

TARTU ÜLIKOOL  
SOTSIAALTEADUSKOND  
ÕIGUSTEADUSKOND  
ERAÕIGUSE OSAKOND

Janeli Mänd

**ASENDUSEMADUSEST TULENEVATE ÕIGUSSUHETE KVALIFITSEERIMINE EESTI  
RAHVUSVAHELISES ERAÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja: Maarja Torga *MJur*

Tartu 2016

## SISUKORD

<b>SISSEJUHATUS.....</b>	<b>4</b>
<b>I LAPSE SUHE ASENDUSEMAGA, VANEMAKS SAADA SOOVIVATE ISIKUTE JA SEEMNERAKUDOONORIGA.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui põlvnemise suhe.....</b>	<b>10</b>
1.1.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel.....	10
1.1.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel.....	18
<b>1.2. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui lapsendamise suhe.....</b>	<b>24</b>
1.2.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel.....	24
1.2.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel.....	30
<b>1.3. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui vanema ja lapse vaheline muu perekonnaõiguslik suhe.....</b>	<b>34</b>
1.3.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel.....	34
1.3.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel.....	39
<b>II VANEMATEKS SAADA SOOVIVATE ISIKUTE NING ASENDUSEMA JA SEEMNERAKUDOONORI VAHELINE SUHE.....</b>	<b>43</b>
<b>2.1. Vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori vaheline suhe kui lepinguline suhe.....</b>	<b>43</b>
2.1.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel.....	43
2.1.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel.....	47
<b>2.2. Vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori vaheline suhe kui lepinguväline suhe.....</b>	<b>52</b>
2.2.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel.....	52
2.2.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel.....	58
<b>KOKKUVÕTE.....</b>	<b>63</b>
 <i>Characterising Claims Arising from Surrogacy Arrangements in Estonian Private Law (Abstract).....</i>	 <b>68</b>

<b>KASUTATUD MATERJALID.....</b>	<b>73</b>
<b>Kasutatud kirjandus.....</b>	<b>73</b>
<b>Kasutatud normatiivallikad.....</b>	<b>77</b>
<b>Kasutatud kohtulahendid.....</b>	<b>80</b>
<b>Kasutatud muud allikad.....</b>	<b>83</b>
<b>KASUTATUD LÜHENDID.....</b>	<b>82</b>

## SISSEJUHATUS

Asendusemaduse ehk surrogaatmaduse õigusliku definitsiooni Eesti õiguskorras saab tuletada karistusseadustiku (KarS)<sup>1</sup> §-st 132, mille kohaselt on asendusemadus võõra munaraku või sellest valmistatud inimloote ülekandmise naisele, kelle kohta on teada, et ta kavatses sellest arenenud lapse pärast sünni ära anda. Siiski on surrogaatmaduse mõiste laiem – kirjanduses mõistetakse selle all praktikat, mille käigus naine rasestub kavatsusega laps pärast sünni ära anda.<sup>2</sup> Erialases kirjanduses liigitatakse asendusemadus kaheks: traditsiooniliseks asendusemaduseks ja gestatsiooniliseks asendusemaduseks - traditsioonilise asendusemaduse puhul kasutatakse viljastamiseks asendusema enda munarakku, gestatsioonilise asendusemaduse puhul kasutatakse kas emaks saada sooviva naise munarakku või doonori munarakku.<sup>3</sup> Lisaks jagatakse asendusemadust kirjanduses ka tasuliseks ja tasuta asendusemaduseks, kuna tasuta ehk altruistliku asendusemaduse puhul ei saa asendusema asendusemaduse eest tasu (mis siiski ei välista seda, et vanemaks saada sooviv isik kannab asendusemal tekkivad mõistlikud kulutused), kuid tasulise asendusemaduse korral sõlmitakse asendusema ja vanemaks saada sooviva isiku vahel leping, milles nähakse ette asendusemale makstav tasu.<sup>4</sup> Eestis on kõik eelnevalt kirjeldatud asendusemaduse vormid keelatud, vastav keeld tuleneb KarS-i §-st 132, mis sätestab karistusena rahalise karistuse, ning perekonnaseaduse<sup>5</sup> §-st 83, mis identifitseerib lapse emana naise, kes on lapse sünnitanud. Nimetatud keeld ei välista siiski asendusemadusest tulenevate rahvusvahelise elemendiga vaidluste jõudmist Eesti kohtutesse.

Eesti rahvusvahelises eraõiguses puudub asendusemaduse kvalifitseerimiskategooria, mis tähendab, et puuduvad normid, mille alusel asendusemadusest tõusetuva vaidluse rahvusvahelist kohtualluvust kontrollida ning sellele kohalduvat õigust määrata. Samas on asendusemadusest tulenevad

---

<sup>1</sup> Karistusseadustik. - RT I, 12.03.2015, 21; RT I, 25.09.2015, 7.

<sup>2</sup> L. Oja. Reproktiivõigused – asendusemadus Eestis. - Riigikogu Kantslelei õigus- ja analüütikaosakonna Teemaleht 2013 nr 16, lk 1, 1.

<sup>3</sup> K. Svitnev. Legal control of surrogacy – international perspectives. - J. G. Schenker (ed). Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies. Berlin: De Gruyter 2011, p 149, 149; B. M. McMahon. The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink Its Surrogacy Contracts Laws. - Albany Law Journal of Science and Technology 2013 Vol 21 No 2, 359, 361-362; R. M. Anchan *et al.* Gestational Carriers: A Viable Alternative for Women with Medical Contraindications to Pregnancy. - Open Journal of Obstetrics and Gynecology 2013 Vol 3 No 5, pp 24, 24-25.

<sup>4</sup> S. Banerjee. Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretical Approach. - The Manchester School 2013 Vol 81 No 3, p 438, 439; J. Rimm. Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India. - University of Pennsylvania Journal of International Law 2009 Vol 30 No 4, pp 1429, 1435-1436; L. van Zyl and R. Walker. Beyond Altruistic and Commercial Contract Motherhood: The Professional Model. - Bioethics 2013 Vol 27 No 7, p 373, 373.

<sup>5</sup> Perekonnaseadus. - RT I 2009, 60, 395; RT I, 12.03.2015, 98.

õigussuhted oma olemuselt teistest perekonnaõiguslikest õigussuhetest erinevad, mistõttu vajavad sellised suhted iseseisvat läbimõeldud regulatsiooni. Käesoleva magistritöö lõpetamise seisuga (01.05.2016) on asendusemadustest tuleneva vaidluse rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimine ning sellele kohalduva õiguse määramine Euroopa Liidu tasandil reguleerimata. Samuti puuduvad rahvusvahelised lepingud, mis selliseid õigussuhteid käsitleks. Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverents on küll hetkel välja töötamas asendusemaduse alast konventsiooni, kuid veel ei ole otsustatud, kas sellest tuleks klassikaline rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ja kohalduva õiguse määramise konventsioon või nii öelda "koostöö konventsioon",<sup>6</sup> kuna riikide lähenemised asendusemadusele on äärmiselt erinevad. „Koostöö konventsiooni“ eeliseks oleks, et sellega liituks tõenäoliselt ka riigid, mille seisukohad asendusemadust puudutavates küsimustes suuresti erinevad, võimaldades seeläbi rahvusvahelisemat kaitset asendusemaduse osapooltele. „Koostöö konventsioon“ ei annaks reegleid kohtualluvuse kontrollimiseks ning kohalduva õiguse määramiseks, vaid looks raamistiku rahvusvaheliseks koostööks.<sup>7</sup> Eesti rahvusvahelises eraõiguses on perekonnaõiguslikest õigussuhetest kvalifitseerimiskategooriad olemas vaidpõlvnemise, lapsendamise ning vanema ja lapse vahelise muude perekonnaõigusliku õigussuhete jaoks, mis tähendab, et asendusemadusest tulenevad suhted tuleks kvalifitseerida ühe alla neist kolmest. Millisel viisil see täpselt toimuma peaks, on siiani Eesti õiguskirjanduses ja Eesti kohtute poolt aga jäetud

---

<sup>6</sup> Eeskujuks oleks sellisel juhul eelkõige Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverentsi 29. mai 1993. aasta riikidevahelises lapsendamises lastekaitseks tehtava koostöö konventsioon (Haagi 1993 lapsendamise konventsioon; RT II 2001, 31, 157), samuti ka laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise konventsioon (sõlmitud 23. novembril 2007) (ELT L 192/51, 22.07.2011, lk 1-20) ning lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvaheline konventsioon (RT II 2001, 6, 33).

<sup>7</sup> Loe lähemalt Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverentsi asendusemaduse alase konventsiooni kohta: Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements. Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference; Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements. Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference; Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements. Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference; Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project. Preliminary Document No 3 B of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference; Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note. Preliminary Document No 3 A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference.

lahtiseks.

Eeltoodust tulenevalt on käesoleva magistritöö eesmärk leida vastus küsimusele, kuidas peaks Eesti kohus kvalifitseerima asendusemadusest tulenevaid õigussuhteid rahvusvahelise elemendiga vaidlustes. Eesti kohtutesse jõudvad asendusemadust puudutavad vaidlused on suure tõenäosusega rahvusvahelise elemendiga, kuna asendusemadus ei ole Eestis lubatud, mistõttu reisiksid Eestis elavad asendusema abil vanemaks saada soovivad isikud välismaale, et sõlmida asendusemaduse kokkulepped riigis, kus asendusemadus on legaalne. Asendusemadusega seoses tekivad erinevad õigussuhted nii lapse ning asendusema, vanemateks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonori vahel kui ka asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute vahel.

Vastamaks magistritöö põhiküsimusele, on käesolev magistritöö jaotatud kaheks peatükiks. Esimeses peatükis leiavad käsitlemist asendusemaduse teel sündinud lapse suhted teiste asendusemaduse osapooltega, täpsemalt asendusema ja lapse vaheline õigussuhe, emaks saada sooviva naise ja lapse vaheline õigussuhe, isaks saada sooviva mehe ja lapse vaheline õigussuhe ning seemnerakudoonori ja lapse vaheline õigussuhe. Kuna asendusemadust puudutavastes vaidlustes on reeglina põhiküsimuseks see, keda lugeda asendusemaduse teel sündinud lapse emaks ning isaks, analüüsitakse, kuidas kvalifitseerida asendusema, emaks saada sooviva naise, isaks saada sooviva mehe ning seemnerakudoonori esitatavat emaduse või isaduse tuvastamise nõuet. Kuna kõigi nelja isiku nõuet on võimalik kvalifitseerida nii põlvnemise, lapsendamise kui ka vanema ja lapse vahelise muu perekonnaõigusliku õigussuhtena, leiavad esimeses peatükis analüüsimist nelja õigussuhte nimetatud kvalifitseerimiskategooriatesse paigutamisel tekkida võivad probleemid, samuti nimetatud õigussuhete sarnanemine asendusemadusest tulenevatele õigussuhetele.

Magistritöö teise peatükis käsitletakse vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori omavahelisi suhteid, kuna asendusemaduse toimumise eelduseks on asendusemaduse osapoolte omavahelised eelnevad kokkulepped. Selgitamist leiab, kuidas kontrollivad Eesti kohtud rahvusvahelist kohtualluvust ja määravad kohalduva õiguse, kvalifitseerides pooltevahelised õigussuhted lepinguliste või lepinguväliste võlasuhtena. Kuigi reeglina sõlmivad asendusemaduse osapooled omavahel asendusemaduslepingu, ei pruugi see nii olla kõikidel juhtudel, samuti võib asendusemadusleping olla kehtetu või see ei pruugi ammendavalt reguleerida kõiki poolte vahel tekkivaid õigussuhteid, millisel juhul tuleb pooltevahelised õigussuhted kvalifitseerida lepinguväliste õigussuhtena.

Võimalikes asendusemaduse üle käivates või sellega seonduvates tsiviilõiguslikes vaidlustes

kontrollivad Eesti kohtud rahvusvahelist kohtualluvust Venemaa<sup>8</sup>, Ukraina,<sup>9</sup> Poola<sup>10</sup> ja Leedu-Lätiga<sup>11</sup> sõlmitud õigusabilepingute ning tsiviilkohtumenetluse seadustiku<sup>12</sup> (TsMS) alusel, kohalduva õiguse määravad aga nendesamade õigusabilepingute ja rahvusvahelise eraõiguse seaduse<sup>13</sup> (REÕS) alusel. Magistriõo põhiallikateks on seetõttu just õigusabilepingud, TsMS ning REÕS ning teisesteks allikateks välisriikide seadusandlus ning kohtupraktika, samuti asendusemadust käsitlev õiguskirjandus. Kuna asendusemadust käsitlevad rahvusvahelised õigusaktid puuduvad, siis on igal riigil eraldiseisvad reeglid, kuidas rahvusvahelise elemendi ilmnedes asendusemadusest tuleneva vaidluse rahvusvahelist kohtualluvust kontrollida ja nõuetele kohalduvat õigust määrata. Seetõttu on ka käesolevas magistritöös erinevate kvalifitseerimiskategooriate eeliste ning puuduste analüüsimiseks kasutatud peamiselt eri riikide seniseid kogemusi õigussuhete reguleerimisel, välisriikide kohtupraktikat ning õigusteadlaste arvamusi. Käesolevas magistritöös on võrdlusriikideks valitud Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik<sup>14</sup> ning Ameerika Ühendriikide osariik Kalifornia ning seda järgnevatel põhjustel. Ühendkuningriik sai võrdlusriigiks valitud seetõttu, et sellel on Euroopa riikidest üks pikaageisemaid kogemusi asendusemaduse õiguslikus reguleerimises. Kalifornia osutus valituks, kuna õiguskirjanduses on seda esile tõstetud kui üht Ameerika Ühendriikide kõige asendusemaduse sõbralikumat osariiki,<sup>15</sup> mis teeb temast ka populaarse sihtkoha vanemaks saada soovivatele isikutele. Tulenevalt oma menükusest vanemaks saada soovivate isikute seas on Kalifornia kõige rohkemate asendusemadust puudutavate kohtulahendite hulgaga osariik Ameerika Ühendkuningriikides.

---

<sup>8</sup> Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades. - RT II 1993, 16, 27.

<sup>9</sup> Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades. - RT II 1995, 13, 63.

<sup>10</sup> Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades. - RT II 1999, 4, 22.

<sup>11</sup> Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. - RT II 1993, 6, 5.

<sup>12</sup> Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I 2005, 26, 197; RT I, 19.03.2015, 27.

<sup>13</sup> Rahvusvahelise eraõiguse seadus. - RT I 2002, 35, 217; RT I 2009, 59, 385.

<sup>14</sup> Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigis kehtib kolm õigussüsteemi: Inglismaa ja Walesi õigus, Šotimaa õigus ning Põhja-Iirimaa õigus. Kuigi altruistlik asendusemadus on legaalne terves Ühendkuningriigis, on käesolevas magistritöös võrdluseks valitud Inglismaa ja Walesi õigussüsteem, kuivõrd asendusemaduse alast kohtupraktikat on selles õigussüsteemis enim.

<sup>15</sup> M. A. Field. Compensated Surrogacy. - Washington Law Review 2014 Vol 89 No 4, p 1151, 1161; S. Mohapatra. Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy. - Berkeley Journal of International Law 2012 Vol 30 No 2, pp 412, 414; U. R. Smerdon. Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India. - Cumberland Law Review 2008 Vol 39 No 1, pp 15, 26; P. Cheruvu. Three Parent IVF and its Effect on Parental Rights - Hastings Science & Technology Law Journal 2014 Vol 6 No 1, pp 73, 84.

Kuigi Eesti õiguskirjanduses on käsitletud kohalduva õiguse määramist perekonnaõiguslikes vaidlustes,<sup>16</sup> samuti asendusemaduse olemust ja seadustamist,<sup>17</sup> puudub hetkel eestikeelne õiguskirjandus, milles oleks kitsamalt käsitletud asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimist Eesti rahvusvahelises eraõiguses. Nimetatud probleemi olemasolule on vaid põgusalt tähelepanu juhtinud Ilona Nurmela.<sup>18</sup> Puuduvad ka Eesti kohtute, Euroopa Liidu Kohtu ning Euroopa Inimõiguste Kohtu otsused,<sup>19</sup> mis otseselt asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimist rahvusvahelises eraõiguses käsitleksid.

Töös valitud metoodika on järgmine. Esmalt analüüsitakse tulenevalt asjakohaste õigusnormide

---

<sup>16</sup> Loe näiteks: M. Torga. Kohalduva õiguse ja selle sisu kindlakstegemine rahvusvahelistes eraõiguslikes vaidlustes. *Juridica* 2014 V, lk 406; K. Jaadla, M. Torga. Välisriigis sõlmitud samasooliste abielu ja kooselu tunnustamine Eestis. - *Juridica* 2013 VIII, lk 598, 602-606; M. Kaleinikas. Abielulahutusele kohaldatav õigus: tõhustatud koostöö Euroopa Liidus. Magistritöö: juhendaja K. Sein. Tallinn: Tartu Ülikool 2012; M. Vallimäe. Abikaasade privaatautonomia piirangud Euroopa ja Eesti rahvusvahelises eraõiguses. Magistritöö: juhendaja M. Torga. Tartu: Tartu Ülikool 2013.

<sup>17</sup> Loe näiteks: H. Hepner. Asendusemaduse olemus ja võimalikud lahendused Eestis. Bakalaureusetöö: juhendaja A. Nõmper. Tartu: Tartu Ülikool 2009; K. Kruusimägi. Asendusemaduse seadustamine Eestis – probleemid ja perspektiivid. Magistritöö: juhendajad A. Nõmper, J. Sootak. Tartu: Tartu Ülikool 2011.

<sup>18</sup> I. Nurmela jt. Rahvusvaheline eraõigus. 3. tr. Tallinn: Juura 2008, lk 212; I. Nurmela. Arengud rahvusvahelises eraõiguses. - *Juridica* 2000 IV, lk 249, 249-252.

<sup>19</sup> Küll aga on Euroopa Inimõiguste Kohus on lahendanud kahte välisriigi kohtulahendite tunnustamise kaasust, kus Prantsusmaa ja Itaalia kohtud keeldusid välisriigi otsuste tunnustamisest, millega vanemaks saada soovivad isikud tunnistati asendusemaduse teel sündinud lapse seaduslikeks vanemaks. Loe kaasused: *Case of Labassee v. France*, Application n. 65941/11, Judgement 26 June 2014. Judgement of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber; *Case of Mennesson v France*, Application n. 65192/11, Judgement 26 June 2014. Judgement of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber; *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application n. 25358/12, Judgement 27 January 2015. Judgement of the Twelfth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber. Euroopa Inimõiguste Kohtu kõnealustest kohtulahenditest ning nende analüüsisist vaata ka: P. Beaumont, K. Trimmings. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy? - University of Aberdeen, Working Paper 2015 No 2, p 1; J. Dute. Selected Legislation and Jurisprudence: European Court of Human Rights. - *European Journal of Health Law* 2015 Vol 22 No 3, p 287; G. Puppink and C. De La Hougue. ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the Mennesson v. France and Labassee v. France Cases. - *Revue Lamy Droit Civil* 2014 No 118, p 78 (original article published in French); European Centre for Law and Justice (ECLJ). Comments on the ECHR case of Paradiso and Campanelli v. Italy. 30 January 2015. Available at <http://eclj.org/Releases/Read.aspx?GUID=ec4d5af3-db22-4b01-8b44-2ab3846b770e&s=eur> (01.05.2016); M. Wells-Greco and H. Dawson. Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights. - A. Bonomi and G. P. Romano (eds). *Yearbook of Private International Law* Vol. XVI 2014/15. Cologne: Otto Schmidt 2016, pp 315-341.

sõnastusest, millised on praktikas Eesti kohtutes tõusetuda võivad probleemid, kontrollides asendusemadusest tulenevate vaidluste rahvusvahelist kohtualluvust ning määrates neile kohalduvat õigust põlvnemisest, lapsendamisest, vanema ja lapse vahelisest muust perekonnaõiguslikust suhtest, asendusemaduslepingust ja asendusemadusest tuleneva lepinguvälise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ning neile kohalduva õiguse määramise normide alusel. Seejärel analüüsitakse nimetatud suhete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ning neile kohalduva õiguse määramise norme lähtuvalt sellest, kas see, millise riigi kohtul on õigust vaidlust lahendada ning millise riigi õigus vaidlusele kohaldub, arvestab ning kaitseb piisaval määral kõigi asendusemaduse osapoolte huve ning on seeläbi sobiv lahendus asendusemadusest tulenevate nõuete reguleerimiseks. Samuti käsitletakse asendusemadusest tulenevate suhete olemuslikku sarnanemist põlvnemise, lapsendamise ning vanema ja lapse vahelise muu perekonnaõigusliku suhtega. Seeläbi selguvad asendusemadusest tulenevate nõuete iga kvalifitseerimiskategooria alla paigutamise puudused ning see, kas esilekerkivad puudused on piisavalt olulised, et takistada asendusemadusest tulenevate nõuete vastate kvalifitseerimiskategooriate alla paigutamist.

Tulenevalt üliõpilastööde kirjutamise ja vormistamise juhendist<sup>20</sup> esitab autor magistritööd kõige enam iseloomustavad märksõnad: rahvusvaheline eraõigus, tsiviilkohtumenetlus + kohtumenetlus + menetlusõigus, vaidluste lahendamine, asendusemadus.

---

<sup>20</sup> J. Sootak jt. Üliõpilastöö kirjutamine ja vormistamine. Juhend õigusteaduskonna üliõpilastele. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. Tallinn: 2016, lk 28.

# I LAPSE SUHE ASENDUSEMAGA, VANEMAKS SAADA SOOVIVATE ISIKUTE JA SEEMNERAKUDOONORIGA

## 1.1. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui põlvnemise suhe

### 1.1.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel

Kuna Eesti rahvusvahelises eraõiguses puudub eraldi kvalifitseerimiskategooria asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, tuleb sellinenõue kvalifitseerida ühte järgnevatest kvalifitseerimiskategooriatest: põlvnemine, lapsendamine või vanema ja lapse vaheline muu perekonnaõiguslik suhe. Magistritöö käesolevas peatükis analüüsitakse asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse nõuete põlvnemise suhtena kvalifitseerimise puuduseid, mis takistavad või võivad takistada asendusemadusest tulenevate nõuete nimetatud kvalifitseerimiskategooriatesse paigutamist. Käsitledes asendusemadusest tulenevaid suhteid kui põlvnemise suhteid, on Eesti kohtud kohustatud sellistest suhetest tekkivate vaidluste rahvusvahelist kohtualluvust kontrollima kas Eesti-Vene (artiklid 29 ja 32; õigusabileping kohaldub juhtudel, mil kohtuvaidluse üheks osaliseks on Vene Föderatsiooni kodanik), Eesti-Ukraina (artikkel 28 lõiked 1, 5-6; õigusabileping kohaldub juhtudel, mil kohtuvaidluse üheks osaliseks on Ukraina kodanik), Eesti-Poola (artikkel 30 lõige 3; õigusabileping kohaldub juhtudel, mil kohtuvaidluse üheks osaliseks on Poola Vabariigi kodanik), Eesti-Leedu-Läti (artiklid 28 ja 31; õigusabileping kohaldub juhtudel, mil kohtuvaidluse üheks osaliseks on Leedu Vabariigi või Läti Vabariigi kodanik)<sup>21</sup> õigusabilepingu või TsMS-i (§ 103 lõige 2; TsMS kohaldub kõikidel ülejäänud juhtudel) alusel. Euroopa Liit põlvnemise vaidlustes kohtualluvuse kontrollimise reegleid kehtestanud ei ole - näiteks vanemate ja lastega seotud vaidlustes kohalduva nn Brüsseli II *bis* määruse<sup>22</sup> artikkel 1 lõike 3 punkt a kohaselt ei

---

<sup>21</sup> Õigusabilepingutes ei ole küll lepingute kohaldamisala eraldi sõnaselgelt määratletud, kuid Eesti õiguskirjanduses on leitud, et lepingute personaalne kohaldamisala on sõltuvuses poolte kodakondsusest. Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu art 1 lg 1; Eesti-Ukraina õigusabilepingu art 1 lg 1; Eesti-Poola õigusabilepingu art 1 lg 1; Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu art 1 lg 1. Loe: M. Torga. Õigusabilepingute kohaldamine tsiviilasjade lahendamisel Eesti kohtutes. – R. Teeveer, M. Eerik, H. Jõks jt (toim). Kohtute aastaraamat 2012. Riigikohus 2013, lk 76; M. Torga. Rahvusvahelise kohtualluvus kontrollimine Eesti kohtutes. – *Juridica* 2013 III, lk 192; Torga, M. Scope of Application of the Private International Law Treaties Concluded Between the Republic of Estonia and its Eastern European Neighbours. – *Kiel Journal of East European Law* 2012 1-2, p 4.

<sup>22</sup> Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003, 27. november 2003, mis käsitleb kohtualluvust ning

kohaldada Brüsseli II *bis* määrust põlvnemise tuvastamise ega vaidlustamise suhtes. Põlvnemisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimine eelpool nimetatud normide rakendamisel asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks osutub suure tõenäosusega problemaatiliseks järgmistel põhjustel.

Esiteks, ei sobi põlvnemise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid asendusemadusest tulenevate suhete reguleerimiseks põlvnemise normide rakendamisel tekkivate praktiliste probleemide tõttu. Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes sisalduvate põlvnemise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normide sõnastusest tulenevalt ei ole nimetatud õigusabilepingute alusel võimalik kontrollida asendusema ja emaks saada sooviva naise esitatava emaduse tuvastamise nõude kohtualluvust, sest nimetatud õigusabilepingud võimaldavad põlvnemise alla kvalifitseerida vaid isaks saada sooviva mehe või seemnerakudoonori esitatavat isaduse tuvastamise nõuet.<sup>23</sup> Eeltoodust tulenevalt on Eesti kohtud naise esitatava emaduse tuvastamise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel valiku ees: kohaldada naise esitatava emaduse tuvastamise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel analoogia korras Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes sisalduvaid isaduse tuvastamise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätteid või kontrollida asendusema või emaks saada sooviva naise esitatavat emaduse tuvastamise nõude rahvusvahelist kohtualluvust TsMS-i põlvnemise asjadele kohaldatava rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätte alusel. Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes sisalduvate isaduse tuvastamise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete rakendamise kasuks räägib asjaolu, et tõenäoliselt ei ole emaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistiku õigusabilepingutest välja jätmine olnud lepingupoolte tahtlik ning teadlik samm, vaid põhjustatud sellest, et lepingupooled ei näinud õigusabilepingute sõlmimise hetkel sellise regulatsiooni järele vajadust. Lisaks soosib analoogia korras nimetatud õigusabilepingutes sisalduvate isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete kasutamist see, et Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes sisalduv isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise norme oleks ilma

---

kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000. - ELT L 338/1, 23.12.2003, lk 243-271.

<sup>23</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artiklid 29 ja 32, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõiked 1, 5-6 ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artiklid 28 ja 31.

praktiliste probleemideta võimalik rakendada ka emaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks ning põhjendatud ei ole asendusema ja emaks saada sooviva naise erinev kohtlemine isaks saada soovivast mehest või seemnerakudoonorist, mis aga paratamatult kaasneks juhtudel, mil Eesti kohtud peaksid naise esitatava emaduse tuvastamise nõude rahvusvahelist kohtualluvust kontrollima TsMS-i alusel. Kontrollides emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelist kohtualluvust erinevate õigusaktide alusel, võib juhtuda, et sama lapse suhtes esitatavat emaduse ja isaduse nõuet peavad hakkama lahendama eri riikide kohtud. Selline lahendus võib omakorda kaasa tuua menetluse venimise ning halvimal juhul selle, et lapse ema ja isa tuvastatakse eri õiguskordade alusel.

Lisaks, ei sobi põlvnemisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise reeglid asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuna nii Eesti-Vene, Eesti-Ukraina, Eesti-Poola ja Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud kui ka TsMS võimaldavad asja lahendada ka lapse kodakondsusriigi kohtutel, mille määratlemine võib asendusemadusest tulenevates vaidlustes võimatu olla, kuna asendusemaduse teel sündinud lapsel võib puududa kodakondus.<sup>24</sup> Selline olukord võib tekkida eelkõige juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapse sünniriigiõiguse kohaselt on lapse vanemateks emaks saada sooviv naine ja isaks saada sooviv mees, kes kumbki pole lapse sünniriigi kodanikud, mistõttu laps ei omanda sünniriigi kodakondsust. Samas ei ole lapsel võimalik omandada ka emaks saada sooviva naise või isaks sooviva mehe kodakondsusriigi kodakondsust, kuna need riigid ei tunnista asendusemaduse teel sündinud laste vanematena vanemaks saada soovivaid isikuid.<sup>25</sup> Seega juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapse kodakondsusriiki ei ole

---

<sup>24</sup> Õiguskirjanduses on väidetud, et tegemist on ühe tõsisema asendusemadusest tõusetuva probleemiga. Loe näiteks: D. Deomampo. Defining Parents, Making Citizens: Nationality and Citizenship in Transnational Surrogacy. - *Medical Anthropology* 2015 Vol 34 No 3, p 210; P. Gerber and K. O'Byrne (eds.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. Farnham: Ashgate Publishing Limited 2015, pp 82-112; M. Henaghan. *International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping*. - *Australian Journal of Adoption* 2013 Vol 7 No 3, p 1, 3-10; S. L. Crockin. *Legal perspectives on cross-border reproductive care*. – *Reproductive BioMedicine Online* 2011 Vol 23 No 7, p 812; R. F. Storrow. *Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel*. - *Reproductive BioMedicine Online* 2011 Vol 23 No 5, pp 543-544

<sup>25</sup> Kirjeldatud olukorda käsitlevaid näiteks järgmised kohtuasjad: *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* (2008) INSC 1656 (29 September 2008) (Japan/India) (India); *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2008] 1 FLR 1047 (Turkey/UK) (Ühendkuningriik); *Jan Balaz v Anand Municipality*, No 3020, Special Civil Application (Gujarat HC 11 November 2009) (India); *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180 (Ühendkuningriik); *Kandola v Canada (Citizenship and Immigration)* [2014] FCA 85, 31 March 2014 (Kanada); *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Ühendkuningriik); *D, L (Minors) (Surrogacy and in the Matter of Human Fertilisation and Embryology Act 2008)* [2012] EWHC 2631 (Ühendkuningriik).

võimalik määratleda ning hageja ja kostja ei ela sama lepingupoole territooriumil, osutub Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingute alusel asendusemadusest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimine võimatuks.<sup>26</sup>

Asendusemadusest tulenevate suhete põlvnemise suhtena kvalifitseerimist raskendab ka asjaolu, et Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud võimaldavad vaidlust lahendada ka hageja ja kostja ühisel elukohariigil, kuid asendusemadusest tulenevate vaidluste puhul võib esmapilgul võib jääb arusaamatuks, keda tuleks asendusemadusest tulenevates vaidlustes pidada kostjaks. Ilmselt tuleks vastavaid õigusabilepingute norme tõlgendada järgmiselt. Kuna õigusabilepingud on rahvusvahelised lepingud, siis tulenevad lepingu sätete tõlgendusreeglid rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioonist (Viini konventsioon),<sup>27</sup> mille artikkel 31 lõike 1 kohaselt tõlgendatakse rahvusvahelisi lepinguid heas usus, andes lepingus kasutatud mõistetele konteksti arvestades tavatähenduse ning lähtudes lepingu mõttest ja eesmärgist. Seega tuleks tavatähendusest tulenevalt hageja all mõista isikut, kes nõude esitab ning kostja all isikut, kelle vastu nõue on esitatud. Järelikult on asendusemadusest tulenevates vaidlustes hagejaks see, kes isaduse tuvastamise nõude esitab – selleks võib olla nii isaks saada sooviv mees või seemnerakudoonor, kes soovib enda tuvastamist lapse isana kui ka asendusema või emaks saada sooviv naine, kes nõuab isaks saada sooviva mehe või seemnerakudoonori isaduse tuvastamist. Juhtudel, mil isaduse tuvastamise nõude esitab kas asendusema või emaks saada sooviv naine, on kostjaks kas isaks saada sooviv mees või seemnerakudoonor, kui aga isaduse tuvastamist soovib mees ise, on kostjaks laps.

Teiseks, ei ole põlvnemisest tulenevate rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon sobiv asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuna õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv põlvnemise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei lähtu piisaval määral tugevaima seose põhimõttest, mille kohaselt peaksid vaidlust lahendama selle riigi kohtud, millega vaieldavad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud. Asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistik peaks lähtuma tugevaima seotuse põhimõttest eelkõige kahel põhjusel. Asendusemadusest tulenevad õigussuhted on reeglina kõige tugevamalt seotud riigiga, kus sõlmiti asendusemaduse aluseks olevad kokkulepped ning asub asendusemateenust pakkuv agentuur (kui seda kasutati), kus leidsid aset vajalikud meditsiinilised protseduurid ning

---

<sup>26</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artiklid 29 ja 32, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõiked 1, 5-6 ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artiklid 28 ja 31.

<sup>27</sup> Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. - RT II 2007, 15.

sündis laps. Üldjuhul on nimetatud riik ka asendusema ja seemnerakudoonori elukohariigiks ning vaidluse lahendamine mõne teise riigi kohtus võib oluliselt halvendada asendusema või seemnerakudoonori võimalusi ennast kohtumenetluses efektiivselt kaitsta (näiteks pole asendusemal või seemnerakudoonoril võimalik majandusliku olukorra tõttu kohtusse ilmuda ega ka endale esindajat palgata), samas kui vanemaks saada soovivad isikud on reeglina nimetatud riigis mitmeid kordi käinud (asendusemaga kohtumas ja vastavaid kokkuleppeid sõlmimas; pärast lapse sündi selleks, et last endaga oma kodumaale viia) või seal lausa pikemalt peatunud (näiteks asendusema raseduse kestel) ning nad on paljudel juhtudel paremas majanduslikus olukorras kui asendusema ja seemnerakudoonor. Lisaks, kuna rahvusvahelised lepingud asendusemadusest tulenevate emaduse või isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks puuduvad, kehtestab iga riik ise oma rahvusvahelise tsiviilkohtumenetluse reeglid, mis sätestavad, milline õigus asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohaldub. Järelikult sõltub sellest, milline kohus asja lahendab ka see, milline õigus vaidlusele kohaldub. Reeglina on asendusemaduse osapooled tuttavad selle riigi õiguskorraga, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted kõige tugevamalt seotud on ning tulenevalt nende otsusest asendusema abil vanemaks saamiseks just sinna reisida, võib eeldada, et selle riigi kohus kohaldaks enda ehk asendusemadust legaliseerivaid norme, millega kõik asendusemaduse osapooled on osanud arvestada ja mille kohaldamist ette näha.

Teoreetiliselt võib aga näiteks Eesti-Ukraina õigusabilepingu alusel olukord, kus on Eesti kohtul õigus asja lahendada olukorras, kus laps, asendusema, emaks saada sooviv naine ning isaks saada sooviv mees (kes on ühtlasi lapse bioloogiline isa) elavad Ukrainas, kuid lapsel on Eesti kodakondsus, kuna isaks saada sooviv mees on Eesti kodanik.<sup>28</sup> Samuti alluks näiteks asendusema esitatav emaduse tuvastamise nõue TsMS-i kohaselt Eesti kohtule juhtudel, mil kõik asendusemadusega seotud asjaolud (näiteks asendusemaduslepingu sõlmimine, lapse kandmine, lapse sünnitamine) on aset leidnud välisriigis ning ka asendusema, emaks saada sooviv naise, isaks saada sooviv mees ning seemnerakudoonor elavad välisriigis ja kõikidel osapooltel peale Eesti kodanikust asendusema on välisriigi kodakondsus. Kuigi tsiviilkohtumenetluse seadustiku eelnõu seletuskiri<sup>29</sup> antud regulatsiooni kehtestamise tagamaid ei põhjenda, on TsMS-i eesmärgiks olnud tõenäoliselt sellise olukorra vältimine, kus vaidlus asi ei alluks ühegi riigi kohtule, millega sellel puutumus on. Antud näite puhul

---

<sup>28</sup> Kodakondsuse seaduse (RT I 1995, 12, 122; RT I, 23.03.2015, 259) § 5 lg 1 p 1 sätestab, et sünniga omandab Eesti kodakondsuse laps, kelle sündimise ajal vähemalt üks tema vanematest on Eesti kodakondsuses

<sup>29</sup> Tsiviilkohtumenetluse seadustiku eelnõu 208 SE I seletuskiri, 15.12.2003, lk 1-294.

võimaldaks selline regulatsioon Eesti kodanikust asendusemal siiski kergesti olukorda kuritarvitada, pöördudes emaduse tuvastamise nõude lahendamiseks just Eesti kohtusse ning raskendades selliselt olulisel määral teiste osapoolte jaoks kohtumenetluses osalemist.

Ka näiteks Kalifornia perekonakoodeksis sisalduvad asendusemadusest tulenevatele nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätted lähtuvad suures osas tugevaima seotuse põhimõttest. Nimelt võivad Kalifornia perekonakoodeksi<sup>30</sup> artikkel 7962 punkti e kohaselt gestatsioonilise asendusemadusest tulenevaid nõudeid lahendada selle riigi kohtud, kus laps eeldatavasti sünnib, kus on asendusema või vanemaks saada soovivate isikute elukoht, kus gestatsioonilise asendusemaduse leping täidetakse või kus gestatsioonilise asendusemaduslepingu järgsed meditsiinilised protseduurid läbi viiakse. Neli alternatiivi viiest on igati kooskõlas tugevaima seotuse põhimõttega, kuna võimaldavad asja lahendada selle riigi kohtul, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on tõenäoliselt kõige tugevamalt seotud. Ka traditsioonilisest asendusemadusest tulenevate emaduse või isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid lähtuvad tugevaima seose põhimõttest, kuna Kalifornia perekonakoodeksi<sup>31</sup> artikkel 7620 punkt a kohaselt on traditsioonilisest asendusemadusest tulenevaid nõudeid õigus lahendada Kalifornia kohtutel vaid juhul, kui asendusemaduse teel sündinud laps oli eostatud Kalifornias.<sup>32</sup>

Kolmandaks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid suhteid kvalifitseerida põlvnemise suhetena, kuna TsMS-s sisalduv põlvnemise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei ole täielikult kooskõlas ka läheduskriteeriumiga, mis tähendab, et TsMS lubab Eesti kohtutel vaidlust lahendada ka juhtudel, mil Eesti kohus ei ole lapsele territoriaalselt lähim kohus.<sup>33</sup> Asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise

---

<sup>30</sup> California Family Code Division 12 Part 7 Section 7962(e). – Available at: [http://www.leginfo.ca.gov/html/fam\\_table\\_of\\_contents.html/](http://www.leginfo.ca.gov/html/fam_table_of_contents.html/) (01.05.2016).

<sup>31</sup> *Ibid.* Division 12 Part 3 Section 7620(a).

<sup>32</sup> Loe lisaks: T. B. Haet and J. E. Heywood (eds). 2015 Practise Under the California Family Code: Dissolution, Legal Separation, Nullity. California: Continuing Education of the Bar California 2015, pp 403-407.

<sup>33</sup> Kuna üldjuhul ei saa asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse normistik samaaegselt lähtuda läheduskriteeriumist ning olla kooskõlas tugevaima seotuse põhimõttega, sest reeglina viivad vanemaks saada soovivad isikud lapse elama oma kodumaale, mis ei ole riigiks, millega on asendusemadusest tulenevad õigussuhted kõige tugevamalt seotud, siis on läheduskriteeriumi ning tugevaima seotuse põhimõtte näol seega tegemist alternatiividega, mis tähendab, et nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon on sobilik asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks kui ta on kooskõlas ühega alternatiividest.

normistik peaks läheduskriteeriumist lähtuma eelkõige seetõttu, et lapse elukohariigile vaidluse lahendamise õiguse andmine võimaldab lapse huvide võimalikult efektiivset kaitset, kuna tegemist on lapsele lähima kohtuga. Läheduskriteerium põhinebki lapse parimate huvide põhimõttel,<sup>34</sup> kusjuures õiguskirjanduses on rõhutatud, et kuigi igal õigussuhte osalisel on õigus oma huvide kaitsele (mistõttu tuleks suhete õiguslikul reguleerimisel arvestada kõikide osapoolte huvidega ning võtta eesmärgiks nende tasakaalustamise<sup>35</sup>), siis peaks iga asendusemaduse vallas väljatöötatav rahvusvaheline leping põhinema lapse parimate huvide põhimõttel, mis tähendab, et lapse huvid tuleb esikohale seada igas asendusemadusest tõusetuvas küsimuses ning seda juba asendusemaduse korraldamise algetappidest, enne kui laps eostatud on.<sup>36</sup> Lapse parimate huvide põhimõtte üheks väljenduseks rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel ongi läheduskriteeriumist lähtuva rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistiku rakendamine.<sup>37</sup>

Neljandaks, asendusemadusest tulenevate nõuete põlvnemise nõuetena käsitlemist takistab ka põlvnemisest tulenevate suhete olemuslik erinevus asendusemadusest tulenevatest suhetest, kuna olemuslikult erinevaid suhteid samasse kvalifitseerimiskategooriasse paigutada ei

---

<sup>34</sup> Lapse parimate huvide põhimõtte olulisuse kohta asendusemaduse kontekstis loe: A. Casparsson. Surrogacy and the Best Interest of the Child. Master's Thesis in Applied Ethics. Linköping University: Centre for Applied Ethics 2014; B. C. Lewis. Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child. - St. John's Law Review 2013 Vol 87 No 4, p 899; A. R. Holder. Surrogate Motherhood and the Best Interests of the Children. - The Journal of Law, Medicine & Ethics 1988 Vol 16 No 1-2, p 51. Vaata kohtuasjad: *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Ühendkuningriik); *Re X and Y (Children)* [2011] EWCH 3147 (Ühendkuningriik); *A and A v P, P and B* [2011] EWHC 1738 (Ühendkuningriik); *Re IJ (A Child)* [2011] EWHC 921 (Ühendkuningriik); Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 6 avril 2011, 09-66.486, Publié au bulletin (Prantsusmaa); *Samuel*, Court of First Instance Brussels, 15 February 2011 (Belgia); *AM & NP*, Court of First Instance Nivelles, 6 April 2011 (Belgia); *C*, Court of First Instance Brussels, 6 April 2010 (Belgia); *M & M*, Court of Appeal Liège, 6 September 2010 (Belgia); *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031 (Austraalia); *Dudley and Anor & Chedi* [2011] FamCA 502 (Austraalia); Case No 0800779-46.2013.8.24.0090. Averiguacao de Paternidade/PROC. Florianopolis (SC), Judge: Luiz Claudio Broering. Dated 30 July 2014 (Brasiilia); Adoption – 1445 [2014] QCCA 1162, 10 June 2014 (Kanada); Bundesgerichtshof 10.12.2014, XII ZB 463/13 (Saksamaa).

<sup>35</sup> Loe näiteks: G. Parra-Aranguren. Explanatory Report on the Convention on Protecting Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. HCCH Publications 1994, para 49.

<sup>36</sup> K. Trimmings and P. Beaumont (eds). International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level. Oxford: Hart Publishing 2013, p 539.

<sup>37</sup> Lapse parimate huvide põhimõttest tulenevat läheduskriteeriumit on käsitletud ka näiteks järgnevat Euroopa Kohus lahendites: ECJ, 11/12/2014, Case C-656/13 *L v M*; ECJ, 07/16/2015, Case C-184/14 *A v B*.

tohiks.<sup>38</sup> Analüüsid esmalt asendusema ja lapse vahelise suhte olemuslikku sarnanemist põlvnemisele, on uurimused näidanud, et kui 2/3 naistest tekib lootega emotsionaalne side umbes seitsmenda raseduskuu paiku, mil lapse kandja hakkab tajuma loote liigutusi,<sup>39</sup> siis asendusemad kipuvad ennast lootest emotsionaalselt distantseerima, nähes loodet võõra lapsena.<sup>40</sup> Londoni Ülikooli teadlased on leidnud, et asendusemad reeglina ei kõhkle vanemaks saada soovivatele isikutele last üle andmast.<sup>41</sup> Eeltoodust järeldub, et kuigi esmapilgul on asendusema ja lapse vaheline suhe sarnane põlvnemise suhtele (eriti traditsioonilise asendusemaduse korral, mil laps pärineb ka geneetiliselt asendusemast), ei tunne asendusemad ennast ise reeglina lapse emana ega näe last enda järglasena. Lisaks ei ole põhjendatud asendusemadele samasuguse õigusliku kaitse pakkumine kui tavaemadele ka seeõttu, et asendusemad peavad juba asendusemaduseks nõusolekut andes arvestama sellega, et neil on kohustus pärast lapse sündi vanemlikest õigustest loobuda. Ka emaks saada sooviva naise ja lapse vaheline suhe on põlvnemise suhtest erinev, kuna enamikes õiguskordades lähtutakse emaduse tuvastamisel sellest, kes on lapse sünnitajaks (kelleks asendusemaduse puhul on loomulikult asendusema), kusjuures traditsioonilise asendusemaduse korral ei ole emaks saada sooviv naine lapsega isegi mitte geneetiliselt seotud. Isaks saada sooviva mehe või seemnerakudoonori ja lapse vahelise suhte samastamine põlvnemise suhtega on problemaatiline juhtudel, mil laps ei põlvne geneetiliselt isaks saada soovivast mehest ehk kasutatud on seemnerakudoonorit. Samas tuleb aga silmas pidada, et kuigi geneetilise sideme olemasolu teeb seemnerakudoonori ja lapse vahelise suhte esmapilgul põlvnemisega äärmiselt sarnaseks, on asendusemaduse puhul viljastamiseks kasutatavate seemnerakkude omanikud reeglina anonüümsed. Seega ei pruugi ka seemnerakudoonor ise teadlik olla, et ta on lapse

---

<sup>38</sup> Vastasel juhul kaotaks eri kvalifitseerimiskategooriate loomine mõtte, kuna nõude rahvusvahelist kohtualluvust saaks kontrollida ning nõudele kohalduvat õigust määrata nende normide põhjal, mille rakendamise tulemus oleks normide rakendajale kõige meelepärased.

<sup>39</sup> J. Winkler. Development of the Maternal Bond During Pregnancy. - *Cas Lek Cesk* 2000 Vol 139 No 1, p 5, 8; M. S. Cranley. Development of a Tool for the Measurement of Maternal Attachment During Pregnancy. - *Nursing Research* 1981 Vol 30 No 5, p 281, 281.

<sup>40</sup> H. Ragoné. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*. Oxford and Boulder: Westview Press/HarperCollins 1994, pp 75-77. Asendusema ja lapse vahelisest ema-lapse sidemest loe ka: H. A. Tehran *et al.* Emotional experiences in surrogate mothers: A qualitative study. - *Iranian Journal of Reproductive Medicine* 2014 Vol 12 No 7, p 471; M Tieu. Oh Baby Baby: The Problem of Surrogacy. - *Bioethics Research Notes* 2007 Vol 19, p 1; E. Y. Hisano. Gestational Surrogacy Maternity Disputes: Refocusing on the Child. - *Lewis & Clark Law Review* 2011 Vol 15 No 2, pp 517, 517.

<sup>41</sup> V. Jadva *et al.* Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers. - *Human Reproduction* 2003 Vol 18 No 10, p 2196, 2200.

geneetiline isa ning enamikes õiguskordades ei loetagi anonüümse seemnerakudoonori kasutamisel last juriidiliselt seemnerakudoonorist põlvneuks.

Eelnevast lähtub, et asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimine põlvnemise suhetena on problemaatiline, kuna põlvnemisest tulenevate rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normide rakendamine asendusemadusest tulenevatele nõuetele võib Eesti kohtutes praktilistel põhjustel raskendatud olla. Lisaks võimaldavad õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduvad asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid paljudel juhtudel asja lahendada selle riigi kohtutel, mis ei ole asendusemadusest tulenevate nõuete lahendamiseks sobivad, kuna selline kohtualluvus ei pruugi vajalikul määral kaitsta kõigi menetlusosaliste huve ning võib mitmetel juhtudel raskendada poolel kohtumenetluses osalemist. Asendusemadusest tulenevate nõuete põlvnemise nõuetena kvalifitseerimise kahjuks räägib ka asendusemadusest tulenevate suhete olemuslik erinevus põlvnemise suhetest. Analüüsidest kõiki eeltoodud puudusi kogumis, ilmneb, et asendusemadusest tulenevaid suhteid ei tuleks käsitletavate õigusaktide kontekstis põlvnemise asjades rahvusvahelist kohtualluvust kontrollivate sätete alla paigutada.

### **1.1.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel**

Olles kontrollinud asendusemadusest tuleneva nõude rahvusvahelist kohtualluvust, peavad Eesti kohtud (kui neil on õigus asja lahendada) järgmise sammuna määrama asendusemadusest tulenevale rahvusvahelise elemendiga vaidlusele kohalduva õiguse. Käesolevas alapeatükis otsitaksegi vastust küsimusele, kas asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduvat õigust tuleks määrata põlvnemise asjades kohalduva õiguse määramise normide alusel. Kvalifitseerides lapse suhte asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui põlvnemise suhte, peavad Eesti kohtud vaidlusele kohalduva õiguse määrama kas Eesti-Vene (artikkel 29), Eesti-Ukraina (artikkel 28 lõige 1), Eesti-Leedu-Läti (artikkel 28) või Eesti-Poola (artikkel 30 lõige 2) õigusabilepingu või REÕS-i (§ 62) alusel. Põhjused, miks nimetatud põlvnemise vaidlustele kohalduva õiguse määramise normid asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramiseks ei sobi, on järgmised.

Esiteks, ei sobi põlvnemisele kohalduva õiguse määramist reguleerivad normid asendusemadusest tulenevate suhete reguleerimiseks põlvnemise nõuetele kohalduva õiguse

määramise normide rakendamisel tekkivate praktiliste probleemide tõttu. Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes puuduvad normid naise esitavale emaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse määramiseks. Nagu naise esitatava emaduse tuvastamise nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel, on ka sellisele nõudele kohalduva õiguse määramisel Eesti kohtutel kaks võimalust: määrata naise esitavale nõudele kohalduv õigus analoogia korras vastava õigusabilepingu isaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse määramise normide alusel või kohaldada REÕS-i vastavaid norme. Analoogia korras isaduse tuvastamise normide rakendamise kasuks räägib asjaolu, et suure tõenäosusega ei ole õigusabilepingutes sisalduv lünk tahtlik ning ei ole põhjendatud asendusema ja emaks saada sooviva naise erinev kohtlemine isaks saada soovivast mehest või seemnerakudoonorist emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramisel. Sama lapse suhtes esitatava emaduse ja isaduse tuvastamise nõudele eri õigusaktide alusel kohalduva õiguse määramine võib viia olukorrani, kus lapse ema ning isa tuvastatakse eri riikide õiguse alusel, mis võib omakorda viia vastuoluliste tulemusteni, millele võivad järgneda edasised vaidlused näiteks lapse hooldusõiguse üle.

Lisaks, ei ole põlvnemisest tulenevatele suhetele kohaldatav regulatsioon asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks sobilik, kuna Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud võimaldavad vaidlusele kohaldada vaid lapse kodakondsriigi õigust, mis osutub võimatuks juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapsel puudub kodakondsus. Kuna nimetatud õigusabilepingud asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks muid alternatiive ei sisalda, siis peavad Eesti kohtud juhtudel, mil kohalduva õiguse peaks määrama Eesti-Vene, Eesti-Ukraina või Eesti-Leedu-Läti õigusabileping alusel, kuid lapsel puudub kodakondsus, asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse määrama REÕS-i alusel.

Samuti takistab asendusemadusest tulenevate suhete põlvnemise suhtena käsitlemis asjaolu, et määrates asendusema või emaks saada sooviva naise esitavale emaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 30 lõike 2 esimese lause alusel, tekib ringdefiniitsioon, mis välistab nimetatud sätte rakendamise asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel. Nimelt tuleks Eesti-Poola õigusabilepingu viimatinimetatud normi kohaselt kohaldamisele selle riigi õigus, mille kodanik lapse ema lapse sünni hetkel on. Küll aga ei ole lapse ema kodakondsust võimalik kindlaks teha enne, kui on teada, kes on lapse ema, mille tuvastamine ongi emaduse tuvastamise nõude esitamise eesmärk. Järelikult, kvalifitseerides lapse ja asendusema või emaks saada sooviva naise vahelise suhte

kui põlvnemise suhte, on Eesti kohtud sunnitud lähtuma õigusabilepingu artikli 30 lõike 2 teises lauses sätestatud alternatiivist ning kohaldama selle riigi õigust, mille territooriumil leiab aset põlvnemise tuvastamine ehk kas lapse elukoha- või kodakondsusriigi õigust. Nimetatud alternatiivi tuleb kohaldada ka isaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse määramisel Eesti-Poola õigusabilepingu alusel nendel juhtudel, mil isaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse määramise ajahetkel ei ole tuvastatud, kes on asendusemaduse teel sündinud lapse ema.

Teiseks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid suhteid põlvnemise suhtena kvalifitseerida seetõttu, et kohaldatakse asendusemadusest tulenevatele nõuetele õigusabilepingutes sisalduvaid põlvnemise nõuetele kohalduva õiguse määramise norme, võib paljudel juhtudel kohaldamisele tulla asendusemadust keelava riigi õigus, mis ei sobi asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete lahendamiseks järgmisel põhjusel. Reeglina sõlmitakse asendusemaduse aluseks olevad kokkulepped riigis, kus asendusemadus legalne on. Kohaldatakse asendusemadusest tulenevatele emaduse või isaduse nõuetele selle riigi õigust, kus asendusemadus keelatud on, loetakse asendusemaduse teel sündinud lapse vanemateks tõenäoliselt asendusema ja seemnerakudoonor. Kuigi juhtudel, mil enda lapse emana või isana tuvastamist taotlevad mitu isikut, sõltub konkreetsest kaasusest, milline lahendus oleks lapse parimates huvides, siis olukordades, kus enda lapse emana ning isana tuvastamist nõuavad vaid asendusema või emaks saada sooviv naine ning isaks saada sooviv mees või seemnerakudoonor, vastaks lapse parimate huvide põhimõttele reeglina emaduse või isaduse tuvastamise nõude esitanud isiku vanemana tuvastamine, kuigi asendusemadust keelava riigi õiguse kohaldamine seda enamasti ei võimalda. Lisaks sellele, et lapse vanemateks võidakse lugeda isikud, kellest kummalgi pole soovi last kasvatada, võib asendusemadust keelava riigi õiguse kohaldamine, mis loeb lapse vanemateks automaatselt asendusema ja seemnerakudoonori vastupidiselt tuua kaasa olukorra, kus asendusema ja seemnerakudoonori huvid saavad palju suuremat kaitset kui vanemateks saada soovivate isikute huvid juhtudel, mil enda lapse emana ja/või isana tuvastamist nõuab mitu inimest.

Näiteks kohaldavad Kalifornia kohtud vaidlusele välisriigi õigust ainult siis, kui kohtumenetluse osapool seda taotleb ning suudab kohtut veenda, et välisriigi õigus peaks asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohalduma.<sup>42</sup> Ka

---

<sup>42</sup> *Reich v Purcell* (1967) 67 Cal.2d 551, 553; *Hurtado v Superior Court* (1974) 11 Cal.3d 574, 581; *Wong v Tenneco, Inc.* (1985) 39 Cal.3d 126, 144; *Washington Mutual Bank, FA v Superior Court* (2001) 24 Cal.4<sup>th</sup> 906.

Inglismaa ja Walesi kohtud kohaldavad asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele alati Inglismaa ja Walesi õigust.<sup>43</sup> Erialases kirjanduses on Inglismaa ja Walesi õiguse kohaldamise põhjenduseks toodud asjaolu, et tihtipeale on tegemist keerukate kohtuasjadega, mis vajavad võimalikult kiiret otsustust, mistõttu Inglismaa ja Walesi õiguse kohaldamine on enamasti parim lahendus.<sup>44</sup> Kuna asendusemadus on lubatud nii Kalifornias kui ka Ühendkuningriikides, siis kohaldub viimatinimetatute kohtutes lahendatavatele asendusemadusest tulenevatele vaidlustele seega reeglina alati asendusemadust lubava riigi õigus.

Riikidest, millega Eesti on sõlminud õigusabilepingud, on asendusemadus legalne vaid Venemaal<sup>45</sup> ja Ukrainas,<sup>46</sup> mis aga tähendab, et hoolimata sellest, kumma lepingupoole õigus tuleb kohaldamisele Leedu, Läti või Poolaga sõlmitud õigusabilepingutes sisalduva põlvnemise nõudele kohalduva õiguse määramisel, kohaldub paratamatult asendusemadusest tuleneva emaduse või isaduse tuvastamise nõudele selle riigi õigus, mille kohaselt asendusemadus keelatud on. Ka Venemaal ja Ukrainas kehtivad riigisisised kodakondsuse andmise reeglid on üles ehitatud selliselt, et asendusemaduse teel Venemaal või Ukrainas sündinud laps ei saa tõenäoliselt automaatselt Venemaa või Ukraina kodakondsust. Vene riigisisese õiguse kohaselt saab Venemaa territooriumil sündinud laps juhul kui vanemaks saada sooviva(te)l isiku(te)l on välisriigi kodakondsus või nad on kodakondsuseta, Vene kodakondsuse vaid siis, kui vanemaks saada sooviva(te) isiku(te) alaline elukoht on Venemaal ning lapsel ei ole võimalik saada vanemaks saada sooviva(te) isiku(te) kodakondsusriigi kodakondsust.<sup>47</sup> Ka Ukraina kodakondsusreeglid sätestavad, et asendusemaduse teel sündinud laps saab Ukraina kodakondsuse vaid juhul, kui tal ei ole õigust vanemaks saada sooviva(te) isiku(te) kodakondsusriigi kodakondsusele ning vanemaks saada sooviv(ad) isik(ud) elavad alaliselt Ukrainas õiguslikul alusel.<sup>48</sup> Eeltoodu tähendab, et lapse sündimine Venemaal või Ukrainas ei

---

<sup>43</sup> *J v C* [1970] AC 668; loe asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramisest lisaks: M. Harding. *Conflict of Laws Fifth Edition*. Oxfordshire: Routledge 2014, pp 645-647.

<sup>44</sup> A. Briggs. *The Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press 2013, p 360.

<sup>45</sup> Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (утв. ВС РФ 22.07.1993 N 5487-1) (ред. от 07.12.2011) Раздел VII Статья 35.

<sup>46</sup> Сімейний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 21-22, ст.135) Розділ III Глава 12 Стаття 123.

<sup>47</sup> Федеральный закон "О гражданстве Российской Федерации", N 62-ФЗ от 31.05.2002 Глава II Статья 12. – Arvutivõrgus: <http://www.zakonrf.info/zakon-o-grazhdanstve/12/> (01.05.2016).

<sup>48</sup> Закон України „Про громадянство України“, закон від 18.01.2001 № 2235-III Розділ II Стаття 7. – Arvutivõrgus: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2235-14/> (01.05.2016).

kindlusta seda, et kohaldamisele tuleb asendusemadust legaliseeriva riigi õigus.

Kolmandaks, ei tuleks põlvnemise vaidlustele kohalduva õiguse määramise normide alusel asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduvat õigust määrata, kuna õiguskirjanduses väidetu kohaselt on REÕS-i §-s 62 lõikes 1 sisalduvat lapse sünniaegset elukohariiki võimalik lisaks lapse sünniriigile võimalik tõlgendada ka kui lapse ühe vanema (reeglina isa) elukohariiki lapse sündimise ajal,<sup>49</sup> kuid viimatinimetatud tõlgendus võib viia selleni, et vaidlusele kohaldatakse selle riigi õigust, mis ei ole sobilik asendusemadusest tulenevate nõuete reguleerimiseks järgmistel põhjustel. Tõlgendades lapse sünniaegset elukohariiki kui lapse isa elukohariiki lapse sündimise ajal, oleks REÕS § 62 lõike 1 alusel võimalik määrata vaid emaduse nõudele kohalduvat õigust juhtudel, mil lapse isa pole veel tuvastatud. Samuti ei ole asendusemadusest tulenevate emaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramisel põhjendatud kohalduva õiguse tuletamine ühe vanema elukohariigist. Teoreetiliselt oleks seega lapse isal (kui isaduse üle vaidlust ei ole) võimalik teadlikult lapse sünni ajaks kolida elama riiki, mille õiguskord loeks lapse emaks selle isiku, kes lapse isale kõige meelepärasem oleks. Samuti, juhtudel, mil lapse isana on tuvastatud isaks saada sooviv mees, võib tema elukohariigi õiguse kohaldamine asendusemadusest tulenevale emaduse tuvastamisele nõudele kohalduva õiguse määramisel viia selle riigi õiguse kohaldamiseni, mille kohaselt asendusemadus keelatud on, kuna enamasti tuleneb rahvusvahelise elemendi olemasolu asendusemadusest tulenevates vaidlustes sellest, et vanemaks saada soovivate isikute elukohariigis ei ole asendusemadus legaalne, mistõttu sõlmitakse asendusemaduse aluseks olevad kokkulepped välismaal, kus sünnib ka laps. Eeltoodust tulenevalt peaksid Eesti kohtud tõlgendama lapse sünniaegset elukohariiki kui lapse sünniriiki, kuna asendusemadusest tulenevale põlvnemise nõudele lapse sünniriigi õiguse kohaldamine kindlustab suure tõenäosusega selle, et kohaldamisele tuleb just selle asendusemadust legaliseeriva riigi õigus, millega asendusemaduse osapooled on arvestanud. Üldjuhtudel on asendusemaduse osapooled lapse sünniriigi õigusega tuttavad, kuna nad on eeldatavasti juba enne asendusemaduse kokkulepete sõlmimist nimetatud õiguskorraga tutvunud, kusjuures asendusemadusest keelavast riigist pärit vanemaks saada soovivad isikud teevad valiku konkreetse riigi kasuks just tulenevalt selles kehtivast asendusemaduse õiguslikust regulatsioonist. Nad on teadlikud sellest, millised on nende õigused ja kohustused, samuti, milliseid nõudeid saavad nad üksteise vastu esitada. Mõne muu riigi õiguse kohaldamine võib viia selleni, et kohalduv õigus, mida pooled ei tunne ning mille kohaldamise tagajärgi ei osanud nad asendusemaduse kokkulepete sõlmimisel ette näha.

---

<sup>49</sup> I. Nurmela jt (viide 18), lk 206.

Neljandaks, ei tuleks põlvnemise suhteid reguleerivaid kohalduva õiguse määramise norme asendusemadusest tulenevatele kohalduva õiguse määramisel kohaldada, kuna REÕS-s § 62 lõige 2<sup>50</sup> ei ole sobilik asendusemadusest tulenevatele kohalduva õiguse määramiseks, sest nimetatud sätte kohaldamine võib teoreetiliselt viia olukorrani, kus asendusemaduse sellel osapoolel, kes esitab enda suhtes emaduse või isaduse tuvastamise nõude, on võimalik saavutada enda huvidele vastav lahendus, kolides elama riiki, mille õiguskorra kohaldamine viiks tema soovitud tulemuseni. Selline lahendus oleks selgelt ebaõiglane teiste asendusemaduse osapoolte suhtes, jättes nende huvid piisava kaitseta. Lisaks, tuvastades emaks saada sooviva naise emadust või isaks saada sooviva mehe isadust, võib suure tõenäosusega kohaldamisele tulla asendustemadust keelava riigi õigus, mis loeb lapse vanemateks automaatselt asendusema (kui lapse sünnitaja) ja seemnerakudonori. Selline lahendus ei pruugi tulenevalt konkreetsest kaasusest vastata lapse parimatele huvidele (kui asendusema ja seemnerakudonor ei ole huvitatud vanemlike õiguste teostamisest) ega kaitsta piisaval määral kõigi osapoolte huve (asendusema ja seemnerakudonori huvid saavad suuremat kaitset).

Viimaseks, asendusemadusest tulenevate õigussuhete olemusega ei sobi kokku REÕS §-s 62 lõikes 3 sisalduv lapse esitatavale põlvnemise vaidlustamise nõudele kohalduva õiguse määramise regulatsioon, kuna teoreetiliselt võimaldaks nimetatud regulatsioon (täiskasvanud) lapsel ise otsustada, keda ta soovib oma juriidiliste vanematena näha, kolides elama riiki, mille õiguse kohaldamine viiks lapse soovitud tulemuseni, kuna REÕS § 62 lõike 3 regulatsiooni kohaselt tuleks kohaldamisele põlvnemise vaidlustamise aegne lapse elukohariigi õigus. Oluline on siinkohal rõhutada, et asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramise normide eesmärgiks ei ole vanemaid „valida“.

Kuna asendusemadus on eri riikides reguleeritud väga erinevalt, siis sellest, millise riigi õigust nõudele kohaldatakse, võib sõltuda see, keda loetakse asendusemaduse teel sündinud lapse

---

<sup>50</sup> REÕS § 62 lõike 2 esimest lauset lugedes võib esmapilgil jääda mulje nagu sisaldaks see ringdefinitsiooni, kuna lubab vanema suhtes põlvnemist tuvastada ja vaidlustada ka vanema elukohariigi õiguse järgi. Siiski see nii ei ole, kuna REÕS-i eelnõu § 65 lõike 2 esimene lause (Rahvusvahelise eraõiguse seaduse eelnõu SE 120 I seletuskiri, 17.05.1999, lk 19) sätestab, et kummagi vanema suhtes võib põlvnemist tuvastada ja vaidlustada ka selle vanema kodakondsuse riigi õiguse järgi. Kuigi vastavat eelnõu sätet enne REÕS-i jõustumist muudeti, tuleks hetkel kehtivat sätet tõlgendada lähtuvalt seadusandja eesmärgist, mis tähendab, kohus võib kohaldada selle isiku elukohariigi õigust, kellest põlvnemist tuvastatakse või vaidlustatakse.

vanemaks. Eeltoodust järeldub, et asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramine põlvnemise nõudele kohalduva õiguse määramise sätete alusel on küllaltki problemaatiline nii kohalduva õiguse määramisel tekkivate praktiliste probleemide tõttu kui ka seetõttu, et õigusabilepingute ning REÕS-i normide kohaselt tuleks vaidlusele kohaldada selle riigi õigust, mille kohaldamine ei pruugi kaitsta vajalikul määral kõigi asendusemaduse osapoolte, sealhulgas lapse, huve, mistõttu ei ole põlvnemise nõudele kohalduva õiguse määramise normide näol tegemist sobiva regulatsiooniga asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Seega leiab järgnevates alapeatükkides analüüsimist, kas asendusemadusest tulenevaid emaduse või isaduse tuvastamise nõudeid sobiks kvalifitseerida hoopis lapsendamise või muude lapse ja vanema vaheliste perekonnaõiguslike nõuetena, mille kohta käivad normid arvestaksid rohkem asendusemaduse olemust ja eripärasid.

## **1.2. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui lapsendamise suhe**

### **1.2.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel**

Nagu eelnevas alapeatükis selgus, ei sobi põlvnemise jaoks mõeldud kvalifitseerimiskategooria asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete kvalifitseerimiseks, mistõttu käsitletakse järgnevalt lapse suhet asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ning seemnerakudoonoriga kui lapsendamise suhet. Kvalifitseerides asendusemadusest tulenevaid suhted kui lapsendamise suhted, peab Eesti kohus asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kontrollima Eesti-Vene (artikkel 34 lõiked 1 ja 2), Eesti-Ukraina (artikkel 29 lõige 5), Eesti-Poola (artikkel 32 lõige 5) või Eesti-Leedu-Läti (artikkel 33 lõiked 1 ja 2) õigusabilepingu või TsMS-i (§ 113 lõiked 1 ja 3) alusel. Euroopa Liit ei reguleeri lapsendamise (nagu ka põlvnemise) vaidlustes rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimist. Brüsseli II *bis* määruse artikkel 1 lõike 3 punkt b kohaselt ei kohaldata seda määrust lapsendamisotsuste, lapsendamisega seotud ettevalmistavate meetmete või lapsendamise kehtetuks tunnistamise või tühistamise suhtes ning ka Haagi Eraõiguse Konverentsi Alaline Büroo on asunud seisukohale, et asendusemadusest tulenevatele suhetele ei saa kohaldada ka Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni, kuna nimetatud konventsioon pole sobiv asendusemadusest tulenevate suhete

reguleerimiseks.<sup>51</sup> Kuigi lapsendamisest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks on Eesti rahvusvahelises eraõiguses eraldi regulatsioon olemas, ei ole eelpool nimetatud normid sobivad asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks järgmistel põhjustel.

Esiteks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid emaduse ja isaduse tuvastamise nõudeid kvalifitseerida lapsendamise nõuetena, kuna Eesti-Ukraina ning Eesti-Poola õigusabilepingutest puudub lapsendamisest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon juhtudel, mil vanemaks saada soovivad isikud on abikaasad (nagu enamikes asendusemadusest tulenevates vaidlustes). Seega on Eesti kohtud juhtudel, mil vanemaks saada soovivad isikud on eri lepingupoolte kodanikud (Eesti-Ukraina õigusabilepingu puhul)<sup>52</sup> või elavad eri lepingupoolte territooriumil (Eesti-Ukraina ja Eesti-Poola õigusabilepingu puhul)<sup>53</sup>, praktilise probleemi ees, kuidas kontrollida sellise vaidluse rahvusvahelist kohtualluvust. Üheks võimaluseks oleks asendusemadusest tulenevate emaduse või isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel lähtuda sellest vanemaks saada soovivast isikust, kes nõude esitab - emaks saada sooviva naise emaduse

---

<sup>51</sup> Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (viide 7), pp 21-22. Alaline Büroo on oma seisukoha illustreerimiseks toonud järgmised näited. Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 4 lõike c punkt 4 sätestab, et lapse ema peab andma nõusoleku (kui ema nõusolek on vajalik) lapsendamiseks pärast lapse sündi. Alaline Büroo on märkinud, et asendusemaduse puhul annab asendusema paljudel juhtudel oma nõusoleku vanemlikest õigustest loobumiseks juba enne lapse eostamist. Lisaks nõuab Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 4 lõike c punkt 3, et nõusolekut ei oleks antud tasu või muu hüvitise eest. Taoline nõue on Alalise Büroo hinnangul ilmselgelt vastuolus tasulise asendusemaduse olemusega. Samuti ei ole Alalise Büroo arvates asendusemaduse puhul võimalik rakendada Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artiklis 4 lõikes b sisalduvat "subsidiiaarsusprintsipi", mis nõuab lapse päritoluriiki paigutamise võimaluste igakülgset kaalumist. Samuti lubab Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 17 anda lapse tulevastele kasuvanematele üle vaid siis, kui on täidetud kindlad protseduurireeglid ning mõlema (nii vastuvõtva kui ka päritolu)riigi keskasutused on lapsendamisega nõus. Alaline Büroo on siinkohal märkinud, et asendusemaduse puhul antakse laps reeglina vanemateks saada soovivatele isikutele üle ilma eelnevate ettevaatusabinõudeta. Lisaks eeltoodule, sätestab Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 29, et lapse tulevastel kasuvanematel ei tohi olla kokkupuuteid lapse bioloogiliste vanematega teatud nõuete täitmiseni (v.a kui tegemist on perekonnasisese lapsendamisega). Asendusemaduse puhul aga kontakteeruvad osalised üksteisega, nagu Alaline Büroo on välja toonud, juba asendusemaduse kokkulepete sõlmimisel.

<sup>52</sup> Vaata Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 29 lõige 5.

<sup>53</sup> Vaata Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 29 lõige 5 ja Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 32 lõige 5 teine lause.

tuvastamise nõude puhul seega emaks saada soovivast naisest (asja lahendaksid emaks saada sooviva naise kodakondsus- ja/või elukohariigi kohtud) ning isaks saada sooviva mehe isaduse tuvastamise nõude puhul isaks saada soovivast mehest (asja lahendaksid isaks saada sooviva mehe kodakondsus- ja/või elukohariigi kohtud). Teise võimalusena võivad Eesti kohtud kaaluda analoogia korras Eesti-Vene või Eesti-Ukraina õigusabilepingute vastavate sätete kohaldamist.

Teiseks, ei sobi lapsendamisest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid asendusemadusest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks põhjusel, et õigusabilepingute ja TsMS-i lapsendamisest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei ole kooskõlas tugevaima seotuse põhimõttega. Asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistik peaks lähtuma tugevaima seotuse põhimõttest eelkõige seetõttu, et reeglina tagab asendusemadusest tulenevate vaidluste lahendamine asendusemadusega kõige tugevamalt seotud riigi kohtus selle, et kõigil asendusemaduse osapooltel on võimalik kohtumenetlusest osa võtta ning kindlustab, et kohaldamisele tuleb selle riigi õigus, mille kohaldamisega on kõik asendusemaduse pooled arvestanud (sellest, milline kohus asja lahendab ka see, milline õigus vaidlusele kohaldub ning reeglina on asendusema ja seemnerakudoonor pärit riigist, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud, kusjuures tulenevalt vanemaks saada soovivate isikute otsusest asendusema abil vanemaks saamiseks just viimatinimetatud riiki reisida, võib eeldada, et selle riigi kohus kohaldaks enda ehk asendusemadust legaliseerivaid norme, millega kõik asendusemaduse osapooled on osanud arvestada ja mille kohaldamist ette näha). Näiteks võimaldab TsMS-s sisalduvate lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon Eesti kohtutel asendusemadusest tulenevat emaduse või isaduse tuvastamise nõudeid lahendada juhtudel, mil vanemaks saada sooviva isiku abikaasa elukohariigiks on Eesti, olenemata sellest, et kõik muud vaidluse asjaolud võivad olla seotud mõne teise riigiga.

Kolmandaks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid suhteid kvalifitseerida lapsendamise suhtena, kuna õigusabilepingutes ja TsMS-is sisalduv lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistik ei lähtu läheduskriteeriumist. Nimelt lähtub lapsendamise asjade rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ennekõike vanemaks saada soovivast isikust, kuna õigusabilepingute kohaselt võivad lapsendamise asju lahendada enamasti vanemaks saada sooviva isiku kodakondsus- või elukohariigi kohtud. Selline lähenemine seab ühelt poolt esikohale vanemaks saada sooviva isiku huvid, olles

vastuolus läheduskriteeriumiga, mille kohaselt tagab lapse huvide efektiivseima kaitse olukord, kus enamikke lapsega seotud vaidlusi lahendab lapse elukohariigi kohus kui lapsele lähim kohus. Samas võib asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimine lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete alusel viia olukorrani, kus vanemaks saada soovivate isikute kodakondsus- või elukohariigi (kus tõenäoliselt on asendusemadus keelatud) kohus kohaldab oma kohalduva õiguse määramise norme, mis viivad tõenäoliselt selle riigi õiguse kohaldamiseni, mille kohaselt asendusemadus on keelatud (selline lahendus ei ole aga enamikel juhtudel ühegi asendusemaduse osapoole parimates huvides). Arvestades lapsendamise olemust, on lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon mõistetav. Lapsendamise puhul lapse bioloogilised vanemad ei saa, ei soovi või ei suuda nõuetekohaselt oma vanemlikke kohustusi täita ning lapse parimates huvides on leida isikud, kes on soovivad ning on suutelised pakkuma lapsele vanemlikku hoolitsust, mistõttu on soovitud lapsendamist lapsendajale võimalikult mugavaks teha. Küll aga ei ole selline lähenemine kooskõlas asendusemaduse olemusega, kuna nii lapse, asendusema kui ka seemnerakudoonori positsioonid on erinevad lapse ning tema bioloogiliste vanemate positsioonist lapsendamise kontekstis.

Viimaseks, ei soosi asendusemadusest tulenevate suhete lapsendamise suhetena kvalifitseerimist ka asendusemadusest tulenevate suhete olemuslik erinevine lapsendamise suhetest, kuna üksteisest olemuslikult erinevaid õigussuhteid ei tuleks paigutada samasse kvalifitseerimiskategooriasse. Õiguskirjanduses on märgitud, et asendusemaduse ja lapsendamise fundamentaalseks erinevuseks on see, et lapsendamine on eelkõige altruistlik tegu, mis teenib peamiselt vanemlikku hoolitsust vajavate laste huviseid, kuivõrd asendusemadus teenib pigem lastetu paari erahuvisid.<sup>54</sup> Sellele seisukohale on kirjanduses ka vastu vaieldud ning selgitatud, et selline eristus on viimastel aastakümnetel muutunud häguseks, kuivõrd tänapäeval ei ole lapsendamise ainuesmärgiks hüljatud või orvuks jäänud lapsele pere leidmine,<sup>55</sup> vaid lapsendamine, nagu ka asendusemadus, on hakanud teenima peamiselt lastetute paaride huve.<sup>56</sup> Eeltoodust tulenevalt saaks esmapilgul seega järeldada, et

---

<sup>54</sup> R. F. Storrow. Marginalising Adoption Through the Regulation of Assisted Reproduction. - Capital University Law Review 2006 Vol 35 No 2, p 479, 483; O. van der Akker. Psychosocial aspects of Surrogate Motherhood. - Human Reproduction Update 2007 Vol 13 No 1, p 53, 59.

<sup>55</sup> K. Trimmings and P. Beaumont (viide 36), p 537.

<sup>56</sup> K. L. J. S. Bergquist. International Asian Adoption: In the Best Interest of the Child? - Texas Wesleyan Law Review 2004 Vol 10 No 2, p 343, 346. Loe antud teemal lisaks: E. Bartholet. Beyond Biology: The Politics of

kuna nii asendusemadus kui ka lapsendamise teenivad peamiselt lastetute paaride huve, siis peaksid lapsendamise asjades kohaldatavad Eesti rahvusvahelise eraõiguse normid sobima asendusemadusest tulenevate õigussuhete reguleerimiseks.

Küll aga tuleb meeles pidada, et kuigi vanemateks saada soovivate isikute ja lapsendajate positsioonid võivad eeltoodust tulenevalt sarnased olla, ei ole seda kindlasti asendusema ja seemnerakudoonori positsioon võrreldes lapse bioloogilise ema ja isa positsiooniga lapsendamise korral. Kuigi nii asendusemaduse kui ka lapsendamise puhul loobuvad lapse sünnitanud naine ning lapse bioloogiline isa vanemlikest õigustest ning annavad lapse kellelegi teisele kasvatada, on asendusemaduse puhul reeglina erinev ajahetk, mil asendusema ning seemnerakudoonor vastavad otsused teevad ning teatud juhtudel ka vabadus oma otsuses laps pärast sünnitust ära anda. Asendusemaduse puhul sõlmitakse vanemlikest õigustest loobumise kokkulepped reeglina enne lapse eostamist, mis võib jätta asendusema ning seemnerakudoonori nõrgemas positsiooni kui lapsendamise puhul lapse bioloogilise ema ja isa. Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 4 lõike c punkt 1 kohaselt on lubatud lapsendada ainult siis, kui päritoluriigi pädev asutus on kindlaks teinud, et isikud ja asutused, kelle nõusolekut on lapsendamiseks vaja, on omavahel vajaduse korral nõu pidanud ning et nad on teadlikud nende nõusoleku tagajärgedest, näiteks et lapsendamine katkestab lapse ja tema lihase perekonna sidemed. Kirjanduses on ühe asendusemadusest tõusetuva probleemina esile toodud asendusemade ekspluateerimist (eriti Indias), kuna naised sunnitakse nõustuma asendusemaduse kokkulepetega, selgitamata neile asendusemaduse olemust, tingimusi ja tagajärgi, kusjuures raporteeritud on juhtumitest, mil vaid emakeelt kõnelevaid indialannasid on sunnitud alla kirjutama ingliskeelsetele asendusemaduslepingutele.<sup>57</sup>

---

Adoption & Reproduction. - Duke Journal of Gender Law&Policy 1995 Vol 2 No 5, p 5; N. Cahn. Old Lessons for a New World: Applying Adoption Research and Experience to ART. - Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers 2011 Vol 24, p 1; S. F. Appleton. Adoption in the Age of Reproductive Technology. - The University of Chicago Legal Forum 2004, p 393; European Centre for Law and Justice. Surrogate Motherhood: A Violation of Human Rights. Report presented at the Council of Europe, Strasbourg, on 26 April 2012; C. Limon. Surrogacy and parenthood: An overview of the research on the relationship between surrogacy and adoption. - Australian Journal of Adoption 2013 Vol 7 No 3, p 1.

<sup>57</sup> J. Chamie, B. Mirkin. Surrogacy: Human Right or Reproductive Exploitation? - YaleGlobal, 28 October 2014. - Arvutiõrgus: <http://yaleglobal.yale.edu/content/surrogacy-human-right-or-reproductive-exploitation> (01.05.2016); S. Wilkinson. The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy. - Bioethics 2003 Vol 17 No 2, pp 169-187; K. S. Rotabi, N. F. Bromfield. The Decline in Intercountry Adoptions and New Practices of Global Surrogacy: Global Exploitation and Human Rights Concerns. - Affilia Journal of Women and Social Work 2012 Vol 27 No 2, pp 129-141; K. Schanbacher. India's Gestational Surrogacy Market: An Exploitation

Lisaks sätestab Haagi 1993 lapsendamise konventsiooni artikkel 4 lõike c punkt 4, et juhtudel, mil ema nõusolek on vajalik, peab ta olema andnud nõusoleku lapsendamiseks pärast lapse sündi. Asendusema ning seemnerakudoonor on aga teatud juhtudel lausa õiguslikult kohustatud lapse koheselt pärast sünnitust ära andma, kuna osades õiguskordades on võimalik nõuda asendusemaduslepingu täitmist. Näitena võib tuua Kalifornia, kus on tulenevalt Kalifornia kohtupraktikast võimalik nõuda gestatsioonilise (mitte traditsioonilise) asendusemaduse lepingu täitmist.<sup>58</sup> Unustada ei saa siinkohal ka seda, et lapsendamine on võimalik ka juhtudel, mil bioloogiliselt emalt ja/või isalt on vanemlikud õigused ära võetud, millistel juhtudel lapse bioloogilised vanemate huvid ei väärigi õiguslikku kaitset sama suures ulatuses kui seda vääriks asendusema ja seemnerakudoonori huvid (viimatinimetatu huvid muidugi vaid juhtudel, mil tegemist ei ole anonüümse seemnerakudoonoriga). Eeltoodust tuleneb üsna selgelt asendusema ning seemnerakudoonori nõrgem positsioon võrreldes lapse bioloogilise ema ja isaga lapsendamise korral.<sup>59</sup>

Eeltoodust tuleneb, et asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimine lapsendamise suhetena asendusemadusest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel on problemaatiline, kuna õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv lapsendamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei lähtu enamikel juhtudel läheduskriteeriumist ega tugevaima seotuse põhimõttest. See tähendab, et paljudel juhtudel võivad vaidluse lahendamiseks olla pädevad kohtud, millele vaidluse lahendamise õiguse

---

of Poor, Uneducated Women. - Hastings Women`s Law Journal 2014 Vol 25 No 2, pp 201-220.

<sup>58</sup> Vaata: *Johnson v Calvert* (1993) Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776. Loe lisaks: M. Strasser. Traditional Surrogacy Contracts, Partial Enforcement, and the Challenge for Family Law. – Journal of Health Care Law and Policy 2015 Vol 18 No 1, pp 85, 93-94; C. P. Kindregan and M. McBrien. Assisted Reproductive Technology. A Lawyer`s Guide to Emerging Law and Science. Chicago: ABA Publishing 2005, p 307.

<sup>59</sup> Kaasuseid, milles asendusema on pärast sünnitust meelt muutnud ning soovinud last endale jätta, on üle maailma mitmeid. Vaata näiteks: *Re T (a child) (surrogacy: residence)* [2011] EWHC 33; *Adoption of Matthew B*, 232 Cal App 3d 1239, 284 Cal Rptr 18 (1991); *Matter of Baby M* (1998, NJ) 537 A2d 1227; *Re Evelyn* [1998] FamCA 55. Loe nimetatud kaasustest lisaks: L. Behm. Legal, Moral and International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States. - DePaul Journal of Health Care Law 1999 Vol 2 No 3, pp 557, 568-575; A. Wolfson Latourette. The Surrogate Mother Contract: In the Best Interests of Society? - University of Richmond Law Review 1990 Vol 25 No 1, p 53; C. Spivack. The Law of Surrogate Motherhood in the United States. - American Journal of Comparative Law 2010 Vol 58, pp 97, 98-101; M. Otlowski. *Re Evelyn* – Reflections on Australia`s First Litigated Surrogacy Case. Medical Law Review 1999 Vol 7 No 1, p 38; A. Stuhmcke. *Re Evelyn: Surrogacy, Custody and the Family Court*. - Australian Journal of Family Law 1998 Vol 12 No 3, p 297.

andmine ei kaitse piisaval määral kõigi menetlusosaliste (sealhulgas lapse) huve ning võib raskendada poolel (eelkõige asendusemal ja seemnerakudoonoril) kohtumenetluses osalemist ning seega ka oma õiguste efektiivset kaitsmist. Samuti ei toeta asendusemadusest tulenevate suhete lapsendamise suhetena kvalifitseerimist lapsendamise suhete olemuslik erinemine asendusemadusest tulenevatest suhetest. Kõiki eeltoodud puudusi kogumis hinnates järeldeb, et lapsendamisest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid ei sobi asendusemadusest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks.

### **1.2.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel**

Olles kontrollinud õigust asja lahendada, määravad Eesti kohtud järgmise sammuna pärast asendusemadusest tulenevate suhete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimist asendusemadusest tulenevatele vaidlustele kohalduva õiguse. Käesolevas alapeatükis analüüsitaksegi asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramist lapsendamisest tulenevatele vaidlustele kohalduva õiguse määramise normide alusel. Kvalifitseerides lapse ja asendusema, emaks saada sooviva naise, isaks saada sooviva mehe ja seemnerakudoonori vahelised suhted lapsendamise suhtena, määravad Eesti kohtud asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohalduva õiguse Eesti-Vene (artikkel 33), Eesti-Ukraina (artikkel 29), Eesti-Poola (artikkel 32) või Eesti-Leedu-Läti (artikkel 32) õigusabilepingu või REÕS-i (§§-d 57 ja 63) alusel. Siiski esinevad lapsendamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide rakendamisel asendusemadusest tulenevatele nõuetele järgmised puudused.

Esiteks, ei ole lapsendamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normid sobivad asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks, kuna õigusabilepingutes ja REÕS-is sisalduvate kohalduva õiguse normide kohaselt kohaldaksid Eesti kohtud asendusemadusest tulenevatele vaidlustele reeglina vanemaks saada sooviva isiku kodakondus- või elukohariigi õigus (milleks on reeglina asendusemadust keelava riigi õigus). Asendusemadust keelava riigi õigust ei tuleks asendusemadusest tulenevatele vaidlustele kohaldada eelkõige seetõttu, et nimetatud riigi õiguse kohaldamine viiks tõenäoliselt lahenduseni, kus lapse vanematena tuvastatakse automaatselt asendusema ja seemnerakudoonor, olenemata sellest, et viimatinimetatud ei ole enamikel juhtudel huvitatud vanemlike õiguste teostamisest. Lisaks sellele, et vanemlike õiguste teostamisest mitte huvitatud isikute tuvastamine asendusemaduse teel sündinud lapse vanematena ei vasta ühelgi

viisil lapse parimatele huvidele, võib selline lahendus kaasa tuua ka olukorra, kus asendusema ja seemnerakudoonori huvid (juhtudel, mil nad soovivad oma vanemlikke õigusi teostada) saavad palju suuremat kaitset kui vanemateks saada soovivate isikute huvid.

Kuna asendusemaduse kõik vormid on keelatud nii Eestis, Poolas, Leedus kui ka Lätis, siis reisivad nimetatud riikides elavad asendusema abil vanemaks saada soovivad isikud välismaale, et sõlmida vastavad kokkulepped riigis, kus asendusemadus on legaalne. Nimetatud õigusabilepingute alusel asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse nõuetele kohalduva õiguse määramine viib kõigil juhtudel seega olukorrani, kus kohaldamisele tuleb asendusemadust keelava riigi õigus. Kuigi asendusemadus on legaalne Venemaal ja Ukrainas, võib ka Eesti-Vene ja Eesti-Ukraina õigusabilepingute kohaldamine viia suure tõenäosusega eelkirjeldatud tulemuseni, samuti REÕS-i § 63 lõike 1 alusel asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramine, kuna reeglina tuleneb Eesti kohtutesse jõudvates asendusemaduse vaidlustes rahvusvaheline element sellest, et Eestist pärit vanemaks saada soovivad isikud reisivad asendusema abil lapse saamiseks välisriiki, kus asendusemadus lubatud on.

Teiseks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid nõudeid lapsendamise nõuetena kvalifitseerida põhjusel, et õigusabilepingutes sisalduv abielupaaride kohta käiva eriregulatsioon (millega nähakse ette, et kui vanemateks saada sooviv (abielu)paar<sup>60</sup> on eri lepingupoolte kodanikud, siis peab järgima mõlema lepingupoolte seadusanduses ettenähtud nõudeid),<sup>61</sup> ei ole sobilik asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Arvestades emaduse ja isaduse tuvastamise nõude olemust, ei ole põhjendatud ega mõistlik sellisele nõudele korraga kahe õiguskorra kohaldamine, seda enam, et mõlemad kohalduvad õiguskorrad võivad jõuda vastupidistele järeldustele. Järelikult peaksid Eesti

---

<sup>60</sup> Eesti-Poola õigusabileping on õigusabilepingutest ainuke, mis kasutab paarile viidates terminit "vanemad", teised õigusabilepingud ning ka REÕS kasutavad terminit "abikaasad". Siiski tuleks nii Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ja Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes kui ka REÕS-s "abikaasade" all mõista ka abielus mitteolevat paari, kuna paljude riikide õigus lapsendada ka abielus mitteoleval paaril, mistõttu ei ole põhjendatud abielupaaride ning abielus mitte olevate paaride eristamine lapsendamisele kohalduva õiguse määramisel. Sellist lähenemist toetab asjaolu, et vastasel juhul puuduks Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ja Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes ning REÕS-s regulatsioon olukordadeks, mil vanemaiks soovivad saada vabaabielus olevad paarid ning lahendamist vajaks küsimus, kumma vanemaks saada sooviva isiku kodakondsusest või elukohast tuleb kohalduva õiguse määramisel lähtuda.

<sup>61</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 33 lõige 2, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 29 lõige 3, Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 32 lõige 3 ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 32 lõige 2.

kohtud sellistel juhtudel lahendama küsimuse sellest, kummas vanemaks soovivast isikust tuleks kohalduva õiguse määramisel lähtuda.

Lahendus, mille kohaselt võiks kohtualluvuse kontrollimisel lähtuda sellest vanemaks soovivast isikust, kes nõude esitab, ei ole sobilik kohalduva õiguse määramisel, kuna vaidlusele kohalduv õigus ei tohi sõltuda sellest, milline asendusemaduse osapool emaduse või isaduse tuvastamise nõude (esimesena) esitab, sest selline lahendus võib kaasa tuua olukorra, kus lapse ema ning isa tuvastatakse eri õiguskordade alusel, mis võib omakorda viia selleni, et lapse emaks ja isaks loetakse asendusema ja isaks saada sooviv mees või emaks saada sooviv naine ja seemnerakudoonor. Jättes kõrvale asjaolu, et enamikel juhtudel ei ole ei asendusema ega ka seemnerakudoonor huvitatud oma vanemliku õiguste teostamisest, võib see siiski mõningatel juhtudel (mil asendusema või seemnerakudoonor on huvitatud oma vanemlike õiguste teostamisest) viia ka olukorrani, kus pooled peavad hakkama vaidlema omavahel lapse hooldusõiguse üle. Kindlasti ei ole kirjeldatud olukord seega ka lapse parimates huvides. Lisaks, juhtudel, mil enda asendusemaduse teel sündinud lapse emana tuvastamist soovivad nii asendusema kui ka vanemaks saada sooviv naine või isana tuvastamist nii isaks saada sooviv mees kui ka seemnerakudoonor, viiks eelkirjeldatud lahendus olukorrani, kus emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohaldatav õigus sõltuks sellest, kes on esimesena jõudnud nõude esitada.

Kolmandaks, takistavad lapsendamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide kohaldamist asendusemadusest tulenevatele vaidlustele õigusabilepingutes ning REÕS-s<sup>62</sup> sisalduvad puudutatud isikute nõusolekule ja lapsendamise tingimustele kohalduva õiguse määramist käsitlevad sätted. Lapsendamise asjades on nimetatud sätete kohaldamine igati mõistetav ja arusaadav, kuna õigusabilepingutes ja REÕS-is vastava regulatsiooni kehtestamise eesmärgiks on tõenäoliselt olnud laste igakülgne kaitse, küll aga ei lähe selline regulatsioon kooskõlla emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete olemusega. Isiku lapse emana või isana tuvastamist ei saa seada sõltuvusse kellegi nõusolekust, samuti ei saa isiku lapsevanemana tuvastamisele seada piiranguid ega tingimusi. Asendusemaduse puhul on aga tegemist omanäolise kombinatsiooniga põlvnemisest ja lapsendamisest. Teatud nõusolekute olemasolu on asendusemaduse läbiviimise eeltingimuseks, näiteks asendusema ja seemnerakudoonori oma, kuna asendusemaduse läbiviimine ei ole ilma nimetatud

---

<sup>62</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 33 lõige 3, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 29 lõige 2, Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 32 lõige 2 ja Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 32 lõige 3, samuti REÕS-i § 63 lõiked 2 ja 3.

nõusolekuteta võimalik. Osades asendusemadust legaliseerivates õiguskordades on asendusemaduse läbiviimiseks vajalik ka pädeva riikliku organi nõusolek, samuti peavad asendusemaduse osapooled vastama teatud tingimustele (näiteks asendusema vanus peab jääma kindlasse vahemikku ning ta peab olema varem sünnitanud; vanemaks saada soovivatest isikutest vähemalt üks peab olema lapsega geneetiliselt seotud jne). Näiteks näeb Inglise õigus ette, et vanemaks saada soovivad isikud saavutavad oma juriidilise staatuse lapse bioloogiliste vanematena alles pärast taotluse esitamist (mis ei või toimuda enne lapse sündi) tsiviilkohtule,<sup>63</sup> kusjuures vastava korralduse tegemiseks kohtu poolt peab vähemalt üks vanemateks saada soovivatest isikutest olema asendusemaduse teel sündinud lapse geneetiline vanem.<sup>64</sup> Eeltoodust tulenevalt ei ole seega asendusemaduse osapoole esitatava emaduse või isaduse tuvastamise nõude lahendamisel teatud nõusolekute olemasolu ning tingimuste täitmise kontrollimine vastuolus asendusemaduse olemusega, küll aga ei ole asendusemaduse kontekstis mõistlik see, millise riigi seadusandluse nõuetele peavad need õigusabilepingute ja REÕS-i kohaselt vastama. Kohaldades asendusemaduse tingimustele ja piirangutele lapse kodakonds- või elukohariigi õigust, võib tulemuseks olla sellise riigi õiguskorra kohaldamine, mille kohaselt asendusemadus on keelatud ning mille kohaldamise tagajärjed ei pruugi seega olla ei lapse, asendusema, emaks saada sooviva naise, isaks saada sooviva mehe ega ka seemnerakudoonori parimates huvides.

Eeltoodust järeldub, et lapsendamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsiooni kohaldamine asendusemadusest tulenevatele emaduse või isaduse tuvastamise nõuetele on problemaatiline eelkõige seetõttu, et õigusabilepingute ning REÕS-i kohaselt kohaldaksid Eesti kohtud enamikele asendusemadusest tulenevatele vaidlustele asendusemadust keelava riigi õigust. Selline lahendus ei ole enamikel juhtudel kooskõlas ühegi asendusemaduse osapoole, sealhulgas lapse huvidega või ei kaitse piisaval määral vanemaks saada soovivate isikute huve, mistõttu lapsendamisest tulenevatele vaidlustele kohalduva õiguse määramise regulatsioon ei ole sobilik asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Kuigi asendusemadusest tulenevaid õigussuhteid ei sobi kvalifitseerida põlvnemise ega lapsendamise suhetena, on Eesti rahvusvahelises eraõiguses perekonnaõiguslikest õigussuhetest kvalifitseerimiskategooria olemas veel ka vanema ja lapse vahelise muude perekonnaõigusliku õigussuhete jaoks, mistõttu leiab järgnevalt analüüsimist, kas asendusemadusest tulenevad suhted sobiks kvalifitseerida

---

<sup>63</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 54.

<sup>64</sup> *Ibid*, Section 54(1)(a) and (b).

viimatinimetatu alla.

### **1.3. Lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ja seemnerakudoonoriga kui vanema ja lapse vaheline muu perekonnaõiguslik suhe**

#### **1.3.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel**

Kuna eelnevalt selgus, et asendusemadusest tulenevaid nõudeid ei sobi kvalifitseerida põlvnemise ega ka lapsendamise nõuetena, siis kolmanda võimalusena asendusemadusest tulenevaid vaidlusi kvalifitseerida leiab käesolevas alapeatükis analüüsimist lapse suhe asendusemaga, vanemaks saada soovivate isikute ning seemnerakudoonoriga kui vanema ja lapse vaheline muu perekonnaõiguslik suhe. Kvalifitseerides asendusemadusest tulenevad õigussuhted kui vanema ja lapse vahelised muud perekonnaõiguslikud suhted, kontrollivad Eesti kohtud vaidluse rahvusvahelist kohtualluvust Eesti-Vene (artiklid 30-32), Eesti-Ukraina (artikkel 28 lõiked 2-6), Eesti-Poola (artikkel 30 lõiked 1 ja 3) või Eesti-Leedu-Läti (artiklid 29-31) õigusabilepingu või TsMS-i (§§-d 110 lõige 1 ja 116 lõige 1) alusel. Kohaldamisele ei tule vanema kohustuste kindlaksmääramise ja laste kaitse abinõude rakendamise pädevuse, kohaldatava õiguse, abinõude tunnustamise, rakendamise ja koostöö konventsioon,<sup>65</sup> kuna artikkel 4 lõike a kohaselt ei kohaldata seda konventsiooni vanema ja lapse suhte tekkimisele või vaidlustamisele. Haagi Eraõiguse Konverentsi Alaline Büroo on täpsustanud, et konventsiooni artikkel 4 lõige a hõlmab ka asendusemaduse teel sündinud lapse staatust.<sup>66</sup> Kuigi vanema ja lapse vahelistesest muudest perekonnaõiguslikest suhtest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks on loodud iseseisev kvalifitseerimiskategooria, ei ole nimetatud normid siiski sobivad asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks järgmistel põhjustel.

Esiteks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid suhteid vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhetena kvalifitseerida sellisel kvalifitseerimisel tekkivate praktiliste

---

<sup>65</sup> Vanema kohustuste kindlaksmääramise ja laste kaitse abinõude rakendamise pädevuse, kohaldatava õiguse, abinõude tunnustamise, rakendamise ja koostöö konventsioon. - RT II 2002, 20, 87.

<sup>66</sup> The Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The Netherlands: Hague 2014, p 32.

probleemide tõttu. Näiteks näevad Eesti-Vene, Eesti-Ukraina kui ka Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud ette eriregulatsiooni juhtudeks, mil üks vanem ja laps elavad teise lepingupoole territooriumil.<sup>67</sup> Selleks, et tuvastada, kas üks vanematest ja laps elavad teise lepingupoole territooriumil, tuleb eelnevalt lahendada eeldusküsimus sellest, kes on lapse üheks vanemaks. Enamasti vajab asendusemadusest tulenevates vaidlustes aga tuvastamist mõlema vanema isik, mistõttu ei ole asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimisel lapse ja vanema vahelise muu perekonnaõigusliku suhtena paljudel juhtudel võimalik emaduse või isaduse tuvastamise nõude kohtualluvust kontrollida enne, kui kohtuvaidluses on tuvastatud teise vanema isik, mis aga võib omakorda lükata edasi selle emaduse või isaduse nõude kohtulikku arutamist, mille kohtualluvust hetkel kontrollitakse. Lisaks, paljudel juhtudel toimub lapse ema ning isa tuvastamine asendusemaduse puhul samas kohtumenetluses, mis muudab sätte rakendamise võimatuks. Samuti ei anna õigusabilepingud vastust küsimusele, milline kohus tohib vaidlust lahendada juhtudel, mil laps elab ühe lepingupoole territooriumil, kuid emaduse või isaduse tuvastamise nõude esitanud isik ning teine vanem mõlemad teise lepingupoole territooriumil, kuna õigusabilepingute kohaselt tuleb kohaldamisele lapse kodakondsusriigi õigus vaid juhul, kui üks vanem ja laps elavad teise lepingupoole territooriumil.

Lisaks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid nõudeid kvalifitseerida vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike nõuetena, kuna Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud sisaldavad eriregulatsiooni juhtudeks, mil tegemist on vallaslapsena. Siin tekib aga ringdefiniitsioon, kuna selleks, et otsustada, kas tegemist on vallaslapsena, tuleb enne kindlaks teha, kas lapse vanemad olid abiellumata, mis omakorda eeldab seda, et tuleb kindlaks teha, kes on lapse vanemad. Õigusabilepingutes sisalduva vallaslaste kohta käivate normide kohaldamine on võimalik vaid juhtudel, kus kõik asendusemaduse osapooled ehk nii asendusema, emaks saada sooviv naine, isaks saada sooviv mees kui ka seemnerakudoonor, on vallalised/vabaabielus või vastupidi, abielus, kuna see, kas tegemist oleks vallaslapsena või mitte, ei oleneks sellest, keda lugeda lapse vanemateks. Kõikidel ülejäänud juhtudel pole sätte kohaldamine võimalik, kuna teadmata, kes on lapse vanemad, pole võimalik otsustada, kas nad on abielus ning kas tegemist on vallaslapsena. Järelikult pole asendusemadusest tulenevates emaduse või isaduse tuvastamise vaidluste kohtualluvuse kontrollimisel lapse ning vallaslapsena eristamine paljudel juhtudel võimalik ega ka põhjendatud või vajalik.

---

<sup>67</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artiklid 30 lõige 2 ja 32 esimene lause, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõiked 3 ja 5 ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artiklid 29 lõige 2 ja 31 esimene lause.

Lisaks eeltoodule, kerkib asendusemadusest tulenevate nõuete vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike nõuete kvalifitseerimisel praktilise probleemina üles küsimus, keda tuleks Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingute<sup>68</sup> alusel asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel mõista hageja ja kostja all. Kuna õigusabilepingud on rahvusvahelised lepingud, siis tuleb õigusabilepingute sätteid tõlgendada vastavalt Viini konventsioonile, mille artikkel 31 lõike 1 kohaselt tuleks tavatähendusest tulenevalt hageja all mõista isikut, kes nõude esitab ning kostja all isikut, kelle vastu nõue on esitatud. Järelikult on õigusabilepingutes hagejaks see, kes emaduse või isaduse tuvastamise nõude esitab. Juhtudel, mil hageja on palunud teise isiku emaduse või isaduse tuvastamist, on kostjaks see, kelle emaduse või isaduse tuvastamist hageja nõuab. Kui aga hageja soovib enda emaduse või isaduse tuvastamist, tuleks kostja all mõista last. Eeltoodu tähendab, et Eesti-Vene, Eesti-Ukraina või Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu kohaldamisel ei pruugi kohtualluvus vallaslast puudutavates vaidlustes juhtudel, mil kostjaks ei ole laps, sõltuda ei lapse elukohast ega ka kodakondsusest, kuna vaidluse lahendamise õigus on ka hageja ja kostja ühise elukohariigi kohtutel.

Veelgi enam, lapse ja vanema vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei ole sobilik asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuna kõik neli õigusabilepingut näevad ette olukorrad, mil vaidluse lahendamise õigus on antud lapse kodakondsusriigi kohutele, mis tuvastamine osutub aga puhtpraktiliselt võimatuks juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapsel puudub kodakondsus. Selline olukord võib esineda eelkõige juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapse sünniriigiõigus loeb lapse vanemateks vanemaks saada soovivad isikud, kes kumbki pole piisaval määral seotud lapse sünniriigiga, mistõttu laps ei omandada viimatinimetatu kodakondsust. Samas keeldub ka vanemaks saada soovivate isikute elukoha- või kodakondsusriik lapsele enda kodakondsust andmast, kuna ta ei tunnista asendusemaduse teel sündinud laste vanematena vanemaks saada soovivaid isikuid.

Teiseks, ei tuleks asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kontrollida õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduvate lapse ja vanema vahelisest muust

---

<sup>68</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 32 teine lause, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõige 6 ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 31 teine lause.

perekonnaõiguslikust suhtest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normide alusel, kuna Eesti kohtutes kohaldamisele tulev regulatsioon ei lähtu tugevaima seose põhimõttest. Tugevaima seose põhimõttest lähtuv rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon on asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks sobiv eelkõige seetõttu, et võimaldab suure tõenäosusega kohtumenetlusest osa võtta kõigil asendusemaduse osapooltel, kuna vaidluse lahendamine mõne teise riigi kohtus võib oluliselt halvendada asendusema või seemnerakudoonori võimalusi ennast kohtumenetluses efektiivselt kaitsta. Samuti on asendusemadusest tulenevatele nõuetele tugevaima seotuse põhimõttest lähtuva vaidluse rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistiku kohaldamine oluline seetõttu, et kuna rahvusvahelised lepingud asendusemadusest tulenevate emaduse või isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks puudumise tõttu kehtestab iga riik ise oma rahvusvahelise tsiviilkohtumenetluse reeglid, mis sätestavad, milline õigus asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse tuvastamise nõudele kohaldub, siis võib eeldada (kuna vanemaks saada soovivad isikud on just selle riigi asendusemaduse teel vanemateks saamiseks välja valinud), et selle riigi kohus kohaldaks enda ehk asendusemadust legaliseerivaid norme, millega kõik asendusemaduse osapooled on osanud arvestada ja mille kohaldamist ette näha. Õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduvad vanema ja lapse vahelisest muust perekonnaõiguslikust suhtest tuleneva nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise reeglid ei lähtu tugevaima seotuse põhimõttest, kuna asendusemaduse teel sündinud lapse elukoha- ja kodakondsusriigiks saab reeglina vanemaks saada soovivate isikute elukohariik, kus asendusemadus on keelatud ja millega ei ole seega asendusemadusest tulenevad õigussuhted kõige tugevamalt seotud, näiteks ei ole seal aset leidnud asendusemaduslepingu sõlmimine, asendusema viljastamine, lapse sünd (vastasel juhul puuduks vaidluses tõenäoliselt rahvusvaheline ka element).

Kolmandaks, ei sobi lapse ja vanema vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuna TsMS-i normid ei lähtu täielikult ka läheduskriteeriumist. Läheduskriteeriumist lähtuv nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistik oleks asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks sobiv eelkõige seetõttu, et lapsele territoriaalselt lähimatele kohtutele ehk lapse elukohariigi kohtutele vaidluse lahendamise õiguse andmine võimaldab lapse huvide võimalikult efektiivset kaitset. Kuigi TsMS-s sisalduvad lapse ja vanemate muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevate

nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid annavad Eesti kohtutele õiguse vaidlust lahendada juhtudel, mil lapse elukohaks on Eesti, on see vaid üks alternatiividest, kuna TsMS-i kohaselt allub asendusemadusest tulenev emaduse või isaduse tuvastamise nõue Eesti kohtutele ka juhtudel, mil lapse vara asub Eestis, olenemata sellest, et asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse sidumine lapse vara asukohaga ei ole põhjendatud.

Neljandaks, ei soosi asendusemadusest tulenevate nõuete vanema ja lapse vahelisest muust perekonnaõiguslikust suhtest tulenevate nõuetena kvalifitseerimist ka see, et vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike õigussuhete kvalifitseerimiskategooria näol on tegemist liialt abstraktse kvalifitseerimiskategooriaga asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimiseks. Viimatinimetatu alla on selle sõnastusest tulenevalt võimalik paigutada kõik sellised perekonnaõiguslikud õigussuhted, milleks jaoks eraldi kvalifitseerimiskategooria puudub, sealhulgas ka sellised vanema ja lapse vahelised perekonnaõiguslikud suhted, mis erinevad asendusemadusest tulenevatest suhetest olulisel määral (näiteks vanemate ja laste vahelised ülalpidamispõhised). Iseenesest on asendusemadusest tulenevate õigussuhete näol tegemist põlvnemisest ja lapsendamisest erinevate, muude lapse ja vanema vaheliste õigussuhetega. Küll aga toob asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimine lapse ja vanema vahelise muu perekonnaõigusliku suhtena kaasa olukorra, kus asendusemadusest tulenevate õigussuhetega samastatakse kõik muud võimalikud lapse ja vanema vahelised perekonnaõiguslikud suhted, mida ei ole võimalik paigutada põlvnemise ega lapsendamise alla. Tõenäoliselt on ka seadusandja vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhete regulatsiooni väljatöötamisel arvestanud asjaoluga, et antud kvalifitseerimiskategooria alla võivad paigutada oma olemuselt küllaltki erinevad perekonnaõiguslikud suhted (ka sellised, mida seadusandja ei osanud regulatsiooni välja töötamisel veel täpselt ette näha), mistõttu on tegemist universaalse regulatsiooniga, mille eesmärgiks on sobida võimalikult erisuguste lapse ja vanema vahel tekkida võivate perekonnaõiguslike suhete kvalifitseerimiseks. See aga tähendab, et seadusandjal ei ole olnud võimalik regulatsiooni väljatöötamisel arvesse võtta iga konkreetse lapse ja vanema vahel tekkida võiva perekonnaõigusliku suhte eripärasid, mida vanema ja lapse vahelise muu perekonnaõigusliku suhte kvalifitseerimiskategooria alla saab paigutada. Asendusemadusest tulenevate suhete näol on tegemist keeruliste ja omanäoliste õigussuhetega, mille reguleerimisel on vajalik arvestada selle suhte eripäradega, mida universaalse regulatsiooni, mis on mõeldud kindlakstegemata arvu erinevate lapse ja vanema vahel tekkida võivate õigussuhete reguleerimiseks, kohaldamine ei võimalda.

Eeltoodud puudusi kogumis analüüsidest järeldub, et vanema ja lapse vahelise muu perekonnaõigusliku nõude rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid ei ole sobivad asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks. Seda nii seetõttu, et vanema ja lapse vahelisest muust perekonnaõiguslikest suhetest tulenevate rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normide rakendamine asendusemadusest tulenevatele nõuetele võib Eesti kohtutes praktilistel põhjustel olla raskendatud kui ka seeõttu, et õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduvad asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid võimaldavad paljudel juhtudel asja lahendada selle riigi kohtutel, mis ei ole asendusemadusest tulenevate nõuete lahendamiseks sobivad, sest selline kohtualluvus ei pruugi vajalikul määral kaitsta kõigi menetlusosaliste huve ning võib mitmetel juhtudel raskendada asendusemaduse pooltel kohtumenetluses osalemist. Asendusemadusest tulenevate nõuete vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike nõuete kvalifitseerimist ei toeta ka asjaolu, et asendusemadusest tulenevate õigussuhete näol on tegemist liiga keeruliste ja omanäoliste õigussuhetega, et neile niivõrd universaalset regulatsiooni kohaldada.

### **1.3.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel**

Asendusemadusest tuleneva vaidluse rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise järel peavad Eesti kohtud (kui neil on õigus vaidlust lahendada) määrama vaidlusele kohalduva õiguse. Lisaks põlvnemise ning lapsendamise suhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normidele, on kolmas võimalus asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks kohaldada vanema ja lapse vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise norme. Käesolev alapeatükis käsitletaksegi asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramist, kvalifitseerides viimatinimetatud nõudeid vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike nõuete näol. Juhtudel, mil Eesti kohus otsustab lapse ja asendusema, vanemaks saada soovivate isikute ning seemnerakudoonori vahelised suhted kvalifitseerida vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhetena, määratakse asendusemadusest tulenevale emaduse või isaduse nõudele kohalduv õigus kas Eesti-Vene (artikkel 30), Eesti-Ukraina (artikkel 28 lõiked 2-4), Eesti-Poola (artikkel 30 lõige 1), Eesti-Leedu-Läti (artiklid 29-30) õigusabilepingute või REÕS-i (§ 65) alusel. Siiski ei sobi eelnimetatud normid asendusemadusest tulenevate emaduse või isaduse tuvastamise nõuetele

kohalduva õiguse määramiseks järgmistel põhjustel.

Esiteks, ei tuleks asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduvat õigust määrata vanema ja lapse vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise reeglite alusel viimatinimetatute asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohaldamisel tekkivate praktiliste probleemide tõttu. Näiteks raskendab Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes<sup>69</sup> sisalduvate vanema ja lapse vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide rakendamist asendusemadusest tulenevate nõuetele õigusabilepingute regulatsioon, mille kohaselt peab kohus juhtudel, mil lapse ning isiku, kelle emadust või isadust tuvastatakse, elukoht pole sama lepingupoole territooriumil, lahendama eeldusküsimusena selle, kes on lapse teine vanem. Kuna tihti toimub asendusemaduse puhul lapse mõlema vanema tuvastamine samas kohtumenetluses, siis võib antud eeldusküsimuse lahendamine olla võimatu või juhtudel, mil vaidlus teise vanema isiku tuvastamise üle käib, tuua kaasa kohtumenetluse venimise. Lisaks ei ole üheski kolmest õigusabilepingust sätestatud, kumma lepingupoole õigust kohaldada olukorras, kus emaduse või isaduse tuvastamise nõude esitaja ning teine vanem elavad mõlemad ühe lepingupoole territooriumil, kuid laps teise lepingupoole territooriumil. Samuti on eeltoodud normide rakendamine võimatu juhtudel, mil asendusemaduse teel sündinud lapsel puudub kodakondsus.

Lisaks on asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimisel vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhetena Eesti-Vene, Eesti-Ukraina või Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingute alusel praktiliseks probleemiks vallaslast puudutavates vaidlustes ringdefinitsiooni esinemine. Tulenevalt õigusabilepingute regulatsioonist tuleks selleks, et otsustada, kas tegemist on vallaslapsel, enne kindlaks teha, kas lapse vanemad olid abiellumata, mis omakorda eeldab seda, et tuleb kindlaks teha, kes on lapse vanemad. Seega pole asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel lapse ning vallaslapse eristamine enamikel juhtudel võimalik, samuti asendusemaduse kontekstis vajalik või põhjendatud.

Teiseks, ei sobi vanema ja lapse vahelistest muudest õigussuhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normid asendusemadusest tulenevate suhete reguleerimiseks,

---

<sup>69</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 30 lõige 2, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõige 3, Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 29 lõige 2.

kuna õigusabilepingute ja REÕS-i regulatsiooni kohaselt tuleb asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kohalduva õiguse määramisel enamasti kohaldamisele asendusemadusest keelava riigi õigus. Asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele asendusemadust keelava riigi õiguse kohaldamine viib suure tõenäosusega tulemuseni, mil asendusemaduse teel sündinud lapse vanemateks loetakse asendusema ja seemnerakudoonor ning enamikel juhtudel ei ole selline lahendus mitte ühegi asendusemaduse osapoole, sealhulgas lapse, huvides. Juhtudel, mil enda lapse emana või isana tuvastamist taotlevad mitu isikut, kaitseb aga asendusemadust keelva riigi õiguse kohaldamine asendusema ja seemnerakudoonori huve palju suuremal määral kui vanemateks saada soovivate isikute huve.

Kõigi nelja õigusabilepingu kohaselt kohalduks asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele kas lapse kodakondsus- või elukohariigi õigus. Kuigi asendusemadus on õigusabilepinguriikidest legaalne nii Venemaal kui ka Ukrainas, ei saa asendusemaduse teel nimetatud riikides sündinud laps automaatselt viimatinimetatute kodakondsust, mis tähendab, et enamasti saab laps vanemaks saada soovivate isikute kodakondsusriigi kodakondsuse. Vanemaks saada soovivate isikute kodakondsusriik on tõenäoliselt ka nende elukohariigiks, milles on asendusemadus reeglina keelatud, vastasel juhul puuduks vaidluses tõenäoliselt rahvusvaheline element. Sama probleem tekib ka õigusabilepingute ja REÕS-i alusel lapse elukohariigi õiguse kohaldamisel, kuna tihti reisivad vanemaks saada soovivad isikud asendusemaduse läbiviimiseks riiki, kus see legaalne on, kolides pärast lapse sündi lapsega oma elukohariiki tagasi. Lapse elukoha- või kodakondsusriigi õiguse kohaldamine jätab vajaliku kaitseta vanemaks saada soovivad isikud ning võib viia tulemuseni, mis ei vasta ka asendusema ning seemnerakudoonori huvidele, kuna enamikel juhtudel pole viimatinimetatutel huvi ega soovi enda lapse vanemana tuvastamiseks (sellistel juhtudel pole viimatinimetatute asendusemaduse teel sündinud lapse vanematena tuvastamine ka lapse parimates huvides).

Kolmandaks, ei ole asendusemadusest tulenevate nõuete vanemate ja laste vaheliste muude perekonnaõiguslike nõuete kvalifitseerimine sobiv Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingutes sisalduva regulatsiooni tõttu, mis sätestab, et kui laps ning isik, kelle emadust või isadust tuvastatakse, elavad sama lepingupoole territooriumil, siis tuleb kohaldamisele nende ühise elukohariigi õigus.<sup>70</sup> Nimelt võimaldab selline regulatsioon sellel

---

<sup>70</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 30 lõige 1, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 28 lõige 2, Eesti-

asendusemaduse osapoolel, kelle füüsilise hoole all laps hetkel on ning kes enda emadust või isadust soovib tuvastada, asuda koos lapsega elama riiki, mille õigus tuvastab tema lapse vanemana (vanemaks saada soovivad isikud võiksid seega teoorias asuda elama Venemaale või Ukrainasse ning asendusema ja seemnerakudoonor Eesti, Leetu või Lätti). Selline regulatsioon ei kaitse piisaval määral kõigi asendusemaduse osapoolte huve ning sõltuvalt konkreetsest kaasusest, ei pruugi vastata ka lapse parimate huvide põhimõttele. Juhtudel, mil enda lapse emana ning isana tuvastamist nõuavad vaid asendusema või emaks saada sooviv naine ning isaks saada sooviv mees või seemnerakudoonor, on lapse parimates huvides reeglina emaduse või isaduse tuvastamise nõude esitanud isiku vanemana tuvastamine, kuid juhtudel, mil enda lapse emana või isana tuvastamist taotlevad mitu isikut, sõltub juba konkreetsest kaasusest, milline lahendus oleks lapse parimates huvides.

Eelnevast lähtub, et asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimine vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhetena on problemaatiline, kuna vanema ja lapse vahelistest muudest perekonnaõiguslikest suhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide rakendamine asendusemadusest tulenevatele nõuetele võib Eesti kohtutes praktilistel põhjustel olla raskendatud. Lisaks kohaldaksid Eesti kohtud asendusemadusest tulenevatele emaduse ja isaduse tuvastamise nõuetele enamikel juhtudel asendusemadust keelava riigi õigust, mis ei ole asendusemadusest tulenevate nõuete lahendamiseks sobiv, kuna ei vasta enamikel juhtudel ühegi asendusemaduse osapoolte huvidele ega pole ka lapse parimates huvides. Analüüsides kõiki eeltoodud puudusi, ilmneb, et asendusemadusest tulenevaid suhteid ei tuleks käsitletavate õigusaktide kontekstis vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhete asjades kohalduva õiguse määramise sätete alla paigutada. Kuna aga asendusemaduse toimumise eelduseks on alati vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori omavahelised kokkulepped, siis leiab järgmises peatükis käsitlemist, kuidas tuleks kvalifitseerida asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavaid nõudeid.

## II VANEMATEKS SAADA SOOVIVATE ISIKUTE NING ASENDUSEMA JA SEEMNERAKUDOONORI VAHELINE SUHE

### 2.1. Vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori vaheline suhe kui lepinguline suhe

#### 2.1.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel

Asendusemadus leiab reeglina aset vanemateks saada soovivate isikute ning asendusema ja/või seemnerakudoonoriga sõlmitud eelnevate kokkulepete tulemusel. Ideaalis peaksid pooled kõikides asendusemaduse nüanssides kokku leppima juba enne lapse eostamist, vältimaks tulevikus tekkida võivaid arusaamatusi ning vaidlusi. Käesolevas alapeatükis leiavad käsitlemist asendusemadusesest tulenevate vanemateks saada soovivate isikute, asendusema ja seemnerakudoonori üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguliste nõuetena kvalifitseerimise eelised ja puudused, mille kogumis analüüsimisel on võimalik otsustada, kas asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute vaheliseid suhteid tuleks kvalifitseerida lepinguliste suhetena. Kvalifitseerides nimetatud suhted lepinguliste suhetena, on Eesti kohtud kohustatud nimetatud nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kontrollima kas Eesti-Vene (artikkel 21), Eesti-Ukraina (artikkel 21), Eesti-Poola (artikkel 38 lõige 2), Eesti-Leedu-Läti (artikkel 20) õigusabilepingu või TsMS-i (§§-d 79, 83<sup>71</sup>, 86 lõige 3, 89, 104 lõige 3) alusel. Kuigi rahvusvahelisel tasandil reguleerivad lepingust tulenevate nõuete kohtualluvuse kontrollimist Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud)<sup>72</sup> (käesolevas töös edaspidi Brüsseli I (uuesti sõnastatud määrus))<sup>73</sup> ning tsiviilasjade kohtualluvuse ning neid käsitlevate kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon<sup>74</sup> (käesolevas töös edaspidi Lugano II konventsioon), on Euroopa Parlament märkinud, et kuna

---

<sup>71</sup> TsMS-i § 83 kohaselt võib varalise nõudega hagi füüsilise isiku vastu esitada ka tema viibimiskoha järgi, kui isik on seal pikemat aega töö- või teenistussuhte või õpingute tõttu või muul sellesarnasel põhjusel. Asendusemaduslepingutest tulenevateks varalisteks nõueteks võivad eelkõige olla näiteks asendusema ja seemnerakudoonori tasu ning kulutuste hüvitamise nõuded, samuti lepinguliste kohustuste rikkumisest tulenevad kahju hüvitamise nõuded.

<sup>72</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud) – ELT L 351, 20.12.2012, lk 1-32

<sup>73</sup> Loe Brüssel I (uuesti sõnastatud) määrusest lähemalt: M. Torga. Brüsseli I (uuesti sõnastatud) määrus: kas põhjalik muutus Eesti rahvusvahelises tsiviilkohtumenetluses? – Juridica 2014 IV, lk 304, 304-312.

<sup>74</sup> Tsiviilasjade kohtualluvuse ning neid käsitlevate kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon. – ELT L 339, 21.12.2007, lk 3-41.

Brüsseli I (uuesti sõnastatud) määruse artikkel 1 lõike 2 punkt a ning Lugano II konventsiooni artikkel 1 lõike 2 punkt a kohaselt ei kohaldata määrust füüsiliste isikute õigus- ja teovõime suhtes, siis on asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete kohtualluvuse kontrollimine rahvusvahelisel tasandil reguleerimata.<sup>75</sup> Kontrollides asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute vaheliste nõuete rahvusvahelist kohtualluvust Eesti kohtutes kohaldamisele tulevate lepinguliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete alusel, on asendusemadusest tulenevate suhete lepinguliste suhetena kvalifitseerimisel järgmised eelised.

Esiteks, tuleks vanemateks saada soovivate isikute, asendusema ja seemnerakudoonori vahelisi suhteid kvalifitseerida lepinguliste suhetena seetõttu, et nii Eesti-Vene, Eesti-Ukraina, Eesti-Poola kui ka Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud võimaldavad pooltel sõlmida kohtualluvuse kokkuleppeid. Kohtualluvuse kokkulepete sõlmimise eeliseks on, et asja lahendava selle riigi kohtud, mille kohtualluvusega kõik asendusemaduse osapooled nõus on olnud, mis tähendab reeglina ka seda, et kõikidel asendusemaduse osapooltel on võimalik kohtumenetluses osaleda ning oma õigusi kaitsta (vastasel juhul poleks nad sellise kohtualluvuse kokkuleppe sõlmimisega nõus olnud). Asendusemaduslepingus kohtualluvuse kokkulepete sõlmimist võimaldab ka näiteks Inglise õigus.<sup>76</sup>

Teiseks, on asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguliste nõuetena kvalifitseerimise eeliseks see, et TsMS-i lepinguliste nõuete rahvusvahelise kontrollimise sätete alusel ei oleks enamikel juhtudel asendusemadusest tuleneva vaidluse lahendamise õigust Eesti kohtutel. Asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute vaheliste vaidluste lahendamiseks on sobivaimad kohtud, millega asendusemadusest tulenevad suhted on kõige tugevamalt seotud. Asendusemaduslepingust tõusetuvad vaidlused on reeglina kõige tugevamalt seotud riigiga, kus enamik asendusemadusega seotud asjaolusid aset leiab ehk riigiga, kus asub asendusemateenust pakkuv agentuur (kui selle teenuseid on kasutatud), kus viiakse läbi vastavad meditsiinilised protseduurid (näiteks viljastamiseelsed terviseuuringud, viljastamine, rasedusaegsed tervisekontrollid), mis on lapse sünniriigiks ning enamasti ka asendusema elukohariigiks. Tulenevalt asendusemaduse keelatusel ei ole selleks riigiks Eesti. Tugevaima

---

<sup>75</sup> European Parliament. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: European Parliament 2011, p 164.

<sup>76</sup> Civil Procedure Rules Practise Direction 6B para. 3.1(6)(d). – Available at: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/> (01.05.2016). Vaata ka: *The Messiniaki Tolmi* [1984] 1 Lloyd's LR 266 (CA).

seotuse põhimõttel põhinev kohtualluvuse regulatsioon arvestab reeglina kõikide asendusemaduse osapoolte huvidega ning võimaldab kõikidel asendusemaduse osapooltel kohtumenetlusest osa võtta. Lisaks, kuna rahvusvahelised lepingud asendusemadusest tulenevate vaidluste kohtualluvuse kontrollimiseks puuduvad ja iga riik kehtestab ise oma rahvusvahelise tsiviilkohtumenetluse reeglid, mis sätestavad, millised kohtud võivad lahendada asendusemaduslepingutest tulenevaid vaidlusi, samuti milline on vaidlusele kohalduv õigus, siis on kirjeldatud regulatsiooni eeliseks, et reeglina on asendusemaduslepingu kõik pooled tuttavad selle riigiga õiguskorraga, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud, mis tähendab, et nad peaksid üldjuhtudel oskama ka ette näha, millist õigust nimetatud riigi kohtud kohaldaksid. Vaidlusele kohalduv õigus ning seeläbi ka vaidluse tulemus ei tohiks sõltuda sellest, kes lepingupooltest kelle vastu nõude esitab, mis aga võib juhtuda, kui kohtualluvus on seotud ühe lepingupoole elu- või asukohaga, kuna asendusemaduse regulatsioon erineb riigiti väga suurel määral.

Tulenevalt TsMS-st võivad Eesti kohtud asendusemaduslepingust tulenevaid vaidlusi lahendada kui kostja elu- või viibimiskoht on Eestis<sup>77</sup> või kui asendusemaduse teel sündinud laps on sündinud Eestis.<sup>78</sup> Kuigi viimatinimetatud sätte alusel on vaidluse lahendamine Eesti kohtutes äärmiselt ebatõenäoline, võiks see teoreetiliselt võimalikuks saada eelkõige TsMS §§-de 79 ja 83 alusel. Kuna aga Eesti kohtutesse võivad eelkõige jõuda sellised asendusemadusest tulenevad vaidlused, milles vanemateks saada soovivate isikute elukohaks on Eesti, siis ei võimalda kirjeldatud normistik vanemateks saada soovivatel isikutel oma õigusi kuritarvitada ning asendusema või seemnerakudoonori vastu nõue Eesti kohtusse esitada.

Siiski on asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguliste nõuetena kvalifitseerimisel nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kontrollides mitmeid puuduseid, mida tuleks arvesse võtta, otsustamaks kas lepinguliste nõuete rahvusvahelise kontrollimise sätted on asendusemaduslepingutest tulenevate vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks sobivad.

Esiteks, ei tuleks asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute

---

<sup>77</sup> Vaata TsMS §§-d 79 ja 83.

<sup>78</sup> Vaata TsMS § 89. Lepingukohustuse täitmise koha defineerib § 89 lõike 2 esimene lause, mille kohaselt loetakse teenuse osutamise lepingu puhul täitmise kohaks kohta, kus teenus osutati või kus seda pidi osutama. Asendusemaduslepingute puhul on lepingu täitmise kohaks tõenäoliselt lapse sünniriik, kuna asendusemaduslepingule iseloomulikuks kohustuseks on ilmselt asendusema poolt lapse kandmine ja sünnitamine.

üksteise vastu esitatavaid nõudeid vaidluse rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel lepinguliste nõuetena kvalifitseerida põhjusel, et TsMS lubab asendusemaduse pooltel sõlmida kohtualluvuse kokkuleppeid väga piiratud juhtudel. Nimelt võimaldab TsMS § 104 lõige 3 kehtivaks lugeda juhtudel vaid juhtudel, mil kohtualluvuses on kokku lepitud pärast vaidluse tekkimist või kui kohtualluvuses lepitati kokku juhaks, kui kostja asub pärast kokkuleppe sõlmimist elama välisriiki või kui tema elu- või asukoht ei ole hagi esitamise ajal teada.<sup>79</sup>

Teiseks, ei tuleks asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kontrollida lepinguliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete alusel, kuna õigusabilepingutes sisalduv rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei ole sobiv asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks. Nimelt seovad õigusabilepingud kohtualluvuse kostja elukohaga (Eesti-Poola õigusabileping ka kostja asukohaga ning teatud juhtudel hageja elu- või asukohaga),<sup>80</sup> küll aga pole Eesti-Poola või Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingute kohaldamisel üksi lepingupool riigiks, mis oleks asendusemaduslepingust tulenevate õigussuhetega kõige tugevamalt seotud, kuna asendusemadus on nii Eestis, Poolas, Leedus kui ka Lätis keelatud. Eesti-Vene ning Eesti-Ukraina õigusabilepingutes sisalduv asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon sobivus asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks sõltub konkreetsest vaidlusest ehk sellest, kes on vaidluses hagejaks ja kostjaks. Kui kostjaks on asendusema või seemnerakudoonor, siis saavad suure tõenäosusega asja lahendada selle riigi kohtud, millega asendusemaduslepingutest tulenevatel õigussuhetel on kõige tugevaim seotus (ehk kus on aset leidnud enamik asendusemadusega seotud toiminguid nagu terviseuringud, viljastamine, lapse kandmine, lapse sündimine), kuna üldjuhtudel on see riik ka asendusema ja seemnerakudoonori elukohariigiks. Kui aga kostjaks on vanemaks saada soovivad isikud, siis on õigus asja lahendada tõenäoliselt Eesti kohtutel, kuna Eesti kohtutesse jõudvates asendusemaduslepingutest tulenevates vaidlustes oleks vanemaks saada soovivate isikute elukohaks tõenäoliselt Eesti, vastasel juhul puuduks vaidluses tõenäoliselt rahvusvaheline element.

Eelnevast lähtub, et asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute

---

<sup>79</sup> Loe TsMS § 104 tõlgendamisest: Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21. novembri 2012. a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-12, p 10; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. juuni 2014. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-40-14, p 12.

<sup>80</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 21 lõige 1, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 21 lõige 1, Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 38 lõige 2 ja Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 30 lõige 1.

vaheliste suhete lepinguliste suhetena kvalifitseerimise eeliseks Eesti õigusaktide alusel on, et õigusabilepingud võimaldavad sõlmida pooltel kohtualluvuse kokkuleppeid, mis kindlustab, et kõigil osapooltel on võimalik oma õigusi kohtumenetluses efektiivselt kaitsta, samuti asjaolu, et TsMS-s sisalduv vaidluse rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistik ei võimalda vanemateks saada soovivatel isikutel oma õigusi kuritarvitada, esitades hagi asendusema või seemnerakudoonori Eesti kohtusse. Küll aga on selline lahendus problemaatiline, kuna TsMS-i regulatsioon ei võimalda sõlmida asendusemaduse osapooltel kohtualluvuse kokkuleppeid, samuti ei ole õigusabilepingute regulatsioon enamikel juhtudel sobiv asendusemadusest tulenevate lepinguliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, võimaldades asja lahendada ühe riigi kohtutel olukorras, kus asendusemadusest tuleneval vaidlusel on oluliselt tugevam seos mõne teise riigiga. Kokkuvõtlikult saab öelda, et õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise reeglistik ei ole ideaalne asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuid on parema alternatiivi puudumisel sobilik.

### **2.1.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel**

Olles tuvastanud, et asendusema, seemnerakudoonori ning vanemaks saada soovivate isikute vaheline vaidlus allub Eesti kohtutele, on Eesti kohtute järgmiseks sammuks vaidlusele kohalduva õiguse määramine. Käesoleva alapeatükis käsitletakse asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavatele nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsiooni eeliseid ning puudusi, kvalifitseerides nimetatud nõuded lepinguliste nõuetele. Asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määravad Eesti kohtud kas Eesti-Vene (artikkel 39 lõige 1), Eesti-Ukraina (artikkel 32 lõige 1), Eesti-Poola (artikkel 36 lõige 1 ja artikkel 38 lõige 1), Eesti-Leedu-Läti (artikkel 38 lõige 1) õigusabilepingute või REÕS-i (§§-d 32, 33, 36<sup>81</sup>, 37) alusel,<sup>82</sup> sõltumata lepingu

---

<sup>81</sup> REÕS § 36 lõike 2 kohaselt kui asjaolusid arvestades ei oleks õiglane kohaldada ühe poole tegevuse tagajärgedele poolte kokkulepitud või lepinguga tugevaimalt seotud riigi õigust, võib see pool oma elukohariigi õigusele tuginedes väita, et ta ei ole lepingut sõlminud. Asendusemaduslepingute puhul võib REÕS § 36 lõige 2 tulla kohaldamisele eelkõige juhtudel, mil asendusema ei ole asendusemaduslepingut sõlminud vabatahtlikult või ei ole lepingut sõlmides lepingu sisust, sealhulgas enda kohustustest ja õigustest, aru saanud.

<sup>82</sup> Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud reguleerivad vaid lepingu vormile kohalduva õiguse määramist, ülejäänud juhtudel tuleb nõudele kohalduv õigus määrata REÕS-i alusel.

sõlmimise kuupäevast.<sup>83</sup> Asendusemalepingutele kohalduva õiguse määramist reguleerivad rahvusvahelised lepingud puuduvad. Ajavahemikul 01.10.2006 – 16.12.2009<sup>84</sup> sõlmitud lepingutele kohalduva õiguse määramist reguleeriv 19. juunil 1980. aastal Roomas allakirjutamiseks avatud lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse konventsiooni<sup>85</sup> artikkel 1 lõike 2 punktide a ja b kohaselt ei kohaldata konventsiooni sätteid füüsiliste isikute õiguslikku seisundit ning õigus- ja teovõimet käsitlevate küsimuste suhtes ega lepinguliste kohustuste suhtes, mis on seotud perekondlike sugulus-, abielu- või hõimlussuhetest tulenevate õiguste ja kohustustega. Ka alates 17.12.2009 sõlmitud lepingutele kohalduva õiguse määramist käsitlev Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määruse (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I”)<sup>86</sup> artikkel 1 lõike 2 kohaselt jäetakse määruse reguleerimisalast välja füüsilise isiku õigusliku seisundi ning õigus- ja teovõimega seotud küsimused ning võlasuhted, mis tulenevad perekonnasuhetest ja suhetest, mis on kohaldatava õiguse kohaselt perekonnasuhetega sarnase toimega, sealhulgas ülalpidamiskohustused. Õigusabilepingutes ning REÕS-is sisalduvate lepingulistele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide rakendamisel asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel on järgmised eelised.

Esiteks, räägib asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguliste nõuete kvalifitseerimise kasuks asjaolu, et Eesti kohtutes kohaldamisele tulevad õigusaktid võimaldavad pooltel sõlmida kehtivaid kohalduva õiguse kokkuleppeid. Poolte kokkulepitud õiguse kohaldamine asendusemadusest tulenevatele nõuetele kindlustab, et vaidlusele kohaldub õigus, mille kohaldumist on pooled ette näinud ning millest tulenevate õiguste ja kohustustega on nad asendusemaduse kokkulepete sõlmimisel

---

<sup>83</sup> Võlaõigusseaduse, tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja rahvusvahelise eraõiguse seaduse rakendamise seaduse (RT I 2002, 53, 336; RT I, 04.02.2011, 9) (käesolevas töös edaspidi VÕSRS) § 24 lg 2 kohaselt määratakse pärast 1. juulit 2002 perekonnaõiguslikele suhetele kohaldatav õigus vastavalt rahvusvahelise eraõiguse seadusele. Enne REÕS-i jõustumist tuli lepingutele kohalduv õigus määrata 28.06.1994 vastu võetud tsiviilseadustiku üldosa seaduse (käesolevas töös edaspidi TsÜS 1994) alusel.

<sup>84</sup> Loe: Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 19. detsembri 2008. a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-130-08, p 18; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. jaanuari 2013. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-179-12, p 13; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 5. märtsi 2014. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-187-13, p 13.

<sup>85</sup> 19. juunil 1980. aastal Roomas allakirjutamiseks avatud lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse konventsioon. - ELT C-169, 08.07.2005, lk 1-30.

<sup>86</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määruse (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I”) – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.

arvestanud. Kui Eesti-Poola õigusabileping<sup>87</sup> annab pooltele sõnaselgelt õiguse lepingule (välja arvatud lepingu vormile) kohalduvat õigust valida, siis Eesti-Vene, Eesti-Ukraina ning Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingud antud küsimust ei reguleeri (välja arvatud lepingu vormile kohalduvat õigust, mida ei saa poolte kokkuleppel valida), mis tähendab, et vastavate kokkulepete lubatavust peavad Eesti kohtud kontrollida REÕS-i alusel, viimatinimetatu aga lubab pooltel sõlmida kohalduva õiguse kokkuleppeid.<sup>88</sup>

Teiseks, tuleks asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute vahelisi suhteid kvalifitseerida lepinguliste suhetena, kuna reeglina kohaldavad Eesti kohtud asendusemadusest tulenevatele lepingulistele nõuetele selle riigi õigust, millega asendusemadusest tulenevad suhted on kõige tugevamalt seotud, mis tagab enamasti kõikide lepingupoolte huvide kaitse ning ka vaidluse tulemuse piisava ettenähtavuse. Õigussuhtega tugevaimalt seotud riigi õiguse kohaldamine kindlustab, et pooled on tuttavad selle riigi õiguskorraga, mis asendusemaduslepingust tulenevatele nõuetele kohaldub - lepingupooled teavad oma õigusi ja kohustusi ning suudavad ette näha vaidluse lahendamise tulemust. Kui asendusema ja seemnerakudoonori puhul kindlustab selle, et nad tunnevad asendusemadusest tulenevate õigussuhtega kõige tugevamalt seotud riigi õiguskorda see, et enamikel juhtudel on nimetatud riik ka nende elukohariik, siis vanemateks saada soovivate isikud (kes Eesti kohtutesse jõuda võivates asendusemadusest tulenevates vaidlustes on reeglina Eestist pärit) tunnevad nimetatud riigi õiguskorda seetõttu, et nende valik, millisesse riiki asendusemaduse teel lapse saamiseks reisida, on suuresti sõltunud sellest, kuidas riigis asendusemadus õiguslikult reguleeritud on. Kuna Eestis on asendusemadus keelatud, on vanemaks saada soovivad isikud välisriiki reisisid pidanud kindlaks tegema, milline on valitud riigis kehtiv asendusemadust puudutav regulatsioon ning kas selline regulatsioon võimaldab neil saavutada soovitud.

Kuna õigusabilepingud ei reguleeri (välja arvatud Eesti-Poola õigusabileping, mille lepingulistele nõuetele kohalduva õiguse normistik ei ole sobilik asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks, kuna lepingulistele nõuetele kohaldub paratamatult õigus, mille kohaselt asendusemadus keelatud on) asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele (välja arvatud lepingu vormile) kohalduva õiguse määramist, siis tuleb asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduv õigus määrata REÕS-i alusel, mille kohaselt kohaldatakse asendusemaduslepingutele ning nende sisulisele kehtivusele asendusema

---

<sup>87</sup> Vaata Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 38 lõige 1.

<sup>88</sup> Vaata REÕS § 32.

asendusemaduslepingu sõlmimisaegse elukohariigi õigust,<sup>89</sup> mis reeglina on ühtlasi ka selle riigi õiguseks, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud ehk kus sõlmitakse ka asendusemadusleping, viiakse läbi vajalikud terviseuuringud ja viljastamine ning kus toimub lapse kandmine ja sünnitamine. Kuna tegemist on reeglina asendusema ja seemnerakudoonori elukohariigiga, mille vanemaks saada soovivad isikud on ise välja valinud tulenevalt sellest, et riigis kehtiv asendusemadust puudutav seadusandlus aitab neil jõuda soovitud tulemuseni, võib kindel olla, et nimetatud riigi õiguse kohaldamisel arvestatakse kõikide lepingupoolte huvidega.

Eeltoodust lähtuvad ka Inglise ning Kalifornia õiguses sisalduvad asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise reeglid. Nimelt kohaldavad Inglismaa ja Walesi kohtud asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohtupraktikast tulenevalt lepingupoolte kokkulepitud õigust<sup>90</sup> või kokkuleppe puudumisel selle riigi õigust, millega asendusemadusleping on kõige tugevamalt seotud.<sup>91</sup> Kalifornia kohtud kohaldavad kohtupraktikast tulenevalt traditsioonilise asendusemaduse lepingust tulenevatele nõuetele välisriigi õigust vaid siis, kui üks pooltest seda taotleb ning suudab kohut veenda selles, et välisriigi õigus peaks kohalduma,<sup>92</sup> mis tähendab, et reeglina kohaldubki seega selle riigi õigus, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud, kuna tulenevalt kõikide asendusemaduse vormide lubatavusest Kalifornias jõuavad viimatinimetatu kohtutesse

---

<sup>89</sup> Lapse sünnitamist tuleks lugeda asendusemaduslepingu iseloomulikuks kohustuseks eelkõige seetõttu, et tegemist on kohustusega, mis on asendusemaduslepingute sõlmimise aluseks. Kõik teised asendusemaduslepingust tulenevad kohustused reeglina tagavad ja toetavad seda, et täidetakse põhikohustus ehk et asendusema sünnitaks vanemaks saada soovivatele isikutele lapse. Näiteks on asendusemaduslepingust tulenev asendusema kohustus neli korda nädalas rohelist smuutit juua suunatud sellele, et sünniks terve laps või vanemaks saada soovivate isikute kohustus asendusemal tekkivad kulud hüvitada, suunatud sellele, et asendusema kannaks enda ning seeläbi lapse eest parimat võimalikku hoolt (muretsemata rahaliste vahendite pärast). Lisaks on vanemaks saada soovivatele isikutele lapse sünnitamise näol tegemist kohustusega, mis on iseloomulik vaid asendusemaduslepingutele (näiteks vanemaks saada soovivate isikute kohustus maksta asendusemale kindel rahasumma on sarnane väga paljudest võlaõiguslikest lepingutest tuleneva ühe lepingupoolte kohustusega maksta teisele lepingupooltele kindel rahasumma).

<sup>90</sup> *Mount Albert Borough Council v Australasian and General Assurance Society* [1938] A.C. 224; *Bonython v Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201; *Vita Food Products Inc v Unus Shipping Co* [1939] A.C. 277.

<sup>91</sup> *The Assunzione* [1954] 1 A11 ER 278; *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* [1960] Ch.52.

<sup>92</sup> *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co.* (1978) 22 Cal.3d 157, 161; *I. J. Weinrot & Son, Inc. v. Jackson* (1985) 40 Cal.3d 327.

tõenäoliselt enamasti sellised asendusemadusest tulenevad vaidlused, kus asendusemadusele iseloomulikud tähtsamad sündmused ja teod (näiteks viljastamine, lapse kandmine ja sünd) ongi aset leidnud Kalifornias. Gestatsioonilise asendusemaduse lepingutest tulenevatele nõuetele kohaldub Kalifornia perekonnakoodeksi kohaselt selle riigi õigus, kus leping täideti, milleks Kalifornia kohtutesse jõudvates vaidlustes on samuti tõenäoliselt Kalifornia.<sup>93</sup>

Olenemata eeltoodud eelistest, on asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute vaheliste suhete lepinguliste suhetena kvalifitseerimisel ka puudus, mida tuleb arvesse võtta, otsustades kas Eesti kohtud peaksid asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavatele nõuetele kohalduvat õigust määrama lepingulistele nõuetele kohalduva õiguse määramise normide alusel. Nimelt võivad Eesti kohtud tulenevalt Eestis kehtivast asendusemaduse keelust kohaldada asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel välisriigi õiguse kohaldamise piiranguid, milleks võivad asendusemaduslepingute puhul kõne alla tulla eelkõige avalik kord (REÕS § 7) ning imperatiivsed normid (REÕS §§-d 31 ja 32 lõige 3). Teoreetiliselt on võimalik, et Eesti kohtud võivad jätta asendusemaduslepingust tuleneva vaidluse korral asendusemadust legaliseeriva riigi õiguse kohaldamata jätta, viidates vastuolule Eesti avaliku korraga.<sup>94</sup> Samuti peavad asendusemaduslepingu pooled arvestama, et Eesti kohtud võivad vaidlusele kohaldada Eesti õiguse imperatiivseid sätteid,<sup>95</sup> kuna asendusemaduse kõik liigid on

---

<sup>93</sup> California Family Code (viide 30) Division 12 Part 7 Section 7962(c).

<sup>94</sup> Loe avaliku korra mõistest lähemalt: I. Nurmela jt (viide 18), lk 65-69; K. Ikkonen. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. – *Juridica* 2005 III, lk 187-199; A. Aedmaa. Avaliku korra kaitse Eesti õigusruumis. – *Juridica* 2004 VII, lk 499-504; C. Kessedjian. Public Order in European Law. – *Erasmus Law Review* 2007 Vol 1 No 1, pp 25-36; F. Ghodoosi. The Concept of Public Policy: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. – *Nebraska Law Review* 2016 Vol 94, pp 1-57; A. Mills. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law* 2008 Vol 4 No 2, pp 201-236; European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens` Rights and Constitutional Affairs. Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law. Brussels: European Parliament 2011. Euroopa Liidu Kohus on avalikku korra tähendust käsitlenud näiteks järgmistes lahendites: ECJ, 2/4/1988, Case C-145/86 *Hoffmann v Krieg*; ECJ, 6/2/1994, Case-414/92 *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*; ECJ, 3/28/2000, Case C-7/98 *Krombach v Bamberski*; ECJ, 5/11/2000, Case C-38/98 *Renault v Maxicar*; ECJ, 5/2/2006, Case C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*; ECJ, 4/2/2009, Case C-349/07 *Sopropé – Organizações de Calçado Lda v Fazenda Pública*; ECJ, 4/28/2009, Case C-420/07 *Apostolides v Orams*; ECJ, 4/2/2009, Case C-394/07 *Marco Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company*.

<sup>95</sup> Loe imperatiivsete sätete mõistest lähemalt: I. Nurmela jt (viide 18), lk 69-71; R. Jankelevitš. Avalik kord ja imperatiivsed sätted rahvusvahelises eraõiguses. - *Juridica* 2002 VII, lk 479, 483-486; E. Storme. Freedom of

KarS § 132 kohaselt keelatud ning seadusest tuleneva keeluga vastuolus olevad tehingud tsiviilseadustiku üldosa seaduse § 87 kohaselt tühised. Selliste kohalduva õiguse piirangute kohaldamine ei vasta enamikel juhtudel tõenäoliselt ühegi asendusemaduse osapoole huvidele.

Eeltoodust järeldub, et Eesti õigusaktides sisalduv lepingulistele nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsioon sobib enamikel juhtudel hästi ka asendusemaduslepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks, kuna üldjuhtudel peaksid Eesti kohtud asendusemaduslepingust tulenevatele nõuetele kohaldama lepingupoolte kokkulepitud riigi õigust või selle riigi õigust, millega asendusemaduslepingust tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud. Selline lahendus kaitseb reeglina kõigi lepingupoolte huve ning tagab vaidluse tulemuse ettenähtavuse lepingupoolte jaoks. Kuigi lepingulistele nõuetele kohaldatakse regulatsioon sobib hästi asendusemaduslepingutest tulenevate suhete reguleerimiseks, on asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute vahelisi suhteid võimalik kvalifitseerida ka lepinguväliste suhetena, mille eeliseid ning puudusi analüüsibki järgmine alapeatükk.

## **2.2. Vanemaks saada soovivate isikute ning asendusema ja seemnerakudoonori vaheline suhe kui lepinguväline võlasuhe**

### **2.2.1. Kvalifitseerimine rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel**

Kuna asendusemadusest tulenevate õigussuhete näol on tegemist väga erinäoliste õigussuhetega, sõlmivad vanemaks saada soovivad isikud, asendusema ja seemnerakudoonor omavahel reeglina asendusemaduslepingu. Siiski ei pruugi see nii olla kõikidel juhtudel, samuti võib juhtuda, et asendusemadusleping ei reguleeri ammendavalt kõiki poolte vahel tekkivaid õigussuhteid või et asendusemadusleping on kehtetu (näiteks seetõttu, et asendusemadusleping on vastuolus seadusega ja seeläbi tühine). Kõikidel nimetatud juhtudel tuleb asendusemadusest tulenevad vanemateks saada soovivate isikute ja asendusema ning seemnerakudoonori vahelised suhted kvalifitseerida seega lepinguväliste võlasuhetena. Käesolev alapeatükk selgitab, millised on asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu kõige tõenäolisemalt esitatavate nõuete (asendusema ja seemnerakudoonori esitatavad tasu ja kulutuste hüvitamise nõuded, vanemateks saada soovivate isikute esitatavad

---

Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law. - Juridica International 2006 I, pp 34, 34-44; I. Kunda. Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts. – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht 2007 Vol 4 No 5, pp 210, 210-222.

sooritusnõuded, tegevusest hoidumise nõuded, alusetu rikastumise nõuded ja kahju hüvitamise nõuded) lepinguväliste nõuetena kvalifitseerimise eelised ning puudused. Eesti kohtud kontrollivad asendusemadusest tulenevate lepinguväliste nõuete rahvusvahelist kohtualluvust kas Eesti-Vene (artiklid 21 lõige 1 ja 40), Eesti-Ukraina (artiklid 21 lõige 1 ja 33), Eesti-Poola (artikkel 39), Eesti-Leedu-Läti (artiklid 20 lõige 1 ja 39) või TsMS-i (§§-d 79, 83 ja 94). Tulenevalt Brüsseli I (parandatud) määruse artikkel 1 lõikest 2, Lugano II konventsiooni artikkel 1 lõikest 2 ning Brüsseli II *bis* määruse artikkel 1 lõike 3 punktist a<sup>96</sup> on asendusemadusest tulenevate lepinguväliste nõuete kohtualluvuse kontrollimine nii rahvusvahelisel kui ka Euroopa Liidu tasandil reguleerimata.<sup>97</sup> Eeltoodud normide alusel on asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguväliste nõuetena kvalifitseerimise eelised nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel järgmised.

Esiteks, toetab asendusemadusest tulenevate nõuete lepinguväliste nõuetena kvalifitseerimist õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv vanemateks saada soovivate isikute esitatavate kahju hüvitamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon,<sup>98</sup> kuna nimetatud õigusaktide sätete kohaselt peaksid enamasti asja lahendama selle riigi kohtud, kus toimus kahju hüvitamise nõude aluseks olev tegu. Vanemateks saada soovivad isikud võivad asendusema ja seemnerakudoonori vastu esitada asendusemadusest tulenevaid kahju hüvitamise nõudeid näiteks juhtudel, mil asendusema (näiteks raseduse kestel suitsetamise ja narkootikumide kasutamisega) või seemnerakudoonor (näiteks seemnerakudoonoriks olemise mittekõlblikuse varjamisega) on põhjustanud tervisekahjustusega lapse sünni või kui asendusema või seemnerakudoonor viivitavad kokkulepitu täitmisega (näiteks asendusema keeldub esialgu pikka aega last üle andmast, mistõttu vanemaks saada soovivad isikud peavad välisriigis viibima planeeritust kauem, kaotades seetõttu töökohad).

---

<sup>96</sup> Vaata ka Brüssel II *bis* määruse preambula punkt 10.

<sup>97</sup> European Parliament. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States (viide 64), pp 164, 166; loe lisaks: E. Caracciolo di Torella and P. Foubert. Surrogacy, Pregnancy and Maternity Rights: A Missed Opportunity for a More Coherent Regime of Parental Rights in the EU. – European Law Review 2015 No 1, pp 52-69.

<sup>98</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 40 lõiked 1 ja 3, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 33 lõiked 1 ja 3, Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 39 lõiked 1 ja 2, Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 39 lõiked 1 ja 3, REÕS § 94.

Taoliste kahju hüvitamise nõuete lahendamiseks on tõenäoliselt sobivaimad selle riigi kohtud, kus kahju hüvitamise nõude aluseks olev tegu või sündmus aset leidis, kuna asendusemadusest tulenevate kahju hüvitamise nõuete aluseks oleva teo või sündmuse toimumise koht kattub üldjuhul kohaga, millega asendusemadus on kõige tugevamalt seotud ehk kus on sõlmitud vastavad asendusemaduse kokkulepped, kus on toimunud viljastamine, lapse kandmine ja lapse sünd, samuti on reeglina tegemist asendusema või seemnerakudoonori (ehk kostja) elukohariigiga. Kahju hüvitamise nõude aluseks oleva teo või sündmuse toimumise riigi kohtutel on eeltoodust tulenevalt seega tõenäoliselt võimalik tunduvalt kergemini ja kiiremini kindlaks teha, kas kahju hüvitamise nõude aluseks olev sündmus või tegu on toimunud ning sellest tulenevalt nõue lahendada. Kahju hüvitamise nõude aluseks oleva teo või sündmuse toimumise riigi kohtute kasuks räägib ka asjaolu, et asendusemadusest tulenevate vanemaks saada soovivate isikute esitatavate kahju hüvitamise nõuete puhul võib kahju tekkimise koha kindlakstegemine osutada tunduvalt keerulisemaks kui nõude aluseks oleva teo või sündmuse toimumise koha kindlakstegemine. Näiteks ei ole üheselt selge, kus tekkis kahju juhtudel, mil asendusema rasedusaegse alkoholitarbimise tõttu sünnib laps sügava puudega, kuna sügava puudega lapse hooldamine toob vanemateks saada soovivatele isikutele kaasa rahalisi lisakulutusi tõenäoliselt väga pika aja vältel, lisaks on väga raske määrata vanemaks saada soovivatel isikutel puudega lapse sündimisest tekkiva mittemateriaalse kahju toimumise kohta.

Teiseks, tuleks asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavaid nõudeid kvalifitseerida nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel lepinguväliste nõuetena, kuna õigusabilepingute ja TsMS-i kohaselt on vanemateks saada soovivate isikute sooritusnõuete (millega nõutakse asendusemalt ja seemnerakudoonorilt mingite tegude sooritamist, näiteks vanemlikest õigustest loobumist, seemnerakudoonorilt sperma loovutamist või asendusemalt viljastamise lubamist ja pärast lapse sündi lapse üleandmist) ja tegevusest hoidumise nõuete (millega nõutakse asendusemalt või seemnerakudoonorilt teatud tegevusest hoidumist, näiteks asendusemalt raseduse kestel suitsetamisest loobumist) lahendamise õigus kostja elukohariigi kohtutel. Reeglina on kostja (ehk asendusema või seemnerakudoonori) elukohariigi kohtute näol tegemist selle riigi kohtutega, kus sooritus tuleb täita või kus tegevus, millest hoidumist nõutakse, kõige tõenäolisemalt võib aset leida. Seega ei ole Eesti kohtutel reeglina võimalik nimetatud nõudeid lahendada, mis on igati õigustatud olukorras, kus asendusemadusest tuleneva vaidluse ainsaks seoseks Eestiga on see, et vanemaks saada soovivad isikud on Eestist pärit. Vanemateks saada soovivate isikute esitatavate sooritusnõude ja tegevusest hoidumise nõude lahendamiseks on ilmselt sobivaimad selle riigi kohtud, kus vanemateks saada soovivate isikute poolt nõutav

sooritus peaks aset leidma (sooritusnõude puhul) või kus tegevus, millest hoidumist nõutakse, on aset leidnud või kus ta võib kõige tõenäolisemalt aset leida (tegevusest hoidumise nõuete puhul), kuna vaidlus on kõige tugevamalt seotud nimetatud riigiga (näiteks võivad seal asuda tõendid, et asendusema või seemnerakudoonor ei ole sooritust teinud või on teinud teo, millest hoidumist nõutakse), lisaks tuleb vastavaid kohtuotsuseid täita viimatinimetatud riigis ning välisriikide kohtuotsuste täitmine (kui hagi rahuldatakse) võib olla tunduvalt keerukam ning aeganõudvam. Arvestades sooritusnõuete ja tegevusest hoidumise nõuete olemust, võib nõude rahuldamisel osutada oluliseks kohtuotsuse võimalikult kiire täitmine (näiteks vanemateks saada soovivate isikute nõue asendusema vastu, et viimatinimetatu raseduse kestel regulaarselt tervisekontrollis käiks või narkootikumide tarvitamisest hoiduks).

Kolmandaks, tuleks asendusemadusest tulenevaid nõudeid nende rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel kontrollida lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise sätete alusel, kuna Eesti kohtutes kohaldamisele tulevad rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise õigusaktid annavad vanemateks saada soovivate isikute esitatavate alusetu rikastumise nõuete lahendamise õiguse kostja elukohariigi kohtutele. Üldjuhtudel leiab kostja (ehk asendusema või seemnerakudoonori) elukohariigis aset ka alusetu rikastumine. Eeltoodust tuleneb, et reeglina ei ole Eesti kohtutel võimalik alusetust rikastumisest tulenevaid vaidlusi lahendada, mis on põhjendatud juhtudel, mil vaidluse ainsaks seoseks Eestiga on see, et vanemaks saada soovivad isikud on Eestist pärit. Alusetu rikastumise nõuded on võimalikud eelkõige siis, kui vanemaks saada soovivad isikud on asendusemale või seemnerakudoonorile tasu maksnud, kuid viimatinimetatud keelduvad viljastamisest (asendusema) või seemnerakkude loovutamisest (seemnerakudoonor), last pärast sündi üle andmast või oma vanemlikest õigustest loobumast ning vanemaks saada soovivatel isikutel ei ole õiguslikult võimalik neilt soorituse tegemist nõuda.

Alusetust rikastumisest tulenevate nõuete lahendamiseks oleks tõenäoliselt sobivaimad selle riigi kohtud, kus alusetu rikastumine aset leidis (täpsemalt tagajärje saabumise riigi kohtud), kuna alusetu rikastumise aluseks oleva teo toimumise riigi kohtutele asendusemadusest tulenevate vaidluste lahendamise õiguse andmisel võib osutada keeruliseks teo toimumise koha määratlemine või ei pruugi teo toimumise riik olla nõudega kõige tugevamalt seotud riigiks. Näiteks juhtudel, mil vanemaks saada soovivad isikud tegid vastavad maksed, kandes oma elukohariigis asudes raha elektrooniliselt üle internetipangas, võib tõusetuda küsimus sellest, millist riiki lugeda teo toimumise riigiks ning asudes seisukohale, et selleks on riik, kus

vanemaks saada soovivad isikud raha üle kandsid, oleks vaidluse lahendamise õigus vanemaks saada soovivate isikute elukohariigil, mis ei pruugi piisavalt kaitsta kostja ehk asendusema või seemnerakudoonori huve. Asendusemadusest tulenevate alusetu rikastumise nõuete puhul langeb tagajärje saabumise koht reeglina kokku kohaga, kus oleks pidanud täidetama kohustus, mille mittetäitmise tõttu alusetu rikastumise nõue esitatakse (ehk kus oleks toimunud näiteks viljastamine, lapse kandmine, sünnitamine). Riigis, kus asendusema või seemnerakudoonori alusetu rikastumine aset leidis, on ilmselt ka asendusema või seemnerakudoonori (ehk kostja) elukoht, samuti leidsid seal tõenäoliselt aset pooltevahelised asendusemadusalased läbirääkimised ja vastavate asjassepuutuvate kokkulepete sõlmimine (kuna reeglina on vanemaks saada soovivad isikud need, kes asendusema ja seemnerakudoonoriga kokkulepete sõlmimiseks viimatinimetatute elukohariiki reisivad, mitte vastupidi) ning asendusemadusagentuuri kasutamisel on seal tõenäoliselt ka asendusemadusagentuuri asukoht. Seega on selle riigi kohtud, kus asendusema või seemnerakudoonori alusetu rikastumine aset leidis tõenäoliselt kõige tugevamalt asendusemadusest tuleneva alusetu rikastumise nõudega seotud, mistõttu on nimetatud riigi kohtutel tõenäoliselt kergemi ja kiiremini tõendeid koguda ning see kindlaks teha, kas alusetu rikastumine on aset leidnud ning kas nõue kuulub rahuldamisele.

Kuigi eeltoodust tuleneb, et asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavate nõuete lepinguväliste nõuetena kvalifitseerimist nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisel soosib vanemaks saada soovivate isikute esitatavate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon, on asendusemadusest tulenevate suhete lepinguväliste suhetena kvalifitseerimise puuduseks see, et asendusema ja seemnerakudoonori esitatavate lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei ole nimetatud isikute esitatavate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks sobiv. Kuna Eesti kohtutesse jõudvates asendusemaduse vaidlustes on vanemateks saada soovivad isikud Eestist pärit, siis ei arvesta lahendus, mille kohaselt peaks asendusema või seemnerakudoonor asendusemadusest tuleneva tasu või kulutuste hüvitamise nõude Eesti kohtusse esitama,<sup>99</sup> piisaval määral asendusema ning seemnerakudoonori huvidega. Eeltoodu ei tähenda aga siiski automaatselt seda, et asendusema ja vanemateks saada soovivad isikud on kõikidel juhtudel sunnitud oma vanemateks saada soovivate isikute vastu esitatavad nõuded Eesti kohtusse esitama, kuna tulenevalt asendusema ja seemnerakudoonori elukohariigi rahvusvahelise tsiviilkohtumenetluse normidest võivad ka

---

<sup>99</sup> Vaata TsMS §§-d 79 ja 83.

selle riigi kohtutel olla õigus selliseid vaidlusi lahendada.

Asendusema ja seemnerakudoonori esitatavate tasu ja kulutuste hüvitamise nõuete lahendamiseks oleks tõenäoliselt sobivaimad selle riigi kohtud, kus leidis aset asendusema või seemnerakudoonori tasu või kulutuste hüvitamise nõude aluseks olev tegu. Nimetatud nõuete aluseks olevateks tegudeks on enamasti asendusema poolt lapse kandmine ja sünnitamine, samuti teod, mis kaasnevad lapse kandmise ja sünnitamisega (näiteks arstikülastused, raseduse ajaks uute riiete ostmine, raseduse normaalset kulgemist toetavate vitamiinide ostmine jne) ning seemnerakudoonori poolt seemnerakkude loovutamine. Lisaks sellele, et tasu ja kulutuste hüvitamise nõuetest tulenevad vaidlused on tõenäoliselt kõige tugevamalt seotud selle riigiga, kus tasu või kulutuste hüvitamise nõude aluseks olevad teod toimusid, tagab selline lahendus ka enim kõikide vaidluspoolte huvide tasakaalu. Võimaldades asendusemal ja seemnerakudoonoril esitada oma tasu ja kulutuste hüvitamise nõudeid vaid kostja ehk vanemateks saada soovivate isikute elukohariigi kohtusse, võib see kaasa tuua olukorra, kus asendusemal ja seemnerakudoonoril ei ole võimalik oma õigusi efektiivselt kaitsta. Nimelt tuleneb asendusemadusest tulenevates vaidlustes rahvusvaheline element reeglina sellest, et vanemaks saada soovivad isikud reisivad välisriiki asendusema teel lapse saamiseks, seega oleksid asendusema ja seemnerakudoonor sunnitud oma õiguste kaitseks hagi esitama riiki, mille õiguskorda nad ei tunne ning mis võib omakorda kaasa tuua lisakulutusi (näiteks nõustaja ja/või esindaja kulud jne). Samuti võimaldaks selline regulatsioon vanemaks saada soovivatel isikutel ehk kostjatel oma positsiooni kuritarvitada, kolides teadlikult elama riiki, kus asendusemal ning seemnerakudoonoril võib olla raskusi oma õiguste efektiivse kaitsmisega. Veelgi enam, kuna rahvusvahelised lepingud asendusemadusest tulenevate lepinguvälise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks puuduvad ning iga riik kehtestab ise oma rahvusvahelise tsiviilkohtumenetluse reeglid, siis sõltub sellest, milline kohus on pädev asja lahendama ka see, milline õigus vaidlusele kohaldub. Lubades vaidlust lahendada kostja elukohariigi kohtutel, mille õiguse kohaselt on asendusemadus reeglina keelatud, on suur tõenäosus, et ka asendusemadusest tulenevale lepinguvälisele nõudele endale kohaldatakse asendusemadust keelava riigi õigust, mis võib välistada asendusema ja seemnerakudoonori esitatavate tasu ja kulutuste hüvitamise nõuete rahuldamise.

Eelnevast lähtub, et asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute vaheliste suhete lepinguvälise suhetena kvalifitseerimise eeliseks on, et õigusabilepingud ning TsMS võimaldavad vanemateks saada soovivate isikute esitatavaid nõudeid lahendada selle

riigi kohtutel, millega on vaidlusel reeglina tugevaim seos, tagades sellega kõigi osapoolte huvide kaitse, võimaluse kohtumenetluses osaleda ning kiirendades ühtlasi tõenäoliselt vaidluse lahendamist. Küll aga on selline kvalifitseerimine problemaatiline, kuna lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon ei kaitse piisaval määral asendusema ja seemnerakudoonori huve, sest viimatinimetatud võivad olla kohustatud oma tasu ja kulude hüvitamise nõudeid esitama Eesti kohtutesse, mis võib oluliselt raskendada neil kohtumenetluses osalemist. Kokkuvõtlikult saab öelda, et õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise reeglistik ei ole ideaalne asendusemadusest tulenevate lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuid on parema alternatiivi puudumisel sobilik.

### **2.2.2. Kvalifitseerimine kohalduva õiguse määramisel**

Pärast seda kui Eesti kohtud on tuvastanud, et neil on õigus asendusemadusest tulevat vaidlust lahendada, peavad nad määrama vaidlusele kohalduva õiguse. Käesolevas alapeatükis käsitletakse, kas lepinguväliste nõuetele kohalduva õiguse määramise normistik on sobiv asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute levinuimatele üksteise vastu esitatavatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Eesti kohtud määravad asendusemadusest tulenevatele lepinguväliste nõuetele kohalduva õiguse Eesti-Vene (artikkel 40 lõiked 1 ja 2), Eesti-Ukraina (artikkel 33 lõiked 1 ja 2), Eesti-Poola (artikkel 39 lõige 1), Eesti-Leedu-Läti (artikkel 39 lõiked 1 ja 2) õigusabilepingu või REÕS-i (§§-d 48<sup>1</sup>, 50, 53, 54) alusel,<sup>100</sup> olenemata õigussuhte tekkimise ajast.<sup>101</sup> Kohaldamisele ei tule Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 864/2007, 11. juuli 2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma II“)<sup>102</sup> (Rooma II määrus), kuna selle artikkel 1 lõike 2 punkt a kohaselt jäetakse Rooma II määruse reguleerimisalast välja lepinguvälised võlasuhted, mis tulenevad perekonnasuhtest või suhtest, mis on kohaldatava õiguse kohaselt perekonnasuhtele sarnase toimega, sealhulgas ülalpidamiskohustused. Eelnimetatud normide alusel asendusemadusest tulenevatele nõuetele lepinguväliste suhetena kvalifitseerimisel

---

<sup>100</sup> Käesolevas magistritöös ei tutvustata ega analüüsita REÕS-s sisalduvat käsundita asjaajamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsiooni, kuna asendusemadusest tuleneva käsundita asjaajamise võlasuhte tekkimine on tulenevalt selle õiguslikust sisust asendusemaduse vaidlustes tõenäoliselt harv.

<sup>101</sup> Vaata VÕSRS § 24 lõiget 1. Enne REÕS-i jõustumist tuli lepinguväliste nõuetele kohalduv õigus määrata TsÜS 1994 alusel.

<sup>102</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 864/2007, 11. juuli 2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma II“) – ELT L 199, 31.07.2007, lk 40-49.

kohalduva õiguse määramisel on järgmised eelised.

Esiteks, tuleks asendusema, seemnerakudoonori ja vanemateks saada soovivate isikute vahelisi suhteid kvalifitseerida lepinguväliste suhetena, kuna vanemateks saada soovivate isikute kahju hüvitamise nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsiooni kohaselt tuleb reeglina kohaldamisele selle riigi õigus, milles kahju aluseks olev tegu tehti või sündmus toimus.<sup>103</sup> Enamikel juhtudel on riik, milles kahju aluseks olev tegu tehtu või sündmus toimus, ühtlasi ka riigiks, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud. Asendusemadusest tulenevatele kahju hüvitamise nõuetele tuleks kohaldada selle riigi õigust, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamat seotud just seetõttu, et tõenäoliselt on nimetatud riigi asendusemadust puudutava õigusliku regulatsiooniga hästi tuttavad nii asendusema ja seemnerakudoonor (kuna reeglina on tegemist nende elukohariigiga) kui ka vanemaks saada soovivad isikud (kuna reeglina valivad asendusema abil vanemaks saada soovivad isikud sobiva riigi välja tulenevalt selles kehtivast asendusemaduse regulatsioonist) ning selle riigi õiguse kohaldamine vaidlusele on osapooltele olnud ettenähtav. Ka nendel harvadel juhtudel, mil ei tule kohaldamisele selle riigi õigus, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud ning kus asendusemadus on legaalne, ei välista vaidlusele mõne muu riigi õiguse kohaldamine tõenäoliselt samuti automaatselt asendusemadusest tulenevate kahju hüvitamise nõuete rahuldamist, kuna tegemist sellist liiki nõuetega, mille puhul ei ole nõude rahuldamise seisukohalt oluline, et nõudele kohaldataks asendusemadust legaliseeriva riigi õigust.

Eeltoodust lähtuvad suures osas ka Kalifornia ning Inglise õigus. Kalifornia kohtud kohaldavad Kalifornia kohtupraktikast tulenevalt asendusemadusest tulenevatele lepinguvälistele nõuetele välisriigi õigust vaid siis, kui vähemalt üks pooltest seda taotleb ning suudab kohut veenda selles, et välisriigi õigus peaks kohalduma.<sup>104</sup> Kuna Kalifornias on legaalsed kõik asendusemaduse liigid, siis on Kalifornia kohtutesse jõudvad asendusemadusvaidlustest tulenevad õigussuhted reeglina kõige tugevamalt seotud Kaliforniaga, mistõttu on põhjendatud vaidlusele Kalifornia õiguse kohaldamine. Inglise õiguses reguleerib asendusemadusest

---

<sup>103</sup> Vaata Eesti-Vene õigusabilepingu artikkel 40 lõige 1, Eesti-Ukraina õigusabilepingu artikkel 33 lõige 1, Eesti-Poola õigusabilepingu artikkel 39 lõige 1 esimene lause, Eesti-Leedu-Läti õigusabilepingu artikkel 39 lõige 1 ning REÕS § 50 lõige 1).

<sup>104</sup> *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co.* (1978) 22 Cal.3d 157, 161; *I. J. Weinrot & Son, Inc. v. Jackson* (1985) 40 Cal.3d 327.

tulenevatele lepinguvälistele nõutele kohalduva õiguse määramist rahvusvahelise eraõiguse akt,<sup>105</sup> mille artiklid 11 lõige 1 ja 12 lõige 1 sätestavad, et kohaldamisele tuleb selle riigi õigus, kus lepinguvälise nõude aluseks olev sündmus toimus, välja arvatud juhtudel, mil lepinguvälise nõue on tugevamalt seotud muu riigiga, misjuhul tuleb kohaldamisele viimatinimetatud riigi õigus.

Teiseks, peaks asendusemadusest tulenevaid nõudeid kvalifitseerima nõuetele kohalduva õiguse määramisel lepinguväliste nõuetena seetõttu, et Eesti õigusaktides sisalduv alusetu rikastumise nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsioon<sup>106</sup> sobib hästi vanemateks saada soovivate isikute vanemateks saada soovivate isikute esitatavate alusetu rikastumise nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Nimelt tuleks REÕS-i kohaselt sellistel juhtudel kohaldamisele selle riigi õigus, mida kohaldatakse tegelikult või eeldatavale õigussuhtele, mille alusel kohustus täideti. Asendusemadusest tulenevatele vanemaks saada soovivate isikute esitatavatele alusetu rikastumise nõuetele tuleks kohaldada selle riigi õigust, mida kohaldatakse tegelikule või eeldatavale õigussuhtele, mille alusel tasu maksti või kulutused hüvitati seetõttu, et asendusemadusest tulenevad alusetu rikastumise nõuded eelkõige juhtudel, mil vanemaks saada soovivad isikud on endale võtnud kohustuse asendusemale või seemnerakudoonorile tasu maksta või kulutusi hüvitada asendusema või seemnerakudoonori vastusoorituse eest, viimatinimetatud jätavad oma vastusoorituse täitmata ning vanemaks saada soovivatel isikutel pole õiguslikult võimalik neilt vastusoorituse täitmist nõuda (näiteks juhtudel, mil tegemist on tasulise asendusemaga, kuid asendusema keeldub vanemlikest õigustest loobumast ning vaidlusele kohalduva õiguse kohaselt pole asendusemalt võimalik sellise kohustuse täitmist nõuda).

Kuigi asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel lepinguväliste nõuetele kohalduva õiguse määramise normide alusel on mitmeid eeliseid, saab välja tuua põhjuseid, miks nimetatud regulatsioon ei ole sobiv asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks.

---

<sup>105</sup> Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 Part III Section 11(1), 12(1).

<sup>106</sup> Vaata REÕS § 48<sup>1</sup>. Kuna õigusabilepingud alusetust rikastumisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramist ei reguleeri, tuleb alusetust rikastumisest tulenevale nõudele kohalduv õigus määrata kõikidel juhtudel REÕS-i alusel)

Esiteks, ei tuleks asendusema, seemnerakudoonori ning vanemateks saada soovivate isikute üksteise vastu esitatavaid nõudeid lepinguväliste nõuetena kvalifitseerida põhjusel, et õigusabilepingutes ja REÕS-s puudub regulatsioon, kuidas määrata kohalduvat õigust asendusema ja seemnerakudoonori esitavatele tasu ja kulutuste hüvitamise nõuetele. Asendusema ja seemnerakudoonori esitavate tasu ning kulutuste hüvitamise nõuetele tuleks tõenäoliselt kohaldada selle riigi õigust, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud (ehk kus on toimunud viljastamine, lapse kandmine ja sünd). Seda seetõttu, et asendusema ning seemnerakudoonorile tasu maksmine ning kulude hüvitamine on eri õiguskordades reguleeritud väga erinevalt. Kohaldades asendusema või seemnerakudoonori esitavale tasu või kulutuste hüvitamise nõudele selle riigi õigust, kus asendusemadus on keelatud, on nõude rahuldamise tõenäosus väike. Samuti ei pruugi asendusema ja seemnerakudoonori õigusi piisavalt kaitsta ka lahendus, mille kohaselt kohaldatakse nende tasu ja kulutuste hüvitamise nõudele vaid tasuta asendusemadust legaliseeriva riigi õigust, kuna tasulise asendusemaduse keelamise tõttu jääksid asendusema ja seemnerakudoonori tasu hüvitamise nõuded automaatselt rahuldamata. Näiteks on Inglise õiguse kohaselt lubatud vaid tasuta asendusemadus ning asendusema saab nõuda vaid mõistlike kulutuste hüvitamist.<sup>107</sup> Üks võimalus ongi Eesti kohtutel ilmselt kohaldada nimetatud nõuetele REÕS §-st 53 tulenevalt selle riigi õigust, millega lepinguväline kohustus on kõige tugevamalt seotud. Selliselt tuleks kohaldamisele asendusemadust legaliseeriva riigi õigust, mille õiguskorda pooled tunnevad ning mille kohaldumisega vaidlusele on nad tõenäoliselt ka arvestanud.

Teiseks, ei tuleks asendusemadusest tulenevaid nõudeid nõudele kohalduva õiguse määramisel lepinguväliste nõuetena kvalifitseerida seetõttu, et nii õigusabilepingutes kui ka REÕS-s puudub regulatsioon vanemateks saada soovivate isikute esitavate sooritusnõuetele ja tegevusest hoidumise nõuetele kohalduva õiguse määramiseks. Sooritusnõuetele, kus vanemaks saada soovivad isikud nõuavad asendusemalt või seemnerakudoonorilt mingi teo tegemist (näiteks, et asendusema käiks raseduse ajal tervisekontrollis või et asendusema ja seemnerakudoonor annaksid pärast lapse sünni lapse üle vanemaks saada soovivatele isikutele) ja tegevusest hoidumise nõuetele (näiteks, et asendusema ei harrastaks raseduse jooksul ekstreemsporti) tuleks ilmselt kohaldada selle riigi õigust, millega asendusemadus on kõige

---

<sup>107</sup> Surrogacy Arrangements Act 1985 (Chapter 49) Section II. Loe ka: *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146; *Re S (Parental Order)* [2010] 1 FLR 1156; *A and A v P, P and B* [2011] EWHC 1738; *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147,

tugevamalt seotud ehk kus on aset leidnud asendusema viljastamine, lapse kandmine ja sünd. Seda eelkõige põhjusel, et kirjeldatud sooritusnõuete ja tegevusest hoidumise nõuete näol on tegemist nõuetega, mille rahuldamise tõenäosus sõltub väga suurel määral õigusest, mida nõudele kohaldatakse. Kohaldades asendusemadusest tulenevale lepinguvälisele nõudele selle riigi õigust, mis pole asendusemadusest tulenevate õigussuhetega kõige tugevamalt seotud, võib juhtuda, et vanemaks saada soovivate isikute nõuet, mille esitamisel on nad arvestanud neile asendusemadusega tugevamalt seotud riigi õigusest tulenevate õigustega, ei võeta isegi menetlusse, kuna selliseid nõudeid pole asendusemadusest tulenevatele lepinguvälisele nõuetele kohalduva õiguse kohaselt võimalik esitada. Eeltoodust tulenevalt võiksid Eesti kohtud ka siin (nagu asendusema ja seemnerakudoonori esitatavate tasu ja kulutuste hüvitamise nõuetele kohalduva õiguse määramisel) kohaldada nimetatud nõuetele REÕS §-st 53 tulenevalt selle riigi õigust, millega lepinguväline kohustus on kõige tugevamalt seotud, mis tõenäoliselt kindlustaks, et kohaldamisele tuleks asendusemadust legaliseeriva riigi õigus, mille õiguskorda pooled tunnevad ning mille kohaldumisega vaidlusele on nad arvestanud.

Eeltoodust tuleneb, et asendusema, seemnerakudoonori ja vanemaks saada soovivate isikute vaheliste suhete lepinguvälise suhetena kvalifitseerimise eeliseks nõuetele kohalduva õiguse määramisel on, et Eesti õigusaktides sisalduv vanemateks saada soovivate isikute esitavatele kahju hüvitamise nõuetele ja alusetu rikastumise nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsioon kaitseb enamikel juhtudel kõigi vaidluspoolte huve ning viib vaidlusele selle õiguse kohaldamiseni, millega pooled tõenäoliselt tutvavad on ning mille kohaldamist nad oskavad ette näha. Kuigi asendusemadusest tulenevate suhete kvalifitseerimine võib problemaatiliseks osutuda seetõttu, et puudub regulatsioon ülejäänud asendusemadusest tulenevate kõige tõenäolisemalt esitatavatele nõuetele kohalduva õiguse määramiseks, võivad Eesti kohtud nimetatud probleemi ületada, kohaldades lepinguvälise kohustusega kõige tugevamalt seotud riigi õigust, mis on reeglina sobilik nimetatud asendusemadusest tulenevate vaidluste lahendamiseks, tagades kõikide osapoolte huvide kaitse ning vaidlustulemuse ettenähtavuse. Kokkuvõtlikult saab öelda, et asendusemadusest tulenevaid nõudeid saab kohalduva õiguse määramisel kvalifitseerida lepinguvälise nõuetele.

## KOKKUVÕTE

Asendusemadus on seoses teaduse arenguga muutumas aina populaarsemaks lapsesaamismeetodiks, kuid kahjuks pole Eesti rahvusvahelise eraõiguse normid suutnud ajaga kaasas käia, kuna Eesti rahvusvahelises eraõiguses puudub asendusemaduse kvalifitseerimiskategooria. Samuti puuduvad rahvusvahelised lepingud või Euroopa Liidu määrused, mis käsitleksid asendusemadusest tulenevate nõuete kohtualluvuse kontrollimist või nõuetele kohalduva õiguse määramist. Kuna Eesti rahvusvahelises eraõiguses on perekonnaõiguslikest suhetest kvalifitseerimiskategooriad olemas vaid põlvnemise, lapsendamise ning vanema ja lapse vahelise muude perekonnaõigusliku õigussuhete, siis tuleks asendusemadusest tulenevad suhted kvalifitseerida ühe alla neist kolmest.

Analüüsid asendusemadusest tulenevate õigussuhete põlvnemise kvalifitseerimiskategooria alla paigutamist, selgus, et põlvnemisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid, samuti põlvnemise nõuetele kohalduva õiguse normid ei ole sobivad asendusemadusest tulenevate suhete reguleerimiseks. Seda eelkõige põhjusel, et enamikele asendusemadusest tulenevatele emaduse või isaduse tuvastamise nõuetele kohalduv TsMS-i regulatsioon ei lähtu piisaval määral läheduskriteeriumist (mille kohaselt peaks lapsega seotud vaidlusi lahendama lapsele lähimad kohtud) ega ka tugevaima seotuse põhimõttest (mille kohaselt peaks nõuet lahendama selle riigi kohus, millega nõue on kõige tugevamalt seotud) ning REÕS-is sisalduva põlvnemisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse normid viivad enamikel juhtudel selle riigi õiguse kohaldamiseni, mille kohaldamine ei ole kooskõlas lapse parimate huvide põhimõttega ega kaitse piisaval määral kõigi asendusemaduse osapoolte huve. Samuti tekib põlvnemisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ja nõuetele kohalduva õiguse määramise normide rakendamisel asendusemadusest tulenevatele nõuetele tekkida mitmeid praktilisi probleeme, mis raskendavad asendusemadusest tulenevate nõuete põlvnemise nõuetena kvalifitseerimist.

Käsitledes asendusemadusest tulenevaid nõudeid kui lapsendamisest tulenevaid nõudeid, selgus samuti, et lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid ning neile kohalduva õiguse määramise reeglid ei sobi asendusemadusest tulenevate nõuete reguleerimiseks. Kui rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistiku puuduseks on see, et Eesti kohtutes kohaldamisele tulevad rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid ei lähtu läheduskriteeriumist ning võimaldavad asja lahendada Eesti kohtul ka juhtudel, mil asendusemadusest tulenevad õigussuhted on oluliselt tugevamalt seotud mõne

teise riigiga, siis lapsendamisest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normid ei sobi asendusemadusest tulenevatele vaidlustele kohalduva õiguse määramiseks seetõttu, et nii õigusabilepingute kui REÕS-i kohaselt tuleb paljudel juhtudel kohaldamisele asendusemadust keelava riigi õigus, kusjuures selline lahendus ei pruugi vastata ühegi asendusemaduse osapoole (sealhulgas lapse) huvidele. Lisaks takistab asendusemadusest tulenevate nõuete lapsendamise nõuetena kvalifitseerimist ka asjaolu, et lapsendamise näol on tegemist väga erinäoliste õigussuhetega, mille õiguslikul reguleerimisel on proovitud ühelt poolt kaitsta lapse parimaid huve ja teiselt poolt proovitud teha lapsendamist lapsendajatele mugavaks. Kuigi lapsendamise juhtudel on õigustatud see, et lapsendamisest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ja nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsioon lähtub eelkõige lapsest ja lapsendajatest, ei ole selline regulatsioon põhjendatud asendusemadusest tulenevate vaidluste reguleerimisel, kuna asendusema ja seemnerakudoonor vajavad asendusemadusest tulenevates vaidlustes reeglina suuremat kaitset kui lapse bioloogilised vanemad lapsendamisest tulenevates vaidlustes.

Kolmas võimalus asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise kvalifitseerimiseks on paigutada need vanemate ja laste vaheliste nõuete perekonnaõiguslike suhete kvalifitseerimiskategooria alla. Siiski selgus ka vanemate ja laste vahelistest muudest õigussuhetest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise reeglite ning nõuetele kohalduva õiguse määramise normide analüüsil, et tegemist ei ole sobiva kvalifitseerimiskategooriaga asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimiseks. Seda eelkõige põhjusel, et enamikele asendusemadusest tulenevatele vaidlustele kohalduv TsMS-i normistik ei lähtu läheduskriteeriumist ega ka tugevaima seotuse põhimõttest, mis tähendab, et vaidluse lahendamise õigust ei ole antud ei lapse elukohariigi kohtutele ega ka selle riigi kohtutele, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud. Lisaks kohaldavad Eesti kohtud REÕS-s sisalduva vanemate ja laste vahelistest muudest õigussuhetest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramise normistiku kohaselt asendusemadusest tulenevatele vaidlustele tõenäoliselt asendusemadust keelava riigi õigust. Selline lahendus ei vasta enamikel juhtudel mitte ühegi asendusemaduse osapoole huvidele ning ei ole kooskõlas asendusemadusest tulenevate suhete õigusliku reguleerimise oluliseima, lapse parimate huvide põhimõttega. Vanemate ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhete kvalifitseerimiskategooria näol on tegemist abstraktse kvalifitseerimiskategooriaga, kuhu on võimalik ilmselt paigutada kõik sellised vanemate ja laste vahelised perekonnaõiguslikud suhted, mida muude kvalifitseerimiskategooriate alla paigutada ei ole võimalik, kuid asendusemadusest tulenevate õigussuhete näol on tegemist liialt keeruliste ja

omanäoliste õigussuhetega, et neile niivõrd universaalset regulatsiooni kohaldada.

Lisaks asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimisele ja nõuetele kohalduva õiguse määramisele, võivad Eesti kohtud olla sunnitud kontrollima vanemateks saada soovivate isikute, asendusema ja seemnerakudoonori vahel sõlmitud asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelist kohtualluvust või määrama sellistele nõuetele kohalduva õiguse. Kuigi üldjuhtudel sõlmivad vanemaks saada soovivad isikud, asendusema ja seemnerakudoonor omavahel asendusemaduslepingu, ei ole see nii kõikidel juhtudel, mistõttu on vajalik analüüsida lisaks ka seda, kas Eesti kohtutes kohaldamisele tulenevates õigusaktides sisalduvad asendusemadusest tulenevate lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ning lepinguväliste nõuetele kohalduva õiguse määramise normid sobivad asendusemadusest tulenevate õigussuhete reguleerimiseks.

Eesti kohtutes kohaldamisele tulevates õigusaktides sisalduva asendusemaduslepingutest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ning nõuetele kohalduva õiguse määramise norme analüüsides ilmnes, et nii lepinguliste vaidluste rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid kui ka kohalduva õiguse määramise normid on üldjoontes sobilikud ka asendusemaduslepingust tulenevate nõuete reguleerimiseks. Õigusabilepingutes sisalduvate asendusemaduslepingutest tulenevate rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normistiku eeliseks on, et nad võimaldavad lepingupooltel sõlmida kohtualluvuse kokkuleppeid. TsMS-i eeliseks on, et kuna TsMS-i kohaselt võivad Eesti kohtud lahendada eelkõige selliseid asendusemaduslepingust tulenevaid nõudeid, kus kostja elu- või viibimiskohaks on Eesti (ning Eesti kohtutesse jõuda võivates vaidlustes on Eestist pärit reeglina vanemaks saada soovivad isikud), siis takistab TsMS-i normistik vanemateks saada soovivatel isikutel oma õigusi kuritarvitamast, esitades asendusema või seemnerakudoonori vastu nõue Eesti kohtusse. Eesti kohtutes kohaldamisele tulev asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse regulatsioon on sobilik eelkõige seetõttu, et üldjuhtudel peaksid Eesti kohtud asendusemaduslepingust tulenevatele nõuetele kohaldama lepingupoolte kokkulepitud riigi õigust või selle riigi õigust, millega asendusemaduslepingust tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud. Selline lahendus kaitseb reeglina kõigi lepingupoolte huve ning tagab vaidluse tulemuse ettenähtavuse lepingupoolte jaoks.

Analüüsides lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise kui ka nõuetele kohalduva õiguse määramise regulatsiooni, selgus, et Eesti kohtutes kohaldamisele tulevad

lepinguväliseid suhteid reguleerivad õigusnormid ei ole küll asendusemadusest tulenevate lepinguväliste suhete reguleerimiseks ideaalsed, kuid parema alternatiivi puudumisel sobivad. Kui lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise regulatsioon sobib hästi peamiste vanemateks saada soovivate isikute esitatavate lepinguväliste nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks, kuna kaitseb enamikel juhtudel piisaval määral kõikide osapoolte huve ning võimaldab vaidlust lahendada selle riigi kohtutel, millel on vaidlusega tõenäoliselt tugevaim seotus, siis asendusema või seemnerakudoonori asendusemadusest tulenevate tasu või kulutuste hüvitamise nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks õigusabilepingutes ja TsMS-s sisalduv reeglistik ei pruugi kaitste piisaval määral asendusema ning seemnerakudoonori huve ning võib viia olukorrani, kus neil on olulisel määral raskendatud oma õiguste efektiivne kaitsmine. Analüüsides asendusemadusest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramist, selgus, et Eesti kohtutes kohaldamisele tulevad normid kaitsevad enamikel juhtudel kõigi vaidluspoolte huve ning viivad vaidlusele selle õiguse kohaldamiseni, millega asendusemadusest tuleneva vaidluse osapooled tõenäoliselt tutvavad on ning mille kohaldumist vaidlusele on nad tõenäoliselt ette näinud. Küll aga on õigusabilepingute ja REÕS-i puuduseks see, et nad ei reguleeri ammendavalt kõigile asendusemadusest tekkida võivatele lepinguvälistele nõuetele kohalduva õiguse määramist.

Eeltoodust järeldub, et asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete kvalifitseerimiseks ei ole sobiv ei põlvnemise, lapsendamise ega vanema ja lapse vaheliste muude perekonnaõiguslike suhete kvalifitseerimiskategooria, mis tähendab, et asendusemadusest tulenevate nõuete rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimiseks ning neile kohalduva õiguse määramiseks oleks vajalik luua uus kvalifitseerimiskategooria, see tähendab kehtestada omaette rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ja kohalduva õiguse määramise normid asendusemadusest tekkivate vaidluste lahendamiseks jaoks. Asendusemadusest tulenevate vaidluste lahendamise õigus peaks ideaalis olema selle riigi kohtutel ning vaidlusele peaks kohaldama selle riigi õigust, millega asendusemadusest tulenevad õigussuhted on kõige tugevamalt seotud (ehk kus toimuvad pooltevahelised läbirääkimised, sõlmitakse asendusemadusleping, toimub asendusema viljastamine, lapse kandmine, lapse sünnitamine). Selline lahendus kaitseb suurimal määral kõigi asendusemaduse osapoolte, sealhulgas lapse, huve, kindlustades reeglina kõigile asendusemaduse osapooltele võimaluse kohtumenetlustest osa võtta ning tagades, et vaidlusele kohaldub selle riigi õigus, mida pooled tunnevad ning millega kohaldamist on nad ette näinud.

Küll aga sobivad Eesti kohtutes kohaldamise tulevad lepinguliste ja lepinguväliste nõuete

rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise normid ning lepinguliste ja lepinguväliste nõuetele kohalduva õiguse määramise normid üldjuhul (küll teatud eranditega) vanemateks saada soovivate isikute, asendusema ja seemnerakudoonori vaheliste õigussuhete reguleerimiseks, kuna suudavad enamikel juhtudel tagada kõikide asendusemaduse osapoolte huvide kaitse.

*Characterising Claims Arising from Surrogacy Arrangements in Estonian Private  
International Law (Abstract)*

Due to the development of science, surrogacy is becoming an increasingly popular way for having a child. Regrettably Estonian private international law norms are not up-to-date in this sense, as in Estonian international private law, there is no such category of classification as surrogacy. Furthermore, there are no international treaties or the European Union regulations, which would address the jurisdictional control of claims arising due to surrogacy or determine the requirements of the applicable law. For family law relationships, in Estonian private international law, there are classification categories only for parentage, adoption and other family law legal relationships between a parent and a child. Based on the aforementioned knowledge, the purpose of this Master's thesis is to find an answer to the question, how should the Estonian court classify legal relationships emerging from surrogacy in disputes with an international element to them.

The Master's thesis has been divided into two chapters. The first chapter explains the relationships between a surrogate child and other parties of surrogacy, more specifically, the legal relationship between a surrogate mother and the child, the legal relationship between the woman, who wishes to become a mother, and the child, the legal relationship between the man, who wishes to become a father, and the child, and lastly the legal relationship between the sperm donor and the child. As a rule, the main question in disputes concerning surrogacy, is the question of who should be considered to be the mother and the father of the surrogate child. Thus, the question of how to classify a maternity or a paternity claim made by a surrogate mother, the woman who wishes to become the mother, the man who wishes to become the father, or the sperm donor, will be addressed. Since it is possible to classify a claim made by any of the four people as a question of parentage, adoption or as some other family law legal relationship between a parent and a child, then problems regarding the classification of the four legal relationships to the aforementioned categories will be analysed, as well as the similtude of these legal relationships to the legal relationships which are due to surrogacy. As the premise of a surrogacy are agreements made by the parties of a surrogacy, then in the last chapter of this Master's thesis, the relations between the people wanting to be the parents of the child and the surrogate mother and the sperm donor will be discussed. It will be explained, how Estonian courts control international jurisdiction and determine applicable law, classifying legal relationships between the parties as contractual and non-contractual obligations. Even though

usually the parties of a surrogacy will have entered into a surrogacy agreement, then it is not so in every case, furthermore a surrogacy agreement may be invalid or not exhaustively regulative in all legal relationships between the parties – in those cases the legal relationships between the parties must be classified as non-contractual legal relationships.

The main sources of this Master's thesis are broad legal assistance treaties, Estonian Code of Civil Procedure<sup>108</sup> (CCP) and Estonian Private International Law Act<sup>109</sup> (PILA). Secondary sources for this Master's thesis are foreign states' legislation and case law, as well as legal literature on the topic of surrogacy. The norms of controlling every classification category's international jurisdiction and the determination of applicable law are analysed based on the principles of legal regulation of surrogacy outlined in legal literature and court practice. It will be discussed, whether the rules of control of the analysed classification categories of international jurisdiction and the determination of applicable law take into account the peculiarities of legal relationships due to surrogacy and sufficiently consider the interests of all parties of surrogacy. Thereby emerge the problems with classifying the relationships as family law matters, in terms of relations between the surrogate child, the persons wanting to be the parents, the surrogate mother and the sperm donor and their legal relationships in terms of parentage, adoption and other legal relationships between the parent and the child. Based on this, the legal relationships due to surrogacy can be classified. Analysing surrogacy agreements and non-contractual obligations due to surrogacy and the norms of controlling their international jurisdiction and determination of applicable law, based on legal literature which deals with the nature and principles of surrogacy, it will be possible to understand, whether the current regulations sufficiently take into account the differences concerning surrogacy agreements and non-contractual obligations due to surrogacy.

Examining the legal relationships due to surrogacy which are classified as parentage issues, it turned out that the norms which regulate claims arising due to parentage, both the control of international jurisdiction and the law that applies to parentage issues, is not appropriate for the regulation of surrogacy. The main reason for this is that for most maternity or paternity claims due to surrogacy the regulation of the CCP applies and the CCP does not take the proximity criterion sufficiently into account, the principle of this criterion is that the disputes associated

---

<sup>108</sup> Code of Civil Procedure (RT I 2005, 26, 197; translation published: 13.12.2013). – Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide> (01.05.2016).

<sup>109</sup> Private International Law Act (RT I 2002, 35, 217; translation published: 14.03.2016). – Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/513112013009/consolide/current> (01.05.2016).

with the child should be settled by the court nearest to the child. The CCP also does not sufficiently take into account the strongest involvement principle, according to which the claim should be settled by a court in the state that the claim is most associated with. The norms in the PILA which apply to the claims due to parentage are such that in most cases the law of a state applies, which is not in accordance with the principle of protecting the best interests of the child and also does not sufficiently defend the interests of all the parties of the surrogacy. When control of international jurisdiction and the applicable law's norms are applied to claims due to parentage which also need to fulfil the claims which arise from surrogacy, then many practical problems arise. This makes it difficult to classify claims due to surrogacy as claims of parentage.

Addressing claims due to surrogacy as claims that have grounds in adoption, then it turned out that international jurisdiction's control and the rules of determining the applicable law are not appropriate to regulate claims due to surrogacy. The problem with the norms of controlling international jurisdiction is that, in Estonian courts international jurisdiction is not based on the proximity criterion and thus allow Estonian courts to settle cases also when the legal relationships due to surrogacy are in fact much more strongly associated with another country. The norms of law applied to adoption are not suitable for assessing disputes arisen due to surrogacy, as due to both broad legal assistance treaties and the PILA in many cases the law of a state is applied, where surrogacy is forbidden, in fact, that kind of a solution may not be in the interests of any of the parties of the surrogacy, including the child. Furthermore, claims due to surrogacy can not easily be classified as claims of adoption, as adoption is a very unique legal relationship and while regulating it, then on one hand legislators have tried to defend the interests of the child and on the other hand, adoption has been made as convenient as possible for the adopters. Even though, in the cases of adoptions, it is justified that the requirements of control of international jurisdiction and the determination of the applicable law regulations are based on mostly the child and the adopters, then such regulation is not reasonable in regulating disputes due to surrogacy, as both the surrogate mother and the sperm donor usually need more protection in those disputes than the biological parents in the cases of adoption.

Third option for classifying paternal and maternal claims due to surrogacy, is to classify them as other family law legal relationships between the parents and a child. However, analysing the norms of control of international jurisdiction and the determination of the applicable law, it became clear that it is not a proper category for classifying the cases of surrogacy. This is so mainly because the norms of the CCP, which applies to most cases of surrogacy, does not take into account the proximity criterion nor the principle of strongest attachment, which means that

the dispute is not settled by either the court of the child's country of residence or the courts of the country that is most strongly associated with the legal relationships. In addition, due to the PILA, then in the case of other legal relationships between the parent and the child, the norms dictate that it is very likely that the disputes over surrogacy can be settled according to the law of a country that forbids surrogacy. This solution may not be in the interests of any of the parties of the surrogacy nor in accordance with the most important principle of regulating surrogacy, defending the best interests of the child. The classification category of other legal relationships between parents and a child is an abstract category of classification which may include all such relationships of family law between parents and the children that can not be categorized to any other category. Surrogacy creates legal relationships that are too complex and unique for them to apply such an universal regulation.

Besides controlling international jurisdiction and determining the applicable law in cases of maternal and paternal claims due to surrogacy, Estonian courts may be forced to control the international jurisdiction of the claims in the surrogacy agreement between the persons that wish to be the parents, the surrogate mother and the sperm donor, or determine the law that applies. Even though in most cases the persons wishing to become the parents, the surrogate mother and the sperm donor will sign a surrogacy agreement, it is not so in all cases, this means that is necessary to also analyse, whether the applicable acts in Estonian courts also include appropriate norms for controlling international jurisdiction and determining the applicable law for surrogacy-related non-contractual obligations.

Analysing the acts that are applied in Estonian courts and include surrogacy agreements and claims due to that, for what international jurisdiction must be controlled and the applicable law determined, it appeared that both the norms to control international jurisdiction and the norms to for determining the applicable law are essentially suitable for regulating claims due to surrogacy. The advantage of norms of controlling international jurisdiction for surrogacy agreements based on broad legal assistance treaties, is that they allow to make agreements about the jurisdiction that applies. The advantage of the CCP is that according to the CCP Estonian courts may settle primarily those claims of surrogacy, where the defendant's country of residence or the country of stay is Estonia (and in disputes that reach Estonian courts the persons wishing to become the parents of the child are from Estonia), in this way the norms of the CCP prevents persons, who want to be the parents of the child, from abusing their rights, making a claim against the surrogate mother or the sperm donor in Estonian courts. The regulations of the law that is applied in Estonian courts in the case of claims due to surrogacy, is appropriate

mostly because in most cases Estonian courts should apply the law of the state that the parties of the surrogacy have agreed upon, or the law of a country that the legal relationships arising from the surrogacy agreement are most strongly associated with. This solution usually defends the interests of all the parties and ensures that the outcome of the dispute is foreseeable for all parties of the agreement.

Neither the regulation for controlling the international jurisdiction or determining the applicable law is ideal for regulating non-contractual relationships between the parties of surrogacy, but in lack of a better alternative, it will be appropriate. Even though the regulation of international jurisdiction for non-contractual obligations suits well for controlling the international jurisdiction in case of the claims made by the primary persons wishing to be the parents, as it defends the interests of all the parties sufficiently enough in most cases and allows the dispute to be settled by the courts of the country that most probably has the strongest association with the dispute, then the claims to reimburse the costs or pay the fee for surrogacy to the surrogate mother or to the sperm donor may not be protected sufficiently enough by the norms in the CCP and the legal agreements which control international jurisdiction. This may lead to a situation where the surrogate mother and the sperm donor can not defend their rights efficiently. Analysing the application of law for claims due to surrogacy, it turned out that the applicable norms in Estonian courts usually defend the interests of all parties and lead to the application of law that the parties of surrogacy are probably accustomed to and likely would have foreseen. Still, the deficiency of broad legal assistance treaties and the PILA is that these do not regulate exhaustively all the non-contractual claims that may arise on determining the applicable law.

Based on the aforementioned knowledge, it can be said that none of the mentioned categories (parentage, adoption or other family law legal relationships between a parent and a child) is suitable for categorizing paternal or maternal claims related to surrogacy. This means that to control international jurisdiction and determine the applicable law in the case of surrogacy, it would be necessary to create a new category of classification. Still, the norms of controlling international jurisdiction and determining the applicable law are generally (with some exceptions) suitable for regulating contractual and non-contractual obligations related to surrogacy, as in most cases these norms can ensure the defence of the interests of all the parties.

## KASUTATUD MATERJALID

### Kasutatud kirjandus

1. **Aedmaa, A.** Avaliku korra kaitse Eesti õigusruumis. – *Juridica* 2004 VII, lk 499-504.
2. **Anchan, R. M. et al.** Gestational Carriers: A Viable Alternative for Women with Medical Contraindications to Pregnancy. - *Open Journal of Obstetrics and Gynecology* 2013 Vol 3 No 5, pp 24-31.
3. **Appleton, S. F.** Adoption in the Age of Reproductive Technology. - *The University of Chicago Legal Forum* 2004, pp 393-451.
4. **Banerjee, S.** Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretical Approach. - *The Manchester School* 2013 Vol 81 No 3, pp 438-460.
5. **Bartholet, E.** Beyond Biology: The Politics of Adoption&Reproduction. - *Duke Journal of Gender Law&Policy* 1995 Vol 2 No 5, pp 5-14.
6. **Beaumont, P. and Trimmings, K.** Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy? - *University of Aberdeen, Working Paper* 2015 No 2, pp 1-17.
7. **Behm, L.** Legal, Moral and International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States. - *DePaul Journal of Health Care Law* 1999 Vol 2 No 3, pp 557-603.
8. **Bergquist, K. L. J. S.** International Asian Adoption: In the Best Interest of the Child? - *Texas Wesleyan Law Review* 2004 Vol 10 No 2, pp 343-350.
9. **Briggs, A.** *The Conflict of Laws Third Edition.* Oxford: Oxford University Press 2013.
10. **Cahn, N.** Old Lessons for a New World: Applying Adoption Research and Experience to ART. -*Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers* 2011 Vol 24, pp 1-31.
11. **Caracciolo di Torella, E. and Foubert, P.** Surrogacy, Pregnancy and Maternity Rights: A Missed Opportunity for a More Coherent Regime of Parental Rights in the EU. – *European Law Review* 2015 No 1, pp 52-69.
12. **Casparsson, A.** Surrogacy and the Best Interest of the Child. Master`s Thesis in Applied Ethics. Linköping University: Centre for Applied Ethics 2014.
13. **Chamie, J. and Mirkin, B.** Surrogacy: Human Right or Reproductive Exploitation? - *YaleGlobal*, 28 October 2014. – Available at: <http://yaleglobal.yale.edu/content/surrogacy-human-right-or-reproductive-exploitation>. 01.05.2016.
14. **Cheruvu, P.** Three Parent IVF and its Effect on Parental Rights. – *Hastings Science & Technology Law Journal* 2014 Vol 6 No 1, pp 73-89.

15. **Cranley, M. S.** Development of a Tool for the Measurement of Maternal Attachment During Pregnancy. - Nursing Research 1981 Vol 30 No 5, pp 281-284.
16. **Crockin, S. L.** Legal perspectives on cross-border reproductive care. – Reproductive BioMedicine Online 2011 Vol 23 No 7, p 811-813.
17. **Deomampo, D.** Defining Parents, Making Citizens: Nationality and Citizenship in Transnational Surrogacy. - Medical Anthropology 2015 Vol 34 No 3, p 210-225.
18. **Dute, J.** Selected Legislation and Jurisprudence: European Court of Human Rights. - European Journal of Health Law 2015 Vol 22 No 3, pp 287-300.
19. **Field, M. A.** Compensated Surrogacy. - Washington Law Review 2014 Vol 89 No 4, pp 1155-1184.
20. **Gerber, P. and O'Byrne, K.** Surrogacy, Law and Human Rights. Farnham: Ashgate Publishing Limited 2015.
21. **Ghodoosi, F.** The Concept of Public Policy: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. – Nebraska Law Review 2016 Vol 94, pp 1-57.
22. **Haet, T. B and Heywood, J. E. (eds).** 2015 Practise Under the California Family Code: Dissolution, Legal Separation, Nullity. California: Continuing Education of the Bar California 2015.
23. **Harding, M.** Conflict of Laws Fifth Edition. Oxfordshire: Routledge 2014.
24. **Henaghan, M.** International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping. - Australian Journal of Adoption 2013 Vol 7 No 3, pp 1-24.
25. **Hepner, H.** Asendusemaduse olemus ja võimalikud lahendused Eestis. Bakalaureusetöö: juhendaja A. Nõmper. Tartu: Tartu Ülikool 2009.
26. **Hisano, E. Y.** Gestational Surrogacy Maternity Disputes: Refocusing on the Child. - Lewis&Clark Law Review 2011 Vol 15 No 2, pp 517-553.
27. **Holder, A. R.** Surrogate Motherhood and the Best Interests of the Children. - The Journal of Law, Medicine&Ethics 1988 Vol 16 No 1-2, pp 51-56.
28. **Ikkonen, K.** Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. – Juridica 2005 III, lk 187-199.
29. **Jaadla, K. ja Torga, M.** Välisriigis sõlmitud samasooliste abielu ja kooselu tunnustamine Eestis. - Juridica 2013 VIII, lk 598-607.
30. **Jadva, V. et al.** Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers. - Human Reproduction 2003 Vol 18 No 10, pp 2196-2204.
31. **Jankelevitš, R.** Avalik kord ja imperatiivsed sätted rahvusvahelises eraõiguses. Juridica 2002 VII, lk 479-486.

32. **Kaleinikas, M.** Abielulahutusele kohaldatav õigus: tõhustatud koostöö Euroopa Liidus. Magistritöö: juhendaja K. Sein. Tallinn: Tartu Ülikool 2012.
33. **Kessedjian, C.** Public Order in European Law. – Erasmus Law Review 2007 Vol 1 No 1, pp 25-36.
34. **Kindregan, C. P. and McBrien, M.** Assisted Reproductive Technology. A Lawyer`s Guide to Emerging Law and Science. Chicago: ABA Publishing 2005.
35. **Kruusimägi, K.** Asendusemaduse seadustamine Eestis – probleemid ja perspektiivid. Magistritöö: juhendajad A. Nõmper, J. Sootak. Tartu: Tartu Ülikool 2011.
36. **Kunda, I.** Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts. – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht 2007 Vol 4 No 5, pp 210-222.
37. **Lewis, B. C.** Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child. - St. John`s Law Review 2013 Vol 87 No 4 pp 899-951.
38. **Limon, C.** Surrogacy and parenthood: An overview of the research on the relationship between surrogacy and adoption. - Australian Journal of Adoption 2013 Vol 7 No 3, pp 1-16.
39. **McMahon, B. M.** The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink Its Surrogacy Contracts Laws. - Albany Law Journal of Science and Technology 2013 Vol 21 No 2, pp 359-381.
40. **Mills, A.** The Dimensions of Public Policy in Private International Law. Journal of Private International Law 2008 Vol 4 No 2, pp 201-236.
41. **Mohapatra, S.** Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy. - Berkeley Journal of International Law 2012 Vol 30 No 2, pp 412-450.
42. **Nurmela, I.** Arengud rahvusvahelises eraõiguses. - Juridica 2000 IV, lk 249-257.
43. **Nurmela, I. jt.** Rahvusvaheline eraõigus. 3. tr. Tallinn: Juura 2008.
44. **Oja, L.** Reprodktiivõigused – asendusemadus Eestis. - Riigikogu Kantselei õigus- ja analüütikaosakond, Teemaleht Nr 16, lk 1-4.
45. **Otlowski, M.** Re Evelyn – Reflections on Australia`s First Litigated Surrogacy Case. Medical Law Review 1999 Vol 7 No 1, pp 38-57.
46. **Parra-Aranguren, G.** Explanatory Report on the Convention on Protecting Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption. HCCH Publications 1994.
47. **Puppinck, G. and De La Hougue, C.** ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the Mennesson v. France and Labassee v. France Cases. - Revue Lamy Droit Civil 2014 September No 118, pp 78-90 (original article published in French).

48. **Ragoné, H.** *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart.* Oxford and Boulder: Westview Press/HarperCollins 1994.
49. **Rimm, J.** *Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India.* - *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2009 Vol 30 No 4, pp 1429-1462.
50. **Rotabi, K. S. and Bromfield, N. F.** *The Decline in Intercountry Adoptions and New Practices of Global Surrogacy: Global Exploitation and Human Rights Concerns.* - *Affilia Journal of Women and Social Work* 2012 Vol 27 No 2, pp 129-141.
51. **Schanbacher, K.** *India`s Gestational Surrogacy Market: An Exploitation of Poor, Uneducated Women.* - *Hastings Women`s Law Journal* 2014 Vol 25 No 2, pp 201-220.
52. **Smerdon, U. R.** *Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India.* - *Cumberland Law Review* 2008 Vol 39 No 1, pp 15-85.
53. **Sootak, J. jt.** *Üliõpilastöö kirjutamine ja vormistamine. Juhend õigusteaduskonna üliõpilastele.* Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. Tallinn: 2016, lk 28.
54. **Spivack, C.** *The Law of Surrogate Motherhood in the United States.* - *American Journal of Comparative Law* 2010 Vol 58, pp 97-114.
55. **Storme, E.** *Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law.* - *Juridica International* 2006 I, pp 34-44.
56. **Storrow, R. F.** *Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel.* - *Reproductive BioMedicine Online* 2011 Vol 23 No 5, pp 538-545.
57. **Storrow, R. F.** *Marginalising Adoption Through the Regulation of Assisted Reproduction.* - *Capital University Law Review* 2006 Vol 35 No 2, pp 479-516.
58. **Strasser, M.** *Traditional Surrogacy Contracts, Partial Enforcement, and the Challenge for Family Law.* – *Journal of Health Care Law and Policy* 2015 Vol 18 No 1, pp 85-113.
59. **Stuhmcke, A.** *Re Evelyn: Surrogacy, Custody and the Family Court.* - *Australian Journal of Family Law* 1998 Vol 12 No 3, pp 297-304.
60. **Svitnev, K.** *Legal control of surrogacy – international perspectives.* - J. G. Schenker (ed). *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies.* Berlin: De Gruyter 2011, pp 149-163.
61. **Tehran, H. A. et al.** *Emotional experiences in surrogate mothers: A qualitative study.* - *Iranian Journal of Reproductive Medicine* 2014 Vol 12 No 7, pp 471-480.
62. **Tieu, M.** *Oh Baby Baby: The Problem of Surrogacy.* – *Bioethics Research Notes* 2007 Vol 19, pp 1-9.
63. **Torga, M.** *Brüsseli I (uuesti sõnastatud) määrus: kas põhjalik muutus Eesti*

- rahvusvahelises tsiviilkohtumenetluses? – *Juridica* 2014 IV, lk 304-312.
64. **Torga, M.** Kohalduva õiguse ja selle sisu kindlakstegemine rahvusvahelistes eraõiguslikes vaidlustes. *Juridica* 2014 V, lk 406 – 416.
65. **Torga, M.** Rahvusvahelise kohtualluvus kontrollimine Eesti kohtutes. –*Juridica* 2013 III, lk 192-200.
66. **Torga, M.** Scope of Application of the Private International Law Treaties Concluded Between the Republic of Estonia and its Eastern European Neighbours. –*Kiel Journal of East European Law* 2012 1-2, pp 4-12.
67. **Torga, M.** Õigusabilepingute kohaldamine tsiviilasjade lahendamisel Eesti kohtutes. – R. Teeveer, M. Eerik, H. Jõks jt (toim). Kohtute aastaraamat 2012. Riigikohus 2013, lk 76-81.
68. **Trimmings, K. and Beaumont, P. (eds).** International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level. Oxford: Hart Publishing 2013.
69. **Vallimäe, M.** Abikaasade privaatautonomia piirangud Euroopa ja Eesti rahvusvahelises eraõiguses. Magistritöö: juhendaja: M. Torga. Tartu: Tartu Ülikool 2013.
70. **van der Akker, O.** Psychosocial aspects of Surrogate Motherhood. - *Human Reproduction Update* 2007 Vol 13 No 1, pp 53-62.
71. **van Zyl, L. and Walker, R.** Beyond Altruistic and Commercial Contract Motherhood: The Professional Model. - *Bioethics* 2013 Vol 27 No 7, pp 373-381.
72. **Wells-Greco, M. and Dawson, H.** Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights. - A. Bonomi and G. P. Romano (eds). *Yearbook of Private International Law* Vol. XVI 2014/15. Cologne: Otto Schmidt 2016, pp 315-341.
73. **Wilkinson, S.** The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy. - *Bioethics* 2003 Vol 17 No 2, pp 169-187.
74. **Winkler, J.** Development of the Maternal Bond During Pregnancy. - *Cas Lek Cesk* 2000 Vol 139 No 1, pp 5-8.
75. **Wolfson Latourette, A.** The Surrogate Mother Contract: In the Best Interests of Society? - *University of Richmond Law Review* 1990 Vol 25 No 1, pp 54-92.

## **Kasutatud normatiivallikad**

### **A) Rahvusvahelised lepingud**

76. 19. juunil 1980. aastal Roomas allakirjutamiseks avatud lepinguliste kohustuste suhtes

- kohaldatava õiguse konventsioon. - ELT C-169, 08.07.2005, lk 1-30.
77. Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalajades. - RT II 1999, 4, 22.
78. Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalajades. - RT II 1995, 13, 63.
79. Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalajades. - RT II 1993, 16, 27.
80. Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. - RT II 1993, 6, 5.
81. Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverentsi 29. mai 1993. aasta riikidevahelises lapsendamises lastekaitseks tehtava koostöö konventsioon. - RT II 2001, 31, 157.
82. Lapsereõvi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvaheline konventsioon. - RT II 2001, 6, 33.
83. Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. - RT II 2007, 15.
84. Tsiviilajade kohtualluvuse ning neid käsitlevate kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon. – ELT L 339, 21.12.2007, lk 3-41.
85. Vanema kohustuste kindlaksmääramise ja laste kaitse abinõude rakendamise pädevuse, kohaldatava õiguse, abinõude tunnustamise, rakendamise ja koostöö konventsioon. - RT II 2002, 20, 87.

## **B) Euroopa Liidu teisene õigus**

86. Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003, 27. november 2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000. - ELT L 338/1, 23.12.2003, lk 243-271.
87. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud) – ELT L 351, 20.12.2012, lk 1-32.
88. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määruse (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I“) – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.
89. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 864/2007, 11. juuli 2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma II“) – ELT L 199, 31.07.2007, lk 40-49.

90. Laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise konventsioon (sõlmitud 23. novembril 2007) - ELT L 192/51, 22.07.2011, lk 1-20.

### **C) Eesti Vabariigi riigisisised õigusaktid**

91. Karistusseadustik. - RT I, 12.03.2015, 21; RT I, 25.09.2015, 7.
92. Kodakondsuse seaduse RT I 1995, 12, 122; RT I, 23.03.2015, 259.
93. Perekonnaseadus. - RT I, 29.06.2014, 105; RT I, 12.03.2015, 98.
94. Rahvusvahelise eraõiguse seadus. - RT I 2002, 35, 217; RT I 2009, 59, 385.
95. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I, 19.03.2015, 27; RT I, 19.03.2015, 27.
96. Võlaõigusseaduse, tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja rahvusvahelise eraõiguse seaduse rakendamise seadus. – RT I 2002, 53, 336; RT I, 04.02.2011,9.
97. 28.06.1994 vastu võetud tsiviilseadustiku üldosa seadus.
98. Code of Civil Procedure (RT I 2005, 26, 197; translation published: 13.12.2013). – Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide> (01.05.2016).
99. Private International Law Act (RT I 2002, 35, 217; translation published: 14.03.2016). – Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/513112013009/consolide/current> (01.05.2016).

### **D) Välisriikide õigusaktid**

100. California Family Code. – Available at: [http://www.leginfo.ca.gov/html/fam\\_table\\_of\\_contents.html/](http://www.leginfo.ca.gov/html/fam_table_of_contents.html/). 01.05.2016.
101. Civil Procedure Rules Practise Direction. – Available at: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/>. 01.05.2016.
102. Сімейний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 21-22, ст.135) Розділ III Глава 12 Стаття 123.
103. Федеральный закон "О гражданстве Российской Федерации", N 62-ФЗ от 31.05.2002. – Arvutivõrgus: <http://www.zakonrf.info/zakon-o-grazhdanstve/12/>. 01.05.2016.
104. Human Fertilisation and Embryology Act 2008.
105. Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (утв. ВС РФ 22.07.1993 N 5487-1) (ред. от 07.12.2011) Раздел VII Статья 35.
106. Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

107. Surrogacy Arrangements Act 1985 (Chapter 49).
108. Закон України „Про громадянство України“, закон від 18.01.2001 № 2235-III. – Arvutivõrgus: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2235-14/>. 01. 05.2016.

## **Kasutatud kohtulahendid**

### **A) Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendid**

109. *Case of Labassee v France*, Application n. 65941/11, Judgement 26 June 2014. Judgement of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.
110. *Case of Mennesson v France*, Application n. 65192/11, Judgement 26 June 2014. Judgement of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.
111. *Case of Paradiso and Campanelli v Italy*, Application n. 25358/12, Judgement 27 January 2015. Judgement of the Twelfth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.

### **B) Euroopa Liidu Kohtu lahendid**

112. ECJ, 2/4/1988, Case C-145/86 *Hoffmann v Krieg*.
113. ECJ, 6/2/1994, Case-414/92 *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*.
114. ECJ, 3/28/2000, Case C-7/98 *Krombach v Bamberški*.
115. ECJ, 5/11/2000, Case C-38/98 *Renault v Maxicar*.
116. ECJ, 5/2/2006, Case C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*.
117. ECJ, 4/2/2009, Case C-349/07 *Sopropé – Organizações de Calçado Lda v Fazenda Pública*.
118. ECJ, 4/28/2009, Case C-420/07 *Apostolides v Orams*.
119. ECJ, 4/2/2009, Case C-394/07 *Marco Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company*.
120. ECJ, 11/12/2014, Case C-656/13 *L v M*.
121. ECJ, 07/16/2015, Case C-184/14 *A v B*.

### **C) Eesti kohtulahendid**

122. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 19. detsembri 2008. a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-130-

- 08.
123. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21. novembri 2012. a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-12.
124. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. jaanuari 2013. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-179-12.
125. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 5. märtsi 2014. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-187-13.
126. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. juuni 2014. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-40-14.

## **D) Välisriikide kohtulahendid**

### **Ameerika Ühendriigid**

127. *Reich v Purcell* (1967) 67 Cal.2d 551, 553.
128. *Hurtado v Superior Court* (1974) 11 Cal.3d 574, 581.
129. *Offshore Rental Co. V. Continental Oli Co.* (1978) 22 Cal.3d 157, 161.
130. *I. J. Weinrot & Son, Inc. v. Jackson* (1985) 40 Cal.3d 327.
131. *Wong v Tenneco, Inc.* (1985) 39 Cal.3d 126, 144.
132. *Adoption of Matthew B*, 232 Cal App 3d 1239, 284 Cal Rptr 18 (1991).
133. *Johnson v Calvert* (1993) Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776.
134. *Matter of Baby M* (1998, NJ) 537 A2d 1227.
135. *Washington Mutual Bank, FA v Superiour Court* (2001) 24 Cal.4th 906.

### **Austraalia**

136. *Re Evelyn* [1998] FamCA 55.
137. *Dudley and Anor & Chedi* [2011] FamCA 502.
138. *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031.

### **Belgia**

139. *C*, Court of First Instance Brussels, 6 April 2010.
140. *M & M*, Court of Appeal Liège, 6 September 2010.
141. *Samuel*, Court of First Instance Brussels, 15 February 2011.
142. *AM & NP*, Court of First Instance Nivelles, 6 April 2011.

### **Brasilia**

143. Case No 0800779-46.2013.8.24.0090. Averiguacao de Paternidade/PROC. Florianopolis (SC), Judge: Luiz Claudio Broering. Dated 30 July 2014.

### **India**

144. *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* (2008) INSC 1656 (29 September 2008) (Japan/India).
145. *Jan Balaz v Anand Municipality*, No 3020, Special Civil Application (Gujarat HC 11 November 2009).

### **Kanada**

146. Adoption – 1445 [2014] QCCA 1162, 10 June 2014.
147. *Kandola v Canada (Citizenship and Immigration)* [2014] FCA 85, 31 March 2014.

### **Prantsusmaa**

148. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 6 avril 2011, 09-66.486, Publié au bulletin.

### **Saksamaa**

149. Bundesgerichtshof 10.12.2014, XII ZB 463/13.

### **Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik**

150. *Mount Albert Borough Council v Australasian and General Assurance Society* [1938] A.C. 224.
151. *Vita Food Products Inc v Unus Shipping Co* [1939] A.C. 277.
152. *Bonython v Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201.
153. *The Assunzione* [1954] 1 A11 ER 278.
154. *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* [1960] Ch.52.
155. *J v C* [1970] AC 668.
156. *The Messiniaki Tolmi* [1984] A Lloyd's LR 266 (CA).
157. *Re G* [2007] EWHC 2814.
158. *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2008] 1 FLR 1047 (Turkey/UK).
159. *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030.
160. *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180.
161. *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146.
162. *Re S (Parental Order)* [2010] 1 FLR 1156.
163. *A and A v P, P and B* [2011] EWHC 1738.
164. *Re IJ (A Child)* [2011] EWHC 921.
165. *Re T (A Child) (Surrogacy: Residence)* [2011] EWHC 33.
166. *Re X and Y (Children)* [2011] EWCH 3147.
167. *A and A v P, P and B* [2011] EWHC 1738.

168. *D, L (Minors) (Surrogacy) and in the Matter of Human Fertilisation and Embryology Act 2008* [2012] EWHC 2631.

#### **Kasutatud muud allikad**

169. European Centre for Law and Justice. Comments on the ECHR case of Paradiso and Campanelli v. Italy. 30 January 2015.
170. European Centre for Law and Justice. Surrogate Motherhood: A Violation of Human Rights. Report presented at the Council of Europe, Strasbourg, on 26 April 2012.
171. European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law. Brussels: European Parliament 2011.
172. European Parliament. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: European Parliament 2011.
173. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements. Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference.
174. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements. Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference.
175. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The Netherlands: Hague 2014.
176. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements. Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference.
177. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project. Preliminary

Document No 3 B of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference.

178. Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau. The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note. Preliminary Document No 3 A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference.
179. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku eelnõu 208 SE I seletuskiri, 15.12.2003.
180. Rahvusvahelise eraõiguse seaduse eelnõu SE 120 I seletuskiri, 17.05.1999.

## KASUTATUD LÜHENDID

Brüsseli I (uuesti sõnastatud) määrus	Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud)
Brüsseli II <i>bis</i> määrus	Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000
Eesti-Leedu-Läti õigusabileping	Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping
Eesti-Poola õigusabileping	Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades
Eesti-Ukraina õigusabileping	Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades
Eesti-Vene õigusabileping	Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades
EIK	Euroopa Inimõiguste Kohus
Haagi 1993 lapsendamise konventsioon	Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse

	Konverentsi 29. mai 1993. aasta riikidevahelises lapsendamises lastekaitseks tehtava koostöö konventsioon
KarS	Karistusseadustik
Lugano II konventsioon	Tsiviilasjade kohtualluvuse ning neid käsitlevate kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon
REÕS	Rahvusvahelise eraõiguse seadus
Rooma II määrus	Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 864/2007, 11. juuli 2007, lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma II“)
TsMS	Tsiviilkohtumenetluse seadustik
TsÜS 1994	28.06.1994 vastu võetud tsiviilseadustiku üldosa seadus
Viini konventsioon	Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon
VÕS	Võlaõigusseadus
VÕSRS	Võlaõigusseaduse, tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja rahvusvahelise eraõiguse seaduse rakendamise seadus