

ДОГОВОР СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА КАК СОГЛАСОВАНИЕ  
ВОЛЬ В СЕМЕЙНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ БЕЛАРУСИ,  
КАЗАХСТАНА И РОССИИ

А. Х. Ульбашев

Йельский университет (Нью-Хейвен, США)

Поступила в редакцию 15 декабря 2017 г.

**Аннотация:** *настоящая статья посвящена анализу законодательства о суррогатном материнстве в Беларуси, Казахстане и России. Несмотря на общность правовых традиций, во всех этих странах сложилось уникальное регулирование, требующее специального анализа. Автор приводит детальный анализ существующих подходов к регламентации суррогатного материнства, выявляет сходства и различия, отмечает пути совершенствования. В работе подчеркивается, что договор суррогатного материнства не может рассматриваться в качестве классического гражданско-правового обязательства. В заключение сделан вывод, что договор суррогатного материнства представляет собой институт семейного права, оформляющий согласие воль юридических родителей и суррогатной матери.*

**Ключевые слова:** *договор суррогатного материнства; гражданско-правовой договор; услуги; интересы ребенка.*

**Abstract:** *the article is devoted to the analysis of legislation on surrogate motherhood in Belarus, Kazakhstan, and Russia. Despite the common legal traditions, there is a unique regulation in all these countries that requires special analysis. The author provides a detailed analysis of existing approaches to the regulation of surrogate motherhood, reveals similarities and differences, notes ways to improve the legislation. The article emphasizes that the surrogate motherhood contract cannot be regarded as a classic private law obligation. In conclusion, it was said that the surrogate motherhood contract is an institution of family law that formalizes the consent of wills of legal parents and a surrogate mother.*

**Key words:** *surrogate motherhood contract; private law contract; services; interests of children.*

Материнство и отцовство как возможность женщины и мужчины считаться родителями ребенка, а также участвовать в его воспитании следует рассматривать в качестве составляющих фундаментального права человека на частную жизнь. Как верно отмечала выдающийся советский исследователь семейного права А. И. Пергамент, «воспитание детей в семье дает бесконечно много как самим родителям, так и детям <...> Воспитание родителями своих детей не только отвечает интересам ребенка, но и дает удовлетворение глубоким и благородным человеческим чувствам – чувствам родительской любви»<sup>1</sup>. Из сказанного следует, что всякий цивилизованный правопорядок должен предоставлять гражданам комплекс правовых средств, позволяющих им надлежащим образом осуществлять и защищать родительские права.

<sup>1</sup> Пергамент А. И. Основы законодательства о браке и семье. М., 1969. С. 36.

В свою очередь развитие науки и медицинских технологий не только способствует решению проблем бесплодия с помощью суррогатного материнства, но также выполняет серьезную задачу социального характера – предоставляет миллионам людей, столкнувшихся с проблемами бесплодия, возможность создать и (или) сохранить семью, а также реализовать себя в качестве родителей.

Сегодня суррогатное материнство получило широкое применение и в постсоветских странах, включая Республику Беларусь, Республику Казахстан и Российскую Федерацию. Несмотря на сравнительную «молодость» данного явления для общества всех этих трех государств, в каждом из названных правовых порядков сложилось достаточно уникальное регулирование, в той или иной мере учитывающее их социальные и культурные особенности.

Примечательно, что в 2011–2012 гг. во всех этих странах были приняты качественно новые законы, регламентирующие суррогатное материнство: при этом оказались принципиально отличными базовые подходы к выбору законодательной техники. Так, если в Беларуси был принят самостоятельный Закон от 7 января 2012 г. № 341-З «О вспомогательных репродуктивных технологиях»<sup>2</sup>, то казахстанский законодатель ограничился включением специальной главы 9 о суррогатном материнстве в новый республиканский Кодекс о браке (супружестве) и семье от 26 декабря 2011 г. № 518-IV<sup>3</sup>. Наиболее лаконичным оказался российский законодатель, предусмотревший принятие Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», содержащего лишь одну единственную статью о применении вспомогательных репродуктивных технологий (ст. 55)<sup>4</sup>.

До настоящего времени не предпринималось попыток взглянуть на новейшее постсоветское законодательство о суррогатном материнстве с точки зрения сравнительно-правовой перспективы, что, учитывая обозначенное многообразие подходов, весьма небезынтересно и позволяет сделать ряд важных выводов. Понимая невозможность охватить все вопросы суррогатного материнства в рамках одной публикации, остановимся лишь на ключевом вопросе, а именно на договоре суррогатного материнства.

### **Договор суррогатного материнства: проблема формализации**

Казахстанское законодательство не содержит определения договора суррогатного материнства. Предмет данного договора может быть лишь выведен из тех прав и обязанностей, которые закон возлагает на стороны в ст. 57 республиканского КоБС 2011 г. Однако в целом подходы казахстанского законодателя соответствуют пониманию суррогатного мате-

---

<sup>2</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2012. № 8. Ст. 2/1893.

<sup>3</sup> Казахстанская правда. 2012. 7 янв.

<sup>4</sup> Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 48. Ст. 6724.

ринства в России как вынашивания и рождения 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 (ч. 9 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ). Почти идентичное определение содержится и в белорусском праве.

Итак, договор суррогатного материнства заключается между супругами (именуемыми в казахстанском законе – заказчиками) и суррогатной матерью<sup>5</sup>. Важно отметить, что вместе с заключением договора суррогатного материнства стороны заключают также договор с медицинской организацией, которая обязуется сопровождать процедуру беременности, т.е. оказывать комплекс необходимых *медицинских услуг*. Последнее обстоятельство имеет большое значение: оказание медицинских услуг не охватывается договором суррогатного материнства – эти отношения выходят за пределы вынашивания и рождения ребенка, а также предполагают участие третьей стороны (медицинской организации). Таким образом, есть достаточные основания полагать, что договор суррогатного материнства не является классическим гражданско-правовым обязательством (*e.g.*, разновидностью договора об оказании услуг или выполнении работ), несмотря на то, что к нему применяются нормы гражданского законодательства.

Часть 2 ст. 54 КоБС Казахстана устанавливает, что заключение договора суррогатного материнства *заведомо предполагает* (курсив наш. – А. У.) родительские права и обязанности супругов (заказчиков) на ребенка, родившегося в результате применения вспомогательных репродуктивных методов и технологий. Иными словами, законодатель понимает под договором суррогатного материнства юридическую связь, возникающую между супругами и суррогатной матерью и предполагающую процедуру «перехода» родительских прав (точнее их автоматическое признание за юридическими родителями).

На первый взгляд, такой подход вызывает возражения: родительские права, относящиеся к числу личных, носят неотчуждаемый и непередаваемый характер, поэтому их «переход» *pro forma* невозможен. Нет ли здесь противоречия?

По-своему данную дилемму разрешает белорусский законодатель. Во-первых, он оперирует понятиями «генетическая мать» и «суррогатная мать», т. е. предпринимается попытка преодоления того морально-этического противоречия, которое заложено в казахстанском подходе, где так называемые «заказчики» «приобретают» права на ребенка. Однако

---

<sup>5</sup> Использование слова «заказчики» уже получило негативную оценку в литературе: см.: Мухамеджанова Э. К вопросу о субъектах договора суррогатного материнства в Республике Казахстан. URL: <http://www.zakon.kz/4521805-k-voprosu-o-subektakh-dogovora.html>

содержательно белорусский подход близок к казахстанскому регулированию по фактическим последствиям. Так, статьей 21 белорусского Закона от 7 января 2012 г. № 341-З «О вспомогательных репродуктивных технологиях» устанавливается *обязанность* суррогатной матери передать генетической матери или женщине, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, ребенка (детей) после его (их) рождения, а также встречная *обязанность* генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, принять этого ребенка в установленный срок. Иными словами, существует императивное, безусловное правило, устанавливающее обязанность суррогатной матери по передаче ребенка генетической матери.

Как казахстанский, так и белорусский законодатели исходят из следующей логики: целью суррогатного материнства, а следовательно, и договора, оформляющего эти отношения, является создание родительской связи между, условно говоря, «заказчиками» и ребенком. Тогда как роль суррогатной матери ограничивается содействием в реализации родительских прав этих граждан с оговоркой, что сама суррогатная мать правовых притязаний в отношении ребенка иметь не может<sup>6</sup>.

Анализируя подобный подход законодателя, известная белорусская исследовательница семейного права М. Г. Бруй отмечает: «Договор суррогатного материнства является договором, который регулирует семейные отношения, так как появляется полноценная семья с детьми»<sup>7</sup>. Сказанное позволяет сделать вывод, что договор суррогатного материнства не может считаться гражданско-правовым и потому является самостоятельным семейно-правовым соглашением *sui generis*.

Важным практическим следствием такого вывода является то, что договор суррогатного материнства, в отличие от «обычных» гражданско-правовых обязательств, юридически оформляет не динамику прав, а согласование воли родителей.

Теория согласования воли изначально была разработана в науке международного права для описания нормообразования. Особенностью этой теории является то, что она исходит из предпосылки равенства субъектов международного права (в первую очередь государств) и невозможности умаления их суверенитета. Как отмечал Г. И. Тункин, «эти воли не тождественны и не могут слиться в единую волю. Но они согласованы и направлены на утверждение определенного правила в качестве нормы международного права»<sup>8</sup>. Однако представляется, что данная теория может быть применена к значительно более широкому кругу общественных

<sup>6</sup> Данная позиция находит поддержку и в зарубежной доктрине: см., например: Family Law / ed. by Harry D. Krause, David D. Meyer. West, 2003. P. 159.

<sup>7</sup> Бруй М. Г. Новое законодательство о суррогатном материнстве // Управление в социальных и экономических системах : материалы XXII Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 17 мая 2013 г.) / под ред. Н. В. Суша [и др.]. Минск, 2013. С. 102.

<sup>8</sup> Тункин Г. И. Вопросы теории международного права. М., 1962. С. 166.

отношений, не ограничиваясь областью международного права, в том числе к сфере личных прав и суррогатного материнства.

Аналогичным образом субъекты личных прав (супруги—«заказчики» и суррогатная мать), действуя как «суверень» в частном праве не лишаются своих личных прав при *согласованном осуществлении*, а их права и воли, по терминологии Г. И. Тункина, «не сливаются» воедино. Так, договор суррогатного материнства призван упорядочить осуществление родительских прав в отношении ребенка.

### Суррогатная мать – «исполнитель» или родитель?

Само словосочетание «суррогатное материнство» содержит некоторое противоречие. С одной стороны, в него входит слово «мать», т. е. лицо, претендующее на обладание родительскими правами в отношении ребенка. С другой стороны, такая форма материнства носит ограниченный, «служебный» характер. В данных условиях возникает проблема нахождения оптимального баланса между этими двумя составляющими.

Как было уже показано, казахстанское и белорусское законодательство в этой области не наделяет суррогатную мать правами в отношении ребенка. Нельзя сказать, что эти правовые порядки смотрят на суррогатную мать в духе доктрины консюмеризма, т.е. потребительски. Стоит полагать, что на практике в Казахстане или Беларуси не возникали ситуации, когда суррогатная мать заявляла бы о своих притязаниях в отношении своего ребенка (по крайней мере, такие случаи автору не известны), а если они и имели место, то не оказывались в фокусе внимания законодателя.

Для сравнения: в истории американского семейного права данная проблема возникла еще в 1980-е гг. и широко обсуждалась не только юридической общественностью, но и на уровне всего общества. Так, по наиболее резонансному делу *In Re Baby M* (1988), суррогатная мать мисс Мэри Бет Уайтхед после родов и возвращения ребенка юридическим родителям супружеской пары – Вильяму и Элизабет Штерн впала в послеродовую депрессию, испытывая тоску. Идя на встречу суррогатной матери, Штерны через неделю позволили мисс Уайтхед временно воссоединиться с ребенком. Однако после этого эмоциональные переживания суррогатной матери лишь обострились. Видя состояние своей жены, мистер Уайтхед помог ей бежать с ребенком из Нью-Джерси, где разворачивались события, на юг страны, во Флориду. Развязка этой почти детективной истории наступила в суде, где возник вопрос: должен ли правовой порядок учитывать чувства суррогатной матери к ребенку или же в глазах закона она оказывается не более чем исполнителем контракта? Руководствуясь интересами ребенка, а не «заказчиков» или суррогатной матери, суд постановил признать родителями – Штернов (в пользу этого решения свидетельствовало и неустойчивое психическое состояние суррогатной матери). Однако суд также пошел на компромисс и предоставил мисс Уайтхед право на общение с ребенком. Но главное – суд рассмотрел важный юридический вопрос: является ли договор суррогатного материнства

договором в классическом понимании и возможно ли его принудительное исполнение. Изначально суд первой инстанции признал такую логику вполне законной и не противоречащей основам правопорядка, однако суд апелляционной инстанции – Верховный Суд Нью-Джерси – решение отменил, указав, что такое толкование означало бы куплю-продажу ребенка, в связи с чем договор суррогатного материнства *per se* не может быть исполнен принудительно<sup>9</sup>.

Резюмируя сказанное, можно сделать общий вывод, что в соответствии с практикой американских судов договор суррогатного материнства не является договором (*contract*) в традиционном понимании, следовательно, к нему не могут быть применены нормы договорного права. При этом решение вопроса, с кем оставить ребенка, осуществляется на основе учета интересов самого ребенка.

Иначе отвечает на данный вопрос российский законодатель. Предварительно следует отметить, что российский подход является наименее формализованным (так, в отличие от казахстанского и белорусского законодательства, российское право не устанавливает требований к форме договора суррогатного материнства, а также его существенным условиям)<sup>10</sup>, но в то же время он в большей мере стремится найти баланс прав генетической и суррогатной матери.

Согласно ч. 4 ст. 51 Семейного кодекса Российской Федерации<sup>11</sup> 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 суррогатной матери* (курсив наш. – А. У.). Как отмечает М. В. Антокольская, «данная норма должна быть признана одним из достижений Семейного кодекса России. В ней сформулировано весьма удачное решение сложной с моральной точки зрения проблемы. При использовании суррогатного материнства возникает противоречие между интересами лиц, заключивших договор на вынашивание ребенка и являющихся его генетическими родителями, и женщиной, осуществляющей вынашивание. <...> В процессе беременности и родов проявляются материнские чувства, которые могут полностью изменить ее (суррогатной матери. – А. У.) отношение к ребенку и к заключенному ею соглашению. Неудивительно, что около 15 % суррогатных матерей после родов отказываются от передачи детей. Если бы суррогатная мать была по закону обязана передать ребенка лицам, заключившим с ней договор, это могло бы оказаться для нее столь же тяжелой утратой, как потеря собственного ребенка»<sup>12</sup>.

Однако представляется, что российский подход, так же как и белорусский и казахстанский, страдает некоторой радикальностью. Иными сло-

<sup>9</sup> In re Baby M. 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988).

<sup>10</sup> Семейное право : учебник / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2016. С. 129–130.

<sup>11</sup> Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1. Ст. 16.

<sup>12</sup> Антокольская М. В. Семейное право : учебник. М., 2010. С. 252.

вами, законодатель, выбирая между генетическими родителями и суррогатной матерью, отдал предпочтение последней, оберегая ее душевные чувства, забыв при этом о чувствах генетических родителей.

В этих условиях кажется более удачным американский подход, позволяющий решать аналогичный вопрос *case by case*, учитывая эмоциональное состояние родителей, минимизируя риски злоупотребления правом одними из родителей, но главное – исходя из интересов ребенка.

Таким образом, краткий обзор законодательства ряда постсоветских государств (Беларуси, Казахстана и России) показал разнообразие подходов к пониманию суррогатного материнства и к разрешению наиболее сложного вопроса – учета интересов суррогатной матери после родов и возможности принуждения к исполнению договора суррогатного материнства. Если в Беларуси и Казахстане законодатели склонны рассматривать договор суррогатного материнства с наиболее консервативных позиций – сквозь призму договорного права и допускать принудительное исполнение соглашения, то российский законодатель занял прямо противоположную позицию, защищая интересы суррогатной матери. Однако оба эти подхода не принимают во внимание главного – как решение вопроса о родителях отразится на ребенке.

Суррогатное материнство не может рассматриваться в качестве «обычной экономической деятельности», а сам договор суррогатного материнства не должен сводиться к гражданско-правовому обязательству – именно поэтому оказываются безрезультатными все дискуссии о природе договора суррогатного материнства и возможности его квалификации в качестве договора подряда или договора об оказании услуг. Договор суррогатного материнства – институт семейного права, имеющий своей целью реализацию родительских прав граждан, а также согласование волею юридических родителей и суррогатной матери.

*Йельский университет (Нью-Хейвен, США)*

*Ульбашев А. Х., кандидат юридических наук, приглашенный исследователь*  
*E-mail: alim-ulbashev@mail.ru*

*Yale University (USA)*

*Ulbashev A. Kh., Candidate of Legal Sciences, Visiting Researcher*  
*E-mail: alim-ulbashev@mail.ru*