

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 3 (31) • 2019

**ЕСПЧ рекомендует: анализ
консультативного заключения по делу семьи Меннессон**

**Межамериканский Суд по правам человека:
ключевые постановления 2018 года**

**Утверждение о факте или оценочное суждение – ЕСПЧ
защищает право журналиста на свободу выражения мнения**

Доказательства 2.0 в международном уголовном процессе

***Kadi, Achmea, Western Sahara*: автономность правопорядка ЕС
или уважение международного права?**

Региональный механизм или ВТО: вот в чём вопрос

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№3 (31) • 2019

Учредитель и издатель
Институт права и публичной политики
<http://www.ilpp.ru>

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор
(председатель)
Б. БАУРИНГ, профессор
Л. ГАРЛИЦКИЙ, Ph.D. in Law, профессор
Т. Н. НЕШАТАЕВА, д.ю.н., профессор
А. НУССБЕРГЕР, Dr.jur.habil., профессор
А. Я. КАПУСТИН, д.ю.н., профессор
Р. А. КОЛОДКИН, к.ю.н.
С. М. ПУНЖИН, к.ю.н.
А. УШАЦКА, д.ю.н., профессор
М. Л. ЭНТИН, д.ю.н., профессор

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН, д.ю.н.
Д. В. КРАСИКОВ, к.ю.н., MJur, доцент
В. О. НЕШАТАЕВА, к.ю.н.
И. В. РАЧКОВ, LL.M., к.ю.н.
В. Н. РУСИНОВА, LL.M., д.ю.н.
В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ, к.ю.н.
М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА, LL.M., к.ю.н.
М. А. ФИЛАТОВА, к.ю.н.
О. С. ЧЕРНЫШОВА, LL.M., к.ю.н.
К. В. ЭНТИН, к.ю.н.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Финансовая поддержка
предоставлена также



Журнал издаётся при финансовой поддержке Совета Европы. Ответственность за содержание журнала несёт исключительно Издатель, и оно ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться как отражающее позицию Совета Европы

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich's Periodicals Directory.

Свидетельство о регистрации ПИ №Ф077-62149 от 19 июня 2015 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность – 4 номера в год.
ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 30 сентября 2019 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

115093, г. Москва, Партийный пер., д. 1, корп. 58, стр. 3, пом. 11

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2019

PRAXIS

RES JUDICATA

МЕЖАМЕРИКАНСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ЗА 2018 ГОД
Оскар Парра Вера, Эдвард Хесус Перес **3**

СВОБОДА ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ ЖУРНАЛИСТАМИ:
КОММЕНТАРИЙ К ПОСТАНОВЛЕНИЮ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ДЕЛУ *СКУДАЕВА ПРОТИВ РОССИИ*
ОТ 3 МАРТА 2019 ГОДА (ЖАЛОБА № 24014/7)
Инна Пешина, Илья Шаблинский **18**

EX OFFICIO

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ
ОТ 8 ИЮЛЯ 2019 ГОДА ПО ДЕЛУ *МИХАЛАЧЕ (МИНАЛАСНЕ)*
ПРОТИВ РУМЫНИИ (ЖАЛОБА № 54012/10) **29**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ ОТ 25 ИЮЛЯ 2019 ГОДА (СЕКЦИЯ V)
ПО ДЕЛУ *ДЖАФАРОВ (JAFAROV) И ДРУГИЕ ПРОТИВ*
АЗЕРБАЙДЖАНА (ЖАЛОБА № 27309/14) **39**

SCRIPTORIUM

JUS HONINUM

ПРОБЛЕМЫ СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА
В ФОРМАТЕ «СУРРОГАТНОГО ПРАВА»: КОММЕНТАРИЙ
К КОНСУЛЬТАТИВНОМУ ЗАКЛЮЧЕНИЮ ЕСПЧ
ОТ 10 АПРЕЛЯ 2019 ГОДА
Татьяна Храмова **45**

РЕШЕНИЯ СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА
И ПАЛАТЫ ФИФА ПО РАЗРЕШЕНИЮ СПОРОВ,
ОБЛАДАЮЩИЕ СИЛОЙ ПРЕЦЕДЕНТА
(НА ПРИМЕРЕ ТРУДОВЫХ СПОРОВ В СФЕРЕ ФУТБОЛА)
Артём Бредихин **59**

JUS CRIMINALE

ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ В ПРАКТИКЕ ОРГАНОВ
МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ
Александр Евсеев **69**

JUS COMMUNE

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ ГОСУДАРСТВ – ЧЛЕНОВ
ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА С ТРЕТЬИМИ СТРАНАМИ
В ПРАКТИКЕ СУДА ЕС
Илья Лифшиц **84**

LEX MERCATORIA

РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ В РАМКАХ СОГЛАШЕНИЙ
О СВОБОДНОЙ ТОРГОВЛЕ: АЛЬТЕРНАТИВА МЕХАНИЗМУ
ВСЕМИРНОЙ ТОРГОВОЙ ОРГАНИЗАЦИИ?
Марина Трунк-Федорова **102**

ИНВЕСТИЦИОННЫМ МЕРАМ РОЗНЬ?
СУТЬ КОНЦЕПЦИИ «PERFORMANCE REQUIREMENTS»
Ольга Магомедова **114**

INTERNATIONAL JUSTICE

3 (31) • 2019

Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy
http://www.ilpp.ru

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Dr. of Sc. in Law, Professor (Chairman)
B. BOWRING, Professor
L. GARLICKI, Ph.D. in Law, Professor
A. KAPUSTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor
R. KOLODKIN, Ph.D. in Law
T. NESHATAEVA, Dr. of Sc. in Law, Professor
A. NUSSBERGER, Dr.jur.habil., Professor
S. PUNZHIN, Ph.D. in Law
A. USHACKA, Dr. of Sc. in Law, Professor
M. ENTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor

Board of Editors

D. BOKLAN, Dr. of Sc. in Law
O. CHERNISHOVA, LL.M., Ph.D. in Law
K. ENTIN, Ph.D. in Law
M. FILATOVA, Ph.D. in Law
D. KRASIKOV, Ph.D. in Law, MJur, Associate Professor
V. NESHATAEVA, Ph.D. in Law
I. RACHKOV, LL.M., Ph.D. in Law
V. RUSINOVA, LL.M., Dr. of Sc. in Law
V. STARZHNETSKY, Ph.D. in Law
M. TRUNK-FEDOROVA, LL.M., Ph.D. in Law

Managing Editor

O. SIDOROVICH, MBA (in P.S.)

Editorial Secretary

A. KRETSUL

Proofreaders

D. UVAROVA
M. SIDOROVICH
K. EGGERT (Eng.)

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

This document has been produced with the financial assistance of the Council of Europe. The views expressed herein can in no way be taken to reflect the official opinion of the Council of Europe.

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation

Phones: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35

E-mail: ilpp-ij@mail.ru

http://www.ilpp.ru/journal/ijj/

© Institute for Law and Public Policy, 2019

PRAXIS

RES JUDICATA

- INTER-AMERICAN COURT ON HUMAN RIGHTS:
A REVIEW OF PRACTICE FOR 2018 **3**
Oscar Parra Vera, Edward Jesús Pérez

ES JUDICATA

- FREEDOM OF EXPRESSION OF JOURNALISTS: CASE COMMENT
TO THE ECJHR JUDGMENT *SKUDAYEVA V. RUSSIA* **18**
OF 3 MARCH 2019 (APPLICATION NO. 24014/7)
Inna Peshina, Iliya Shablinskiy

EX OFFICIO

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
REVIEW OF THE GRAND CHAMBER JUDGMENT OF 8 JULY 2019
IN THE CASE OF *MIHALACHE V. ROMANIA* **29**
(APPLICATION NO. 54012/10)
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
REVIEW OF THE JUDGMENT OF 25 JULY 2019 (SECTION V)
IN THE CASE OF *JAFAROV AND OTHERS V. AZERBAIJAN* **39**
(APPLICATION NO. 27309/14)

SCRIPTORIUM

JUS HOMINUM

- SURROGACY ISSUES IN THE FORMAT OF "SURROGATE" LAW:
A COMMENT ON THE ADVISORY OPINION
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS OF 10 APRIL 2019 **45**
Tatiana Khramova

- DECISIONS OF THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT
AND THE FIFA DISPUTE RESOLUTION CHAMBER
VIEWED AS PRECEDENTS (LABOR DISPUTES CASES
IN THE FIELD OF FOOTBALL) **59**
Artem Bredikhin

JUS CRIMINALE

- FEATURES OF EVIDENCE IN THE PRACTICE
OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE **69**
Oleksandr Yevsieiev

JUS COMMUNE

- INTERNATIONAL AGREEMENTS OF THE EU MEMBERS
WITH THE THIRD COUNTRIES IN THE CJEU JURISPRUDENCE **84**
Ilya Lifshits

LEX MERCATORIA

- DISPUTE SETTLEMENT UNDER FREE TRADE AGREEMENTS:
AN ALTERNATIVE TO THE MECHANISM
OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION? **102**
Marina Trunk-Fedorova

- DIFFERENT TO INVESTMENT MEASURES?
THE NATURE OF PERFORMANCE REQUIREMENTS **114**
Olga Magomedova

Проблемы суррогатного материнства в формате «суррогатного права»: комментарий к консультативному заключению ЕСПЧ от 10 апреля 2019 года

Татьяна Храмова*

10 апреля 2019 года Европейский Суд по правам человека вынес первое консультативное заключение в порядке реализации положений Протокола № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Данное решение, принятое по запросу Кассационного суда Франции, стало очередной попыткой решить проблемы, вытекающие из трансграничных соглашений о гестационном суррогатном материнстве, связанные с обеспечением права ребёнка на уважение частной и семейной жизни, гарантированное статьёй 8 Конвенции. Европейский Суд по правам человека отметил, что национальное законодательство не должно полностью отрицать возможность установить правовую связь между ребёнком и предполагаемой матерью, даже если между ними отсутствует генетическая связь. Французскому законодателю, заботящемуся о насущных интересах ребёнка, рекомендовано предусмотреть быструю и эффективную процедуру признания этой связи, с учётом ограниченной свободы усмотрения государства в этом вопросе. Данная статья посвящена анализу как содержательных, так и формальных аспектов консультативного заключения. В конечном итоге автор стремится определить значение данного решения для цивилизованного развития международного суррогатного материнства на европейском континенте, а также оценить потенциал нового формата рекомендательных решений для усиления горизонтального взаимодействия между ЕСПЧ и национальными судами, необходимое для развития прав и свобод человека в Европе. По результатам системного анализа аргументов, на которых основаны выводы Европейского Суда по правам человека, а также сравнения целей принятия Протокола № 16 и наблюдений по итогам первого опыта его практической реализации, автор формулирует ряд выводов. В частности, для государств, в которых суррогатное материнство запрещено, консультативное заключение является сигналом о бессмысленности такого запрета, поскольку статья 8 Конвенции, приоритезирующая интересы ребёнка, не позволяет игнорировать юридические последствия обращения граждан таких государств к услугам суррогатной матери за рубежом. Рекомендательный формат жёсткого по содержанию решения позволяет настраивать государства на усиление межсудейского диалога и постепенное формирование общеевропейского консенсуса по таким деликатным вопросам, как суррогатное материнство, а также на более активное использование потенциала Конвенции в соответствии с заложенным в ней принципом субсидиарности.

→ *Европейский Суд по правам человека; консультативное заключение; право на уважение частной жизни; суррогатное материнство; свобода усмотрения государства; насущные интересы ребёнка*

DOI: 10.21128/2226-2059-2019-3-45-58

1. Введение

Из всего спектра вспомогательных репродуктивных технологий наибольшее количество правовых споров на европейском континен-

те порождает суррогатное материнство. По большинству аспектов использования данной технологии между европейскими государствами отсутствует консенсус, позиции разнятся от полного запрета на обращение к услугам суррогатной матери (Франция, Германия)¹ до

* Храмова Татьяна Михайловна — кандидат юридических наук; доцент департамента дисциплин публичного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: t.syrunina@gmail.com).

¹ Среди граждан государств, в которых запрещено суррогатное материнство, распространён так называемый медицинский ту-

признания права на коммерческое суррогатное материнство (Россия, Украина). По мере роста популярности и доступности суррогатных соглашений² выявляется всё большее число коллизий, связанных с правами генетических и (или) юридических родителей, а также родившихся в результате применения данной технологии детей. Указанные споры с неизбежностью становятся предметом разбирательства как в национальных, так и в наднациональных судах — в первую очередь в Европейском Суде по правам человека (*далее* — Европейский Суд, ЕСПЧ)³ — и способ-

ствуют постепенному формированию стандартов правовой защиты участников соответствующих отношений.

Суррогатное материнство может быть традиционным (когда суррогатная мать является генетической матерью ребёнка) и гестационным (когда суррогатная мать вынашивает ребёнка, с которым она не имеет генетической связи)⁴. С правовой и морально-этической точек зрения, предпочтительным (и, как следствие, наиболее распространённым) является гестационное суррогатное материнство, поскольку женщина, вынашивающая ребёнка, не является его генетической матерью, а значит, потенциально не имеет к нему сильной эмоциональной привязанности и не заинтересована в отказе от передачи его юридическим родителям (заказчиком).

Гестационное суррогатное материнство, в свою очередь, возможно с использованием как репродуктивных клеток предполагаемых родителей, так и донорских половых клеток. В последнем сценарии создаются предпосылки для возникновения проблем с признанием правовой связи между ребёнком и юридическими (не генетическими) родителями, особенно в тех случаях, когда юридические родители ребёнка являются гражданами государств, в которых суррогатное материнство запрещено. Именно эта категория правовых проблем, вытекающих из обращения к технологии суррогатного материнства, начиная с 2014 года находится в центре внимания ЕСПЧ как наиболее затрагивающая право на уважение частной и семейной жизни, гарантированное статьёй 8 Европейской Кон-

ризм в те страны, где оно разрешено, в целях обращения к услугам по суррогатному материнству в соответствии с законами государства пребывания.

² В литературе обозначается общемировая тенденция к стремительному росту популярности суррогатного материнства в последние десятилетия, при этом достоверные количественные данные, подтверждающие данный тезис, найти очень сложно. Отмечается, что во многом рост популярности суррогатного материнства обусловлен ростом infertility пар, который наблюдается в большинстве стран. См., например: *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 and Childbirth. 2019. 28 January. Vol. 19. No. 46. URL: <https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-019-2182-1> (дата обращения: 01.09.2019). Тем не менее есть данные по росту случаев обращения к суррогатному материнству в некоторых странах. Так, в Канаде за десятилетие количество обращений к услугам суррогатной матери увеличилось на 400 %, см.: *Perasso V. Surrogate Mothers: «I Gave Birth but It's Not My Baby»* // BBC News. 2018. 4 December. URL: <https://www.bbc.com/news/world-46430250> (дата обращения: 01.09.2019). В Великобритании число официальных документов о родстве, выданных после рождения детей суррогатными матерями, выросло со 121 в 2011 году до 368 в 2018 году, см.: *Fenton-Glynn C. Surrogacy: Why the World Needs Rules for «Selling» Babies* // BBC News. 2019. 26 April. URL: <https://www.bbc.com/news/health-47826356> (дата обращения: 01.09.2019). Следует также отметить, что рост происходит неравномерно, в основном за счёт стран, где разрешено коммерческое суррогатное материнство. По недавним оценкам, лидерами по объёму этого рынка являются Россия и США, см.: *Дранкина Е.* Дети на заказ: как Россия стала лидером в области суррогатного материнства // Коммерсантъ. 2018. 7 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3674788> (дата обращения: 01.09.2019).

³ Безусловно, в Европейский Суд поступают жалобы, связанные с реализацией других репродуктивных прав, многие из которых, так же как и жалобы, вытекающие из соглашений о суррогатном материнстве, поднимают деликатные вопросы морально-этического свойства, по которым отсутствует общеевропейский консенсус. Так, ЕСПЧ принял ряд решений по жалобам, возникшим в связи с обращением к технологии искусственного оплодотворения (см.: *Evans v. the United Kingdom* [GC]. Application no. 6339/05. Judgment of 10 April 2007; *Dickson v. the United Kingdom* [GC]. Application no. 44362/04. Judgment of 4 December 2007; *S.H. and Others v. Austria* [GC]. Application no. 57813/00. Judgment of 3 November 2011; *Knecht v. Romania*. Application no. 10048/10. Judgment of 2 October 2012, и др.); сложностями в получении доступа к аборту (см.: *Tysiac v. Poland*. Application no. 5410/03. Judgment of 20 March 2007; *A., B. and C. v. Ireland* [GC]. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010; *P. and S. v. Poland*. Application no. 57375/08. Judgment of 30 October 2012, и др.); ненадлежащей пренатальной диагностикой (см.: *A.K. v. Latvia*. Application no. 33011/08. Judgment of 24 June 2014; *Eryigit v. Turkey*. Application no. 18356/11. Judgment of 10 April 2018, и др.); врачебными ошибками, приведшими к прерыванию беременности или бесплодию (см.: *Vo v. France* [GC]. Application no. 53924/00. Judgment of 8 July 2004; *Csomai v. Romania*. Application no. 8759/05. Judgment of 15 January 2013, и др.). Обзор практики ЕСПЧ в сфере репродуктивных прав на английском языке см.: URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf (дата обращения: 01.09.2019).

⁴ См.: *Zervogianni E.* Lessons Drawn From the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy // International Journal of Law, Policy and the Family. Vol. 33. 2019. No. 2. P. 160–180, 168.

венции о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Конвенция).

В Европе решение вопроса об узаконивании родительско-детской связи невозможно без тесного диалога между ЕСПЧ и государствами — участниками Конвенции, нацеленного на постепенное формирование консенсуса по отдельным правовым аспектам суррогатного материнства. Вопрос оказался настолько значимым и деликатным, что именно он запустил в действие механизм вынесения Европейским Судом консультативных заключений по запросам высших национальных судов и трибуналов, предусмотренный Протоколом № 16 к Конвенции⁵.

В данной статье автор ставит перед собой цель оценить вклад консультативного заключения от 10 апреля 2019 года⁶ в развитие европейской системы защиты прав человека. Для достижения поставленной цели решаются две взаимосвязанные задачи. Во-первых, на основе анализа консультативного заключения и предшествовавших ему решений ЕСПЧ по проблемам признания юридической связи между детьми, рождёнными суррогатной матерью, и предполагаемыми родителями, необходимо определить, на какой стадии преодоления проблем, вытекающих из обращения к технологии гестационного суррогатного материнства, находится европейское сообщество. Во-вторых, следует установить, какие преимущества (или затруднения) для решения обозначенных проблем создала новая процедура вынесения консультативных заключений, предусмотренная Протоколом № 16, и насколько эффективным было обращение ЕСПЧ к данной процедуре. Решение этих задач позволит сделать некоторые предварительные обобщения относительно приспособленности новой процедуры для формирования консенсуса среди европейских государств по неоднозначным правовым проблемам, а также для эволютивного толкования

Конвенции и расширения спектра гарантируемых ею прав.

Структура статьи соответствует поставленным вопросам. Во второй части рассматриваются содержательные аспекты проблемы, ставшей предметом рассмотрения в ЕСПЧ и повлекшей за собой принятие первого консультативного заключения в соответствии с Протоколом № 16. В частности, анализируется интерпретация ЕСПЧ принципа защиты «насуточных интересов ребёнка» в контексте международного суррогатного материнства, а также пределы свободы усмотрения государств в данной сфере. Третья часть посвящена предварительным оценкам эффективности консультативных заключений как новой формы решений ЕСПЧ на основе анализа нормативной базы и первого опыта реализации полномочия, предусмотренного Протоколом № 16. В заключении содержатся предварительные авторские выводы.

2. Проблема признания юридической связи «суррогатных» детей и предполагаемых родителей

2.1. Краткая предыстория

Первое (и на момент написания настоящей статьи единственное) консультативное заключение было вынесено Европейским Судом по запросу французского Кассационного суда в связи с делом семьи Меннессон, имеющем почти двадцатилетнюю историю.

В 2000 году супруги Меннессон, не имевшие возможности завести собственных детей вследствие бесплодия жены, равно как и обратиться к услугам суррогатной матери во Франции ввиду запрета на гестационное суррогатное материнство в этом государстве, отправились в штат Калифорния (США), где в результате успешной процедуры оплодотворения донорской яйцеклетки гаметами супруга на свет появились две девочки, выношенные суррогатной матерью. Решением Верховного суда Калифорнии родителями (генетическим отцом и законной матерью) сестёр-близнецов были признаны Доминик и Сильви Меннессон, что было отражено в свидетельствах о рождении детей, выданных властями США. Между тем французские власти отказались признавать супругов Меннессон родителями девочек, ссылаясь на то, что призна-

⁵ Протокол № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Страсбург, 2 октября 2013 года. Вступил в силу 1 августа 2018 года. Официальный текст на английском языке см.: URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf (дата обращения: 01.09.2019).

⁶ European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. April 10, 2019. Request no. P16-2018-001 (*далее* — Advisory Opinion).

ние последствий соглашений о суррогатном материнстве, заключённых за рубежом, противоречит публичному порядку Франции. В результате безуспешных попыток обжаловать отказ в национальных судах, супруги Меннессон обратились в ЕСПЧ, который 26 июня 2014 года вынес постановление о том, что отказ французских властей признать юридическое отцовство генетического отца сестёр-близнецов представлял собой серьёзное нарушение права детей на знание своего происхождения (англ.: *identity*) и уважение частной жизни, гарантируемое статьёй 8 Конвенции⁷.

В тот же день ЕСПЧ принял ещё одно аналогичное постановление по делу *Лабассе против Франции*⁸. Обстоятельства дела, аргументация и выводы ЕСПЧ настолько схожи с делом семьи Меннессон, что нет необходимости его рассматривать отдельно⁹.

Во исполнение решений ЕСПЧ французское законодательство и судебная практика подверглись изменениям, в результате которых в свидетельстве о рождении ребёнка, появившегося на свет за рубежом при помощи суррогатной матери, стало возможным указывать его генетического отца. Что касается предполагаемой (не генетической) матери, то ей была предоставлена возможность установить законную связь с детьми, пройдя упрощённую процедуру усыновления, поскольку генетический отец приходится ей мужем и усыновление соответствует интересам детей¹⁰.

Следует отметить, что за период между постановлениями по делам *Меннессон против Франции* и *Лабассе против Франции*, в которых ЕСПЧ впервые напрямую столкнулся с проблемами трансграничного суррогатного материнства, и консультативным заключением от 10 апреля 2019 года Суд рассмотрел ещё ряд жалоб, в которых поднимались близкие по существу вопросы¹¹. Так, в

том же 2014 году было вынесено решение о неприемлемости жалобы по делу *Д. и другие против Бельгии*¹², которое касалось допустимости трёхмесячной задержки с предоставлением заявителям проездных документов, позволяющих им вернуться в страну своего происхождения вместе с ребёнком, родившимся за границей от суррогатной матери. А в 2015–2017 годах ЕСПЧ рассматривал дело супругов Парадизо и Кампанелли, которые считали, что их права, защищаемые статьёй 8 Конвенции, были нарушены итальянскими властями, отобравшими у них восьмимесячного ребёнка, рождённого суррогатной матерью за рубежом (в России¹³), и передавшими его сначала в детский дом, а впоследствии – на усыновление. Постановление Палаты ЕСПЧ от 27 января 2015 года¹⁴, содержащее вывод о том, что власти Италии не смогли достичь справедливого баланса между интересами общества и личными интересами супругов и ребёнка и, как следствие, нарушили статью 8 Конвенции, было оспорено в Большой Палате. Постановление Большой Палаты от 24 января

ния от 10 апреля 2019 года. Подробный обзор практики ЕСПЧ по проблемам международного суррогатного материнства (до 2018 года), охватывающий в том числе решения ЕСПЧ по жалобам одиноких родителей и однополых пар, прибегнувших к услугам по суррогатному материнству за рубежом, содержится в статье *Storrow R.F. International Surrogacy in the European Court of Human Rights* // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Vol. 43. 2018. No. 4. P.38–68.

¹² ECtHR. *D. and Others v. Belgium*. Application no. 29176/13. Decision of 8 July 2014.

¹³ Российское законодательство, в отличие от французского и итальянского, не запрещает суррогатное материнство, а относит его к вспомогательным репродуктивным технологиям, применяемым в качестве одного из методов лечения бесплодия (часть 1 статьи 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // *Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ)*. 2011. № 48. Ст. 6724). Суррогатная мать, которой может быть женщина от 20 до 35 лет, имеющая не менее одного здорового собственного ребёнка, получившая медицинское заключение об удовлетворительном состоянии здоровья и давшая письменное информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство (часть 10 статьи 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), предоставляет услуги по вынашиванию и рождению ребёнка на основе договора с потенциальными родителями (часть 9 статьи 55 указанного Федерального закона), которые после рождения ребёнка записываются его родителями с согласия суррогатной матери (пункт 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 1995 года № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16).

¹⁴ ECtHR. *Paradiso and Campanelli v. Italy*. Application no. 25358/12. Judgment of 27 January 2015.

⁷ См.: ECtHR. *Mennesson v. France*. Application no. 65192/11. Judgment of 26 June 2014.

⁸ ECtHR. *Labasse v. France*. Application no. 65941/11. Judgment of 26 June 2014.

⁹ В 2017 году было вынесено ещё одно постановление ЕСПЧ по делу французской пары со схожими обстоятельствами. См.: ECtHR. *Laborie v. France*. Application no. 44024/13. Judgment of 19 January 2017.

¹⁰ См.: ECtHR. *Advisory Opinion*. § 14.

¹¹ В данной статье автор не ставит перед собой цель прокомментировать все решения ЕСПЧ, связанные с проблемами суррогатного материнства, рассмотренные за данный период, а останавливается лишь на тех делах, которые, по её мнению, важны для понимания и анализа консультативного заключе-

2017 года было вынесено в пользу Италии: ЕСПЧ посчитал, что семейная жизнь между супругами и ребёнком отсутствовала, а вмешательство в частную жизнь заявителей преследовало правомерную цель и было соразмерным, поскольку не нарушало справедливого баланса между частными и общественными интересами¹⁵. Дело супругов Парадизо и Кампанелли отличалось от предшествовавших дел тем, что ни один из предполагаемых родителей не мог подтвердить свою генетическую связь с ребёнком. Таким образом, ЕСПЧ поставил правовые последствия соглашений о международном суррогатном материнстве в зависимость от того, имел ли ребёнок биологическую связь с одним из предполагаемых родителей. Если генетическое родство отсутствует, то государство вправе не признавать и юридическую связь между «суррогатным» ребёнком и предполагаемыми родителями.

2.2. Консультативное заключение от 10 апреля 2019 года

К сожалению для семьи Меннессон, Постановление ЕСПЧ от 26 июня 2014 года не смогло полностью решить проблему установления юридических связей внутри их семьи. Меры, предпринятые Францией, оказались супругам Меннессон недостаточными, поскольку не узаконили отношения между предполагаемой матерью и детьми, рождёнными в результате суррогатного соглашения. Супруги продолжили отстаивать свои права в национальных судах. При рассмотрении их дела в 2018 году Кассационный суд Франции принял решение воспользоваться своим правом, предусмотренным статьёй 1 Протокола № 16 к Конвенции, который Франция ратифицировала в апреле 2018 года, и запросил у ЕСПЧ консультативное заключение по двум вопросам: 1) является ли отказ указывать предполагаемую мать (англ.: *intended mother*) ребёнка, рождённого за границей с помощью суррогатной матери, в официальных документах в качестве законной матери (англ.: *legal mother*) превышением свободы усмотрения государства, допускаемой статьёй 8 Конвенции? В этой связи, должны ли правила раз-

личаться в зависимости от того, имеет ли «предполагаемая мать» биологическую связь с ребёнком? 2) Если по крайней мере один из обозначенных вопросов заслуживает утвердительного ответа, будет ли предоставленная предполагаемой матери возможность усыновить ребёнка, приходящегося биологическим сыном или дочерью её супругу, мерой, обеспечивающей выполнение государством обязательств, вытекающих из статьи 8 Конвенции?¹⁶

Обращение было принято к рассмотрению Большой Палатой и 10 апреля 2019 года по нему было вынесено консультативное заключение, в котором ЕСПЧ сформулировал свою рекомендательную позицию по обозначенным вопросам. По мнению ЕСПЧ, полное и абсолютное отсутствие возможности получить признание отношений между ребёнком, рождённым через суррогатное соглашение за рубежом, и его предполагаемой матерью, не соответствует интересам ребёнка; каждая ситуация требует, как минимум, всестороннего анализа конкретных обстоятельств дела (§ 42). Применительно к делу семьи Меннессон, статья 8 Конвенции требует, чтобы национальное законодательство Франции предоставило детям возможность установить правовую связь с «предполагаемой матерью», которая за рубежом признана их «законной матерью» (§ 46)¹⁷. Наконец, с учётом того что государства обладают свободой усмотрения в выборе конкретных способов обеспечения права, допустимо установление правовой связи между ребёнком и предполагаемым родителем через процедуру усыновления, при условии что национальное законодательство

¹⁶ См.: ECtHR, Advisory Opinion, § 99.

¹⁷ Данное толкование усиливает значение социальных связей между родителем и ребёнком в противовес связям биологическим. Тем самым подход Европейского Суда сближается с давно сформировавшейся позицией судов США относительно факторов, имеющих значение для установления юридической связи «родитель» — «ребёнок» в случаях, когда ребёнок появился на свет благодаря вспомогательным репродуктивным технологиям. Само понятие «предполагаемый родитель» (англ.: *intended parent*) подчёркивает важность намерений супругов стать родителями для ребёнка, не имеющего с ними генетической связи. Как отмечал Апелляционный суд Калифорнии в деле *In Re Marriage of Buzzanca* (72 Cal. Rptr. 2d 280, 1998), предполагаемые родители признаются законными родителями ребёнка, рождённого суррогатной матерью, даже при отсутствии генетической связи, поскольку именно благодаря их намерению ребёнок появился на свет. По мнению суда, придание юридического значения намерениям родителей соответствует интересам ребёнка.

¹⁵ См.: ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], Application no. 25358/12. Judgment of 24 January 2017.

гарантирует быстроту и эффективность процедуры в соответствии с интересами ребёнка (§ 55).

2.3. Приоритет интересов ребёнка в контексте международного суррогатного материнства

Дело семьи Меннессон (как и некоторые другие дела, обозначенные выше) во многом задавало вектор цивилизованного развития международного суррогатного материнства на европейском континенте¹⁸. Постановление 2014 года обязало европейские государства признавать законным родителем отца, имеющего генетическую связь с ребёнком, а консультативное заключение 2019 года предложило государствам закрепить в своём законодательстве процедуру быстрого и эффективного признания юридической связи между предполагаемой (не генетической) матерью и ребёнком. Эти решения сделали репродуктивный туризм более привлекательным¹⁹ и разъяснили европейским государствам, что даже в случае внутригосударственного запрета суррогатного материнства (на что государства имеют полную свободу усмотрения) права граждан, получивших соответствующие услуги (на законных основаниях) за рубежом, а также детей, рождённых в результате суррогатных соглашений, должны уважаться, в первую очередь потому, что в таких ситуациях первоочередное внимание должно уделяться наилучшему обеспечению интересов ребёнка²⁰.

В консультативном заключении суммирована позиция ЕСПЧ относительно того, что вкладывается в понятие насущных интересов ребёнка (англ.: *the child's best interests*). Со ссылкой на постановления по делам Меннессон (§ 96) и Лабассе (§ 75) ЕСПЧ подтвердил

свою позицию о том, что интересы ребёнка не позволяют создавать вокруг него ситуацию правовой неопределённости относительно восприятия им самого себя как части общества (англ.: *identity within society*). Непризнание законной связи «родитель» — «ребёнок» может привести к серьёзным последствиям, в том числе к отказу в предоставлении ребёнку гражданства предполагаемых родителей, сложностям с обеспечением проживания ребёнка в государстве проживания предполагаемых родителей, ограничениям в праве наследования имущества предполагаемых родителей, а также риску лишения ребёнка права постоянного общения с предполагаемыми родителями. Более того, ребёнку не предоставляются гарантии защиты на случай, если предполагаемый родитель откажется о нём заботиться (§ 40). При этом Европейский Суд учёл тот факт, что в контексте соглашений о суррогатном материнстве обстоятельства дела могут и не свидетельствовать в пользу установления правовой связи ребёнка и предполагаемого родителя. Так, закон должен защищать ребёнка от рисков злоупотреблений со стороны семьи, обращающейся к технологии суррогатного материнства, а также обеспечивать ребёнку право знать своё происхождение (§ 41). Тем не менее применительно к делу Меннессон ЕСПЧ посчитал, что отказ в признании законных отношений с предполагаемой матерью противоречил насущным интересам детей, поскольку такое признание необходимо для обеспечения правовой идентификации лица, ответственного за воспитание детей, удовлетворение их потребностей и обеспечение их благополучия, а также для создания детям возможности жить и развиваться в обстановке стабильности (§ 42).

Подтверждение приоритетности интересов конкретного ребёнка можно считать важным достижением консультативного заключения 2019 года, поскольку, по мнению ряда экспертов, после первого дела Меннессон ЕСПЧ начал отходить от этого принципа в угоду интересам предотвращения незаконного поведения предполагаемых родителей и интересам защиты детей в целом²¹. Так, в упоминавшемся постановлении Большой Па-

¹⁸ Под категорию международного (или трансграничного) суррогатного материнства (англ.: *international surrogacy*) подпадают такие соглашения, в которых суррогатная мать и предполагаемые родители (родитель) имеют несовпадающее гражданство и проживают в разных государствах. См.: *Войтович Е. П.* Международное суррогатное материнство: проблемы правоприменения // Юридическая наука и практика. 2016. № 2(12). С. 104–110, 105.

¹⁹ См.: *Fenton-Glynn C.* International Surrogacy Before the European Court of Human Rights // *Journal of Private International Law*. Vol. 13. 2017. No. 3. P. 546–567, 555.

²⁰ Данный принцип закреплён в пункте 1 статьи 3 Конвенции ООН о правах ребёнка, принятой резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 года. Текст на русском языке см.: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml (дата обращения: 01.09.2019).

²¹ См.: *Shuilleabháin M. N.* Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights // *International Journal of Law, Policy and the Family*. Vol. 33. 2019. No. 1. P. 104–122, 108.

латы по делу *Парадизо и Кампанелли против Италии* ЕСПЧ посчитал, что решение итальянских властей о том, чтобы отобрать ребёнка у предполагаемых (не генетических) родителей, пресечь возможность любых последующих контактов между ними и признать ребёнка брошенным, не противоречило принципу приоритета интересов ребёнка, поскольку преследовало важные публичные цели, такие как борьба с соглашениями о коммерческом суррогатном материнстве, недопущение торговли людьми и прекращение нарушения итальянского законодательства предполагаемыми родителями (§ 202–204). Даже если предположить, что видение «насуточных интересов ребёнка» в деле Парадизо и Кампанелли было обусловлено тем, что, в отличие от дела Меннессон, ни у одного из предполагаемых родителей не было генетической связи с ребёнком, это не должно было иметь решающего значения, поскольку речь шла о праве ребёнка не на семейную, а на частную жизнь, статус заявителей как законных родителей был подтверждён выданным в России свидетельством о рождении ребёнка, жизни и здоровью младенца ничто не угрожало (более того, предполагаемые родители заботились о нём на очень высоком уровне²²), а действия итальянских властей выразились в помещении восьмимесячного ребёнка в детский дом, где он в течение 15 месяцев не имел ни имени, ни национальности²³.

Итак, в деле *Парадизо и Кампанелли против Италии* «насуточные интересы ребёнка» были оценены крайне формально и абстрактно, что насторожило исследователей²⁴. Кроме того, решение Большой Палаты свидетельствовало о безусловной приоритизации биологических связей между родителями и детьми над связями социальными²⁵ и,

как следствие, об абсолютной незащищённости и непредсказуемости судьбы ребёнка, рождённого в результате гестационного суррогатного соглашения с использованием донорских репродуктивных клеток. К счастью, данный тревожный тренд не получил развитие в консультативном заключении 2019 года. Наоборот, ЕСПЧ смягчил свою позицию, сместив акценты на важность всесторонней оценки обстоятельств дела и установления насущных интересов *конкретного* ребёнка, а не детей в целом; ценность обеспечения ребёнку возможности жить в обстановке стабильности; и, в конечном счёте, необходимость идентифицировать связь ребёнка со взрослым, заботящимся о его воспитании и благополучии. Приоритет интересов ребёнка и его право на уважение частной жизни ограничивают свободу усмотрения государств-участников — широту которой в таких «этически чувствительных вопросах», как усыновление, помещение ребёнка под опеку, вспомогательные репродуктивные технологии и суррогатное материнство, ранее подчёркивал ЕСПЧ в деле *Парадизо и Кампанелли против Италии*²⁶ — и требуют установления связи между ребёнком, рождённым в результате гестационного суррогатного соглашения, и его предполагаемой (не генетической) матерью, указанной в иностранном свидетельстве о рождении в качестве «законной матери»²⁷.

Что же касается вопроса о конкретных процедурах идентификации отношений «родитель» — «ребёнок», то он решается каждым государством по своему усмотрению, которое, как будет показано ниже, по этому вопросу также поставлено в достаточно жёсткие рамки.

2.4. Свобода усмотрения государств в вопросах суррогатного материнства

В консультативном заключении 2019 года ЕСПЧ настаивает на том, что свобода усмот-

временность их отношений и неопределённость существующих между ними связей с юридической точки зрения. См.: *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], § 151–158. По мнению ЕСПЧ, в деле супругов Парадизо и Кампанелли вторая группа обстоятельств оказалась более существенной, поэтому был сделан вывод об отсутствии семейной жизни между супругами и ребёнком.

²² См.: ECtHR. *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], § 25.

²³ См.: ECtHR. *Paradiso and Campanelli v. Italy*. Judgment of 27 January 2015, § 85.

²⁴ См., например: *Iliadou M. Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v. Italy* // *Medical Law Review*. Vol. 27. 2019. No. 1. P. 144–154, 150; *Shúilleabháin M.N.* Op. cit. P. 108–109.

²⁵ Данный вывод ЕСПЧ основан на ситуативном балансировании факторов, свидетельствующих о наличии/отсутствии семейных связей между родителями и ребёнком: на наличие таких связей указывали два фактора, а именно намерение заявителей стать родителями, именуемое в постановлении родительским проектом (англ.: *parental project*), и качество эмоциональных связей между ними и младенцем. В пользу отсутствия такой связи свидетельствовали три фактора: отсутствие биологической связи между родителями и ребёнком, кратко-

²⁶ См.: ECtHR. *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], § 194–195.

²⁷ ECtHR. *Advisory Opinion*. § 46.

рения государств в вопросах признания юридических последствий трансграничного суррогатного материнства является ограниченной (§ 44). Этот вывод основывается на позиции, выраженной в постановлениях по делам *Меннессон против Франции*²⁸ и *Лабассе против Франции*²⁹, и подвергается дополнительной проверке, в том числе с задействованием материалов сравнительного анализа.

На первый взгляд, вывод об ограниченной свободе усмотрения вступает в противоречие со сложившимися представлениями ЕСПЧ о факторах, влияющих на широту такого усмотрения. Во-первых, Европейский Суд неоднократно занимал сдержанную позицию применительно к спорам с ярко выраженной морально-этической составляющей, в том числе связанной с «быстрым развитием медицины и науки»³⁰, а также высказывался о нежелательности вмешательства ЕСПЧ в вопросы национальной политики в области биоэтики³¹. В практике Европейского Суда по вопросам суррогатного материнства есть примеры решений, в которых применялся именно этот подход. Так, в упомянутом выше деле *Д. и другие против Бельгии* жалоба предполагаемых родителей на задержку с выдачей ребёнка, рождённому от суррогатной матери на Украине, документов на переезд в Бельгию, приведшая к вынужденной трёхмесячной разлуке родителей с ребёнком, была признана неприемлемой для рассмотрения по существу, поскольку государство действовало в рамках предоставленной ему свободы усмотрения, занимаясь проверкой документов и наличия биологической связи между ребёнком и предполагаемым отцом. ЕСПЧ не посчитал необходимым вмешиваться в процедуру проверки легальности документов, установленных национальным правом Бельгии, поскольку поведение органов власти не выглядело неразумным. Аналогичным образом, в деле *Парадизо и Кампанелли против Италии* ЕСПЧ обозначил хотя и не безграничную, но широкую свободу усмотрения государства (§ 194), в рамках которой Европейскому Суду была

оставлена скромная роль убедиться в том, что национальные суды, рассматривавшие дело, сумели найти справедливый баланс между частными и публичными интересами (§ 200, 215). Однако в решениях по делу семьи Меннессон (как 2014, так и 2019 года) логика ЕСПЧ по данному вопросу была совершенно иной.

Второе кажущееся противоречие вытекает из позиции ЕСПЧ о том, что отсутствие консенсуса среди государств — участников Конвенции о степени важности стоящих на кону интересов, а также о наиболее эффективных способах защиты этих интересов способствует расширению свободы усмотрения государств в решении таких вопросов³². При подготовке консультативного заключения Суд провёл сравнительно-правовой анализ законодательства 43 европейских государств, не включая Францию, и установил, что, «несмотря на наличие определённого тренда в направлении юридического признания отношений между детьми, рождёнными в результате международных суррогатных соглашений, и предполагаемыми родителями, консенсус в странах Европы по данному вопросу отсутствует»³³. Такой вывод, казалось бы, должен свидетельствовать в пользу расширения свободы усмотрения государства.

Между тем в деле семьи Меннессон и в 2014, и в 2019 году был сделан вывод о том, что по вопросу признания отношений между детьми, рождёнными от суррогатной матери за рубежом, и предполагаемыми родителями свобода усмотрения государства не является широкой. При более детальном изучении аргументов можно увидеть, что с формально-юридической точки зрения противоречий в подходе Европейского Суда нет. Дело в том, что, по мнению ЕСПЧ, рассматриваемый вопрос касается «особенно важного аспекта индивидуальной идентичности», а согласно сложившейся практике ЕСПЧ свобода усмотрения государств в сфере регулирования таких вопросов должна быть сужена³⁴. В кон-

²⁸ См.: ECtHR. *Mennesson v. France*. § 77, 80.

²⁹ См.: ECtHR. *Labassee v. France*. § 56, 59.

³⁰ ECtHR. *Knecht v. Romania*. § 59.

³¹ См.: *Shúilleabháin M. N.* Op. cit. P. 115. Такая позиция, в частности, прослеживается в решениях по делам: *Vo v. France* [GC]. § 82; *Evans v. the United Kingdom*. § 81; *Parrillo v. Italy* [GC]. Application no. 46470/11. Judgment of 27 August 2015. § 180, и др.

³² Данная позиция выражена в следующих решениях: *S.H. and Others*. § 94; *Evans v. the United Kingdom*. § 77; *X, Y and Z v. the United Kingdom*. Judgment of 22 April 1997. § 44; *Fretté v. France*. Application no. 36515/97. § 41; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC]. Application no. 28957/95. § 85; *A, B and C v. Ireland*. § 232, и др.

³³ ECtHR. Advisory Opinion. § 43.

³⁴ См.: ECtHR. *X. and Y. v. the Netherlands*. Application no. 8978/80. Judgment of 26 March 1985. § 24, 27; *Dudgeon*

сультативном заключении ЕСПЧ специально подчеркнул, что в споре о признании юридической связи между предполагаемой матерью и девочками-близнецами на кону стоят не только вопросы личностного самовосприятия детей (англ.: *identity of children*), но и другие важнейшие аспекты их частной жизни, обусловленные обстановкой, в которой дети живут и развиваются, а также людьми, ответственными за их благополучие (§ 45). Это обстоятельство тем более свидетельствует о сужении свободы усмотрения государства³⁵.

Таким образом, ЕСПЧ, хотя и уважает (скорее в абстрактных формулировках, чем по существу) желание французских властей предостеречь своих граждан от поездок за границу в целях обращения к вспомогательным репродуктивным технологиям, запрещённым в их стране, тем не менее не оставляет государству иного выбора, кроме как предусмотреть процедуру признания юридической связи между предполагаемой матерью и ребёнком, рождённым в результате такой «поездки». Суд не акцентирует внимание на том, что, «легализуя» последствия трансграничного суррогатного материнства, он фактически сводит на нет эффект от этого запрета³⁶.

Рассмотрев вопрос исключительно в плоскости «насуточных интересов ребёнка», ЕСПЧ «оставил за скобками» одну из основных причин неприятия французскими властями и обществом технологии суррогатного материнства: стремление защитить достоинство женщин³⁷. Фактически ЕСПЧ подал

v. the United Kingdom. Application no. 7525/76. Judgment of 22 October 1981. § 52; *Dickson v. the United Kingdom* [GC]. § 78; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. § 90; *Evans v. the United Kingdom*. § 77.

³⁵ Интересно, что в деле *Парадизо и Кампанелли против Италии* этот аргумент, который мог бы изменить решение Европейского Суда на противоположное, был отвергнут, поскольку Суд посчитал, что заявители, не имеющие биологической связи с ребёнком, не вправе представлять его интересы, а значит, рассматриваемый спор не может касаться личности (англ.: *identity*) ребёнка и его права знать своё происхождение (см. § 195).

³⁶ В условиях легальности и доступности суррогатного материнства за рубежом, а также обязанности французских властей признать юридическую связь между ребёнком, родившимся от суррогатной матери в другой стране, и его французскими родителями, очевидно, что запрет суррогатного материнства во Франции не будет рассматриваться французскими парами как сколь-либо существенное препятствие для обращения к данной технологии.

³⁷ См., например: *Legras C. Why Has France Banned Surrogate Motherhood?* // OUPblog. 2015. 23 February. URL: <https://blog.oup.com/2015/02/france-surrogate-motherhood-ban/> (дата обращения: 01.09.2019).

Франции сигнал о необходимости принципиально пересмотреть своё отношение к суррогатному материнству, поскольку запрет как на обращение к данной технологии внутри страны, так и на полноценное признание юридических последствий суррогатных соглашений, заключённых за рубежом, несовместим с обеспечением надлежащего уровня гарантий прав детей.

Формально за государством сохраняется свобода усмотрения в вопросе выбора конкретного механизма признания правовой связи между «суррогатными» детьми и предполагаемыми родителями: через легализацию иностранного свидетельства о рождении, усыновление ребёнка или иную аналогичную процедуру. Но и здесь ЕСПЧ устанавливает жёсткие рамки: избранная государством процедура должна соответствовать требованиям Конвенции, быть адекватной и быстрой, чтобы ребёнок как можно более короткий период пребывал в состоянии правовой неопределённости. ЕСПЧ указывает, что, «очевидно, процедура должна предусматривать судебную оценку обстоятельств с точки зрения максимального удовлетворения интересов ребёнка» (§ 54).

По существу, позиция ЕСПЧ выглядит строгой и бескомпромиссной. Она смягчается лишь формой, в которую облечена: консультативное заключение обладает рекомендательной силой и в принципе может не соблюдаться национальными властями. Такой контраст между «мягкостью» формы и «жесткостью» содержания решения ставит вопросы о целях, преследуемых ЕСПЧ при вынесении консультативного заключения, а также об эффективности процедуры, предусмотренной Протоколом № 16, для достижения этих целей.

3. Новый формат решений ЕСПЧ: к оценке эффективности консультативных заключений

3.1. Нормативная основа нового полномочия ЕСПЧ

Принятие консультативного заключения по делу семьи Меннессон стало возможным благодаря вступлению в силу 1 августа 2018 года Протокола № 16 к Конвенции. Согласно его статьям 1 и 2, по запросам высших судов и трибуналов стран, ратифицировавших Про-

токол³⁸, Большая Палата ЕСПЧ может выносить консультативные заключения по вопросам о принципах, касающихся интерпретации или применения прав и свобод, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней³⁹. Запрос национального суда или трибунала о вынесении консультативного заключения допустим только в контексте рассматриваемого им дела (пункт 2 статьи 1), а процедура принятия заключения предполагает возможность государства, которому принадлежит запрашивающий суд или трибунал, представлять письменные замечания и принимать участие в слушаниях, а также полномочие ЕСПЧ пригласить третью сторону для участия в рассмотрении запроса (статья 3).

Что касается юридической силы консультативных заключений, то они не являются обязательными (статья 5), однако, согласно пункту 27 Пояснительного доклада к Протоколу, наравне с постановлениями и решениями ЕСПЧ образуют часть его судебной практики⁴⁰. Содержащееся в консультативных заключениях толкование Конвенции и Протоколов к ней по своему эффекту аналогично толкованию, содержащемуся в постановлениях и решениях ЕСПЧ.

Консультативное заключение от 10 апреля 2019 года по вопросам, поставленным Кассационным судом Франции в связи с делом семьи Меннессон, было принято Большой Палатой по прошествии полугода с момента поступления запроса (минуя устные слушания). По обоим вопросам, нашедшим отражение в тексте заключения, мнение судей было единогласным.

3.2. Цели и средства: кому выгоден механизм консультативных заключений?

Чтобы ответить на вопрос о том, как повлияла новая форма решений ЕСПЧ на их качество (если такое влияние в действительности можно отследить на примере одного лишь консультативного заключения), следует рассмотреть цели введения этой процедуры и сформулировать те результаты, достижению которых могло бы способствовать обращение к процедуре, предусмотренной Протоколом № 16, с точки зрения ожиданий как государств — участников Конвенции, так и ЕСПЧ. Поскольку эмпирический материал для анализа на данный момент крайне скуден (вынесено только одно консультативное заключение, долгосрочные последствия которого могли ещё не реализоваться), любые выводы, сделанные в рамках настоящего анализа, являются лишь предварительными авторскими гипотезами.

Потенциал консультативных заключений с позиций государств — участников Конвенции. В пункте 11 Пояснительного доклада указано, что целью введения данной процедуры является не перенесение спора в ЕСПЧ, а получение рекомендаций относительно толкования положений Конвенции, имеющих отношение к разрешаемому национальным судом делу. Механизм вынесения консультативных заключений выстроен таким образом, что национальные высшие суды выступают равноправными участниками диалога с Европейским Судом: они по своему желанию обращаются в ЕСПЧ, представляют свою позицию, а также в конечном итоге решают, руководствоваться толкованием, данным ЕСПЧ, или нет. При этом национальные суды получают дополнительную мотивацию применять положения Конвенции при разрешении внутренних споров, имея «покровительство» со стороны ЕСПЧ, и тем самым

³⁸ По состоянию на 1 сентября 2019 года 13 государств — членом Совета Европы ратифицировали Протокол № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 2 октября 2013 года. Полный список стран, подписавших и ратифицировавших Протокол, см.: URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures> (дата обращения: 01.09.2019). Российская Федерация Протокол № 16 не подписала.

³⁹ Само по себе полномочие по вынесению консультативных заключений существовало у ЕСПЧ и ранее (статьи 47–49 Конвенции о защите прав человека и основных свобод), однако могло осуществляться только по просьбе Комитета министров и не могло «затрагивать ни вопросы, относящиеся к содержанию или объёму прав или свобод, определённых в разделе I Конвенции и Протоколах к ней, ни другие вопросы, которые Суду или Комитету министров, возможно, потребовалось бы затронуть при рассмотрении какого-либо обращения, предусмотренного Конвенцией» (пункт 2 статьи 47 Конвенции). В рамках данного полномочия были вынесены два консультативных заключения (в 2008 и 2010 годах) — оба по вопросам, касающимся списка кандидатов, представляемых в рамках процедуры избрания судей ЕСПЧ. Подробнее об этом, а также об этапах процесса реформирования полномочия по принятию консультативных заключений см.: *Дегтярёв К., О'Мара Н.* «Консультативные заключения 2»: реформирование компетенции Европейского Суда по правам человека по вынесению консультативных заключений // *Международное правосудие.* 2014. № 2(10). С. 71–85, 72–73.

⁴⁰ См.: Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, October 2, 2013. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e> (дата обращения: 01.09.2019).

повышать легитимность и убедительность собственных решений, равно как и сокращать количество индивидуальных жалоб в ЕСПЧ на нарушение государством конвенционных прав. При таком подходе консультативные заключения становятся механизмом реализации принципа subsidiarity, основанным на плодотворном и добровольном межсудейском сотрудничестве⁴¹ без ущерба авторитету национальных судов.

Даже государства, не ратифицировавшие Протокол № 16, чьи суды не обладают правом обращаться в ЕСПЧ с запросом о вынесении консультативного заключения (к числу которых относится и Россия), могут извлечь для себя пользу из нового полномочия ЕСПЧ, опираясь в своих решениях на толкование Конвенции, содержащееся в рекомендательных заключениях. Как было сказано выше, такое толкование становится частью судебной практики ЕСПЧ и в этом смысле не отличается от толкования, содержащегося в его постановлениях и решениях. Поэтому, к примеру, российские суды, в соответствии с абзацем 2 пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 21⁴², могут руководствоваться толкованием Конвенции, содержащимся в консультативном заключении, вынесенном по запросу суда или трибунала иностранного государства, «в целях эффективной защиты прав и свобод человека», если обстоятельства рассматриваемого российским судом дела аналогичны обстоятельствам дела, ставшего предметом анализа и выводов ЕСПЧ. Выгоды от обращения к правовой позиции ЕСПЧ, выраженной в консультативном заключении, для государств, не являющихся участниками Протокола № 16, схожи с преимуществами, полу-

чаемыми государством, чей суд или трибунал стал его инициатором.

На данный момент невозможно оценить, будет ли потенциал Протокола № 16 реализован в полной мере применительно к толкованию Конвенции, содержащемуся в заключении по делу семьи Меннессон. Ответ будет понятен только по прошествии времени и будет зависеть от многих обстоятельств: готовы ли национальные суды (французские, а также других государств — участников Конвенции) опираться на толкование статьи 8 Конвенции, содержащееся в заключении; готовы ли законодательные органы Франции и других европейских государств реформировать свою нормативную базу и признавать в надлежащей процедуре отношения между предполагаемыми (не генетическими) родителями и детьми, рождёнными в результате соглашений о гестационном суррогатном материнстве; а также готовы ли заявители по данному и аналогичным делам согласиться с тем, что власти в должной мере выполняют требования Конвенции, и, соответственно, отказаться в будущем от обращений в ЕСПЧ с индивидуальными жалобами. Думается, что ЕСПЧ со своей стороны сделал всё, что было в его силах, чтобы реализовать этот потенциал: заключение было вынесено в шестимесячный срок, то есть очень быстро, Суд действовал открыто и с готовностью изучал различные мнения, представленные третьими сторонами⁴³, а также провёл собственное сравнительно-правовое исследование, в аргументации был последователен и убедителен.

Потенциал консультативных заключений с позиций ЕСПЧ. В свою очередь, для ЕСПЧ полномочие по вынесению консультативных заключений создаёт реальную возможность усилить свою конституционную функцию⁴⁴ и тем самым способствовать созданию более эффективной системы защиты прав, гарантированных Конвенцией. Благодаря полномочию выносить решения, имеющие рекомендательный характер, ЕСПЧ может примерить на себя роль «авторитетного советчика», подсказывающего (но не навязывающего) европейским государствам готовые

⁴¹ См.: *Voland T., Schiebe B.* Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe? // *Human Rights Law Review*. Vol. 17. 2017. No. 1. P. 73–95, 78.

⁴² См. абзац 2 пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней»: «С целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда». URL: <http://www.suprcourt.ru/documents/own/8352/> (дата обращения: 01.09.2019).

⁴³ Перечень стран и организаций, представивших письменные замечания по данному делу, указан в параграфе 6 консультативного заключения.

⁴⁴ См.: *Дегтярёв К., О'Мара Н.* Указ. соч. С. 77.

решения сложных юридических коллизий и тем самым способствовать постепенному формированию европейского консенсуса по неоднозначным правовым вопросам. Если государства благожелательно воспримут выводы, содержащиеся в консультативных заключениях, то это будет свидетельствовать о том, что национальные власти превращаются из потенциальных сторон конфликта, предположительно нарушающих конвенционные права, в равноправных партнёров ЕСПЧ, стремящихся применять положения Конвенции в своей повседневной работе⁴⁵.

Кроме того, с помощью консультативных заключений ЕСПЧ может «тестировать» варианты эволютивного толкования⁴⁶ положений Конвенции и методами убеждения, а не принуждения (то есть в полном соответствии с конвенционным принципом субсидиарности), преодолевать свойственный национальным правовым системам консерватизм в восприятии прав и свобод человека. На примере заключения по делу семьи Меннессон можно проследить, как эволюционировала позиция ЕСПЧ по вопросу признания юридической связи между предполагаемыми родителями и детьми, рождёнными суррогатной матерью, в контексте права на частную жизнь, гарантированного статьёй 8 Конвенции: если в 2014 году ЕСПЧ с уверенностью говорил только о необходимости устанавливать такую связь с биологическим отцом, то в 2019 году при неизменных фактических обстоятельствах он уже настаивает на признании прав матери, не имеющей генетической связи с детьми, причём устанавливает достаточно жёсткие требования к процедуре такого признания.

Для ЕСПЧ также могут быть важны и другие потенциальные преимущества от обращения государств к процедуре, предусмотренной Протоколом № 16. К таковым можно отнести ожидаемое снижение нагрузки на ЕСПЧ, повышение предсказуемости его правовых позиций, повышение показателя ис-

полноты решений ЕСПЧ и наполнение реальным содержанием положений Протокола № 15 о включении в преамбулу Конвенции указания на принцип субсидиарности. Опять же, на данный момент рано говорить о том, будут ли эти возможности реализованы и, если да, будут ли они превышать значение статистической погрешности. Понятно лишь то, что ЕСПЧ воспринимает полномочие по вынесению консультативных заключений как полезный инструмент для эволютивного толкования Конвенции и усиления конструктивного диалога с европейскими государствами.

4. Заключение

Анализ первого консультативного заключения, принятого в соответствии с положениями Протокола № 16, свидетельствует о том, что ЕСПЧ видит в этой процедуре высокий потенциал для повышения собственной эффективности, выстраивания взаимодействия с высшими национальными судами и, в конечном счёте, для развития прав и свобод человека в Европе. По крайней мере, со своей стороны ЕСПЧ приложил максимум усилий для того, чтобы первый опыт реализации Протокола произвёл на государства — как ратифицировавшие его, так и пока не присоединившиеся — благоприятное впечатление: действовал быстро и открыто, сформулировал чёткие и аргументированные рекомендации, обозначил подход Суда к толкованию статьи 8 Конвенции применительно к проблеме юридического признания отношений «суррогатных» детей и предполагаемой (не генетической) матери. Открытым остаётся вопрос, оценят ли государства преимущества новой рекомендательной процедуры и будут ли активнее вовлекаться во взаимодействие с ЕСПЧ.

Содержание консультативного заключения настраивает государства на постепенное сужение свободы их усмотрения даже в сложных с морально-этической точки зрения вопросах, если в центре внимания находятся «насуточные интересы ребёнка». Статья 8 Конвенции в её эволютивном истолковании Европейским Судом не позволяет создавать вокруг детей, рождённых в результате соглашений о суррогатном материнстве, ситуацию правовой неопределённости и поэтому требует признания их юридической связи с лицами,

⁴⁵ См.: *Voland T., Schiebel B.* Op. cit. P.78—79.

⁴⁶ Подробнее о преимуществах и сложностях этого вида толкования Конвенции см.: *Ковлер А.И.* Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский Суд по правам человека как субъект толкования права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3(58). С. 92—100; *Dzehtsiarou K.* European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights // *German Law Journal*. Vol. 12. 2011. No. 10. P.1730—1745.

осуществляющими их воспитание (вне зависимости от наличия между ними генетической связи). Государства свободны лишь в выборе конкретного способа установления этой связи — при условии, что он является «быстрым и эффективным». Для стран, в которых суррогатное материнство запрещено внутренним законодательством, следование позиции ЕСПЧ фактически означает поощрение обхода данного запрета и подталкивание собственных граждан к использованию данной технологии за рубежом.

Опыт принятия первого консультативного заключения показал, что новый институт, предполагающий добровольное горизонтальное взаимодействие между ЕСПЧ и государствами — участниками Конвенции, способен выполнять поставленные перед ним задачи. Для России ратификация Протокола № 16 могла бы стать значимым шагом к снятию напряжения в отношениях с ЕСПЧ и возобновлению сотрудничества, повышающего авторитет Конвенции как инструмента разрешения споров в национальных судах. К сожалению, на данный момент ожидать от законодателя принятия взвешенных политических решений в интересах развития прав и свобод граждан было бы наивной иллюзией.

Библиографическое описание:

Храмова Т. Проблемы суррогатного материнства в формате «суррогатного права»: комментарий к консультативному заключению ЕСПЧ от 10 апреля 2019 года // *Международное правосудие*. 2019. № 3 (31). С. 45–58.

Surrogacy issues in the format of “surrogate” law: a comment on the Advisory Opinion of the European Court of Human Rights of 10 April 2019

Tatiana Khramova

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law; Associate Professor, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: t.syrunina@gmail.com).

Abstract

On April 10, 2019, the European Court of Human Rights delivered its first advisory opinion under Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The opinion was adopted upon the request of the French Court of Cassation and regarded as yet another attempt to solve the problem of ensuring that a right to respect for

private life of children born of transnational surrogacy agreement is secured. The European Court of Human Rights stated that Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship between a child and the intended mother, even when they do not share any biological connection. Given the requirements of the child's best interests and the reduced margin of appreciation of the state, the French government is expected to provide a prompt and effective procedure enabling that relationship to be recognised. The article analyzes both substantial and formal aspects of the advisory opinion. Ultimately, the author aims at defining the role that this ruling might play in developing a civilized approach towards international surrogacy. Additionally, we attempt to evaluate the potential of the new format of advisory opinions for strengthening the horizontal cooperation between the ECHR and national courts and overall advancement of fundamental rights and freedoms in Europe. The article comprises two main parts: one is devoted to the systemic analysis of the arguments substantiating the Court's findings, the other presents a reflection upon the first instance of applying the new procedure in light of the Protocol's aims and aspirations. In the end, the author suggests that for those countries that ban surrogacy, the advisory opinion signals that such prohibition is becoming meaningless taking into consideration the evolving interpretation of Article 8 of the Convention. Specifically, the doctrine of a child's best interests does not allow the states to disregard the legal effects of surrogacy agreements implemented abroad. The nonbinding nature of this rigid opinion incentivizes member states to engage in a fruitful dialogue with the ECHR and eventually reach a consensus on problematic issues of surrogacy. The procedure may also reinforce the implementation of the Convention in accordance with the principle of subsidiarity.

Keywords

European Court of Human Rights; advisory opinion; right to respect for private life; surrogacy; margin of appreciation; child's best interest.

Citation

Khramova T. (2019) Problemy surrogatnogo materinstva v формате surrogatnogo prava: kommentariy k konsul'tativnomu zaklyucheniyu ESPCh ot 10 aprelya 2019 goda [Surrogacy Issues in the format of “surrogate” law: a comment on the Advisory Opinion of the European Court of Human Rights of 10 April 2019]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 9, no. 3, pp. 45–58.

References

- Drankina E. (2018) Deti na zakaz: kak Rossiya stala liderom v oblasti surrogatnogo materinstva [Children to order: how Russia became a leader in surrogacy]. *Kommersant*, 7 July. Available at: <https://www.kommersant.ru/doc/3674788> (accessed: 01.09.2019). (In Russian).
- Dzehtsiarou K. (2011) European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, vol. 12, no. 10, pp. 1730–1745.
- Dzehtsiarou K., O'Meara N. (2014) “Konsul'tativnye zaklyucheniya 2”: reformirovanie kompetentsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka po vyneseniyu konsul'tativnykh zaklyucheniy [“Advisory opinions 2”: reforming advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 2, pp. 71–85. (In Russian).
- Fenton-Glynn C. (2019) Surrogacy: Why the World Needs Rules for «Selling» Babies. *BBC News*, 26 April. Available at: <https://www.bbc.com/news/health-47826356> (accessed: 01.09.2019).
- Fenton-Glynn C. (2017) International Surrogacy Before the European Court of Human Rights. *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 3, pp. 546–567.

- Iliadou M. (2019) Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v. Italy. *Medical Law Review*, vol. 27, no. 1, pp. 144–154.
- Kovler A. I. (2016) Evolyutivnoe tolkovanie Evropeyskoy konventsii po pravam cheloveka kak sub'ekt tolkovaniya prava [Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights: possibilities and limitations. European Court of Human Rights as a body interpreting the law]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, vol. 3, no. 58, pp. 92–100. (In Russian).
- Legras C. (2015) Why Has France Banned Surrogate Motherhood? *OUPblog*, 23 February. Available at: <https://blog.oup.com/2015/02/france-surrogate-motherhood-ban/> (accessed: 01.09.2019).
- Perasso V. (2018) Surrogate Mothers: «I Gave Birth but It's Not My Baby». *BBC News*, 4 December. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-46430250> (accessed: 01.09.2019).
- Shúilleabháin M. N. (2019) Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33, no. 1, pp. 104–122.
- Storrow R. F. (2018) International Surrogacy in the European Court of Human Rights. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 43, no. 4, pp. 38–68.
- Torres G., Shapiro A., Mackey T. K. (2019) A Review of Surrogate Motherhood Regulation in South American Countries: Pointing to a Need for an International Legal Framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, vol. 19, no. 46.
- Voytovich E. P. (2016) Mezhdunarodnoe surrogatnoe materinstvo: problemy pravoprimereniya [International Surrogacy: Problems of Implementation]. *Yuridicheskaya nauka i praktika*, vol. 12, no. 2, pp. 104–110. (In Russian).
- Voland T., Schiebe B. (2017) Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe? *Human Rights Law Review*, vol. 17, no. 1, pp. 73–95.
- Zervogianni E. (2019) Lessons Drawn From the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy. *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33, no. 2, pp. 160–180.