



**Елена Евгеньевна
БОГДАНОВА,**

доктор юридических наук,
профессор,
и.о. заведующего кафедрой
гражданского права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
civil_law_msal@mail.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Соотношение частных и публичных начал в правовом регулировании сферы использования геномных и вспомогательных репродуктивных технологий¹

Аннотация. В представленной статье автор отмечает, что достижения современной науки в сфере биомедицины, кроме этических и нравственных вопросов, поднимают также проблемы определения пределов вмешательства государства в сферу регулирования использования геномных и вспомогательных репродуктивных технологий. Данная проблема в известной мере продолжает дискуссию относительно действия публично-правовых начал в сфере гражданского законодательства.

В этой связи возникает вопрос о праве государства вмешиваться в процесс принятия решения родителями относительно рождения детей с помощью соответствующих технологий, устанавливая возрастные и иные ограничения в отношении лиц, прибегающих к данным технологиям, определять особенности возникновения родительских правоотношений у таких лиц и т.д., т.е. в значительной степени вторгаться в частную сферу гражданина — сферу, составляющую тайну его личной жизни.

Представленный анализ законодательства и судебной практики показывает, что все государства в настоящий момент находятся в поиске справедливого баланса частных и публичных интересов в той сфере, которая традиционно управлялась исключительно частной волей субъекта, в сфере реализации им своего репродуктивного права. Поэтому так сложно воспринимаются обществом различные вмешательства публичной власти, поэтому так важно, чтобы общество не воспринимало их как несправедливые.

В итоге автор формулирует вывод, что в приоритетном порядке следует учитывать и защищать интересы слабой стороны отношений, возникающих в связи с использованием геномных и вспомогательных репродуктивных технологий, — интересы рожденного с помощью таких технологий ребенка, не допуская при этом нарушения прав на жизнь и здоровье иных лиц, участвующих в таких отношениях, необоснованного вторжения в их частную жизнь.

Ключевые слова: геномные технологии, вспомогательные репродуктивные технологии, возмещение вреда, баланс частных и публичных интересов, тайна частной жизни, родительская автономия, конфликт личных неимущественных прав.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.87.11.032-046

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14014 мк «Концепция гражданско-правовой защиты прав граждан при использовании геномных технологий».

E. E. BOGDANOVA,

Dr. Sci. (Law), Professor,

*Professor of the Department of Civil Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*

civil_law_msal@mail.ru

9, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

**Correlation of private and public principles
in the legal regulation of the use of genomic
and assisted reproductive technologies**

Abstract. *In the present article the author notes that the achievements of modern science in the field of biomedicine, in addition to ethical and moral issues, also raise the problem of determining the limits of state intervention in the regulation of the use of genomic and assisted reproductive technologies. This problem, to a certain extent, continues the discussion regarding the effect of public-law principles in the sphere of civil legislation.*

In this connection, the question arises about the right of the state to interfere in the decision-making process of parents regarding the birth of children through the use of appropriate technologies, to establish age and other restrictions on persons who resort to these technologies, to determine the specifics of parental legal relations for such persons, etc., that is, to a large extent intrude on the private sphere of the citizen, the sphere that constitutes the privacy of his life. The presented analysis of legislation and judicial practice shows that all states are currently in search of a fair balance between private and public interests in an area that has traditionally been governed exclusively by the private will of the person, in the sphere of the exercise of his or her reproductive right. That is why it is so difficult for society to perceive various interventions of public authorities, that is why it is so important that society does not perceive them as unfair. As a result, the author concludes that as a priority the interests of the weak party in the relationship arising from the use of genomic and assisted reproductive technologies should be considered and protected — the interests of the child born with such technologies, while not allowing violation of the rights to life and health of others involved in such relationships, unreasonable invasion of their privacy.

Keywords: *genomic technologies; assisted reproductive technologies; damages; balance of private and public interests; privacy; parental autonomy; conflict of personal non-property rights.*

Достижения современной науки в сфере биомедицины, кроме этических и нравственных вопросов, поднимают и проблемы определения пределов вмешательства государства в сферу регулирования использования геномных и вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ). Данная проблема в известной мере продолжает дискуссию относительно действия публично-правовых начал в сфере гражданского законодательства.



Так, по мнению Е. В. Богданова, одной из причин публикации гражданского права является потребность общества в обеспечении защиты интересов экономически слабой стороны. Здесь можно особо отметить нормы, регулирующие отношения с участием граждан-потребителей².

Соглашаясь с высказанной позицией, можно добавить, что в отношениях, возникающих в связи с применением геномных технологий, сам человек (физическое лицо) является слабой стороной, подлежащей повышенной защите.

В этой связи возникает вопрос о праве государства вмешиваться в процесс принятия решения родителей относительно рождения детей с помощью соответствующих технологий, устанавливать возрастные и иные ограничения в отношении лиц, прибегающих к данным технологиям, определять особенности возникновения родительских правоотношений у таких лиц и т.д., иными словами, в значительной степени вторгаться в частную сферу гражданина — сферу, составляющую тайну его личной жизни.

Следует отметить, что действующее законодательство и судебная практика не выработали единого подхода к определению понятия тайны частной жизни лица. Конституция РФ в ч. 1 ст. 23 определяет, что каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. Однако содержание данных терминов в законодательстве не раскрывается. Конституционный Суд РФ признает, что право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера; в понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если носит непротивоправный характер³.

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) подчеркивает, что личная жизнь — это широкое понятие, не подлежащее исчерпывающему определению, которое не ограничивается защитой только «внутреннего круга», где лицо может жить своей личной жизнью по своему усмотрению, полностью исключая внешний мир, не входящий в данный круг. Субъект вправе налаживать и развивать отношения с другими людьми и внешним миром. Личная жизнь может в том числе включать деятельность профессионального и делового характера. Поэтому существует зона взаимодействия человека с другими людьми даже в публичном контексте, на которую может распространяться сфера «личной жизни»⁴.

² Богданов Е. В. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 25.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 28.06.2012 № 1253-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Супруна Михаила Николаевича на нарушение его конституционных прав статьей 137 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление ЕСПЧ от 21.06.2011 «Дело “Шимоволос (Shimovolos) против Российской Федерации”» (жалоба № 30194/09) // URL: <http://humanrts.umn.edu/russian/euro/Rshimovoloscace.html>.

Таким образом, рамки частной жизни, ее содержание в настоящий момент детально не определены законодательством, в нее включается вся область жизни и деятельности конкретного человека, которая не должна контролироваться третьими лицами или государством, если это не противоречит императивным нормам законодательства.

В области биоэтики достаточно часто встречается ситуация конкуренции неимущественных прав граждан, которая обусловлена в том числе и тем, что законодательные положения, обеспечивающие правовую стабильность в обществе, не всегда могут гарантировать достижение справедливого результата при применении нормы права.

Другими словами, при установлении правовых основ применения геномных и вспомогательных репродуктивных технологий актуальным является достижение справедливого баланса частных и публичных интересов. По мнению, А. Ф. Пьянковой, принцип баланса интересов подразумевает не только соразмерность прав, существование фактических возможностей для осуществления законных интересов, но и защиту прав и законных интересов слабой стороны⁵. Представляется, что в вопросах, связанных с использованием геномных технологий, защите подлежат интересы всех участников, прибегающих к данным процедурам, однако слабой стороной следует признать ребенка, рожденного в результате их применения.

Данная ситуация приобретает особую значимость при осуществлении различных медицинских и генетических манипуляций в отношении генома эмбриона. В этой связи известный философ Ю. Хабермас отмечает, что «вмешательство в происхождение отдельных людей разрушает необходимое условие нравственного основания общества — что все люди должны быть свободными от чужого влияния на их внутреннюю сущность (идентичность), только тогда они имеют возможность участвовать в человеческом взаимодействии, вследствие которого возникает единая человеческая мораль»⁶.

Необходимо отметить, что уже в настоящее время геномные технологии позволяют создавать так называемых дизайнерских детей. По данной проблеме Дж. Розато отмечает, что «с использованием технологий экстракорпорального оплодотворения (ЭКО) и предимплантационной генетической диагностики (ПГД) вместе родители получают возможность отбирать эмбрион с желанными ими чертами (свойствами), которые отражаются в геноме родившегося ребенка. Например, должен ли родиться мальчик или девочка; ребенок с определенным цветом глаз, волос; обладающий иммунитетом к определенным заболеваниям и др.»⁷. Как, в свою очередь, полагает М. Самервилл, технологии, направленные на создание «дизайнерских» детей, рождение которых включает манипуляции с человеческими эмбрионами, разрушают основу их человечности, идентификации

⁵ См.: Пьянкова А. Ф. Баланс интересов в гражданском праве России и его обеспечение в договорных отношениях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2013. С. 10.

⁶ Habermas Ju. The future of human nature. Review by: Reviewed by Joel Anderson // Ethics. The University of Chicago Press. Vol. 115. No. 4. July 2005. P. 816—821. URL: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/430477>.

⁷ Rosato J. The children of Art (Assisted reproductive technology): Should the Law Protect them from Harm // Utah Law Abstract. 2004. Vol. 57. P. 16.



в качестве человеческого существа и способны в результате широкого использования разрушить равенство людей⁸.

Данную ситуацию усугубляет этическая спорность применения метода ПГД, так как его процесс включает отбор одних эмбрионов преимущественно перед другими, а также появившуюся в настоящий момент возможность применения технологий, направленных на редактирование генома эмбриона⁹. Эмбрионы, которые не были отобраны, подлежат редукции (разрушению) или хранятся и используются в научно-исследовательских целях.

Таким образом, метод ПГД включает скрининг и отбор только тех эмбрионов, которые отвечают определенным ожидаемым качествам. Представляется, что отбор одного эмбриона преимущественно перед другим, манипуляции по улучшению его генома могут изменить природу родительских отношений и в итоге повлиять на общество в целом.

В этой связи возникает вопрос о праве государства вмешиваться в процесс принятия решения родителями относительно рождения детей с помощью таких технологий.

Дж. Розато полагает, что государство, по общему правилу, не может вмешиваться в принятие родителями решений по поводу рождения детей. Так, государство не может применить санкции к матери, которая, например, в возрасте старше пятидесяти лет решает родить ребенка, несмотря на значительный риск возникновения у него генетических заболеваний, государство не может требовать, чтобы мать нескольких детей-инвалидов сделала аборт. В таких случаях государство не вправе каким-то образом вступить в данные отношения и предупредить возможное причинение ребенку вреда в будущем¹⁰.

В то же время Д. Дэвис отмечает, что подобные решения родителей можно охарактеризовать как конфликт «между родительской автономией и потенциальной автономией ребенка. Если право ребенка на будущее благополучное развитие находится под угрозой таких решений, автономия родителей должна уступать автономии ребенка»¹¹.

Недостаточное исследование данной проблемы обусловлено в том числе и существованием таких феноменов, как «родительская власть» (parental authority), «родительская ответственность» (parental responsibility), «родительская опека».

Концепция родительской власти сформировалась еще в римском праве. Так, Ульпиан, комментируя эдикт, отмечает: «Семьей по собственному праву мы называем множество лиц, подчиненных единой (отцовской) власти или по природе, или по праву... Отцом семейства называется тот, кто имеет в доме господство, и он правильно называется этим именем, хотя бы он не имел сына: ведь мы

⁸ *Somervill M.* Children's human rights to natural biological origins and family structure // *International Journal of the Family Law*. 2010. № 35. Vol. 1. P. 39.

⁹ Следует отметить, что научное сообщество призвало ввести мораторий на редактирование генома человека в клинической практике на пятилетний период (URL: sci-news.ru/2019/ne-vse-uchenyje...moratorij-crispr).

¹⁰ *Rosato J.* Op. cit. P. 18.

¹¹ *Davis D.* Genetic dilemmas: Reproductive technology, Parental choice and children futures. Psychology Press, 2001. P. 32.

показываем этим словом не только его лицо, но и право: поэтому и малолетнего называем отцом семейства (домовладыкой). И со смертью домовладыки, сколько бы лиц ни находилось у него в подчинении, они получают собственные семьи: ибо отдельные лица принимают титул домовладыки. То же самое происходит и с тем, кто эмансипирован из семьи: ведь и он, став самовластным, обладает собственной семьей. Семейей по общему праву мы называем семью всех агнатов: ибо хотя со смертью домовладыки отдельные лица получают отдельные семьи, однако всех, кто пребывал под одной властью, будет правильно называть членами одной семьи, раз они происходят из одного дома и рода» (D. 50.16.195.2).

Существенное ослабление отцовской родительской власти происходит в конце республиканского периода римской истории, но особенно смягчили отцовскую власть императоры Рима. Так, право жизни и смерти в отношении детей было упразднено у отца в соответствии с Конституцией императора Константина, и ко времени Юстиниана за отцом осталось только право подвергать детей некоторым дисциплинарным взысканиям. Право продажи детей было воспрещено императором Диоклетианом¹².

В классической психоаналитической концепции (З. Фрейда) стремление к власти рассматривается в том числе как наследие семейно-родовых отношений. Отношение к власти современного человека, с точки зрения З. Фрейда, производно от свойственной ребенку врожденной потребности в защите его отцом¹³. Следует отметить, что основанием возникновения родительской власти (авторитета) является тот факт, что в силу абсолютной беспомощности ребенка родитель должен принять на себя всю полноту ответственности за жизнь и благополучие другого человека, принять приоритетность его потребностей.

В то же время существующая разница в подходах зарубежных законодателей к определению содержания родительской власти настолько значительна, что делает невозможной унификацию терминологии на уровне международных соглашений. В этой связи при принятии Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. вместо понятия «родительская опека» было использовано понятие «родительская ответственность», что обозначило концептуальную идею Конвенции о том, что ребенок не является «объектом опеки» своих родителей, а выступает в качестве самостоятельного, обладающего правами субъекта, в отношении которого родители несут определенные обязанности¹⁴. Согласно ст. 18 Конвенции государства-участники предпринимают все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа общей и равной ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка.

¹² Боголепов Н. П. Учебник истории римского права / под ред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало. 2004. С. 508, 568, 616.

¹³ Новиков В. Т., Новикова О. В. Феномен власти в классической и современной философии: сравнительный анализ // URL: <https://elibrary.ru/bitstream/123456789/14443/1/40-46pdf.pdf>.

¹⁴ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 ; вступила в силу для СССР. 15.09.1990) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. М. : Международные отношения. 1993.



Согласно п. 1 ст. 65 Семейного кодекса РФ¹⁵ родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей. Обеспечение интересов детей должно быть предметом основной заботы их родителей. При осуществлении родительских прав родители не вправе причинять вред физическому и психическому здоровью детей, их нравственному развитию. Родители, осуществляющие родительские права в ущерб правам и интересам детей, несут ответственность в установленном законом порядке.

Таким образом, сначала законодатель очерчивает пределы реализации родительского полномочия и родительской ответственности, а затем судебная практика толкует правовые нормы и вырабатывает критерии оценки действий родителя. Однако положения ст. 65 Семейного кодекса РФ распространяются на родившихся детей, обладающих правоспособностью; действующее семейное законодательство не определяет правовой режим эмбриона и не рассматривает его в качестве субъекта права¹⁶. В этой связи можно утверждать, что полномочия родителей в отношении эмбриона, чей статус на данный момент не определен, шире, чем в отношении родившегося ребенка.

Так, суды в США признали, что деликтное право должно учитывать права родителей на неприкосновенность частной жизни и их дискреционные полномочия, поэтому границы частного деликтного права определяются конституционными ограничениями в отношении вмешательства в семейные дела. По одному из споров суд отказался признать, что на матерях лежит обязанность быть гарантами здоровья их нерожденных детей, так как посчитал, что судебный контроль за повседневной жизнью беременных женщин повлечет за собой беспрецедентное вторжение в частную жизнь и автономию граждан¹⁷.

Однако решение родителя использовать геномные технологии является гораздо более осознанным, чем, например, неспособность беременной матери предвидеть последствия приема лекарств или переход дороги в неустановленном месте¹⁸. Вопрос о причинении вреда в случае отбора эмбриона с определенными заказанными родителями свойствами достаточно спорен. У эмбриона нет физических способностей испытывать чувство потери; он не способен обидеться или выразить согласие. В отсутствие прямых доказательств умышленного причинения вреда суду будет довольно сложно оценить избранные родителями физические характеристики с точки зрения их полезности или вредности для ребенка, учитывая то, что по общему правилу несовершеннолетнее лицо считается согласным на большинство медицинских процедур, разрешенных родителями.

В настоящее время как в зарубежных странах, так и в Российской Федерации отсутствует законодательство, устанавливающее запрет для родителей

¹⁵ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См. подробно об этом: *Богданова Е. Е.* О правах на биоматериал человека // *Гражданское право*. 2019. № 4. С. 28—32.

¹⁷ *Brigham A.* Fordham Disability and designer babies // *Valparaiso University Law Abstract*. 2011. Vol. 45. P. 14—15, 17.

¹⁸ *Grodin v. Grodin*, 301 N.W. 2d 869 (Mich. Ct. App. 1988) ; *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E. 2d 355 (Ill. 1988).

использовать метод предимплантационной диагностики в целях рождения ребенка с определенной болезнью или особыми характеристиками. В частности, п. 4 ст. 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» предусматривает лишь, что при использовании вспомогательных репродуктивных технологий не допускается выбор пола будущего ребенка, за исключением случаев возможности наследования заболеваний, связанных с полом.

В то же время, достигнув совершеннолетия, ребенок может не согласиться с генетическим выбором родителей и обратиться к ним с требованием о возмещении причиненного вреда. Так, например, в зарубежной судебной практике выделяют иски из неправомерного рождения (*wrongful birth*), которые предъявляют родители (мать) к медицинским организациям или врачам; а также требования о неправомерной жизни (*wrongful life*), предъявляемые ребенком, рожденным с генетическими дефектами, к своим родителям, которые, однако, достаточно редко признаются судом. Суды аргументируют отказ от удовлетворения таких требований тезисом, что жизнь,отягощенная недостатками, все же лучше, чем ее отсутствие, и поэтому нельзя признать, что ребенку-истцу причинили юридически признанный вред только фактом его рождения¹⁹.

В этой связи В. Хельсен полагает, что между деликтами из неправомерного рождения и неправомерной жизни нет существенных различий, несмотря на то, что многие правовые порядки признают неправомерные действия при рождении, одновременно отвергая их в случае неправомерной жизни²⁰. Этот подход представляется удивительным, учитывая, что многие государства признают неправильные действия при рождении, одновременно отвергая их за неправильную жизнь.

Такое разделение основано на представлении о том, что основания этих исков различны, в том числе различны два интереса, подлежащих защите. Иск из неправомерного рождения вызывает поддержку судебной практики, потому что определяет жизнь ребенка с физическими недостатками как травму, как физический вред, подлежащий возмещению. Что касается требования, вытекающего из неправомерной жизни, то в такой ситуации генетический дефект, болезнь ребенка — это результат выбора родителей оставить или прервать беременность. Так, чтобы показать причинно-следственную связь в делах о неправомерной жизни, суды требуют, чтобы мать засвидетельствовала, что она сделала бы аборт или

¹⁹ Daniels v. Delaware, 120 F. Supp. 2d 411 (D. Del. 2000) ; Reed v. Campagnolo, 810 F. Supp. 167 (D. Md. 1993) ; Gildiner v. Thomas Jefferson Uni v. Hosp., 451 F. Supp. 692 (E.D. Pa. 1978; Phillips v. United States, 575 F. Supp. 1309 (D. S. C. 1983) ; Di Natale v. Lieberman, 409 So. 2d 512 (Fla. Dist. Ct. App. 1982) ; Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson, 398 S. E. 2d 557 (Ga. 1990) ; Blake v. Cruz, 698 P. 2d 315 (Idaho 1984) ; Goldberg v. Ruskin, 499 N.E.2d 406 (Ill. 1986) ; Cowe v. Forum Group, Inc., 575 N.E. 2d 630 (Ind. 1991) ; Bruggeman v. Schimke, 718 P. 2d 635 (Kan. 1986) ; Taylor v. Kurapati, 600 N.W. 2d 670 (Mich. Ct. App. 1999) ; Wilson v. Kuenzi, 751 S. W. 2d 741 (Mo. 1988) ; Greco v. United States, 893 P. 2d 345 (Nev. 1995) ; Smith v. Cote, 513 A. 2d 341 (N. H. 1986).

²⁰ Hensel Wendy F. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions // Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Abstract. 2005. Vol. 40. P. 159. URL: <https://ssrn.com/abstract=932688>.



предотвратила зачатие, если должным образом была бы проинформирована о генетических дефектах ребенка²¹.

В этой связи возникает вопрос, какие генетические дефекты считаются настолько неприемлемыми, что любой разумный родитель на этом основании выберет прерывание беременности. Однако решение о том, приемлемо или нет то или иное генетическое заболевание будущего ребенка, принимается его родителями и оно чаще всего весьма оценочно и субъективно. Так, «решение о преимплантационной диагностике и по ее результатам прерывание беременности производилось за такие особенности будущего ребенка, как отсутствие двух пальцев, низкий рост, ожирение или даже отсутствие музыкального таланта»²². Представляется, что в данном случае вопрос о целесообразности установления в законе критериев или признаков существенности генетического дефекта, дающих основание для предъявления в дальнейшем исков из неправомерного рождения, нуждается в отдельном исследовании.

Так, по одному из споров в 2012 г. Кассационный суд Италии вынес резонансное решение. Существо спора заключалось в том, что врач-гинеколог не смог провести соответствующую пренатальную диагностику и, следовательно, предоставить точную информацию о состоянии здоровья нерожденного ребенка, хотя и был проинформирован о желании родителей прервать беременность в случае обнаружения пороков развития плода. Ребенок родился с синдромом Дауна, и родители обратились в суд с требованием о выплате компенсации за то, что были лишены необходимой информации для принятия решения о прерывании беременности.

Суд удовлетворил их требование, вытекающее из иска о неправомерном рождении. Однако интерес представляет то, что братьям и сестрам родившегося ребенка также была присуждена компенсация на том основании, что наличие в семье ребенка-инвалида лишало других братьев и сестер «нормальной» семейной жизни, поскольку у родителей было меньше времени и возможностей для ухода за ними и участия в их воспитании.

Но наибольший резонанс вызвало решение суда о присуждении компенсации ребенку-инвалиду вследствие признания требования, вытекающего из неправомерной жизни (*wrongful life*). Такой подход основывался не на гипотетическом праве родиться здоровым, а на праве ребенка на здоровье. По мнению суда, если бы врач правильно диагностировал порок развития, ребенок не родился бы и тем самым был бы избавлен от боли и страданий, следовательно, право ребенка на здоровье не было бы нарушено²³.

Однако впоследствии по аналогичному спору Кассационный суд Италии изменил свой подход и отказался от удовлетворения требования, вытекающего из

²¹ *Hensel Wendy F.* Op. cit. P. 160.

²² *Henn W.* Consumerism in Prenatal Diagnosis: A Challenge for Ethical Guidelines // *J. Med. Ethics*. 2000. No. 26. P. 444—445.

²³ Corte di Cassazione 2 October 2012 no 16754, Responsabilità civile e previdenza, 124 (2013). Комментарии см.: *Frati P.* The Physician's Breach of the Duty to Inform the Parent of Deformities and Abnormalities in the Foetus: "Wrongful Life" Actions, a New Frontier of Medical Responsibility // *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*. 1113 (2014). 27 (11).

неправомерной жизни (wrongful life) по иску о взыскании компенсации в пользу ребенка, родившегося с синдромом Дауна, который не был обнаружен во время беременности. В данном случае Суд счел ущерб от нерождения бóльшим ущербом, чем от рождения ребенка-инвалида. Более того, Суд указал, что правовая система не признает права на нежизнь, принятие которого может подразумевать обязанность матери прервать беременность в такого рода ситуациях²⁴.

Таким образом, судебная практика европейских судов в отношении признания исков из неправомерной жизни остается противоречивой. Например, ЕСПЧ воздержался от принятия к производству аналогичного спора. В деле А. К. против Латвии (А. К. v. Latvia) истица утверждала, что ей было отказано в надлежащем родовом уходе и соответствующей информации о состоянии здоровья ее плода (ребенок родился с синдромом Дауна); она утверждала, что, если бы ее должным образом проинформировали, она бы предпочла прервать беременность.

По данному иску о неправомерном рождении (wrongful birth) Европейский Суд счел, что доступ к информации, необходимой для принятия решения о прерывании беременности, является вопросом частной жизни (статья 8 Европейской конвенции о правах человека). Применяя принцип субсидиарности, ЕСПЧ постановил, что национальные суды должны оценивать требуемый объем предоставляемой информации для разрешения такого рода споров²⁵.

В случае предъявления иска из неправомерной жизни ребенок может через законного представителя потребовать возмещения имущественного и морального вреда. Имущественный ущерб обусловлен тем, что ребенок не может самостоятельно обеспечить свои потребности. Обоснование морального вреда требует анализа не только юридических, но и этических факторов. В частности, анализ данных обстоятельств относится прежде всего к условиям жизни ребенка, исходя из предположения, что отдельные условия существования следует признавать вредными, поскольку они считались бы вредом, заслуживающим компенсации, если бы возникли в жизни ребенка после его рождения. Понимание морального вреда в исках, вытекающих из неправомерной жизни, вызывает острую дискуссию, так как отдельные авторы полагают, что в качестве вреда в таких ситуациях следует рассматривать саму человеческую жизнь²⁶.

В последнее время понимание жизни как абсолютной ценности перестает быть аксиомой. Признание права на аборт плода с серьезными пороками развития и разрешение рядом правовых порядков нескольких форм эвтаназии демонстрирует сформировавшуюся тенденцию обеспечения прежде всего качества человеческой жизни, а не только количества.

²⁴ Corte di Cassazione-Sezioni unite 22 December 2015 no 25767, *Giurisprudenza costituzionale*, 1568 (2016). A comment to this case in G. Montanari [et al]. 'The Italian Supreme Court Has Dismissed Wrongful Life Claims' 30 (1) // *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*. 60 (2017).

²⁵ А. К. Против Латвии (А. К. v. Latvia, Judgment of 24 June 2014) // URL: <https://tinyurl.com/yc3rd43h> (дата обращения: 15.10.2021).

²⁶ См. например: *Raposo V. L. Are Wrongful Life Actions Threatening the Value of Human Life?* // *Journal of Bioethical Inquiry*. 2017. Vol. 14. Is. 3. P. 339—345.



Другими словами, это включает в себя право на достойную жизнь без чрезмерной боли и страданий и при наличии минимальной степени автономности. Однако, если мы признаем как факт, что отдельной человеческой жизни целесообразнее не возникать, следовательно, мы принимаем в качестве тезиса и то, что в конкретных случаях быть неживым может оказаться предпочтительнее, чем быть живым, что не может не вызвать как юридических, так и этических вопросов. В то же время ответ может исходить только из оценки каждой отдельной ситуации.

Другое замечание заключается в том, что причиной возникновения вреда в таких случаях часто являются условия жизни, а не жизнь сама по себе.

Суд должен сравнить эти условия с «обычными» условиями жизни (т.е. условиями жизни большинства граждан) для установления наличия вреда. В таком случае размер компенсации должен быть рассчитан, например, путем сравнения жилищных условий данного ребенка с условиями жизни обычного здорового ребенка, с учетом того факта, что такой ребенок не мог родиться здоровым, так как единственной в этом случае альтернативой для него было не родиться вообще. Следует отметить, что иски из неправомерной жизни не подразумевают недостойную жизнь, а предполагают, что условия такой жизни являются слишком неблагоприятными, чтобы их сознательно навязывать другим людям.

В то же время следует понимать, что практика предъявления ребенком иска из неправомерной жизни к своим родителям способствует укреплению медицинской модели инвалидности: признание рождения неправомерным (неправильным), по сути, означает признание государством того, что можно на законных основаниях оценивать, обладает ли человек с физическими нарушениями своим местом в обществе; являются ли его функциональные ограничения достаточно существенными, чтобы признать, что ему предпочтительнее было вообще не родиться²⁷. Представляется, что такого рода решения могут способствовать дискриминации людей с физическими особенностями.

Исследуя аргумент о пользе для ребенка, когда он имеет такое же заболевание, как его родители, так как это формирует его идентичность, М. Сандлер утверждает, что проблема генетических модификаций заключается «в высокомерии родителей, в их стремлении овладеть тайной рождения, что ухудшает отношения между родителем и ребенком. В некоторых случаях такое отношение приводит к тому, что родитель решает причинить ущерб ребенку ради своего удобства и удовлетворения своих интересов»²⁸. Представляется, что практика по отбору эмбрионов в значительной мере приводит к объективизации человека, восприятию его в качестве объекта, что, по мнению большинства авторов, несовместимо с достоинством, которым обладает каждый человек, с самой его природой. Е. В. Богданов в связи с этим констатирует факт нарастания в обществе тенденции объективизации человека, превращения его в объект прав и обязанностей

²⁷ Kelley P. J. Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law // Wash. U. L. Q. 919, 939 (1979). P. 919—963.

²⁸ Sandel M. J. The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering. 2007. No. 46. P. 1—4, 11—19, 94—97.

других лиц, а в ряде случаев (как в суррогатном материнстве, отношениях по предоставлению персонала и др.) в товар²⁹.

Данная этическая проблема возникает в том числе и потому, что такой ребенок будет рожден не для того, чтобы думать о своем собственном благе, а как средство, инструмент для достижения иной цели, которая будет заключаться, например, в обеспечении его родителям комфортной среды в его воспитании, обучении, общении с ними либо для лечения больного брата или сестры.

На наш взгляд, при проведении предимплантационного исследования осознанный выбор эмбриона с генетическими нарушениями, способными привести к серьезному заболеванию или инвалидности родившегося ребенка, должны влечь не только обязанность родителей возместить причиненный такому ребенку вред, но и уголовную ответственность родителей, намеренно производящими выбор эмбриона с такими нарушениями, а также медицинской организации, осуществляющей соответствующие медицинские процедуры. В то же время законодателю необходимо учитывать особенности семейных взаимоотношений между родителями и детьми, обусловленные спецификой частной сферы жизни субъектов, известной родительской автономией в отношении к своим детям.

Таким образом, вмешательство государства допустимо, если решение родителей, избравших соответствующие генетические и биомедицинские процедуры для рождения ребенка, предполагает значительный риск возникновения у него в будущем физических или нравственных страданий вследствие такого решения.

С другой стороны, недавний опыт Польши показал, насколько опасным может быть излишнее вмешательство государства в частную сферу граждан. Так, в этой стране беременная женщина погибла от септического шока, поскольку врачи, опасаясь тюремного преследования, отказались аборттировать дефектный плод, у которого не было шансов остаться в живых³⁰. Министерство здравоохранения Польши 7 ноября 2021 г. опубликовало инструкцию для врачей, предусматривающую ситуации, в которых проведение аборта считается допустимым, после того как по всей стране прошли массовые демонстрации в память о 30-летней Изабелле, которая умерла, потому что врачи слишком долго затягивали аборт.

Как заявила адвокат ее семьи, в больнице «врачи дожидались смерти плода», поскольку в Польше действует закон, по которому прерывать беременность при наличии у ребенка пороков развития запрещено. В октябре 2020 г. Конституционный суд Польши постановил, что разрешенный в стране аборт по причине патологии плода противоречит Основному закону, в результате чего аборт в Польше разрешены, только когда жизни беременной женщины угрожает опасность, а также если беременность наступила в результате изнасилования или инцеста.

В результате массовых демонстраций в инструкцию Минздрава Польши было включено положение, что прерывание беременности возможно, когда она угрожает жизни или здоровью матери. В документе отмечается, что: «...врачам

²⁹ Богданова Е. В. Проблемы объективации человека в праве // Современное право. 2012. № 10. С. 44.

³⁰ URL: <https://korrespondent.net/world/4414920-zapret-abortov-pryvel-k-smerty-polsha-vspykhнула> (дата обращения: 03.11.2021).



не стоит бояться принимать необходимые решения, основанные на их опыте и медицинских познаниях»³¹.

По другому делу, рассмотренному ЕСПЧ, заявительница утверждала, что добивалась информирования о состоянии плода путем родового генетического исследования, которое позволило бы ей принять основанное на медицинских данных информированное решение относительно сохранения беременности. Вместо этого врачи умышленно отказывали ей в своевременном информировании и медицинских услугах. Затягивание диагностических анализов также отсрочило принятие потенциально информированного решения относительно прерывания беременности, на которое заявительница имела право, что в итоге сделало аборт невозможным. В результате заявительница родила ребенка с серьезным наследственным заболеванием — синдромом Тернера. Как отметил в своем решении ЕСПЧ, в то время как правила государства в отношении аборта относятся к традиционному уравниванию личной жизни и публичного интереса, они должны — в случае терапевтического аборта — быть сопоставлены с позитивными обязательствами государства по обеспечению физической неприкосновенности будущих матерей³².

На основании изложенного следует отметить, что государству придется определять границы возможного вмешательства в сферу частного произвола, для того чтобы, с одной стороны, не допустить в будущем причинение вреда рожденным с помощью современных технологий детям, с другой — не нарушить права на жизнь и здоровье других лиц.

Представленный анализ законодательства и судебной практики показывает, что все государства в настоящий момент находятся в поиске достижения справедливого баланса частных и публичных интересов в той сфере, которая традиционно управлялась исключительно частной волей субъекта, в сфере реализации им своего репродуктивного права. Поэтому так сложно воспринимаются обществом различные вмешательства публичной власти, поэтому так важно, чтобы общество не воспринимало их как несправедливые и как избыточные.

Достичь данной цели непросто. Например, можно ли устанавливать верхний возрастной предел допуска к репродуктивным и геномным технологиям? На первый взгляд, это попытка дискриминации лица по возрасту, с другой стороны, если гражданин, достигший возраста 55—60 лет воспользуется данными технологиями для рождения ребенка, то существует большая вероятность того, что осуществлять воспитательный и образовательный процесс рожденного ребенка придется государству. В этой связи, учитывая тот факт, что именно государство создает соответствующие условия использования данных технологий и регулирует порядок их применения, логично, что оно вправе установить и определенные ограничительные меры, направленные прежде всего на обеспечение прав и комфортных условий жизни нового субъекта права — рожденного с помощью биомедицинских технологий ребенка.

³¹ URL: <https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze?fbclid=iwar1pxhdiyohqlbdkkdlersjnfyv1txvxw5ou1f5monhxxhjxwyhef0wuza> (дата обращения: 08.11.2021).

³² Постановление ЕСПЧ от 26.05.2011 «Дело «R. R. (R. R.) против Польши» (жалоба № 27617/04) // Избранные постановления Европейского Суда. Приложение к «Бюллетеню Европейского Суда по правам человека». Специальный выпуск. 2012. № 2.

В такого рода ситуациях невольно возникает и определенный конфликт между правами родителя и обеспечением прав ребенка — будущего субъекта права. Данный конфликт отличается тем, что, с одной стороны, участвует уже реальный субъект права, с другой — еще только потенциальный. Безусловно, что правовое регулирование применения современных медицинских технологий и обеспечение справедливого баланса частных и публичных интересов в этой сфере должно основываться на принципе приоритетной защиты прав и интересов конкретного индивида. Но какого именно?

Следует отметить, что проблеме конфликта основных прав посвящены работы многих известных европейских исследователей. Особенно следует выделить работу Р. Алекси «Теория конституционных прав»³³. В данном исследовании автор формулирует теорию баланса конституционных прав (Law of balancing) и формулу «оценки» (Weigh formula) прав, которая призвана с учетом принципа пропорциональности обеспечить путем сопоставления ценности прав, находящихся в конфликте, вынесение решения в пользу осуществления того или иного права. Следует также отметить, что данная теория была подвергнута критике со стороны других авторов, в том числе за излишнюю рациональность и недооценку морального фактора в таких конфликтах³⁴.

Наибольшую сложность данная проблема, на наш взгляд, представляет в случае конфликта личных неимущественных прав граждан, так как в таких случаях «осуществление одним лицом неимущественного права часто приводит к прекращению или существенному ограничению права другого лица, т.е. перед правоприменителем возникает необходимость выбора: какое из конкурирующих личных неимущественных прав подлежит приоритетной защите»³⁵.

Нам представляется, что в данной ситуации в приоритетном порядке следует учитывать и защищать интересы слабой стороны отношений, возникающих в связи с использованием геномных и вспомогательных репродуктивных технологий, — интересы рожденного с помощью таких технологий ребенка, не допуская при этом нарушения прав на жизнь и здоровье иных лиц, участвующих в таких отношениях, необоснованное вторжение в их частную жизнь.

³³ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2002.

³⁴ См., например: Moller K. Balancing and the Structure of Constitutional Rights // International Journal of Constitutional Law. 2007. Vol. 5. Is. 3. P. 453—468).

В продолжение данной дискуссии в Оксфорде был издан сборник трудов «Конфликты между основными правами» (Conflicts between Fundamental Rights / ed. by E. Brems. Oxford, 2008), включающих в числе других исследования L. Zucca, E. Maes, A. Stuart, M. Galenkamp.

³⁵ Богданова Е. Е. Защита интересов граждан при конфликте их личных неимущественных прав // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 77.



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Богданов Е. В.* Проблемы объективации человека в праве // Современное право. — 2012. — № 10. — С. 41—46.
2. *Богданов Е. В.* Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. — 2000. — № 4. — С. 10—16.
3. *Богданова Е. Е.* Защита интересов граждан при конфликте их личных неимущественных прав // Журнал российского права. — 2013. — № 12. — С. 75—86.
4. *Богданова Е. Е.* О правах на биоматериал человека // Гражданское право. — 2019. — № 4. — С. 28—32.
5. *Боголепов Н. П.* Учебник истории римского права / под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2004. — 586 с.
6. *Новиков В. Т., Новикова О. В.* Феномен власти в классической и современной философии: сравнительный анализ // URL: <https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/14443/1/40-46pdf.pdf>.
7. *Пьянкова А. Ф.* Баланс интересов в гражданском праве России и его обеспечение в договорных отношениях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2013. — 27 с.
8. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. — Oxford, 2002. — 462 p.
9. *Brigham A.* Fordham Disability and designer babies //. — Valparaiso University Law Abstract. — 2011. — Vol. 45. — P. 115—143.
10. *Davis D.* Genetic dilemmas: Reproductive technology, Parental choice and children futures. — Psychology Press, 2001. — 224 p.
11. *Habermas Ju.* The future of human nature. Review by: Reviewed by Joel Anderson // Ethics. The University of Chicago Press/Stable. — July 2005. — Vol. 115. — No. 4. — P. 816—821. — URL: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/430477>.
12. *Henn W.* Consumerism in Prenatal Diagnosis: A Challenge for Ethical Guidelines // J. Med. Ethics. — 2000. — No. 26. — P. 444—446.
13. *Hensel Wendy F.* The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions // Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Abstract. — 2005. — Vol. 40. — P. 141—195. — URL: <https://ssrn.com/abstract=932688>.
14. *Kelley P. J.* Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law. — Wash. U. L. Q. — 919, 939 (1979). — P. 919—963.
15. *Moller K.* Balancing and the Structure of Constitutional Rights // International Journal of Constitutional Law. — 2007. — Vol. 5. — Is. 3. — P. 453—468.
16. *Raposo V. L.* Are Wrongful Life Actions Threatening the Value of Human Life? // Journal of Bioethical Inquiry. — 2017. — Vol. 14. — Is. 3.
17. *Rosato J.* The children of Art (Assisted reproductive technology): Should the Law Protect them from Harm // Utah Law Abstract. — 2004. — Vol. 57. — P. 57—110.
18. *Sandel M. J.* The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering. — 2007. — No. 46. — 176 p.
19. *Somervill M.* Children's human rights to natural biological origins and family structure // International Journal of the Family Law. — 2010. — № 35. — Vol. 1. — P. 35—54.