

Мария Александровна Капустина¹

Посмертное донорство: проблемы правового регулирования

Нормативно-правовое регулирование отношений в сфере трансплантологии органов и тканей человек, в том числе лечения людей путем пересадки (трансплантации) здоровых анатомических сегментов, изъятых из организма донора посмертно, основано в Российской Федерации на статье 41 Конституции РФ, а также Законе РФ от 22.12.1992 N 4180-1 (с изменениями на 29.11.2007 г.) «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (Далее – Закон «О трансплантации»). Концепция правового регулирования медицинской деятельности, связанной с трансплантацией (от латинского *transplantare* – пересаживать), т.е. хирургической заменой (изъятием и пересадкой путем хирургической операции органов, тканей человека) погибшей или дефектной части организма человека (реципиента) трансплантатами – здоровыми органами или тканями, изъятими из тела (организма) донора, должна соответствовать положениям статьи 41 Конституции РФ, которая содержит три важных взаимосвязанных положения, а именно:

- 1) Конституция Российской Федерации закрепляет право человека на охрану здоровья и медицинскую помощь, в том числе бесплатную в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения;
- 2) Конституция прямо указывает на финансирование в Российской Федерации федеральных программ охраны и укрепления здоровья населения, необходимость принятия мер по развитию систем здравоохранения разных форм

¹ К.ю.н., доц., Санкт-Петербургский государственный университет (doc. dr, Sankt-Petersburski Uniwersytet Państwowy).

собственности (государственной, муниципальной, частной), поощрение деятельности, способствующей укреплению здоровья человека;

- 3) Конституция Российской Федерации устанавливает, что «сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей, влечет за собой ответственность в соответствии с федеральным законом».

В соответствии с данными положениями статьи 41 Конституции РФ отрасль законодательства о здравоохранении должна представлять собой систему нормативных актов, обеспечивающих, во-первых, правовое регулирование общественных отношений в связи с реализацией человеком своего права на охрану здоровья и медицинскую помощь; во-вторых, принятие и надлежащую реализацию федеральных программ и мер по развитию системы здравоохранения, новых областей медицинской науки и практики, охране и укреплению здоровья населения, поощрение деятельности, направленной на разработку методов снижения заболеваемости и смертности людей, увеличение продолжительности жизни, периода трудовой активности человека; в-третьих, действенный механизм привлечения к ответственности должностных лиц за сокрытие фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей. Фактически, в части 3 статьи 41 Конституции Российской Федерации сформулирована специальная юридическая гарантия, направленная на обеспечение ценности жизни и здоровья людей.

Следует признать, что в настоящее время в России существует большое количество федеральных законов, постановлений Правительства РФ и иных нормативных актов, которые в своей совокупности образуют комплексную отрасль российского законодательства о здравоохранении. Одни из них – так называемые специальные акты, регулирующие непосредственно вопросы охраны здоровья и медицинской помощи в России, например, Федеральный закон от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», Федеральный закон от 12.04.2010 г. № 61-ФЗ (в редакции от 06.12.2011 г.) «Об обращении лекарственных средств», другие – содержат отдельные положения, обеспечивающие правовое регулирование в сфере здравоохранения, например, устанавливают вид и меру юридической ответственности

за правонарушения в сфере здравоохранения (отдельные статьи Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, ряд статей Уголовного кодекса Российской Федерации).

Применительно к законодательному регулированию трансплантации органов и (или) тканей человека специальным законом следует признать Закон «О трансплантации», согласно преамбулы которого «трансплантация (пересадка) органов и (или) тканей человека является средством спасения жизни и восстановления здоровья граждан и должна осуществляться на основе соблюдения законодательства Российской Федерации и прав человека в соответствии с гуманными принципами, провозглашенными международным сообществом, при этом интересы человека должны превалировать над интересами общества или науки». Забор, заготовка, трансплантация органов и тканей человека осуществляется в России исключительно в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения (статья 4 Закона «О трансплантации»), т.е. в России существует государственная монополия на трансплантацию органов и тканей человека.

В статье 1 Закона «О трансплантации» установлены условия и порядок трансплантации органов и (или) тканей человека, а именно возможность пересадки анатомических сегментов как от живого донора, так и от трупа. При этом согласие живого донора является обязательным условием трансплантации органов и (или) тканей. Что же касается хирургических операций по трансплантации органов и (или) тканей от трупа, то изъятие органов и (или) тканей посмертно (*ex mortuo*), согласно статье 8 Закона «О трансплантации», не допускается, если «учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о своем несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти для трансплантации реципиенту».

Российский законодатель назвал правило статьи 8 Закона «О трансплантации» – специального закона в сфере трансплантологии органов и (или) тканей человека – «презумпцией согласия на изъятие органов и (или) тканей». В случае наличия бесспорных доказательств факта смерти, зафиксированного консилиумом врачей-специалистов на основе констатации ими

смерти мозга, изъятие органов и (или) тканей у трупа производится с разрешения главного врача учреждения здравоохранения (статья 9 Закона «О трансплантации»). Таким образом, для изъятия органов и (или) тканей у трупа для трансплантации необходимо, согласно действующему Закону «О трансплантации», чтобы на момент изъятия анатомических сегментов у трупа в учреждении здравоохранения (точнее у главного врача учреждения) отсутствовала информация о прижизненном несогласии лица либо его близких родственников или законного представителя после его смерти на посмертное изъятие органов, тканей для трансплантации реципиенту. Важно, что, с точки зрения современной технологии получения биообъектов для трансплантации, изъятие частей тела человека *ex mortuo* для их последующей консервации производится сразу же после констатации смерти человека, так как сами органы и (или) ткани на момент изъятия должны еще действовать, должны быть еще живыми. Конституционный суд Российской Федерации признал статью 8 Закона «О трансплантации», закрепляющую презумпцию согласия на посмертное донорство, соответствующей Конституции Российской Федерации в том числе, ссылаясь на современный уровень развития медицинских технологий в области трансплантологии, которые не позволяют обеспечить выяснение воли умершего, его близких родственников или законного представителя после кончины человека в сроки, обеспечивающие сохранность трансплантата².

Однако вопрос о согласии или несогласии лица на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти урегулирован в российской правовой системе не только специальным в сфере здравоохранения Законом «О трансплантации», но и статьей 5 «Волеизъявление лица о достойном отношении к его телу после смерти» Федерального закона РФ от 08.12.1995 г. N 8-ФЗ (с изменениями от 04.06.2014 г.) «О погребении и похоронном деле» (Далее – Закон «О погребении»). Согласно статье 5 Закона «О погребении», человек может в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме выразить свое согласие или несогласие на изъятие органов

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2003 г. № 459-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда о проверке конституционности ст.8 Закона Российской Федерации „О трансплантации органов и (или) тканей человека”».

и (или) тканей из его тела после смерти. Положения статьи 5 Закон «О погребении» следует рассматривать общим правилом, закрепляющим принцип достойного отношения к телу умершего и являющимся в этом смысле юридической гарантией права человека на достойное отношение к его телу после смерти в соответствии с прижизненным волеизъявлением. Закон «О погребении», согласно статье 1, «регулирует отношения, связанные с погребением умерших», а не отношения по охране здоровья граждан. Поэтому положения данного закона нельзя включать в отрасль российского законодательства о здравоохранении, в частности, руководствоваться Законом «О погребении» в целях правового урегулирования отношений по трансплантологии.

Таким образом, одна из актуальных проблем правового регулирования отношений в сфере трансплантологии – новой сфере медицинской науки и практики – заключается в том, что более поздний по сравнению со специальным Законом «О трансплантологии» (1992 года) российский Закон «О погребении» (1995 года) установил общий принцип достойного отношения к телу умершего, включающий в себя, в том числе, требование о полном соответствии действий по изъятию органов и (или) тканей из тела после смерти волеизъявлению умершего о его согласии или несогласии на такое изъятие в принципе (статья 5), т.е. о согласии или несогласии человека на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти не только в целях трансплантологии, но и, например, в научных, исследовательских и иных целях. При этом в части 2 статьи 5 Закона «О погребении» сказано о возможном исключении из общего правила о полном соответствии действий по достойному отношению к телу умершего его волеизъявлению в случае, если иное правило установлено законодательством Российской Федерации. Таким «иным правилом», вероятно, и надлежит рассматривать статью 8 Закона «О трансплантологии», устанавливающую презумпцию согласия на посмертное донорство, т.е. презумпцию согласия на изъятие органов и (или) тканей из тела умершего в целях трансплантологии (для спасения жизни и восстановления здоровья граждан).

С подобным толкованием законодательных положений, регулирующих отношения по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, можно было бы согласиться с точки зрения правил

юридической (законодательной) техники, утверждающих приоритет специального правила в соотношении с общей нормой (законом установленное исключение из общего правила). Однако, согласно статьи 2 Закона «О трансплантологии», действие данного закона (специального закона в сфере здравоохранения) распространяется на сердце, легкое, почку, печень, костный мозг и другие органы и (или) ткани, перечень которых определяется Министерством здравоохранения Российской Федерации, вырабатывающим государственную политику и нормативно-правовое регулирование в сфере здравоохранения, совместно с Российской академией медицинских наук. Действие Закона «О трансплантологии» «не распространяется на органы, их части и ткани, имеющие отношение к процессу воспроизводства человека, включающие в себя репродуктивные ткани (яйцеклетку, сперму, яичники или эмбрионы), а также на кровь и ее компоненты» (статья 2 Закона «О трансплантологии»).

Специальное правило-исключение о презумпции согласия на посмертное донорство (презумпции согласия человека на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти для трансплантологии) не распространяется на все органы и ткани человека, и следовательно, в нормативно-правовом регулировании отношений по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, нарушены технико-юридические принципы полноты законодательной конструкции (законодательного регулирования) и систематического единства, о которых писали еще Н.М. Коркунов³ и Р. Иеринг⁴. Получается, что исключение из общего принципа достойного отношения к телу умершего (принцип полного соответствия действий по достойному отношению к телу умершего его волеизъявлению, в том числе, его волеизъявлению о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти), установлено в действующем законодательстве по двум основаниям (критериям): во-первых, исключение касается только изъятия анатомических сегментов

³ По мнению Н.М. Коркунова, юридическая конструкция, чтобы быть полной, «должна покрывать собою все возможные частные случаи. Все они должны укладываться в рамках». См.: Коркунов Н.М. *Лекции по общей теории права*. СПб., 1898. С.353-354.

⁴ Согласно сформулированным Рудольфом Иерингом законам юридической конструкции, законодательные конструкции не должны вступать в противоречие друг с другом, а также быть согласованными внутри себя. См.: Иеринг Р. *Юридическая техника* / Перевод с немецкого. СПб., 1906. С.82-95.

ex mortuo в целях трансплантологии; во-вторых, объектами изъятия *ex mortuo* на основе презумпции согласия на посмертное донорство являются только те органы и (или) ткани, которые включены в перечнях, установленных Законом «О трансплантологии», а также Министерством здравоохранения Российской Федерации. В отношении законодательного регулирования посмертного изъятия органов и тканей, не указанных в перечне Закона «О трансплантологии» и перечне, определенном Министерством здравоохранения Российской Федерации, например, кожи, хряща, роговицы глаза и др., можно констатировать правовую неопределенность (пробел в законодательном регулировании).

Конституционным Судом Российской Федерации пробел в законодательстве оценивается как неконституционный на основе принципов права, прямо предусмотренных Конституцией и вытекающих из нее. В случае, если пробел в законе, по мнению Конституционного Суда РФ, носит формальный характер, он может «сниматься» в результате толкования законодательного текста и, соответственно, выявления не только «буквы закона», но и конституционно-правового смысла и должного конституционно-правового содержания формально пробельного закона⁵. Следует иметь в виду, что традиционно относящиеся к юридической догматике проблемы установления и преодоления пробелов в законе с точки зрения позитивистского типа правопонимания являются бессмысленными, в силу отсутствия, по мнению некоторых сторонников юридического позитивизма, пробелов в праве как таковых. Так Г. Кельзен, например, считал, что вопрос о восполнении пробелов, в принципе, не существует, потому что пробелов в позитивном праве нет. К подобному выводу Г. Кельзен пришел, рассмотрев два вида пробелов в праве: «пробелы должного» и, так называемые, «технические пробелы». Первый вид пробелов он отрицал на основании принципа «можно все, что не запрещено законом». Правоприменительное решение всегда может быть вынесено на основании юридической нормы. Только в одном случае норма прямо устанавливает обязанность (позитивное регулирование), а в другом – норма не устанавливает

⁵ П.2 Информации о работе Конституционного Суда Российской Федерации в 2008 году и выявленных в практической деятельности пробелах в законодательстве// <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Pages/default.aspx>

обязанность, т.е. «устанавливает» свободу от обязанности (негативное регулирование). Определяя второй случай как пробел в праве, правоприменитель, по мнению Г. Кельзена, утверждает, что законодатель не предусмотрел данный случай, потому что иначе установил бы другое правило. Однако правоприменитель должен применять нормы, установленные законодателем, независимо от того, считает ли он их верными или предполагает в них ошибку, потому что определить достоверность предположения правоприменителя об ошибке со стороны законодателя невозможно. Надо сказать, что и британский философ права Джозеф Раз отрицает существование «пробелов должного», а в российской юридической науке против тезиса о пробелах в праве выступал в свое время Г.Ф. Шершеневич.

Необходимо отметить, что «пробелы должного», в любом случае не могут быть ликвидированы самим правоприменителем. Правоприменитель может преодолеть такого рода пробел применительно к конкретному, рассматриваемому им, случаю и инициировать внесение изменений в действующее законодательство, регулирующее в данном случае вопросы посмертного донорства. Ликвидация правовой неопределенности в регулировании отношений по изъятию органов и тканей *ex mortuo* – задача законодателя.

Г. Кельзен приводил примеры, так называемых, «технических пробелов» в случаях, когда законодатель, допустим, установил требование о выборах, но не урегулировал процедуру выборов. По мнению Г. Кельзена, пробела в подобных ситуациях нет, так как, если законодателем не установлена конкретная процедура выборов, то любая процедура будет правомерной. Однако в целом ряде государств законодатель возлагает в таких случаях на правоприменителя, прежде всего, судью обязанность разрешить дело, преодолевая пробел в законе. Например, согласно Швейцарскому Гражданскому кодексу, суд при отсутствии в законе соответствующего положения должен решать в соответствии с обычным правом, а в случае отсутствия обычая – в соответствии с правилами, которые суд установил бы, будучи законодателем и следуя при этом взглядам, принятым в науке и в судебной практике.

Наиболее известным способом восполнения пробелов в процессе правоприменения является аналогия, т.е. решение юридического дела на основе логического приема подобия одного явления

другому. Аналогия в праве означает, что правило, предусмотренное законодательством, распространяется на обстоятельства, прямо в нем непредусмотренные, или общий смысл комплекса юридических норм применяется к другим обстоятельствам. Возможность применения юридических норм по аналогии обусловлена их внутренней согласованностью, системностью правового регулирования, взаимосвязью и взаимообусловленностью юридических норм.

Аналогия закона предполагает использование отдельной нормы в качестве модели отношения, урегулированного законодателем, т.е. сравнение общественных отношений опосредуется нормой закона (моделью общественного отношения). Если установлено сходство в основных, наиболее существенных признаках отношений (таких, как субъекты правоотношений, объект правоотношений, основания возникновения и прекращения субъективных прав и юридических обязанностей), требующих правовой регламентации, и отношений, уже урегулированных, то делается вероятностный вывод о сходстве в методе правового регулирования этих отношений. Соответственно, предполагается, что такие отношения должны вызывать аналогичные правовые последствия и, следовательно, могут быть урегулированы одной нормой.

Важно, что, с точки зрения логики, вывод о сходстве правовых последствий является вероятным. Верность решения юридического вопроса обеспечивается в данном случае презумпцией (предположением) того, что законодатель должен был одинаково урегулировать сходные отношения. Иными словами, в основе аналогии закона лежит презумпция: если отношения сходны, то они и регулироваться должны одинаково. Но прямое указание российского законодателя в статье 2 Закона «О трансплантации» на перечень органов и тканей, на которые распространяется действие данного закона, а значит, и действие статьи 8 «Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей», не позволяет применить аналогию закона, т.е. применить правило о презумпции согласия на посмертное донорство к случаям изъятия *ex mortuo* для трансплантации анатомических сегментов, не попавших в данный перечень. В подобных случаях правоприменитель обязан руководствоваться общим принципом достойного отношения к телу умершего, изъятие органов и (или) тканей из тела умершего для трансплантации должно осуществляться в полном соответствии

с волеизъявлением умершего. Причины медицинского, правового, иного характера, послужившие основанием разного законодательного регулирования вопросов реализации человеком своих соматических прав посмертно, в частности, права свободного выражения согласия или несогласия на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти, остаются неясными.

Другой проблемой регулирования отношений посмертного донорства в правовой системе России является правовой характер и юридический порядок реализации правила статьи 8 Закона «О трансплантологии», содержащего презумпцию согласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. В юриспруденции термин «презумпция» (от латинского *praesumptio* – предположение) используется, прежде всего, в двух значениях: для обозначения особого приема законодательной техники – конструкции юридического факта в тексте закона и для формулирования правового принципа, например: принципа добропорядочности гражданина, принципа презумпции знания закона, принципа презумпции истинности нормы права, принципа презумпции невиновности в уголовно-процессуальном праве, принципа презумпции истинности приговора/решения суда, вступившего в законную силу, принципа презумпции вины причинителя вреда в гражданском праве и др.

Презумпция вообще – это вероятностное суждение о наличии/отсутствии каких-либо фактических обстоятельств. Логической основой презумпции является неполное индуктивное умозаключение – вероятное (в этом смысле, недостоверное) обобщение, в основе которого лежит предполагаемая связь установленного факта с предполагаемым (презюмируемым) в силу повторяемости (типичности, закономерности) многих жизненных процессов⁶. Таким образом, презумпции как конструкции юридических фактов в действующем законодательстве означают предположения (не требующие с точки зрения законодателя доказательств) о наличии или отсутствии предметов, связей, явлений, основанные на связи между ними, и предметом, связями, явлениями наличными, подтвержденными жизненной практикой. Однако в силу вероятностного характера презюмируемого факта законодатель допускает его опровержение и устанавливает

⁶ См.: Бабаев В.К. *Презумпции в российском праве и юридической практике*// Проблемы юридической техники. Нижний Новгород, 2000. С.323-325.

юридические последствия такого опровержения. Например, согласно статье 42 Гражданского кодекса Российской Федерации «Признание гражданина безвестно отсутствующим», гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан судом безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания, а согласно статье 45 Гражданского кодекса Российской Федерации «Объявление гражданина умершим», гражданин может быть объявлен судом умершим, если в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания в течение пяти лет. Однако, в соответствии со статьями 44 и 46 Гражданского кодекса Российской Федерации, в случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим, суд отменяет соответственно решение о признании его безвестно отсутствующим или решение об объявлении его умершим. На основании решения суда отменяется управление имуществом этого гражданина.

Таким образом, в основе юридической конструкции презумпции-факта должно лежать достоверное знание (обобщение), обеспечивающее вероятностный вывод, который не требует, с точки зрения законодателя, доказательств, но может быть опровергнут. Применительно к правилу статьи 8 Закона «О трансплантологии», вряд ли возможно утверждать, что в основе законодательной презумпции согласия на посмертное донорство лежит достоверное обобщение информации о согласии достаточно большого числа людей на изъятие органов и (или) тканей из их тел после смерти для трансплантации. Официального реестра лиц, согласных на посмертное донорство, в России нет; специальной отметки о согласии/ несогласии на посмертное донорство в документе, удостоверяющем личность, или водительском удостоверении в Российской Федерации не предусмотрено. Кроме того, законодатель предусмотрел возможность (но не порядок, не юридическую процедуру) опровержения презумпции согласия на изъятие органов и (или) тканей из тела после смерти для трансплантации только до момента самого изъятия, т.е. в считанные минуты после констатации смерти мозга. Юридические последствия опровержения данной презумпции уже после изъятия органов и (или) тканей из тела умершего для трансплантации законодательством не предусмотрены. Тем не

менее, как показал мониторинг правоприменения, подобного рода дела имеют место в судебной практике российских судов. Вопиющими с правовой точки зрения являются случаи, когда родители умершего несовершеннолетнего узнают об изъятии из его тела анатомических сегментов только в момент получения тела для захоронения.

В отличие от презумпций-фактов презумпции-принципы не являются результатом обобщения, логически не основаны на неполной индукции. Презумпции-принципы используются законодателем не для конструирования юридических фактов, не требующих доказательств, а для определения основных начал (принципов) регулирования тех или иных отношений, поэтому презумпции-принципы неправильно интерпретировать с точки зрения возможности их оспаривания. Например, презумпция невиновности в уголовном процессуальном праве Российской Федерации служит принципом распределения бремени доказывания вины обвиняемого и сформулирована в главе 2 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации «Принципы уголовного судопроизводства». Обвиняемый, согласно статьи 14 «Презумпция невиновности» Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации, считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. При этом обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого, лежит на стороне обвинения, а обвинительный приговор не может быть основан на предположениях. Закрепив презумпцию невиновности, законодатель установил не порядок оспаривания предполагаемой (презюмируемой) невиновности обвиняемого, а определил субъектов, на которых возложена обязанность доказывания вины в совершении преступления, инкриминируемого обвиняемому.

Правовой характер хирургических операций по пересадке органов и тканей человека в Российской Федерации определяется принципом обязательного согласия живого донора (статья 1 Закона «О трансплантологии»), так как, при всей дискуссионности вопроса о соматических правах человека, если у кого-то и есть права по отношению к телу (организму) человека, то только

у самого человека. Оставляя за рамками настоящей статьи проблему юридической природы прав, связанных с распоряжением органами и тканями человека (телом человека), следует признать, что изъятие анатомических сегментов из тела человека после смерти для трансплантации вопреки его прижизненному волеизъявлению освоенесогласианапосмертноедонорствопротиворечитпринципам правовой свободы. Правило, установленное в статье 8 Закона «О трансплантологии», должно как раз не допустить изъятие органов и (или) тканей из тела умершего, который при жизни заявил о своем несогласии на посмертное донорство, т.е. вопреки его свободному прижизненному волеизъявлению. Несмотря на название статьи 8 «Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей», в ней фактически сформулировано предположение об отсутствии прижизненного несогласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. При этом законодательно не предусмотрены юридические процедура и последствия опровержения (например, в судебном порядке) данного предположения, поэтому правило статьи 8 Закона «О трансплантологии» скорее содержит конструкцию юридической фикции (неопровержимого предположения), чем конструкцию юридической презумпции (опровержимого предположения).

В реальной жизни часто фикцией называют такую ситуацию (положение вещей), при которой нечто несуществующее в действительности провозглашается существующим. В юриспруденции фикцию в ряде случаев рассматривают в качестве антипода закона, или называют фиктивным фактически недействующий (не применяющийся) закон. Например, фикция, т.е. несоответствие реальности правовым требованиям закона, будет в ситуации, когда вместо принципа состязательности и равенства сторон обнаруживается обвинительный уклон уголовного процесса.

Кроме того, в общеупотребительном значении и в юриспруденции под фикцией понимают вымышленное положение, построение, не соответствующее действительности, но используемое как действительное с какой-либо целью. В таком смысле говорят, например, о фальсификации документов, инсценировке самоубийства, фиктивном браке, фиктивной сделке. Подобного рода фикции являются качественной характеристикой правовой системы, показателем эффективности правового регулирования, демонстрируют отношения субъектов права к отдельным элементам

правовой системы общества, уровень легитимности правовой системы. Соответственно распространение подобных фикций должно учитываться законодателем. В частности, мониторинг правоприменения должен способствовать выявлению подобных фикций с тем, чтобы в процессе правотворчества (законотворчества) предусмотреть систему юридических правил, препятствующих распространению таких противоправных актов, преодолеть неправовые фикции в правореализации.

В философском смысле фикция, фиктивное – проявление небытия. По сути, небытие – отсутствие, отрицание бытия. Фикция отрицает бытие, конструируя несуществующее, неявляющееся. Получается, что важный признак любой фикции, включая правовую, – сознательное признание несуществующего в реальности существующим (сущим) или отрицание существующего явления. В логике фикцию определяют как образование, формирование, создание в смысле – выдумывание, мнимое, ложное, вымышленное, нечто не существующее. При этом фикция может содержать большую или меньшую степень вероятности, но само признание какого-либо факта, явления, действия, состояния фикцией влечет сознательное отмежевание от их вероятности. Фикция – «одно из средств «перевода» реальности обыденной в реальность правовую. Право само по себе в какой-то степени условно»⁷. По мнению А.Нашиц, «... полное удовлетворение требований адекватного отражения не всегда будет содействовать достижению конечных целей законодательной политики»⁸.

В юриспруденции фикция прошла довольно сложный исторический путь. История фикций как особых приемов юридической техники ведет свое начало еще со времен римского права. Причина – формализм древней римской юриспруденции, который препятствовал решению насущных задач юридической практики. Например, в римском праве широко использовалась фикция, согласно которой иностранец считался римским гражданином при условии, что он выступал истцом или ответчиком в гражданско-правовых

⁷ О.А.Курсова *Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы действия* // *Проблемы юридической техники*. Нижний Новгород, 2000. С.453.

⁸ Нашиц А. *Правотворчество. Теория и законодательная техника*. М., 1974. С.221.

делах. Фикция обеспечивала адекватное правовое регулирование, правильное применение юридических норм, без внесения изменений в законодательство. Фикция выступала как «ложь во благо». Ее использование оправдывалось тем, что ложь правовой фикции налицо. Никто не обманывается насчет сознательной юридической фиктивности того или иного положения. Р. Иеринг однажды назвал фикцию «ложью во спасение закона»⁹. Однако «ложь во спасение» – все таки ложь, предназначенная для того, чтобы в нее верили, как в истину, а фикция отличается от лжи тем, что фикция не предназначена для обмана кого бы то ни было. Ложь фикции очевидна. Фикция, принимаемая всерьез, т.е. фикция, в которую действительно верят, теряет свою полезность.

В современной российской юридической литературе предлагается рассматривать фикцию как технико-юридический прием восполнения правовой неопределенности, пробела в правовом регулировании¹⁰. Юридическая фикция позволяет либо признать (легализовать) в качестве юридического факта несуществующие в действительности обстоятельства, свойства лица (субъекта права) или объекта права либо, наоборот, формально-юридически исключить (не признать юридическим фактом) фактически существующие обстоятельства, свойства предметов, характеристики лиц, основания возникновения/прекращения субъективного права или юридической обязанности. Например, согласно части 2 статьи 435 Гражданского кодекса Российской Федерации, оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной. А в соответствии со статьей 439 Гражданского кодекса Российской Федерации, если извещение об отзыве акцепта поступило лицу, направившему оферту, ранее акцепта или одновременно с ним, акцепт считается не полученным.

Анализ правила статьи 8 Закона «О трансплантологии» позволяет прийти к выводу о том, что в силу невозможности в современных условиях, с точки зрения российского законодателя, получить достоверное знание о согласии/ несогласии человека на изъятие органов и

⁹ Иеринг Р. *Юридическая техника*. М., 2008. С.121.

¹⁰ См., напр.: Исаев И.А. *Юридическая фикция как форма заполнения правовых пробелов* // «История государства и прав.» 2011. №22. С.2-4.

(или) тканей из его тела после смерти для трансплантации, в целях преодоления правовой неопределенности в регулировании отношений посмертного донорства, а также государственного обеспечения права человека на высокотехнологичную медицинскую помощь посредством хирургической операции по пересадке здоровых анатомических сегментов, основываясь на принципе презумпции добросовестности врачей, в правовой системе Российской Федерации законодательно сконструирована юридическая фикция прижизненного согласия на посмертное донорство – модель «неиспрошенного согласия».

При законодательном конструировании юридического факта-фикции результатом является несуществующая, условная правовая реальность. По мнению Г. Ф. Дормидонтова, «слово «фикция» на юридическом языке обозначает предположение какого-либо факта или качества, предположение, противоречащее нередко действительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести известные юридические последствия»¹¹. Например, в уголовном праве Российской Федерации снятая или погашенная судимость признается несуществующей, а при деятельном раскаянии лицо освобождается от уголовной ответственности несмотря на то, что преступное деяние было совершено.

Один из современных российских юристов считает, что «формальный характер фикций является меньшим злом по сравнению с тем произволом, который воцарился бы при их отсутствии»¹². Как конструкция факта фикция, созданная в процессе законотворчества, категорически утверждает что-либо и не допускает опровержения, хотя в основе сконструированного факта-фикции, также как и факта-презумпции, может лежать предположение. Отличие в том, что вероятность сконструированного факта-фикции не принимается во внимание, как будто возможности наступления иных обстоятельств вовсе не существует, поэтому использование фикции как конструкции юридического факта согласия на посмертное донорство может, вероятно, способствовать на сегодняшний день, по мнению российского законодателя, стабильности правового регулирования в сфере трансплантологии.

¹¹ Дормидонтов Г.Ф. *Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций*. Казань, 1895. С.6.

¹² Панько К.К. *Юридические фикции в современном российском праве. // Проблемы юридической техники*. С.465-466.

Аннотация

Закон РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» устанавливает презумпцию прижизненного согласия на донорство *ex mortuo* (модель «неиспрошенного согласия»). Трансплантация должна осуществляться на основе соблюдения прав человека, при этом интересы человека должны превалировать над интересами общества или науки.

Цели правового регулирования: юридическая гарантия права человека свободно распоряжаться своим телом после смерти и (или) государственное обеспечение права человека на медицинскую помощь путем посмертной трансплантологии?

Ключевые слова: правовое регулирование, правовое предположение, права человека, Посмертное донорство, Посмертное трансплантация.

Abstract

According to Russian Law «On transplantation of organs and (or) human tissue» there is a presumption of consent to donation *ex mortuo* (model «uncalled consent») in Russian Federation. Transplantation should be based on respect for human rights, the interests of the person should prevail over the interests of society or science.

Purpose of legal regulation: the legal guarantee of the right to be free to dispose of her/his body after death, and (or) the state of human rights in the provision of medical care by *post mortem* transplantation?

Keywords: legal regulation, legal presumption, human rights, cadaveric donation, *post mortem* transplantation.