

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Kerli Lubja

**SURROGAATLUS PÕHIÕIGUSTE KONTEKSTIS JA SURROGAATTURISMIGA
KAASNEVAD ÕIGUSLIKUD PROBLEEMKOHAD**

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur Ants Nõmper

Tallinn
2017

SISUKORD

Sissejuhatus	4
1 Reproktiivõigused ja surrogaatteenuse kättesaadavus kui põhiõigus.....	8
1.1 Reproktiivõigused põhiõiguste kontekstis	8
1.2 Surrogaatluse olemus	12
1.3 Surrogaatturismi olemus ja sellega kaasnevad õiguslikud küsimused	18
1.4 Kelle õiguseid surrogaatluse osas kehtiv regulatsioon puudutab	21
2 Ülevaade Surrogaatluse õiguslikust regulatsioonist	25
2.1 Surrogaatluse õiguslik regulatsioon ja seisukohad Eestis.....	25
2.1.1 Õiguslik regulatsioon Eestis	25
2.1.2 Kehtiva regulatsiooni põhjendatus	30
2.2 Surrogaatluse õiguslik regulatsioon välisriikides ja riikideülese regulatsiooni väljatöötamise võimalikkus	33
2.2.1 Seisukohtade kujunemine ja õiguslik regulatsioon välisriikides.....	34
2.2.2 Riikideülese õigusliku raamistiku loomise võimalikkus.....	42
2.3 Vahekokkuvõte	45
3 Indiviidi õigus pöörduda põhiõiguste tagamiseks õiguskaitseorganite poole ja siseriikliku regulatsiooni välja töötamise probleemkohad	47
3.1 Üksikisiku õigus nõuda Põhiseaduse alusel surrogaatluse keelu kehtetuks tunnistamist	48
3.1.1 Kehtiva keelu põhjendatuse ammendavus.....	52
3.1.2 Indiviidi õigus pöörduda Põhiseaduse alusel tagatud õiguste kaitseks kohtu poole	54
3.2 Siseriikliku regulatsiooni kehtestamise vajadus	58
3.3 Surrogaatluse õigusliku regulatsiooni välja töötamise sõlmkohad kaasaegses maailmas.....	61
Kokkuvõte	66
Surrogacy as a constitutional right and challenges arising from surrogacy tourism.....	71

Kasutatud kirjandus	75
Kasutatud õigusaktid	81
Kasutatud kohtupraktika.....	82

SISSEJUHATUS

Õigusteoreetik J. S. Mill on sõnastanud liberaalse maailmavaate alustalana põhimõtte riigi rollist igäuhe õiguste piiramisel, mille kohaselt on eraisiku tegevusvabaduse seaduse jõuga piiramine riigi poolt aktsepteeritav üksnes takistamiseks kahju tekkimist kolmandatele isikutele.¹ Liberaalsel riigil tuleks olla õigusliku regulatsiooni kehtestamisel vaba moraalsete standardite seadmisest ning aktsepteerida, et igaüks on oma keha ja vaimu osas suverään.

Eesti seadusandja on valdavas osas reproduktiivõiguseid, kehalist enesemääramist ja eneseteostusvabadust puudutavates küsimustest pooldanud liberaalset ning tolerantset maailmavaadet. Valikuvõimaluste pidev avardamine tänu tehnilise ja teadusliku võimekuse arenemisele on toonud kaasa ühiskonnaliikmete teatava ootuse, et õigus langetada oma elu osas vabalt otsuseid laieneb kooskõlas vastavate võimaluste tekkimisega. Eestis on naistel vabadus võtta vastu kallutamata otsused abordiküsimustes ja kunstliku viljastamise võimaluste kasutamise osas, lubatav on kasutada rakudoonorlust lapse eostamisel. Eeltoodutest erinev seisukoht on Eesti seadusandja poolt võetud surrogaatluse ehk asendusemadusteenuse lubatavuse küsimuses, mille põhjuseid ja keeluga kaasuvat juriidilist problemaatikat käesolev magistritöö analüüsib. Muuhulgas vaadeldakse kehtivat regulatsiooni ja hinnatakse nimetatu põhjendatuse vastavust seadusandja kohustusega tagada igäuhe põhiseaduslikud õigused. Samuti tuuakse võrdlevalt välja välisriikides kehtivad lubavad või osaliselt lubavad regulatsioonid surrogaatluse valdkonnas, hindamaks seadusandja võimalusi ajakohase regulatsiooni väljatöötamisel.

Küsimus surrogaatluse lubatavusest või keelustamisest on tulenevalt isikute piiriülesest liikumisvabadusest arenenud riikides üha enam aktuaalsemaks muutunud ning teenuse kasutamine võimaluste avardamise tingimustes sagenenud. Surrogaatluse osas kehtivat absoluutset keeldu Eestis ja kaasaegse regulatsiooni väljatöötamise võimalikkust lähitulevikus on arutatud nii poliitikute ja õiguse loojate poolt kui ka meediakajastuse vahendusel ühiskonnas laiemalt. Keelav regulatsioon on kehtinud kaks aastakümnet ega ole selle aja jooksul muutunud. Samuti ei ole regulatsiooni juriidilist põhjendatust süvitsi analüüsitud. Seetõttu on magistritöö autori hinnangul teema põhjaliku õigusliku analüüsi vormis käsitlemine iseäranis

¹ J. S. Mill: „*The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.*“ M. Lacewing. Mill's „harm principle“. – Routledge. *Sine loco, sine anno*. Arvutivõrgus: <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillHarm.pdf> (17.03.2017); D. van Mill. "Freedom of Speech". – E. N. Zalta (toimet.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Sine loco*, avaldatud 2002, täiendatud 2016. Arvutivõrgus: <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/#HarPriFreSpe> (17.03.2017).

vajalik, kuivõrd edasiminekuks või muudatusi käesolevaks ajaks seadusandja sisse viinud ning tulevikuks planeerinud ei ole, sõltumata küsimuse päevakorras püsimisest.

Kaasaegses ühiskonnas käsitletakse reproduktiivõiguseid, millised hõlmavad muuhulgas ka surrogaatlust, põhiõigustena,² mis peavad õigusriigis olema Põhiseaduse alusel igapähele tagatud ning mille realiseerimiseks on isikul õigustatud ootus ka riigi poolsele tegevusele. Eesti Vabariigi põhiseaduse kohaselt on igapähele tagatud õigus vabale eneseteostusele ja täisväärtuslikule perekonnaelule. Probleemkohtadele põhiseaduslike õiguste tagamisel seoses surrogaatluse absoluutse keelustamisega on teiste hulgas juhtinud tähelepanu Õiguskantsler³ ning seda käesolevaks ajaks ligi kaheksa aastat tagasi. Samas ei ole seadusandja tänaseks töötanud välja võimalikke muudatusi ega võtnud lõplikku seisukohta surrogaatluse lubamatuks tunnistamise õiguspärasuse küsimuses, millele viitab ka järjepidev arutelu valdkonna regulatsiooni muutmise vajaduse osas. Diskussiooni hoiavad samaaegselt päevakorral huvigrupid,⁴ kes põhimõttelisi ega seadusandlikke takistusi surrogaatluse lubamise küsimuses ei näe. Seega on põhjendatud püstitada küsimus, kas igapähe põhiõigused on tänases Eestis surrogaatlust keelava regulatsiooni kehtimise tingimustest tagatud ning kas teenuse osutamist lubava seadusandluse väljatöötamist oleks õigusloojatelt võimalik nõuda isikul, kelle õiguseid kehtiv keeld rikub. Erialaspetsialistide hinnangul⁵ puuduvad takistused teenuse osutamise lubamiseks, mistõttu on põhjust küsida ühtlasi õigusloome erinevate võimaluste järele ning analüüsida teiste riikide näitel erinevaid seadusandluseid, mis teenuse osutamist välistanud ei ole.

Magistritöö teema valimine on ühtlasi ajendatud laialdast meediakajastust saanud surrogaatluse ehk kõige teravamast õiguslikust probleemkohast ning seda kogu maailmas, mitte üksnes Eestis. Last soovivad isikud, kelle kodumaal kehtib surrogaatluse osas nulltolerants, on viimastel aastakümnetel otsustanud kasutada reisimisvabadust ning suunduvad soovitud järglase saamiseks välisriiki, kus surrogaatteenus on välismaalastele kättesaadav.⁶ Sellega

² L. Oja. Riigikogu kantselei õigus- ja arendusosakond. Reproduktiivõigused – asendusemadus Eestis. - Teemaleht 2013, nr 16, lk 1. - https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_16_2013.pdf (08.02.2017).

³ Õiguskantsleri 2009. aasta tegevuse ülevaade. Õiguskantsleri kantselei. Tallinn 2010, lk 48. - <http://www.oiguskantsler.ee/et/2009> (23.02.2017).

⁴ MTÜ Viljatusravi tugikeskus. Riigikogu Sotsiaalkomisjoni väljasõiduistung. Asendusemaduse arutelu 16.10.2015. - <http://www.infertsupport.eu/uudised/> (12.03.2017); A. Krjukov (toimt.). Komisjon on valmis asendusemadust piirangutega seadustama. Eesti Rahvusringhääling, 16.10.2015. - <http://uudised.err.ee/v/eesti/e28a5fa3-cf1a-4176-b4f5-6a7e7fa4c283/komisjon-on-valmis-asendusemadust-piirangutega-seadustama> (12.03.2017).

⁵ Samas.

⁶ E. Jackson jt. Learning from Cross-Border Reproduction. - Oxford Academic Journal. Medical Law Review 2017, ptk II. - <https://academic.oup.com/medlaw/article/2884304/Learning-from-Cross-Border-Reproduction> (21.02.2017).

võivad kaasneda koduriiki naasmisel küsimused lapse õiguslikust seisundist, vanemaõiguste tunnustamise võimalikkusest ning seadusandja hinnangust teenuse kasutamise lubatavusele. Probleemid kerkivad esile olukorras, kus siseriiklik regulatsioon vanema- ja lapse õiguste tunnustamise osas puudub, kuid surrogaatteenust on välisriigis juba kasutatud. Siinjuures on märgiline, et absoluutse keelu kehtestanud riigid on teenuse kasutamisest välisriikides teadlikud, kuid ei ole otsustanud astuda samme surrogaaturismi⁷ piiramiseks. Ka Eestis on tegemist kaheti mõistetava olukorraga, kus riik on ühest küljest kehtestanud surrogaatlusteenuse osutamiseks absoluutse keelu,⁸ kuid praktikas ei takista keeld teenuse kasutamiseks välisriiki suundumist. Teenuse osutamise keeld on pannud teenust kasutada soovivad inimesed, kes on meditsiinilistel põhjustel võimetud lapsi eostama või kandma, sundolukorda, kus soovitud perekonnaelu kujundamiseks tuleb kasutada surrogaaturismi võimalusi, minnes seeläbi teadlikult vastuollu siseriikliku regulatsiooniga. Aktsepteerides vaikimisi surrogaatluse kasutamist välisriikides, kehtestamata olukorra stabiliseerimiseks asjakohast regulatsiooni, võib seadusandja tegevusetus kaasa tuua õigusliku selgusetuse nii teenust kasutanud isikute kui ka sündinud lapse õigusliku seisundi puhul.

Magistritöö eesmärgiks on leida vastus küsimusele, kas surrogaatluse osas kehtiv absoluutne keeld Eesti õigusruumis on põhiõigustega kooskõlas ning kas üksikisikul on subjektiivne õigus nõuda Põhiseadusega vastuolule tuginedes keelu kehtetuks tunnistamist, kuivõrd see piirab isiku põhiõiguste teostamist. Samuti on eesmärgiks tõstatada küsimus, kas seadusandja tahe teenuse osutamist piirata on põhjendatud ning praktikas realiseeruv. Magistritööga antakse ülevaade regulatsioonidest välisriikides, keskendudes eelkõige Euroopa riikidele, kuid tuues ammendava võrdlemise huvides välja ka kolmandate riikide praktikat surrogaatluse reguleerimisel. Välisriikide õiguse kajastamine on teema käsitlemiseks vajalik, kuivõrd liikumisvabadus on loonud olukorra, kus Eesti kodanikud suunduvad surrogaatteenuse kasutamiseks välisriikidesse. Seega tuleb ka Eesti seadusandjal ja kohtuvõimul arvestada kokkupuudetega välisriikide õiguskordadega, kus surrogaatlus on lubatav. Töö üheks suunaks on analüüsida erinevates riikides kehtivaid regulatsioone, eesmärgiga selgitada välja, kas ja milline siseriiklik regulatsioon saaks Eesti õiguskorra kujundamisele võimalikuks eeskujuks olla.

⁷ Tegemist on autori poolt kasutatava terminiga, mis ei ole käesoleval ajal siseriiklikult kasutust leidnud. Kuivõrd olemasolevad terminid ei ilmesta kajastatavat probleemi piisava täpsusega, on autor pidanud asjakohaseks võtta kasutusele termin, mis tuleneb rahvusvahelistest terminitest ning rõhutab tegeliku situatsiooni olemust ehk surrogaatluse kui teenuse kasutamiseks välisriiki reisimist.

⁸ RT I 2001, 61, 364; RT I, 31.12.2016, 14; KarS § 132 lg 1 sätestab asendusemadusteenuse osutamise täieliku keelu.

Magistritöö hüpoteesiks on, et seadusandliku regulatsiooni puudumine ning surrogaatluse absoluutne keelustamine on vastuolus põhiseadusega ega taga igäühele põhiõiguste realiseerimise võimalusi. Hüpoteesist tulenevalt analüüsitakse, kas üksikisikul, kelle õiguseid keeld riivab, on õiguslik võimalus põhiõiguste kaitseks nõuda täieliku keelu kehtetuks tunnistamist. Teise hüpoteesina püstitab autor küsimuse alternatiivse õigusliku regulatsiooni kehtestamise võimalikkusest. Täpsemalt, kas seadusandjal oleks asjakohane vaadata ümber hetkel kehtiv surrogaatlust keelav säte ning asuda välja töötama alternatiivset õiguslikku regulatsiooni, välistamaks põhiõiguste tagamata jäämine.

Töö on jagatud kolmeks peatükiks, millest esimene annab ülevaate surrogaatlusest kui praktikast ning käsitleb nimetatut põhiõiguste kontekstis. Teine peatükk kajastab kehtivat õiguslikku regulatsiooni ja seisukohtasid selle põhjendatuse osas Eestis, tuues seejärel võrdlevalt välja välisriikides kehtiva õiguskorra põhijooned surrogaatluse reguleerimisel. Kolmas peatükk analüüsib, kas ja millisel määral võib Eesti seadusandjal olla kohustus ajakohane regulatsioon asendusemaduse valdkonnas välja töötada ning kas üksikisikul on õigus seda Põhiseaduse alusel nõuda. Samuti on peatüki eesmärgiks otsida vastust küsimusele, milline regulatsioon võiks kaasaegses maailmas olla Eestis rakendatav, tagamaks põhiõiguste realiseerimine minemata vastu riigis tunnustatud põhimõtetega.

Magistritöö metoodika on kvalitatiivne ja võrdlev, tuginedes teoreetilistele käsitlusele ning võttes analüüsi aluseks välisriikide õigusliku regulatsiooni, kus on surrogaatlus osaliselt või täielikult lubatav. Allikamaterjalina on töös kasutatud siseriiklikku õigust ning sellega haakuvaid kommentaare ja kohtupraktikat. Refereeritud on rahvusvahelistes teadusajakirjades kajastatud seisukohtasid ja hinnanguid valitseva õigusliku olukorra osas surrogaatturismiga seondult, samuti on lähtutud rahvusvahelisest kohtupraktikast ning riikideülestest uuringutest.

Magistritööd enim iseloomustavad märksõnad Eesti märksõnastikust on asendusemadus, põhiõigused, õigusloome, põhiseadused.

1 REPRODUKTIIVÕIGUSED JA SURROGAATTEENUSE KÄTTESAADAVUS KUI PÕHIÕIGUS

Õigus saada järglasi ei ole põhiõigus, mis oleks otsesõnu siseriiklikus õiguses sätestatud või mida oleks võimalik ühemõtteliselt Põhiseadusest järeldada. Igaühe õigused ja vabadused on Põhiseaduses sageli sätestatud üldvormelitena, nende täielik ulatus ja maht on tuletatavad tõlgendamismeetodite ja analüüsi rakendamise kaudu. Õigus on olemuslikult dünaamiline, ajas muutuvad ja laienevad võivad olla ka põhiõiguste täpsed piirid ning igaühele õigusriigis seaduse jõuga garanteeritud õigused ja vabadused.

Põhiõigustele on õigusriikides omane ühetaolisus. See tähendab, et nende sisu ja määratlus peaksid sõltumata riigipiiridest olema üheselt tõlgendatavad ja tunnustatud. Surrogaatluse puhul on tegemist järglaste saamise ühe võimalusega, mis on Euroopa õigusruumis riigiti kas lubatav, keelustatud või osaliselt aktsepteeritav teatavatele tingimustele vastamise korral. Õiguslikud ja ühiskondlikud hinnangud surrogaatluse lubatavusele erinevad riigiti märkimisväärselt, ulatudes nulltolerantsist täieliku valikuvabaduse toetamiseni. Ühtlasi puudub konsensus surrogaatluse põhiõiguste kategoorias käsitlemise osas. Seega on põhjus analüüsida süviti küsimust, kas surrogaatlus kuulub olemuslikult või peaks kaasaegses ühiskonnas olema hõlmatud reproduktiivõiguste kui põhiõiguste kataloogis, mis peaks olema igaühele soovi korral kättesaadav ühe võimalusena põhiõiguste realiseerimiseks.

Esimese peatüki eesmärgiks on uurida, kas reproduktiivõiguseid, surrogaatlust nende hulgas, on võimalik käsitleda põhiõiguste kataloogi kuuluvatena ning anda ülevaade globaliseerumise tingimustes kujunenud surrogaatturismi olemusest. Maailma riikides on otsustatud täna eriilmeliste regulatsioonide kasuks nii surrogaatluse lubatavuse kui reguleerimise ulatuse osas, mistõttu on tekkinud liikumisvabadusest tulenevalt võimalus kasutada päritoluriigis keelatud teenuseid riigipiire ületades.

1.1 Reproduktiivõigused põhiõiguste kontekstis

Õiguskirjanduses on leitud, et õigus järglaste saamiseks ehk reproduktiivõigus on igaühe tunnustatud põhiõiguseks.⁹ Kas ja millised kohustused selle õiguse realiseerimisel riigile kaasneda võivad ning kui laialt on võimalik reproduktiivõiguseid sisustada, käsitletakse järgneva analüüsi käigus.

⁹ L. Oja, lk 1.

Riikideüleltselt tunnustatud reproduktiivtervise definitsioon võeti 179 riigi valitsusdelegatsioonide poolt vastu 1994. aastal Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni (ÜRO) rahvusvahelisel rahvastiku- ja arengu konverentsil Kairos, kus määratleti reproduktiivtervise definitsioon ja seksuaaltervis selle ühe osana. Reproduktiivtervis on mõistetav kui täieliku füüsilise, vaimse ja sotsiaalse heaolu seisund, mitte üksnes haiguste puudumine või nõrkervis valdkonnas, mis puudutab reproduktiivsüsteemi ning selle talitlust ja toimimist. (...) Reproduktiivtervis hõlmab muuhulgas füüsilist võimelisust saada lapsi ja olla vaba otsustama, kas, millal ja kui sageli järglasi saada. Ühtlasi rõhutati, et kõikidel riikidel tuleks tagada reproduktiivtervist puudutava tervishoiuteenuse vaba kättesaadavus esmase tervishoiuteenuse osana, mis hõlmaks muuhulgas järglaste saamise, viljatuse, selle edasise ravi võimalusi.¹⁰ Samas ei saa eitada suveräänsete seadusandjate õigust otsustada, millised teenused on riigi õigussüsteemi alusel lubatavad ja seeläbi igapäevasele kättesaadavad.

Reproduktiivõigused on valdkond, mis hõlmab reproduktsiooni ehk järglaste saamise võime ja sellega seotud küsimused tervikuna. Reproduktiivõigused lähtuvad inimväärikuse ja kehalise autonoomia põhimõtetest. Igapäevasele tuleb tagada õigus otsustada, mil viisil oma keha kasutada ning õigus reproduktiivõiguslikule vabadusele. Klassikaliselt kuuluvad reproduktiivõigused inim- ja põhiõiguste valdkonda, praktikas tuleb reproduktiivõiguslike küsimusi vaadata rahvusvahelise ja siseriikliku, avaliku ja eraõiguse, lepingu- ja meditsiiniõiguse kontekstis, kuivõrd reguleerimist vajavad küsimused on puutumuses kõigi nimetatud valdkondadega.¹¹ Seega on reproduktiivõigused kategooria, millele raames tuleb riikidel kindlustada igakülgne reproduktiivtervise eest hea seismine ning vajalike teenuste kättesaadavus, mis reproduktiivtervist kindlustada aitavad.

Hüpotees, mille kohaselt kuuluvad reproduktiivõigused põhiõiguste kategooriasse, nõuab, et esmalt tuleb sisustada mõiste põhiõigused ning nimetatuid tulenevad loogilised järeloomid. Siinkohal tulevad käsitlemisele põhiõigused ja –vabadused, millised tagavad igapäevasele valiku- ja otsustusõiguse, võrdsuse ja enesemääramise vabaduse ehk millistele tuginedes võiks teoreetiliselt olla igapäevasele õigus nõuda riigi kaasabi reproduktiivõiguste realiseerimisel.

Eesti Vabariigis on põhiõigused, -vabadused ja –kohustused sätestatud Põhiseaduse (PS)¹² teises peatükis. Põhiõigused on üksikisiku subjektiivsed õigused kellegi vastu ning ühtlasi

¹⁰ United Nations Population Fund. Programme of Action. Adopted at the International Conference on Population and Development Cairo, 05.09–13.09.1994. - 20th Anniversary Edition 2014, lk-d 59, 61-62. - http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf (12.02.2017); Eesti Seksuaaltervise Liit. Seksuaal- ja reproduktiivtervise arengusuunad 2013–2017. Tallinn 2013, lk 5.

¹¹ L. Oja, lk 1.

¹² RT 1992, 26, 349; RT I, 15.05.2015, 2.

objektiivsed kohustused, mida põhiõiguste adressaadid järgima kohustuvad, sõltumata sellest, kas põhiõiguste kandjad seda konkreetsel juhul nõuavad.¹³ Sõltuvalt põhiõiguse sisust, võib tegemist olla soorituspõhiõigusega, mis annab isikule õiguse nõuda põhiõiguste adressaadilt positiivse tegevuse sooritamist või vabaduspõhiõigusega, mille sisuks on õiguslik luba midagi teha või tegemata jätta ning isiku õigus riigilt nõuda, et riik isikut lubatu teostamisel ei takistaks. Vabaduspõhiõigused garanteerivad adressaadile otsustamisõiguse ning kaitsevad riigi ja teiste põhiõiguste kandjate sekkumise eest isikliku vabaduse teostamisse.¹⁴

Klassikaliseks vabaduspõhiõiguseks, millise alusel on hüpoteetiliselt võimalik kontrollida puudutatud isiku nõudeõigust surrogaatteenuse kasutamise võimaldamiseks, on Põhiseaduse §-s 19 sätestatud õigus vabale eneseteostusele. PS § 19 lg 1 esemeline kaitseala hõlmab õigusliku vabaduse teha ja jätta tegemata, mida isik subjektiivsetest kaalutlustest lähtuvalt soovib. Otsustamisvabadus on kaitstud sõltumata sellest, milline on valitud tegevuse roll eneseteostuse jaoks või milline on moraalne hinnang valitud tegevusele.¹⁵ Paragrahvi kaitseala hõlmab seega muuhulgas isiku õigust võtta vastu otsuseid seoses järglaste saamisega ning tagab õiguse valida ilma riigi poolse subjektiivse hinnanguta, kuidas, kellega ja millal indiviid järglasi saada soovib. Samuti kuulub paragrahvi kaitsealasse järglaste saamise viisi valikuõigus, sõltumata moraalsest hinnangust selle valiku olemusele.

Eesti Vabariigi põhiseaduse § 26 esimese lause kohaselt on igaühel õigus perekonna- ja eraelu puutumatusel. Riigikohus on leidnud, et põhiseaduslik õigus perekonna- ja eraelu puutumatusel kohustab riigivõimu hoiduma sekkumisest perekonnaellu ning õiguse kaitseala hõlmab muuhulgas suhteid lapse ja tema bioloogiliste vanemate vahel.¹⁶ Nimetatud säte on surrogaatluse seisukohalt asjassepuutuv, kuivõrd õiguskorras võib esile kerkida probleeme järglase põlvnemise kindlakstegemise, kui surrogaatteenust on kasutatud välisriigis ning puudub koduriigis aktsepteeritav dokumentatsioon lapse põlvnemise kindlaksmääramise osas. Paragrahvi alusel kohustub riik tagama, et tunnustataks lapse ja vanemate vahelisi suhteid. Õiguskord ei erista siinjuures, mil viisil nimetatud perekondlikud suhted tekkinud peavad olema, mistõttu kuulub kaitsealasse ka lapse ja vanema vaheliste juriidiliste perekonnasuhete tekkimine surrogaatluse abil.

Põhiseaduse § 27 lg 1 alusel on perekond rahva püsimise ja kasvamise ning ühiskonna alusena riigi kaitse all. Tegemist on perekonnaelu kaitsva erisättega, mis annab põhiõiguste kandjale

¹³ M. Ernits. Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2012. Sissejuhatus, II ptk, p 2.1.2.

¹⁴ Samas, p-d 3.1 ja 3.2.

¹⁵ Samas, § 19, komm 3.1.1.

¹⁶ RKPJK 21.06.2004, 3-4-1-9-04, p 13.

ootuse, et riik ei sekkuks tema perekonnaellu ning mis kohustab riiki hoiduma perekonnaellu sekkumisest.¹⁷ Põhiseaduse kommentaaride alusel on kaitstavaks nii abielulised kui ka registreerimata kooselulised suhted naise ja mehe vahel, samuti vanemate ja laste vahelised suhted (sealhulgas lapsendatu ja lapsendaja ning kasulapse ja kasuvanema suhted).¹⁸ Õigust riigi positiivsele tegevusele, mis aitaks elada isikul Eestis täisväärtuslikku perekonnaelu, võib piirata vaid teiste isikute põhiõiguste ja –vabaduste kaitseks või võttes arvesse põhiseaduse muid sätteid, mille eesmärgiks on kollektiivsete hüvede kaitsmine.¹⁹ Euroopa Inimõiguste Kohtu (*EIK*) praktikas mahub perekonnaelu mõiste alla nii mehe ja naise ametlikult registreerimata kooselu, kuid ka ebatraditsioonilised perekonnad, nt homo- ja transseksuaalide kooselud ning nende lapsed, kes on sündinud sperma loovutamise ja ühe partneri kunstliku viljastamise või surrogaatema abil.²⁰ Seega on PS § 27 lg 1 eesmärgiks kindlustada võimalus elada täisväärtuslikku perekonnaelu, selle kaitse ning võimalus seda õigust praktikas realiseerida. Eraldi tähelepanu väärrib PS § 27 lg 4, mille kohaselt sätestab seadus vanemate ja laste kaitse. Kui seaduse regulatsioon ei ole vanemate ja laste igakülge kaitse tagamiseks piisav, võib tegemist olla Põhiseaduse nõudega vastuollu mineva õigusliku lüngaga. Viidatud Põhiseaduse säte tagab kaitse surrogaatluse abil sündinud lastele võrdväärselt iga teisel viisil sündinud järglasega ning samuti õiguse täisväärtusliku perekonnaelu kujundamiseks sõltumata sellest, kuidas indiviid seda teha soovib. Sealhulgas tuleb seadusandjal olla vaba moraalsetest hinnangutest igaühe perekonnaelu formeerimise osas. Kui nimetatud õigused igaühele tagatud ei ole, võib tegemist olla Põhiseadusega vastuolus oleva tegevuse või tegevusetusega õigusliku regulatsiooni kujundamisel.

Magistritöö teema kontekstis tasub ühtlasi välja tuua PS § 12 lg-s 1 sisalduv regulatsioon, mille alusel on kõik seaduse ees võrdsed. Kedagi ei tohi diskrimineerida rahvuse, rassi, nahavärvuse, soo, keele, päritolu, usutunnistuse, poliitiliste või muude veendumuste, samuti varalise ja sotsiaalse seisundi või muude asjaolude tõttu. Riikohtu praktika²¹ alusel sisaldub selles sättes isiku õigus mitte saada ebavõrdse kohtlemise osaliseks. Nimetatud lausest tuleneb ühtlasi kohustus seadusandjale, sätestades õiguse kohaldamise võrdsuse kõrval ka õigusloome võrdsuse põhimõtte.²² Võrdsuspõhiõiguse riive tuvastamiseks tuleb Riigikohtu praktika alusel

¹⁷ K. Jaanimägi, U. Lõhmus (viide 13), § 27, komm 6-7.

¹⁸ Samas, § 27 komm 14, 15 – 15.3.

¹⁹ Samas, § 27 komm 2, 5 ja 7.5.

²⁰ Samas, § 27 komm 13.

²¹ RKPJK 03.04.2002, 3-4-1-2-02, p 16.

²² M. Ernits (viide 13), § 12 komm 1.9. RKÜKo 14.11.2002, 3-1-1-77-02, p 22; 17.03.2003, 3-1-3-10-02, p 36; 10.12.2003, 3-3-1-47-03, p 24; 27.06.2005, 3-4-1-2-05, p 38 jj; 02.06.2008, 3-4-1-19-07, p 21; RKPJKo 03.04.2002, 3-4-1-2-02, p 17; 24.01.2004, 3-4-1-7-03, p 17; 02.05.2005, 3-4-1-3-05, p 17; 20.03.2006, 3-4-1-33-05, p 26, 32; 26.09.2007, 3-4-1-12-07, p 18 jj; 01.10.2007, 3-4-1-14-07, p 13; 30.09.2008, 3-4-1-8-08, p 20.

esmalt leida võrreldav grupp, keda koheldakse soodsamalt. Riive on võimalik tuvastada, kui võrreldavaid gruppe koheldakse sarnases olukorras erinevalt.²³ Samuti on Riigikohus asunud seisukohale, et PS § 12 lõikega 1 tagatud võrdsuspõhiõigus on piiratud igal põhiseadusega kooskõlas oleval põhjusel ning põhiseaduse vastane on üksnes selline erinev kohtlemine, millel puudub õigustus.²⁴ Surrogaatluse keelu puhul tuleb kõne alla võrdlus erinevate füsioloogilistel põhjustel laste saamiseks võimetute naiste puhul. Hinnata oleks võimalik, kas nende puhul esineb ilma põhiseadusliku aluseta ebavõrdset kohtlemist põhiseaduslike õiguste realiseerimisel, mis võib olla kaasa toonud võrdsuspõhiõiguse rikkumise erinevate võimaluste tagamise läbi.

Eelviidatud Põhiseaduse sätetest on võimalik kogumis tuletada igaühe õigus vabalt otsustada järglaste saamise ning reproduktiooni viiside valiku üle, samuti on puutumus õigusega täisväärtusliku perekonnaelu kujundamiseks. Kui seadusandja on jätnud loomata õigusliku regulatsiooni, mis tagaks võrdväärsed võimalused põhiõiguste ja –vabaduste realiseerimiseks, võib tegemist olla intensiivse sekkumisega põhiõiguslike vabaduste realiseerimisele. Reproductiivõigused on õiguskäsitlustes hõlmatud põhiõiguste kataloogis, millest tulenevalt on nimetatud õigused, sealhulgas surrogaatluse kasutamise õigus, põhiõiguste kaitsesfääri kuuluv, mille tagamata jätmine peab olema seadusandja poolt veenvalt põhjendatud. Seadusandja tegevus õigusliku regulatsiooni loomata jätmise või põhiõiguste vastase piirangu kehtestamise teel on ühtlasi aluseks nõudeõiguse tekkimisel, mis annab igaühele õiguse pöörduda vajadusel õiguskaitseorganite poole.

1.2 Surrogaatluse olemus

Reproduktiivõiguste valdkond hõlmab järglaste saamise võimekust ja sellega seotud küsimusi tervikuna, seega kuuluvad surrogaatluse ehk asendusemaduse (alternatiivselt nimetatakse ka vahendussünnituseks) küsimused samuti reproduktiivõiguste all käsitlemisele. Surrogaatluse all mõistetakse laiemas tähenduses praktikat, mille käigus jääb naine rasedaks kindla teadmise ja kavatsusega laps pärast sünnitust teisele isikule või paarile kasvatada anda.²⁵ Juriidiline asendusemaduse mõiste on määratletud karistusseadustiku (*KarS*)²⁶ § 132 lg-s 1 kui võõra munaraku või sellest valmistatud inimloote ülekandmine naisele, kelle kohta on teada, et ta kavatses sellest arenenud lapse pärast sündi ära anda.

²³ RKPJKo 11.03.2015, 3-4-1-51-14, p 62; RKPJKo 06.01.2015, 3-4-1-18-14, p 57.

²⁴ RKPJKo 26.06.2014, 3-4-1-1-14, p 113; RKPJKo 29.01.2014, 3-4-1-52-13, p 57.

²⁵ L. Oja, lk 1.

²⁶ RT I 2001, 61, 364; RT I, 31.12.2016, 14.

Asendusemadussuhete tekkimine kujuneb vajalikuks olukorras, kus last sooviv naine on reeglina meditsiinilisel põhjusel võimetu last kandma või sünnitama, samuti võib see olla naisele terviseseisundist tulenevalt vastunäidustatud, kuid lapsendada paar ei soovi. Asendusema on võimalik viljastada kunstlikult, samuti on võimalik talle munarakk või embrüo siirata. Surrogaatlus on meditsiiniliselt võimalik järgnevate alternatiivide teel: üks abikaasadest (mees) annab geneetilise materjali, millega võõras naine (surrogaat) kunstlikult viljastatakse, ühe abikaasa (naise) munarakk siiratakse võõrale naisele või võõrale naisele siiratakse mõlemate abikaasade geneetilisest materjalist väljaspool keha meditsiinispetsialisti poolt moodustunud embrüo.²⁷ Praktikas esineb ka olukordi, kus surrogaatteenust soovitakse kasutada sotsiaalsetel põhjustel ning tahtmatusest ise last kanda. Sellisteks põhjusteks võivad olla soov mitte olla eemal tööturul ning mitte kogeda füsioloogilisi muutuseid, mis rasedusega kaasnevad, millisteks võivad olla näiteks kaalutõus, iiveldus ja ebamugavustunne.

Juriidiliselt on asendusemaduse kokkulepe poolte vahel käsitletav kui käsundusleping, kuivõrd lepingu sisuks on, et üks osapool täidab teise eest mingi kohustuse (osutab teenusena surrogaatlust) ning teine kohustub kandma kohustuse täitmiseks kaasnevad kulutused ning tasuma teenuse osutamise eest vastavalt pooltevahelisele kokkuleppele, kuigi surrogaatluse puhul on võimalik teenuse osutamine ka ilma tasu maksmise kohustuseta.

Esimene kehavälise viljastamise abil sündinud laps tuli ilmale 1978 tema geneetilise ema poolt. Kehavälise viljastamise protseduuri õnnestumine muutis võimalikuks ka surrogaatteenuse osutamise, kuna embrüot ei pea siirdama pärilikkusmaterjali andnud naisele. Surrogaatlus on seega olnud meditsiiniliselt võimalik alates 1970ndate lõpust.²⁸ Samast hetkest alates on surrogaatlusel olnud nii kardinaalseid vastaseid kui ka liberaalsete vaadetega toetajaid. Kuivõrd surrogaatlusega kaasneb eetilisi, sotsiaalseid ja õiguslikke küsimusi, millistele on keeruline anda ühtainsat õiget vastust, puudub tänaseni selle praktika lubatavuse osas konsensus. Surrogaatluse täieliku keelustatuse pooldajad toovad põhiargumentidena välja, et laps ei tohiks olla kaubandusliku tehingu objektiks (nii-öelda lapse ostmine tasu eest) ning surrogaadid võivad sattuda ärakasutamise ja inimkaubanduse ohvriteks, kuna surrogaadiks on nõus olema pigem majanduslikku puudust kannatavad naised,²⁹ keda oleks seetõttu võimalik sundida

²⁷ I. Nurmela. Arengud rahvusvahelises eraõiguses. - Juridica IV/2000, ptk II, p 1.2, lk 249-257. - http://juridica.ee/juridica_et.php?document=et/articles/2000/4/58.PRN.prv.php (22.02.2017).

²⁸ C. Shalev jt. Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action. Preface: an emerging global market. - Israel Journal of Health Policy Research, 2016. - <https://ijhpr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13584-016-0117-0> (11.04.2017).

²⁹ M. Fries. Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention? - Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities. Proceedings of the Fifth Conference of the Commission on European Family Law, Intersentia 2014, lk 202. - <https://ssrn.com/abstract=2348270> (15.03.2017).

surrogaatteenust osutama. See võib panna vähekindlustatud naised olukorda, kus surrogaatteenuse eest loodetav majanduslik kasu näib suurem, kui õnnestuks teenida tööturul, mis võib neid rahalise kindlustunde saavutamiseks sundida oma keha objektina „välja rentima“ neile, kes selleks füsioloogiliselt võimetud on või raseduse kandmist sotsiaalsel põhjustel ei soovi.

Surrogaatluse poolt kõnelejate argumendid rõhutavad igaühe vabadust teha valikuid, seda nii surrogaadi kui ka last soovivate vanemate puhul. Samuti tuuakse välja, et kedagi ei saa sundida surrogaadiks olema, mistõttu teeb naine vabatahtliku valiku last soovivatele isikutele laps ilmale kanda, arvestades seejuures nii potentsiaalsete riskide kui võimaliku saadava kasuga rahalise kompensatsiooni või saadava heaolutunde näol. Oluline on välja tuua, et surrogaatlus võib olla lubatav üksnes vormis, kus selle eest rahalise tasu maksmine on juriidilise regulatsiooniga keelustatud,³⁰ mis välistaks surrogaadiks olemise üksnes rahalise kasu teenimise eesmärgil. Keeld surrogaatteenuse osutamiseks võib aga rikkuda järglaseid soovivate isikute õiguseid, kes on füsioloogiliselt võimetud raseduse kandmiseks ning kellel puudub võimalus muul viisil bioloogilisteks vanemateks saada. Teenuse osutamise lubamatuks tunnistamine piirab seetõttu selleks meditsiinilise kaasabita võimetute isikute reproduktiivõiguste teostamise võimalusi, otsustusvabadust järglaste saamise osas ja võimalust kujundada täisväärtuslikku perekonnaelu.

Viljakuse ja järglaste saamisega esineb industriaalriikides probleeme hinnanguliselt 12-15% lapsesaamiseas paaridest, arengumaades on Maailma Tervishoiuorganisatsiooni andmetel enam kui 186 miljonit sama probleemi ees seisvat paari.³¹ Hinnanguliselt on Eesti paaridest viljakusega probleeme umbkaudu 10-18%-l, mis on 20 000 paari.³² Surrogaatluse kasutajate arv on viimasel kümnendil olnud pidevas tõusutrendis, mis viitab kasvavale nõudlusele teenuse järele.³³ Viljatuse põhjuseks võib heteroseksuaalse suhte puhul olla ühe või mõlema partneri füsioloogiline probleem, mis takistab eostamist või raseduse kandmist. Mitteheteroseksuaalse

³⁰ P. Saxena, A. Mishra, S. Malik. Surrogacy: Ethical and Legal Issues. - Indian Journal of Community Medicine, Iss. 37(4), 2012 okt-dets, lk 211–213. - <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/> (22.02.2017).

³¹ World Health Organization. Assisted conception in developing countries – facing up to the issues. - Progress in Human Reproduction Research, iss. 63, 2003, lk 2. - <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/progress63.pdf> (15.03.2017). Human Fertilisation and Embryology Authority. Ühendkuningriigid, *sine anno*. - <http://www.hfea.gov.uk/fertility.html> (15.03.2017); K. Haller-Kikkatalo jt. Autoimmuunsus ja naise viljatus I. Soodumus autoimmuunsete reaktsioonide tekkeks. - Eesti Arst, 2009, lk 14-15. - <http://ojs.utlib.ee/index.php/EA/article/viewFile/10623/5808> (11.04.2017).

³² M. Gordon. Lapseootele jäämine ei olegi enam nii loomulik. - Ajakiri Apteeker, 2008, lk 30. - <http://www.ya.ee/cms/file/ajakiri/YAsygis2008.pdf> (11.04.2017).

³³ Euroopa Parlament. Study: A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. *Sine loco*, 2013, lk 9. - [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) (12.02.2017). M. Fries, lk 200.

suhte puhul on tegemist paarisuhte olemusest tuleneva võimatusega eostamisel.³⁴ Seega on tegemist teenusega, mille kasutamisest võiksid arenenud riikides olla huvitatud paljud paarid või üksikisikud, kui teenus oleks koduriigis kättesaadav ning õiguslikult reguleeritud. Viljatus on kaasaegses maailmas üha sagemini esinev probleem ning teadaolevate andmete pinnalt ei ole võimalik järeldada, et probleem puudutab üksnes väheseid. Selle üheks põhjuseks võib pidada karjääri ja hariduse omandamise tõttu pere loomise ja laste saamise hilisemasse elufaasi jätmist ning asjaolu, et naise viljakus hakkab alates 35ndast eluaastast kiiresti langema.³⁵

Asendusemadus võib olemuslikult olla täielik või osaline. Täieliku ehk gestatsioonilise surrogaatluse puhul ei ole asendusemal tulevase lapsega geneetilist sidet, pärilikkusmaterjal võib tuleneda last soovivatelt vanematelt või kasutatakse viljastamisel doonorrakke. Osalise ehk traditsioonilise asendusemaduse korral on surrogaat lisaks lapse kandmisele munaraku doonoriks ning on tulevase lapsega geneetiliselt seotud.³⁶

Surrogaatteenust on võimalik jagada erinevateks vormideks teenuse osutamise eest rahaliselt mõõdetava tasu saamise alusel. Tegemist võib olla kommertsiaalse asendusemadusega, mille raames on lubatav maksta surrogaadile tasu või altruistliku surrogaatlusega, kus tasu maksmine on keelatud, välistamaks ostu-müügisuhte tekkimine.³⁷ Altruistliku teenuse puhul ei ole samas välistatud asendusemale mõistlike kulutuste hüvitamine, millised on tehtud raseduse, loote või lapse eest hoolitsemise eesmärgil. Täiendavat rahalist hüvitist surrogaat altruistliku teenuse osutamise eest saada ei tohi,³⁸ mis tähendab, et teenus ei tohi kujuneda inimkeha nii-öelda välja rentimiseks ega olla motiveeritud rahalise kasu teenimise eesmärgist. Riikides, kus surrogaatteenus on legaalne, on tihti lubatud üksnes altruistlik asendusemadus, näitena võib tuua Ühendkuningriigid, Kanada, Austraalia.³⁹ Kommertsiaalse surrogaatluse puhul põhjustab vaidluseid küsimus, kas asendusema osutab teenust üksnes rahalise kasu saamise eesmärgil või soovist aidata lapse kandmiseks või eostamiseks võimetul paaril saada geneetiline järglane, mistõttu püütakse selliste õigussuhete tekkimist praktikas pigem vältida, hoidmaks ära keerulisi

³⁴ International Federation of Social Workers. Cross border reproductive services. *Sine loco*, 2012. - <http://ifsw.org/policies/cross-border-reproductive-services/> (15.03.2017).

³⁵ M. Gordon, lk 30.

³⁶ Eesti Naisterastide Selts. Arvamus. Asendusemadus. *Sine loco, sine anno*. - <http://ens.ee/file/4/download?token=aN2tNWSk> (12.02.2017); Euroopa Parlament, lk 12.

³⁷ P. Saxena, A. Mishra, S. Malik, lk 211–213.

³⁸ Hague Conference on Private International Law. The Desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project. Preliminary Document, no 3, annex A, i. *Sine loco*, 2014. - https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf (22.02.2017).

³⁹ E. Jackson jt, ptk. II.

eetilisi vaidluseid. Kommertsiaalne surrogaatlus on legaalne näiteks Venemaal ja mõningates Ameerika Ühendriikide osariikides.⁴⁰

Kommertsiaalse surrogaatluse keelustamise eesmärgiks võib pidada eelkõige soovi välistada, et surrogaatteenuse osutamine oleks kasutatav ärilistel eesmärkidel ning muutuks surrogaadi ja teenuse vahendaja jaoks üksnes teenimisvõimaluseks. Inimesed, kes surrogaatteenust kasutada soovivad, on reeglina füsioloogiliselt võimetud lapsi eostama või kandma ning surrogaatlus on neile ainsaks viisiks järglaste saamisel. Kuna tegemist on terviseseisundist tuleneval põhjusel vajitava teenusega, ei peeta sellelt raha teenimist eetiliseks. Samas on hiljutise uuringu tulemusena, mille läbiviimisel küsitleti Austraalias asendusemadusteenust kasutanud vanemaid ja valdkonnaga kokku puutuvaid spetsialiste, leitud, et teenust kasutanud naised peavad moraalselt aktsepteeritavamaks kommertsiaalset munarakudoonorlust ja surrogaatlust võrreldes ilma kompensatsioonita osutatud altruistlikku teenusega.⁴¹ Uuringus osalejad põhjendasid oma seisukohta eelkõige sellega, et sooviksid väljendada oma tänu sümboolse tasu maksmisega kogemuse eest, mis neile surrogaadi abita kättesaamatuks oleks jäänud. Keeldu kompensatsiooni maksmise osas peeti surrogaadi suhtes ebaõiglaseks, kuivõrd teenuse osutamine vääriks kohast tasu. Põhjuseks nimetati lisaks, et termini alla mõistlikud kulutused, milliste hüvitamine surrogaadile on altruistliku teenuse puhul lubatav, on mõningaid väljaminekuid keeruline paigutada, näiteks ei pruugi olla rasedale teatavad vitamiinid hädavajalikud, kuid toetavad surrogaati lapse kandmisel. Kui sümboolse hüvitise maksmine oleks lubatav, ei kerkiks selliseid küsimuste esile, kuivõrd iga tehtud kulutus ei vajaks eraldi põhjendamist.

Meditsiiniliselt assisteeritud reproduktsioon, sealhulgas surrogaatlus on teenused, mida saab ja tohib osutada üksnes tervishoiuteenuse osutamiseks pädev erialaspetsialist. Ilma meditsiinilise sekkumiseta ei ole võimalik luua embrüot ega surrogaadil viljastuda. Teenuse osutamine on eelkõige tingitud füsioloogilisest eripärast või terviseprobleemist, mille tagajärjel last soovivad isikud ei ole võimelised ilma kõrvalise abita järglaseid saama. Seega on võimalik argumenteerida, et meditsiiniliselt assisteeritud reproduktsioonile kaasa aitavad teenused on käsitletavad kui tervishoiuteenused, mille järele esineb isikul vajadus terviseseisundist lähtuvalt. Sellest tulenevalt tuleb käesoleva magistritöö raames peatuda lühidalt igäühe õigusel tervishoiuteenuse kätte saadavausele ning riigipoolsele kohustusele tervishoiuteenuseid osutada.

⁴⁰ Euroopa Parlament (viide 35), lk 39-40.

⁴¹ E. Jackson jt, ptk I.

Kui paar või naine soovib kasutada surrogaadi teenust, on reeglina tegemist naisega, kes on võimetu meditsiinilisel põhjusel ise rasedust kandma või last eostama. Seega võib väita, et tegemist on tervises seisundiga, mis takistab isikul järglaste saamist. Sellest tulenevalt on asjakohane käsitleda põhiõiguste kontekstis ühtlasi igäühe õigust tervise kaitsele (PS § 28). Samasse kategooriasse kuuluvatena surrogaatlust vajavate isikutega on võimalik vaadelda ühtlasi naisi, kes suudavad rasedust kanda, kuid on eostamisvõimetud. Seega takistab järglaste saamist loomulikult teel samuti füsioloogiline seisund. Hüpoteetiliselt võiksime püstitada küsimuse, miks ühel juhul seadusandlus ja ühiskond tervikuna toetavad lähenemist, et ühel nimetatuid võimaldatakse riikliku tervisekindlustuse kaudu raviteenuseid, mis aitavad naisel raseduda ning järglaste ilmale kanda, kuid teisel mitte, kuigi mõlemal esineb tervises seisund, mis takistab loomulikult teel järglaste saamist.

Põhiseaduse § 12 lg 1 esimese lause kohaselt on kõik seaduse ees võrdsed. Põhiseaduse § 28 lg 1 esimese lause alusel on Eesti Vabariigis igäühel õigus tervise kaitsele, mis hõlmab ühtlasi õiguse arstiabi kättesaadavusele vajaduse korral. Õigusloome võrdsus tähendab Riigikohtu hinnangul, et seadused peavad sisuliselt kohtlema kõiki sarnases olukorras olevaid isikuid ühtemoodi. Selles põhimõttes väljendub sisulise võrdsuse idee: võrdseid tuleb kohelda võrdselt ja ebavõrdseid ebavõrdselt.⁴²

Kuid mitte igasugune võrdsete ebavõrdne kohtlemine pole võrdsusõiguse rikkumine. Keeldu kohelda võrdseid ebavõrdselt on rikutud, kui kaht isikut, isikute gruppi või olukorda koheldakse meelevaldselt ebavõrdselt. Kui on olemas mõistlik ja asjakohane põhjus, on ebavõrdne kohtlemine seadusloomes põhjendatud.⁴³ Sama reeglit on Riigikohus järginud ka hilisemates lahendites, märkides täpsustavalt, et üldise võrdsuspõhiõigus riivega on tegemist siis, kui ebavõrdselt koheldakse sarnases olukorras olevaid isikuid. Seadusloome võrdsuse põhimõtet on rikutud, kui ebavõrdset kohtlemist ei ole võimalik põhiseaduslikult õigustada.⁴⁴ Seega tuleb võrdsuspõhiõiguse rikkumise üle otsustamiseks hinnata, kas seadusandjal esineb mõjuv põhjus isikute erinevaks kohtlemiseks või on tegemist põhjendamatu piiranguga ühte gruppi kuuluvate isikute puhul.

⁴² RKPJKo 03.04.2002, 3-4-1-2-02, p 17; RKÜKo 14.11.2002, 3-1-1-77-02, p 22; RKÜKo 03.01.2008, 3-3-1-101-06, p 20.

⁴³ RKPJKo 03.0.2002, 3-4-1-2-02, p 17.

⁴⁴ RKPJKo 02.05.2005, 3-4-1-3-05, p 20.

Kokkuvõtlikult on surrogaatlus füsioloogilisest võimetusest või sotsiaalsest soovist tingitud järglaste saamise üheks viisiks, mille raames last sooviva naise asemel kannab embrüo lõplikku arengufaasi teine naine, kes on nõustunud lapse pärast sünnitust loovutama.

1.3 Surrogaaturismi olemus ja sellega kaasnevad õiguslikud küsimused

Kuivõrd paljud riigid on surrogaatluse täielikult keelustanud või jätnud valdkonna reguleerimata, on inimesed, kes teenust kasutada sooviksid või seda järglaste saamiseks vajaksid, püüdnud leida alternatiivseid viise järglaste saamiseks. Seetõttu on välja kujunenud praktika, kus majanduslikke võimalusi omavad last soovivad isikud suunduvad surrogaatteenuse kasutamiseks välisriiki, kus teenuse osutamine on legalne, odavam kui päritoluriigis või hõlpsamini kättesaadav näiteks ravijärjekordade puudumise või samasooliste kooselu tunnustamisest tulenevalt. Riigipiiride ületamine sihtriigis teenuse kasutamiseks, mis on koduriigis lubamatu või kättesaamatu, toob kaasa juriidiliselt keerukaid piiriüleseid suhteid ning võib jätta õhku küsimuse, kuidas kaasuvad vaidlused lahendada.

Meditsiiniliselt assisteeritud reproduktsiooni ahelat võiks kirjeldada järgmiste etappidena: seemne- ja munarakkude kogumine doonorilt (või last soovivalt täiskasvanult, kellel sugurakud on viljastumisvõimelised), sugurakkude viljastamine, embrüo implantatsioon (nidatsioon) ja gestatsioon (rasedus) ning viimaseks astmeks on sünnitus. Teoreetiliselt on võimalik, et kõik nimetatud etapid leiavad tänapäeval aset erinevas riigis ning lõpptulemusena asub laps koos vanematega elama nende päritoluriigis, mis ei pruugi teenuse osutamise riikidega kattuda.⁴⁵ Kuivõrd meditsiinilist abi reproduktsiooniks otsitakse välisriikidest eelkõige põhjusel, et teenus ei ole koduriigis kättesaadav, on arusaadavatel põhjustel erinevad ka kõikide teenuseid osutavate riikide õigussüsteemid. Seega võib surrogaatteenuse osutamine leida aset mitmete eriilmeliste juriidiliste doktriinide keskkonnas, millega kaasnevad ka surrogaaturismile omased probleemid. Teenuse osutamisel võib tegemist olla inimorganismide või nende osade transnatsionaalse transportimisega, samuti võib lubatavuse piiride ületamisega kaasneda karistusähvardus. Regulatsiooni puudumise või selle jälgitavuse keerukuse tõttu piiriülese teenuse osutamise puhul ei ole välistatud ka laste või surrogaatide õiguste rikkumine ja nende ekspluateerimine, samuti võib kaasneda hilisem õiguslik selgusetus lapse perekondliku ja rahvusliku kuuluvuse tuvastamisel.

Välisriiki reisimist eesmärgiga saada järglasi, sealhulgas eesmärgiga kasutada sihtriigis surrogaatteenust, on rahvusvahelises kirjanduses nimetatud mitmete terminitega. Kasutusel on

⁴⁵ C. Shalev jt.

inglisekeelsed terminid *cross-border reproduction*,⁴⁶ mis on tõlkes mõistetav kui piiriülene reproduktsioon; *transnational surrogacy*⁴⁷ ehk transnatsionaalne (mitmele maale hargnenud) surrogaatlus ning *procreative tourism*,⁴⁸ mida on eestikeelsena võimalik sõnastada kui turism järglaste saamise eesmärgil. Erialakirjanduses kasutatakse rääkides üksnes surrogaatluse kasutamisest välisriigis samuti terminit *surrogacy tourism*,⁴⁹ mis on ühe võimalusena tõlgitav kui surrogaatturism. Autor kasutab ning analüüsib käesolevas töös mõistet surrogaatturism, mis ei ole käesoleval ajal siseriiklikult kasutust leidnud, kuivõrd valdkonna problemaatikale on eestikeelsetes erialatöodes vähest tähelepanu pööratud. Siiski on tegemist autori hinnangul olukorda kõige paremini ilmestava spetsiifilise terminiga, kuivõrd nimetatu hõlmab üksnes välisriiki reisimist surrogaatluse kasutamise eesmärgil.

Välisriiki reistakse surrogaatluse kasutamiseks mitmetel põhjustel, välja on võimalik tuua järgmised alternatiivid. Teenus ei ole koduriigis kättesaadav tehniliste võimaluste puudumise tõttu (spetsialistid ja tehnoloogia puuduvad); välisriigis on eksperdid, kes on pikemaajaliselt teenuse osutamisega tegelema, mistõttu on teenus sihtriigis kõrgema kvaliteeditasemega; pärioluriigis on teenuse kasutamiseks pikad ootejärjekorrad, mis on naiste viljakuse puhul iseäranis oluline, kuna 30ndate keskpaigast alates hakkab viljakus kiiresti langema, embrüote loomiseks on aga vajalik kasutada viljastumisvõimelisi munarakke, vastasel juhul on geneetiliste järglaste saamine välistatud; välisriikides on teenuse rahalises mõttes kättesaadavam; koduriigis ei osutata teenust teatud gruppidele, näiteks tõendatud paarisuhtes mitteolevatele isikutele, samasoolises suhtes olijatele, teatud vanusepiiri ületanud isikutele ning viimase põhjusena, mis sunnib last saada soovivaid isikuid välisriikidesse reisima, võib nimetada teenuse osutamise absoluutse keelu koduriigis.⁵⁰

Seega seonduvad põhjused surrogaatluse kasutamiseks välisriigis tihti valikuvabaduse ja liberaalsema regulatsiooni otsimisega, kuid reistakse ka majanduslikel põhjustel. Sihtriigid, kus seni on teenuse kasutamine lääne-eurooplaste jaoks olnud marginaalsemaid kulutusi nõudev ja mugavam, olid kuni hiljutise ajani India ja Tai. Kuivõrd tegemist on majanduslikult

⁴⁶ G. Palattiyil jt. Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work. - International Social Work, vol 53(5), lk 690. - https://www.iss.nl/fileadmin/ASSETS/iss/Guests/Adoption_surrogacy/Publications/Eric_Blyth_pub.pdf (08.02.2017).

⁴⁷ B. Stark, Transnational Surrogacy and International Human Rights Law. - ILSA Journal on International & Comparative Law, vol 18 (2). *Sine loco*, 2011, lk 370-371. - http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/630 (08.02.2017).

⁴⁸ J. Cohen. Procreative tourism and reproductive freedom. - Reproductive BioMedicine Online, vol 13, no 1. *Sine loco*, 2006, lk 145. - [http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)62028-7/pdf](http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)62028-7/pdf) (08.02.2017).

⁴⁹ R. Parsad Gunpath, K-A. Choong. Surrogacy tourism: the ethical and legal challenges. - International Journal Of Tourism Sciences, Vol. 15, Iss. 1-2. *Sine loco*, 2015, lk 16-21.

⁵⁰ International Federation of Social Workers (viide 33).

vähemkindlustatud riikidega ning surrogaatidele lubatav tasu võis ulatuda kuni kuue kuu palgani, valisid paljud naised Aasia riikides surrogaadiks olemise just majandusliku kasu teenimise eesmärgil, elatamaks ära oma perekonda ja pidamaks üleval majapidamist.⁵¹ Surrogaatturismi äri Indias ja Tais sai peagi ulatuslikku meediakajastust ning avalikkuse tähelepanu alla tõusis küsimus, kui vastuvõetavaks saab pidada surrogaatluse osutamist rahalise kasu eesmärgil ning kui suur osa teenitavast tulust jõuab realselt surrogaatideni, kes tegelikult teenust osutavad. Paljastati juhtumeid, kus surrogaatideks olnud naised oli inimkaubanduse ohvriteks.⁵² Küsitavaks muutus seega olukord, milles Aasia riikide surrogaadid teenust osutasid, kuna riigis valitseva tööpuuduse ja valikuvõimaluste vähesuse tõttu võis tegemist olla sundolukorraga perekonna ülalpidamiseks. See omakorda tõstatab küsimuse keha müümise teenusest, mis ei ole arenenud riikides eetilisel vastuvõetav ega lubatav.

Samuti suhtlesid välisriikide kodanikud eelkõige surrogaatteenust vahendava ettevõttega ning harvad ei olnud juhtumid, kus last soovivad vanemad surrogaadiga isegi ei kohtunud. Kuivõrd rahvusvahelises meedias leidsid kajastamist teenuse osutamise telgitagused ning surrogaatturism arenguriikidesse sattus avaliku halvakspanu alla, on nii India kui Tai hiljuti otsustanud lõpetada teenuse osutamise välismaalastele.⁵³ See loomulikult ei tähenda, et surrogaatturistid ei leiaks uut sihtkohta, kuhu odavama ja vähemkontrollitud teenuse tarbimiseks reisida. Kajastamist ühe sellise sihtkohana on leidnud Mehhiko, kus arstiabi osutamine ning õigusliku regulatsiooni järgimine teenuse osutamise käigus on veelgi vähesema jälgimise all, kui erinevates Aasia riikides. See omakorda toob kaasa veelgi tähelepanuväärsema ohu surrogaatide ärakasutamise osas ning raskendab õiguslikku asjaajamist nii enne kui ka pärast teenuse kasutamist. Puudulik regulatsioon raskendab informatsiooni kättesaadavaust nii surrogaatide kui teenuse kasutamisest huvitatud isikute jaoks, kaitstud ei pruugi olla osapoolte juriidilised õigused ja tervisekaitse nõuete järgimine võib olla ebapiisav.⁵⁴

Kuigi Ühendkuningriikides on altruistlik surrogaatlus lubatav, kasutavad last soovivad vanemad sageli välisriikides pakutavaid teenuseid. Lisaks sellele, et kasutatakse koduriigis

⁵¹ International Federation of Social Workers (viide 33).

⁵² M. Crawshaw, E. Blyth, O van den Akker. The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice. - Journal of Social Welfare and Family Law. Vol. 34, Iss. 3. *Sine loco*, 2012, lk 273. - <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09649069.2012.750478?src=recsys> (13.03.2017).

⁵³ India bans foreigners from hiring surrogate mothers. – The Guardian. 28.10.2015. - <https://www.theguardian.com/world/2015/oct/28/india-bans-foreigners-from-hiring-surrogate-mothers> (19.04.2017). Thailand bans commercial surrogacy for foreigners. – BBC News, 25.02.2015. - <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717> (19.04.2017).

⁵⁴ International Federation of Social Workers (viide 33).

keelatud kommertsiaalset teenust, võib ilma piisava õigusliku ja meditsiinilise jälgimise tagamiseta välisriikides tegemist olla ka kaheldavate meditsiinipraktikatega, mis võivad hõlmata mitme embrüo samaaegset ülekandmist surrogaadile, lapse saamiseks, mitme surrogaadi samaaegset kasutamist ja erineva geneetilise materjaliga embrüote kasutamine (nii doonori kui ka last sooviva naise).⁵⁵ Kuivõrd puudub ka riikideülene regulatsioon, on selliste olukordade piiramine ja jälgimine äärmiselt keerukas ning tegeleda on võimalik üksnes tagajärgedega.

Eelnevalt kirjeldatud probleeme oleks võimalik ennetada või minimaalsuseni vähendada siseriikliku regulatsiooni loomise abil, mis annaks kõigile osapooltele raamistiku, milles on teenuse osutamine ja kasutamine võimalik. Välistatud ei ole ka riikideülesest regulatsioonist lähtumine, kuid tõenäosus, et ühtse regulatsiooni osas lähiaastatel kokkuleppele suudetakse jõuda, on vähene. Praktikast lähtuvalt on ilmselge, et hetkeolukord sunnib pahatihti võtma inimesi ette samme, mis ei pruugi olla kooskõlas päritoluriigi õigusliku regulatsiooniga ega tagada teenuse osutamise käigus kõigi osapoolte õigusi ja vabadusi maksimaalsel võimalikul määral. Samas on paratamatu, et kuni eksisteerib võimalus regulatsiooni väliselt soovitud eesmärk saavutada, surrogaaturismi kasutamine jätkub.

Siseriikliku õigusega ei ole võimalik piirata kodanike liikumisvabadust ega õigust kasutada teistes riikides teenuseid, mis nimetatuis kättesaadavad on. Sestap ei ole põhjust pikemalt analüüsida ka seadusandja võimalusi takistamiseks inimesi koduriigis keelatud teenust välisriigis kasutada, kuivõrd selline piirang ei oleks tänapäevases maailma rakendatav. Seadusandja pädevus ulatub riigi territoriaalsete piirideni ning riigil puudub võimalus teise suveräänse riigi teenuste osutamise vabadust takistada, liiatigi andes selle lubatavusele õiguslikke hinnanguid. Seega võib eeltoodu pinnalt järeldada, surrogaaturismist tekkivate probleemide lahendamiseks tuleb otsida lahendusi muul viisil, kui absoluutse keelu tingimustes tegutsedes, kuna nimetatud piirang ei too kaasa soovitud tulemusi.

1.4 Kelle õiguseid surrogaatluse osas kehtiv regulatsioon puudutab

Eeltoodust nähtuvalt on surrogaatteenusel mitu erinevat osapoolt, kelle õigused teenuse osutamise käigus kaitset vajavad. On võimalik argumenteerida, et surrogaadi ja last soovivate inimeste, kellel on eraõigusliku lepingu sõlmimise vabadus, vahel on tegemist lepingulise teenuse osutamise suhtega või lepinguvälise võlasuhtega, kui osapooled lepingut teenuse

⁵⁵ Changing profile of surrogacy in UK, lk 273.

osutamiseks ei sõlmi,⁵⁶ millist vabadust keelav regulatsioon piirab. Nii puudub ka surrogaaditeenust pakkuda soovival isikul eraõiguslik otsustusvabadus teenuse osutamiseks ning seeläbi eksisteerib õiguslik piirang oma keha vabaks kasutamiseks vastavalt enda soovidele. Seega piiratakse surrogaadi õigust osutada asendusemaduse teenust. Selliselt on riivatud asendusemaks olla sooviva isiku õigus vabale enesemääramisel ja otsustusvabadusele oma keha kasutamise puhul, realiseerimata jääb isiku õigus osutada altruistlikku teenust ning end seeläbi teostada. Välistada ei saa ka tulu teenimise võimaluse realiseerimata jäämist, kuivõrd surrogaatluse üheks vormiks on kommertsionaalne asendusemadus, mis võimaldab surrogaadil teenuse osutamise eest rahalist kasu teenida. Riivatud on ühtlasi lepingusõlmimise vabadus, kuivõrd privaatautonomia on tulenevalt karistusõiguslikust keelust välistatud. Puutumus on seega nii lepingusõlmimisevabaduse kui ka enesemääramis- ja otsustusvabaduse õigusega.

Enne kokkuleppe sõlmimist eelnevalt nimetatud poolte vahel võib üheks osapooliks olla surrogaaditeenust vahendav äriühing või muu organisatsioon, kelle kaudu lepingut sõlmivad pooled kokku viiakse ning kes mõningatel juhtudel võib ühtlasi vahendada või pakkuda tervishoiuteenust, mis on surrogaadi viljastamiseks vajalik. Sellest tulenevalt lisandub osapoolena teenuse osutamisele ka tervishoiuteenuse osutaja, kes teostab vajaliku tervisekontrolli, tuvastab kasutatava geneetilise materjali sobivuse surrogaadi viljastamiseks ning võimalusel teostab ka viljastamisprotseduuri, kuivõrd surrogaaditeenuse osutamiseks on vajalik kehaväline viljastamine, mida saab teostada üksnes vastava väljaõppega erialaspetsialist. Surrogaaditeenuse vahendaja ja tervishoiuteenuse osutaja õiguste riive on teenuse lubatavuse kontekstis riivatud marginaalselt võrreldes last soovivate isikute ja lapse õigustega.

Enim kaitset vajava osapoolena on asendusemaduse tehingust mõjutatud teenuse osutamise tulemusena sündiv laps, kelle õiguslik seisund ning edasine perekondlik ja rahvuslik kuuluvus sõltub surrogaaditeenuse osutamise riigi õiguskorrast, koduriigis kehtivast õiguslikust regulatsioonist ning eraõigusliku lepingu osapoolte vahelisest kokkuleppest. Põhiõiguste riive, mis kaasneb asendusemaduse hetkel kehtiva absoluutse keeluga, mõjutab aga enim last soovivate isikute põhiõiguste realiseerimise võimalusi, seda reproduktiivõiguste teostamise piirangu tõttu. Kui naine on füsioloogiliselt võimetu ise last kandma, kuid samas võimeline andma lapse eostamiseks vajaliku geneetilist materjali, võib keeld surrogaaditeenuse

⁵⁶ J. Mänd. Asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimine Eesti rahvusvahelises eraõiguses. - Juridica V/2016. Tallinn: Juura, lk 347-348.

kasutamiseks ja spetsiifilist valdkonda reguleeriva seadusandluse välja töötamata jätmine olla isiku valikuvabadust ning põhiõiguste teostamist rikkuv. Ka juhul, kui füsioloogilistest eripäradest tulenevalt ei ole last saada sooviv vanem võimeline lapse eostamiseks geneetilist materjali andma, võib tegemist olla ebamõistliku vaba enesemääramise ja vaba eneseteostuse õiguse piiramisega, mis takistab tegemast valikuid järglaste saamise ja täisväärtusliku perekonnaelu kujundamise osas. Seega on last soovivate vanemate õigused teenuse kasutamise piirangu alusel riivatud märkimisväärse intensiivsusega, kuivõrd seda soovivatel isikutel ei ole võimalik saada järglaseid. Piiratud on põhiõiguslikud vabadused täisväärtusliku perekonnaelu kujundamiseks, eneseteostusvabadus ja õigus langetada vabalt valikuid. Samuti kaasnevad piirangud lepingusõlmimisevabadusele, sarnaselt surrogaadiga.

Käesoleva töö raames vaadeldakse vanemaks saada soovivate isikute põhiõiguste realiseerimise võimatust ning asendusemaduse kaudu sündiva lapse õiguste tagatust. Eelkõige analüüsitakse, kas vanemaks saada soovivate isikute põhiõiguseid võib rikkuda absoluutne keeld surrogaatteenust kasutada ning kuidas on surrogaaturismi kasutamise korral tagatud sündinud lapse ning vanemaks saada soovinud isikute õigused. Põhjalikumalt käsitlemist ei leia magistritöö mahulise piirangu tõttu teenuse vahendamise seonduvate organisatsioonide ja tervishoiuteenuse osutajate õiguslik seisund ning tegevuse vorm.

Välisriigis asendusemadusteenuse kasutamisega kaasneb eeltoodust tulenevalt märkimisväärne puutumus laste õigustega, mida siinkohal on asjakohane lühidalt käsitleda kui erilist kaitset vajavat kategooriat. Laste õigused ning nende kaitse on ühiskonnas eelkõige viimase kümnendi jooksul märgatavalt kõrgema tähelepanu all olnud. Eestis hakkas 2014. aasta lõpus kehtima uus lastekaitseseadus,⁵⁷ siseriikliku regulatsiooni kujundamisel lähtume täna lisaks ÜRO laste õiguste konventsioonist.⁵⁸ Sotsiaalministeeriumi laste ja perede arengukava aastateks 2012 – 2020⁵⁹ toob ühe strateegilise eesmärgina samuti välja laste õiguste parema kaitstuse saavutamise.

ÜRO konventsiooni artikkel 4 kohaselt tuleb osalisriigil võtta kasutusele kõik seadusandlikud, administratiivsed ja muud abinõud, tagamaks konventsioonis tunnustatud õiguste täitmist. Muuhulgas on konventsiooniga tagatud ka iga lapse õigus kodakondsusele, olla oma vanemate poolt hooldatud (art 7 lg 1) ja igakülgsel võrdsele kohtlemisele, samuti on läbivald rõhutatud,

⁵⁷ RT I, 06.12.2014, 1; RT I, 21.12.2016, 24.

⁵⁸ Avaldatud RT II 1996, 16, 56, Eesti suhtes jõustunud 20.11.1991, RT 1991, 35, 428.

⁵⁹ Sotsiaalministeerium. Targad vanemad, toredad lapsed, tugev ühiskond. Laste ja perede arengukava 2012–2020. *Sine loco*, 2011, täiendatud 2013, lk 25 - http://sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/lpa_2012-2020_taiendatud_2013.pdf (17.04.2017).

et riiklikel organisatsioonidel, sealhulgas seadusandjal, tuleb alati esikohale seada lapse parimad huvid (art 3 lg 1, art 21).

Õigusselgusetus ja regulatsiooni puudumine võivad tuua kaasa probleeme lapse põlvnemise tuvastamisel. Kui Eesti kohtul tuleb lahendada küsimus, kellest laps põlvneb ning millised õigused-kohustused põlvnemise tuvastamisega osapooltele kaasnevad, ei ole ka rahvusvahelise eraõiguse sätete alusel tihti üheselt selge, millise riigi õigus kohalduma peaks. Kui last saada soovinud selleks füsioloogiliselt võimetud inimesed kasutavad surrogaatteenust välisriigis, võib lapsega tagasi koduriiki saabudes kerkida üles küsimus lapse põlvnemisest ning millise õiguse alusel seda küsimust kohtutel lahendada on võimalik, kuivõrd ühe riigi õigus võib tunnustada vanemateks last soovinud isikud, kuid teise riigi õigus võib tunnustada lapse vanemateks asendusema (lapse sünnitanud naise) ja seemnerakudoonori.⁶⁰ Ainsaks probleemiks ei ole asjaolu, et lapse põlvnemise tunnustamisel esineb lahenduseta küsimusi. Sõltuvalt lapse bioloogiliste vanemate (või ühe vanema) koduriigist ei pruugi olla lapse sünnidokumentatsioon tunnustatav, mistõttu võib laps jääda kodakondsuseta mujal, kui tema sünniriigis.⁶¹ Näiteks keelduvad Ühendkuningriikide kohtud aktsepteerimast välisriikide sünnidokumente ning kodumaale naasnud vanematel tuleb taotleda kohtu kaudu vanemliku korra kindlaksmääramist, vastasel juhul puuduvad neil juriidilises mõttes vanemaõigused.⁶²

Seega on võimalik asuda seisukohale, et lapse parimad huvid ei ole käesoleval ajal tagatud, kuivõrd seadusandja ei ole loonud õiguslikku regulatsiooni, millise alusel oleks võimalik surrogaadi kasutamise abil sündinud lapse põlvnemine kindal määrata, mistõttu võivad kujuneda õiguslikud olukorrad, kus lapsed ei ole juriidiliselt tunnustatud vanemaid ega rahvuslikku kuuluvust. Selline olukord ei ole kooskõlas lapse parimate huvide arvestamise ja tagamise kohustusega, mistõttu esineb vajadus regulatsiooni järele, mis õigusliku lünga kõrvaldaks.

⁶⁰ J. Mänd, lk 352. Viidatud artikli autor on järeldanud, et asendusemadusest tulenevate emaduse ja isaduse tuvastamise nõuete kvalifitseerimiseks ei ole sobivad põlvnemise, lapsendamise ega muude vanema ja lapse vaheliste perekonnaõiguslike suhete kvalifitseerimisvõimalused.

⁶¹ Euroopa Parlament, lk 10.

⁶² Euroopa Parlament, lk 62.

2 ÜLEVAADE SURROGAATLUSE ÕIGUSLIKUST REGULATSIOONIST

2.1 Surrogaatluse õiguslik regulatsioon ja seisukohad Eestis

Käesolevas alapeatükis antakse ülevaade ja analüüsitakse siseriiklikku seadusandlust, millega surrogaatlus on täna reguleeritud. Teises alajaotuses tuuakse välja õiguspraktikute ja erialaspetsialistide seisukohad hetkel kehtiva absoluutse keelu osas asendusemadusteenuste kättesaadavusele.

2.1.1 Õiguslik regulatsioon Eestis

Asendusemadus on Eestis keelustatud alates 17.07.1997, mil koos kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusega⁶³ jõustus sel ajal karistusseadustiku asemel kehtinud kriminaalkoodeksis muudatus §-i 120¹ lisamise näol, mis tunnistas karistatavaks võõra munaraku või sellest loodud embrüo ülekandmise naisele kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadust rikkudes, samuti võõra munaraku või sellest valmistatud embrüo ülekandmise eraviisilise vahendamise.⁶⁴ Enne regulatsiooni kehtestamist ei olnud Eesti õigusruumis asendusemadus keelatud. Põhjendused asendusemaduse piiramiseks on seadusandja toonud karistusseadustiku kehtestamise eelnõu seletuskirjas järgmiselt. „Pisut erinev on aga asendusemaduse teine variant, olukord, kus naine kannab 9 kuud last, sünnitab ning annab siis ära. See variant eeldab alati geneetilise ema või geneetilise isa abikaasa ja sünnitusema (võimalik, et tasulist) kokkulepet selles, et laps antakse pärast sündi ära. Just lapse instrumentaliseerimist, muutmist äritsemise objektiks, samuti lapse lahutamist naisest, kellega ta raseduse ajal teatavalt nii psühholoogiliselt kui füsioloogiliselt kokku kasvab, võib pidada asjaoludeks, mis riivavad inimväärikust ja annavad nii aluse asendusemaduse selle variandi keelamiseks. Tavalise munaraku doonorluse puhul aga lapse äraandmist ega selles osas kokkuleppimist ei toimu.“⁶⁵ Seega on absoluutse keelu kehtestamisel Eesti õigusruumis lähtunud eelkõige vajadusest kaitsta järglaseid ja surrogaati objektiviseerimise ning ostu-müügi suhete tekkimise eest seoses inimlendiga, rõhutades samas ka inimväärikust.

Eesti õigusruumis on surrogaatluse määratlus tuletatav karistusseadustiku § 132 lg 1 regulatsiooni alusel, millega on seadusandja keelustanud surrogaatluse selle kõigis vormides. Samuti on keeld asendusemadusteenuse osutamiseks ja lapse põlvnemise tunnustamiseks bioloogilise materjali alusel tuletatav perekonnaseaduse (*PKS*) §-st 83, mis sätestab, et lapse

⁶³ RT I 1997, 51, 824; RT I, 26.02.2015, 4.

⁶⁴ RT 1992, 20, 287 ja 288; RT I 1999, 38, 485.

⁶⁵ Riigikogu IX koosseis. Seaduseelnõu ja seletuskiri 119 SE I. § 144 seletuskiri, lk 91. - <https://www.riigikogu.ee/download/5dc2a0c4-864b-31e6-bbb1-b888d0f999d0> (19.04.2017).

ema on lapse sünnitanud naine. Säte välistab seega bioloogilise ema õiguste tekkimise, kui lapse on sünnitanud teine naine, sõltumata järglase geneetilisest materjalist. Paragrahvi eesmärgiks on KarS-i kommentaaride kohaselt vältida kokkuleppeid emaka rentimiseks.⁶⁶

Eeltoodud eesmärk kannab endas negatiivse iseloomuga viidet, määratledes, et asendusemadus ei ole võimalik ilma „rentimiseta“. Siinkirjutaja hinnangul ei saa antud seisukohaga täielikult nõustuda. Rentimine kujutab endast olemuslikult tasu eest pinna (ajutist) kasutamist, definitsiooni ülekandmine inimkehale või selle osale ei ole juriidiliselt korrektne ega mõisteta. Esmalt tuleb märkida, et surrogaatteenuse osutamine avaldub erinevates vormides, teenuse eest tasu maksmine ei ole asendusemaduse kohustuslikuks elemendiks. Liberaalsetes õigusruumides on surrogaatluse eest tasu maksmine valdavalt keelustatud. Olukord, kus üks isik nõustub vabatahtlikult kandma temaga mitteseotud bioloogilise materjali alusel loodud inimembrüot, kellest arengu lõpule jõudmisel on naine nõustunud loobuma, on olemuslikult sedavõrd eriliigiline õigussuhe, et püüd seda traditsiooniliste õigussuhte kategooriatesse mahutada, on määratud ebaõnnestumisele. Seega ei ole põhjust antud juhul rääkida ka „emakaoja rentimisest“, analüüsivõttes siinjuures, kas asendusemadus hõlmab endas igal juhul nii-öelda rendisuhet, mille ärahoidmiseks karistusühendus kehtib. Arvesse võtmata ei saa jätta, et seadusandjal on pädevus rahaliste suhete tekkimine poolte vahel kriminaliseerimise teel välistada, piiramata samas altruistliku surrogaatluse osutamise vabadust. Samuti ei nähtu, et põhjenduse juures oleks kaalutud teiste teenuse osutamise osapoolte õiguste võimalikku riivet, sealhulgas võimalikku põhiõiguste riive proportsionaalsust saavutatava eesmärgiga.

Surrogaatemaks saamise eelduseks on ning peaski olema vabatahtlikkus. Arenenud riikidele on võimetekohane tagada, et potentsiaalne surrogaatema on oma õigustest enne teenuse osutamiseks nõusoleku andmist informeeritud, talle on teada teenuse osutamisega kaasneva võivad tagajärjed ja riskid. Oluliseks tuleb pidada ka vajadust erialaspetsialistide poolt enne teenuse osutamist välja selgitada surrogaatemaks olla sooviva isiku motiivid, kuivõrd see aitaks välistada rahalise iseloomuga varjatud kokkulepete sõlmimist. Juhul kui tasulise teenuse osutamist lubatavaks mitte tunnustada, ei saa surrogaatluse näol olla tegemist rendisuhtega, kuivõrd selle väite puhul peaks üheks defineerivaks tingimuseks olema tasu maksmine⁶⁷ surrogaatemale, mida on võimalik seadusandlusega välistada.

⁶⁶ A. Nõmper. Karistuseseadustik. Komm vlj, 4 vlj. J. Sootak, P. Pikamäe (koost.). Tallinn: Juura 2015, § 132, komm 1.

⁶⁷ Robustse näitena leiame rendilepingu mõiste võlaõigusseaduse §-st 339, mille alusel kohustub üks rendilepingu pool andma teisele poolele kasutamiseks üle rendilepingu eseme ning rentnik kohustub maksuma selle eest tasu. Kuigi surrogaatteenuse puhul nii-öelda rendipinda loomulikult üle ei anta, on rentimise definitsioon ning selle tunnused VÕS-i alusel siiski tuletatavad. RT I 2001, 81, 487; RT I, 31.12.2016, 7.

Võrdlusena võib siinkohal välja tuua, et Saksamaa on analoogselt Eestis kehtiva keeluga embrüokaitseaduse vastuvõtmisel tunnistanud asendusemaduse karistusähvardusega lubamatuks. Saksa seaduseandja on hinnanud, et regulatsioon teenib eelkõige lapse huve, kuna laps võib hakata kannatama isiksus- või arenguhäirete all, kui talle saab hiljem teatavaks, mil moel ta on eostatud ja ilmale tulnud. Lisaks on põhjendatud keeldu ebaselgete perekonnaõiguslike suhete tekkimisega.⁶⁸

Tegemist on siinkirjutaja hinnangul ümberlükatavate väidetega. Alustuseks tuleks sellisel juhul jaatada, et isiksus- ja arenguhäirete all võivad seadusandja silmis kannatada kõik lapsendamise teel perekonda kuuluvaks saanud järglased ja need, kes on sündinud kehavälise viljastamise tulemusel ning võivad seetõttu kanda oma seaduslikelt vanematelt mittepärinevat geneetilist materjali. Tänapäevases kontekstis tuleks igal juhul arvata samasse kategooriasse ka lapsed, kes kasvavad samast soost vanematega ja samuti üksikvanema kasvatada olevad lapsed – emotsionaalseid küsimusi identiteedi, pärilikkuse ja bioloogiliste vanemate kohta, mis võivad arenevat indiviidi mõjutada, on võimalik esitada kõikidel eeltoodud juhtudel. Seega ei ole põhjendatud tunnista surrogaatlust keelatuks välja toodud argumentidele tuginedes, aktsepteerides muid perekonnaks saamise võimalusi, kuigi ka nende puhul võivad kerkida üles analoogsed probleemid. Küsimuse lahendamiseks on võimalik võtta tarvitusele tõendatud tervishoiualased abivahendid nagu perenõustamine ning otsida abi lastepsühholoogidelt, mille seadusandja saab muuta surrogaatluse vahendusel järglasi saanud perekondadele teatud määral kohustuslikuks, kui esineb teaduslikke andmeid laste psüühika võimaliku intensiivsema mõjutatuse osas surrogaatluse kasutamise puhul võrreldes teistel viisidel pereks saamisega.

Ammendavaks põhjenduseks asendusemaduse keelustamisel ei ole samuti võimalik pidada seisukohta, et hilisemad perekonnaõiguslikud suhted võivad osutuda keeruliseks. Esmalt peab märkima, et seadusandliku regulatsiooni teel on võimalik enamikel juhtudel perekonnaõiguslike suhete osas probleemikohtade tekkimine välistada. Surrogaatluse puhul on teenuse osutamise seotud osapooltel võimalik etteulatuvalt sõlmida kokkulepped perekonnaõiguslike vaidluste välistamiseks. Kuivõrd lepingu sõlmivad täiskasvanud isikud ning neile on arusaadav, millised tagajärjed lepingusse astumisega kaasnevad, on võimalik reguleerida osapoolte vahel tekkida võivaid keerukaid küsimusi ja olukordasid tulevaste vaidluste välistamiseks enne nende tekkimist. Samuti vajab märkimist, et keerulised perekonnaõiguslikud suhted ja probleemkohad võivad kerkida esile ka iga teist tüüpi perekonna loomise viisi valikul, seda alustades traditsioonilisest järglaste saamise viisist kuni kehavälise

⁶⁸ E. Samson. Meditsiiniõiguse traditsioonilised ja uued probleemid. - Juridica II/1997. Tallinna: Juura, lk 65-66.

viljastamise kokkuleppeni, kus kasutatakse järglase eostamiseks doonori munarakku ja/või doonorspermat.

Sõltumata kehtivast siseriiklikust keelust, on võimalik kasutada surrogaatlust välisriikides ning asuda seejärel koos lapsega elama Eestisse. Kuivõrd tegemist on rahvusvahelist aspekti omavate õigussuhetega, tuleb tekkivate probleemide korral arvestada muuhulgas ka kohtualluvuse ja kohalduva õiguse problemaatikaga. Kui Eesti kodanikud on suundunud teenuse kasutamiseks välisriiki, ei pruugi nad olla arvestanud, et neil tuleb vajadusel kaitsta oma õiguseid välisriigi kohtusse pöördumise teel. Samuti tuleb Eesti kohtutel olla valmis lahendama keerulisi küsimusi seoses kohalduva õiguse ning selle tõlgendamisega, kuivõrd siseriiklik õigus valdkonnas tekkivate küsimuste lahendamiseks ei reguleeri.

Eesti kohtud kohaldavad asendusemadusest tulenevatele lepingulistele nõuetele reeglina selle riigi õigust, millega on surrogaatlusest tulenevad suhted tugevamalt seotud. See lähenemine tagab lepingupoolte huvide efektiivsema kaitstuse ning poolte vahelise vaidluse tulemuse ettenähtavuse. Eesti kohtutel on võimalik kehtiva asendusemaduse keelu tõttu „kohaldada asendusemaduse lepingutest tulenevatele nõuetele kohalduva õiguse määramisel välisriigi õiguse kohaldamise piiranguid, millena võivad asendusemaduse lepingute puhul kõne alla tulla eelkõige avalik kord (REÕS § 7) ning imperatiivsed normid (REÕS § 31 ja § 32 lg 3). Teoreetiliselt on võimalik, et Eesti kohtud võivad jätta asendusemaduse lepingust tuleneva vaidluse korral asendusemaduse legaliseerinud riigi õiguse kohaldamata, viidates vastuolule Eesti avaliku korraga. Samuti peavad asendusemaduse lepingu pooled arvestama, et Eesti kohtud võivad vaidlusele kohaldada Eesti õiguse imperatiivseid sätteid, sest asendusemaduse kõik liigid on KarS § 132 kohaselt keelatud ning seadusest tuleneva keeluga vastuolus olevad tehingud tsiviilseadustiku üldosa seaduse⁶⁹ (*TsÜS*) § 87 kohaselt tühised.“⁷⁰ Samas on küsitav, mida soovitakse taolise lähenemisviisi praktiseerimisel saavutada või milline peaks olema potentsiaalne tagajärg. Kuivõrd last soovinud isikuid karistada võimalik ei ole,⁷¹ oleks kannatavaks pooleks sündinud laps, kelle rahvuslik kuuluvus ja pärilikkus satuks küsimärgi alla.

Samuti on võimalik, et surrogaatluse osapooled ei ole sõlminud asendusemaduse lepingut või leping ei reguleeri kõiki pooltevahelisi õigussuhteid või leping on kehtetu, millisel juhul tuleb

⁶⁹ RT I, 12.03.2015, 106; RT I 2002, 35, 216.

⁷⁰ J. Mänd, lk 349.

⁷¹ KarS kriminaliseerib üksnes tervishoiuteenuse osutaja tegevuse, kes surrogaatteenust osutab.

asendusemadusest tulenevad pooltevahelised suhted kvalifitseerida lepinguväliseks võlasuheteks.⁷²

Surrogaatteenuse abil sündinud lapse õigusliku ja perekondliku kuuluvuse tuvastamiseks puudub Eesti õiguses kategooria, mille raames oleks küsimust võimalik lahendada, kui see päritoluriiki naasmisel tekkima peaks. Surrogaatlusest tulenevate vanemaõiguste tuvastamise nõuet ei saa kvalifitseerida põlvnemise, lapsendamise ega teiste vanema ja lapse vaheliste perekonnaõiguslike suhete kategoorias.⁷³ Kohtupraktikast ei ole tuvastavad olukorrad, mil Eestis kohtud oleksid pidanud sellist lapse põlvnemise küsimust lahendada, seega on keeruline vastata küsimusele, millest lähtudes olukorrale lahendus leitaks. Kuivõrd Eesti õiguskord tunnustab *mater semper certa est*⁷⁴ põhimõttest lähtuvalt lapse emana üksnes naist, kes on lapse sünnitanud (perekonnaseadus § 83⁷⁵), ei osutuks suure tõenäosusega võimalikuks Eesti kohtusüsteemi kaudu surrogaatluse abil sündinud lapse puhul ka vanemaõiguste tunnustamine, kui emaduse tunnustamist taotlev naine ei tõenda, et on lapse sünnitanud. Kui surrogaatluse abil sündinud laps on isaduse kindlaksmääramist taotleva mehe geneetiline järglane, mida on võimalik DNA-testi abil tõendada, on eelduslikult isaduse tuvastamine võimalik, kuid emadus võib jääda tuvastamata, kui tegemist ei ole naise geneetilise järglasega ning puudub dokumentatsioon, mis tõendaks, et emaduse kindlaks määramist taotlev isik on lapse sünnitanud.

Seadusandjal on pädevus piirata lepingu sõlmimise vabadust üksnes kooskõlas seadusega, näiteks kui tegemist on tehinguga, mis on heade kommete või avaliku korraga vastuolus (TsÜS § 86). Samuti on tühine tehing, mis on vastuolus seadusest tuleneva keeluga, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda (TsÜS § 87 lg 1). Kuivõrd KarS § 132 lg 1 sätestab üheselt, et asendusemadus on keelustatud, on ilmselgelt tegemist TsÜS § 87 lg-le 1 vastava olukorraga ning surrogaatluse osutamise kokkuleppe sätestaval tehingul puuduks Eestis õigusjõud, kuivõrd tegemist oleks algusest peale tühise tehinguga.

Kuivõrd Eesti õigusruumis kehtib absoluutne keeld surrogaatluse osutamiseks, suunduvad teenust kasutada soovivad isikud välisriikidesse ning soovivad seejärel päritoluriiki lapsega elama asuda. Eelkirjeldatust nähtub, et surrogaatturismi kasutamisel järgselt puudub Eesti

⁷² Samas, lk 349.

⁷³ Samas, lk 352.

⁷⁴ Termin tähenduseks on, et lapse ema on alati teada/kindel, millest on tuletatav kaasaegse õiguse regulatsioon, et emana tunnustatakse üksnes lapse sünnitanud naist, välistamaks võimalikke vaidluseid laiemas mõttes bioloogiliste ja geneetiliste emade vahel.

⁷⁵ RT I 2009, 60, 395; RT I, 21.12.2016, 12.

õiguskorras käesoleval ajal regulatsioon, mis perekonnaõiguslikke suhteid üheselt tõlgendada aitaks ning osapoolte õiguseid vajalikul määral kaitseks, kuivõrd tegemist on õiguslikult selgusetu olukorraga, mida kohtutel tuleb lahendada asuda juhtumispetsiifiliselt.

2.1.2 Kehtiva regulatsiooni põhjendatus

Eeltoodud karistusseadustiku ja perekonnaseaduse regulatsioonid on ainsaks õiguslikuks raamistikuks, millest käesoleval ajal on Eestis võimalik asendusemadust puudutavate suhete puhul lähtuda. Asjaolu, et regulatsioon ei pruugi olla ammendavaid raame pakkuv ning küsimus, kas absoluutne keeld võib olla vastuolus Põhiseadusega tagatud õigustega, on olnud viimase kümnendi jooksul arutluse all korduvalt.

Seisukohta, mille alusel tuleb asendusemadust puudutav õiguslik raamistik võtta uuesti fookusesse ning vajadusel välja töötada ajakohasem põhiõigustega kooskõlas olev seadusandlik regulatsioon, on väljendanud õiguskantsler Indrek Teder juba aastal 2009.⁷⁶ Analüüsitavaks põhiküsimuseks oli tol korral, kas kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus koosmõjus karistusseadustikust tuleneva keeluga osutada asendusemaduse teenust võimaldab lapse kandmise võimet mitteomavatel naistel (tulenevalt füsioloogilistest omadustest) täiel määral realiseerida PS § 19 lõikest 1 tulenevat õigust vabale eneseteostusele ning PS § 27 lõikest 1 tulenevat õigust täisväärtuslikule perekonnaelule.⁷⁷ Põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse tulemusena mõõnas õiguskantsler toona, et absoluutne piirang riivab intensiivselt lapse kandmise võimet mitteomavate naiste õigusi. Ka justiits- kui ka sotsiaalminister väljendasid õiguskantslerile omapoolset seisukohta esitades, et asendusemaduse absoluutne keeld ei pruugi olla põhjendatud ning kaaluda tuleks uue regulatsiooni kehtestamise vajadust. Ministrite 2009. aastal väljendatud hinnangu kohaselt tuleks küsimus lülitada järgneva kalendriaasta⁷⁸ tööplaani.⁷⁹

Vajadusele surrogaatlusega seonduvad küsimused seadusandlikul tasandil reguleerida on juhtinud tähelepanu ka Eesti Bioetika Nõukogu, samuti juba aastal 2009,⁸⁰ sama seisukohta

⁷⁶ Õiguskantsler. Lõppvastus asjas nr 6-1/091011/0905376. *Sine loco*, 2009.

⁷⁷ Õiguskantsleri kantselei. Õiguskantsleri 2009. aasta tegevuse ülevaade. Tallinn: 2010, lk 48. - http://www.oiguskantsler.ee/sites/default/files/6iguskantsleri_2009._aasta_tegevuse_ulevaade_0.pdf (17.04.2017).

⁷⁸ Silmas peeti 2010. aastat.

⁷⁹ Õiguskantsler (viide 71), lk 2 p-d 5 ja 7; K. Kask. Õiguskantsler: asendusemadust puudutavad seadusesätted tuleb ümber vaadata. – Eesti Päevaleht, 09.09.2009. - <http://epl.delfi.ee/news/eesti/oiguskantsler-asendusemadust-puudutavad-seadusesatted-tuleb-umber-vaadata?id=51177421> (22.02.2017).

⁸⁰ M. Kass. Bioetika Nõukogu: asendusemadus ärilistel eesmärkidel on lubamatu. – Postimees, 01.12.2009. - <http://tervis.postimees.ee/195071/bioetika-noukogu-asendusemadus-aerilistel-eesmaerkidel-on-lubamatu> (17.04.2017); K. Ibrus. Asendusemadus saab seaduslikuks. – Eesti Päevaleht, 21.08.2009. - <http://epl.delfi.ee/news/eesti/asendusemadus-saab-seaduslikuks?id=51175968>; H. Everaus. Asendusemaduse

on väljendanud aastal 2012 Eesti Naistearstide Selts.⁸¹ Viimased on olnud surrogaatmaduse lubamise küsimuses meditsiiniliste näidustuste olemasolul lubaval positsioonil. Viimastel aastatel on analoogseid surrogaatluse regulatsiooni puudutavaid küsimusi arutatud korduvalt, kuid praktiliste tulemusteta. Ka aastal 2015. kogunesid huvigruppide esindajad koos Riigikogu sotsiaalkomisjoniga, arutamaks asendusemaduse reguleerimise ja võimaliku seadustamise küsimusi. Väljendati ühtseid seisukohtasid, et regulatsioon on vajalik, oodatud ning praktikas takistusi seadusandluse väljatöötamiseks ei eksisteeri.⁸² Seega on asjassepuutuvad organisatsioonid tänasel päeval võrdlemisi konsensuslikult seisukohal regulatsiooni vajalikkuse osas, mistõttu jagavad nad ühtlasi seisukohta, et absoluutne keeld ei ole täna enam õigustatud, kuid praktikas ei ole see muudatusi kaasa toonud. Vajadus surrogaatluse seadustamise järele on põhjendatud eelkõige asjaoluga, et siseriiklik keeld ei takista praktikas teenuse kasutamist välisriikides, mistõttu ei ole piirang soovitud eesmärkide saavutamiseks asjakohane.

Ombudsman on surrogaatluse lubatavuse küsimust analüüsinud teistkordselt aastal 2012⁸³, kus viidatakse sarnaselt varasemale, et küsimust oleks asjakohane täiendavalt reguleerida, sealhulgas kaaluda, kas absoluutne keeld on tänases ühiskonnas õigustatud. Samas mõonab õiguskantsler, et tal puudub pädevus regulatsiooni kehtestamisel seadusandja asemele astuda, märkides ühtlasi, et kuivõrd paljudes riikides on asendusemadus lubatav, ei saa siseriiklikus regulatsioonis sisalduv keeld takistada kodanikel teenuse kasutamist välisriigis. Nimetatud asjaolu toob aga kaasa mitmeid küsimusi asendusema vahendusel sündinud lapse põlvnemise tunnustamise ja vanemlike õiguste osas, mis jätavad vajalikul määral kaitseta lapse õigused.

Märgiline on, et muuhulgas jagab õiguskantsler 2012. aastal avaldajale, kelleks oli meditsiinilistel põhjustel lapse kandmiseks võimetu naisterahvas koostatud vastuskirjas nõuandeid, mil viisil oleks isikul võimalik asendusemadusteenust välisriigis kasutada ning

arutelud Eesti Bioetika Nõukogus. *Sine loco, sine anno.* - <http://www.infertsupport.eu/wp-content/uploads/2015/10/Everaus.pdf> (17.04.2017).

⁸¹ Eesti Naistearstide Seltsi seisukohad, 2012. - <http://www.ens.ee/file/4/download?token=aN2tNWSk> (17.04.2017); M. Laanpere. Asendusemadus - Eesti Naistearstide Seltsi vaatenurk. *Sine loco, sine anno*, lk 7, 9 – 11. - <http://www.infertsupport.eu/wp-content/uploads/2015/10/Laanpere.pdf> (17.04.2017); Eesti Naistearstide Seltsi töörühm. Sünnitusabi ja günekoloogia eriala arengukava aastani 2020. *Sine loco*, 2012, lk 31. - http://www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/eesmargid_ja_tegevused/Tervis/Tervishoiususteem/Arstide_erialade_arengukavad/sc14nnitusabi_gc14ne_koloogia_arengukava.pdf (12.03.2017).

⁸² MTÜ Viljatusravi tugikeskus. Riigikogu Sotsiaalkomisjoni väljasõiduistung. Asendusemaduse arutelu 16.10.2015. - <http://www.infertsupport.eu/uudised/> (12.03.2017); A. Krjukov (toimt.). Komisjon on valmis asendusemadust piirangutega seadustama. Eesti Rahvusringhääling, 16.10.2015. - <http://uudised.err.ee/v/eesti/e28a5fa3-cf1a-4176-b4f5-6a7e7fa4c283/komisjon-on-valmis-asendusemadust-piirangutega-seadustama> (12.03.2017).

⁸³ Õiguskantsler. Seisukoht vastuolu mittetuvastamise kohta asjas nr 6-1/090998/1202086. *Sine loco*, 2012, lk 2-3.

lapsega seejärel Eestisse elama asuda, vajadusel näiteks lapsendades oma geneetilise järglase.⁸⁴ Autori hinnangul viitab eeltoodu, et Eesti õigusruum on teadlik ning aktsepteerib olukorda, milles siseriiklik õigus asendusemadust lubatavaks ei pea, kuid möönab siiski võimalust erinevatel viisidel teenust välisriikides kasutada, kuivõrd seadusandja käsi ei ulatu rakendama keeldu väljaspool riigi jurisdiktsiooni. Sellisest praktikast on võimalik siinkirjutaja hinnangul välja lugeda mitmeid vastuolusid õiguse üldpõhimõtetega ning küsida, kas kehtiv keeld surrogaatluse osutamiseks on põhjendatud, vajalik eesmärgi saavutamiseks ja kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega. Seadusandja on keelava regulatsiooni kehtestamisega jätnud inimesed teadlikult kaitseta ning asetanud nad sundolukorda, kus järglase saamise ainsaks viisiks on koduriigi keelust üle astudes suunduda välisriiki.

Õiguskantsler on ühtlasi viidanud asjaolule, et kehtiv õigus eristab põhjendamatult naisi, kes on viljastumisvõimetud ning naisi, kes on võimetud last kandma, kuigi biomeditsiinilise sekkumiseta on mõlemad võimetud järglaste saamiseks.⁸⁵

Riiklik rahastus ja meditsiiniline abi viljastusvõimelistele naistele, kellele osutatakse valdavalt haigekassa eelarvest IVF⁸⁶ teenust, on märkimisväärne.⁸⁷ Seega võib olla tagamata võrdsuspõhiõigus, kuivõrd viljatutel vanematel, kes on võimelised järglasi meditsiini kaasaabil eostama või kandma, on vastavad võimalused loodud koduriigis, samuti on sellised teenused Haigekassa poolt rahastatavad.⁸⁸ Ebavõrdses olukorras on isikud, kes lapse kandmiseks füsioloogilised võimelised ei ole, kuivõrd seadusandja ei ole mitte üksnes keeldunud riiklikku rahastust tagamast, vaid on tunnistanud asendusemaduse teenuse osutamisele karistusahvarduse ja keeldunud siseriikliku regulatsiooni alusel last mittesünnitanud naist emaks tunnistamast. Aktsepteerides samaaegselt praktikat, mille raames geneetilist järglast soovivaid isikuid juhendatakse võimaluste osas välisriigis surrogaatluse vahendusel lapse saamiseks või ollakse minimaalselt teadlikud, et sellised olukorrad on tavapärased, ei saa seadusandja tegevusetust ja kehtiva keelu jätkuvat toetamist ühegi osapoole huve kaitsvaks pidada.

⁸⁴ Samas, lk 4.

⁸⁵ Õiguskantsler (viide 71), lk 2 p-d 5 ja 7.

⁸⁶ *In vitro fertilisation* ehk kehaväline viljastamine. J. Sootak. Lapsesoov ning lapse ja embrüo inimväärikus. Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusest. – Juridica IX/1997. Tallinn: Juura, lk 456.

⁸⁷ T. Tonsiver jt. Kehaväline viljastamine Eestis: efektiivsus ja kulud. - Eesti Arst, nr 93(3). *Sine loco*, 2014, lk 143–150. - <https://ojs.utlib.ee/index.php/EA/article/download/11694/6878> (11.04.2017).

⁸⁸ Eesti Haigekassa tervishoiuteenuste loetelu § 43 lg 1. RT I, 30.12.2016, 13. Kehaväline viljastamine (IVF) on 30%-se omaosalusega teenus, embrüo siirdamine omaosalust ei nõua. Vaata lisaks T. Tonsiver jt., lk 143–150.

Välisriigis surrogaatteenuse kasutamine toob last soovivale perele või indiviidile paratamatult kaasa lisakulutused reisimise ja teenuse eest tasumise näol, samuti võib takistuseks efektiivsel asjaajamisel olla keelebarjäär. Last soovivatel vanematel ei pruugi olla võimalik teha kindlaks, millised õigused ja kohustused on tagatud surrogaatemale välisriigis, mis võib omakorda panna nad eetiliselt keerulisse olukorda, kuivõrd eelduslikult ei ole ka tulevaste vanemate sooviks teenuse osutaja ära kasutamine. Õiguslik selgusetus lapse põlvnemise hilisema tunnustamise ning vanemaõiguste realiseerimise osas muudavad olukorra samuti tarbetult koormavaks, seda nii emotsionaalselt kui ka praktiliselt. Samal põhjusel ei saa olla efektiivselt kaitstud asendusemaduse abil sündiva lapse huvid, kelle põlvnemine ja rahvuslik kuuluvus võivad jääda selgusetuks. Lisaks peame arvesse võtma riske, mida võib endas kanda vastsündinuga piirideülene reisimine ja sellega kaasuv stress nii imikule kui vastsetele vanematele. Seega on võimalik järeldada, et seadusandja tegevusetus valdkonna reguleerimata jätmisel ja surrogaatluse osas kehtiva karistusõigusliku keelu toetamisel on kõigile osapooltele suisa kahjulikke tagajärgi kaasa toov, kuigi vajadus õigusliku selguse järele on pikaajaliselt teada olnud.

Käesolevaks ajaks ei ole, sõltumata ministriumite lubadusest küsimus uuesti tähelepanu alla võtta ja tööplaanidesse lülitada, toimunud muudatusi, mis vääriskid märkimist, kuigi samad küsimused on olnud aastate möödumisel taas fookuses. Asendusemadus kui teenus ei ole jätkuvalt seadusandluse alusel lubatav, arsti, kes teenuse kasutamisele teadlikult kaasabi osutab, ähvardab karistus. Seega on lähtuvalt õiguskantsleri analüüsist käesoleval ajal kehtiva seadusandluse puudumine potentsiaalselt Põhiseadusega vastuolus ning naiste, kes on füsioloogiliselt võimetud ise lapsi kandma, põhiõiguseid riivav.

2.2 Surrogaatluse õiguslik regulatsioon välisriikides ja riikideülese regulatsiooni väljatöötamise võimalikkus

Järgnevalt tuuakse võrdlevalt välja erinevate maailma riikide, keskendudes eelkõige Eestile geograafiliselt lähematele ning meiega sama õigusruumi jagavatele riikidele, kehtivad siseriiklikud praktikad surrogaatluse regulatsiooni loomisel. Võrdleva analüüsi eesmärgiks on anda ülevaade eriilmelistest praktikatest ning vaadelda, kas Eesti seadusandjal oleks asjakohane võtta teiste riikide lubavatest või üksnes osaliselt keelavatest regulatsioonidest eeskujul siseriikliku õiguse kujundamisel. Samuti käsitletakse riikideülese õigusliku raamistiku loomise võimalikkust ning püüdlusi leidmaks üheselt aktsepteeritavaid lahendusi erinevate siseriiklike seaduste kehtimise valguses.

2.2.1 Seisukohtade kujunemine ja õiguslik regulatsioon välisriikides

Tänapäeval ei eksisteeri ühtseid riikideüleseid seisukohtasid surrogaatluse lubatavuse või keelamise osas Euroopas ega mujal maailmas. Teaduse ja meditsiini areng toimub tihti kiiremini, kui seadusandja reageerima on võimeline, kuna õigusloome on aeganõudev protsess. Liikumisvabadus ning siseriiklike regulatsioonide paljusus ja mitmetahulisus on toonud kaasa raskesti hallatavaid piiriüleseid olukordasid ning põhjustanud vastuseta küsimuste esile kerkimist. On riike, kes peavad surrogaatlust täielikult või osaliselt lubatavaks (Ühendkuningriigid, USA mõningad osariigid, Kreeka) ning on selles osas kehtestanud ka siseriikliku regulatsiooni. Samas on võimalik välja tuua ka mitmeid riike, kus surrogaatlust käsitletakse absoluutselt lubamatuna (Saksamaa, Prantsusmaa ja ka Eesti), kuna teenuse osutamisega ei ole võimalik välistada surrogaatemade ärakasutamist, vaesema elanikkonna ekspluateerimist ning niinimetatud laste ostmise turu tekkimist. Lisaks on riike, kes ei reguleeri asendusemadust ühegi õigusaktiga (Soome, Belgia).⁸⁹ Selliseid seisukohtasid on kinnitanud ning hoogustanud omakorda teaduse areng, kus käesolevaks ajaks on võimalikuks muutunud ka tulevase lapse „disainimine“ järglase geneetilise materjali eelneva valiku teel.⁹⁰

Kaasajal on regulatsiooni puudumise tõttu kujunenud märkimisväärseks probleemiks surrogaatturism, mis võimaldab legaalselt üle astuda koduriigis kehtivast keelust, kuid sunnib last soovivaid vanemaid (või üksikisikut) võtma ette reisi tundmatusse õigusruumi ja osalema sihtriigis meditsiinilistel protseduuridel. Samuti võivad uued vanemad kogeda probleeme kodumaale naastes lapse õigusliku staatuse üle vaieldes.⁹¹ Näitena probleemsituatsioonist, mis võib kaasneda erinevate riikide õiguse rakendamisel võib tuua juhtumi, kus Briti abielupaar kasutas Ukraina surrogaadi teenuseid, kes oli samuti abielus. Ukraina seadusandluse kohaselt oli surrogaatlusest sündinud lapse vanemateks Briti paar, kuid Ühendkuningriikide õigus tunnustas lapse emana naist, kes on kandis rasedust. Kuivõrd Ukraina surrogaat oli abielulises suhtes, tunnustati automaatselt Ühendkuningriikide õiguse alusel lapse isaks surrogaadi abikaasa, kuigi geneetiliselt oli tegemist Briti mehe lapsega. Vaidluse tagajärjel ei saanud

⁸⁹ K. Trimmings, P. Beaumont. International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level. - Journal of Private International Law, vol 7, no 3. *Sine loco*, 2011, lk 629. - <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.5235/jpil.v7n3.627> (08.04.2017); D. Spar. The Baby Business. How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception. - Harvard Business School Press, 2006, lk 71.

⁹⁰ Kirjanduses on järglaste nii-öelda „disainimisena“ kirjeldatud eelkõige enne eostamist tehtavaid valikuid geneetilise materjali ja pärilikkuse mõjutegurite osas, et järglased oleks võimalikult lähedaste vanemate soovidele. Meediakajastus teemal on olnud rohkem ja saanud ohtralt negatiivset vastukaja. A. Harney. Wealthy Chinese seek U.S. surrogates for second child, green card. - Reuters, 2013. - <http://www.reuters.com/article/us-china-surrogates-idUSBRE98L0JD20130922> (13.04.2017); J. DeHart. Chinese “Designer” Babies, American Surrogate Mothers. - The Diplomat, 2013. - <http://thediplomat.com/2013/09/chinese-designer-babies-american-surrogate-mothers/> (13.04.2017).

⁹¹ M. Fries, lk 200-201, 208.

kumbki paar vanemlikke õiguseid ning surrogaatluse läbi sündinud kaksikud jäid kodakondsuse ja vanemateta.⁹²

Piiriülese surrogaatlusega kaasneb vajadus võtta arvesse ja tasakaalustada kõigi teenuse osutamise seotud isikute õiguseid. Esmalt on osapoolteks tahtmatult viljatud täiskasvanud, kes soovivad luua perekonna ning sõltuvad selle võimaluse realiseerimisel kolmandast isikust, kas rakudoonori või surrogaadi näol. Teisest küljest tuleb kindlustada, et surrogaat või doonor ei osutaks teenust sundolukorras olles ega osutaks teenust vabast tahtest sõltumatult, kuivõrd tihti on tegemist noorte naistega, kes pärinevad halvemal järjel olevatest riikidest. Kolmanda osapoolena tuleb käsitleda last, kes teenuse osutamise tulemusena sünnib.⁹³ Seega on teenuse osutamisest otseselt mõjutatud väga erinevate huvidega osapooled, kes kõik vajavad ning ootavad teatavat kaitset. Kui koduriigis on teenuse osutamise asjakohaselt reguleeritud ning (teatavate tingimuste esinemisel) lubatav, on võimalik mõistlikult tagada kõigi osapoolte õigused, kuigi erandolukordade tekkimist ei ole võimalik sajabrotsendiliselt välistada. Märkimisväärselt raskendab kõigi osapoolte õiguste kindlustamist olukord, mil teenuse kasutamiseks tuleb ületada riigipiire ning puuduvad nii siseriiklikud kui ka riikideüleised olukorda reguleerivad õigusaktid.

Reisimine eesmärgiga kasutada elukohariigis keelustatud teenusena surrogaatlust välisriigis ei ole tänapäeval harv nähtus, pigem on surrogaatluse kasutamine olnud viimasel dekaadil tõusujoones.⁹⁴ Samuti ei ole sellega kaasuvad probleemid ühtsete seisukohtade ja regulatsiooni puudumise osas ennekuulmatud, pigem on probleemkohtade olemasolu laialdaselt teada. Olukorras, kus regulatsioon ja üheselt aktsepteeritav konsensus puuduvad, võivad kannatada saada kõigi kolme osapoolte huvid. Täiskasvanud teevad tänapäeva kõiki valikuid võimaldavas maailmas informeeritud otsused enda parema äranägemise järgi ning võtavad otsuse tegemisega ühtlasi vastutuse tasuda surrogaatteenuse kasutamise eest välisriigis ja tegeleda kaasneda võivate probleemidega lapse põlvnemise hilisemal tuvastamisel. Laps, kelle nimel õigusliku selgusetuse tingimustes riskitakse, võib selle tagajärjel sattuda olukorda, kus tal puuduvad seaduslikud vanemad ja kodakondsus ning tema geneetiliste vanemate õiguseid ei tunnustata. Lapse õiguste esikohale seadmine ja igakülgne kaitsmine on kogu Euroopas aga tunnustamist leidnud põhimõte.

⁹² K. Trimming, P. Beaumont, lk 631.

⁹³ International Federation of Social Workers (viide 33).

⁹⁴ Euroopa Parlament, lk 195; M. Fries, lk 200.

ÜRO inimõiguste ülddeklaratsiooni artikkel 16 lg 3 alusel on perekond on ühiskonna loomulik ja põhiline üksus ning tal on õigus saada ühiskonnalt ja riigilt kaitset.⁹⁵ Euroopa sotsiaalharta artikkel 16 sätestab samas, et kindlustamaks perekonna kui ühiskonna aluse täielik areng, tuleb riigil tagada perekonnaelu majanduslik, õiguslik ja sotsiaalne kaitse kohaste meetmete abil.⁹⁶ Euroopa Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (EIÕK) artikkel 8 alusel on igäihel õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnaelu ja kodu ning korrespondentsi saladust. Sama artikli lg 2 kohaselt ei sekku võimud selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvides, korratuse või kuriteo ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste õiguste ja vabaduste kaitseks.⁹⁷ Artikli kohaldamis- ja tõlgendamisspekter on väga lai, kuid muuhulgas on EIK tõlgendanud artikli tähenduses õigust eraelu privaatsusele *inter alia* kui õigust luua ja arendada teiste isikutega suhteid, õigust isikliku arengu kujundamiseks ja enesemääramiseks. Kaitsealasse kuuluvad samuti seksuaalse enesemääramise õigus, sooline defineerimine ja orientatsioon, kuid samuti isiku õigus otsustada, kas saada järglasi või mitte.⁹⁸ Seega on ka riigiülestest õigusaktidest tuletatav igäihe õigus võtta vastu otsuseid järglaste saamise osas. EIK on ühtlasi tõlgendanud, et artikkel 8 kaitseala hõlmab paari õiguse järglaseid eostada ja kasutada selle eesmärgi saavutamiseks meditsiinilist kaasabi, kuivõrd järglaste saamise valikud on privaat- ja perekonnaelu väljendusviisiks.⁹⁹

EIK-is on olnud arutlusel ka EIÕK artikkel 8 võimalik rikkumine olukorras, kus Prantsuse abielupaarid kasutasid USA osariigis surrogaadi teenuseid ning naasid lapsega koduriiki. USA õigus oli ametlikult prantslaste vanemlike õiguseid laste suhtes tunnustanud. Prantsuse kohus eeltooduga ei nõustunud, mistõttu pöördusid abielupaarid lõpuks Euroopa kohtu poole. EIK tuvastas, et tegemist ei ole küll last soovinud isikute puhul EIÕK artikli 8 rikkumisega eraellu sekkumises, kuid laste õigust eraelu privaatsusele on rikutud, kuivõrd neid on põhjendamatult koheldud teistest erinevalt (jättes neile kodakondsuse omistamata).¹⁰⁰ Sellise seisukoha kujundamisega kinnitab ka EIK ühest küljest, et ei soovi sekkuda siseriiklike kohtute suveräänsusesse ega kujundada seisukohtasid kehtiva siseriikliku regulatsiooni õiguspärasuse

⁹⁵ ÜRO inimõiguste ülddeklaratsioon. Kättesaadav Välisministeeriumi koduleheküljelt. - <http://www.vm.ee/et/uro-inimoiguste-ulddeklaratsioon> (16.03.2017) ja ÜRO koduleheküljelt. - <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (19.04.2017).

⁹⁶ RT II 2000, 15, 93.

⁹⁷ RT II 1996, 11, 34

⁹⁸ EIKo 10.04.2007, Evans vs. the United Kingdom, kaebus nr 6339/05; EIKo 16.12.2010, A, B and C vs. Ireland, kaebus nr 25579/05.

⁹⁹ EIKo 03.11.2011, S.H. and others vs. Austria, kaebus nr 57813/00, p 82.

¹⁰⁰ EIKo 26.06.2014, Mennesson vs France, kaebus nr 65192/11 ja Labassee vs France, kaebus nr 65941/11.

küsimuses. Teisalt rõhutatakse ka erinevate riikide siseriiklikes kohtuvaidlustest tunnustatud põhimõtet, et lapse õigused ei tohi ühelgi viisil täiskasvanute tegevuse tõttu kannatada ning lapse parimat huvi tuleb õiguse rakendamisel arvestada kõigil siseriiklikel kohtutel.

Eeltoodust lähtuvalt on näiteks EIK-il võimalik kohtuni jõudnud vaidluste korral lähtuda üksnes inimõiguste ülddeklaratsioonist ning EIÕK-st, spetsiifilisemad riikideüleised õigusaktid, mis vaidluste lahendamiseks tuge võiksid pakkuda, käesoleval ajal puuduvad.

Eelnevalt on viidatud, et Euroopa ja muu maailma õiguslikud lähenemised surrogaatluse reguleerimisele erinevad mitmeti. Järgnevalt kajastatakse võrdlevalt mitmekesiseid regulatsioone ning tuuakse välja põhilised aspektid, millistes erisused välja joonistuvad. Olemuslikult on tegemist surrogaatluse näol sama teenuse osutamisega, kuid teenuse osutamise lubatavad viisid, osapoolte õiguste ja kohustuste tekkimine ning järglaste juriidiline staatus pärast sündi on tihti lahendatud pidades oluliseks erinevaid aspekte.

Euroopa Parlament viis 2013. aastal läbi uuringu siseriiklike seadusandluste osas surrogaatluse reguleerimisel. Analüüsi eesmärgiks oli ühest küljest selgitada välja, kas oleks võimalik ja põhjendatud luua ühetaoline, riikideülene valdkonda reguleeriv raamistik.¹⁰¹ Kuigi esialgu plaaniti uuringusse hõlmata üksnes Euroopa riigid, kaasati võrdluse huvides ka mõningad väljapool Euroopat asuvad riigid, kus surrogaatluse osas siseriiklik regulatsioon on välja töötatud.

Viidatud uuringus selgitati välja, et surrogaatteenuse osutamine on vähemalt osaliselt reguleeritud Euroopas üksnes seitsmes riigis – Kreeka, Bulgaaria, Belgia, Iirimaa, Madalmaad, Rumeenia ja Ühendkuningriigid. Uuringusse kaasati võrdlemise eesmärgil ühtlasi Austraalia, Ameerika Ühendriigid, Venemaa ja Lõuna-Aafrika, kus surrogaatlus on laiemalt levinud praktika ja olnud pikemaajaliselt ka reguleeritud.¹⁰² Võrdleva uuringu tulemusena on võimalik välja tuua, et mõningad riigid on otsustanud seadusandlusega katta valdkonna osaliselt, nõudes teatavate juhiste järgimist kehavälise viljastamise protseduuri läbiviimisel, kuid mitte lapse põlvnemise küsimust (Madalmaad). Erisusi on ka kommertsiaalse surrogaatluse lubamise (Ameerika Ühendriikide mõningad osariigid, Venemaa) ja üksnes altruistliku teenuse lubatavuse osas (Kreeka, Lõuna-Aafrika). Paljud nimetatud riikidest (Bulgaaria, Belgia, Iirimaa) ei ole regulatsiooni vastu võtnud, kuid väljatöötamiskavatsus on jõudnud parlamendini, seega viimati nimetatuis tegelikult kehtiv seadusandlus puudub. Madalmaad ei

¹⁰¹ Euroopa Parlament, lk 11, 14.

¹⁰² Euroopa Parlament, lk 38-40. Uuringusse hõlmati ka Euroopa ühtsesse õigusruumi mittekuuluvad riigid piisava võrdlusmaterjali huvides.

ole surrogaatlust teenusena keelustanud, kuid lubamatu on tegeleda asendusemaduse vahendamisega ärilises mõttes ning kuulutuste ja reklaami kaudu kutsuda üles surrogaadiks hakkama.¹⁰³

Võrreldavateks on eeltoodud uuringu tulemustel Kreeka ja Lõuna-Aafrika, kus on lubatav altruistlik gestatsiooniline surrogaatlus asendusema tervishoiuteenuse osutaja poolt viljastamise teel. Mõlemas riigis on teenuse osutamise eelduseks kohtuliku loa saamine enne surrogaatema viljastamist, vastasel juhul on teenuse osutamine ebaseaduslik. Kohtunikul tuleb enne loa andmist kontrollida nõuetele vastavust. Näiteks on mõlemas riigis eelduseks, et last sooviv naine ei ole füsioloogiliselt võimeline last kandma või eostama ehk surrogaatlus on meditsiinilise viljatuse tõttu ainuvõimalik viis järglase saamiseks. Kohtuniku roll Kreekas on pigem administratiivne, kuid Lõuna-Aafrikas on õigusemõistja kaalutusruum laiem, võimaldades teha otsus oma parema äranägemise järgi. Muuhulgas on kohtul õigus osapooli enne loa andmist küsitleda, selgitamaks välja motiivid ja last soovivate isikute valmisolek lapse kasvatamiseks, samuti surrogaatema tegelik tahe teenuse osutamiseks. Lapse põlvnemise ja vanemaõiguste osas on võimalik sõlmida varasemad kokkulepped, kuigi seadusandlus seda otsesõnu ei nõua. Sellise kokkuleppe sõlmimisel saavad last soovivad vanemad pärast sünnitust seaduse silmis automaatselt lapse täieõiguslikeks vanemateks, täiendavaid toiminguid lapse sünnitunnistusele kandmiseks ei ole vaja teha. Samas piirab selline regulatsioon surrogaatema võimalust pärast sünnitust otsustada lapsest mitte loobuda. Esineb ka olulisi erisusi. Kui Kreeka lubab surrogaatlust kasutada üksnes gestatsioonilist surrogaatlus ja seda heteroseksuaalsetel paaridel ja üksikutel naistel, siis Lõuna-Aafrikas ei ole välistatud traditsiooniline surrogaatlus (viljastamine toimub meditsiiniliselt) ning keeldu ei ole ka samasooliste ja üksikute meeste osas.¹⁰⁴

Ühendkuningriikides on kaks valdkonda reguleerivat akti.¹⁰⁵ Neist esimene reguleerib surrogaatteenuse osutamise kokkuleppe sõlmimist¹⁰⁶ ning teine vanemaõiguste üleandmist sünnitanud vanemalt (või vanematelt, kuna ka surrogaadi partner on võimalik tunnistada lapsevanemaks) last soovivud isikutele.¹⁰⁷ Samuti tuleb juhendada siseministeeriumi (*Home Office*) avaldatud suunistest seoses immigratsiooni ja piiriülese surrogaatlusega.¹⁰⁸

¹⁰³ M. Fries, lk 202.

¹⁰⁴ Euroopa Parlament, lk 40-41.

¹⁰⁵ Samas, lk 57-58.

¹⁰⁶ The Surrogacy Arrangements Act 1985. - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> (19.04.2017).

¹⁰⁷ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, section „Parental Order“. - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/2/crossheading/parental-orders> (21.04.2017).

¹⁰⁸ M. Crawshaw, E. Blyth, O van den Akker lk 273.

Ühendkuningriikides toimub vanemaõiguste üleandmine *ex-post facto* põhimõttel pärast sündinut, õiguslikult on toiming käsitletav lihtsustatud korras lapsendamisenä. Lapse põlvnemise ja vanemaõiguste kindlaksmääramiseks tuleb esitada kohtule taotlus, kes teostab kontrolli nõuete täitmise ja seadusega koosõla osas kogu protseduuri puhul. Kuni kohtuotsuse tegemise ja vanemaõiguste kindlaksmääramiseni, on ametlikult lapse emaks surrogaat ning kui tal on, siis ka tema abikaasa. Lisaks on kohtupoolse otsuse tegemiseks vanemliku korra kindlaksmääramisel vajalik lapse sündinutanud naise ja tema partneri nõusolek. Kuni 2008 aastani oli Ühendkuningriikides lubatav vanemliku korra kindlaksmääramist taotleda üksnes abielus paaridel, seadusemuudatusega on nõue tänaseks kaotatud nii mitteabielulise suhte kui ka heteroseksuaalse suhte nõude osas. Samas ei saa vanemliku korra kindlaks määramist taotleda vallalised, kellel on võimalik vanemaks saada üksnes tavapärase lapsendamisprotseduuri kaudu.¹⁰⁹ Vanemliku korra kindlaksmääramist tuleb Ühendkuningriikidest kohtu kaudu taotleda ka paaridel, kes on surrogaatteenust kasutanud teises riigis. Nimelt ei tunnusta riiklik seadusandlus teises riigis välja antud sündinutunniusi ja kohtulikke otsuseid lapse põlvnemise osas ning last soovinud vanematel tuleb taotleda vanemliku korra kindlaksmääramist Ühendkuningriikide kohtu poolt. Juhul kui siseriiklikud nõuded vanemlike õiguste andmiseks on täitmata, tuleb potentsiaalsetel vanematel läbida lapsendamisprotseduur.¹¹⁰

Oluline on märkida, et Ühendkuningriikides ei ole kommertsiaalne surrogaatlus lubatav, aktsepteeritav on üksnes surrogaadi mõistlike kulutuste hüvitamine. Kohtul tuleb selle nõude järgimist kontrollida vanemliku korra kindlaks määramise üle otsustades. Praktikas on samas teada juhtumeid, kus kohus on kinnitanud last soovinud isikud vanemateks sõltumata teatava tasu maksmisest surrogaadile, mida ei olnud võimalik käsitleda mõistlike kulutustena, kuivõrd kohus seab esikohale lapse parima huvi. Kohus ei ole pidanud võimalikuks minevikus toimunud rahaülekande tõttu jätta last vanemate ja kodakondsuseta.¹¹¹ Seadusandluses viidi aastal 2010 sisse muudatused, mis kohustavad kohtuvõimu vanemlike õiguste kindlaks määramisel arvestama eelisjärjekorras lapse heaolu.¹¹²

Ühendkuningriikides ja Iirimaa on valitsus andnud välja formaalsed juhised seoses piiriülese surrogaatteenuse kasutamisega, kuid nimetatud käsitlevad üksnes põhimõtteid, millest kohtutel tuleb lähtuda reisi- ja immigratsioonidokumentide kontrollimisel. Vanemate õigusliku staatuse osas on mõlemad riigid võtnud kindla seisukoha, et sündidokumendid ja välisriikide

¹⁰⁹ Euroopa Parlament, lk 58-59.

¹¹⁰ Samas, lk 62.

¹¹¹ Samas.

¹¹² M. Crawshaw, E. Blyth, O van den Akker, lk 267-277.

kohtuotsused ei ole siseriiklikule kohtule siduvad.¹¹³ Seega puudub siiski piiriüleseid olukordasid ammendavalt reguleeriv seadusandlus, millest oleks võimalik kõigi probleemsituatsioonide esinemisel lähtuda.

Eeltoodud riikide võrdlus ning Ühendkuningriikides kehtiv seadusandlus on headeks näideteks väljakujunenud seisukohtadest ja reguleeritud surrogaatteenuse praktikast, kus eksisteerivad konkreetsed nõuded ja teenuse osutamise üle on võimalik teostada õiguslikku kontrolli. Siseriiklikult on kujundatud konkreetsed vaated, mida spetsiifilises õigus- ja kultuuriruumis aktsepteeritavaks peetakse ning ühtlasi tagatakse kontrolli teostamise võimalikkus teenuse osutamise üle kooskõlas seadusandlusega.

Võrdlemise huvides kajastatakse järgnevalt üht kõige vabama surrogaatluse regulatsiooniga riiki, milleks on Venemaa, kus nõuded on praktikas küllaltki liberaalsed, muuhulgas saavad teenust kasutada ka mitteabielus ja mitteresidentidest paarid. Venemaal on ühtlasi lubatav teenuse eest surrogaadile tasu maksmine ehk surrogaatluse kommertsionaalne vorm. Surrogaatemale kehtivad mõningad üldnõuded, näiteks peab vanuseks olema 20 – 35 aastat ning surrogaat peab olema sünnitanud vähemalt ühe terve lapse. Samas on teenuse osutamiseks vajalik üksnes meditsiiniline tõend, mis kinnitab, et surrogaadi tervises seisund on rahuldav. Lapse sünnitunnistusele on lubatav kanda vanematena last soovinud isik või isikud, surrogaatema vanemana registreerimise kohustus osapoolte kokkuleppel puudub. Eeltoodu kehtib üksnes juhul, kui tegemist on gestatsioonilise surrogaatlusega ehk asendusema ei ole lapsega geneetiliselt suguluses. Oluliseks piiranguks on, et last soovinud vanemate sünnitunnistusele kandmiseks on vajalik surrogaadi nõusolek, see tähendab, et asendusema võib lapse äraandmisest seaduslikult loobuda. Seesugune regulatsioon muudab Venemaa *ex-ante* seadusandluse võrdlemisi unikaalseks.¹¹⁴ Nimetatud regulatsiooni kehtivust on Vene Föderatsiooni Konstitutsioonikohtus (*Russian Federation Constitutional Court*) vaidlustatud,¹¹⁵ kus last soovinud vanemad pidasid surrogaadi keeldumist last üle anda nende õiguseid rikkuvaks, kuid edutult. Seega võib öelda, et kuigi regulatsioon on muus osas

¹¹³ Euroopa Parlament, lk 69. Home Office, UK Border Agency. Inter-country surrogacy and the immigration rules. *Sine loco*, 2009. - https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/261435/Inter-country-surrogacy-leaflet.pdf (17.02.2017); Irish Department of Justice and Equality. Citizenship, parentage, guardianship and travel Document issues in relation to children born as a result of surrogacy arrangements entered into outside the state. *Sine loco*, 2012. - <http://www.justice.ie/en/JELR/20120221%20Guidance%20Document.pdf/Files/20120221%20Guidance%20Document.pdf> (17.02.2017).

¹¹⁴ Euroopa Parlament, lk 53-54.

¹¹⁵ Russian Constitutional Court ruling, 15.05.2012, otsus nr 880-O. - https://precedent.hse.ru/mirror/pubs/share/direct/document/195508285?usr/local/stack/web/addons/comps/hse/pubs/lib/data/2016/10/28/1477657911/195508285/ht_46b2599624271fe4c4240287d1e111cf.pdf (21.04.2017).

liberaalne, on surrogaadil siiski seaduse jõuga tagatud otsustamisvabadus last mitte ära anda. Sellega kaasneb last soovivate vanemate õiguste tugev riive, kuna surrogaatteenuse kasutamisel puudub garantii soovitud järglase vanemateks saamise osas kuni ametlike sünnidokumentide vormistamiseni, seda isegi juhul, kui tegemist on ühe või mõlema vanemaks saada soovinud isiku geneetilise järglasega. Seega tunnustab Venemaa surrogaadi õigust lapse ära andmise osas otsuse tegemiseni igakülgselt ning välistatud on juhtumite tekkimine, kus surrogaat võib olla lapsega emotsionaalselt sedavõrd tihedalt seotud, et lapsest loobumine on isiku jaoks võimatu.

Surrogaatlus, sealhulgas kommertsiaalne surrogaatlus, on siseriiklikult lubatav ka Gruusias, kus surrogaat ja last sooviv paar sõlmivad teenuse osutamiseks tsiviilõigusliku lepingu, mis tuleb notariaalselt kinnitada, hõlmates tehingusse seega nii avaliku kui eraõiguse doktriini. Kuivõrd olemuslikult on tegemist eraõigusliku lepinguga, kohustab leping mõlemaid osapooli võetud kohustusi täitma ning lepingu rikkumisel on teisel poolel õigus nõuda kahju hüvitamist. Surrogaatlust saavad Gruusias kasutada üksnes paarid, see tähendab, et üksikul vanemaks saada soovival isikul teenusele ligipääs puudub. Ühtlasi peab Gruusia õigus „paari“ all silmas mehe ja naise liitu, samasoolistele on teenus riigis kättesaamatu. Gruusia siseriiklik õigus tunnustab lapse vanematena automaatselt last soovinud paari. Eeltoodud regulatsioonidest eristab Gruusia õiguskorda eelkõige surrogaadi õiguse puudumine nõudmaks vanemlike õiguste tunnustamist ning ta on kohustatud lapse üle andma, vastasel juhul loetakse surrogaat lepingut rikkunuks.¹¹⁶

Eestile lähematest riikidest võib välja tuua Rootsi, kus surrogaatlus ei ole keelatud, kuigi regulatsioon ei ole ka üheselt selge. Viljatuskliinikutel on lubatud teenuse osutamiseks kokkuleppeid sõlmida, vanemlike õiguste saamiseks on samas võimalik last soovinud paaril või indiviidil laps pärast sündi adopteerida. Ukrainas on surrogaatlus täielikult lubatav, sealhulgas kommertsiaalne surrogaatlus, samas on teenust võimalik kasutada üksnes abielulises suhtes paaridel. Näiteks Poolas ja Rumeenias puudub nii lubav, korraldav kui ka keelav regulatsioon täielikult, seega teenust praktikas siiski osutatakse, kuigi täielikult õigusselgusetus olukorras.¹¹⁷

Eeltoodust nähtub, et kuigi eksisteerib riike, kes lubavad surrogaatteenuse osutamist ning on välja töötanud ka vastava õigusliku regulatsiooni, on nimekiri võrdlemisi lühike. Samas on

¹¹⁶ N. Kariauli. Surrogacy and its Legal Consequences According to the Legislation of Georgia. - European Scientific Journal. Tbilisi, Georgia, 2016, lk 218, 220. - <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8604/8234> (12.04.2017).

¹¹⁷ A. Kapur jt. Surrogacy and women's right to health in India: Issues and perspective. Ch. Legal Aspects of Surrogacy in Europe. - Indian Journal of Public Health. *Sine loco*, 2013, - <http://www.ijph.in/text.asp?2013/57/2/65/114984> (17.02.2017); G. Pennings. Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. Ch. Reproductive tourism. - Human Reproduction Vol. 19 Iss. 12. *Sine loco*, 2004, lk 2689-2694. - <https://academic.oup.com/humrep/article/19/12/2689/2356251/Legal-harmonization-and-reproductive-tourism-in> (13.04.2017).

võimalik ka välja tuua, et viimastel aastatel on paljud riigid otsustanud võtta surrogaatluse täieliku keelu uuesti arutluse alla ning kaaluda teenuse teatavatel tingimustel lubatavaks tunnistamist.¹¹⁸ Käesoleval ajal on ülekaal absoluutse keeluga riikidel, kellede hulka kuuluvad muuhulgas pikaajaliste õigusriigi traditsioonidega Saksamaa ja Prantsusmaa, samuti Hispaania. Saksamaa embrüo kaitse seaduse (*EschG*) § 1 lg 1¹¹⁹ ja adopteerimisseaduse (*AdVermiG*) §§ 13c ja 14b¹²⁰ kohaselt on karistusõiguslikult vastutavaks isik, kes aitab kaasa surrogaatluse protseduurile või vahendab surrogaatlust. Iga eraõiguslik kokkulepe, mille kohaselt pooled sõlmivad lepingu surrogaatteenuse osutamiseks, loetakse moraaliga vastuolus olevaks ning on seetõttu tühine. Samasisuline kuid erinevate sanktsioonidega keeld kehtib ühtlasi Hispaanias ja Prantsusmaal ning sarnase regulatsiooni on kehtestanud ka Taani, Norra, Austria, Rootsi ja Šveits.¹²¹

2.2.2 Riikideülese õigusliku raamistiku loomise võimalikkus

Õigusliku võimalikkuse tingimustes reisivad paljud tänapäeval järglaste saamiseks liberaalsema vaatega välisriikidesse, kui surrogaatteenus koduriigis kättesaadav ei ole, et asendusema kannaks lapse nende eest. Pärast lapse sündi on last soovinud vanem või vanemad valmis koos järglasega kodumaale naasma, ületades selliselt surrogaatlust keelava regulatsiooni. Euroopa kohtutes puudub käesoleva ajal konsensus, kuidas analoogseid olukordasid õiguslikult käsitleda tuleks.¹²² Samaaegselt püütakse Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi¹²³ raames leida vastust küsimusele, kas piiriülest surrogaatlust oleks põhjendatud reguleerida Euroopa Liidu riikides konventsiooniga. Samas ei ole tänaseks üheselt selge, kas tegemist võiks olla koostöökonventsiooniga, kuivõrd konsensuse saavutamine surrogaatluse küsimuses on keeruline või püütakse reguleerida üksnes rahvusvahelise kohtualluvuse kontrollimise ja kohalduva õiguse kindlakstegemise korda. Mahukaks ülesandeks on ka viimati nimetatud valdkonna konventsiooni väljatöötamine, tulenevalt paljudes riikides kehtivast asendusemaduse absoluutsest keelust. Teisalt võib püstitada küsimuse, kas Euroopa Liidu tasand on reguleerimiseks subsidiaarsuspõhimõttest lähtuvalt ainuõige valik. Globaliseerumist ja surrogaatturismi sihtkohti, millisteks on sageli Aasia riigid

¹¹⁸ Euroopa Parlament, lk 194.

¹¹⁹ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG). 13.12.1990 - BGBl. I S. 2746; BGBl. I S. 2228. - <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html> (12.04.2017).

¹²⁰ Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG). 22.12.2001 - BGBl. 2002 I S. 354; BGBl. I S. 2010, 2014. - https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html (12.04.2017).

¹²¹ M. Fries, lk 202-203.

¹²² M. Fries, lk 208-209, 216.

¹²³ Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents. The parentage/surrogacy Project. - <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (17.04.2017).

ja USA, arvesse võttes võib pigem esineda vajadus laiema haardega rahvusvahelise konventsiooni järele,¹²⁴ mille kujundamine oleks osapoolte rohkuse tõttu veelgi keerulisem.

Ühtset õiguslikku regulatsiooni surrogaatluse osas on Euroopa Liidu tasandil kutsunud üles looma teiste hulgas Euroopa Parlament, rõhudes eelkõige vajadusele kaitsta laste ja naiste õiguseid.¹²⁵ Selle ajendiks võib pidada kardinaalselt erinevate õigussüsteemide esinemist liidu tasandil, mis põhjustab päritoluriiki naasmise järgselt vaidluseid seoses vanemlike õiguste tunnustamisega ning lapse põlvnemisega. Küsitavused ja vastuseis kerkivad täiendavalt esile riikides, kus samasoolistel ei ole lubatav abielluda ega järglaseid saada, kuid välisriikide surrogaatteenuse kasutamise teel on järglaste saamine võimalik saavutada.

Praktikas ei saa pidada tõenäoliseks, et käibiv keeruline olukord aja jooksul iseenesest lahenduseni jõuab. Kuni eksisteerivad erinevad seadusandlused ja surrogaatturism on üheks võimaluseks, kuidas viljatusest sõltumata järglaseid saada on võimalik, kerkivad jätkuvalt üles probleemid, mille tingivad siseriiklikust õigusest möödahiilimine ning mis nõuavad kohtulikku sekkumist lahenduste leidmisel.¹²⁶ Seega pole kahtlust, et valdkonda reguleeriva ühtse juriidilise raamistiku järele on vajadus tõusetunud.

Riikideülene konventsioon tooks kaasa õiguskindluse, mida oleks ühtlasi võimalik saavutada välisriigi kohtuotsuste tunnustamise teel. Päritoluriigi õigussüsteem peaks selleks tunnustama välisriigis, kus surrogaatteenust kasutati, väljastatud sünnidokumente ja kohtuotsuseid, millistega võivad olla vanemlikud õigused ja järglase perekondlik kuuluvus kindlaks määratud. Silmas peab pidama, et Haagi surrogaatlust reguleeriva konventsiooni vastuvõtmisel annaks nimetatu võimaluse õiguspäraselt vältida siseriiklikku regulatsiooni, teostades vajalikud õiguslikud toimingud teises riigis.¹²⁷ Juriidilise võimaluse loomine vältimaks legaalselt koduriigis kehtivat keeldu ei pruugi olla liikmesriikide poolt heakskiitu leidev lähenemine.

Kuigi Euroopa Liidu ühtne õigusruum on loonud valdkonniti ulatuslikke regulatsioone, millised tuleb igas riigis harmoniseerida, on teatud keeldude ja lubatava praktika üle otsustamispädevus jäetud liikmesriikidele. Euroopa ühtse õigusruumi loomise eesmärgiks ei ole sundida

¹²⁴ Euroopa Parlament, lk 195.

¹²⁵ Euroopa Parlamendi 15.04.2016 esildis lahenduse väljatöötamiseks: 1. *Calls on the Commission to lay down legal protection at Union level for the children of surrogate mothers, whether already born or yet to be born*; 2. *Also calls on the Commission to ascertain that the rules governing surrogacy in Member States which allow this practice are compatible with EU legislation on the protection of children's and women's rights.* - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0694+0+DOC+XML+V0//EN> (19.04.2017).

¹²⁶ Samas, lk 217.

¹²⁷ M. Fries, lk 213-214.

liikmesriike kõikides küsimustes konsensusele, tihti sõltub siseriiklik regulatsioon pikaajalistest traditsioonidest ning ühiskonnaliikmete valmisolekust muudatusteks, mida on võimalik tunda ja hinnata üksnes siseriiklikul tasandil.¹²⁸ Perekonnaõiguslikud küsimused, sealhulgas abielu või ametlikult tunnustatud kooselu sõlmimise võimalikkus samasooliste paaride vahel, samasooliste paaride õigus saada lapsevanemaks ning meditsiiniline kaasabi reproduktiivõiguste realiseerimine on küsimused, millistes Euroopa Liit ei soovi praktikas ulatuslikult liikmesriikide suveräänsusesse sekkuda ning ühtseid ettekirjutusi käitumismastaapideks teha.

Sestap ei ole siinkirjutaja hinnangul põhjust oodata puuduva õigusliku regulatsiooni osas lahendusi Euroopa Liidu, muu riikideülese institutsiooni või riikide liidu poolt, kuivõrd ettekirjutuse tegemist või õigusliku raamistiku loomist riigiülese seadusandja poolt surrogaatluse osas ei saa pidada lähitulevikus tõenäoliseks. Seda eelkõige konsensuse puudumise ja lahendamist vajavate küsimuste arvukuse tõttu. Ühtlasi sekkuks Euroopas riikideülese õigusakti väljatöötamine surrogaatluse reguleerimiseks liikmesriikide pädevusse kujundada perekonnaõiguslikke suhteid oma parema äranägemise järgi, võttes arvesse riigi kultuurilisi, eetilisi ja religioosseid seisukohtasid. Võib pidada tõenäoliseks, et suurem osa liikmesriike ei oleks neile pandavate kohustuste ja tehtavate ettekirjutustega sedavõrd tundlikus küsimuses rahul, kus konsensust ühese lähenemise osas seni kujundada suudetud ei ole. Liikmesriikide praktika surrogaatluse küsimuses on eriilmeline, ulatudes täielikust taunitavusest ning karistusõiguslikust keelust kuni teenuse osutamise vabaduseni, väljaspool Euroopat ühtlasi võimaluseni kasutada teenust rahalise tasu eest ning teha etteulatuvalt valikuid tulevase lapse sootunnuste osas. Seega ei saa pidada tõenäoliseks lähitulevikus riikideülese regulatsiooni kujunemist või ühtlustumist ning ühese seisukohtade üle võtmist.

Võttes arvesse liikmesriikide erinevaid seisukohti surrogaatluse lubatavuse küsimuses, oleks asjakohasem töötada välja konventsioon, mille eesmärgiks ei oleks mitte ühtse regulatsiooni kehtestamine, vaid erinevate liikmesriikide õigussüsteemide koostoime tagamine ja raamistiku loomine ühetaoliseks tõlgendamiseks surrogaatlust puudutavate vaidluste korral suunaga rahvusvahelise koostöö parendamisele. Konventsioon võiks sätestada liikmesriikide pädevuse vaidluste lahendamisel ning riiklikud funktsioonid parima lahenduse leidmisel, jättes samas liikmesriikidele võimaluse omavaheliste spetsiifiliste kokkulepete sõlmimiseks. Konventsiooni kohaldamisala võiks hõlmata kõiki juhtumeid, kus tegemist on piiriülese surrogaatlusega.¹²⁹

¹²⁸ EIKo (viide 93), p 92.

¹²⁹ K. Trimmings, P. Beaumont, lk 635.

Haagi eraõiguse konverentsi raames on väljendatud ka seisukohta, et võimalik konventsioon peaks piirama isikute ringi, kellel on õigus surrogaatlust kasutada bioloogilisest aspektist lähtuvalt, tähenduses, et vähemalt üks tulevastest vanematest peaks andma järglase saamiseks geneetilist materjali. Vastasel juhul oleks tegemist sisuliselt kodu vajava järglase lapsendamisega, kellega tulevastel vanematel puudub bioloogiline side. Piirangu pooltargumendiks oleks ühtlasi, et adopteerimist vajavaid lapsi on maailmas palju ning surrogaatluse eesmärgiks ei tohiks olla nii-öelda lühema tee võimaldamine välismaalt lapse adopteerimiseks. Eeskju oleks rahvusvahelise konventsiooni koostamisel võimalik võtta Haagi rahvusvahelise lapsendamise konventsioonist, mis samuti reguleerib transnatsionaalset järglase saamise viisi, olles seetõttu võimalik eeskju ka surrogaatluse konventsiooni väljatöötamisel.¹³⁰ Selliste konkreetsete regulatsioonide loomisel näol oleks aga olemuslikult tegemist surrogaatlust reguleeriva õigusaktiga, mitte koostööle suunava konventsiooniga.

Rahvusvahelisel tasandil on diskussioon riikideülese seadusandluse kehtestamise võimalikkuse osas seega tõusetunud, kuid on käesoleval ajal konsensuseta pooleliolev, kuigi on väldanud mitmeid aastaid. Erialakirjanduses on korduvalt asunud seisukohale, et ühtseid tõlgendusreegleid loov konventsioon oleks asjakohane ning muudaks mitmeid piirideüleseid surrogaatlusega seonduvad probleemkohad kergemini lahendatavateks. Ühtse õigusakti väljatöötamist pidurdab seni aga lähenemiste ja regulatsioonide kardinaalne erinevus, mistõttu ei saa siinkirjutaja hinnangul siseriikliku regulatsiooni väljatöötamise vajadust analüüsimate jätta, kuivõrd puudub alus eeldamaks, et rahvusvaheline konventsioon meile peagi ühtse raamistiku tagab. Tunnustatud on vajadust konventsiooni olemasolu järele ning asunud analüüsimate erinevaid reguleerimisalternatiive, kuid samas ei ole saavutatud kokkulepet ühtse õigusliku raamistiku olemuse osas, mis viitab, et lähitulevikus ei ole riikideülese regulatsiooni kehtestamist põhjust oodata ning seadusandluse ümberkujundamisele on vaja keskenduda siseriiklikult.

2.3 Vahekokkuvõte

Õigus on olemuslikult dünaamiline, samuti on muutuvad ühiskonna ja seadusandja seisukohad, seda tänapäeval tingimata kooskõlas meditsiini ja tehnika arenemisega. Kuigi kehaväline viljastamine on õnnestunud esmakordselt juba seitsmekümnendate lõpus, ei muutunud see maailmas üleöö lubatavaks praktikaks. Uute praktikate aktsepteerimine ja juurutamine kehtivasse õiguskorda toimub riikides erinevatel kiirustel ja viisidel. Õiguspraktika areneb

¹³⁰ Samas, lk 641.

sümbioosis ühiskonna moraalsete ja eetiliste tõekspidamistega, olles samas lähtuv riigi arenguvõimekusest. Tänapäevale omane järjepidev progress kõigis elu valdkondades on arenenud riikides loomupärane. Kehavälise viljastamise valdkond on üheks paljudest, kus toimub pidev võimaluste avarumine, millega koos ei tohi unustada regulatsiooni ajakohastamise vajalikkust. Edasi arenevalt ühiskonnale on omane, et aja jooksul muutuvad lisaks võimalikkusele lubatavaks praktikad, mis seda varasemalt olnud ei ole, sealhulgas ka surrogaatluse puhul.

3 INDIVIIDI ÕIGUS PÕÖRDUDA PÕHIÕIGUSTE TAGAMISEKS ÕIGUSKAITSEORGANITE POOLE JA SISERIIKLIKU REGULATSIOONI VÄLJA TÖÖTAMISE PROBLEEMKOHAD

Eelnevalt välja toodud põhimõtete ja erinevate riikide võrdlusele tuginedes analüüsitakse järgnevalt, kas üksikisikul on Põhiseaduse alusel õigus nõuda surrogaatluse osas kehtiva absoluutse keelu kehtetuks ning teenuse lubatavaks tunnistamist, tuginedes põhiõigustele. Samuti käsitletakse asendusemaduse regulatsiooni kehtestamise vajalikkust ja põhjendatust Eestis tänastes surrogaatturismi praktika kasutamise võimaluste maailmas ning tuuakse välja, milliseid aspekte tuleks seadusandluse väljatöötamisel õigusriigis arvesse võtta.

Põhiõiguseid on võimalik piirata üksnes teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitseks. Demokraatlikuks õigusriigis peavad piirangud ja keelud olema põhjendatud ning seatud kolmanda isiku kaitseks või õiguste tagamiseks.¹³¹ Piiramaks isiku õigust osutada teenust surrogaadina ning vanemaks saada soovivate isikute õigust asendusemaduse kasutamiseks, tuleks seadusandjal ära näidata, mil moel vastab surrogaadiks olemine sellistele tingimustele (see tähendab piirang on vajalik kolmanda isiku õiguste ja vabaduste tagamiseks) ning mil viisil oleks tegemist Põhiseaduse vastase käitumisega, kui last soovivad isikud kasutavad järglaste saamiseks surrogaadi teenuseid. Asendusemaduse keelustatust on seadusandja põhjendanud vajadusega kaitsta surrogaadi ja tulevase lapse õiguseid, välistamaks igakülgselt eksploateerimine ja inimkeha ning –olendi võimalik kaubanduse objektiks muutmine. Samas tuleb küsida, kas situatsioonis, mil teenuse osutamine oleks seadusandja poolt ammendavalt reguleeritud, lubatav üksnes tervishoiuteenuse osutajatega koostöös ning toimuks kontrollimist võimaldaval viisil, ei oleks väärkasutamise risk viidud miinimumini, tagades samaaegselt nii põhiõigused kui järgides privaatautonomia põhimõtet.

Eeltoodu kasuks räägib muuhulgas asjaolu, et riikides, kus surrogaatlus on lubatav ja seaduse tasandil reguleeritud, ei ole tuvastatud eksploateerimisjuhtumite arvukuse tõusu pärast teenuse lubatavaks tunnistamist. Samuti ei ole siinkirjutajal õnnestunud tuvastada, et surrogaatluse kasutamise võimaldamine siseriikliku õigusega oleks toonud riikidele või üksikisikule kaasa muid negatiivseid tagajärgi, mille alusel võiks olla absoluutse keelu säilitamine õiguskorras põhjendatud.

¹³¹ PS § 11 sätestab, et õigusi ja vabadusi tohib piirata ainult kooskõlas põhiseadusega. Need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust.

On enesestmõistetav, et ühegi lepingu ja teenuse osutamise puhul ei ole riigil seadusandluse kehtestamisega võimalik saajaprotsendiliselt välistada isiku õiguste ebaseaduslikku riivet, kuna inimkäitumine jääb teataval määral alati prognoosimatuks ja kontrollimatuks. Tuleb aga küsida, kas seadusandja poolt esitatud põhjendused surrogaatluse keelustamisel on kaalukamad kui piirangust mõjutatud osapoolte õiguse - järglaseid saada soovivate isikute põhiõigused, kes on selleks füsioloogiliselt võimetud, potentsiaalse surrogaadi, kelle jaoks teenuse osutamine ei ole lubatav ning sünnida võiva lapse, kes kasvaks täisväärtuslikus perekonnas sama tõenäoliselt, kui iga teine sünnida võiv järglane.

Siinkirjutaja hinnangul ei esine vastuolusid asendusemadusteenuse osutamiseks Eesti ühiskonnas käibivate kõlblus- ja moraalinormidega, pidades silmas liberaalset regulatsiooni muude kehavälise viljastamise teenuste osutamisel ja abordiõiguse tagamisel, millistega ühiskonna negatiivseid reaktsioone kaasnenud ei ole. Põhiseaduse alusel puudub Eesti Vabariigil riigiusk, mis võiks kaasa tuua vastuolu reproduktiivvõimekusse sekkumisega, mida on keelava regulatsiooni põhjendamisel kasutanud argumendina näiteks kristlik Itaalia.¹³² Samuti on pooldavaid seisukohtasid teenuse osutamiseks teatavate tingimuste esinemise korral avaldanud tervishoiuteenuse osutajad, vajadusele regulatsiooni ajakohastada ja ümber vaadata on viidanud õiguskantsler ning ministriumid. Eeltoodust tulenevalt ning surrogaatluse osapoolte põhiõiguste riive intensiivsust arvesse võttes ei ole siinkirjutaja hinnangul seadusandja põhjendused surrogaatluse absoluutsel keelustamisel küllaldased ega õigusta üksikisiku põhiõiguste piiramist täisväärtusliku perekonnaelu kujundamisel ja eneseteostusvabaduse realiseerimisel.

3.1 Üksikisiku õigus nõuda Põhiseaduse alusel surrogaatluse keelu kehtetuks tunnistamist

Riigi rolliks seadusandluse loomisel on tagada, et igaühe õigused oleksid kaitstud ning õiguste ja vabaduste teostamisel ei teeks indiviid seda kolmandate isikute õiguseid kahjustades.¹³³ Surrogaatluse keelu analüüsimisel tuleb põhiseaduslikkuse järgimise kontekstis otsida vastust küsimusele, kas kehtiv keeld asendusemadusteenuse kasutamiseks on seatud kolmandate isikute, näiteks surrogaatide ja võimalike teenuse abil sündivate laste õiguste kaitsmise eesmärgil, olles samas kooskõlas vanemaks saada soovivate isikute põhiõigusega eneseteostusvabaduse ja täisväärtusliku perekonnaelu piiramisel.

¹³² Euroopa Parlament, lk 107.

¹³³ PS § 14, § 59 ja § 102.

Põhiseadus paneb riigile põhiõiguste kandja õiguste tagamiseks positiivsed kohustused, mida nimetatakse soorituspõhiõigusteks. Nimetatud funktsiooni täitmine eeldab põhiõiguste adressaadi poolset tegevust õiguste ja vabaduste teostamiseks võimaluste loomisel, mitte üksnes sekkumata jätmist õiguste teostamisse. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande kohaselt võib soorituspõhiõigused jaotada kaitsepõhiõigusteks, põhiõigusteks korraldusele ja menetlusele ning sotsiaalseteks põhiõigusteks.¹³⁴ Soorituspõhiõigused korraldusliku ja menetlusliku raamistiku loomiseks on sätestatud PS §-s 14.¹³⁵ See kohustus hõlmab muuhulgas asjakohase regulatsiooni väljatöötamist põhiõiguste realiseerimise võimaldamiseks ning menetlusnormide loomist, et igäühel oleks võimalik oma õiguseid kaitsta. Põhiõiguse korraldusele ja menetlusele kaitseala määratlemisel tuleb õigusnormi tõlgendades teha kindlaks minimaalne sisu, millest seadusandja allapoole langeda ei tohi.¹³⁶

Põhiõigust saab kohaldada alles siis, kui põhiõiguse adressaat on mõjutanud põhiõiguse kaitsealasse kuuluvat tegevust, omadust või seisundit põhiõiguse kandja jaoks ebasoodsalt. Seda mõjutamist nimetatakse kaitseala riiveks. Vabaduspõhiõiguse kaitseala riive mõiste määratlemisel lähtub tänapäevane teooria riive laiast ehk modernsest käsitlusest, mille kohaselt on vabadusõiguse kaitseala riivatud, kui vabadust mõjutatakse avaliku võimu poolt ebasoodsalt. Põhiõiguste kaitseala riive viitab, et esineb riigi tegutsemise õigustamise vajadus. Põhiõiguse rikkumisega on tegu alles siis, kui kaitseala riivet ei ole võimalik õigustada.¹³⁷

Põhiõigused kohustavad riiki kõigis korraldus- ja tegutsemisvormides. Riigikohtu hinnangul viitavad PS § 14 ja § 13 „selgelt riigile kui põhiõiguste ja vabaduste adressaadile, kellel on kohustus käituda ning võimalus oma võimu rakendada vaid põhiseadusega kooskõlas.”¹³⁸ PS § 14 alusel kohustub riigivõim isiku õiguseid tagama, mis laiemas tähenduses nõuab riigipoolset aktiivset tegevust. Selles tähenduses garanteerib § 14 üldise põhiõiguse korraldusele ja menetlusele. Seadusandliku võimu kohustuseks on tagada põhiõigused ja -vabadused seadusloome teel.¹³⁹ Aktiivse sekkumise korral põhiõigustesse peab riik oma tegevust õigustama, kuid üldise põhiõiguse korraldusele ja menetlusele riive, mis seisneb riigi tegevusetuses või liiga vähe tegemises, puhul lasub riigil kohustus tegevusetust õigustada. Kuna puudub konkreetne akt või toiming, mille põhiseaduspärasust kontrollida, ei ole võimalik

¹³⁴ M. Ernits (viide 13), II ptk sissejuhatus, p 3.2 jj.

¹³⁵ PS § 14 sätestab, et õiguste ja vabaduste tagamine on seadusandliku, täidesaatva ja kohtuvõimu ning kohalike omavalitsuste kohustus.

¹³⁶ M. Ernits (viide 13), II ptk sissejuhatus, p 3.2 jj, p 6.1.2.

¹³⁷ Samas, p 7-7.1 jj.; RKPJKo 06.03.2002, 3-4-1-1-02, p 12; 12.06.2002, 3-4-1-6-02, p 9.

¹³⁸ Samas, § 14, komm 2.2.; RKPJKm 28.05.2008, 3-4-1-4-08, p 15.

¹³⁹ Samas, § 14, komm 2.2.1 ja 2.3.

tegevusetuse korral tuvastada pädevus-, menetlus- ja vorminõuete täitmist, parlamendireservatsiooni ega õigusselguse põhimõtet.¹⁴⁰

Meditsiiniliselt assisteeritud reproduktsioon, sealhulgas surrogaatlus, on teenused, mida saab ja tohib osutada üksnes tervishoiuteenuse osutamiseks pädev erialaspetsialist. Ilma meditsiinilise sekkumiseta ei ole võimalik luua siirdatavat embrüot ega surrogaadil viljastuda.¹⁴¹ Teenuse kasutamise vajadus on eelkõige tingitud füsioloogilisest eripärast või terviseprobleemist, mille tagajärjel last soovivad isikud ei ole võimelised ilma kõrvalise abita järglaseid saama. Seega on võimalik argumenteerida, et meditsiiniliselt assisteeritud reproduktsiooniteenused on käsitletavad kui tervishoiuteenused, milledeks vajadus ilmneb lähtuvalt isiku terviseseisundist.

Riigikohtu praktikas¹⁴² ei ole seoses tervishoiuteenuse osutamisega leitud, et isikul on piiramatu õigus riigi abile ja riigil piiramatu kohustus abi osutada. Rõhutatud on, et sotsiaalsete õiguste tagamisel on seadusandjal avar diskretsiooniõigus ja kohtud ei tohi seadusandja asemel asuda langetama sotsiaalpoliitilisi otsuseid. Samas on Põhiseaduse §-s 28 otsesõnu väljendatud põhiõiguse adressaadi subjektiivne õigus ja PS § 15 lg 1 kohaselt peab olema tagatud selle kohtulik kaitse. Riigikohtu praktikas¹⁴³ on leitud, et Põhiseadus ei garanteeri igäühe õigust igasugusele tasuta arstiabile. Olulise õiguspraktikat kujundava seisukohana asus Riigikohus ühtlasi seisukohale, et kuigi PS § 28 lg-s 1 on otsesõnu väljendatud põhiõiguse adressaadi subjektiivne õigus ja PS § 15 lg 1 kohaselt peab olema tagatud selle kohtulik kaitse, ei tähenda see, et iga isik saab tasuta ja piiramatult nõuda kõikide tervishoiuteenuste osutamist. Seadusandja pädevuses on täpsemalt määrata, milles väljendub igäühe õigus tervise kaitsele, samuti millist liiki ja millises ulatuses abi tuleb puuduse all kannatavale inimesele osutada. Seadusandjal ei saa aga nende põhiõiguste kujundamisel olla piiramatut diskretsiooniõigust. Siinkohal on oluline silmas pidada, surrogaatluse osas kehtib üleüldine teenuse osutamise keeld, kättesaadav ei ole seega ka tasuline tervishoiuteenus, mida füsioloogilisest terviseseisundist lähtuvalt isikud järglaste saamiseks vajavad.

Tervishoiuteenus on tervishoiuteenuste korraldamise seaduse¹⁴⁴ § 2 lg 1 alusel tervishoiutöötaja tegevus haiguse, vigastuse või mürgistuse ennetamiseks, diagnoosimiseks ja ravimiseks eesmärgiga leevendada inimese vaevusi, hoida ära tema tervise seisundi halvenemist või

¹⁴⁰ Samas, § 14, komm 3.5.

¹⁴¹ I. Nurmela, ptk II, p 1.2.

¹⁴² RKHKo 10.11.2003, 3-3-1-65-03; RKPJKo 21.01.2004, 3-4-1-7-03.

¹⁴³ RKHKo 10.11.2003, 3-3-1-65-03, p 14.

¹⁴⁴ RT I 2001, 50, 284; RT I, 21.02.2017, 5.

haiguse ägenemist ning taastada tervist. Ühtlasi tuleneb samast sättest valdkonna eest vastutavale ministrile pädevus kehtestada osutatavate tervishoiuteenuste loetelu.

Kuigi isiku füsioloogilist võimetust järglaste saamiseks on võimalik seostada terviseseisundist tuleneva põhjusega, ei saa asuda seisukohale, et bioloogiliste järglaste mittaasaamise võime on iseloomult terviseseisund, mis takistaks isikul mingil viisil hakkama saada igapäevaeluga või piiraks isiku võimet ühiskonnaelus täisväärtuslikult osaleda. Seega ei saa olemuslikult olla tegemist ka tervishoiuteenusega, milline peaks riigi poolt PS § 28 alusel kõigis olukordades tagatud olema ning mille tagamist oleks isikul õigus riigilt nõuda.

Tegemist võib aga olla võrdsuspõhiõiguse seisukohalt olukorraga, kus ebavõrdse kohtlemise osaks saavad surrogaatteenuse osutamise piirangu kehtimise tõttu naised, kes ei ole eostamisvõimelised ja naised, kes ei ole raseduse kandmiseks võimelised, kuivõrd mõlemal juhul esineb terviseseisund, mis traditsioonilisel viisil järglaste saamist takistab. Põhiseaduse § 28 lg-s 1 sätestatud õiguse tagamisel peab seadusandja samaaegselt suutma tagada, et teenuse saamiseks õigustatud subjekte ei koheldaks erinevalt, seda ka nende loomulikust võimekusest tulenevalt. Antud juhul on siinkirjutaja hinnangul võimalik, et seadusandja kohtleb viidatud grupe tervishoiuteenuse osutamise kättesaadavuse tagamisel erinevalt, rikkudes selliselt võrdsuspõhiõigust.

Vanemaks saada soovivate isikutel õigust täisväärtusliku perekonnaelu kujundamiseks PS §26 alusel on surrogaatluse piiranguga riivatud, kuivõrd keeld välistab võimaluse saada soovitud viisil järglaseid. Tegemist on intensiivse sekkumisega isiku perekonnaellu, kuivõrd seadusandja on välistanud võimaluse soovitud perekonna loomiseks, kui isikul terviseseisundist tulenevalt alternatiivid järglaste eostamiseks või kandmiseks puuduvad. Samadel põhjustel on riivatud ka isiku õigus vabale eneseteostusele (PS § 19), kuivõrd perekonna loomine ja laste kasvatamine on üheks eneseteostuse osaks, milleks võimalused käesoleval ajal on piiratud.

Eeltoodu pinnalt võib asuda seisukohale, et kui indiviidi Põhiseaduses sätestatud õigused ja vabadused ei ole seadusandja poolt tagatud ning puudub mõju õigustus piirangu kehtestamiseks, on isikul õigus nõuda riigilt aktiivset tegevust rikkumise kõrvaldamiseks. Piirang riigipoolse tegevuse nõudmiseks tuleneb PS §-st 11, mille kohaselt on seadusandjal lubatud õiguseid ja vabadusi kooskõlas Põhiseadusega piirata. Seadusandja kohustuseks on regulatsiooni kehtestamisel põhjendada, miks kaalub piirangu seadmise vajadus üles isiku põhiõigustesse sekkumise.

3.1.1 Kehtiva keelu põhjendatuse ammendavus

Karistusseadustiku regulatsiooni põhjendusena on seadusandja märkinud, et keeld asendusemadusteenuse osutamiseks tuleneb vajadusest kaitsta naiste õiguseid ja välistada, et laps muutuks tehingu objektiks, keda on võimalik rahalise tasu eest soetada.¹⁴⁵ Seega on piirang teenuse kasutamiseks seatud põhjendades selle vajadust kolmandate isikute õiguste ja vabaduste kaitsmisega. Samas on seadusandjal regulatsiooni kehtestamisega võimalik ostumüügi tehingute sõlmimist ja surrogaatide eksploateerimist vältida, kindlustades teenuse osutamise üle vajalikud kontrollmehhanismid.

Vastuargumendiks surrogaatluse puhul on välja toodud, et tegemist on keha müümisega, millega kaasnevad märgatavad riskid tervisele. Samas ei saa jätta kõrvale asjaolu, et vähem arenenud riikides teevad paljud naised füüsilist ja emotsionaalset rasket tööd, mille eest makstakse äärmiselt väikest tasu. Surrogaadiks olemine võib nende jaoks olla vähem riskantne töö, mis on paremini tasutatud ning kannab kontrollitud meditsiinilise järelevalve all väiksemaid terviseriske, kui näiteks töö söekaevandustes ja 16-tunnised tööpäevad vabrikute tervist ohustavates tingimustes.¹⁴⁶

Saksa kõrgeim kohus on oma lahendis¹⁴⁷ leidnud, et asendusemadusteenuse osutamisel ei ole kohtu hinnangul tegemist surrogaadi inimvääriskust riivava teenusega ning võrrelnud surrogaatemadust adopteerimisega. Viidatud otsuses analüüsis kohus olukorda, kus samasooline registreeritud kooselus paar oli surrogaatteenust kasutanud USA-s, ühtlasi oli paarile vanemlike õiguseid kinnitav dokumentatsioon enne Saksamaale naasmist väljastatud. Madalamad kohtuastmed olid jätnud paari vanemlikud õigused koduriigis tunnustamata, kuna surrogaatlus on Saksamaal keelatud ning leidsid, et teenuse kasutamine oli seetõttu vastuolus avaliku korraga. Kõrgema kohtu hinnangul puudus aga alus jätmaks vanemlikud õigused tunnustamata, kuivõrd ei olnud võimalik järeldada, et kellegi õiguseid oleks legaalse teenuse osutamise käigus rikutud. Seega on kohtupraktikas leitud, et surrogaadi inimvääriskus ei ole teenuse osutamise tõttu riivatud.

¹⁴⁵ Riigikogu IX koosseis (viide 61), lk 91.

¹⁴⁶ N. F. Bromfield, K. Smith Rotabi. Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations. - Global Social Welfare, Vol. 1, Iss. 3. United Arab Emirates: Springer International Publishing 2014, lk 128. - <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40609-014-0019-4> (13.04.2017).

¹⁴⁷ Bundesgerichtshof Beschluss XII, ZB 463/13, 10.12.2014. - <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (17.03.2017).

Põhiseaduse §-i 19, mis sätestab õiguse vabale eneseteostusele, kommentaaride kohaselt ei ole eneseteostusele seatavate piirangute puhul tegemist põhiseadusliku käitumisega, kui põhjenduseks on üksnes moraalne hinnang indiviidi tegevusele. Antud juhul on kaheldav, kas üksnes kolmandate isikute õiguste kaitsmise argumendile tuginev KarS § 132 lg-s 1 seatud absoluutne keeld on koosõlas vaba eneseteostuse võimaldamise põhimõttega. Siinkirjutaja hinnangul oleks läbi mõeldud regulatsiooni väljatöötamise ja teenuse osutamise jälgitavuse tagamise teel võimalik minimeerida kolmandate isikute õiguste ebaseadusliku riive esinemine surrogaatluse lubatavaks tunnistamisel. Seadusandjal on pädevus otsustada, millistel tingimustel surrogaatlus lubatav oleks. Muuhulgas on võimalik piiritleda, millistele tunnustele vastavad isikud teenust kasutama on õigustatud, välistades sotsiaalsetel põhjustel teenuse kasutamise. Surrogaadi puhul on võimalik rakendada põhjalikku nõustamis- ja konsultatsioonikohustust erialaspetsialistide poolt, kes selgitaksid enne teenuse osutamiseks nõusoleku andmist välja potentsiaalse surrogaadi motivatsiooni asendusemaks olemisel ning psühholoogilise valmisoleku teenusega kaasnevate tagajärgedega hakkama saamiseks. Seadusandja on vaba seadmaks piirangud teenuse eest tasu maksmisele ja võtma vastu motiveeritud otsuse lapse põlvnemise tuvastamise ja vanemlike õiguste kindlaks määramisel. Erinevates riikides on tunnustust leidnud mitmekülgsed regulatsioonid ning esitatud on nende poolt- ja vastuargumendid. Teadaoleva praktika ja õiguslike vaidluste läbitöötamisel on võimalik ka Eesti seadusandjal siseriikliku regulatsiooni väljatöötamisel selekteerida ning eeskujuks võtta parim võimalik praktika.

Eeltoodu pinnalt on võimalik järeldada, et keeld asendusemadusteenuse osutamiseks riivab järglaste saamiseks füüsiliselt võimetuid isikuid ning põhjendused keelu seadmisel ei ole tänapäevases maailmas, kus alternatiiviks kehtivale keelule on tekkinud surrogaaturismi praktika, veenvad. Seadusandjal tuleks kaaluda, kas surrogaaturismi praktika ei ole asetanud isikuid, keda on soovitud nulltolerantsi inkorporeerimisega siseriiklikku õigusesse kaitsta, ohtlikumasse olukorda, võrreldes seadustatud teenuse kasutamise võimaldamisega koduriigis, mille üle oleks võimalik tagada kontrolli teostamine ja jälgitavus. Autori hinnangul kaasneb märkimisväärselt intensiivsem surrogaatide ja soovitud järglaste õiguste riive olukorras, kus teenuse kättesaadavuse nimel suunduvad last soovivad isikud asendusemaduse kasutamiseks välisriiki. Teises õigusruumis teenuse tarbimisel ei pruugi olla võimalik üheselt kindlaks teha kõigi osapoolte põhiõiguste kaitstust, mida takistavad keelebarjäär, erinevad kultuurilised ja majanduslikud praktikad ning tundmatu õigussüsteem. Samuti riskitakse hilisemate vaidlustega lapse õigusliku staatuse üle, saamata olla lõplikult kindel, mil viisil osutub võimalikuks vanemaõiguste tunnustamine koduriigis. Kehtiv keeld surrogaatluse kasutamiseks koduriigis

on seega toonud kaasa nõrgemate osapoolte kaitsmise asemel olukorra, kus kõigi osapoolte põhiõiguste tagamine osutub keerulisemaks, et mitte öelda kontrollimatuks, kuivõrd tegemist on piiriülese teenusega ning seadusandjal puudub pädevus teostada vahetut kontrolli teises riigis toimunud teenuse osutamise üle. Surrogaatluse seaduspärasuses ei pruugi olla võimalik veenduda ei teenuse kasutajatel ega osutajatel, samuti justiitsvõimul, kel võib olla vajadus tuvastada surrogaatluse asjaolud vanemlike õiguste kindlaksmääramisel.

3.1.2 Indiviidi õigus pöörduda Põhiseaduse alusel tagatud õiguste kaitseks kohtu poole

Põhiseaduse §-st 15 tulenevalt on igal isikul õigus pöörduda oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral kohtusse. Igaüks võib oma kohtuasja läbivaatamisel nõuda mis tahes asjassepuutuva seaduse, muu õigusakti või toiminguga põhiseaduse vastaseks tunnistamist. Kohus järgib Põhiseadust ja tunnistab Põhiseaduse vastaseks mis tahes seaduse, muu õigusakti või toiminguga, mis rikub põhiseaduses sätestatud õigusi ja vabadusi või on muul viisil põhiseadusega vastuolus. Põhiseaduse kommentaaride¹⁴⁸ kohaselt saab seadusriigist õigusriik, kui toimiv kohtusüsteem otsustab üksikjuhul õiguste ja vabaduste ulatuse ning avaliku võimu pädevuste ja volituste üle. Riigikohtu¹⁴⁹ hinnangul on PS § 15 kandvaks eesmärgiks võimaldada materiaalsete põhiõiguste teostamine ja tagada tõhus põhiõiguste kaitse.

Riigikohus on jaatanud, et PS § 15 lg 1 esimesest lausest on võimalik tuletada igal isikul õigus individuaalkaebuse esitamiseks, märkides, et „kui isik leiab, et tal ei ole muul tõhusal viisil võimalik kasutada talle PS §-ga 15 tagatud õigust kohtulikule kaitsele, siis on tal endal võimalik pöörduda Riigikohtusse.“¹⁵⁰ Kaevatav rikkumine võib seisneda nii avaliku võimu tegevuses kui ka tegevusetuses.¹⁵¹ V. Saarmets on leidnud, et individuaalse konstitutsioonilise kaebusega „on tegemist juhul, kui isikule on garanteeritud võimalus esitada iseseisvalt kaebus riigis põhiseaduslikkuse järelevalvega tegelevale organile juhul, kui avalikku võimu teostav organ on rikkunud isiku põhiseaduslikke õigusi või vabadusi, see rikkumine on aktuaalne ning muud õiguskaitsevahendid puuduvad või on ammendatud.“¹⁵²

Riigikohus on siinkohal täpsustanud,¹⁵³ et põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus ei sätestata küll võimalust individuaalkaebuse esitamiseks, kuid erandjuhul on õiguste kaitseks otse Riigikohtusse pöördumine tulenevalt PS §-dest 13, 14 ja 15 ja Euroopa

¹⁴⁸ M. Ernits (viide 13), § 15 komm 1.2.

¹⁴⁹ RKÜKo 22.03.2011, 3-3-1-85-09, p 75.

¹⁵⁰ RKPJKo 09.06.2009, 3-4-1-2-09, p 36; RKÜKo 17.03.2003, 3-1-3-10-02, p 17.

¹⁵¹ M. Ernits (viide 13), § 15, komm 2.1.1.

¹⁵² V. Saarmets. Individuaalne konstitutsiooniline kaebus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtus. - Jurdica 2001/VI, lk. 376.

¹⁵³ RKPJKm 03.03.2011, 3-4-1-15-10, p 12.

inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni kohaldamispraktikast lubatav, eeldusel, et isikul puuduvad alternatiivid PS §-ga 15 tagatud õiguse kohtulikule kaitsele kasutamiseks.

Individaalkaebusega kohtu poole pöördumine, tuginedes vastuolule põhiseaduslike õigustega, ei pruugi olla tulemuslik ning sõltub paljuski kaebaja võimekusest Põhiseaduse vastane tegevus sisustada ning õiguste rikkumist põhjendada. Lisaks tuleb isikul ära näidata muude õiguskaitsevahendite ammendatavus ning võimatus oma õiguseid muul viisil kaitsta. Asendusemaduse absoluutse ning tingimusteta kehtiva keelu tingimustes on siinkirjutaja hinnangul võimalik põhiseaduslike õiguste teostamise võimatusele tuginedes pöörduda individaalkaebusega Riigikohtu poole, kuivõrd on võimalik argumenteerida, et keeldu ei ole muul viisil võimalik vaidlustada. Juhul kui Riigikohus võtab isiku kaebuse menetlusse ja leiab, et kehtiv õigus on kooskõlas põhiseadusega, säilib isikul õigus pöörduda kaebusega Euroopa Inimõiguste Kohtu poole.¹⁵⁴

Riigikohtu praktika on sisustanud reegli, et vastava õigusnormi puudumisel „on kohus kohtuniku õiguse korras pädev vastava normi looma.”¹⁵⁵ Kui seadusandja ei ole kehtestanud tõhusat ja lünkadeta põhiõiguste kaitse mehhanismi, on kohtuvõimul tulenevalt Põhiseaduse §-st 14 kohustus põhiõiguste kaitse tagamiseks vajalikke samme astuda.¹⁵⁶ Nimetatud pädevuse tunnustamine kohtusüsteemis võib küll osalt viia arvamusele, et justiitsvõim võtab enda kanda seadusandliku võimu pädevuse ja rolli, kuid aitab samas tuvastada ning kõrvaldada seadusandlike puudujääke. Õiguslikud lüngad võivadki olla üksnes õiguskaitsemenetluses leitavad, mistõttu on põhiseaduslike õiguste kaitseks kohtule pädevuse andmine puudujäägi likvideerimiseks põhjendatud. Eeltoodust tulenevalt on põhiseaduslike õiguste tagamiseks võimalik pöörduda Riigikohtu poole lapsevanemal, kes on vanemaks saanud surrogaaturismi kasutamise teel ning kelle vanemaõiguseid kehtiva seadusandluse alusel tunnustada võimalik ei ole. Kirjeldatud olukorras isik saaks nõuda asjakohase regulatsiooni kehtestamist, kuivõrd kohtutel puudub käesoleval ajal seadusandlik alus, millest perekonnaõiguslike suhete kindlaks määramisel lähtuda.

Isikul, kelle õiguseid riivab keeld surrogaatteenust kasutada, saab ühtlasi pöörduda kaebusega halduskohtu poole, kuna halduskohtul on pädevus tunnustada kehtiv regulatsioon Põhiseadusega vastuolus olevaks ning edastada kaebus Riigikohtule menetlemiseks.¹⁵⁷ Kui

¹⁵⁴ EIKo 57813/00, 03.11.2011, S.H. jt vs Austria.

¹⁵⁵ RKHKm 21.02.2002, 3-3-1-2-02, p 1. RKÜKo 10.04.2012, 3-1-2-2-11, p 63.

¹⁵⁶ RKÜKo 06.01.2004, 3-3-2-1-04, p 27.

¹⁵⁷ Halduskohtumenetluse seadustik (HKMS) - RT I, 23.02.2011, 3; RT I, 13.04.2016, 4. HKMS §§ 158 lg 4, 162 lg 2. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus (PSJKS) - RT I 2002, 29, 174; RT I, 06.05.2016, 8. PSJKS § 9 lg 1.

Riigikohtu hinnangul esineb kehtiva seadusandliku regulatsiooni puhul vastuolu põhiõiguste tagamise kohustusega või on regulatsioon puudulik, on kõrgeimal riigisisel kohtul pädevus tunnistada vastavad sätted või regulatsiooni puudumine Põhiseadusega vastuolus olevateks ja kehtetuteks. Sellise otsuse vastuvõtmisega kohustaks Riigikohus ühtlasi seadusandlikku võimu töötama välja Põhiseadusega kooskõlas olevat regulatsiooni.

Seadusandlik võim on Põhiseaduse alusel pädev otsustama, kas ja milliseid valdkondi reguleerida. Põhiseadus sätestab ühtlasi, et õigusi ja vabadusi tohib piirata üksnes kooskõlas Põhiseadusega. Piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust (PS § 11). Käesoleval ajal on seadusandja tahe asendusemadust ühiskonnas mitte aktsepteerida väljendatud KarS § 132 lg-s 1 kehtestatud keeluga. Nimetatud sättest on üheselt järeldatav ka seadusandja soov mitte lubada surrogaatteenuse osutamist, vahendamist ega kasutamist. Siinkirjutaja jagab õiguskantsleri poolt kaheksa aastat tagasi avatud seisukohtasid, milliste kohaselt on vastuolu põhiõigustega keelu puhul võimalik tuvastada, kuid antud juhul ei ole võimalik teha ühest järeldust, et eksisteerib alus surrogaatluse lubamist põhiõigustele tuginedes nõuda, kuivõrd ka põhiõiguste piiramine on sõltuv seadusandja tahtest. Vaatamata sellele, et positiivset tulemust ei ole võimalik garanteerida, ei saa kaebuse esitamist pidada põhjendamatuks.

Eestis on regulatsiooni väljatöötamise õigus ja vabadus antud võimude lahususe põhimõttega kooskõlas seadusandjale. On vaieldav, kas Riigikohus tunnistaks kehtiva keelu Põhiseadusega vastuolu olevaks, kuivõrd kohus lähtub positiivsest õigusest, millest tuleneb seadusandja vabadus õiguslikult lubatavate teenuste määratlemisel. Samas on üksikisikul pädevus kaebuse esitamiseks. Igaüks kelle õiguseid piirang riivab, saab KarS § 132 lg-e 1 kehtetuks tunnistamist taotledes kohtu poole pöörduda, kuivõrd keelu näol on tegemist Põhiseadusega tagatud õiguste ja vabaduste realiseerimise riivega, mille seaduspärasust oleks põhjendatud kaasaegses ühiskonnas analüüsida. Esimeses peatükis analüüsitud Põhiseaduse sätted võivad olla eelnevalt kirjeldatud nõude aluseks, kuna kehtiva piirangu tõttu ei ole kõigile viljatutele isikutele võimaldatud ligipääsu teenustele, mis tagaksid õiguse vabaks eneseteostuseks ja võimaluse kujundada täisväärtuslik perekonnaelu vastavalt isiku subjektiivsetele soovidele.

Tasub rõhutada, et füsioloogiliselt eripärast tingituna on mõningatel viljatutel isikutel võimalik riigipoolseid teenuseid järglaste saamiseks kasutada, kuid teisel samasse võrdlusgruppi kuuluvatel isikutel mitte. Tegemist võib olla seega võrdsuspõhiõiguse rikkumisega, milleks seadusandja veenvaid argumente esitanud ei ole. Eitada ei saa, et ühel juhul oleks järglaste saamise protsessi lisaks tervishoiuteenuse osutajale kaasatud surrogaadi näol ka kolmas isik,

kuid asendusemaks olemise puhul on võimalik veenduda, kas teenuse osutamiseks on antud vabatahtlik teavitatud nõusolek. Seega ei ole võimalik järeldada, et surrogaadi puhul oleks automaatselt tegemist kolmanda isiku kaitseõiguse intensiivsema tagamise vajadusega, millise osas ei oleks seadusandjal võimalik asjakohaseid meetmeid kasutusele võtta. Sellest tulenevalt on võimalik asuda ühtlasi seisukohale, et järglaste saamiseks füsioloogiliselt võimetusid isikuid koheldakse käesoleval ajal võrdsuspõhiõigust rikkudes erinevalt, mis võib olla aluseks konstitutsiooniliste õiguste kaitseks kohtusse pöördumisel.

Siinkirjutaja hinnangul on üksikisikul, kelle õiguseid kehtiv keeld surrogaatluse osas puudutab, põhjust pöörduda individuaalkaebusega Riigikohtu poole või halduskohtusse. Kuigi otsustusõiguse seadusemuudatuste osas on kodanikud delegeerinud õigusloojale, puudub alus eeldamaks, et regulatsioon lähitulevikus ümber kujundamisele võetakse, kuigi vajadust seadusemuudatuste järele on tunnustatud. Nimetatut põhjusel, et viimasel kümnendil ei ole märkimisväärseid edasiminekuid vaatamata aktiivsele diskussioonile toimunud. Põhiõiguste realiseerimisvabadusele tuginemine on siinkohal tugevaks argumendiks. Ilmtingimata oleks põhjendatud esitada nõue reguleerimata jäetud osas õigusliku lünga kõrvaldamiseks, mis puudutab käesoleval ajal kõige teravamalt surrogaatturismi järgset lapse ja vanemate õiguste kindlaks määramist ja tagamist koduriigis.

Riigikohus järgib otsuste tegemisel objektiivset õigust, kuna Eesti õiguskord ei tunnusta pretsedendiõigust ega anna kohtuvõimule otsesõnu pädevust olukorraspetsiifiliselt õiglaseid printsiipe kujundada. Samas tõstataks Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve menetlus päevakorda olulisi küsimusi ja survestaks seadusandjat kaasaegseid muudatusi arvesse võttes asendusemaduse absoluutset keeldu Põhiseaduse kontekstis analüüsima. Põhiseaduslikkuse analüüs Riigikohtu poolt võib ühtlasi suunata seadusandjat ajakohast regulatsiooni välja töötama, isegi juhul, kui konstitutsioonijärelevalve korras rikkumist ei tuvastata. Õigusriigis tuleb jaatada seadusandja pädevust otsustamiseks, millised teenused ja käitumine on riigis aktsepteeritavad, mistõttu on võimalik antud juhul küsitavaks pidada põhjendamiskohustuse täitmist konkreetse keelu kehtestamisel. Ei saa asuda seisukohale, et absoluutne asendusemaduse keeld on veenvalt sisustatud, pidades silmas igäühe õigust perekonnaelu kujundamisel ja enesemääramise vabadust. Õigusriigis peab iga põhiseadusliku õiguse realiseerimise piirangule olema esitatud asjakohane põhjendus, vastasel juhul ei ole seatud piirang kooskõlas Põhiseadusega. Riik, kehtestades piirangud asjakohaseid põhjendusi ühiskonnale kommuniqueerimata, ei saa olla õigusriigi tunnustele vastav.

3.2 Siseriikliku regulatsiooni kehtestamise vajadus

Ministeeriumite juhid, õiguskantsler ning erialavaldkondade spetsialistid ei ole näinud põhimõttelisi ega seadusandlikke takistusi, tunnistamaks surrogaatlus teatavatel tingimustel lubatavaks, tunnustatud on vajadust regulatsioon ajakohastada ja ümber vaadata, kuivõrd juriidilisi kitsaskohti võib ilmneda mitmeid. Isegi juhul, kui seadusandja ei pea võimalikuks KarS § 132 lg-s 1 sätestatud keelu kehtetuks tunnistamist, on siiski vajalik reguleerida õigussuhteid olukorras, kus Eesti kodanikud on surrogaatluse kasutamiseks suundunud välisriiki, kus piirangud puuduvad ning soovivad hiljem asuda järglasega päritoluriiki elama.

Õiguse üldpõhimõtetega kooskõlas olevaks ei saa pidada surrogaatluse puhul praktiseeritavat hetkeolukorda ning seadusandja tegevusetust regulatsiooni kaasajastamisel. Kuigi tegemist on nii eetilisel, sotsiaalselt kui ka õiguslikult keerulise küsimusega, ei saa pidada aktsepteeritavaks, et regulatsioon jääb kehtestamata selle keerukuse ning lahendamist vajavate küsimuste rohkuse tõttu. Seniks ei ole seadusandja kujundanud ühest seisukohta ega seda põhistanud, millisel alusel on Eesti elanikkonna jaoks surrogaatluse näol tegemist sedavõrd eetilisel vastuvõetamatu teenusega, et õiguskord selle lubatavaks tunnistamist kaaluma valmis ei ole. Seega ei saa ka asuda seisukohale, et esineks mõistlik põhjus, miks regulatsioon seni välja töötamata on jäänud, kuigi probleemi olemasolu ja aktuaalsus ei ole viimase kümnendi jooksul vähenenud. Eesti on paljudes küsimustes, sealhulgas reproduktiivõiguseid puudutavais, olnud liberaalset praktikat toetav riik, mis väljendub käesoleva teema kontekstis eelkõige IVF ravi kättesaadavuse ja abordiõiguse tagamises. Asuda ei saa seisukohale, et Eesti elanikud tugevalt surrogaatluse lubamisele vastu oleks, seda nii eetilistel kui usulistel põhjustel, kuivõrd Eesti on üks Euroopa vähem usklikke riike.¹⁵⁸

Põhiseadusega vastuolus olevaks on võimalik pidada regulatsiooni puudumist lapse parimate huvidega arvestamise kohustuse raames. Surrogaaturismi kasutamise järgselt puudub täna juriidiline lähtekoht perekondade jaoks, kes on järglase saanud välisriigis lubatava teenuse kasutamise abil. Viimaste aastate suund on nii EIK-i kui ka teiste riikide kohtupraktikas olnud ühemõtteliselt lapse parima huvi eelisjärjekorda asetamine kodakondsuse ja vanemlike õiguste kindlaksmääramisel. Olukorras, kus siseriiklik vastav regulatsioon puudub ning ei ole selge, millal on riigiüleste organisatsioonide kaudu üldkehtivaid suunised või tugiraamistiku loomist oodata, ei saa pidada aktsepteeritavaks õiguslikku regulatsiooni täielikku puudumist.

¹⁵⁸ Riigiusk ei ole Eestis Põhiseadusega paika pandud. T. Loonet. Eesti jõuab uskmatusega BBC äärmustesaatesse. – Postimees, 01.12.2010. - <http://www.postimees.ee/350842/eesti-jouab-uskmatusega-bbc-aarmustesaatesse> (17.04.2017).

Seadusandjal oleks kohane viivitamatult läbi mõelda ning õiguskorda integreerida regulatsioon, mille alusel on siseriiklikel kohtutel võimalik lahendada olukorrad vanemlike õiguste ja lapse põlvnemise kindlaks määramise küsimustes, kuivõrd regulatsiooni puudumine jätab kaitseta nii legaalselt teenust kasutanud vastsed vanemad kui ka nende järglased.

Tartu Ülikooli Kliinikumi emeritprofessor A. Tikk on meedia vahendusel avaldanud arvamuse, et üheks perekonna edendamise ja arengu vormiks tuleks kaasajal pidada ka asendusemadust, mis peaks olema kättesaadav neile, kel see on lastetuse vältimiseks ja harmoonilise perekonna loomiseks ainuvõimalik viis.¹⁵⁹ Perekonnaelu edendamiseks ja toetamiseks on riigil mitmeid võimalusi. Samavõrd kui see hõlmab majanduslikku kindlustunnet ja sotsiaalset kaasatust ühiskonnaellu, võib pidada riigi kohustuseks perekonnaelu toetamisel ka võimaluste loomist järglaste saamiseks ehk teisisõnu toetada reproduktiivõiguste realiseerimise tagamist.

Objektiivselt on mõisteta, et vaatluse all olev teema on mitmetahuline, puudutab paljude õigus- ja õiglustunnet ning parimat lahendust, mis tunnustaks igaühe seisukohti, ei ole võimalik välja töötada. Samas ei ole ükski õiguslik regulatsioon teadaolevalt leidnud ühiskonnas saajaprotsendilist toetust. Iga piirang või luba puudutab kellegi õiguseid ja vabadusi, tuues kaasa diskussiooni selle õiguspärasusest. Samuti võib sõltuvalt isiku vaadetest näida ebaõiglane lubatavate tegude sätestamine – näitena võib siinkohal nimetada valikuvabadust aborti tegemisel, mis arenenud riikides on suurel määral võimalik, kuid sellele vaatamata leidub teenuse kasutamisele arvukalt kriitikuid.

Mõneti on võimalik kehtivast regulatsioonist, mis sätestab tervishoiutöötajale keelu teostada protseduur, mille abil kantakse munarakk üle surrogaatemale, järeldada, et seadusandja tahe on asendusemadus ühemõtteliselt Eesti ühiskonnas lubamatuks tunnustada. Siinkirjutaja hinnangul tuleb aga arvestada, et samaaegselt aktsepteerib seadusandja inimeste tegevust teenuse kasutamiseks välisriigis ning selle tulemusena sündinud järglaste õiguseid on riik ühel või teisel moel kohustatud tunnustama. Kujunenud on õiguslik konflikt keelava regulatsiooni ja praktikas aktsepteeritava käitumise vahel. Nimetatu tõstatab õigustatult küsimuse, kas kehtiv keeld ei pruugi olla olemuslikult vastuolus aktsepteeritava tegevusega ning kas võib esinda põhjus seadusandluse kaasajastamiseks, kuivõrd surrogaatluse kasutamise praktika on viimase kahe dekaadi vältel märgatavalt teistsuguse ilme omandanud.

¹⁵⁹ A. Tikk. Arvo Tikk: eelarvamuste köidikus asendusemadus. - Postimees, 16.06.2009. - <http://arvamus.postimees.ee/132127/arvo-tikk-eelarvamuste-koeidikus-asendus-emasus> (16.03.2017).

Siinkirjutaja hinnangul oleks põhjendatud korrastada ja võtta vastu surrogaatlust puudutav siseriiklik regulatsioon, kui alternatiiviks on jätkata tegutsemist õiguslikult hallis alas, kus puuduvad pidepunktid või oodata riikideülese võimaliku konsensuse väljakujunemist. Riigi jaoks oleks hõlpsam kaasaegset maailmapilti ning ühiskonnas käibivaid traditsioonilisi õiguslikke vabadusi arvestades kehtestada regulatsioon asendusemaduse ja vanemlike õiguste tunnustamiseks, kui püüda iga juhtumit lahendada olukorrast lähtuvalt ilma valdkonda reguleeriva õigusaktita. Perekonnaõiguslikud küsimused vajavad arusaadavalt põhjalikku analüüsi, muudatused kehtivas regulatsioonis ei saa kaasneda kergekäeliselt. Iga valdkonnas toimuv uuendus puudutab paljusid, kui mitte isiklikult siis võib regulatsiooni ümber kujundamine olla puutumuses isiku õiglustundega. Aktsepteeritavaks ei ole aga võimalik pidada olukorda, kus surrogaaturism muutub järk-järgult tavapärasemaks praktikaks, sellega kaasnevad probleemid mõjutavad kõiki surrogaatluse osapooli ning sunnivad kohtusüsteemi töötama välja õiglaseid lahendusi ilma juriidiliste tugipunktideta. Kuivõrd seadusandjal puudub õiguslik alus piiramaks kodanike liikumisvabadust ja teenuste kasutamise vabadust nii liikmesriikides kui ka väljaspool Euroopa ühtset õigusruumi, ei saa pidada tõenäoliseks, et surrogaaturismi kasutamise praktika aja jooksul hääbub. Pigem on alust pidada võimalikuks vastupidist, kuna informatsioon teenuse kasutamise erinevate võimaluste osas on aina kättesaadavam ja ülevaatlikum. Seda eelkõige meedia kaasabil, kes vahendab isiklike kogemusi ja soovitusi välisriigis surrogaatteenuse kasutamise kohta,¹⁶⁰ innustades seeläbi ka neid, kes ei pruugi olla välisriiki reisimist järglase saamise alternatiivina kaalunud. Seadusandja poolne juhiste väljatöötamine tagaks seevastu õigusselguse ning võimaluse reageerida surrogaaturismile kui nähtusele kõigi osapoolte parimaid huvisid silmas pidades.

Samuti tekib valdkonda süviti analüüsid küsimus, kas kehtiv õigusselgusetus ei too last soovivatele isikutele kaasa varjatud sanktsioone. Olukorras, mil vanemate õigused järglase suhtes ja lapse pärilikkus koduriigis tunnustamata jäetakse, ei ole tegemist surrogaatluse keeldu tagava meetmega. Pigem on võimalik teguviisi käsitleda alusetute ebamugavuste põhjustamise ja karistusena keelust üle astumiseks võimaluse leidmise eest. Hetkeks, mil last soovinud vanemad surrogaadi vahendusel sündinud lapsega kodumaale naasevad, on koduriigis kehtivast keelust juba üle astunud. Edasine tegevus, mille raames keeldutakse või muudetakse tarbetult keeruliseks vanemlike õiguste ja lapse pärilikkuse tunnustamine või lapsele kodakondsuse

¹⁶⁰ K.-T. Tigasson. Keelatud emadus. Kolm eestlannadest õde otsustasid Riias lapse teha. – Eesti Ekspress, 01.04.2015. - <http://ekspress.delfi.ee/elu/keelatud-emadus-kolm-eestlannadest-ode-otsustasid-riias-lapse-teha?id=71135887> (13.04.2017); R. Jõerand. Eesti naised sõidavad välismaale asendusemadelt lapsi saama. – Pealinn, 02.11.2015. - <http://www.pealinn.ee/koik- uudised/eesti-naised-soidavad-valismaale-asendusemadelt-lapsi-saama-n155982> (19.04.2017).

andmine, ei saa enam teenuse kasutamist välisriigis ära hoida ning rikub üksnes lapse ja vanemate õiguseid. Kirjeldatud teguviis on autori hinnangul ühest küljest vastuolus seadusandja kohustusega töötada välja kohane õiguslik regulatsioon, olles samas põhjendamatu.

3.3 Surrogaatluse õigusliku regulatsiooni välja töötamise sõlmkohad kaasaegses maailmas

Regulatsiooni loomisel tuleks siinkirjutaja hinnangul esmalt lähtuda küsimusest, millist valdkonda seadusandja reguleerima asub. Kui tunnistada kehtetuks KarS § 132 lg-s 1 sisalduv absoluutne keeld, tuleks töötada välja ning kooskõlastada erialaspetsialistidega seadusandlus surrogaatteenuse osutamiseks, mõelda läbi selle finantseerimise korraldus ning surrogaatluse vormid, mida riigisiselt lubatavaks tunnistada, näiteks kas lubada üksnes altruistlikku surrogaatlust, traditsioonilist või gestatsioonilist asendusemadust.

Teiseks regulatsiooni kujundamisel otsustamist vajavaks aspektiks on vanemlike õiguste tekkimine ja tunnustamine, mille raames tuleb otsustada isikute sünnitunnistusele kandmise kord ning surrogaadile tagatud õigused, nende tekkimine ja lõppemine lapse suhtes. Kui näiteks Venemaal tunnustab seadusandja surrogaadi absoluutset õigust pärast sünnitust laps teda soovinud vanematele üle andmata jätta,¹⁶¹ siis Gruusias ei ole asendusemale tagatud lapse hilisemas elus osalemiseks mingeid õiguseid ning ta kohustub tsiviilõigusliku lepingu alusel lapse pärast sünnitust loovutama või riskib lepingust tulenevate nõuete esitamisega enda suhtes.¹⁶²

Kui regulatsioon käsitleks vanemlike õiguste tekkimise protsessi surrogaatteenuse osutamisest eraldiseisvana, oleks õiguslik raamistik tagatud muuhulgas olukordades, kus surrogaaturismi kasutanud vanemad lapsega kodumaale naasevad, mitte üksnes siseriikliku teenuse osutamise korral. Kaheks jagunev regulatsioon sarnaneks Ühendkuningriikides kehtiva korraga, kus vanemlike õiguste ülekandmine surrogaadilt last soovinud vanematele toimub analoogselt lapsendamisega, kuid lihtsustatud korras.¹⁶³ Siinkirjutaja hinnangul oleks otstarbekas kaht aspekti – surrogaatluse kui teenuse kättesaadavuse korraldamist riigisiselt ja vanemlike õiguste tekkimise korda – käsitleda ja reguleerida eraldiseisvatena, et vanemlike õiguste kujunemise regulatsioon oleks rakendatav ka surrogaaturismi järgsete vaidlusküsimuste tekkimisel. Surrogaatluse eesmärgil välisriiki reisimine võib jääda kasutatavaks praktikaks keelava regulatsiooni kehtetuks tunnustamise järgselt, kui isiku sooviks on kasutada teenuseid,

¹⁶¹ Euroopa Parlament, lk 53.

¹⁶² N. Kariauli, lk 218.

¹⁶³ Euroopa Parlament, lk 62.

mis teistes riikides lubatavad, kuid koduriigis keelatud on. Samuti võib surrogaatlus olla välisriikides majanduslikult kättesaadavam, mistõttu tuleks seadusandluse väljatöötamisel arvestada, et regulatsiooni oleks võimalik rakendada ka surrogaaturismi järgselt. Surrogaaturismi praktikat olemuslikult piirata võimalik ei ole, mistõttu tuleb seadusandjal kaaluda lahendamist vajavate olukordade puhuks õiguslike juhiste loomist.

Lapse õiguste kaitse peab siinkohal olema igas olukorras tagatud, kuivõrd see on prioriteediks nii siseriiklike kui riigiüleste õigusaktide alusel. Keeruliseks võib osutada küsimuse lahendamine olukorras, mida on Ühendkuningriikide kohtud pidanud varasemalt lahendama. Kui surrogaadile on makstud teenuse eest tasu, mida siseriiklik õigus ei aktsepteeri, kuidas tuleks toimida lapse põlvnemise ja vanemaõiguste tunnustamise korral. Õigeks tuleb pidada Ühendkuningriikide kohtus¹⁶⁴ antud seisukohta, mis seab esikohale lapse parima huvi arvestamise ega ole jätnud vanemlike õiguseid teenuse eest rahalise tasu maksmise tõttu tunnustamata. Arvestada tuleb ühtlasi, et kui kommertsiaalne surrogaatlus on riigis, kus teenust kasutati, seaduslik, tunnistaks siseriiklik kohus vanemlike õiguste tunnustama jätmisega ühtlasi taunitavaks välisriigis kehtiva seadusandluse teenuse osutamisel. Sellega sekkuks kohus välisriigi suveräänsusesse õigusliku regulatsiooni kehtestamisel, mida ei ole samuti võimalik õiguspäraseks pidada.

Peatudes surrogaadi õiguste tagamise vajadusel, on olulisel kohal teavitatud nõusoleku andmine, millega teenuse osutaja kinnitaks informeeritust terviseriskidest ja muudest surrogaatlusega kaasnevatest tagajärgedest.¹⁶⁵ Arvestades vajadust elimineerida võimalus surrogaate teenuse osutamiseks survestada või muul viisil ekspluateerida, peaks tagatud olema psühholoogiline nõustamisteenus, mis ühtlasi tuvastaks potentsiaalse surrogaadi emotsionaalse valmisoleku lapsest hiljem loobumiseks. Regulatsioon peaks hõlmama lahendusi osapoolte vaidluse lahendamiseks pärast lapse sündi, mis tagaks järglase õiguste kaitse parimal viisil, hinnates siinjuures, kas Eesti õiguskord võiks tunnustada surrogaadi vanemaõiguste tekkimist.

Arenenud riikides on kujunenud võrdlemisi konsensuslikuks seisukohaks, et kauplemise eesmärgil teenuse osutamine inimkeha kasutamise kaudu ei ole aktsepteeritav, millest annab tunnistust asjaolu, et kommertsiaalset surrogaatlust aktsepteerivad üksikud riigid. Tunnustatud seisukohaks võib ühtlasi lugeda, et lapse eest rahalise hüvitise maksmine ei ole eetiline, kuivõrd tegemist on indiviidiga, kes on iseseisev õiguste ja vabaduste kandja ega saa olla omand. Vaid üksikud riigid lubavad kaasajal kommertsiaalset surrogaatlust ning kuigi põhiõiguste

¹⁶⁴ Samas, lk 62.

¹⁶⁵ N. F. Bromfield, K. Smith Rotabi, lk 128.

realiseerimise ja privaatautonomia seisukohalt on lähenemine põhjendatav, tõstatab kommertsiaalne surrogaatlus vastuseta küsimusi. Eelkõige kuidas tagada, et surrogaat ei osutaks teenust üksnes majandusliku sundolukorra tõttu või lisavahendite teenimise eesmärgil, muutes selliselt oma keha objektiks ega oleks sunnitud teenuse osutamisele kolmandate isikute poolt. Altruistlik surrogaatlus eeltoodu kontrastiks on olemuslikult isetutele eesmärkidele viitav ega põhjusta eetilisi vaidluseid seoses inimkeha tasu eest kasutamisega.

Siinkohal võib vastuargumendiks tuua välja, et elame liberaalseid vaateid ja otsustamisvabadust toetavas maailmas. Kui naine on füüsiliselt selleks võimeline ja soovib surrogaatteenuse osutamisega majanduslikku kasu teenida, võiks väita, et seadusandjal puudub põhjus piirata lepinguvabadust ja isiku õigust otsustada oma keha kasutamise üle. Samuti on võimalik argumenteerida, et teenuse osutamise eest oleks surrogaadile mõistliku tasu maksmine õigustatud. Asendusema võtab vabatahtlikult enda kanda lapseootusega kaasnevad ebamugavused ja terviseriskid, surrogaadil võib ühtlasi esineda vajadus tööturult eemal viibida. Eesti õigusest tulenevalt võib lapseootel naine valida, kas rasedus- ja sünnituspuhkust kasutada,¹⁶⁶ kuid täiskohaga töötamise jätkamine võib kanda terviseriske nii raseda kui lapse jaoks. Välja toodud argumente tuleb seadusandjal hinnata vastukaaluks kohustusele välistada inimkeha ja –olendi kaubandustehingu objektiks muutumisele ja surrogaadi võimalikule teenuse osutamisele survele.

Siinkirjutaja hinnangul ei ole eeltoodud argumendid piisavad, võimaldamaks kommertsionaalse surrogaatluse lubatavaks pidamist. Rahalise kasu teenimise lootuses ei saa välistada, et surrogaadiks olev naine on sunnitud teenust osutama majandusliku ebarahuldava seisukorra tõttu, kolmanda isiku surve või ähvardusel. Teisisõnu puudub samavõrd efektiivne võimalus tagada kontroll surrogaadi motiivide osas, kui teenuse eest on võimalik teenida märkimisväärset tasu, mistõttu ei saa välistada teenuse osutamist üksnes ärilisel eesmärgil. Kontrollimise võimatuse tõttu kaalub vajadus tagada indiviidi õiguste igakülgne kaitse üles valikuvabaduse oma keha rakendamisel ja privaatautonomia teostamisel. Kommertsionaalse surrogaatluse lubatavaks tunnistamist ei saa pidada vältimatult vajalikuks põhiõiguste realiseerimise tagamiseks.

Asendusemaduse lubatavus ning selle kasutamise viisid on seadusandjal võimalik inkorporeerida kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusesse, kuivõrd tegemist on olemuslikult samasse reguleerimisalasse kuuluvate teenustega isikutele, kes vajavad järglaste

¹⁶⁶ Töölepingu seadus (TLS) § 59 lg 1-3. RT I 2009, 5, 35; RT I, 07.12.2016, 12.

saamisel meditsiinilist kaasabi. Eraldi seaduse väljatöötamine surrogaatluse tarbeks ei ole vajalik, kuna Eestis õiguskorras eksisteerib õigusakt, mis kehavälise viljastamise alternatiive käsitleb. Tunnistades surrogaatluse lubatavaks, on vajalik täiendavalt analüüsida asendusema ja vanemaks saada soovivate isikute vahel sõlmitava teenuse osutamise lepingu olemust. Tegemist on eraõigusliku lepinguga, mis ei sarnane klassikalisele poolte vahel sõlmitavale käsunduslepingule mitmetel põhjustel. Surrogaadil ei ole võimalik garanteerida kokkuleppe objektiks olevat tulemust, välistada ei saa ettenägematute juhtumite esinemist. Lepingu objektiks on eraldiseisev subjektiivsete õiguste ja kohustuste kandja, mistõttu on lepingu paigutamise võimalikkus kehtivas õiguskorras olemasoleva regulatsiooni alla küsitav ning väärrib täiendavat õiguslikku analüüsi.

Vanemlike õiguste juriidilist tekkimist on võimalik reguleerida eraldiseisva õigusaktiga või alternatiivselt perekonnaseaduse täiendamise kaudu. Siinkirjutaja hinnangul oleks põhjendatud luua pigem eraldiseisev regulatsioon, kuivõrd nimetatud peaks ühtlasi olema kohaldatav juhtumite puhul, kui last soovinud vanemad on kasutanud surrogaadi teenuseid välisriigis. Rõhutamist vajab, et vanemliku korra juriidiliseks kindlaks määramiseks õigusakti loomine on vajalik sõltumata asjaolust, kas seadusandja otsustab siseriiklikult surrogaatluse lubatavaks tunnistada. Seda põhjusel, et käesoleval ajal puudub asjakohane seadusandlus, millest kohtul oleks surrogaatturismi kasutamise järgselt võimalik vanemlike õiguste kindlaksmääramisel lähtuda. Kas eelistada tuleks eraldiseisvat regulatsiooni või kehtiva seadusandluse täiendamist, on mahukamat analüüsi vajav küsimus, millele käesolevas magistritöös lõplikku vastust anda ei ole võimalik.

Kui seadusandja on valmis surrogaatluse teatavatel tingimustel lubamist kaaluma, ei tohiks jätta tähelepanuta vajadust perekonnaseaduse muutmiseks seoses vanemate mõistete sisustamisel. Surrogaatluse läbi sündinud järglase puhul ei ole võimalik rakendada ema definitsiooni, kes kehtiva perekonnaseaduse kohaselt on lapse sünnitanud naine. Isaduse tuvastamise osas ei saa jääda üksnes geneetilise suguluse tuvastamise juurde, kuivõrd surrogaatluse abil sündiv laps ei pruugi olla kummagi last soovinud vanemaga geneetiliselt seotud, kasutada on võimalik nii munaraku- kui ka seemneraku doonorit. Vanemate mõistete defineerimisel tuleks seega kaaluda mõistete laiendamist kavatsusliku või tahtest kantud vanemluse osas, kuivõrd asendusema võimaldab saada lapse paaril või isikul, kes last soovib, kuigi järglane ei pruugi olla temaga geneetiliselt seotud.¹⁶⁷ Oluline on ühtlasi märkida, et tahtest kantud vanemaks saamine on ka

¹⁶⁷ M. Fries, lk 216.

tänases õigusruumis adopteerimise kaudu aktsepteeritav, kuivõrd adoptiivvanemad ei ole praktikas valdavalt lapsendatavaga geneetilises seoses.

Eraldiseisvat tähelepanu väärivaks aspektiks on asjaolu, et välisriikides võib surrogaatteenuse kasutamine ning seeläbi lapse saamine lubatav olla samasoolistele paaridele, kes hiljem perekonnana Eestisse elama asuda soovivad. Kui siseriiklik regulatsioon tunnustab õiguslikus mõttes samasooliste kooselu, mis käesoleval ajal ei ole küll saajaprotsendiliselt konsensust leidnud, kuid liigub viimaste arengute valguses aktsepteerimise suunas¹⁶⁸ ning samasooline paar naaseb surrogaatturismi kasutamise järgselt päritoluriiki, kas seadusandjal oleks põhjendatud või õigustatud samasoolistest vanematest koosnevaid perekondasid seadusega teistest sama teenust kasutanud paaridest eristada ning millistel kaalutlustel. Tegemist on ühiskonna traditsioonide muutumisest tuleneva põhjalikumalt käsitlemist vajava juriidilise dilemmaga, millele käesoleva töö raames ühest vastust anda võimalik ei ole.

Kuigi seadusliku regulatsiooniga kaitse tagamisel peab esmajoonel arvestama lapse parima huviga, tuleb siiski võtta arvesse kõigi kolme põhilise osapoole õiguseid - nii surrogaadi, lapse kui ka last soovivate täiskasvanute. Kuivõrd tegemist on mitmepoolsete õigussuhetega, tuleb regulatsiooni väljatöötamisel arvestada kõigi õiguste ja huvidega, seadmata samas ebavajalikke piiranguid teenuse osutamisele ning olles vaba moraalsete hinnangute omistamisest igatüüpe valikutele.

Eeltoodust nähtuvalt on surrogaatluse osas regulatsiooni kujundamise ja väljatöötamise puhul tegemist interdistsiplinaarse ning kompleksse valdkonnaga. Keelava regulatsiooni seadusandlusest kaotamine tooks kaasa nii eetilisi, meditsiinilisi kui ka perekonnaõiguslikke küsimusi puudutava diskussiooni, mistõttu on vältimatult vajalik parima lahenduse saavutamiseks kaasata õigusloome protsessi vastavate valdkondade spetsialistid. Pidades silmas argumente põhiõiguste tagamise kohustuslikkusest, absoluutse surrogaatluse keeluga kaasnevatest ebamõistlikest tagajärgedest surrogaatturismi näol ning seadusandja kohustust tegeleda õigusloomega määral, mis välistaks õiguslike lünkade esinemise, on võimalik järeldada, et täna kehtiv õiguslik regulatsioon ei vasta enam ühiskonna ootustele ja vajadustele.

¹⁶⁸ L. Lass, M. Kaasik. Notar kooseluseadusest: kohtupraktika peab täitma poliitikute jäetud lüngad. – Eesti Rahvusringhääling, 25.01.2017. - <http://www.err.ee/581385/notar-kooseluseadusest-kohtupraktika-peab-taitma-poliitikute-jaetud-lungad> (19.04.2017).

KOKKUVÕTE

Surrogaatluse ehk asendusemaduse all mõistetakse teenust, mille raames naine, kes viljastatakse meditsiinilisi kehaväliseid meetodeid kasutades, annab etteulatavalt nõusoleku sündivast lapsest loobumiseks järglast soovivate isikute kasuks. Surrogaatluse kasutamisest on eelkõige huvitatud isikud, kes on füsioloogilistel põhjustel järglaste kandmiseks võimetud, kuid leidub ka neid, kes soovivad teenust kasutada sotsiaalsetel põhjustel. Meditsiiniliselt on asendusemadus võimalik alates 1980. aastatest, kuid vaatamata sellele on tegemist vastuolusid põhjustava mitmetahulise teenusega, mille aktsepteeritavuse osas konsensust ühiskonnas ega rahvusvahelisel tasandil saavutatud ei ole.

Juriidiliselt on surrogaatlusel puutumus nii era- kui ka avaliku õigusega, tehingu osapoolteks on lisaks surrogaadile ja vanemaks saada soovivatele isikutele tervishoiuteenuse osutajad ning teenust vahendavad organisatsioonid. Globaliseerivas maailmas on eeltoodule lisandunud piiriülesuse ja rahvusvahelisuse komponendid. Õiguslikke vaidluseid põhjustavad probleemid on teravalt esile kerkinud seoses rahvusriikide erinevate hinnangutega surrogaatluse kui praktika lubatavusele siseriiklikus regulatsioonis, mis ulatuvad teenuse osutamise kriminaliseerimisest täieliku tolerantsini soovitud lapse sootunnuste valikul.

Surrogaatlus on kujunenud rahvusvaheliseks fenomeniks, mis ei jää siseriiklikus õiguses kehtiva keelu tõttu kättesaamatuks. Tänu liikumisvabadusele on igaühel võimalik teenuse kasutamiseks välismaale suunduda, kuivõrd seadusandjal puudub pädevus isiku õiguste piiramiseks väljaspool riigi jurisdiktsiooni. Kuna leidub riike, kes surrogaatluse konkreetsetele tingimustele vastamise korral kättesaadavaks on muutnud, on last saada soovivate isikute jaoks kujunenud üheks võimaluseks surrogaatturism, mille raames reisitakse järglaste saamiseks asendusema abil välisriiki. Surrogaatturismiga kaasnevad piirideülesed küsimused teenuse kasutamise lubatavuse, lapse pärilikkuse ja vanemlike õiguste juriidilise tunnustamisega päritoluriiki naasmisel, milliste lahendamiseks nii rahvusvahelisel kui ka siseriiklikul tasandil tänases õiguskorras lahendused puuduvad.

Magistritöö eesmärgiks seati leida vastus küsimusele, kas Eesti õiguskorras kehtiv absoluutne asendusemaduse keeld on kooskõlas põhiseaduslike õiguste ja –vabadustega. Selle raames analüüsiti ühtlasi, kas üksikisikul, kes muul viisil järglaste saamiseks võimeline ei ole, võib esineda alus pöördumaks kohtu poole, nõudes surrogaatlust keelava regulatsiooni kehtetuks tunnistamist, tuginedes põhiõiguste realiseerimise võimatusele. Teisalt oli magistritöö eesmärgiks tõstatada küsimus, kas seadusandja tahe teenuse osutamist piirata on küllaldaselt

põhjustatud ning praktikas realiseeruv. Töö üheks suunaks valiti välisriikide õiguslike regulatsioonide võrdlus, eesmärgiga kajastada alternatiive surrogaatluse lubatavaks tunnistamisel ja analüüsida, milline praktika võiks Eesti õiguskorra ümberkujundamisele potentsiaalselt eeskujuks olla, kui seadusandja peaks põhjendatuks surrogaatluse legaliseerimist.

Seadusandjal lasub kohustus tagada võimalused põhiõiguste ja –vabaduste realiseerimiseks. Täisväärtusliku perekonnaelu kujundamise ja vabaduspõhiõiguse seisukohalt on kohustuse sisuks kindlustada ühetaoline õigus otsustada järglaste saamise valiku ja viiside üle ilma seadusandja moraalse hinnanguta. Keeld saada surrogaatluse abil järglasi riivab vanemaks saada soovivate isikute põhiõiguseid intensiivselt, välistades võimaluse täisväärtusliku perekonnaelu kujundamiseks ja vabaks eneseteostuseks. Põhiõiguste realiseerimise võimaldamiseks võib seadusandjal esineda kohustus kaalumaks surrogaatluse lubatavaks tunnistamist, arvestades muuhulgas, et surrogaaturismi kasutamise võimaluste tõttu ei ole siseriiklikult kehtiv keeld praktikas realiseeruv ning piirangu eesmärgina esitatud põhjendus ei ole seega saavutatud.

Võrdsuspõhiõiguse tagamiseks tuleb seadusandjal kaaluda teenuse kättesaadavaks muutmist riikliku tervishoiuteenuse osutamise raames, pidades silmas, et muud kehavälise viljastamise võimalused on hõlmatud tervishoiuteenuste kataloogis. Analüüsides võrreldavate gruppidega naisi, kes ei ole järglase eostamiseks meditsiiniliselt võimelised ning neid, kes terviseseisundist tulenevalt on raseduse kandmiseks võimetud, saab järeldada, et seadusandja võib olla rikkunud võrdse kohtlemise põhimõtet. Esimesse gruppi kuuluvatele isikutele on riikliku rahastuse toel kehavälise viljastamise teenuse kättesaadavus tagatud, kuid lapse kandmiseks võimetute naiste jaoks on surrogaatlus tunnistatud seadusevastaseks. Käesoleval ajal puudub veendumus, kas seadusandja on taganud surrogaatluse keelustamisega füsioloogiliselt järglaste kandmiseks võimetutele naistele Põhiseadusest tulenevate õiguste realiseerimisel võrdväärset võimalused täisväärtusliku perekonnaelu vabaks kujundamiseks ja eneseteostuseks. Eeltoodust tulenevalt võib tegemist olla seadusandja poolse isikute erineva kohtlemisega reproduktiivõiguste realiseerimise võimaldamisel, mida õigusriigis mõjuva põhjenduseta aktsepteeritavaks pidada ei saa.

Seadusandja kohustuseks on regulatsiooni kehtestamisel põhjendada, miks kaalub piirangu seadmise vajadus üles isiku põhiõigustesse sekkumise. Surrogaatluse keelustamisel on õiguslooja põhjendanud regulatsiooni kehtestamist vajadusega välistada inimkeha tasu eest kasutamine ning lapse võimalik muutumine kaubandusobjektiks. Viidatud põhjendust ei ole

võimalik pidada küllaldaseks, võttes arvesse, et teenus on välisriikides kättesaadav ning õigusliku regulatsiooni ja kontrollmehhanismide loomise teel on võimalik eksploateerimiskid viia miinimumini, tagades samas põhiõiguste realiseerimise võimalused. Õigusnormid, mis sätestavad keelatud ja lubatavad teod ning võivad seeläbi riivata isiku võimalusi põhiõiguste teostamisel, peavad olema siinkirjutaja hinnangul veenvalt sisustatud ning ühiskonnaliikmetele kommunikeeritud. Kehtiv keeld surrogaatluse osas ei ole kaasaegse ühiskonna võimalusi ja surrogaatluse välisriikides kasutamise praktikast silmas pidades seadusandja poolt ammendavalt põhistatud. Samuti ei saa asuda seisukohale, et keeld aitaks saavutada soovitud eesmärki, kuivõrd teenus on piiriüleselt kättesaadav.

Tänases õigusruumis puudub ühtlasi lähtekoht surrogaaturismi olukordadest tulenevate küsimuste lahendamiseks vanemlike õiguste tunnustamisel. Kohtuvõimul puudub juriidiline alus, millele tuginedes oleks võimalik otsustada vanemlike õiguste kindlaksmääramise üle ja lahendada järglase põlvnemise küsimused. Regulatsiooni puudumine rikub lisaks last soovinud vanematele intensiivselt ka surrogaatluse abil sündinud lapse õiguseid, kuivõrd surrogaatluse abil välisriigis sündinud laps võib jääda juriidiliselt vanemate ja kodakondsuseta, mis ei ole kooskõlas kohustusega arvestada lapse parimate huvidega.

Isikul, kelle õiguseid karistusseadustiku kehtiv piirang asendusemadusteenuse kasutamiseks riivab, on õigus regulatsiooni kehtetuks tunnistamise nõudega pöörduda halduskohtu poole, kel on pädevus tunnistada kehtiv regulatsioon või selle osaline puudumine Põhiseadusega vastuolus olevaks ning edastada küsimus Riigikohtule menetlemiseks. Igäühel on ühtlasi võimalus esitada Riigikohtule konstitutsiooniliste õiguste kaitseks individuaalkaebus, kui muud võimalused põhiseaduslike õiguste kaitsmiseks puuduvad või on ammendatud. Saavutatavaid tulemusi prognoosida on võimatu, kuna jaatada tuleb seadusandliku võimu pädevust õigusliku regulatsiooni kujundamisel, kuid tõusetuda võib küsimus põhiseaduslike õiguste piirangu põhjendatuse osas. Lisaks ei ole võimalik surrogaatluse keeldu vaadelda lahusolevana käibivast praktikast, mis tõstatab vajaduse hinnata, kas kehtiv keeld on soovitud tulemuse saavutamiseks eesmärgipärane ja proportsionaalne.

Teenuse, mille seadusandja on soovinud lubamatuks tunnistada, kasutamist välisriikides ei ole võimalik siseriikliku regulatsiooniga piirata ega takistada. Samuti ei ole kehtiva regulatsiooni pinnalt võimalik surrogaaturismi kasutamise järgselt tekkida võivaid küsimusi üheselt lahendada. Seadusandjal lasub seega kohustus töötada välja regulatsioon, mis tagaks õiguse rakendajatele ja vanemaks saada soovinud isikutele õigusliku selguse olukordades, kus järglane on sündinud surrogaaturismi kasutamise teel. Erinevate riikide õiguslike regulatsioonide

võrdlemise tulemusena on võimalik järeldada, et õiguskorras esineb kaasaegseid võimalusi hinnates vajadus kaheks jaguneva regulatsiooni järele sarnaselt Ühendkuningriikides kehtiva õigusliku regulatsiooniga, juhul kui seadusandja on valmis kaaluma surrogaatluse lubatavaks tunnistamist.

Surrogaatluse lubatavaks tunnistamise kasuks räägib argument, et leidub isikuid, kelle jaoks on tegemist meditsiiniliselt ainsa võimalusega järglaste saamiseks, mistõttu riivab surrogaatluse absoluutne keeld nimetatud indiviidide põhiõiguseid. Seadusandjal on pädevus muuta teenus kättesaadavaks üksnes kirjeldatud isikutele ning välistada olukorrad, kus naine sotsiaalsetel kaalutlustel rasedust kanda ei soovi. Selline lähenemine oleks kooskõlas põhimõttega, et teenuse kasutamine on lubatav üksnes tervisliku seisundi näidustuse ilmnemisel. Arvestades kommertsiaalse surrogaatlusega kaasneva võivaid tagajärgi, näiteks kaubandusvõrgu tekkimine ja asendusemade ärakasutamise risk, ei saa põhjendatuks pidada teenuse lubatavaks tunnistamist rahalise tasu eest. Altruistliku teenuse osutamise puhul samaväärseid vastuargumente esile tuua võimalik ei ole, kui tunnistada lubatavaks üksnes lapse kandmisega seonduvate mõistlike kulutuste hüvitamine.

Surrogaatluse regulatsioon oleks võimalik inkorporeerida kehavälise viljastamise ja embrüokaitse seadusesse. Kuna asendusemadusteenuse osutamine nõuab eraõigusliku lepingu sõlmimist surrogaadi ja last soovivate isikute vahel, oleks asjakohane praktika lubatavaks tunnistamisel analüüsida, kas võlaõigusseaduses võib esineda vajadus eriliigilise teenuse osutamise lepingu regulatsiooni järele või on kohaldatav kehtiv käsunduslepingu regulatsioon. Teenuse lubatavaks tunnistamise puhul tuleks ühtlasi laiendada perekonnaseaduse regulatsioonis ema ja isa defineerimise aluseid, kaaludes ühe võimalusena vanemaks saamist tahtest kantuna.

Eraldiseisva õigusakti järele esineb vajadus vanemlike õiguste tekkimise korra osas. Juriidiliselt saavad eeskujuks olla adopteerimist reguleerivad sätted, kuid olemuslikult võiks tegemist olla lihtsustatud versiooniga kohtulikust lapsendamise protseduurist. Seda põhjusel, et surrogaadi abil vanemaks saades on paljudel juhtudel tegemist vähemalt ühe last soovinud vanema geneetilise järglasega. Samuti tuleks tervishoiuteenuse osutajal last soovivate isikute sobivust ja valmisolekut vanemaks saamisel hinnata juba faasis, kui hinnatakse surrogaatteenuse kasutamise vajadust ja selleks loa andmist. Reguleerides vanemlike õiguste kindlaks määramise eraldi korrana, peab arvesse võtma, et regulatsioon oleks rakendatav ka piiriülese surrogaatteenuse kasutamise järgselt, kuna siseriiklikult teenuse osutamise lubatavaks tunnistamine ei kindlusta, et piirideülene asendusemaduse kasutamine lõppeb.

Rõhutada tasub eeltoodud kaheosalise reguleerimise vajaduse puhul, et viimati kirjeldatud vanemlike õiguste kindlaks määramise korra järele esineb vajadus isegi juhul, kui surrogaatlust siseriiklikult lubatavaks ei tunnistata. Käibiv praktika, kus surrogaatturismi kasutamise järgselt puudub õiguslik raamistik lapse juriidiliste vanemate kindlaks määramiseks ja riikideülevalt ei ole konsensust välisriigi sünnidokumentatsiooni tunnustamise osas, ei taga vaidluste tekkimisel kohtule pidepunkte, millest otsuse tegemisel lähtuda. Jättes aga vanemlikud õigused kohtulikult tunnustamata näiteks puuduoleva dokumentatsiooni tõttu, võib laps jääda kodakondsuse ja perekonnata. Kirjeldatud olukord ei ole kooskõlas kohustusega tagada lapse parimate huvide kaitse, mistõttu ei saa asjakohase regulatsiooni puudumist aktsepteeritavaks pidada.

Riikideülese regulatsiooni loomise võimalikkus on küsimuse all olnud viimase dekaadi vältel, kuid tänini ei ole jõutud konsensusele, kas rahvusvaheline konventsioon peaks olema suunatud riikidevahelisele koostöö edendamisele või tagama ühtse surrogaatluse regulatsiooni. Kuivõrd üksmeelt ei ole kümnendi vältel saavutatud võimaliku õigusliku regulatsiooni olemuse osas, ei saa pidada käesoleval ajal tõenäoliseks, et lähitulevikus piiride ülese surrogaatluse regulatsioon tekkimas on. Sestap tasub eelkõige keskenduda siseriikliku regulatsiooni analüüsimisele ning vajadusel kaasaajastamisele.

Eeltoodu pinnalt on võimalik asuda seisukohale, et Eesti õiguskorras esineb vajadus täiendava regulatsiooni loomise järele seoses vanemlike õiguste kindlaks määramise korraga. Võttes arvesse kaasaegse maailma võimalusi kasutada siseriiklikult keelustatud teenuseid välisriigis ning kehtiva regulatsiooni põhjendatuse ebapiisavust, on ühtlasi asjakohane kaaluda surrogaatluse puhul kehtiva nulltolerantsi osas senise seisukoha muutmist, tagamaks kõigi surrogaatluse osapoolte põhiseaduslikud õigused. Käesoleval ajal võib öelda, et füsioloogiliselt järglaste kandmiseks võimetute naiste põhiõiguseid on surrogaatluse osas kehtiva keeluga riivatud ning seadusandja poolt esitatud põhjendused piirangu seadmiseks ei anna alust pidamaks põhiõiguste riivet mõjuvalt põhistatuks.

SURROGACY AS A CONSTITUTIONAL RIGHT AND CHALLENGES ARISING FROM SURROGACY TOURISM

Abstract

Different forms of infertility are not uncommon in the modern world, where people choose to become parents later in life. Developments in modern reproductive medicine have resulted in various alternatives for infertile couples, one of which is surrogacy that is not available in all countries, though it has been medically possible for almost three decades. There exists no consensus over the ethical and legal admissibility of the practice domestically and internationally.

Herein Master's thesis is divided into three main chapters with each containing of subchapters. The first section focuses on the definition of surrogacy, its meaning as a constitutional right and the practice of surrogacy tourism. The second chapter attempts to give a brief overview of legal regulation of surrogacy both in Estonia and in different countries, where surrogacy has been legalized. The comparison of other countries legal regulations has not been comprised of solely European countries, in order to enable sufficient overview and to reflect different standpoints, as only seven countries in European region have implemented at least partial legal regulations on surrogacy. The third chapter aims to answer the hypothesis proposed in the introduction and explains how an influenced individual is capable of defending ones constitutional rights in court. The last section also gives an overview of the most important questions that must be kept in mind when creating a legislative regulation for surrogacy services and attempts to suggest which legal acts should be altered at the same time.

Surrogacy can be defined as a practice where a surrogate mother becomes or is medically made pregnant with a definite knowledge and intention to hand the child over to the intended parents, who are unable to have a child. The need for surrogacy service becomes evident when a woman is unable to bear a child, though the service can also be desired by people who do not want to become pregnant for social reasons, for instance when on woman does not want to be excluded from working life or bear the changes that are an inevitable part of pregnancy. Surrogate mother can be genetically linked to the child (traditional surrogacy), but modern medicinal technology enables the child to be the biological descendant of the intended parent or parents, it is possible a women can still produce viable gametes, but is physiologically unable to bear pregnancy (gestational surrogacy).

Reproductive rights are considered to be part of the fundamental rights catalogue in modern law. The constitution of Estonia refers to right of biocomplete family and private life, freedom to make decisions concerning ones choices and equality. The aforementioned rights and freedoms must be granted to all residents free of moral judgement and on equal grounds. If the national law distinguishes between its residents rights, for example forbidding particular practices, it must be done on compelling reasons, which are considered to be of greater importance than the constitutional rights of an individual. Surrogacy as a form of reproductive options available to us nowadays, is one of many choices that are available to people wanting to become parents.

Domestic legal regulations on surrogacy differ widely between jurisdictions. Some countries allow surrogacy on certain requirements, some have chosen not to regulate the practice at all and others have implemented an indisputable ban on surrogacy. In Estonian law it is a criminalized offence, to contribute in a female becoming pregnant by medical practitioner in full understanding that the surrogate intends to give the child up. The legislator has reasoned that the ban on surrogacy is necessary in order to protect the possible surrogate mothers and to children of surrogate mother from becoming an object of economic transactions.

In the globalization of modern life, it has become a possibility to travel to foreign countries in order to use surrogacy, when the practice is forbidden in the country of origin. The practice has become known under several names, one of which is surrogacy tourism. The aforementioned ban on surrogacy is not the only reason for cross-border surrogacy service users. The service might be unavailable in the country of origin economically, the queue can be too long or the service might be available only on certain grounds. There are multiple options the legislator can regulate surrogacy. Commercial surrogacy allows the commissioning parents to hire a surrogate for a certain payment, whereas altruistic surrogacy only allows covering of medical and other pregnancy related necessary cost. Legislator can also ban surrogacy on social grounds, allowing the service only to be used by those, who are medically unable to bear children. Some countries do not allow the service to be used by same sex couples or unmarried couples.

The purpose of this Master's thesis is to analyze surrogacy in context of fundamental rights. As a part of constitutional rights, surrogacy can be considered as a service that should be available for couples who are otherwise infertile and unable to have children. Thus infertile couples are unable to fulfill their constitutional rights on family planning life and freedom to make decisions concerning family life freely. It can also be argued, that the legislator enables some infertile couples to have children by granting medical help and funding for becoming pregnant, but on

other accounts the services are completely criminalized, thus discriminating some infertile couples unjustifiably.

The purpose of the thesis was to find out if an individual is able to contest the absolute prohibition on surrogacy in court and claim the right to use surrogacy services freely relying on constitutional rights. There are two options which can be used. One can turn to administrative court, who is able to conclude that the regulation is not in accordance with the Constitution and recognize the regulation to be of no effect, forwarding the ruling to the highest court of Estonia. The second possibility for an influenced person is to lay claim to the higher court of Estonia with an individual constitutional complaint, demanding the regulation that is not in accordance with the Constitution to be nullified and the constitutional rights to be recognized.

The surrogacy tourism as a practice cannot be forbidden by domestic legislator. The transnational freedom of movement and the recognition of legislation of a sovereign country exclude that possibility. Hence it is not a possibility to restrict individuals' freedom to travel in order to use surrogates services elsewhere, where it is a legal practice. Thus can be concluded that the legislator must be prepared to deal with situations where a person or a couple has used surrogacy tourism in order to become parents and return to their country of origin with their child born by a surrogate mother.

There exists a complete void in the area of international legislation concerning surrogacy arrangements. Thus arise highly complex international legal problems where cross-border surrogacy services have been used. The most pressing of these are the legal status of parenthood and the nationality of the child. In worst case scenarios the child born by surrogate mother can remain parentless and stateless, because of the absence of needed regulation. As the domestic legislator must be prepared to solve the legal situation on domestic level when the intended parents return home with their descendant, there is a definite need for an according legal regulation. Estonia's legislator to date has not imposed a legislation that can be used where aforementioned questions arise. Thus can be argued there exists a legal gap for parents and children born via surrogacy, that can be harmful both parties.

The purpose of this Master's thesis is also to compare different legislations on surrogacy, in countries where it is a legal practice in order to conclude what are the main concerns that should be considered if Estonian legislator would reconsider the absolute prohibition of surrogacy. It is concluded that there exists a need for two types of legislation, first of which should concentrate on regulation of surrogacy as a practice if legalizing of the service is reconsidered

by the legislator. The purpose of the second legislation is to eliminate the current situation, where the courts have no legal grounds to turn to when solving the cases of legal parental rights and the decent of the child. The latter should exist irrespective of whether the legislator considers legalizing surrogacy in domestic law, because it can be used on both accounts – when solving surrogacy tourism questions and when surrogacy services have been used in domestic country. As surrogacy tourism usage is not likely to decline in near future, the legislator must first and foremost guarantee that the best interest of the child are assured on all occasions, which cannot be done without relevant legislation.

The law is a transitional instrument that has to reflect the will of its creator, in democratic society the will of electorate. As medical and technological possibilities are fast-growing, it is rightly expected that the law must change with the advances in order to provide legal grounds. The practices that were once considered unacceptable and illegal, have become to be expected, even habitual in modern societies, for example abortions and the possibility to choose the future child's gender, when there exists a chance on incurable disease. Until now surrogacy remains a complex practice with which arise certain ethical, social, religious and legal questions that are likely to find answers when surrogacy is implemented as a medical service.

To conclude, the legislator has to be prepared to motivate the decision of prohibiting surrogacy as a practice, as the ban is in breach of individuals constitutional rights and must thus be thoroughly substantiated. At the moment there has definitely risen a need for review of current legislation of surrogacy.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Bromfield, N. F., Smith Rotabi, K. Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations. - Global Social Welfare, Vol. 1, Iss. 3. United Arab Emirates: Springer International Publishing 2014. - <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40609-014-0019-4> (13.04.2017).
2. Cohen, J. Procreative tourism and reproductive freedom. - Reproductive BioMedicine Online, vol 13, no 1. Sine loco, 2006. - [http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)62028-7/pdf](http://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)62028-7/pdf) (08.02.2017).
3. Crawshaw, M., Blyth, E., van den Akker, O. The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice. - Journal of Social Welfare and Family Law. Vol. 34, Iss. 3. *Sine loco*, 2012. - <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09649069.2012.750478?src=recsys> (13.03.2017).
4. DeHart, J. Chinese “Designer” Babies, American Surrogate Mothers. - The Diplomat, 2013. - <http://thediplomat.com/2013/09/chinese-designer-babies-american-surrogate-mothers/> (13.04.2017).
5. Eesti Naistearstide Selts. Arvamus. Asendusemadus. - <http://ens.ee/file/4/download?token=aN2tNWSk> (12.02.2017).
6. Eesti Naistearstide Seltsi seisukohad, 2012. - <http://www.ens.ee/file/4/download?token=aN2tNWSk> (17.04.2017).
7. Eesti Naistearstide Seltsi töörühm. Sünnitusabi ja günekoloogia eriala arengukava aastani 2020. *Sine loco*, 2012. - http://www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/eesmargid_ja_tegevused/Tervis/Tervishoiususteem/Arstide_erialade_arengukavad/sc14nnitusabi_gc14nekoloogia_arengukava.pdf (12.03.2017).
8. Eesti Seksuaaltervise Liit. Seksuaal- ja reproduktiivtervise arengusuunad 2013–2017. Tallinn, 2013.
9. Euroopa Parlament. Esildis lahenduse väljatöötamiseks, 15.04.2016. - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0694+0+DOC+XML+V0//EN> (19.04.2017).
10. Euroopa Parlament. Study: A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. *Sine loco*, 2013. - [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) (12.02.2017).

11. Everaus, H. Asendusemaduse arutelud Eesti Bioetika Nõukogus. *Sine loco, sine anno*. - <http://www.infertsupport.eu/wp-content/uploads/2015/10/Everaus.pdf> (17.04.2017).
12. Fries, M. Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention? - Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities. Proceedings of the Fifth Conference of the Commission on European Family Law, Intersentia, 2014. - <https://ssrn.com/abstract=2348270> (15.03.2017).
13. Gordon, M. Lapseootele jäämine ei olegi enam nii loomulik. - Ajakiri Apteeker, 2008. - <http://www.ya.ee/cms/file/ajakiri/YAsygis2008.pdf> (11.04.2017).
14. Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents. The parentage/surrogacy Project. - <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (17.04.2017).
15. Hague Conference on Private International Law. The Desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project. Preliminary Document, no 3, annex A, i, 2014. - https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf (22.02.2017).
16. Haller-Kikkatalo, K. jt. Autoimmuunsus ja naise viljatus I. Soodumus autoimmuunsete reaktsioonide tekkeks. - Eesti Arst, 2009. - <http://ojs.utlib.ee/index.php/EA/article/viewFile/10623/5808> (11.04.2017).
17. Harney, A. Wealthy Chinese seek U.S. surrogates for second child, green card. - Reuters, 2013. - <http://www.reuters.com/article/us-china-surrogates-idUSBRE98L0JD20130922> (13.04.2017).
18. Home Office, UK Border Agency. Inter-country surrogacy and the immigration rules. *Sine loco*, 2009. - https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/261435/Intercountry-surrogacy-leaflet.pdf (17.02.2017)
19. Human Fertilisation and Embryology Authority. Ühendkuningriigid, *sine anno*. - <http://www.hfea.gov.uk/fertility.html> (15.03.2017).
20. Ibrus, K. Asendusemadus saab seaduslikuks. – Eesti Päevaleht, 21.08.2009. - <http://epl.delfi.ee/news/eesti/asendusemadus-saab-seaduslikuks?id=51175968>.
21. India bans foreigners from hiring surrogate mothers. – The Guardian. 28.10.2015. - <https://www.theguardian.com/world/2015/oct/28/india-bans-foreigners-from-hiring-surrogate-mothers> (19.04.2017).
22. International Federation of Social Workers. Cross border reproductive services. *Sine loco*, 2012. - <http://ifsw.org/policies/cross-border-reproductive-services/> (15.03.2017).
23. Irish Department of Justice and Equality. Citizenship, parentage, guardianship and traavel Document issues in realtion to children born as a result of surrogacy

- arrangements entered into outside the state. *Sine loco*, 2012. - <http://www.justice.ie/en/JELR/20120221%20Guidance%20Document.pdf/Files/20120221%20Guidance%20Document.pdf> (17.02.2017).
24. Jackson, E. jt. Learning from Cross-Border Reproduction. - Oxford Academic Journal. Medical Law Review, 2017. - <https://academic.oup.com/medlaw/article/2884304/Learning-from-Cross-Border-Reproduction> (21.02.2017).
25. Jõerand, R. Eesti naised sõidavad välismaale asendusemadelt lapsi saama. – Pealinn, 02.11.2015. - <http://www.pealinn.ee/koik-uudised/eesti-naised-soidavad-valismaale-asendusemadelt-lapsi-saama-n155982> (19.04.2017).
26. Kapur, A. jt. Surrogacy and women's right to health in India: Issues and perspective. Ch. Legal Aspects of Surrogacy in Europe. - Indian Journal of Public Health. *Sine loco*, 2013. - <http://www.ijph.in/text.asp?2013/57/2/65/114984> (17.02.2017).
27. Kariauli, N. Surrogacy and its Legal Consequences According to the Legislation of Georgia. - European Scientific Journal. Tbilisi, Georgia: 2016. - <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8604/8234> (12.04.2017).
28. Kask, K. Õiguskantsler: asendusemadust puudutavad seadusesätted tuleb ümber vaadata. – Eesti Päevaleht, 09.09.2009. - <http://epl.delfi.ee/news/eesti/oiguskantsler-asendusemadust-puudutavad-seadusesatted-tuleb-umber-vaadata?id=51177421> (22.02.2017).
29. Kass, M. Bioetika Nõukogu: asendusemadus ärilistel eesmärkidel on lubamatu. – Postimees, 01.12.2009. - <http://tervis.postimees.ee/195071/bioetika-noukogu-asendusemadus-aerilistel-eesmaerkidel-on-lubamatu> (17.04.2017).
30. Krjukov, A. (toimt.). Komisjon on valmis asendusemadust piirangutega seadustama. Eesti Rahvusringhääling, 16.10.2015. - <http://uudised.err.ee/v/eesti/e28a5fa3-cf1a-4176-b4f5-6a7e7fa4c283/komisjon-on-valmis-asendusemadust-piirangutega-seadustama> (12.03.2017).
31. Krjukov, A. (toimt.). Komisjon on valmis asendusemadust piirangutega seadustama. Eesti Rahvusringhääling, 16.10.2015. - <http://uudised.err.ee/v/eesti/e28a5fa3-cf1a-4176-b4f5-6a7e7fa4c283/komisjon-on-valmis-asendusemadust-piirangutega-seadustama> (12.03.2017).
32. Laanpere, M. Asendusemadus - Eesti Naistearstide Seltsi vaatenurk. *Sine loco, sine anno*. - <http://www.infertsupport.eu/wp-content/uploads/2015/10/Laanpere.pdf> (17.04.2017).

33. Lacewing, M. Mill's „harm principle“. – Routledge. *Sine loco, sine anno*. - <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillHarm.pdf> (17.03.2017).
34. Lass, L., Kaasik, M. Notar kooseluseadusest: kohtupraktika peab täitma poliitikute jäetud lüngad. – Eesti Rahvusringhääling, 25.01.2017. - <http://www.err.ee/581385/notar-kooseluseadusest-kohtupraktika-peab-taitma-poliitikute-jaetud-lungad> (19.04.2017).
35. Loonet, T. Eesti jõuab uskmatusega BBC äärmustesaatesse. – Postimees, 01.12.2010. - <http://www.postimees.ee/350842/eesti-jouab-uskmatusega-bbc-aarmustesaatesse> (17.04.2017).
36. Madise, Ü. jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj, kolmas vlj. Tallinn: Juura 2012.
37. MTÜ Viljatusravi tugikeskus. Riigikogu Sotsiaalkomisjoni väljasõiduistung. Asendusemaduse arutelu 16.10.2015. - <http://www.infertsupport.eu/uudised/> (12.03.2017).
38. MTÜ Viljatusravi tugikeskus. Riigikogu Sotsiaalkomisjoni väljasõiduistung. Asendusemaduse arutelu 16.10.2015. - <http://www.infertsupport.eu/uudised/> (12.03.2017);
39. Mänd, J. Asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimine Eesti rahvusvahelises eraõiguses. - *Juridica V/ 2016*.
40. Nurmela, I. Arengud rahvusvahelises eraõiguses. - *Juridica IV/2000*.
41. Nõmper, A. Karistusseadustik. Komm vlj, 4 vlj. J. Sootak, P. Pikamäe (koost.). Tallinn: Juura, 2015.
42. Oja, L. Reprodktiivõigused – asendusemadus Eestis. - Riigikogu kantselei õigus- ja arendusosakond. Teemaleht 2013, nr 16. - https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_16_2013.pdf (08.02.2017).
43. Palattiyil, G. jt. Globalization and cross-border reproductive services: Ethical implications of surrogacy in India for social work. - *International Social Work*, vol 53(5). - https://www.iss.nl/fileadmin/ASSETS/iss/Guests/Adoption___surrogacy/Publications/Eric_Blyth_pub.pdf (08.02.2017).
44. Parsad Gunputh, R., Choong, K-A. Surrogacy tourism: the ethical and legal challenges. - *International Journal Of Tourism Sciences*, Vol. 15 , Iss. 1-2. *Sine loco*, 2015.
45. Pennings, G. Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. Ch. Reproductive tourism. - *Human Reproduction* Vol. 19 Iss. 12. *Sine loco*, 2004. -

- <https://academic.oup.com/humrep/article/19/12/2689/2356251/Legal-harmonization-and-reproductive-tourism-in> (13.04.2017).
46. Riigikogu IX koosseis. Seaduseelnõu ja seletuskiri 119 SE I, § 144 seletuskiri, lk 91. - <https://www.riigikogu.ee/download/5dc2a0c4-864b-31e6-bbb1-b888d0f999d0> (19.04.2017).
47. Saarmets, V. Individuaalne konstitutsiooniline kaebus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtus. - *Juridica* 2001/VI.
48. Samson, E. Meditsiiniõiguse traditsioonilised ja uued probleemid. - *Juridica* II/1997. Tallinn: Juura.
49. Saxena, P., Mishra A., Malik S. Surrogacy: Ethical and Legal Issues. - *Indian Journal of Community Medicine*, Iss. 37(4), 2012 okt-dets. - <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/> (22.02.2017).
50. Shalev, C. jt. Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action. Preface: an emerging global market. - *Israel Journal of Health Policy Research*, 2016. - <https://ijhpr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13584-016-0117-0> (11.04.2017).
51. Sootak, J. Lapsesoov ning lapse ja embrüo inimväärikus. Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusest. – *Juridica* IX/1997. Tallinn: Juura
52. Sotsiaalministeerium. Targad vanemad, toredad lapsed, tugev ühiskond. Laste ja perede arengukava 2012–2020. *Sine loco*, 2011, täiendatud 2013. - http://sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/lpa_2012-2020_taiendatud_2013.pdf (17.04.2017).
53. Spar, D. *The Baby Business. How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*. - Harvard Business School Press, 2006.
54. Stark, B. Transnational Surrogacy and International Human Rights Law. - *ILSA Journal on International & Comparative Law*, vol 18 (2). *Sine loco*, 2011. - http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/630 (08.02.2017).
55. Thailand bans commercial surrogacy for foreigners. – BBC News, 25.02.2015. - <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717> (19.04.2017).
56. Tigasson, K-T. Keelatud emadus. Kolm eestlannadest õde otsustasid Riias lapse teha. – *Eesti Ekspress*, 01.04.2015. - <http://ekspress.delfi.ee/elu/keelatud-emadus-kolm-eestlannadest-ode-otsustasid-riias-lapse-teha?id=71135887> (13.04.2017);
57. Tikk, A. Arvo Tikk: eelarvamuste köidikus asendusemadus. - *Postimees*, 16.06.2009. - <http://arvamus.postimees.ee/132127/arvo-tikk-eelarvamuste-koeidikus-asendus-emadus> (16.03.2017).

58. Tonsiver, T. jt. Kehaväline viljastamine Eestis: efektiivsus ja kulud. - Eesti Arst, nr 93(3). *Sine loco*, 2014. - <https://ojs.utlib.ee/index.php/EA/article/download/11694/6878> (11.04.2017).
59. Trimmings, K., Beaumont, P. International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level. - *Journal of Private International Law*, vol 7, no 3. *Sine loco*, 2011. - <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.5235/jpil.v7n3.627> (08.04.2017)
60. United Nations Population Fund. Programme of Action. Adopted at the International Conference on Population and Development Cairo, 05.09–13.09.1994. - 20th Anniversary Edition, 2014. - http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf (12.02.2017)
61. van Mill, D. "Freedom of Speech". – E. N. Zalta (toimet.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, täiendatud 2016. - <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/#HarPriFreSpe> (17.03.2017).
62. World Health Organization. Assisted conception in developing countries – facing up to the issues. - *Progress in Human Reproduction Research*, iss. 63, 2003. - <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/progress63.pdf> (15.03.2017).
63. Õiguskantsler. Lõppvastus asjas nr 6-1/091011/0905376. *Sine loco*, 2009.
64. Õiguskantsler. Seisukoht vastuolu mittetuvastamise kohta asjas nr 6-1/090998/1202086. *Sine loco*, 2012.
65. Õiguskantsler. Õiguskantsleri 2009. aasta tegevuse ülevaade. Tallinn: 2010. - http://www.oiguskantsler.ee/sites/default/files/6iguskantsleri_2009._aasta_tegevuse_ylevaade_0.pdf (17.04.2017).
66. Õiguskantsleri kantselei. Õiguskantsleri 2009. aasta tegevuse ülevaade. Tallinn 2010. - <http://www.oiguskantsler.ee/et/2009> (23.02.2017).

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

67. Eesti Haigekassa tervishoiuteenuste loetelu - RT I, 30.12.2016, 13.
68. Eesti Vabariigi põhiseadus - RT 1992, 26, 349; RT I, 15.05.2015, 2.
69. Halduskohtumenetluse seadustik - RT I, 23.02.2011, 3; RT I, 13.04.2016, 4
70. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon - RT II 1996, 11, 34.
71. Karistusseadustik - RT I 2001, 61, 364; RT I, 31.12.2016, 14.
72. Kriminaalkoodeks - RT 1992, 20, 287 ja 288; RT I 1999, 38, 485.
73. Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus - RT I 1997, 51, 824; RT I, 26.02.2015, 4.
74. Lapse õiguste konventsioon - RT II 1996, 16, 56; RT 1991, 35, 428.
75. Lastekaitse seadus - RT I, 06.12.2014, 1; RT I, 21.12.2016, 24.
76. Parandatud ja täiendatud Euroopa sotsiaalharta - RT II 2000, 15, 93.
77. Perekonnaseadus - RT I 2009, 60, 395; RT I, 21.12.2016, 12.
78. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus - RT I 2002, 29, 174; RT I, 06.05.2016, 8.
79. Saksamaa. Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG). 13.12.1990 - BGBl. I S. 2746; BGBl. I S. 2228. - <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>.
80. Saksamaa. Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG). 22.12.2001 - BGBl. 2002 I S. 354; BGBl. I S. 2010, 2014. - https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html.
81. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus - RT I 2001, 50, 284; RT I, 21.02.2017, 5.
82. Tsiviilseadustiku üldosa seadus . RT I 2002, 35, 216; RT I, 12.03.2015, 106.
83. Töölepingu seadus - RT I 2009, 5, 35; RT I, 07.12.2016, 12.
84. Võlaõigusseadus - RT I 2001, 81, 487; RT I, 31.12.2016, 7.
85. Ühendkuningriigid. Human Fertilisation and Embryology Act 2008. - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/2/crossheading/parental-orders>.
86. Ühendkuningriigid. The Surrogacy Arrangements Act 1985. - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.
87. ÜRO inimõiguste ülddeklaratsioon. - <http://www.vm.ee/et/uro-inimoiguste-ulddeklaratsioon>.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

88. EIK 03.11.2011 otsus asjas 57813/00, S.H. jt vs Austria.
89. EIK 10.04.2007 otsus asjas 6339/05, Evans vs. the United Kingdom.
90. EIK 16.12.2010 otsus asjas 25579/05, A, B and C vs. Ireland.
91. EIK 26.06.2014 otsus asjas 65192/11 Mennesson vs France
92. EIK 26.06.2014 otsus asjas 65941/11, Labassee vs France.
93. RKHK 10.11.2003 otsus asjas 3-3-1-65-03.
94. RKHK 21.02.2002 määrus asjas 3-3-1-2-02.
95. RKPJK 01.10.2007 otsus asjas 3-4-1-14-07.
96. RKPJK 02.05.2005 otsus asjas 3-4-1-3-05.
97. RKPJK 03.0.2002 otsus asjas 3-4-1-2-02.
98. RKPJK 03.03.2011 määrus asjas 3-4-1-15-10.
99. RKPJK 03.04.2002 otsus asjas 3-4-1-2-02.
100. RKPJK 06.01.2015 otsus asjas 3-4-1-18-14.
101. RKPJK 09.06.2009 otsus asjas 3-4-1-2-09.
102. RKPJK 11.03.2015 otsus asjas 3-4-1-51-14.
103. RKPJK 20.03.2006 otsus asjas 3-4-1-33-05.
104. RKPJK 21.01.2004 otsus asjas 3-4-1-7-03.
105. RKPJK 21.06.2004 otsus asjas 3-4-1-9-04.
106. RKPJK 24.01.2004 otsus asjas 3-4-1-7-03.
107. RKPJK 26.06.2014 otsus asjas 3-4-1-1-14.
108. RKPJK 26.09.2007 otsus asjas 3-4-1-12-07.
109. RKPJK 29.01.2014 otsus asjas 3-4-1-52-13.
110. RKPJK 30.09.2008 otsus asjas 3-4-1-8-08.
111. RKÜK 02.06.2008 otsus asjas 3-4-1-19-07.
112. RKÜK 03.01.2008 otsus asjas 3-3-1-101-06.
113. RKÜK 06.01.2004 otsus asjas 3-3-2-1-04.
114. RKÜK 10.04.2012 otsus asjas 3-1-2-2-11.
115. RKÜK 10.12.2003 otsus asjas 3-3-1-47-03.
116. RKÜK 14.11.2002 otsus asjas 3-1-1-77-02.
117. RKÜK 17.03.2003 otsus asjas 3-1-3-10-02.
118. RKÜK 22.03.2011 otsus asjas 3-3-1-85-09.
119. RKÜK 27.06.2005 otsus asjas 3-4-1-2-05.
120. Russian Constitutional Court on 15.05.2012, ruling nr 880-O.

121. Bundesgerichtshof Beschluss XII, ZB 463/13, 10.12.2014.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kerli Lubja

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Surrogaatlus põhiõiguste kontekstis ja surrogaaturismiga kaasnevad õiguslikud probleemkohad“

mille juhendaja on *dr. iur.* Ants Nõmper

1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 2. mai, 2017.a.