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине" (ETS N 164) (Заключена в г. Овьедо 04.04.1997) (с изм. от 27.11.2008) // СИС Консультант Плюс
3. "Конвенция о защите прав человека и основных свобод" (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) // СИС Консультант Плюс
4. "Модельный закон об охране репродуктивных прав и репродуктивного здоровья граждан" (Принят в г. Санкт-Петербурге 28.11.2014 Постановлением 41-21 на 41-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) // СИС «Консультант Плюс»
5. Convention on the Rights of the Child. Принята Резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 г. URL: <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>.

1.2 Нормативные правовые акты федерального уровня:

6. Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных конституционными законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ) // Российская газета. 2009. 21 января. № 7.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (ред. от 06.04.2011) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32– Ст.3301.
8. "Семейный кодекс Российской Федерации" от 29.12.1995 N 223-ФЗ // опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 30.10.2017
9. Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 29.07.2017) "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" // <http://www.pravo.gov.ru> - 30.07.2017.
10. Федеральный закон от 23.06.2016 N 180-ФЗ "О биомедицинских клеточных продуктах" // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>
11. Федеральный закон от 15.11.1997 N 143-ФЗ (ред. от 18.06.2017) "Об актах гражданского состояния"

12. Постановление Правительства РФ от 19.12.2016 N 1403 "О Программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2017 год и на плановый период 2018 и 2019 годов" // СИС «Консультант Плюс»
13. Приказ Минздрава России от 30.08.2012 N 107н (ред. от 11.06.2015) "О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению" // опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 07.07.2015
14. Приказ Минздрава России от 30.10.2012 N 556н (ред. от 17.08.2017) "Об утверждении стандарта медицинской помощи при бесплодии с использованием вспомогательных репродуктивных технологий" // опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 08.09.2017
15. Приказ Минздрава России от 01.11.2012 N 572н (ред. от 12.01.2016) "Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи по профилю "акушерство и гинекология (за исключением использования вспомогательных репродуктивных технологий)" // опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 16.02.2016
16. Приказ Минздравсоцразвития России от 27 декабря 2011 г. N 1687н "О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи" // СИС КонсультантПлюс
17. Указание Минздрава РФ N 442-У, РАМН N 2 от 15.04.2004 "О создании Комиссии по направлению больных на лечение с применением вспомогательных репродуктивных технологий за счет средств федерального бюджета" // СИС «Консультант Плюс»

1.3 Акты органов государственной власти субъектов РФ

18. Приказ департамента здравоохранения и социальной защиты населения Белгородской обл. от 21.02.2014 N 357(ред. от 17.03.2015) "Об организации оказания медицинской помощи с использованием вспомогательных репродуктивных технологий за счет средств обязательного медицинского страхования" (вместе с "Порядком организации оказания медицинской помощи с использованием вспомогательных репродуктивных технологий (экстракорпорального оплодотворения) за счет средств обязательного медицинского страхования", "Положением о комиссии департамента здравоохранения и социальной защиты населения области по отбору и направлению пациентов, являющихся застрахованными по ОМС, в медицинские организации для проведения процедуры экстракорпорального оплодотворения за счет средств обязательного медицинского страхования") // СИС «Консультант Плюс»

2. Материалы правоприменительной практики

2.1. Акты международных судебных инстанций

19. Постановление ЕСПЧ от 02.10.2012 "Кнехт (Knecht) против Румынии" (жалоба N 10048/10)

20. Постановлении ЕСПЧ от 03.11.2011 по делу "S.H. и другие (S.H. and Others) против Австрии" (жалоба N 57813/00).

21. Постановление ЕСПЧ от 24.01.2017 по делу "Парадизо и Кампанелли (Paradiso and Campanelli) против Италии" (жалоба N 25358/12)

22. Постановление ЕСПЧ от 27.08.2015 по делу: "Дело "Паррилло (Parrillo) против Италии" (жалоба N 46470/11)

23. Информация о Постановлении ЕСПЧ от 08.07.2004 по делу "Во (Vo) против Франции" (жалоба N 53924/00).

24. Информация о постановлении ЕСПЧ от 10.04.2007 по делу "Эванс (Evans) против Соединенного Королевства" (жалоба N 6339/05).

2.2. Постановления и определения Конституционного Суда РФ;

25. Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 №880 –О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ч.М. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями п.4.ст.51 Семейного кодекса РФ и п.5 ст.16 ФЗ РФ «Об актах гражданского состояния» // СИС Консультант Плюс

2.3. Акты Верховного Суда РФ (постановления Пленума, постановления Президиума и др.)

26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 N 16 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей" // "Российская газета", N 110, 24.05.2017

27. Решение Верховного Суда РФ от 13.01.2011 N ГКПИ10-1601 Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 6 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утв. Приказом Минздрава РФ от 26.02.2003 N 67 // СИС «Консультант Плюс»

Книги, монографии, комментарии

28. Биомедицинское право в России и за рубежом: монография / Г.Б. Романовский, Н.Н. Тарусина, А.А. Мохов и др. М.: Проспект, 2015. 368 с.
29. Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография. Москва: Проспект, 2012. 144 с.
30. Грудцына Л.Ю. Словарь-справочник по семейному праву России. М.: Эксмо, 2006. С. 200.
31. Капитонова Е.А., Романовская О.В., Романовский Г.Б. Правовое регулирование трансплантологии: монография. М.: Проспект, 2016. 144 с.
32. "Комментарий к Федеральному закону от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" (постатейный) (Белянинова Ю.В., Гусева Т.С., Захарова Н.А., Савина Л.В., Соколова Н.А., Хлистун Ю.В.)
33. Комментарий к Федеральному закону от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" (постатейный) (Грачева Т.Ю., Пучкова В.В., Корнеева О.В., Вахрушева Ю.Н.)
34. "Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (учебно-практический)" (постатейный) (под ред. С.А. Степанова) ("Проспект", "Институт частного права", 2015)
35. См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958.
36. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан. Понятие, осуществление, защита. М., 2000, с.57
37. Международные акты о правах человека Сборник документов. М., 1999. С.79
38. Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 100, 101.
39. Народнонаселение Энци. Словарь / Гл. ред. Г.Г. Меликьян. М., 1994.- с.320
- 40.11. Население России 2001 Девятый ежегодный демографический доклад / Под ред. А.Г.Вишневого.- М.-с.194
41. "Постатейный комментарий к Семейному кодексу РФ" Гришаев С.П. Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2011
42. Права человека. Сборник международных документов. – М., 1998.- с.332
43. Силуянова И.В. «Репродуктивные права» и моральные обязанности [Электронный ресурс]. - Режим доступа: [http://religion, ng. ru/ printed/](http://religion.ng.ru/printed/)
44. Савельев Д.Б. Соглашения в семейной сфере: учебное пособие. Москва: Проспект, 2017. 144 с.

45. Семейное право: учебник / Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинников, Л.Ю. Михеева и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 270 с.
46. Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Бек, 1996. С. 137.
47. Тарусина Н.Н., Лушников А.М., Лушникова М.В. Социальные договоры в праве: монография. М.: Проспект, 2017. 480 с.
48. Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б.М. Гонгало / М.В. Бандо, Р.Б. Брюхов, Н.Г. Валеева и др. М.: Статут, 2016. 256 с.
49. Частное право: проблемы теории и практики / А.Ю. Беспалов, Ю.Ф. Беспалов, Д.В. Гордеюк и др.; отв. ред. Ю.Ф. Беспалов. М.: Проспект, 2016. 144 с.
50. Шевченко М. Демография России. URL: <http://nanya.ru/> (дата обращения: 03.06.2015).

Статьи и диссертации

51. Борисов В. В. Гражданско-правовая категория правоспособности гражданина и особенности ее содержания в современном гражданском праве // Общество и право. 2010. № 2. С. 14.
52. Бутаев М.В. Проблема отцовства в социальной философии: Автореф. дис. ... канд. филос. наук. Саратов, 2013. 18 с.
53. Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию при применении вспомогательных репродуктивных технологий // Российский юридический журнал. 2008. №1. с.11-15
54. Гаврилюк Е.Д. К вопросу о целесообразности принудительного установления отцовства // Семейное право на рубеже XX - XXI веков: К 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Казань, Казан. (Приволжский) федер. ун-т, 18 дек. 2010 г.) / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М.: Статут, 2011. С. 20 - 23.
55. Голиченков В.А., Попов Д.В. Завкафедрой эмбриологии МГУ: Эмбрион не может заявить свои права, это можем сделать мы // <http://www.pravmir.ru>
56. Григорович Е.В. Искусственное оплодотворение и имплантация эмбриона: Семейно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н., С. 74.
57. Кокорин А.П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. N 1
58. Концепция государственной семейной политики Российской Федерации на период до 2025 года (общественный проект): Часть 1 / Сост. Е.Б. Мизулина. URL: <http://www.komitet2->

- 6.km.duma.gov.ru/site.xp/050049124053056052.html (дата обращения 06.10.2016).
- 59.Крусс В.И. Личные («соматические») права человека в конституционно-правовом измерении // Государство и право. – 2000- №10.- с.43
- 60.Майфат А.В. О необходимости принятия Закона РФ "О репродуктивных правах граждан" // Инновационная Россия: проблемы и перспективы социально ориентированного развития: Материалы Международной научно-практической конференции (Екатеринбург, ноябрь 2012 г.). Ч. 1. Екатеринбург: Изд-во Уральского института экономики, управления и права, 2012
- 61.Малеина М. Н. О праве на жизнь / М. Н. Малеина // Государство и право. 1992. № 12. С. 56.
- 62.Мошкович М. Правовое положение эмбрионов в современном праве России // Молодой ученый. — 2012. — №2. — С. 202-204.
- 63.Полянина А.К. Факт беременности как основание возникновения родительских обязанностей // Семейное и жилищное право. 2012. N 1. С. 9 - 11.
- 64.Предложение о внесении поправок в ГК Российской Федерации в части, касающейся возникновения и прекращения правоспособности физических лиц (интервью с депутатом Государственной Думы, заместителем председателя Комитета по общественным объединениям и религиозным организациям А. В. Чуевым) // Нотариус. 2004. № 2. С. 45-48.
65. Романовский Г.Б. Проблема репродуктивных прав в международном праве // Международное публичное и частное право. - 2003. - №6 (15). - С. 12
- 66.К.Н.Свитнев Юридический статус эмбриона в международном праве: правоприменительная практика // "Медицинское право", 2009, № 3
- 67.Скворцова А. Клонологу требуется суррогатная мать // URL: <http://www.gazeta.ru>
- 68.Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность. М.: Дело, 2000. С. 388.
- 69.Статус эмбриона // family-abc.ru/deti/item/154-status-embriona
- 70.Тресков В.И. ОМС - ваша гарантия на медицинскую помощь. М.: Редакция "Российской газеты", 2017. Вып. 6. 144 с.
71. Хазова О.А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: Восточное обозрение. – 2001.- №1 (34).- С.15

Источники на иностранном языке

- 72.American Convention on Human Rights (принята в Сан-Хосе, Коста-Рика 22 ноября 1969 г.). URL:

http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr.html.

73. World Medical Association Statement on In Vitro Fertilization and Embryo Transplantation. Принята XXXIX Ассамблеей ВМА в октябре 1987 г. в Мадриде. URL: <http://www.wma.net/e/policy/e5.htm>.

74. Ustava Ceske republiky ze dne 16. prosince 1992 ustavni zakon c. 1/1993 Sb. ve zneni ustavniho zakona c 347/1997 Sb., 300/2000 Sb., 448/2001 Sb., 395/2001 Sb. a 515/2002 Sb. URL: <http://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html>.

75. URL: <http://www.constitution.org/cons/slovakia.txt>.

76. State Children's Health Insurance Program. 2002. P. 61974.

77. The New York Times, 15 августа 2001 г. Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992).

78. Kass v. Kass (98 N.Y. Int. 0049).

79. A.Z. v. B.Z. (2000, 431 Mass. 150; 725 N.E. 2d 1051).

80. M.R. v T.R. and Others [2006] IEHC 359 (15 November 2006).

81. Nachmani v. Nachmani. 50(4) P.D. 661 (Isr).

82. Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 1990.

83. The Telegraph, выпуск от 11 апреля 2007 г.

84. Закон о защите эмбрионов. В редакции, опубликованной 13 декабря 1990 г. - BGBl. I.S. 2746, с изменениями по ст. 22 Закона от 23 октября 2001 г. (BGBl. I.S. 2702).

Report of The Commission on Assisted Human