

# Суррогатное материнство в России: пределы договорного регулирования

А. Ю. Зезекало, А. А. Новиков

**Для цитирования:** Зезекало А. Ю., Новиков А. А. Суррогатное материнство в России: пределы договорного регулирования // Правоведение. 2021. Т. 65, № 4. С. 421–444.  
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2021.404>

Теоретическая разработка проблем, связанных с суррогатным материнством, в различных областях социальных наук, включая юриспруденцию, является результатом интенсивного развития этой новой репродуктивной технологии. Различие во взглядах на преимущества, которые она бесспорно предоставляет, и опасности, которые влечет или может повлечь ее использование, разделило мир не только на ее принципиальных сторонников и противников, среди которых, впрочем, сложно отыскать единодушные, но и тех, кто занял компромиссную или, скорее, выжидательную позицию. Российская юрисдикция в вопросе использования суррогатного материнства относится к числу наиболее либеральных, допускающих применение такого рода вспомогательных репродуктивных технологий и предусматривающих при этом минимальный объем законодательных ограничений. Ключевое положение, создающее правовые рамки регулирования отношений по поводу суррогатного материнства в Российской Федерации, сегодня содержится в п. 9 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» и представляется достаточно лапидарным, носящим в большей степени общий, описательный характер. Если оставить в стороне медицинские аспекты происходящего, то суть отношений, возникающих по поводу суррогатного материнства, можно описать следующим образом: будущие родители привлекают суррогатную мать для того, чтобы она выносила и произвела для них потомство. Какими правовыми механизмами регулируются эти отношения, какой видится при этом роль гражданского права и есть ли здесь место гражданско-правовому договору — об этом идет речь в предлагаемой статье. Авторы рассматривают отношения заинтересованных лиц в динамике, условно разделяя весь процесс, от момента достижения соглашения между суррогатной матерью и потенциальными родителями до момента возникновения у последних родительских прав в отношении ребенка, на несколько этапов. На основе критического анализа действующих законодательных положений, а также судебной практики в статье ставится под сомнение обоснованность устоявшегося в российской судебной практике подхода, основанного на полном подчинении гражданско-правовому регулированию всего комплекса этих сложных отношений.

*Ключевые слова:* договор суррогатного материнства, репродуктивные технологии, биотика, искусственная репродукция, биологический родитель.

## Введение

Развитие репродуктивных технологий в последние годы все чаще становится предметом оживленных дискуссий как медицинского и этического, так и политического и юридического характера. Будучи средством достижения желанного

---

*Зезекало Александр Юрьевич* — канд. юрид. наук., доц., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; [a.zezekalo@spbu.ru](mailto:a.zezekalo@spbu.ru)

*Новиков Андрей Алексеевич* — канд. юрид. наук., доц., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; [a.novikov@spbu.ru](mailto:a.novikov@spbu.ru)

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

и ранее недостижимого для многих родителей результата — иметь потомство, и с этой точки зрения являясь несомненным благом, новые репродуктивные технологии преодолевают пределы возможного, разрушают привычные барьеры, заставляя задумываться над моральными и этическими аспектами происходящего. При этом сегодня едва ли есть основания говорить о наличии общественного консенсуса по данному поводу. Разумеется, право также не может оставаться в стороне от подобного рода острых вопросов, и здесь разнообразие законодательных решений достаточно ясно отражает состояние дискуссии публичной.

Пожалуй, наиболее спорные аспекты стремительного развития репродуктивных технологий объединяет комплекс проблем, связанных с суррогатным материнством. Именно эта технология позволяет преодолеть значительное число естественных ограничений, определенным образом нейтрализуя возрастные и гендерные пределы и актуализируя тем самым вопрос рождения потомства для пожилых или одиноких людей, однополых пар, не говоря уже о гетеросексуальных парах, столкнувшихся с проблемой бесплодия. В связи с этим многие правовые системы уже предприняли определенные меры для регулирования данных отношений. Однако даже в ограниченных рамках европейского пространства подходы законодателя варьируются от полного запрета в пределах своей юрисдикции (с установлением уголовной ответственности, например в Италии<sup>1</sup> или Франции<sup>2</sup>) до более или менее либеральных решений, допускающих в ограниченных пределах некоммерческое суррогатное материнство (например, Бельгия, Нидерланды или Греция) либо легализующих также и коммерческое (например, Россия или Украина)<sup>3</sup>. В Великобритании, несмотря на пристальное внимание законодателя к суррогатному материнству<sup>4</sup>, тотальный запрет на его применение отсутствует. Исследователи связывают это, с одной стороны, с интуитивным ощущением трудности применения и исполнения такого закона, а с другой — с нежеланием слишком глубоко вторгаться в сферу социальных и сексуальных отношений<sup>5</sup>. Поскольку позиция законодателя в данном вопросе во многом зависит от социально-экономических факторов, в ближайшем будущем едва ли следует ожидать появления единого подхода, даже с учетом недвусмысленных попыток отдельных наднациональных институтов предопределить вектор развития на европейском континенте<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См. подробнее: *Montanari Vergallo G.* A child of two mothers: what about the father? Italian overview // *Acta Biomed.* 2019. Vol. 90, no. 3. P. 320.

<sup>2</sup> См., напр.: *Hunter-Henin M.* Surrogacy: Is there room for a new liberty between the French prohibitive position and the English ambivalence? // *Law and Bioethics* / ed. by M. Freeman. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 334.

<sup>3</sup> См., напр.: *Gianaroli L. et al.* Current regulatory arrangements for assisted conception treatment in European countries // *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology.* 2016. No. 207. P. 213; *Novikov A. A.* Surrogate motherhood in Russia and the Commonwealth of Independent States: Legislation, jurisprudence and doctrine // *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective* / ed. by P. Mostowik. Warszawa: Institut Wymiaru Sprawiedliwosci, 2019. P. 322, 353; *Herts A. A.* Surrogate motherhood in Ukraine: Method of infertility treatment, judges' activism and doctrine // *Ibid.* P. 446–447.

<sup>4</sup> Закон о суррогатном материнстве (Surrogacy Arrangements Act 1985. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> (дата обращения: 24.02.2020)), а также Закон об оплодотворении и эмбриологии человека (Human Fertilisation and Embryology Act 1990. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> (дата обращения: 24.02.2020)).

<sup>5</sup> *Deech R., Smajdor A.* From IVF to immortality: Controversy in the era of reproductive technology. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 161.

<sup>6</sup> См., напр., § 27 резолюции Европейского парламента от 13.12.2016 о правах женщин в государствах Восточного партнерства (2016/2060(INI)), где Европарламент «призывает восточных соседей последовательно противостоять любой форме эксплуатации и насилия в отношении женщин».

В странах Южной Америки судьбу суррогатного материнства также предопределяет целый ряд факторов, в частности общее негативное отношение к применению репродуктивных технологий как следствие следования римско-католической традиции в странах — бывших испанских колониях, что в отсутствие иного законодательного регулирования суррогатного материнства исключает его применение. На сегодняшний день лишь законодательства Бразилии и Уругвая содержат отдельные положения, допускающие некоммерческое суррогатное материнство<sup>7</sup>. В Мексике только штат Табаско в 1997 г. узаконил суррогатное материнство, в том числе на возмездной основе. Однако с декабря 2015 г. были введены значительные ограничения на использование данного вида вспомогательных репродуктивных технологий<sup>8</sup>.

Отсутствие единообразия подходов характерно и для США, где распространение суррогатного материнства (прежде всего гестационного) привело к диверсификации подходов в различных штатах, одни из которых легализуют (как, например, Иллинойс), другие — ограничивают или же вообще объявляют суррогатное материнство (либо только коммерческое суррогатное материнство) вне закона<sup>9</sup>. Однако сегодня средний американский гражданин, этические воззрения и финансовое состояние которого позволяют ему использовать вспомогательные репродуктивные технологии, вполне имеет юридическую возможность прибегнуть к их помощи<sup>10</sup>.

Примеры разнообразия законодательных подходов можно продолжить, однако в целом складывающаяся картина вполне ясна. Разнообразие правового регулирования использования вспомогательных репродуктивных технологий способствует развитию так называемого репродуктивного туризма или трансграничного суррогатного материнства, когда законодательные запреты или неопределенность вынуждают тех, кто решил обзавестись потомством, перемещаться с этой целью в более лояльные юрисдикции. Одной из таких юрисдикций является российская, поэтому сегодня наша страна относится к числу стран — реципиентов репродуктивного туризма.

Все вышесказанное, в свою очередь, влечет за собой множество актуальных теоретических и практических проблем, исследованию которых и будет посвящена настоящая статья. С учетом того, что отношения по поводу суррогатного материнства реализуются гражданами на добровольной основе, многие из этих проблем будут проанализированы с точки зрения частного права. Соответственно, после краткого обзора состояния действующего законодательства мы рассмотрим характер отношений, складывающихся между заинтересованными сторонами, проблему определения круга лиц, имеющих право воспользоваться технологией суррогатного материнства в России, актуальные вопросы оформления отношений упомянутых субъектов, прежде всего допустимости и пределов договорного регулирования, а также проблемы, возникающие на финальной стадии отношений,

---

через посредство суррогатного материнства». URL: <https://www.europarl.europa.eu/portal/en> (дата обращения: 24.02.2020).

<sup>7</sup> *Torres G., Shapiro A. & Mackey T. K.* A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework // *BMC Pregnancy Childbirth*. 2019. Article no. 46. P. 1–12.

<sup>8</sup> *Hovav A.* Producing moral palatability in the Mexican surrogacy market // *Gender&Society*. 2019. Vol. 33, no. 2. P. 277–278.

<sup>9</sup> См. об этом, напр.: *Bix B.* *The Oxford Introductions to U. S. Law: Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 100–103.

<sup>10</sup> *Fox D.* *Birth rights and wrongs. How medicine and technology are remaking reproduction and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. P. 28.

в том числе связанные с необходимостью согласия суррогатной матери на запись родителями в актах гражданского состояния биологических родителей выношенного ею ребенка.

## 1. Особенности регулирования отношений суррогатного материнства

В соответствии с п. 9 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>11</sup> (далее — Федеральный закон № 323-ФЗ), «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».

По смыслу этого законоположения в основе отношений суррогатного материнства лежит договор, в соответствии с которым производится экстракорпоральное оплодотворение и перенос эмбриона в полость матки суррогатной матери, а также регулируются все последующие отношения между заинтересованными субъектами (суррогатной матерью и потенциальными родителями). Буквальное прочтение нормы не позволяет истолковать ее расширительно и воспользоваться иными правовыми конструкциями. При этом никаких иных указаний или требований к такому договору закон не содержит, в связи с чем в научной и научно-практической литературе неоднократно поднимался вопрос о правовой квалификации договора о суррогатном материнстве и о его соотношении с той или иной договорной конструкцией из числа предусмотренных законом.

С позиции частноправовой догматики мы, на первый взгляд, действительно имеем дело с гражданско-правовым обязательственным договором, порождающим между его сторонами правовые отношения относительного характера (обязательственные отношения). В связи с этим *communis opinio doctorum* (лат. общее мнение ученых) и правоприменительная практика признают договор суррогатного материнства гражданско-правовой сделкой, а именно договором по оказанию услуг, и предлагают применять общие правила о гражданско-правовых договорах<sup>12</sup>. Но обоснованность такого подхода требует более тщательной проверки. Прежде всего, уже нормативные правовые акты, регулирующие отношения суррогатного материнства, вызывают сомнения в том, что эти отношения носят сугубо гражданско-правовой характер<sup>13</sup>. Скорее, напротив, наличие безусловного права суррогатной матери оставить себе ребенка, отсутствие упоминания возмездности договора, сам факт того, что законодатель поместил нормы о суррогатном материнстве не в акты, регулирующие гражданско-правовые отношения, а в акты, регулирующие семейные отношения и отношения по охране здоровья граждан, — все это свидетельствует не в пользу гражданско-правовой природы складывающихся отношений.

<sup>11</sup> Здесь и далее, если не указано иное, нормативно-правовые акты и судебная практика приводятся по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 24.02.2020).

<sup>12</sup> Обзор точек зрения см.: Фарақшина К. Ф. Предмет договора суррогатного материнства: теория и практика // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 6. С. 738–739.

<sup>13</sup> Ульянова М. В. Установление происхождения детей: правовые аспекты // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 112–113.

В доктрине, помимо уже изложенной позиции, можно встретить и иные воззрения, рассматривающие договор суррогатного материнства то как семейно-правовой договор, то как договор, сочетающий гражданские и семейно-правовые начала<sup>14</sup>. Тем не менее судебная практика чаще склонна рассматривать отношения суррогатного материнства как исключительно гражданско-правовые<sup>15</sup>. Для того чтобы удостовериться в этом или, наоборот, опровергнуть такое положение, необходимо уяснить характер отношений, возникающих между сторонами, а также ответить на вопрос о том, удовлетворяют ли они критериям, выработанным в доктрине и законодательстве применительно к гражданско-правовым обязательствам и, прежде всего, возникает ли между сторонами правовая связь, в силу которой одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (ст. 307 Гражданского кодекса РФ (части первой) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (далее — ГК РФ)). Не исключено, что многие противоречия и трудности практического правоприменения в данной области связаны именно с приданием гражданско-правового характера конструкции, которая изначально была приспособлена к регулированию иных отношений.

Вне всякого сомнения, отношения родительства и родства носят семейно-правовой характер. Биологическое родство между ребенком и хотя бы одним из родителей и вынашивание ребенка не его биологической матерью, а другой женщиной являются квалифицирующими признаками отношений суррогатного материнства. Вместе с тем договор суррогатного материнства носит имущественно-стоимостной характер. Биологические родители ребенка предоставляют суррогатной матери имущественное содержание в денежной и натуральной форме в период вынашивания ребенка, а в случае возмездности договора они должны предоставить еще и определенное сторонами имущественное вознаграждение в денежной или натуральной форме. Вопрос о гражданско-правовых началах данных отношений невозможно игнорировать.

Однако как совместить семейно-правовой интерес и цель договора с гражданско-правовыми способами их достижения? Какими правовыми началами (принципами) руководствоваться правоприменителю при разрешении спорных вопросов суррогатного материнства? Что представляет собой договор, где достижение цели договора оставлено на усмотрение только одной его стороны?

Для ответа на поставленные вопросы следует определить, какие именно отношения возникают между заинтересованными сторонами, принимающими участие в осуществлении данной репродуктивной технологии, в динамике их развития.

## **2. Характер отношений между заинтересованными сторонами**

Весь процесс, от момента достижения соглашения между суррогатной матерью и потенциальными родителями и до момента возникновения у последних родительских прав в отношении ребенка, складывается из нескольких неравнозначных этапов. Как правило, заключая договор, суррогатная мать принимает на себя обязательства по прохождению процедуры имплантации эмбриона, а также,

---

<sup>14</sup> Обзор точек зрения см.: Мубаракшина А. М. Правовая природа договора суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2014. № 4. С. 24–26.

<sup>15</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей».

в случае наступления беременности, по вынашиванию, родоразрешению и передаче рожденного ребенка потенциальным родителям.

На первом этапе суррогатная мать обязуется пройти процедуру имплантации эмбриона. Необходимой предпосылкой для прохождения этого этапа является информированное добровольное согласие суррогатной матери, чтобы она была подвергнута соответствующему медицинскому вмешательству<sup>16</sup>. В свою очередь, потенциальные родители также дают письменное информированное согласие<sup>17</sup>.

Отсутствие такого согласия той или другой стороны препятствует проведению процедуры имплантации и влечет за собой невозможность достижения согласованной цели договора. Поскольку понуждение к выдаче такого согласия не допускается, наличие договора не может иметь сколько-нибудь существенного значения, поскольку никакое понуждение к исполнению здесь просто немыслимо. Также не имеет принципиального значения, в какой конкретно момент — до дачи соответствующего согласия или после него — стороны заключили договор суррогатного материнства. Принятие на себя такого обязательства по даче согласия будет противоречить императивной норме закона, а само обязательство подвергнуться медицинскому вмешательству, если даже допустить его существование, будет обессилено суспензивным, чисто потестативным условием. Поэтому на данном этапе гражданско-правовой характер отношений сторон вызывает серьезные сомнения<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> В силу п. 1 ст. 20 Федерального закона № 323-ФЗ «необходимым предварительным условием медицинского вмешательства является дача информированного добровольного согласия гражданина или его законного представителя на медицинское вмешательство на основании предоставленной медицинским работником в доступной форме полной информации о целях, методах оказания медицинской помощи, связанном с ними риске, возможных вариантах медицинского вмешательства, о его последствиях, а также о предполагаемых результатах оказания медицинской помощи». Исключения из этого правила, установленные в п. 9 данной статьи и допускающие медицинское вмешательство без согласия гражданина, не позволяют применить их к процедуре имплантации эмбриона, осуществляемой на основании договора о суррогатном материнстве.

<sup>17</sup> В ранних документах в связи с этим уточнялось, что такое согласие дается на участие в программе «Суррогатное материнство» (см., напр., разд. 7 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий (Приложение № 1 к Приказу Минздрава РФ от 26.02.2003 № 67 (утратил силу))). В более поздних актах используется общая формулировка «информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство с применением вспомогательных репродуктивных технологий» (см., напр.: Порядок использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказания и ограничения к их применению (Приложение № 1 к Приказу Минздрава России от 30.08.2012 № 107н (утратил силу); с 1 января 2021 г. аналогичный порядок действует в редакции, утв. Приказом Минздрава России от 31.07.2020 № 803н)).

<sup>18</sup> По вопросу о потестативных условиях, в том числе о чисто потестативных условиях (*la condition purement potestative*), имеется обширная зарубежная литература. См., напр.: *Kenfack H. Pacte de préférence et condition potestative "virtuelle" // Recueil Dalloz. 1<sup>er</sup> mai 2003. Jurisprudence. No. 18. P. 1190–1194. <https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2003-1190.pdf> (дата обращения: 24.02.2020); *Lener G. Contributo allo studio della condizione unilaterale. Milano: A. Giuffrè, 2012; Petrelli G. La condizione "Elemento essenziale" del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicative. Milano: A. Giuffrè, 2000; Tatarano G., Romano C. Condizione e modus. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.* — На русском языке обзор зарубежного законодательства дан в обстоятельной статье А. Г. Карапетова (*Карапетов А. Г. Зависимость условий от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 7. С. 28–93*). Позиция стран романо-германской правовой семьи в этом вопросе достаточно единодушна. Во Франции прошедшая недавно реформа гражданского законодательства принципиально ничего не изменила. Незначительное отличие состоит лишь в том, что на смену положениям ст. 1174 Французского гражданского кодекса, которая провозглашала недействительность всякого обязательства, поставленного в зависимость от обязанной стороны, теперь введена ст. 1304-2 Французского гражданского кодекса (URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/2020-02-24/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2020-02-24/) (дата обращения: 24.02.2020)), в силу которой общее правило остается прежним: «Ничтожно обя-*

При благоприятном развитии событий и в случае наступления беременности наступает второй, самый длительный этап отношений, на протяжении которого происходит вынашивание ребенка. Логическим завершением этого этапа является родоразрешение. Учитывая особенности регулируемых отношений — нематериальный характер деятельности суррогатной матери, который не воплощается в овеществленном или иначе объективированном результате, — а также уровень развития технологий, нет никаких сомнений в том, что положительный результат сегодня не может быть гарантирован<sup>19</sup>. Следовательно, от суррогатной матери заинтересованные лица вправе требовать лишь необходимого приложения усилий (*obligation de moyens*)<sup>20</sup>, а это значит, что в наиболее отдаленном приближении мы, вероятно, имеем дело с отношением по оказанию услуг<sup>21</sup>.

Видимо, именно этот этап имеют в виду, когда отмечают, что предметом договора суррогатного материнства в целом можно считать вынашивание ребенка суррогатной матерью<sup>22</sup>. Именно с этой целью суррогатная мать обязуется по заданию будущих родителей пройти процедуру переноса эмбриона, выносить ребенка, обеспечить условия благоприятного внутриутробного развития и в случае рождения ребенка передать его потенциальным родителям<sup>23</sup>. Однако если видеть гражданско-правовое обязательство только в этом, следует задаться вопросом: какова кауза такого обязательства, в чем его полезный эффект для заинтересованной стороны? Очевидно, что данный этап не является самоцелью, и основной интерес родителей состоит в том, чтобы при помощи технологии суррогатного материнства обзавестись потомством, т. е. стать родителями родившегося ребенка. Поэтому финальной стадией этого процесса выступает приобретение статуса родителей. Существует несколько вариантов урегулирования этого вопроса в различных правовых порядках. Некоторые из них следуют известной римской максиме *mater semper certa est* (лат. мать всегда известна), соответственно, автоматически признавая матерью ребенка лишь ту, которая произвела его на свет. Генетической матери остается возможность воспользоваться процедурой усыновления. Но и к этому механизму в зарубежных

---

зательство, поставленное в зависимость от условия, исполнение которого зависит исключительно от воли должника».

<sup>19</sup> Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. Ю. К. Толстой, Н. Ю. Рассказова. 5-е изд., перераб. и доп. Т. 2. М.: Проспект, 2012. С. 713.

<sup>20</sup> Истоки этого ныне широко известного разграничения *obligations de résultat* и *obligations de moyens* являются предметом спора. В частности, Д. Алесси приписывает авторство французскому ученому Р. Демогю, который якобы впервые сформулировал его в своем труде по общей теории обязательств (*Demogue R. Traité des obligations en general: in 7 vols. Vol. 5. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925. § 1237*). Подробнее об этом см.: *Alessi D. The Distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises // European Review of Private Law. 2005. No. 5. P. 659*.

<sup>21</sup> В отечественной правовой доктрине основным и общепринятым критерием отграничения услуг от работ является отсутствие направленности на достижение объективированного (или «материализованного», «овеществленного») результата, который был бы отделен от самой этой деятельности и мог бы быть гарантирован (см., напр.: *Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. Ю. К. Толстой, Н. Ю. Рассказова. Т. 2. С. 712–714*). Очевидно, что специфика правового регулирования возникающих при таком подходе обязательств будет полностью соответствовать идее упомянутого разграничения *obligations de résultat* и *obligations de moyens*.

<sup>22</sup> См., напр.: *Кириченко К. А. Определение предмета договора суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 9–12; Фаракшина К. Ф. Предмет договора суррогатного материнства. С. 738–741; Крайнова Т. К. Договор суррогатного материнства // Нотариальный вестник. № 11. 2010. С. 20–23; Романовский Г. Б. Правовое регулирование вспомогательных репродуктивных технологий (на примере суррогатного материнства). М.: Юрлитинфо, 2011. С. 94–96.*

<sup>23</sup> Потенциальные родители выступают в возникающем обязательстве в качестве кредиторов, зачастую именуемых заказчиками. См. об этом: *Мубаракшина А. М. Правовая природа договора суррогатного материнства. С. 24–27*.

правопорядках относятся весьма сдержанно, поскольку при применении суррогатного материнства психоэмоциональная связь суррогатной матери и ребенка должна быть определяющим фактором, в то время как при усыновлении подобная проблема отсутствует<sup>24</sup>.

В российской правовой действительности сегодня фактически действует иной подход. В договорах о суррогатном материнстве нередко говорится о «передаче ребенка» заказчиком. Под этим следует понимать не столько фактическую передачу, как если бы это происходило, например, с вещью, сколько приобретение заказчиком официального статуса родителей ребенка. В соответствии с действующим законодательством передача ребенка может быть совершена только с согласия суррогатной матери. Данное положение не может быть изменено никаким соглашением сторон, а следовательно, здесь не возникает юридически обеспеченной обязанности и действует принцип «должник исполнит, если захочет». По существу, мы вновь возвращаемся к упомянутой выше проблеме чисто потестативных условий (*les conditions purement potestatives*), и если исполнение целиком и полностью зависит от воли исполняющего лица, то не возникает и самого обязательства, нет *juris vinculum* — тех самых «оков», которые связывают стороны обязательственного правоотношения. А поскольку это так, то действие по «передаче ребенка» генетическим родителям лежит за рамками обязательственного отношения и вообще за рамками гражданско-правового регулирования.

Итак, подводя промежуточные итоги, отметим, что в качестве предмета гражданско-правового регулирования могут выступать лишь отношения в процессе вынашивания ребенка. Иные этапы взаимоотношений заинтересованных лиц в рамках процедуры суррогатного материнства для гражданского права недосягаемы. Имеющиеся в его распоряжении инструменты не способны обеспечить определенность в отношениях сторон, эффективно воздействовать на их поведение. Такие отношения возникают исключительно по воле заинтересованных лиц, однако их соглашение может рассматриваться как договор *sui generis* (*лат.* своего рода)<sup>25</sup>, подчиненный в значительной степени публично-правовым ограничениям, что, в свою очередь, существенно ограничивает полноценное действие неотъемлемого частноправового принципа свободы договора. Однако для того, чтобы расставить точки над «i», представляется необходимым рассмотреть ряд значимых вопросов, в частности вопрос о возмездности отношений суррогатного материнства.

### 3. Возмездность в отношениях сторон

В России отношения по поводу суррогатного материнства могут выстраиваться как на возмездной, так и на безвозмездной основе. Иными словами, в России признается и допускается не только так называемое альтруистическое, но и коммерческое суррогатное материнство<sup>26</sup>. В этом заключается наиболее су-

<sup>24</sup> См. подробнее: *Azpiro-Villar J. E.* Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción // *Cuadernos de Bioética*. 2019. No. 30 (99). P. 197.

<sup>25</sup> В научной литературе отмечалась нетипичность договора суррогатного материнства и предлагалось отнести его к непоименованным договорам (п. 2 ст. 421 ГК РФ), что представляется ошибочным, так как этот вид договора предусмотрен законом и имеет вполне определенное наименование. См., напр.: *Чашкова С. Ю.* Свобода формирования условий договора о суррогатном материнстве как нетипичной договорной конструкции // *Законы России. Опыт. Анализ. Практика*. 2016. № 2. С. 58–60.

<sup>26</sup> См. об этом: *Норбекова Ю. С.* Экономическая сторона договорных семейных обязательств // *Юрист*. 2017. № 6. С. 26–29.

щественное отличие как от государств, занимающих непримиримую позицию и не допускающих суррогатное материнство, так и от тех, чьи законодательства более либеральны, однако признают только альтруистическую форму (например, Великобритания, Австралия, Дания, Канада)<sup>27</sup>. В России отсутствие каких-либо прямых законодательных запретов или ограничений, а также апеллирование к действию принципа свободы договора (п. 1, 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ) привело к тому, что на практике такие договоры стали нередко заключаться на так называемой коммерческой основе.

Имущественный характер отношений, возникающих при принятии одной из сторон обязанности совершить в пользу другой имущественное предоставление, очевиден. Поэтому в условиях отсутствия прямых запретов допустимо применение общих положений гражданского права. В таком случае при допущении вознаграждения за услуги суррогатной матери нет оснований ограничиваться допущением лишь денежного обязательства. Напротив, в силу принципа свободы договора нельзя исключить встречное оказание услуг, равно как и предоставление имущества в собственность или во временное пользование, тем более что известны случаи, когда в качестве встречного предоставления суррогатной матери была определена передача трехкомнатной квартиры в Санкт-Петербурге<sup>28</sup>.

Встречное имущественное предоставление в коммерческом договоре суррогатного материнства имеет своей целью вознаграждение суррогатной матери. Однако для того, чтобы определиться с каузой такого предоставления, необходимо вспомнить, что таковой не могут считаться ни обязательство пройти процедуру искусственного оплодотворения, ни какой-либо результат вынашивания беременности в случае ее возникновения, ни передача ребенка или согласие на возникновение родительских прав в отношении него в случае успешного разрешения. За что же тогда платит «вознаграждение» потенциальный родитель? Поскольку принципиальных возражений не вызывает лишь допустимость гражданско-правового регулирования стадии вынашивания, в рамках которой можно определить существование на стороне суррогатной матери обязательства приложения максимальных усилий к благополучному вынашиванию беременности, остается прийти к выводу, что вознаграждение выплачивается именно за это. В таком случае отношения сторон приобретают характер взаимных, синаллагматических обязательств.

Вознаграждение, его форма, размер, а также порядок и сроки предоставления или выплаты должны быть установлены договором. Если договор не позволяет установить размер оплаты, но при этом из его содержания следует, что он заключен на возмездной основе, необходимо прибегнуть к положениям п. 3 ст. 424 ГК РФ (исполнение должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги). Сложнее решается вопрос в том случае, если договор вообще не содержит никаких указаний по поводу встречного предоставления. Следует ли применять здесь презумпцию возмездности, установленную в п. 3 ст. 423 ГК РФ? Ответ на этот вопрос не так очевиден с учетом высказанной в отечественной доктрине позиции, согласно

---

<sup>27</sup> В 2015 к ним присоединилась Индия, до недавних пор считавшаяся максимально либеральной в отношении суррогатного материнства, но теперь запретившая заключение договоров с предполагаемыми родителями-иностранцами, хотя и сохранившая возможность контрактов со своими гражданами для случаев альтруистического суррогатного материнства (см. подробнее: *Stoockle A. Outsourcing labor. Surrogacy as body care work // Österreich Zeitschrift für Soziologie. 2018. Vol. I, no. 43. P. 88*). Сюда же следует отнести упомянутые выше Бельгию, Нидерланды, Грецию, Бразилию, Уругвай.

<sup>28</sup> См., напр.: *Борисова Т. Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2016. С. 64.*

которой услуга не имеет меновой стоимости, если только за нее не предложена конкретная цена<sup>29</sup>. Логическим следствием такого подхода является полное исключение безвозмездных услуг из сферы гражданско-правового регулирования. Авторы настоящей статьи придерживаются иной позиции, исходя из того, что при отсутствии в договоре прямого указания на его возмездный или безвозмездный характер, а также в отсутствие прямых указаний закона на этот счет в силу п. 3 ст. 423 ГК РФ такой договор следует рассматривать как возмездный.

Напротив, безвозмездный договор суррогатного материнства не порождает на стороне потенциальных родителей каких-либо обязанностей, имеющих свойство встречного предоставления. Это, однако, не исключает существования у них иных обязанностей по отношению к суррогатной матери, в том числе обязанностей имущественного характера. Речь идет прежде всего об имущественных предоставлениях, имеющих компенсационный характер. Упомянутые компенсационные выплаты могут сопровождать как возмездный, так и безвозмездный договор суррогатного материнства. Так, в договоре стороны нередко определяют размер и порядок оплаты расходов на получение квалифицированной врачебной помощи, необходимой суррогатной матери в связи с исполнением договора. Такие расходы не составляют вознаграждение суррогатной матери, а лишь способствуют надлежащему исполнению принятых ею обязательств. Также в договоре отдельно оговариваются расходы на восстановление здоровья суррогатной матери после беременности и родов<sup>30</sup>. Расчеты с третьими лицами могут производиться как непосредственно самими заказчиками, так и суррогатной матерью с последующей компенсацией ей понесенных затрат, например расходов, связанных с дополнительными медицинскими услугами. На заказчиков может быть возложена обязанность оплаты операции по прерыванию беременности суррогатной матери в случае возникновения необходимости по медицинским показаниям.

С учетом специфического, сугубо целевого характера таких расходов следует прийти к выводу, что обязанность кредиторов, т. е. потенциальных родителей, по их оплате нужно рассматривать как направленную на создание суррогатной матери условий для надлежащего исполнения ее обязанности по вынашиванию ребенка и на восстановление ее здоровья в связи с исполнением такой обязанности.

Однако поскольку такие расходы оправданы необходимостью надлежащего исполнения обязательства, ненадлежащее исполнение подрывает основание их предоставления. Следовательно, бремя их распределения может быть обусловлено надлежащим исполнением. В связи с этим в качестве обязанностей суррогатной матери в договоре обычно указывают запрет на употребление алкоголя и курение, следование всем указаниям врачей, прохождение всех необходимых обследований и процедур. Заказчики заинтересованы в постоянном контроле за состоянием здоровья суррогатной матери и плода, поэтому в договоре определяются периодичность и порядок представления отчета суррогатной матери. Медицинские организации, которые следят за течением беременности суррогатной матери, также сообщают потенциальным родителям о состоянии ее здоровья и течении беременности. За неисполнение суррогатной матерью своих обязанностей договором, помимо отказа в компенсационных выплатах, могут быть предусмотрены иные штрафные санкции, а также уменьшение или вообще лишение ее вознаграждения. В свою очередь, за нарушение потенциальными

---

<sup>29</sup> См., напр.: *Кротов М. В.* Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве. Л.: ЛГУ, 1990. С. 7–9.

<sup>30</sup> Также к числу таких компенсационных выплат иногда относят возмещение за «потенциальные неудобства» или потерю заработка (*Stoeckle A.* Outsourcing labor. P. 90).

родителями сроков выплаты вознаграждения назначаются пени или иные неустойки<sup>31</sup>.

Поскольку до момента заключения договора суррогатного материнства у сторон не возникает никаких прав и обязанностей, типичной ошибкой потенциальных родителей является выплата некоторых денежных сумм предполагаемой суррогатной матери заранее.

В случае благоприятного течения беременности, не повлекшего дополнительных затрат, заказчики могут обязать выплатить суррогатной матери дополнительную денежную сумму. Такое условие договора должно стимулировать суррогатную мать быть более внимательной к своему здоровью.

Достаточно часто в договоре оговаривается, что в случае вынашивания суррогатной матерью многоплодной беременности заказчики сверх определенной сторонами суммы должны выплатить суррогатной матери дополнительное вознаграждение. Обычно оно составляет от 25 % до 50 % определенного сторонами вознаграждения в случае рождения одного ребенка.

По своей природе и те, и другие выплаты не являются в полной мере ни вознаграждением, ни компенсацией, хотя чаще всего называются компенсацией и представляют собой выплаты *sui generis*<sup>32</sup>.

#### **4. Субъектный состав лиц, имеющих доступ к применению технологии суррогатного материнства**

Законом императивно установлен состав сторон договора суррогатного материнства. Потенциальными родителями могут быть только лица, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям (п. 9 ст. 55 Федерального закона № 323-ФЗ)<sup>33</sup>, т. е. пара — мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке, а также одинокая женщина<sup>34</sup>.

Как мы видим, в России основные ограничения связаны с восприятием законодателем «медиализированной» модели вспомогательных репродуктивных технологий, которые рассматриваются как средства преодоления бесплодия супругов или опасности передачи ребенку наследственного заболевания<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> См. об этом: *Борисова Т. Е.* Суррогатное материнство в Российской Федерации. С. 99.

<sup>32</sup> Судья Конституционного Суда РФ А. Н. Кокотов верно заметил, что вознаграждение, полученное суррогатной матерью, «объективно является не доходом, а компенсацией затрат суррогатной матери, ущерба ее психике и здоровью» (Мнение судьи Конституционного Суда РФ А. Н. Кокотова. Определение Конституционного суда РФ от 27.09.2018 №2318-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан С. Д. и С. Т. на нарушение их конституционных прав п. 4 ст. 51, п. 3 ст. 52 Семейного кодекса РФ, п. 5 ст. 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния», ч. 9 ст. 55 Федерального закона «Об основах здоровья граждан в Российской Федерации»).

<sup>33</sup> См. подробнее: *Левушкин А. Н., Савельев И. С.* Требования, предъявляемые законодателем к будущим родителям ребенка, рожденного с применением технологии суррогатного материнства // Современное право. 2015. № 9. С. 92–96.

<sup>34</sup> См. п. 3 ст. 55 Федерального закона № 323-ФЗ: «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». В то же время в п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ (далее — СК РФ) говорится только о лицах, «состоящих в браке». Такая же норма содержится и в п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния».

<sup>35</sup> См. об этом: *Хазова О. А.* Стороны договора суррогатного материнства: анализ некоторых проблем // Сделки в гражданском и семейном праве, формы защиты прав и интересов участников сделок: сборник статей / под ред. Т. Е. Абовой. М.: Проспект, 2018. С. 98.

Согласно приведенным законоположениям, одинокий мужчина, если он не состоит в браке и не имеет партнерши, ограничен в возможности приобретения потомства путем использования суррогатного материнства. Позиция законодателя основывается, по-видимому, на предположении, что в интересах ребенка появление в семье, состоящей из двух родителей, в крайнем случае — одной матери, что в минимальной степени будет нарушать принцип поддержки семьи в России.

На практике «медиализированная» модель подверглась в России полной ревизии в связи с фактическим предоставлением возможности прибегнуть к методу суррогатного материнства как одиноким женщинам, так и одиноким мужчинам. Медицинские организации, предоставляющие услуги по экстракорпоральному оплодотворению и переносу донорского эмбриона к суррогатной матери, не соблюдают требование о применении данной технологии только при невозможности по медицинским показаниям вынашивания и рождения ребенка обратившимися к ним за помощью женщинами (одинокими или состоящими в браке). Встречаются и случаи, когда в роли заказчика по договору выступают одинокие мужчины, которые в силу своей половой принадлежности просто не могут иметь медицинских противопоказаний по вынашиванию и рождению ребенка.

Между тем такие послабления способны приводить к непредсказуемым и нежелательным последствиям. Так, одна из организаций Санкт-Петербурга предоставила возможность заключить договор суррогатного материнства мужской паре из Китая. В данной ситуации возникает целый ряд спорных вопросов, важнейшим из которых является вопрос о судьбе ребенка, который должен родиться у суррогатной матери. Помимо этого, имеет смысл обсудить и возможность привлечения к ответственности организации, содействовавшей в применении технологии суррогатного материнства не в соответствии с указаниями действующего законодательства.

Истоки указанных эксцессов заложены в ранее действовавшем законодательстве, и ныне их проявление предопределяется унаследованным от прежнего законодательства пороком, а именно отсутствием санкции за нарушение условий проведения процедуры суррогатного материнства. В ст. 35 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22.07.1993 № 5487-1, действовавших до принятия Федерального закона № 323-ФЗ, говорилось, что каждая совершеннолетняя женщина детородного возраста имеет право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона. В той же ст. 35 декларировалось, что незаконное проведение искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона влечет за собой уголовную ответственность, установленную законодательством РФ. Однако никакая уголовная ответственность за незаконное проведение искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона не была установлена в то время и не установлена до сегодняшнего дня<sup>36</sup>.

Более того, судебная практика вопреки прямому указанию закона положительно решала вопрос о возможности применения метода суррогатного материнства и в отношении одинокого мужчины<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> См. подробнее: *Майфат А. В., Резник Е. С.* Современное состояние и перспективы развития законодательства в сфере использования репродуктивных технологий // Семейное и жилищное право. 2010. № 3. С. 19–20.

<sup>37</sup> См. об этом: *Ильина О. Ю.* Постановления судов по семейно-правовым спорам в практике органов записи актов гражданского состояния // Семейное и жилищное право. 2015. № 2. С. 6–12. — Следовало ожидать, что после принятия нового закона, где суррогатное материнство допускается только для одинокой женщины, суды будут более строго подходить к праву одинокого мужчины быть записанным отцом ребенка, появившегося на свет благодаря программе суррогатного материнства. Но на практике принципиальных изменений не произошло. Суды удовлетворяют требования

Наиболее важными прецедентами были решения Бабушкинского районного суда г. Москвы от 04.08.2010 по гражданскому делу № 2-2745/10 и Смольнинского районного суда г. Санкт-Петербурга от 04.03.2011 по гражданскому делу № 2-1601/11. В последнем случае у одинокого отца родилось даже два ребенка<sup>38</sup>.

В первом случае московский судья обязал органы ЗАГС зарегистрировать ребенка, родившегося по программе гестационного суррогатного материнства с донорскими ооцитами для одинокого мужчины. По мнению суда, в российском праве «отсутствуют какие-либо запреты или ограничения относительно возможности для женщины или для мужчины, не состоящих в браке, реализовать себя как мать или отец с применением методов искусственной репродукции».

Во втором случае судья из Санкт-Петербурга прямо сослалась на ч. 3 ст. 19 Конституции РФ, определив, что «действующее законодательство исходит из равенства прав женщин и мужчин. Не является исключением и право одиноких мужчин на рождение детей, создание семьи, в которую будут входить только дети и их отец. <...> Действующее законодательство не содержит запрета на регистрацию рождения ребенка, рожденного в результате имплантации эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, одинокой матерью или отцом данного ребенка». Суд указал, что отказ в регистрации рождения ребенка в органах ЗАГС нарушает права и законные интересы как отца, так и детей, родившихся в результате суррогатного материнства<sup>39</sup>.

Примечательно, что суды не придают никакого значения тому, требовалось ли использование суррогатного материнства по медицинским показаниям или нет. С точки зрения суда, главное в этом вопросе — защита прав ребенка. Если ребенок уже рожден и у него имеется хотя бы один биологический родитель, то в интересах ребенка наличие у него семьи даже с одним биологическим родителем. Альтернативой будет такое положение ребенка, как если бы родившая его одинокая женщина от него отказалась. Но суды видят несоответствие такого подхода обстоятельствам дела, поскольку заявление суррогатной матери о согласии на указание родителем другого лица является не отказом от ребенка, а частью процедуры установления правовой связи биологического родителя со своим ребенком.

Суды исходят и из общей направленности политики российского государства и правового регулирования на защиту детства и материнства. В политических документах РФ прямо говорится, что государственная семейная политика представляет собой систему принципов, задач и приоритетных мер, направленных на поддержку, укрепление и защиту семьи как фундаментальной основы российского общества, сохранение традиционных семейных ценностей, повышение роли семьи в жизни общества, сохранение традиционных семейных ценностей, повышение авторитета родительства в семье и обществе<sup>40</sup>. Тот же подход мы встречаем и в законодательстве. На первое место среди основных начал семейного

---

таких одиноких мужчин об обязании отделения Пенсионного фонда РФ выдать государственный сертификат на материнский (семейный) капитал (см., напр.: Апелляционное определение Московского областного суда от 29.09.2014 № 33-21541/2014; Решение Приморского районного суда Санкт-Петербурга от 20.11.2018 № 2-8966/2018~М-6088/18; Апелляционное определение Краснодарского Краевого суда от 15.01.2019 № 33-998/2019 (33-46642/2018).

<sup>38</sup> См. об этом: *Боннер А. Т.* Законодательство об искусственном оплодотворении и практика его применения судами нуждаются в усовершенствовании // Закон. 2015. № 7. С. 142–145.

<sup>39</sup> См. подробнее: *Айвар Л. К.* Правовая защита суррогатного материнства // Адвокат. 2006. № 3. С. 18; *Горская Е. Ю.* Тенденции изменения внесения сведений о родителях в запись акта о рождении // Семейное и жилищное право. 2018. № 3. С. 4–6.

<sup>40</sup> Распоряжение Правительства РФ от 25.08.2014 № 1618-р об утверждении Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года. URL: <https://docs.cntd.ru/document/420217344> (дата обращения: 24.02.2020).

права поставлен принцип, в соответствии с которым «семейное законодательство исходит из необходимости укрепления семьи» (абз. 2 п. 1 СК РФ).

По сути, вместо того чтобы суррогатное материнство помогало гражданам, которые не могут иметь детей по медицинским показаниям, совершенно здоровые люди превращают его в разновидность платных услуг.

Существуют примеры, когда суды пошли гораздо дальше в вопросе расширения субъектного состава участников договора суррогатного материнства, признав возможность указать в качестве родителей ребенка даже его биологическую бабушку.

Так, Ц. являлась матерью сына, который ввиду тяжелого заболевания произвел криоконсервацию своего биологического материала (эякулята). Спустя некоторое время сын умер. После его смерти между Ц. и суррогатной матерью был заключен договор об оказании услуг суррогатного материнства. Примечательно, что Ц. обратилась в ГБУЗ «Краевой центр охраны здоровья семьи и репродукции» для проведения процедуры экстракорпорального оплодотворения. Государственное бюджетное учреждение несколько не смутил тот факт, что заказчик не является биологической матерью ребенка. Суррогатная мать родила девочку. Однако в отделе ЗАГС отказались зарегистрировать Ц. матерью ребенка, поскольку Ц. является одинокой женщиной. При этом органы ЗАГС не обратили внимания на то, что к ним обратилась не биологическая мать ребенка, а его бабушка по линии отца.

Суд удовлетворил требование Ц., обязал отдел ЗАГС внести сведения, что матерью ребенка является Ц. Главный аргументом суда было следующее: «Отсутствие в законе норм, допускающих во внесудебном порядке государственную регистрацию детей, родившихся с применением методов искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона, полученного с использованием ооцитов анонимного донора — женщины и криоконсервированных половых клеток мужчины, по заявлению не состоящей в браке женщины, имеющей и правовую, и генетическую связь с рожденным ребенком (абзацем выше суд пришел к выводу, что «не имеет значения, являются ли оба супруга или один из них генетическими родителями или нет». — А. З., А. Н.), не должно нарушать права заявителя и права рожденного ребенка: все действия должны быть направлены на охрану законных интересов и право ребенка воспитываться родителями». Поэтому суд в соответствии с п. 1 ст. 6 ГК РФ счел возможным применение аналогии закона, в частности применение в данной ситуации п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» и п. 4 ст. 51 СК РФ<sup>41</sup>.

Интересно, что ни органы ЗАГС, ни суд не обратили внимания на то, что мать умершего в соответствии с законом вообще не имела права заключать подобный договор. Ни о каком лечении бесплодия не шло и речи, поскольку предполагаемый родитель был одиноким мужчиной и на момент заключения договора с суррогатной матерью уже умер. Цель была совершенно другая — рождение внука. Суд счел, что здесь нет нарушения закона, а ребенок должен иметь мать, хотя бы в биологическом отношении приходящуюся ему бабушкой.

При рассмотрении подобной категории дел российские суды преимущественно отдают приоритет двум фактам: рождению ребенка и биологическому родству с потенциальным родителем. Все остальные, даже весьма грубые нарушения закона, если они не имеют состава уголовного преступления, для суда не значимы. Позиция судов строится на следующих принципах: никого не следует наказывать за рождение ребенка; у ребенка должны быть родители или родитель; ребенок должен жить в семье.

Позиция судов основывается не на законе, хотя они и ссылаются на закон, где предписано прямо противоположное, а на принципе справедливости (имеется

<sup>41</sup> Решение Прикубанского районного суда г. Краснодара от 01.11.2016 № 2-13109/2016 по делу № 2-13109/2016. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/nWkdonQD14J5> (дата обращения: 24.02.2020).

биологический родитель или родственник, который желает взять ребенка) и на общекультурном понимании семьи как связи родственников, в том числе разных поколений. Те немногочисленные судебные акты, в которых биологическим родителям или родителю отказано в их регистрации в качестве родителей ребенка, обосновывают решение противоречием соответствующим законоположениям ст. 52 СК РФ, ст. 55 Федерального закона № 323-ФЗ о возможности признания родителями ребенка лиц, не состоящих в браке, или одиноких граждан<sup>42</sup>.

## 5. Суррогатная мать

Если между потенциальными родителями и ребенком должно быть генетическое родство, по крайней мере с одним из них, то суррогатная мать не может быть донором ооцитов вынашиваемого ей ребенка, т. е. в России возможно только гестационное суррогатное материнство. Генетическое родство суррогатной матери и родителей ребенка вполне допустимо. На первых стадиях развития суррогатного материнства в России суррогатными матерями становились в основном родственницы женщины, не способной самостоятельно выносить ребенка, — ее сестры, двоюродные сестры и др. Иные требования к суррогатной матери связаны с предстоящим вынашиванием ребенка. Она должна пройти специальное медицинское обследование, иметь не менее одного собственного ребенка, рожденного естественным путем. Если ребенок был рожден с применением кесарева сечения, то такая женщина может стать суррогатной матерью только через три года после родов. Ее возраст должен быть не менее 20 и не более 35 лет. Однако на практике возрастные ограничения не всегда соблюдаются. Медицинские организации, применяющие репродуктивные методы, предлагают в качестве суррогатных матерей женщин в возрасте 36–38 лет, которые уже ранее имели подобный опыт. Закон специально не устанавливает санкций за нарушение этих требований. Нам не встречались случаи привлечения к ответственности организаций, нарушающих правило о предельном возрасте суррогатной матери, однако при нарушении этих требований к медицинской организации надлежит применять соответствующие административные меры.

Если суррогатная мать состоит в браке, то требуется письменное согласие ее супруга для участия в программе суррогатного материнства (абз. 1 п. 3 ст. 52 СК РФ). Это правило обусловлено правом суррогатной матери не дать согласия потенциальным родителям на запись их в качестве родителей рожденного ею ребенка и указать себя в качестве матери. В этом случае супруг суррогатной матери становится отцом ребенка в силу предписания закона<sup>43</sup>.

Сам характер отношений суррогатной матери и потенциальных родителей предполагает неразрывную связь между субъектами, определенными договором суррогатного материнства. Из существа отношений следует невозможность замены суррогатной матери другой женщиной — может быть заключен только новый договор с другой суррогатной матерью. В вопросе возможности замены потенциальных родителей следует придерживаться такого же правила.

Один из авторов данной статьи, как практикующий юрист в области семейного права, столкнулся со сходной проблемой в Санкт-Петербурге. Супружеская пара вос-

<sup>42</sup> Решения Тушинского районного суда г. Москвы от 19.03.2014 № 2-1472/2014; Щербинского районного суда г. Москвы от 03.06.2016 № 2-1687/2016.

<sup>43</sup> Пункт 1 ст. 51 СК РФ: «Отец и мать, состоящие в браке между собой, записываются родителями ребенка в книге записей рождений по заявлению любого из них».

пользовалась методом суррогатного материнства с привлечением донорских ооцитов, поскольку жена не могла зачать ребенка. Яйцеклетка была оплодотворена семенем мужа и перенесена суррогатной матери. Через два месяца муж скоропостижно скончался. В связи с этим возник целый ряд проблем: жена, поскольку ребенок генетически с ней не связан, заявила о нежелании продолжения отношений по договору суррогатного материнства и отказалась оплачивать содержание суррогатной матери; родители умершего мужа, напротив, хотели, чтобы у них был внук, и произвели очередной платеж, но вскоре суррогатная мать заболела и стала принимать препараты, которые оказывают негативное влияние на развитие плода. Узнав об этом, родители умершего супруга также отказались продолжать отношения с суррогатной матерью — выплачивать деньги на дальнейшее ее содержание, вознаграждение за услуги и забирать после рождения больного ребенка.

В этой ситуации необходимо ответить на целый ряд вопросов. Если родители умершего подтвердили свое намерение участвовать в отношениях с суррогатной матерью и произвели оплату ее содержания, связали ли они себя обязательством в отношении суррогатной матери? Обязаны ли они как универсальные правопреемники, которые приняли наследство после смерти своего сына, исполнить обязанности умершего в отношении суррогатной матери? Возможно ли правопреемство на стороне умершего мужа каких-либо лиц? Если родители умершего захотят продолжить программу суррогатного материнства, согласны нести все бремя расходов вместо отказавшейся от участия супруги и совершить запись в отношении рожденного суррогатной матерью ребенка, как если бы они сами были потенциальными родителями, возможно ли такое?

Ни закон, ни судебная практика не дают ответов на эти вопросы. Попробуем ответить на них, основываясь на толковании закона и правовой доктрине. Из существа обязательства, возникающего из договора суррогатного материнства, следует, что права и обязанности по договору между потенциальными родителями и суррогатной матерью тесно связаны с личностью и не могут перейти к другим лицам, в том числе наследникам умершего. Смерть суррогатной матери повлечет за собой гибель эмбриона. Смерть одного из биологических родителей, если генетически ребенок связан с ними обоими, приведет к тому, что останется единственный доживший до рождения ребенка родитель, который и должен быть указан отцом или матерью ребенка. Но в связи с тем, что известен второй биологический родитель ребенка, именно он должен быть указан его вторым родителем. Здесь в отношении и биологического отца, и биологической матери следует применить аналогию закона по внесению в актовую запись ЗАГС отца, умершего до рождения зачатого при его жизни ребенка. В случае смерти единственного генетически связанного или генетически не связанного с ребенком родителя, на наш взгляд, нужно следовать вышеназванному правилу. Это соответствует логике закона, поскольку родителями ребенка следует указывать потенциальных родителей, прибегнувших к процедуре суррогатного материнства, вне зависимости от наступления смерти одного из них, пусть даже единственного генетически связанного с будущим ребенком. В описанном случае пережившая супруга, как сторона договора, должна нести ответственность за неисполнение своих обязанностей по содержанию суррогатной матери и выплате ей вознаграждения, но невозможно понудить ее забрать ребенка.

## **6. Проблема согласия**

Согласие суррогатной матери на запись биологических родителей родителями рожденного ею ребенка является основным юридическим фактом в сложном юридическом составе правоотношений по подсадке эмбриона, вынашиванию

плода и установлению родительского отношения с потенциальными родителями. Только накопление всех необходимых юридических фактов приводит к достижению желаемого правового эффекта — установлению правовой связи между биологическими родителями и ребенком.

Именно согласие суррогатной матери вызывает наибольшие споры среди сторонников и противников суррогатного материнства. Что важнее — генетическое родство или внутриутробная и последующая связь матери и ребенка после его рождения?

В законе предусмотрено безусловное право суррогатной матери оставить у себя рожденного ею ребенка (п. 4 ст. 51 СК РФ, п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»). Следовательно, в России связь между суррогатной матерью и ребенком считается более значимой, чем связь с его биологическими родителями. Попытка оспорить это правило как нарушающее конституционные права биологических родителей не увенчалась успехом<sup>44</sup>.

Последние исследования показывают возможность причинения суррогатной матери тяжелой психологической травмы из-за разрыва связи с новорожденным ребенком. Так, иранские ученые провели эмпирическое исследование психического состояния женщин, решивших стать суррогатными матерями. Практически все матери после разлуки с ребенком испытывали боль, эмоциональные страдания, самоотчуждение. Причиной участия этих женщин в программе суррогатного материнства были финансовые мотивы, что и заставило их переносить многие физические, психологические и социальные страдания<sup>45</sup>.

Соответственно, суррогатная мать сама в зависимости от степени привязанности к выношенному ею ребенку принимает решение отдать его биологическим родителям или оставить себе<sup>46</sup>.

Согласие суррогатной матери представляет собой волевое действие, которое следует отнести к односторонним семейно-правовым актам<sup>47</sup>. Возможно ли оспорить согласие по правилам оспаривания сделок, например, если суррогатная мать дала согласие генетическим родителям под влиянием обмана или угрозы? В этом случае, по нашему мнению, вполне уместно использование норм гражданского права по аналогии. Другая ситуация возникает, если согласие было дано, но вознаграждение не было выплачено или выплачено не полностью. В этом случае суррогатная мать может добиваться выплаты вознаграждения только путем обращения в суд с подобным требованием, а не с оспариванием согласия. Раз-

---

<sup>44</sup> См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ и п. 5 ст. 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»». См. критику данного определения в пользу защиты прав биологических родителей: *Афанасьев С. Ф.* Гражданская процессуальная сторона дел об исполнении договора о предоставлении услуг суррогатного материнства // Вестник юридического факультета Южного Федерального университета. 2014. № 1. С. 60–61; *Михайлова И. А.* Законодательство, регламентирующее установление происхождения детей, нуждается в корректировке // Вопросы ювенальной юстиции. 2009. № 2. С. 18–19.

<sup>45</sup> См. подробнее: *Taebi M., Alavi N., Ahmadi S.* The experiences of surrogate mothers: A qualitative study // *Nursing and Midwifery Studies*. 2020. January — March. Vol. 9, iss. 1. P. 51–59.

<sup>46</sup> См. об этом: *Кокорин А. П.* К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. № 1. С. 29–30.

<sup>47</sup> См. подробнее: *Рясенцев В. А.* Юридические акты в семейном праве // Труды ВЮЗИ. Проблемы охраны прав граждан и организаций в свете положений Конституции СССР. М.: ВЮЗИ, 1980. С. 117–118.

умеется, не давать согласия — наиболее действенный и вполне законный способ понууждения потенциальных родителей к исполнению условий договора.

Напомним, что само по себе предоставление согласия не рассматривается в качестве юридической обязанности. Отсюда может возникнуть вопрос о разрыве синаллагмы в тех случаях, когда суррогатная мать такого согласия не дает. Вернемся к уже затронутому выше вопросу о том, за что же платит «заказчик». Достижение его истинной конечной цели — стать родителем ребенка — не может рассматриваться в качестве предмета обязательства ввиду наличия императивных положений закона, превращающих ее достижение в зависимость от целого ряда обстоятельств, в том числе полностью зависящих от воли «обязанной» стороны. Если усматривать полезный эффект обязательства суррогатной матери исключительно в благоприятном вынашивании беременности, ни о каком разрыве синаллагмы здесь говорить не приходится, ведь если ребенок родился, то это в большинстве случаев свидетельствует в пользу того, что в период беременности не было допущено никаких нарушений, а значит, обязательство выполнено. Выше-названный подход означает, что и право на вознаграждение в подобного рода обязательстве не может быть поставлено в зависимость от отказа в выдаче согласия.

Таким образом, очевидно, что наличие в законе нормы, позволяющей суррогатной матери оставить ребенка себе, создает для потенциальных родителей состояние неопределенности. Разного рода юридические организации предлагают родителям обойти закон и преодолеть эту неопределенность путем включения в договор суррогатного материнства условий, в соответствии с которыми суррогатная мать будет вынуждена вопреки своей воле дать согласие на передачу ребенка или даже фактически лишится возможности оставить ребенка у себя. В подавляющем большинстве эти советы не соответствуют закону и правоприменительной практике.

Обычно предлагается включить в договор положение, согласно которому исполнительница в случае отказа дать согласие на запись заказчиков в качестве родителей обязуется возместить все произведенные расходы: на процедуру подсадки эмбриона, врачебное наблюдение беременности, родовспоможение, лечение послеродовых осложнений, покупку витаминов, еды и одежды, оплату аренды отдельного жилья. Также предлагается установить штраф за неисполнение договора в заранее определенной твердой денежной сумме. Рекомендуется зафиксировать в договоре сумму, многократно превышающую расходы заказчиков на содержание суррогатной матери во время беременности и родов. При этом не скрывается, что расходы на судебные споры и угроза взыскания с суррогатной матери значительных денежных сумм влияют на ее решение. Юристы уверяют потенциальных родителей, что указанные в составленном ими договоре штрафы «не сможет оспорить ни один суд»<sup>48</sup>.

Однако к суррогатной матери не могут быть применены какие-либо штрафные санкции за отказ дать такое согласие, поскольку ее поведение является правомерным<sup>49</sup>. За правомерное поведение лицо не должно привлекаться к ответственности, в том числе замаскированной необходимостью возмещения расходов. Отказ суррогатной матери дать согласие на передачу ребенка его биологическим родителям представляет собой правомерное поведение, прямо предусмотренное законом, и в этом смысле положение ст. 51 СК РФ представляет собой ограни-

<sup>48</sup> Может ли суррогатная мать оставить ребенка себе // Свитчайлд. 2016. <https://www.sweetchild.ru/surrogate/archive/mozhet-li-surrogatnaya-mat-ostavit-rebenka-sebe> (дата обращения: 24.02.2020).

<sup>49</sup> Мнение о возможности применения штрафных санкций ошибочно. См., напр.: Айвар Л. К. Правовая защита суррогатного материнства. С. 17.

чение свободы усмотрения сторон. Даже если применить более тонкую схему, например указать в договоре сумму содержания суррогатной матери в период беременности, оказания ей медицинских услуг по наиболее высоким тарифам, выплатить часть вознаграждения в виде задатка или аванса, то суды, исходя из принципа разумности, скорее всего снизят истребуемые родителями денежные суммы, руководствуясь не правилами о договорной ответственности, а правилами о неосновательном обогащении<sup>50</sup>. При этом следует применять правило обратного требования исполненного в предположении будущего события (*condictio causa data causa non secuta*). Его суть сводится к тому, что некто совершил имуществом предоставление другому лицу, предполагая, что ожидаемое событие может наступить при определенных действиях этого лица. Если предположение не сбылось, то можно требовать возврата переданного этому лицу имущества<sup>51</sup>.

Существование права суррогатной матери оставить себе ребенка привело к тому, что в коммерческих договорах вознаграждение выплачивается ей, как правило, только после ее согласия на запись заказчиков родителями ребенка.

Правомерно ли такое условие, и какова природа данного вознаграждения? Безусловно, это условие правомерно. Однако кауза имущественного предоставления здесь не может быть связана с исполнением какой-либо обязанности со стороны суррогатной матери, как было бы, например, в случае со встречными обязательствами. Поскольку согласие суррогатной матери на запись родителями ребенка его биологических родителей удовлетворяет их изначальный мотив обрести потомство, то можно говорить лишь о желании отблагодарить суррогатную мать за поведение, в отношении которого закон предоставляет ей полную свободу усмотрения. Следовательно, если стороны избрали такую модель регулирования отношений, то со стороны потенциальных родителей имеет место обещание дарения под суспензивным (отлагательным) условием совершения суррогатной матерью правомерного действия, а именно дачи согласия на передачу ребенка в соответствии со ст. 51 СК РФ.

В последнее время правило об отказе суррогатной матери дать согласие на передачу ребенка его биологическим родителям утратило безусловный характер. На практике суды столкнулись со случаями, когда суррогатная мать в качестве условия дачи согласия на запись биологических родителей родителями ребенка требовала выплаты значительно большей денежной суммы, чем было определено договором. В связи с этим Верховный Суд РФ, руководствуясь логикой регулирования гражданских правоотношений, разъяснил: если суррогатная мать отказывается дать согласие на запись родителями потенциальных родителей, то это не может служить безусловным основанием для отказа в удовлетворении иска этих лиц о признании их родителями ребенка и передаче им ребенка на воспитание.

---

<sup>50</sup> Обращение к правилам о неосновательном обогащении обсуждается и в зарубежной литературе в отношении тех правопорядков, где возникает схожая проблема. Так, в Великобритании, где соглашения о суррогатном материнстве не подлежат принудительному исполнению (см. ст. 1А Закона о суррогатном материнстве 1985 г.), проблема возврата денежных средств, уплаченных суррогатной матери (как правило в качестве компенсационных выплат), в случае ее отказа передать ребенка также крайне актуальна. Неудивительно, что отдельным авторам положение, при котором предполагаемые родители не имеют возможности вернуть свои деньги, представляется «интуитивно несправедливым», в связи с чем они обсуждают варианты решения проблемы именно сквозь призму неосновательного обогащения (см., напр.: *Purshouse C., Bracegirdle K. The Problem of Unenforceable Surrogacy Contracts: Can Unjust Enrichment Provide a Solution? // Medical Law Review. 2018. Vol. 26, no. 4. P. 558*).

<sup>51</sup> См. подробнее: *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. С. 409. Среди современных правопорядков прямое указание на допустимость такой кондикции имеется, в частности, в § 812 Германского гражданского уложения.

В целях правильного рассмотрения дела судом, в частности, следует проверить, заключался ли договор о суррогатном материнстве и каковы условия этого договора, являются ли истцы генетическими родителями ребенка, по каким причинам суррогатная мать не дала согласия на запись истцов в качестве родителей ребенка, и с учетом установленных по делу обстоятельств, а также положений ст. 3 Конвенции о правах ребенка разрешить спор в интересах ребенка (п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16)<sup>52</sup>.

Верховный Суд РФ предлагает проверить, заключался ли договор о суррогатном материнстве и каковы условия этого договора. Возможно, высшая судебная инстанция путает договор как документ и договор как соглашение сторон. Сложно представить, чтобы суррогатная мать, давшая информированное согласие на медицинское вмешательство с целью осуществления программы суррогатного материнства, не пришла к согласию с потенциальными родителями о применении данного вида вспомогательных репродуктивных технологий. Проверка судом условий договора не отвечает тем целям, которые ставит Верховный Суд РФ, — выяснить причины отказа суррогатной матери дать согласие на передачу ребенка его биологическим родителям. Обычно в договоре суррогатного материнства указывается, что суррогатная мать обязана дать согласие на запись биологических родителей родителями ребенка в органах ЗАГС. Что меняет наличие или отсутствие этого условия в договоре при отказе суррогатной матери дать согласие на передачу ребенка потенциальным родителям? Допустим, суд установил, что суррогатная мать не дает согласия, поскольку не согласна с размером вознаграждения, однако мотивы, которыми руководствуется суррогатная мать, не имеют правового значения.

С этой точки зрения подход Верховного Суда РФ представляется нам упречным. Закон не обуславливает право суррогатной матери не давать согласия какими-либо причинами. Согласие суррогатной матери не может быть чем-либо обусловлено, тем более мотивами, которые предлагается выяснять судам нижестоящих инстанций. Ее воля не может быть стеснена или поставлена под условие. Никакие условия договора не могут изменить императивную норму о необходимости получения согласия суррогатной матери.

Норма ст. 51 СК РФ сформулирована предельно императивно: биологические родители могут быть записаны родителями ребенка «только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери)». Лишних слов в законе не может содержаться. Законодатель специально подчеркивает категорический характер запрета, установленного данным правилом, что лишает суд возможности судебного усмотрения, применять ли эту норму. Мнение о том, что «нормы ст. 51 несовершенно и должны быть модифицированы из императивных предписаний в пользу суррогатной матери в диспозитивные, основанные на справедливом усмотрении суда — с учетом интересов добросовестных сторон и наилучших интересов ребенка»<sup>53</sup>, является *de lege ferenda* (лат. желательным законом). Вышеназванные нормы могут быть изменены только в установленном законом порядке.

Однако и до этого знакового судебного толкования, ориентирующего нижестоящие суды применять норму права вопреки прямому указанию закона, уже были судебные акты, принятые с грубыми нарушениями прав суррогатной матери.

<sup>52</sup> Сомнения в правильности такой тенденции развития регулирования семейных отношений см.: Зубарева О. Г. К вопросу о совершенствовании семейного законодательства в части регулирования родительско-детских отношений // Нотариус. 2018. № 2. С. 18–20; Косова О. Ю. О концептуальной основе развития российского семейного законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 39–40.

<sup>53</sup> Тарусина Н. Н. Семейное законодательство: медицинские аспекты правового регулирования отношений с семейным элементом // Медицинское право. 2019. № 3. С. 24–25.

Весьма показательным представляется дело, рассмотренное Судебной коллегией по гражданским делам Алтайского краевого суда от 04.07.2012 № 33-5349/12. Сложно сказать, какие нормы гражданского и семейного права своим решением суд не нарушил. Суррогатная мать отказалась дать согласие биологическим родителям на передачу ребенка и зарегистрировала в органах ЗАГС в качестве родителей себя и своего мужа. Суд возложил на суррогатную мать обязанность дать нотариально заверенное согласие на запись биологических родителей в качестве таковых, поскольку она отказалась от исполнения принятых на себя по договору обязательств по даче письменного согласия на запись заказчиков в качестве родителей ребенка в течение трех дней после его рождения, как это было предусмотрено в договоре суррогатного материнства.

В этих и подобных случаях Верховный Суд РФ под видом толкования нормы права занимается нормотворчеством, что уже неоднократно бывало. Вместе с тем подобное изменение императивной нормы закона под видом ее толкования грубо нарушает основополагающие принципы разделения властей и правовой определенности. Это недопустимо еще и потому, что семейные отношения тесно переплетены с морально-этическими представлениями о семье и материнстве, и любые попытки их изменения вызывают в обществе широкий резонанс.

## **Выводы**

При определении вида договора следует руководствоваться не его названием, а содержанием, которое составляют права и обязанности сторон. Сущностная характеристика договора определяет его вид. С этой точки зрения при регулировании отношений суррогатного материнства мы видим различные, хотя и взаимосвязанные отношения:

- возникающие при подготовке суррогатной матери к пересадке эмбриона;
- связанные с действиями родителей и суррогатной матери в период вынашивания плода и рождения ребенка;
- по передаче ребенка биологическим родителям.

В частности, если относительно второго этапа развития отношений сторон определенно можно говорить о возникновении прав и обязанностей, в том числе возможности гражданско-правовыми инструментами защитить нарушенные права участников данного правоотношения, то в последнем случае прав и обязанностей у сторон не возникает вплоть до дачи согласия суррогатной матерью. Родители не вправе требовать передачи им ребенка вопреки воле суррогатной матери, а у последней нет обязанности передать ребенка. Таким образом, договор суррогатного материнства в этой части не порождает каких-либо обязательственных отношений. Права и обязанности сторон здесь могут возникнуть только по воле суррогатной матери, если она примет решение дать согласие на передачу ребенка его родителям.

Очевидно, что истинной конечной целью, которую преследуют потенциальные родители при заключении договора суррогатного материнства, является приобретение генетически связанного с ними ребенка. Все остальное имеет для них лишь технический, вспомогательный характер. Однако, поскольку достижение этой цели закон ставит в зависимость от произвола суррогатной матери и тем самым выводит ее за пределы регулирования любой гражданско-правовой сделки, такая цель сегодня может рассматриваться лишь как мотив. Полагаем, что в качестве обязательственных допустимо расценивать лишь отношения, складывающиеся в процессе вынашивания беременности. Если говорить о том, за что же в таком

случае платит заказчик (т. е. о каузе соответствующего обязательства), то следует прийти к выводу, что он платит за надежду, подобно тому как это имеет место в известной *emptio spei* (лат. покупка надежды)<sup>54</sup>. Это, впрочем, не означает, что предполагаемые родители не могут принять на себя обязательство предоставить суррогатной матери вознаграждение за сам факт выдачи согласия. Однако в таком случае следует говорить о дарении под суспензивным условием, создающим для суррогатной матери вместо юридических обязанностей вполне существенную экономическую мотивацию.

Наконец, обратим внимание на противоречие существа отношений материнства и попыток их полного подчинения гражданско-правовому регулированию. Широкое применение этого вида репродуктивной технологии привело к возникновению конфликта между морально-нравственным восприятием материнства и приданием этим сакральным для многих народов отношениям товарно-денежного характера. В связи с этим критически настроенные ученые указывают на опасную эволюцию капитализма неолиберального толка, отбрасывающего этические вопросы и фактически приводящего к возрождению евгеники конца XIX — начала XX в.<sup>55</sup>

Статья поступила в редакцию 13 октября 2020 г.

Рекомендована к печати 13 ноября 2021 г.

## Surrogacy in Russia: Limits of contractual regulation

A. Yu. Zezekalo, A. A. Novikov

**For citation:** Zezekalo, Alexander Yu., Novikov, Andrei A. 2021. Surrogacy in Russia: Limits of contractual regulation. *Pravovedenie* 65 (4): 421–444. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2021.404> (In Russian)

The theoretical scrutiny over surrogacy in many areas of the social sciences, including law, results from the intensive development of this new reproductive technology over recent decades. Given advantages it undoubtedly provides, but also dangers it probably entails, the world has been divided into principled supporters and opponents, as well as those who prefer to wait and see. Russian jurisdiction is among the most liberal in this respect, being generally favorable towards surrogacy and providing a minimum amount of legislative restrictions. The key provision, which creates a legal framework for regulating respective relationships in Russia today, is enshrined in paragraph 9 of Art. 55 of the Federal Law of November 21, 2011, no. 323-FZ “On the Basics of Protecting the Health of Citizens in the Russian Federation”. This provision, however, seems rather lapidary, general, and descriptive. Overlooking medical and social dimensions involved, the essence of the relationship arising in connection with surrogacy can be described as follows: future parents attract a surrogate mother to gestate and produce an offspring for them. The present paper deals with legal mechanisms underlying these relations, the potential role of civil law, and, in particular, of contractual regulation in Russia. The authors employ a dynamic approach towards the whole combination of relationships between the interested parties, dividing into several stages the entire process from the moment of reaching an agreement between a surrogate mother and potential parents, until the acquisition of parental rights in respect of a child. On the basis of a critical analysis of existing legislative provisions, as well as Russian courts’ jurisprudence, the authors question the validity of the well-established stance to treat these complex relations as matters of civil law.

**Keywords:** surrogacy contract, assisted reproduction, bioethics, artificial reproduction, biological parent.

<sup>54</sup> Подробнее об этом см., напр.: *Zimmermann R.* The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition. Deventer, Boston: Juta & Co., Kluwer Law and Taxation Publ., 1992. P. 246–249.

<sup>55</sup> *Merchant J.* Les nouvelles technologies de reproduction État des lieux aux États-Unis // *Médecine/sciences*. 2019. Vol. 35, no. 3. P. 253.

## References

- Afanas'ev, Sergei F. 2014. Civil procedural aspects of claims concerning execution of surrogacy contracts. *Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess* 7: 59–63. (In Russian)
- Aivar, Ludmila K. 2006. Legal protection of surrogacy. *Advokat* 3: 13–19. (In Russian)
- Alessi, Dario. 2005. The distinction between *obligations de résultat* and *obligations de moyens* and the enforceability of promises. *European Review of Private Law* 5: 657–692.
- Azpiro-Villar, Jose E. 2019. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética* 30 (99): 187–198.
- Bix, Brian H. 2013. *The Oxford Introductions to U. S. Law: Family Law*. Oxford University Press.
- Bonner, Aleksander T. 2015. Artificial fertilization legislation and the practice of its application by the courts need improvement. *Zakon* 7: 134–151. (In Russian)
- Borisova, Tat'iana E. 2016. *Surrogacy in Russian Federation: Theoretical and practical problems*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Chashkova, Svetlana Yu. 2016. Freedom of formation of terms and conditions of surrogacy contract seen as atypical contractual type. *Zakony Rossii. Opyt. Analis. Praktika* 2: 58–64. (In Russian)
- Deech, Ruth, Smajdor, Anna. 2007. *From IVF to immortality: Controversy in the era of reproductive technology*. Oxford, Oxford University Press.
- Demogue, René. 1925. *Traité des obligations en général*. In 7 vols, vol. 5. Paris, Librairie Arthur Rousseau Publ.
- Farakshina, Ksenia F. 2013. Subject of surrogacy: theory and practice. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 6: 738–742. (In Russian)
- Fox, Dov. 2019. *Birth rights and wrongs. How medicine and technology are remaking reproduction and the law*. Oxford University Press.
- Gianaroli, Luca, Ferraretta, Anna Pia Maria, Maglia, Cristina, Sgargia, Serena. 2016. Current regulatory arrangements for assisted conception treatment in European countries. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology* 207: 211–213.
- Gorskaiia, Ekaterina Yu. 2018. Trends in making an entry on parental information into the birth certificate. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 3: 4–6. (In Russian)
- Grimm, David D. 2003. *Lectures on the dogma of Roman law*. Moscow, Zertsalo Publ. (In Russian)
- Herts, Alla A. 2019. Surrogate motherhood in Ukraine: method of infertility treatment, judges' activism and doctrine. *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, ed. by Piotr Mostowik: 421–447. Warszawa, Instytut Wymiaru Sprawiedliwosci Publ.
- Hovav, April. 2019. Producing moral palatability in the Mexican surrogacy market. *Gender&Society* 33 (2): 273–295.
- Hunter-Henin Myriam. 2008. Surrogacy: Is there room for a new liberty between the French prohibitive position and the English ambivalence? *Law and Bioethics*, ed. by Michael Freeman: 329–357. Oxford, Oxford University Press.
- Il'ina, Ol'ga Yu. 2015. Court decisions on family law disputes in the practice of civil registry offices. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 2: 6–12. (In Russian)
- Karapetov, Artem G. 2009. Dependence of conditions on the will of the parties to a conditional transaction in the context of civil law reform. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii* 7: 28–93. (In Russian)
- Kenfack, Hugues. 2003. Pacte de préférence et condition potestative “virtuelle”. *Recueil Dalloz 1<sup>er</sup> mai. Jurisprudence* 18: 1190–1194. Available at: <https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2003-1190.pdf> (accessed: 24.02.2020).
- Khazova, Ol'ga A. 2018. Parties to a surrogacy agreement: analysis of some problems. *Transactions in civil and family law, forms of protection of the rights and interests of participants in transactions: collection of articles*, ed. by Tamara Abova: 88–99. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Kirichenko, Ksenia A. 2016. Defining the subject of the surrogacy contract. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 1: 9–12. (In Russian)
- Kokorin, Anton P. 2010. On the issue of obtaining the consent of a surrogate mother to record by the child's parents the spouses who provided their genetic material. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 1: 29–30 (in Russian)
- Kosova, Ol'ga O. 2017. On the conceptual basis for the development of Russian family legislation. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 5: 35–40. (In Russian)

- Krainova, Tat'iana K. 2010. Surrogacy contract. *Notarial'nyi vestnik* 11: 18–24. (In Russian)
- Krotov, Mikhail V. 1990. *Obiazatel'stvo po okazaniiu uslug v sovetskom grazhdanskom prave*. Leningrad, Leningradskii Gosudarstvenyi Universitet Publ. (In Russian)
- Lener, Giorgio. 2012. *Contributo allo studio della condizione unilaterale*. Milano, A. Giuffre Publ.
- Levushkin, Anatolii N., Savel'ev, Il'ia. S. 2015. Requirements of the legislator for the future parents of a child born using surrogacy technology. *Sovremennoe pravo* 9: 92–96. (In Russian)
- Maifat, Arkadii V., Reznik, Elena S. 2010. Current status and prospects for the development of legislation in the use of reproductive technologies. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 3: 17–20. (In Russian)
- Merchant, Jennifer. 2019. Les nouvelles technologies de reproduction État des lieux aux États-Unis. *Médecine/sciences* 35 (3): 253–257
- Mikhailova, Irina A. 2009. Legislation governing the establishment of a child's origin needs corrections. *Voprosy iuvenial'noi iustitsii* 2: 17–19. (In Russian)
- Montanari Vergallo, Gianluca. 2019. A child of two mothers: what about the father? Italian overview. *Acta Biomed* 90 (3): 319–325.
- Mubarakshina, Alsu M. 2014. Legal nature of the surrogacy contract. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo* 4: 24–27. (In Russian)
- Norbekova, Yulia S. 2017. The economic aspect of contractual family obligations. *Jurist* 6: 26–29. (In Russian)
- Novikov, Andrei A. 2019. Surrogate motherhood in Russia and the Commonwealth of Independent States: Legislation, jurisprudence and doctrine. *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, ed. by Piotr Mostowik: 321–365. Warszawa, Institut Wymiaru Sprawiedliwosci Publ.
- Petrelli, Gaetano. 2000. La condizione “Elemento essenziale” del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicative. Milan, A. Giuffre Publ. (In Russian)
- Purshouse, Craig, Bracegirdle, Kate. 2018. The problem of unenforceable surrogacy contracts: Can unjust enrichment provide a solution? *Medical Law Review* 26 (4): 557–584.
- Riasentsev, Vladimir A. 1980. Legal acts in family law. *Trudy VYuZl. Problemy ochrany prav grazhdan i organizatsii v svete polozhenii Konstitutsii SSSR*: 108–119. Moscow, VYuZl Publ. (In Russian)
- Romanovskii, Georgi B. 2011. Legal regulation of assisted reproductive technologies (on the example of surrogacy). Moscow, Iurlitinfo Publ. (In Russian)
- Stoeckle, Anabel. 2018. Outsourcing labor. Surrogacy as body care work. *Österreich Zeitschrift für Soziologie* 43: 85–97. <https://doi.org/10.1007/s11614-018-0289-7>
- Taebi, Mahboubeh, Alavi, Negin, Ahmadi, Seyed. 2020. The experiences of surrogate mothers: A qualitative study. *Nursing and Midwifery Studies* 9 (1): 51–59.
- Tarusina, Nadezhda N. 2019. Family legislation: medical aspects of the legal regulation of relations with the family element. *Meditsinskoe pravo* 3: 20–26. (In Russian)
- Tatarano, Giovanni, Romano, Carmine. 2009. Condizione e modus. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane Publ.
- Tolstoi, Yurii K., Rasskazova, Natalia Yu. (eds). 2012. *Civil law*. In 3 vols, vol. 2. 5<sup>th</sup> ed. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Torres, Gloria, Shapiro, Anne, Mackey, Tim K. 2019. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: Pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy Childbirth* 19 (46): 1–12. <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>
- Ul'ianova, Marina V. 2017. Establishment of the origin of children: legal aspects. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* 5: 110–117. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard. 1992. The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition. Deventer, Boston, Juta & Co., Kluwer Law and Taxation Publ.
- Zubareva, Ol'ga G. 2018. On the issue of improving family law in respect of regulation of parent-child relations. *Notarius* 2: 18–20. (In Russian)

Received: October 13, 2020  
Accepted: November 13, 2021

---

Alexander Yu. Zezekalo — PhD in Law, Associate Professor, St Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation; a.zezekalo@spbu.ru

Andrei A. Novikov — PhD in Law, Associate Professor, St Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St Petersburg, 199034, Russian Federation; a.novikov@spbu.ru