

УДК 347.6

Правовое регулирование вспомогательных репродуктивных технологий в России: что изменилось с принятием закона об охране здоровья?

К.Н. СВИТНЕВ,
генеральный директор
компании «Росюрконсалтинг»

Рассматриваются вопросы правового регулирования в России вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) после вступления в силу Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» по сравнению с нормами, действовавшими до его принятия. Обосновывается вывод о том, что необходимо принять отдельный федеральный закон о ВРТ.

Ключевые слова: ВРТ, право на продолжение рода, суррогатное материнство, донорство, установление происхождения детей.

Legal regulation of ART in Russia. What has changed after a new law on health protection was adopted?

Svitnev K.

The article analyzes issues of legal regulation of assisted reproductive technologies in Russia after the "Basic law on health protection of the citizens in the Russian Federation" was adopted in comparison with previous legal norms, a conclusion is formulated that adoption of a separate federal law on ART.

Keywords: ART, right to procreation, surrogacy, donation, determination of children's origin.

Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон об охране здоровья), вызвавший оживленную дискуссию в обществе, — новый этап в развитии системы здравоохранения в России, своего рода медицинская конституция, определяющая права и обязанности как врачей, так и пациентов.

Отдельная статья Закона об охране здоровья (ст. 55) посвящена вспомогательным репродуктивным технологиям (ВРТ). Это проявление государственного подхода, внимания государства к проблемам людей с ограниченными репродуктивными возможностями, которые могут стать родителями лишь при помощи ВРТ.

По данным ВОЗ, проблема бесплодия в мире затрагивает до 15% от общего числа супружеских пар репродуктивного возраста¹. Распространение заболеваний, передающихся половым путем, огромное количество аборт, часто приводящих к вторичному бесплодию, повышение среднего возраста вступления в брак — все это важнейшие факторы увеличения показателей бесплодия. Столь стремительный рост бесплодия также связывают с техногенными факторами, загрязнением окружающей среды, воздействи-

ем разного рода излучений, растущим потреблением генно-модифицированных продуктов.

Проблема бесплодия затрагивает около 6 млн российских семей. В России сейчас порядка 4 млн мужчин и 6 млн женщин нуждаются в применении ВРТ для того, чтобы зачать ребенка².

В пункте 1 ст. 55 Закона об охране здоровья ВРТ определяются как методы лечения бесплодия, при применении которых отдельные или все этапы зачатия и раннего развития эмбрионов осуществляются вне материнского организма (в том числе с использованием донорских и (или) криоконсервированных половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов, а также суррогатного материнства).

Что же изменилось по сравнению с ранее регулирующими ВРТ Основами законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан³?

Прежде всего, в Законе об охране здоровья появилась норма прямого действия (п. 3 ст. 55), закрепляющая равное право россиян на доступ к ВРТ, включая суррогатное материнство, вне зависимости от супружеского статуса.

Закон об охране здоровья устанавливает, что мужчина и женщина, как состоящие, так и

¹ См.: Mother or nothing: the agony of infertility // Bulletin of the WHO. V. 88. № 12. Dec. 2010. P. 877—953. URL: <http://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10-011210/en/#>

² По данным академика В.И. Кулакова, приведенным им в интервью «Российской газете». См.: Страна нерожденных // Российская газета. 2005. № 3854. 23 авг.

³ См. статью 35 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (утв. ВС РФ 22.07.1993 № 5487-1).

не состоящие в браке, имеют право на применение ВРТ при наличии обоюдного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство. Одинокaя женщина также имеет право на применение ВРТ при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство.

Появился особый раздел, посвященный суррогатному материнству, поэтому многие говорят, что Закон об охране здоровья легализовал суррогатное материнство в нашей стране. Это не так. Понятие суррогатного материнства впервые появилось в российском законодательстве еще в 1995 году, с принятием Семейного кодекса РФ и Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния», определяющих внесудебный порядок установления происхождения и регистрации детей, родившихся в результате применения методов ВРТ, включая и суррогатное материнство.

Суррогатное материнство упоминается также в тексте Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий (далее — Инструкция), являющейся приложением к приказу Минздрава России от 26.02.2003 № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия», регулирующим технические аспекты применения ВРТ. Впрочем, п. 7 Инструкции устанавливает, что правовые аспекты суррогатного материнства определяются действующим законодательством Российской Федерации.

Пункт 9 ст. 55 Закона об охране здоровья определяет суррогатное материнство как «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».

Впервые в отечественной практике законодательно закреплено требование обязательного заключения договора между родителями — заказчиками программы суррогатного материнства и суррогатной матерью. Правда, договор этот по-прежнему не может обязать суррогатную мать передать выношенного ею ребенка его родителям и лишь регулирует алгоритм осуществления программы суррогатного материнства, права и обязанности сторон, равно как и их финансовую ответственность при наступлении тех или иных обстоятельств.

Несомненным плюсом Закона об охране здоровья является то, что наконец-то появилась

особая норма прямого действия, однозначно устанавливающая, что наличие брака не является обязательным условием для участия в программе суррогатного материнства. Чтобы избежать двусмысленности, законодатели еще раз подтвердили то, что, в принципе, и так следовало из уже существующих правовых норм, в частности, из ст. 35 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан.

Теперь пары, не состоящие в официально зарегистрированном браке, а также одинокие женщины — пациентки клиник репродукции могут не бояться, что им откажут в реализации программы суррогатного материнства, а при регистрации их новорожденных возникнут проблемы, как это часто бывало ранее.

Клиники репродукции в России действительно предпочитали отказывать одиноким женщинам в реализации программ суррогатного материнства. Типичным является пример 47-летней россиянки, которую в течение 15 лет несколько московских клиник настойчиво и небескорыстно, но безуспешно лечили от бесплодия, отказывая в переносе ее эмбрионов суррогатной матери под тем предлогом, что это якобы запрещено законом. Получается, что женщину попросту обманули и обобрали, лишив возможности иметь собственного генетически родного ребенка, пока это было физически возможно. Сейчас она реализует программу суррогатного материнства с донорским эмбрионом, а ведь родные ей по крови дети уже могли бы заканчивать школу.

Делопроизводители же ЗАГСов считали, что программы суррогатного материнства в нашей стране доступны лишь для супружеских пар, и с упорством, достойным лучшего применения, отказывали одиноким заявительницам в регистрации их суррогатных детей, на долгие месяцы зависавших в правовом вакууме. Вместо того чтобы нанять своих малышей, мамы вынуждены были ходить по судам, добиваясь решения об их регистрации. В российских СМИ не раз появлялась информация о подобных случаях, в частности об историях петербурженки Натальи Климовой и москвички Ламары Келешевой, одиноких женщин, после смерти своих единственных сыновей при помощи программ суррогатного материнства воссоздавших свои семьи и ставших мамами-бабушками. Климова сразу же добилась справедливости — отказ ЗАГСа в регистрации был признан незаконным. А четверо детей-внуков Ламары Келешевой, ставшей первой многодетной суррогатной мамой и бабушкой одновременно, без ее ведома и согласия были зарегистрированы сиротами — с прочерками вместо имен родителей. Чиновники предлагают Келе-

шевой усыновить собственных детей, с чем она категорически не согласна, потому что хочет быть матерью, записанной в свидетельство о рождении, — как это и устанавливает новый закон. Теперь дело о четырех новоявленных суррогатных сиротах и их маме-бабушке будет рассматриваться в ВС РФ, высшей судебной инстанции России.

Если бы Закон об охране здоровья был принят чуть раньше, подобных проблем не было бы в принципе.

Следует отметить, что в Законе об охране здоровья отсутствует норма прямого действия, регулирующая применение ВРТ в преодолении бесплодия (бездетности) у одиноких мужчин. Как известно, единственным способом продолжения рода для одинокого мужчины является программа суррогатного материнства в сочетании с программой донорства ооцитов. Могут ли теперь мужчины, желающие стать отцами, на законных основаниях обращаться в клиники репродукции?

Понятно, что весьма сложно предусмотреть в законе абсолютно все ситуации, которые возникают в жизни. Однако в праве существует понятие аналогии: в отсутствие норм гражданского права для регулирования семейных отношений применяются нормы, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). Об этом прямо говорится в ст. 5 СК РФ: «В случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При отсутствии таких норм права и обязанности членов семьи определяются исходя из общих начал и принципов семейного или гражданского права (аналогия права), а также принципов гуманности, разумности и справедливости».

Если можно иметь детей одиноким женщинам, как прямо устанавливает Закон об охране здоровья, то почему нельзя одиноким мужчинам? Отказ мужчинам в реализации их законного права на отцовство был бы явной дискриминацией по гендерному признаку, нарушением сразу нескольких статей Конституции РФ, в частности, ст. 7 (о том, что в России обеспечивается государственная поддержка как материнства, так и отцовства), ч. 2 ст. 19 (о равенстве прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности), ч. 3 ст. 19 (о равноправии мужчин и женщин) и ст. 55 (о недопустимости законов, умаляющих права человека и гражданина), а право на про-

должение рода — это естественное, неотъемлемое право любого человека.

Услугами суррогатной матери в соответствии с Законом об охране здоровья в России будет возможно воспользоваться лишь при наличии установленных медицинских показаний. В соответствии с Инструкцией это отсутствие матки (врожденное или приобретенное); деформация полости или шейки матки при врожденных пороках развития или в результате заболеваний; синехии полости матки, не поддающиеся терапии; соматические заболевания, при которых вынашивание беременности противопоказано; неудачные повторные попытки ЭКО при неоднократном получении эмбрионов высокого качества, перенос которых не приводил к наступлению беременности.

Вместе с тем по-прежнему не установлена обязанность суррогатной матери передать ребенка после его рождения родителям — заказчикам программы суррогатного материнства, равно как и обязанность родителей-заказчиков принять этого ребенка.

Родители по-прежнему являются заложниками вынашивающей их ребенка суррогатной матери, которая может прервать беременность по своему усмотрению и вольна сколь угодно долго шантажировать родителей, угрожая сделать аборт. В результате страдают интересы всех сторон, участвующих в программе, и прежде всего интересы ребенка, который должен появиться на свет.

При этом от положения в законе, которое должно защищать интересы суррогатных мам, страдают прежде всего они сами, так как родители могут отказаться принять выношенного ребенка, оставив новорожденного без родителей, а суррогатную мать — без компенсации.

Родители — заказчики программы суррогатного материнства должны считаться единственными настоящими родителями малыша, чтобы суррогатная мама была обязана передать его им, и только им (подобные законы уже существуют на Украине, в Армении, Белоруссии, Казахстане, Киргизии), а они, в свою очередь, были обязаны принять своего ребенка. Ни суррогатная мать, ни родители не должны иметь права прервать суррогатную беременность, кроме как по медицинским показаниям.

Пункт 10 ст. 55 Закона об охране здоровья устанавливает, что 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.

Но как быть в случае, когда помочь своей дочери выносить ребенка вызывается его буду-

щая бабушка сорока с небольшим лет? В мировой (да и в российской) практике таких случаев предостаточно. Известно, что благодаря достижениям современной медицины женщины благополучно рожают и в 40, и в 50, и в 60 лет, и даже в 70. К тому же в семье может просто не быть денег на то, чтобы нанять суррогатную маму «со стороны». Эта проблема требует разрешения.

В Законе об охране здоровья появилась новая норма, устанавливающая, что женщина, состоящая в браке, зарегистрированном в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, может быть суррогатной матерью только с письменного согласия супруга. Данное требование представляется неуместным, так как любая совершеннолетняя женщина вне зависимости от своего супружеского статуса является равноправным субъектом гражданских правоотношений. Необходимость получения согласия супруга замужней женщины на совершение ею ряда определенных действий (поступление в учебное заведение, устройство на работу) действительно предусматривалась Сводом законов Российской империи, но возвращение к домостроевским правовым нормам вряд ли целесообразно, тем более что в п. 1 ст. 56 Закона об охране здоровья говорится о том, что «каждая женщина самостоятельно решает вопрос о материнстве».

Закон об охране здоровья впервые в российской практике установил, что суррогатная мать не может быть одновременно донором яйцеклетки. Таким образом, с момента вступления закона в силу в России возможны лишь программы гестационного суррогатного материнства, когда суррогатная мать не имеет генетического родства с тем ребенком, которого вынашивает. Программы традиционного суррогатного материнства, когда используется яйцеклетка самой суррогатной матери, весьма распространенные в США, Великобритании, ЮАР, в России — вне закона. Традиционное суррогатное материнство действительно является своего рода «минным полем», как в правовом, так и в морально-этическом смысле.

Пунктом 7 ст. 55 Закона об охране здоровья устанавливается, что донорами половых клеток могут быть граждане в возрасте от 18 до 35 лет, физически и психически здоровые, прошедшие медико-генетическое обследование. (Неприятная новость для мужчин: прежде сперму можно было сдавать до 40 лет.) Однако закон не требует наличия у доноров собственных детей.

Появилась норма прямого действия, устанавливающая запрет на выбор пола будущего ребенка. Пункт 4 ст. 55 гласит: «При использовании вспомогательных репродуктивных тех-

нологий выбор пола будущего ребенка не допускается, за исключением случаев возможности наследования заболеваний, связанных с полом», т. е. при наличии риска рождения детей с мутацией любого изолированного гена или хромосомных аномалий (формулировка Инструкции). Сейчас пол будущего малыша с большой степенью достоверности можно выбрать при помощи цитометрической сортировки спермы или же методом Эриксона на стадии, предшествующей зачатию, либо — уже гарантированно — методом предимплантационной генетической диагностики (PGD) — после создания эмбриона, но до его переноса в полость матки. Таким образом, закон запрещает все методики определения пола на стадии, предшествующей имплантации эмбриона.

Российские законодатели фактически повторили формулировку ст. 14 Конвенции о правах человека и биомедицине 1997 года, не подписанной нашей страной. Даже сегодня, спустя почти 15 лет с момента принятия конвенции, к ней не присоединились такие страны — члены Совета Европы, как Австрия, Азербайджан, Андорра, Армения, Бельгия, Великобритания, Германия, Ирландия, Лихтенштейн, Мальта, Монако. Италия, Люксембург, Нидерланды, Польша, Украина, Франция, Швеция подписали, но так и не ратифицировали конвенцию.

Вызывает недоумение, почему спорная норма из так и не вступившего в законную силу в ведущих европейских странах документа перекочевала в российский закон.

Таким образом, в настоящее время в России выбор пола ребенка (как до зачатия, так и после зачатия, но до переноса эмбриона в полость матки) будет возможен лишь по медицинским показаниям, что не учитывает объективных потребностей родителей в планировании семьи. Вместе с тем российское законодательство ничего не имеет против уничтожения «излишних» и невестребованных эмбрионов и даже редукции уже наступившей многоплодной беременности после ЭКО. Аборты же вообще законодательно разрешены и являются повсеместно распространенной практикой. Закон разрешает уничтожать эмбрионы и оставляет за женщиной право на произвольное прерывание беременности вплоть до 12-й недели вынашивания, и, если быть последовательным, нельзя не признать за родителями права отказаться от эмбрионов нежелательного им пола еще до наступления беременности — с целью планирования семьи.

По этому пути пошли, например, в США. С октября 2005 года американские репродуктивные клиники получили разрешение на применение PGD с целью выбора пола ребенка по желанию супругов, которые хотели бы иметь

второго ребенка другого пола. Даже в ортодоксальном Израиле с 2005 года разрешается прибегать к процедуре выбора пола с целью планирования семьи, но, правда, только родителям, имеющим четырех детей одного пола.

Пункт 6 ст. 55 Закона об охране здоровья устанавливает, что половые клетки, ткани репродуктивных органов и эмбрионы человека не могут быть использованы для промышленных целей.

Можно сделать вывод, что регулирование ВРТ в России по-прежнему оставляет желать лучшего. Остаются правовые лакуны и нерегулируемые зоны, что существенно нарушает права граждан, которые хотели бы — и могли — стать родителями при помощи ВРТ. Права детей, которые рождаются в результате применения суррогатного материнства, по-прежнему никак не защищены.

Таким образом, принятие Закона об охране здоровья не снимает с повестки дня разработку отдельного комплексного закона о ВРТ, который бы регулировал все аспекты применения ВРТ с учетом современных достижений науки и международного опыта. Подобные комплексные законы действуют, например, в Германии, Испании, Италии. Применение ВРТ детально регламентировано в Великобритании, Канаде, Австралии, Новой Зеландии, Индии, ЮАР.

В работе над законопроектом комплексного закона о ВРТ необходимо обязательно учесть

позитивный опыт и ошибки тех стран, включая страны СНГ, которые уже приняли соответствующее законодательство. Неразумные запреты существенно ограничивают права тех людей, которые хотят стать родителями при помощи репродуктивных технологий, порождают «репродуктивный» туризм.

Право на продолжение рода — естественное, неотъемлемое право любого человека. Надо дать шанс всем людям, желающим стать родителями при помощи ВРТ, возможность осуществить свою мечту. Надо дать каждому ребенку шанс родиться. Все, что способствует приходу в этот мир нового человека, созданию новых семей, является моральным и приемлемым, все, что этому препятствует, — аморально и недопустимо. Из данного постулата и должен, на наш взгляд, исходить законодатель, регулируя применение ВРТ.

В целом можно отметить, что российскими законодателями сделан большой шаг вперед, закон открывает новые возможности перед людьми, которые хотят стать родителями при помощи ВРТ.

В существующем правовом вакууме практически никто не желает брать на себя ответственность за реализацию нетрадиционных репродуктивных программ. Но наука всегда опережает развитие общества — ученые идут впереди юристов и политиков. Наука создает новые возможности, которых не было раньше, и не надо бояться этих возможностей.

В следующем номере журнала «Современное право» читайте:
Ф.П. РУМЯНЦЕВ. «Теоретические основы сущности оборота земельных участков».

«...А.П. Анисимов, С.В. Дзагоев, Л.Т. Кокоева определяют оборот земельных участков как «реализованную возможность по распоряжению земельным участком частного или публично-го собственника (посредством сделки или иным разрешенным законом способом), в результате которой изменяется объем прав и обязанностей субъектов конкретных правоотношений, но не меняется правовой режим земельного участка». Из этого определения можно заключить, что ученые не отрицают вне рыночного (административного) оборота (на это указывает упоминание о возможности публичного собственника распоряжаться земельным участком не только посредством сделки, но и иным законным способом, например, посредством принятия административного акта). Однако далее отмечается, что «земельный оборот является частным случаем более широкой гражданско-правовой конструкции - гражданского оборота, занимая в его структуре особое место, обусловленное принадлежностью земельных участков к числу природных объектов, части окружающей среды».

Как мы видим, о публичном (административном) обороте здесь уже речи не идет. Однако, на наш взгляд, здесь нет противоречия: ведь, с одной стороны, земельный оборот может быть частным (гражданско-правовым) и публичным (административным), и тогда земельный оборот — более широкое понятие...»