

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Majandusteaduskond

Õiguse instituut

Kristel Kungla

**ASENDUSEMADUSE KUI
REPRODUKTIIVÕIGUSE REGULEERIMINE
EESTI ÕIGUSES**

Magistritöö

Õppekava HAJM08/15, Eesti avalik ja eraõigus

Juhendaja: Kristi Joamets, PhD

Tallinn 2021

Deklareerin, et olen koostanud töö iseseisvalt ja olen viidanud kõikidele töö koostamisel kasutatud teiste autorite töödele, olulistele seisukohtadele ja andmetele, ning ei ole esitanud sama tööd varasemalt ainepunktide saamiseks.

Töö pikkuseks on 15 532 sõna sissejuhatusest kuni kokkuvõtte lõpuni.

Kristel Kungla

.....

(allkiri, kuupäev)

Üliõpilase kood: 152704HAJM

Üliõpilase e-posti aadress: kristelkungla02@gmail.com

Juhendaja: Kristi Joamets, PhD:

Töö vastab kehtivatele nõuetele

.....

(allkiri, kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees: /lisatakse ainult lõputöö puhul/

Lubatud kaitsmisele

.....

(nimi, allkiri, kuupäev)

SISUKORD

SISUKORD	3
LÜHIKOKKUVÕTE.....	4
SISSEJUHATUS	5
1. ASENDUSEMADUS JA REPRODUKTIIVÕIGUSED	9
1.1. Asendusemaduse ja selle legaliseerimise vastu ja poolt argumendid.....	17
1.2. Asendusemaduse rahvusvaheline õiguspraktika	25
2. ASENDUSEMADUSE KUI REPRODUKTIIVÕIGUSE REGULEERIMINE EESTIS - VÕRDLEV ANALÜÜS ÜHENDKUNINGRIIGI ASENDUSEMADUSE ÕIGUSE ARENGUGA.....	33
KOKKUVÕTE	43
SUMMARY	47
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	51
LISA 1. LIHTLITSENTS	58

LÜHIKOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kas ja kuidas peaks Eesti reguleerima asendusemadust kui osa reproduktiivõigustest ning kaaluma selle legaliseerimist. Magistritöö kirjutamise ajal on karistusseadustiku (edaspidi KarS) § 132 lg 1 ning kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seaduse alusel (edaspidi KVEKS) asendusemadus kriminaliseeritud, ehk absoluutse keelu all. Seadusest tulenevalt on võõra munaraku või sellest valmistatud inimloote ülekandmine naisele, kes peale sündi plaanib lapse ära anda, karistatav, ehk antud kehtestatud asendusemaduse ebaseaduslikkuse sättega on asendusemadus seatud absoluutse keelu alla. Töö hüpotees on – asendusemaduse absoluutset keeldu Eestis on võimalik lõpetada reguleerides seda kui reproduktiivõigust.

Töös on kasutatud kvalitatiivset juhtumiuuringute meetodit ja õigusnormide analüüsimisel kasutatakse erinevaid õiguse tõlgendamise meetodeid. Töös käsitletakse esmalt asendusemaduse ning reproduktiivõiguste tähendusi, analüüsides rahvusvaheliste teadusartiklite ja -allikate põhjal, kas, miks ja kuidas peaks Eestis olema legaliseeritud asendusemadus kui reproduktiivõigus, s.t. mis on praktiliseks ja teoreetiliseks aluseks asendusemaduse legaliseerimiseks Eestis seotud rahvusvahelise ja Euroopa Liidu õiguse sätetest tulenevalt. Kuna Eestis ei ole lisaks eeltoodud sätetele täiendavaid asendusemadusega seotud regulatsioone, on analüüsitud ja võrreldud erinevaid rahvusvahelisi, Euroopa Liidu ja Ühendkuningriigi siseriiklikke õigusakte, kasutatud antud teemaga seonduvat rahvusvahelist teaduskirjandust ja muid asendusemadust selgitavaid ning analüüsivaid allikaid. Omavahel on võrreldud Eesti ja Ühendkuningriigi asendusemaduse regulatsioonide võimalusi ja piiranguid.

Magistriöös jõutakse järeldusele, et Eesti riik peaks astuma otsustavaid samme asendusemaduse regulatsioonide loomise poole. Alustades selle täieliku keelu lõpetamisest ja reguleerides seda kui reproduktiivset õigust, lisades selle kehtiva kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusesse, sarnastel põhimõtetel ja viisil kuidas seda tehti Ühendkuningriigis.

Võtmesõnad: asendusemadus, reproduktiivõigus, lastetus, lapse õigus

SISSEJUHATUS

Eestis puutuvad kokku viljatusega seotud probleemidega umbes 10-15% paaridest ning lastetuse raviks teostatakse kehavälist viljastamist umbes 1500-2000 korda aastas.¹ “Kui aastail 2014–2016 on läbitud viljatusravi tsüklite arv olnud languses, siis alates 2017. aastast on see kasvanud. Eestis tehti 2018. aastal 3011 viljatusravi tsüklit, mis on viis protsenti enam kui aasta varem. Tuginedes statistikale, saab pidada lastetuse probleemi Eestis aktuaalseks teemaks, mis vajab senisest suuremat riikliku tähelepanu ning lahendusi probleemi leevendamiseks. Lastetuse probleem ei piirdu üksnes Eestiga, tegemist on ülemaailmse valuliku murekohaga paljude perede jaoks ning võib väita, et probleem on üksnes süvenemas ülemaailmselt. World Health Organization’i poolt, aastal 2020, avaldatud andmete põhjal on maailmas hinnanguliselt 48 miljonit paari ning 186 miljonit individuaali, kes on reproduktiivses eas, kuid viljatud.² Reproduktiivse tehnoloogia areng on toonud kaasa võimalusi probleemi lahendamiseks, samaaegselt ühtlasi muutes ka ühiskonna vaateid paljunemisest. Üheks selliseks arenguks on asendusemadus, mis on karistusseadustiku § 132 lg 1 ning kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seaduse alusel kriminaliseeritud, ehk absoluutse keelu all.

Töö hüpotees on – asendusemaduse absoluutset keeldu Eestis on võimalik lõpetada reguleerides seda kui reproduktiivõigust. Probleemina uurib töö autor asendusemaduse keelustamist Eestis, hinnates kas ja kuidas tuleks keelustamine lõpetada, reguleerides seda kui reproduktiivõigust. Hoolimata erinevate õigusorganite poolt tõstatatud aruteludest, avalikkuse tähelepanust ning teema olulisusest ühiskonnas, ei ole otsustavaid samme seadusemuudatusteks seni tehtud. Sellest tulenevalt, on töö eesmärgiks anda hinnang kas asendusemadus on reproduktiivne õigus, mida tuleks selliselt reguleerida ka Eesti õigussüsteemis. Töö eesmärgi saavutamiseks käsitletakse süviti asendusemaduse mõistet ja selle seost reproduktiivõigustega, tuues välja argumendid asendusemaduse keelustamiseks ja legaliseerimiseks ning sellega kaasnevad probleemid. Töös

¹ ERR (2013), Viljatus on Eestis süvenev probleem. Kättesaadav: <https://www.err.ee/333981/viljatus-on-eesstis-suvenev-probleem>, 07. jaanuar 2021

² Infertility (2020), World Health Organization (WHO). Kättesaadav: <https://www.who.int/news-room/factsheets/detail/infertility>, 10. aprill 2021

analüüsitakse Eestis kehtivaid õigusnorme ja kasutatakse erinevaid õiguse tõlgendamise meetodeid, kvalitatiivset uurimismeetodit ning võrdlevat analüüsi teiste riikide õigusnormidega. Ühtlasi esitatakse olulisemad sarnasused ja erinevused õigusnormides, mida kas võiks või saaks lisada Eesti õigusesse, seejuures baseerudes peamiselt Ühendkuningriigi õigusele, kus asendusemaduse altruistlik viis on legaliseeritud.

Ajalugu näitab, et inimkonna jaoks uute reprodutseerimise meetoditega kaasnevad ka uued dilemmad ja probleemid, seda nii õiguslikel, majanduslikel kui ka eetilistel teemadel. Parafraseerides Anastassia Maleshinat, reprodutseerimisega seotud otsused tekitavad paratamatult filosoofilisi ja eetilisi (võib öelda ka religioosseid) küsimusi, mida pole lihtne lahendada, üheks neist on küsimus, kas naistel on eetiline õigus reprodutiiv vabadusele?³ Need küsimused on ainult väike osa keerulistest teemadest mis kerkivad esile reprodutiivsetest õigustest rääkides. Asendusemadus on vastuoluline ja tundlik teema ühiskonnas, selle olemine või mitteolemise küsimus äratab tugevaid argumente mõlemas pooles. Samas on selge, et asendusemaduse keelamine, või nagu Eesti on sarnaselt teiste riikidega teinud, muutes selle praktiseerimise võimatuks, ei välista selliste kokkulepete tekkimist, kuna mitmed riigid võimaldavad asendusemaduse kokkuleppeid sõlmida ka välismaalastel. Välismaal asendusemaduse kokkuleppeid sõlmides kaasnevad aga erinevad riskid, mida oleks regulatsioonide olemasolul võimalik kodumaal vältida. Õiguslike probleemide tekkimine on aja küsimus, seda on näha näiteks Ühendkuningriigi kohtupraktikast, kus kõrgemad kohtud on juba pidanud lahendama mitmeid rahvusvahelistest asendusemaduse kokkulepetest tulenevaid juhtumeid. Olukorras, kus Eesti rahvusvahelises eraõiguses puuduvad normid, mille alusel asendusemadusest tõusvaid vaidlusi lahendada või kohtualluvust kontrollida, võib oodata sarnaseid probleeme. Aktsepteerides osasid tehnoloogilisi arenguid, kuid keelustades teisi, on oht jääda põhjendamatult vanamoeliseks ning arengutest maha, seejuures rikkuda inimeste reprodutiivseid õiguseid. “Tehnoloogiline järglaste saamine on muutnud raseduse ja lapse sünni vähem “pühaks” ja “salapäraseks”, kui see varem on olnud, kuna tehnoloogia võimaldab teha selgemaid ja planeeritud otsuseid lapse saamiseks. Võib juhtuda, et bioloogiline lapse saamine on varsti kõigest üks vahend lapse saamiseks tehnoloogiliste järglaste saamise viiside kõrval.⁴ On arusaadav, miks oma olemuselt selliste fundamentaalsete

³ Maleshina, A. (2020), Taking human reproductive rights seriously: The russian perspective. *Russian Law Journal*. 2020;8(1):25-59.

⁴ Joamets, K., Kerikmäe, T. (2017). European Dilemmas of the Biological versus Social Father: The Case of Estonia. *Baltic Journal of Law & Politics*. 23-42.

teemade reguleerimine põhjustab poliitilist ja õiguslikku keerukust ning paljud riigid on otsustanud küsimusega mitte tegeleda. Mõni leiab, et asendusemadus on naise keha ülim ärakasutamine ning puhas ja lihtne eksploateerimine, samas kui mõned usuvad, et see on revolutsiooniline tegu, mis aitab kaasa naiste vabaduse ja iseseisvuse saavutamisel ning samal ajal muudab ühiskonna vaateid vanemlusest ja paljunemisest.

Käesolev töö koosneb kahest osast. Töö esimene osa annab õigusliku ülevaate asendusemadusest, tuuakse välja olulisemad mõisted, normid ja argumentatsioonid, mille alusel seda peetakse reproduktiivseks inimõiguseks. Samas osas esitatakse ka õigusteadlaste argumentatsioonid ja ettepanekud asendusemaduse keelustamiseks või reguleerimiseks, ühtlasi hinnatates moraalset ja sotsiaalset aktsepteeritavust ning kaasnevaid õiguslike probleeme. Töö teises osas esitatakse võrdlus rahvusvaheliste õigusnormidega, fokuseerides peamiselt Ühendkuningriigis kehtivatele õigusele, eesmärgiga hinnata sarnasusi Eesti õigusega, mille alusel oleks võimalik Eestis asendusemadust reguleerida ja legaliseerida.

Käesoleva töö autor leidis Eestis asendusemaduse ehk surrogaatemaduse teemal kirjutatud lõputöid kolm. Nendest esimene on Kerli Lubja aastal 2017 kirjutatud magistr töö teemal “Surrogaatlus põhiõiguste kontekstis ja surrogaaturismiga kaasnevad õiguslikud probleemkohad”, oma töös on Kerli Lubja uurinud asendusemaduse turismiga kaasnevaid probleemikohti ning selle põhjal hinnanud Eesti vajadust täiendavate regulatsioonide loomise järel. Ühtlasi on tema töös keskseks probleemiks vanemlike õiguste kindlaks määramise kord. Käesoleva töö autor kajastab põgusalt samuti neid probleeme, kuna need on märkimisväärsed küsimused seoses asendusemaduse reguleerimisega, kuid autori fookus erinevalt K.Lubjast, on seotud eelkõige reproduktiivõigustega. Janeli Mänd kirjutas aastal 2016 oma magistr töö teemal “Asendusemadusest tulenevate õigussuhete kvalifitseerimine Eesti rahvusvahelises eraõiguses”, keskendudes rahvusvahelise elemendiga vaidlustele ning kohtualluvuse valimise küsimusele. Siinkohal leiab käesoleva töö autor, et antud töö üheks osaks on küll mitmete rahvusvaheliste õiguse osade analüüs (kohtulahendite lühianalüüs), kuid töö eesmärk ja sisu erineb J. Mändi püstitatud eesmärgist keskendudes kitsamale osale rahvusvahelises õiguses - reproduktiivõiguseid ning võrdlev analüüs Ühendkuningriigi õiguse arengust. Julia Andersen kirjutas aastal 2018 oma bakalaureusetöö teemal “Asendusemaduse absoluutne keeld: inimkaubanduse vastu võitlemise vahend või inimõiguste riive?”, kus ta uuris kas asendusemaduse absoluutne keeld on tingitud inimkaubanduse ennetamiseks või asendusemaduse keeld rikub inimõigusi ning kui proportsionaalne on niisugune sekkumine isiku eraellu. J.Anderseni töö uurimisküsimus on

kirjutatud asendusemaduse ja inimkaubanduse omavahelisest seosest, käesolev autor oma töös seda küsimust ei analüüsi.

1. ASENDUSEMADUS JA REPRODUKTIIVÕIGUSED

“Reproduktiivtervis on täielik füüsiline, vaimne ja sotsiaalne heaolu kõigis reproduktiivsüsteemi, selle toimimise ja protsessidega seotud küsimustes. Reproduktiivtervis tähendab, et inimestel on võimalik elada rahuldavat ja turvalist seksuaalelu ja neil on võimalik järglasi saada ning vabadus otsustada, kas, millal ja kui tihti seda teha.”⁵ Asendusemadus on üha enam tuntud ja populaarsust koguv reproduktiivne alternatiiv, mille käigus naissoost isik nõustub jääma lapseootele, lapse ilmale tooma ning seejärel lapse loovutama asendusemadust soovinud isikutele. Mõnes jurisdiktsioonis ei ole õigusakte, mis sõnaselgelt lubaksid või keelaksid asendusemaduse praktiseerimise, teised on selle tegevuse sõnaselgelt keelanud, muutes selle teatud aspektid kriminaliseerituks, viimase hoiaku on võtnud ka Eesti õigussüsteem. Teaduslikus kirjanduses on läbivalt võrreldud asendusemadust ning lapsendamist, selguse mõttes on vajalik neid selgelt eristada. Erinevalt lapsendamisest on asendusemadus planeeritud tegevus, mille tulemusel eostatakse laps alles peale vanemate soovi, vastupidiselt lapsendamisele mille käigus otsitakse juba sündinud lapsele vanemaid. Asendusemadus küllaltki uus meetod pereloomiseks. “Üks esimesi reproduktiivõigusi käsitlevaid avalikke arutelusid leidis aset 1994. aastal Egiptuses, Kairos”⁶. Kairos toimunud rahvusvahelise rahvastiku- ja arengukonverentsist andis Anastasia Maleshina oma artiklis kokkuvõtliku ülevaate, tema sõnul seal osalenud delegaadid koostasid dokumendi, mille kohaselt valitsused peaksid tagama reproduktiivõigused. Sealhulgas leiti, et tuleb tagada paaride ja üksikisikute õigused, otsustada vabalt ja vastutustundlikult soovitud laste arvu üle ja millal nad neid saada soovitakse ning neil on õigus saada ligipääs kvaliteetsele seksuaal- ja reproduktiivtervise hoiule. Lisaks tunnistati konverentsi dokumendis inimeste õigust teha neid otsuseid diskrimineerimise, sundimise ja vägivalda vabalt - nagu on seda väljendatud inimõiguste dokumentides. Maleshina selgitab, et reproduktiivõiguste ulatus ja õiguslik raamistik erineb riigiti drastiliselt ning on kaks suurt suundumust: vaadelda neid õigusi kui naiste reproduktiiv “probleemide” hulka kuuluvana, seejuures peamiselt kui naise õigust abordile või käsitleda neid laiemas tähenduses, näiteks kui õigusena paljunemiseks. Maleshinat tsiteerides: “küsimus pole

⁵ Reproduktiivõigused. (2020). Inimõiguste giid. Kättesaadav: <https://www.inimõigustegiid.ee/ee/teemad/perekond/reproduktiivõigused>, 29.oktoober 2020

⁶ Maleshina, *supra nota* 4, 6

sugugi nii lihtne, kui võib probleemi vaadeldes esmapilgul tunduda. Kunstlik viljastamine, kehaväline viljastamine ja ektogenees muudavad paljunemise võimalused ilma seksuaalvahekorra reaalsuseks.” Töö autor nõustub väitega, et tehnoloogia arengud on muutnud paljunemist jäädavalt, kui valdava osa inimkonna ajaloost on paljunemise lahutamatuks osadeks olnud intiimsuhted mehe ja naise vahel, siis tehnoloogia arengud on loonud uued võimalused saada järeltulijad, mille eelduseks ei ole tavapärased intiimsuhted. Õigusteadlased ja teised spetsialistid on arutanud asendusemaduse, kui järglaste saamise vormi eeliste ja puuduste, seaduslikkuse või ebaseaduslikkuse üle. Barbara L. Atwell on öelnud, et asendusemadust selliselt praktiseerides, nagu seda praegu tehakse, üritatakse luua uus iseseisva lapsendamise vorm.⁷ Atwelli arvates selliseid kokkulepped ei tohiks jõustada sellises ulatuses, mis on vastuolus riigi lapsendamise põhimääruses väljendatud legitiimsete ja läbimõeldud avaliku korraga. Atwell'i sõnul “lapsendamine on meetod, mille abil riik üritab pakkuda sobivat kodu lastele, kelle bioloogilised vanemad ei suuda või ei taha neid hooldada. Kuna see põhjustab lapse ja tema bioloogiliste vanemate vaheliste juriidiliste sidemete püsiva katkemise, on lapsendamine adresseeritud igas riigis rangelt. Püüdes tagada kõigi osapoolte - lapse, bioloogiliste vanemate ja lapsendajate - huvide kaitse, kajastatakse riiklikes lapsendamise põhimäärustes mitut poliitikat. Üheks selliseks poliitikaks on tagada, et bioloogiliste vanemate nõusolek lapse adopteerimiseks loovutamiseks oleks vabatahtlik ja teadlik. Teine võimalus on vältida laste kohtlemist kui vara.” Oma artiklis jõudis Atwell järeldusele, et asendus vanematega (asendusemaduse kokkuleppe sõlminud paar) seotud lepingud on vastuolus mitmete erinevate Ameerika põhiõiguste sätetega ning leidis, et vastupidiselt asendusemadusele tuleks eelistada lapsendamist, kuna see kaitseb paremini lapse huve. Kuigi Atwell'i arvamusega, et asendusemadusega püütakse luua uut lapsendamise vormi võib leida mõningast tõepõhja või sarnasusi, ei saa autor sellega lõpuni nõustuda. Täpsemalt, nagu eelpool öeldud, lapsendamise käigus leitakse juba sündinud lapsele uued vanemad, kuid seevastu asendusemaduse puhul planeeritakse lapse sündi ette ning vanematel on lapsega enamasti bioloogiline side. Analoogete võrdlused lapsendamise ja asendusemaduse vahel on õigusteadlaste ja filosoofide seas levinud, näiteks vastupidiselt Atwelli'le on Islandi õigusteadlased Hrafn Ásgeirsson ja Salvör Nordal arvamusel, et asendusemadust oleks just kõige kõige parem käsitleda kui lapsendamise vormina.⁸ Ásgeirsson ja Nordal on arvamusel, et “üks võimalus tagada lapse õiguste kaitse on kogu arutelu raamimine teistmoodi - vaadates

⁷Atwell, B. L. (1988). Surrogacy and adoption: case of incompatibility. *Columbia Human Rights Law Review*, 20(1), 1-60.

⁸ Ásgeirsson, H., Nordal, S. (2015). Reproductive Technology and Surrogacy A Global Perspective. *TemaNord*. 2015:561.

asendusemadust pigem lapsendamise kui meditsiinilise ravi vormis.” Nende hinnangul, peaks selle asemel, et pidada asendusemadust peamiselt meditsiiniliseks protsessiks (viljatuse raviks), lähenema sellele kui juriidilisele küsimusele, mille eesmärk on vanemate vastutuse kehtestamine. Nende sõnul selline lähenemine võimaldaks muuta fookust, keskendudes vanemate asemel lapsele, “selle lähenemisviisi tagajärjel asendusemaduse abil sündinud lastega seotud vanemate kohustused kantakse kavandatud vanematele alles pärast sündi. Seetõttu ei saa kavandatud vanemad sõnaõigust ei asendusema ega lapse elus enne, kui laps on sündinud ja seaduslikult lapsendatud.” Autor nõustub, et selline õiguste ja kohustuste reguleerimine võib aidata ennetada mitmeid probleeme, mis kaasnevad asendusemaduse kokkulepetega, kuid Ásgeirsson ja Nordali ettepaneku puhul tekib küsimus, kellele jääb otsustusõigus asendusemaduse raseduse kestel, olukorras kui asendusema otsustab raseduse katkestada? Asendusemaduse reguleerimine on komplitseeritud küsimus, tundub, et iga lahendusega kaasnevad uued küsimused ja erinevaid õiguslikud probleemid, kuid selle regulatsiooni loomine lapsendamise põhimõtetele rajandes võib olla hea alguspunkt, millelt edasi liikuda eraldiseisva regulatsiooni loomiseks. Asendusemadus sai alguse kui eksperimentaalne lahendus viljatutele abielupaaridele, mis algusaegadel oli sotsiaalselt pigem taunitav, kuid aja jooksul on sihtgrupp oluliselt laienenud ning ühiskondlikud hoiakud muutunud. Seadusemuudatused on avanud asendusemaduse vallalistele ja samasoolises partnerlussuhtes olevatele inimestele, toonud kaasa ühiskonna suhtumise radikaalse pehmenemise ning läbi ülemaailmse "tööstuse" loomise kaudu, on asendusemadus muutunud laialdaselt levinuks.⁹ Meditsiini areng on muutnud viljastamise ja pere loomise viljatute paaride ja ka üksikisikute jaoks reaalsuseks. Perekonna loomisel on asendusemaduse ja lapsendamise vahel selgelt tõmmatud piir, asendusemadus eesmärk lähtub vanematele soovist saada laps, kuid lapsendamisel saab laps endale vanemad.¹⁰ Eesti Naistearstide Selts määratleb asendusemadust kui täielikku või osalist asendusemadust. Täieliku asendusemaduse korral puudub asendusemal tulevase lapsega geneetiline side, osalise asendusemaduse korral on asendusema ühtlasi ka munaraku doonoriks.¹¹ Rahvusvaheliselt eristatakse kahte asendusemaduse viisi, traditsiooniline asendusemadus ehk osaline ning gestatsiooniline ehk täielik, mõlemal juhul võib viljastamiseks kasutatav sperma pärineda kas selleks ettenähtud isalt või doonorilt. Asendusemaduse osas on võimalik sõlmida erinevaid kokkuleppeid, laiemalt tuntud liigituste kohasel on asendusemadus kas altruistlik või kaubanduslik. Altruistliku asendusemaduse puhul puuduvad asendusemadusel

⁹ Charrot, R. (2014). What do you need to know about surrogacy? *Private Client Business*. P.C.B. 2014, 1, 39-43.

¹⁰ James, E. (2015). International surrogacy's "ticking time bomb". *Private Client Business*, 4, 178-181.

¹¹ Eesti Naistearstide Selts. (2012). Asendusemadus. *ENS seisukohad*. Kättesaadav: <https://www.ens.ee/ens-seisukohad>, 04. oktoober 2020.

majanduslikud motiivid, see tähendab, et asendusemale ei maksta lapse kandmise eest tasu ja üldiselt tasutakse ainult rasedusega seotud kulud. Kommertsliku asendusemaduse kokkuleppe puhul saab asendusema lapse kandmise ja sünnitamise eest hüvitist ning lisaks hüvitatakse ka kokkuleppel muud üldised kulud. Asendusemadus sellisel viisil, kuidas seda tuntakse tänasel päeval, on eksisteerinud hinnanguliselt ainult viimased kolmkümmend aastat.¹² Ajalooliselt on aga asendusemaduse idee leitav juba Piiblist, mille kohaselt abielupaar Sarah ja Abraham polnud võimelised ise lapsi saama ning palusid enda teenijat Hagarit, et tema oleks Abrahami lapse ema.¹³ Peale lapse sünni kasvasid abielupaar sündinud last kui enda oma, hoolimata asjaolust, et Sarah polnud lapse bioloogiline ema. Seda võib kirjeldada kui traditsioonilist ehk täielikku asendusemadust. Kuni aastani 1975 oli selline traditsiooniline asendusemadus ainus viis kuidas vanemaid said endale lapse kasutades selleks asendusema. Aastal 1976 sõlmiti esimene legaalne asendusema kokkulepe, jurist Noel Keane'i poolt, tegemist oli traditsioonilise asendusemaduse kokkuleppega, kus asendusemale tasu ei makstud.¹⁴ Tegemist oli ajaloolise kokkuleppega, mis rajas teed, tulevastele nüüd leaalsetele kokkulepetele Ameerika Ühendriikides. Järgmine areng leidis aset 1980 aastal, kus Elizabeth Kane (pseudonüüm) sõlmis Ameerika esimese tasustatud asendusemaduse ehk kommertsliku asendusemaduse kokkulepe. Kane sünnitas sama aasta novembris poja ning andis ta üle vanematele, kes seejärel tasusid talle 10 000 dollarit.¹⁵ Esimene gestatsiooniline asendusemadus leidis aset aastal 1985, gestatsiooniline asendusemadus on ravivõimalus naistele, kellel on teatud selgelt määratletud, meditsiinilised probleemid ning tavaliselt puudub neil võime saada iseseisvalt geneetilisi lapsi. Tähtis õiguslik pöördepunkt gestatsioonilise asendusemaduse arengus leidis aset aastal 1990, Johnsoni v. Calverti kohtuasjas.¹⁶ Clavertid ei saanud last, Johnson, olles Calvertside olukorrast kuulnud, pakkus end asendusemaks. Pooled sõlmisid lepingu ja Johnsonile siirdati Calvertsite geneetilisest materjalist loodud embrüo. Lepingujärgselt lepidi kokku, et sündinud last peetakse Calvertite lapseks ja Johnson loobub kõigist vanemlikest õigustest. Calvertsid nõustusid maksma Johnsonile osamaksetena 10 000 dollarit ja ostma Johnsonile elukindlustuse poliisi. Aja jooksul tekkisid osapooltel lahkarvamused. Enne lapse sünni nõudis Johnson oma tasu väljamaksmist, vastasel juhul keeldub ta lapsest loobumisest. Pooled esitasid hagi lapse vanemate kindlakstegemiseks. Kui laps sündis, leppisid pooled kokku, et ta jääb ajutiselt Calvertite juurde ja Johnsonil on külastusõigused. Menetlev kohus otsustas, et

¹² Charrot, *supra nota* 11, 13

¹³ About Surrogacy. FROM THE BIBLE TO TODAY: THE HISTORY OF SURROGACY. Kättesaadav: <https://surrogate.com/about-surrogacy/surrogacy-101/history-of-surrogacy/>, 03. veebruar 2021

¹⁴ Russell, I.S. (1988). Within the Best Interests of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy Contracts. *J. FAM. Law.* 585.

¹⁵ Bowal, P. (1983). Surrogate Procreation: A Motherhood Issue in Legal Obscurity. *9 Queen's L.J.* 5.

¹⁶ Abell, T. (1994). Gestational Surrogacy: Intent-Based Parenthood in Johnson v. Calvert. *45 MERCER L. REV.* 1429.

Calvertsid olid lapse geneetilised vanemad ja Johnsonil ei olnud vanemlikke õigusi ning leping oli seaduslik ja kuulub täitmisele. Seega otsustas kohus, et laps jääb Calvertsitele ning lõpetas Johnsoni õiguse kohtuda lapsega. Loetud aastad peale selle kohtuvaidluse lõppu, aastal 1994 olid juba üle 50 protsendi¹⁷ kõigist asendusemadusest gestatsioonilised, see asendusemaduse viis on ühtlasi tänapäeval muutunud kõige levinumaks. Nagu eelnevalt öeldud, on käesoleva töö kirjutamise hetkel on Eestis asendusemadus absoluutse keelu all, mis tähendab, et last soovivatel vanematel pole võimalik kasutada ühtegi eelpool mainitud viisi. Asendusemaduse regulatsioone pole veel Eesti õigussüsteemis loodud, ainsa õigusliku definitsiooni (mis ühtlasi ka kriminaliseerib selle) leiab karistusseadustiku § 132 lg-s 1 mis loeb ebaseaduslikuks võõra munaraku või sellest valmistatud inimloote ülekandmise naisele, kelle kohta on teada, et ta kavatseb lapse pärast sündi ära anda ning selle tegevuse eest on ette nähtud rahaline karistus.¹⁸ Asendusemadus oma olemuselt kuulub reproduktiivõiguste alla, mis omakorda klassikalise käsitluse alusel kuulub inim- ja põhiõiguste valdkonda.¹⁹ Praktikas seovad reproduktiivõigused eneses kokku õiguse erinevad valdkonnad, rahvusvahelisest, siseriiklikust, avalikust ja eraõigusest kui ka lepingu- ja meditsiiniõigusest. Reproduktiivõigused on otseselt seotud järglaste saamisega, nende keskseks punktiks on inimväärikus ning kehalise autonoomia põhimõtted - igaühel on õigus otsustada, kuidas oma keha kasutada ning igaühel on õigus reproduktiiv õiguslikule vabadusele. Üldiselt on Eesti reproduktiivõiguseid puudutavates küsimustes olnud salliva ja pigem pooldava hoiakuga, reguleerides neid pidades silmas õigusi kehalisele enesemääramisele ning eneseteostusvabadust. Seda võib näha regulatsioonides mis puudutavad näiteks soovimata rasedust ning kunstliku viljastamist - siinkohal on oluline märkida, et kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus lubab kasutada doonorrakku lapse eostamiseks²⁰, selle vahemärkuse olulisust põhjendatakse töö käigus täpsemalt. Enesemääramisõigus ehk eneseteostusvabadus Eesti Põhiseaduse (PS) kohaselt tähendab õigust vabale eneseteostusele konkretiseerides inimväärikuse kaitse põhimõtet, inimväärikuse kaitset on Riigikohus nimetanud PS üheks aluspõhimõtteks, mis koos sotsiaaliigi põhimõttega moodustavad Eesti Vabariigi põhikorra tuuma ja on õiguskorra kõige olulisemad normid. Inimväärikuse kaitse eesmärk on vältida inimese muutumist riigivõimu objektiks või instrumendiks.²¹ Rootsi riiklik meditsiinieetika nõukogu väidab, et naiste autonoomia ja

¹⁷ Klein, E. (2014, Dec 17) 10 HISTORICAL FACTS YOU NEVER KNEW ABOUT SURROGACY. [Blog post]. Kättesaadav:<https://medium.com/@erickleinlaw/10-historical-facts-you-never-knew-about-surrogacy-6d5ce839fcee>, 07. veebruar 2021.

¹⁸ RT I, 03.03.2021, 3

¹⁹ Reproductive Rights. United Nations.

Kättesaadav:<https://www.un.org/en/development/desa/population/theme/rights/index.asp>, 18. november 2020.

²⁰ RT I, 28.12.2017, 35

²¹ RT I, 15.05.2015, 2, Kommenteeritud väljaanne. II ptk, Paragrahv 19.

enesemääramine on tugev põhjus altruistliku asendusemaduse lubamiseks ning igapähele on õigus ise otsustada, kuidas ta soovib oma elu elada” seletades, et on naisi, kes soovivad altruistlikel kaalutlustel aidata näiteks õel või sõbral sel viisil lapsi saada.²² Rootsi valitsuse uurija seevastu samas arutelus jõudis järeldusele, et asendusema autonoomia ja tema enesemääramisõiguse austamine eeldab ka seda, et asendusema peab suutma oma meelt muuta kui laps on sündinud. “Meditatsioonieetika üks põhimõiste on autonoomia või enesemääramine. Selle põhimõtte kohaselt on igapähele õigus elada oma elu vastavalt oma ettekujutusele sellest, mis on hea elu, ning elada kooskõlas omaenda väärtuste ja põhisoovidega.”²³ Eeldusel, et inimestel on teatud õigused seoses reproduktseerimise ja perekonna asutamisega, toetab autor väidet, et neile peaks olema tagatud ka õigused ning juurdepääs teistele kunstnikele pere loomise viisidele nagu seda on asendusemadus. Jessie Hill on öelnud, et kuigi paljud reproduktiivsete õigustega seotud organisatsioonid tunnistavad, et reproduktiivõigused on oluline osa naiste tervise hoiust, ei saa need piirduda üksnes juurdepääsuga abordile ja rasestumisvastastele vahenditele, vaid tuleb tagada muuhulgas ka juurdepääs ohutule sünnitus- ja günekoloogilistele tervisehoiuteenustele.²⁴ Siinkohal nõustudes Hilliga, leiab autor, et kõik reproduktiivõigused üldiselt peaksid olema tagatud osana tervisehoiuteenustest, mitte ainult piiratud arv neist teenustest ja õigustest. Paraku on isegi nii öelda elementaarsed tervisehoiuteenused suure osa inimkonna jaoks ka tänapäeval luksus, millele paljudel pole ligipääsu või puuduvad majanduslikud vahendid nende hüvede kasutamiseks. Piirdudes üksnes arenenud demokraatlike riikidega, kus on tervisehoiuteenused siiski valdavale osale elanikkonnast kättesaadavad, muutub teema komplitseerituks tänu poliitilistele komplikatsioonidele. Demokraatlike õigusriikide arengud on tugevalt seotud nende juhtidega ning omakorda juhtide prioriteetidega, see reegel kehtib ka tervishoiu tagamisel. Näitena võib tuua Ameerika Ühendriigid, kus peetakse nende riigijuhti ehk presidenti, vaba maailma ja demokraatia juhiks, kuid “pärast seda, kui president Donald Trump 2017. aasta jaanuaris Valgesse Majja tõusis, on naiste tervis ja õigused föderaal maastikul dramaatiliselt nihkunud, kuna administratsioon on aastatepikkuse arengu seisma pannud ja ümber pööranud”²⁵. Osob Ahmed väidab, et president Trump’i võimul oleku ajal tehti mitmeid rünnakud pereplaneerimise programmide vastu, lõpetati mitmete reproduktiivsete tervisehoiuteenuste osutamine täielikult või seati rahastamise piirangud teenuste osutamiseks, ühtlasi leidis Ahmed, et administratsiooni tegevus õhnestas reproduktiivseid

²² Gunnarsson Payne, J. (2018). Autonomy in altruistic surrogacy, conflicting kinship grammars and intentional multilinear kinship. *Reproductive Biomedicine & Society Online*. Volume 7, 66-75.

²³ *Ibid*

²⁴ Hill, B.J. (2009). Reproductive Rights as Health Care Rights. *18 COLUM. J. GENDER & L.* 501.

²⁵ Ahmed, O. (2018). 13 Ways States Can Protect and Advance Women’s Health and Rights. *Center of American Progress*. Kättesaadav: <https://www.americanprogress.org/issues/women/reports/2018/11/30/461639/13-ways-states-can-protect-advance-womens-health-rights/>, 07. detsember 2021.

õiguseid. Selline juhtide hoiak reproduktiivsete õiguste edendamisel, või kohati lausa pidurdamisel on paraku suurem probleem. Trump ei ole ainus president, kes ei ole edendanud reproduktiivõiguste arengut, endise presidendi Bush'i administratsioonile heideti lausa ette tahtlikult teiste valitsuste ja valitsusväliste organisatsioonide jõupingutuste takistamist, seksuaal- ja reproduktiivtervisega seotud terviklike meetmete kasutusele võtmiseks.²⁶ Serra Sippel on öelnud oma artiklis, et Bush'i administratsiooni taktika õõnestas veelgi laiemaid välispoliitilisi eesmärke - julgeolekut ja demokraatiat ning Ameerika Ühendriikidel on tungiv vajadus kasutada uut globaalse juhtimise stiili, mis edendaks ja kaitseks kogu maailmas seksuaal- ja reproduktiivtervist ning õigusi, integreerides need küsimused oma laiema välisabi programmi. Eestis on Hilliga sarnast seisukohta jaganud inimõiguste giid, öeldes, et kõigil on õigus juurdepääsule reproduktiiv- ja seksuaaltervishoiuteenustele ning riik peab tagama, et kõigil oleks võrdne juurdepääs riiklikult tasustatud tervishoiuteenustele.²⁷ Pidades asendusemadust reproduktiivõiguseks, nagu on seda määratletud inimõiguste deklaratsioonis, tuleb tõdeda, et Eesti riigi tegevusetus sellel teemal on küsitav. Kui Ameerika Ühendriikide juhtidele saab ette heita reproduktiivõiguste arengu takistamist, siis võib väita, et Eesti on selles küsimuses veelgi kehvemas seisus, eirates selle küsimusega olulisust ning jäädes passiivseks. Kuigi Eesti tagab mitmeid reproduktiivõiguseid kui osana riiklikust tervishoiuteenustest, on asendusemadusest tulevad võimalused jäetud täiesti kõrvale ning asendusemaduse puhul lausa keelatud. Statistikaameti 2020 aasta raporti alusel on Eesti rahvastiku loomulik iive aastaid olnud negatiivne ja alles viimasel paaril aastal püsinud tasakaalu lähedal.²⁸ Küsimused, kuidas tagada rahva püsijäämine ja kuidas suurendada laste sündi on olnud läbivad kogu Eesti riigi iseseisvuse aja. James Gift on öelnud: “vanemlus on kõige elu muutvam sündmus, mida enamik inimesi kogeb. On fundamentaalselt ebaõiglane, et mõned pole võimelised oma lapse sündi kogema. Asendusemadus pakub probleemile osalise lahenduse.”²⁹ Asendusemaduse lubamine Eestis võimaldaks paljudel eestlastel saada lapsevanemaks, kuid ühtlasi aitaks see kaasa ka riiklikul tasemel, tõstes iivet. Asendusemadus sai alguse küll kui eksperimentaalne lahendus viljatutele paaridele, kuid on aastatega muutunud järjest levinumaks lahenduseks. Ühtlasi on juurde tekkinud lisaks viljatutele paaridele ka teised huvigrupid, kelle jaoks on asendusemaduse kasutamine üks väheseid või ainus võimalus järglaste saamiseks, näiteks samasoolised paarid või üksikud

²⁶ Sippel, S. (2008). Achieving Global Sexual and Reproductive Health and Rights. 35 *HUM. Rts.* 13.

²⁷ *supra nota* 6, 9

²⁸ Eestlaste loomulik iive oli teist aastat järjest positiivne. (2020). Statistikaamet, Kättesaadav: <https://www.stat.ee/et/uudised/pressiteade-2020-074>, 07. märts 2021.

²⁹ Gift, J.M. (2020). Breach Baby: An Argument for Equal Enforcement of Traditional and Gestational Surrogacy Contracts. *University of Arkansas at Little Rock Law Review*. Vol. 43, Issue 1 (Fall 2020), pp. 127.

inimesed kellel pole partnerit. Populaarsust koguva reproduktiivse meetodiga kaasnevad arvukad moraalsed ja õiguslikud dilemmad, kas ja kuidas seda reguleerida. Üks võimalus asendusemaduse reguleerimiseks oleks seda käsitleda kui lapsendamise vormi, mitte kui meditsiinist protsessi. Islandi õigusteadlaste Ásgeirsson ja Nordalil olid valiidsed argumendid selliseks lähenemiseks, peamiselt kuna see aitaks muuta fookust ja seab sündinud lapse huvid esikohale. Täpsemalt aitaks selline regulatsioon ennetada otsustus õiguslike probleeme asendusema raseduse ajal, kuna kõik lapsega seotud otsustusõigused kanduvad edasi tulevastele vanematele alles peale lapse sündi. Kuigi asendusemaduse reguleerimine sarnaselt lapsendamise korraga oleks hea alguspunkt, on ka siin märkimisväärsed on ohud, eelkõige olukordades kus asendusema otsustab raseduse katkestada ning tekib vastuolu last soovinud vanematega tegeliku sooviga. Paraku ei piirdu dilemma üksnes otsustusõiguslike küsimustega, küsimused on palju laiemad ning iga lahendusega kaasnevad uued probleemid ja vastupidi.

Asendusemadus on üha enam tuntud ja populaarsust koguv reproduktiivne alternatiiv, mille käigus naissoost isik nõustub jääma lapseootele, lapse ilmale tooma ning seejärel lapse loovutama asendusemadust soovinud isikutele. Mõnes jurisdiktsioonis ei ole õigusakte, mis sõnaselgelt lubaksid või keelaksid asendusemaduse praktiseerimise, teised on selle tegevuse sõnaselgelt keelanud, muutes selle teatud aspektid kriminaliseerituks, viimase hoiaku on võtnud ka Eesti õigussüsteem. Levinum vastuargument asendusemaduses on seotud selle kommertsliku vormiga, seoses ebamoraalse kommertsliku tööstuse tekkimisega, kus laps on justkui „vara“ või „ese“ millega turul kaubeldakse ning asendusemadust pakkuvate naiste huvid on ei ole kaitstud – neid eksploatatakse. Altruistlik viis, ehk asendusemadus, kus asendusema tasu ei saa, tundub olevat ühiskondlikult paremini aktsepteeritav, kuid ka siin on vastumeelsust. Altruistliku asendusemaduse puhul on feministid arvamusel, et naistelt võetakse ära võimalus elatist teenida ning piiratakse nende õigust vabale eneseteostusele. Küsimuse komplitseeritus on selge, selle lubamine või mittelubamine leiab võrdselt argumente. Tuginedes aga argumentidele, et reproduktiivõigused on oluline osa inimõigustest, tuleb asendusemaduse võimalused tagada. Kuidas neid reguleerida on teine küsimus, ka siin on palju võimalusi mida iga riik saab rakendada, kuid täielik keelamine suurele protsendile inimkonnast, võib rikkuda nende reproduktiivseid inimõiguseid järglaste saamiseks ning otsustusõigust oma keha enesemääramise üle.

1.1. Asendusemaduse ja selle legaliseerimise vastu ja poolt argumendid

Asendusemadus on protsess mille käigus naine jääb küll lapseootele, kuid toob lapsed ilmale kellegi teise jaoks ja soovil ning järjest enam ei oma isegi geneetilist sidet sündinud lapsega. Asendusemaduse kõrval on veelgi levinum reproduktiivne meetod kehaväline viljastamine. Kehaväline viljastamine on sarnaselt asendusemadusega samuti kunstlik võimalus reprodutseerimiseks, mis on aidanud rasestumist tehniliselt muuta. Võrreldes asendusemadust ja kunstliku viljastamist, võib öelda, et asendusemadus on reproduktsiooni professionaalsemaks või lausa “ärilisemaks” muutnud, lisades juurde mitmeid osapooli, kelle vahel sõlmitakse erinevaid õiguslikke kokkuleppeid ja sageli on oluliseks osaks kokkuleppest ka rahalised hüvitised. Praktika näitab, et asendusemaduse keelustamine või regulatsioonide puudumine koduriigis ei takista soovijatel selle pereloomise viisi kasutamist. Selliste riikide kodanikud, kus on asendusemaduse praktiseerimine võimatuks muudetud, kuid kes soovivad pere loomiseks kasutada sellist meetodit, võivad seda proovida teha kas privaatset asendusemaduse kokkuleppeid sõlmides või pöördudes välisriiki. Nendel lapse soovijatel kellel on olemas rahalised võimalused, on võimalik taolisi kokkuleppeid sõlmida mitmetes riikides, kus asendusemaduse protseduurid on olemas ja ühtlasi legaalselt võimaldatud ka välismaalastele. Mõnda aega oli üheks suurimaks nii öelda turuliidriks välismaalastele asendusemadust pakkuva riigina India, kes hiljuti otsustas karmistada ja muuta enda regulatsioone. India ametivõimud otsustasid muuta regulatsioone mitmetel põhjustel, üheks peamiseks probleemiks peeti sotsiaalset ebavõrdsust, seda seisukohta jagavad valdavalt enamus asendusemaduse vastased. Ebavõrdsus tuleneb asjaolust, et jõukatel lääneriikide inimestel on majanduslikud võimalused tasuda selle eest, et vähem privilegeeritud naine kannaks tema lapsi. “India valitsus võttis 2018. aasta detsembris vastu asendusemaduse seaduse, millega tehti palju muudatusi juba kehtivates eeskirjades, eelkõige keelati kaubanduslik asendusemadus ja piirati välismaalaste vabadust Indias asendusemadust taotleda. See on andnud suure löögi agentuuridele, kes korraldasid välismaalastele asendusemadust. Selle seaduse vastuvõtmise peamine põhjus oli asendusemaduse osutanud naiste ebaõiglane kohtlemine. Neil olid kehvad elutingimused ja nad ei saanud sageli raha, mille kavandatud lapsevanemad agentuurile maksid. Mõned asendusemad kannatavad kasutatava abistava viljastamise tehnoloogiate tõttu tüsistusi; nende hulka kuuluvad peamiselt emakaväline rasedus, psühholoogiline stress ja munasarjade hüperstimulatsiooni sündroom.”³⁰ Selline korraldus sisaldab endas mitmeid moraalseid dilemmasid kuid ka õiguslikke küsimusi, eelkõige neid, mis puudutavad asendusema enda õiguseid kogu protsessi vältel. Arutelu

³⁰ Saran, J.P. (2020). New laws ban commercial surrogacy in India. *Medico-Legal Journal*. 88(3):148-150.

on komplitseeritud, kuna see puudutab mitmeid emotsionaalseid teemasid nagu valikuvabadus, lapsevanemaks olemine, emadus ja rasedus. Need on teemad mis on ühiskonnas väärtusega ja moraaliga koormatud ning on eelnevalt tuhandeid aastaid püsinud muutumatult. Reproductiiv tehnoloogia areng on toonud enesega kaasa uued küsimused, mis aitavad kaasa ühiskondliku arutelule tekkimisele ja arengule, kuid ühtlasi loovad ka konfliktile. Nende hulgas on lisaks eelpool toodule, küsimused mis hõlmavad endas ühiskonna senist arusaamist soost, klassist, rassist, rahvusest, lapsevanemaks olemisest ja rasedusest endast. Anita Allen'i sõnul "sageli spekulatsioonid, et pikemas perspektiivis kannatavad asendusemaduse kasutamise tõttu kõige rohkem vaesed ja "tumedanahalised" naised. Mõned kardavad, et vähemusrahvusest naistest saavad "asendusemaduse klass". See tulemus oleks mustanahaliste naiste puhul irooniline, sest klassina on mustanahaliste naiste viljatus protsent kõrgem kui valgetel naistel ja nad on vähem võimelised ise surrogaatteenuste eest maksma."³¹ Aastal 2017 vahendas Aktuaalne Kaamera uudist, kus Liina Eek, MTÜ Viljatusravi Tugikeskuse juht kirjeldas, kuidas viimase aasta jooksul on nende poole pöördunud neli naist, kes sooviksid asendusemaduse abiga last saada. Liina Eek selgitas, et "neil oleksid isegi asendusemad olemas, kellel ema, kellel õde, kellel sõbranna ja nad ootavad väga, et see protseduur legaliseeritakse. See, et see Eestis praegu legalne ei ole, ei tähenda, et nad sellega ei tegele, nad käivad välisriikides seda tegemas".³² Vastukajaks, väljendas samas uudises oma seisukohta Eesti Kirikute Nõukogu. Kirikute nõukogu asepresident Meego Rummel sõnul "Eesti Kirikute Nõukogu leiab, et asendusemadust ei tohiks legaliseerida, kuna sellega kaasneb väga palju eetilisi probleeme, alates loomupärase ema ja lapse kokkukuuluvus suhte lõhustamisest, kuni naiste ekspluateerimiseni." Kirikute Nõukogu esindaja sõnul näevad nad seda, et kus seda laialt praktiseeritakse on sageli on need naised sunnitud olukorras. Rummel tõi näiteks India, kus on tema sõnul väga haavatavad naisgrupid tulenevalt nende vaesusest. Rummel, sarnaselt teiste asendusemaduse vastastega tõi paralleeli ka prostitutsiooniga, "kus naine ei tahaks seda teha, aga sageli ta teeb seda". Kuigi Rummel tunnistas, et Eestis nad seda niimoodi ei kaalu, leidis ta, et "tegemist on väga keerulise psühholoogilise, sotsiaalse, juriidilise ja moraalse probleemiga". Siinkohal nõustub autor, kuid ainult osaliselt kiriku esindaja Meego Rummeli seisukohaga, selles osas mis puudutab naiste potentsiaalset ekspluateerimise ohtu vaesemates riikides. Tegemist on tõsise probleemiga, kuid autor ei jaga arvamust, et üksnes probleemide võimalik esile kerkimine oleks piisav põhjendus inimeste reproductiivõiguste absoluutseks

³¹ Allen, A.L. (1990) Surrogacy, slavery, and the ownership of life. *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 139

³² Nõmm, G. (2017). Kirik on vastu asendusemaduse seadustamisele. ERR. Kättesaadav: <https://www.err.ee/600119/kirik-on-vastu-asendusemaduse-seadustamisele>, 16.veebbruar 2021.

keelustamiseks. Selle asemel, tuleks seaduse reguleerimisel pidada silmas juba neid samu ilmnunud probleemkohti, mis on ilmnunud teiste riikide õiguspraktikast ning luua piisavalt läbimõeldud ja kaalutletud regulatsioonid nende ennetamiseks. Veelgi enam, Meego endi sõnul, Eestis ta olukorda selliselt ei näe, seega tundub ebamõistlik tuua argumendiks teistes riikides esinenud probleeme, mille esinemine Eestis ei ole tõenäoline. Samuti, ei saa pidada vääraks väidet, asendusemaduse teemaga võivad kaasneda keerulised psühholoogilised, sotsiaalsed, juriidilised ja moraalsed probleemid, kuna tegemist on äärmiselt tundliku ja isikliku teemaga. Seejuures tuleb jällegi lähtuda isiku vabadusest, ühiskonnas, kus väärtustatakse inimõiguseid ja valikuvabadust, peaks jääma igale inimesele vabadus võtta kanda need riskid. Erinevate sotsiaalsete ja psühholoogiliste probleemide ilmnemine ei ole reegel, ei saa eeldada, et iga asendusemaduse juhtumi puhul need kaasnevad. Samuti ei ole need ka probleemid mida ei oleks võimalik piisava ettevalmistuse, tugiprogrammide ja piisava seadusandluse loomise teel võimalik ennetada või lahendada. Asendusemadus on juba tänapäeval suuresti muutunud, enamikes asendusemaduse kokkulepetes eelistatakse selle vormi, kus naine kes last kannab ei oma isegi geneetilist sidet lapsega. Levinuim argument asendusemadus pooldajate seas, põhineb liberaalsel lähenemisel seoses inimese vabaduse ja õigusega saada otsustada oma keha üle. Sellise põhimõtte jagajad rõhutavad õigusele enesemääramiseks ja usuvad, et selle õiguse tagamiseks ja austamiseks tuleb naistele võimaldada asendusemadust. Argument asendusemaduse kohta baseerub suuresti individuaalsetele enesemääramise õigustele. Naiste enesemääramisõigus viitab lisaks feministlikule ideele, et igal naisel peaks olema õigus langetada otsuseid oma keha üle. Antud praktikale vastandumist peetakse naiste vabaduste ja õiguste piiramiseks ning seeläbi peetakse oponentide konservatiivseid arvamusi taunitavaks. Kuigi kirikud on oma hoiakute poolest läbi aegade olnud pigem konservatiivsed, leidub oponeerivaid seisukohti ka väljaspool usulisi ringkondi. Võttes arvesse, et enamused kaasaegseid riike ei lähtu enam oma seadusandluse loomisel kiriku konservatiivsetest lähenemistest, näitab asendusemaduse laialdane piiramine, et selle keelustamise põhjus asub ka mujal. Üldiselt feministid rõhuvad väitele, et naised on ise võimelised otsustama ja neid ei sunnita kuidagi asendusemaduseks. See argument eeldab aga, et vaba valiku langetab inimene, kellel on võime kaaluda plusse ja miinuseid üksteise vastu ning teha autonoomne otsus. Sellise lähenemise puhul on oht eirata asjaolu, et naine võib siiski tunda end survestatud asendusema kokkuleppe sõlmimiseks. Ameerika feminist Andrea Dworkin suhtub sellesse naiste vabaduse vaatesse kahtlevalt. Ta usub, et riik on aidanud kaasa sotsiaalsete, majanduslike ja poliitiliste olukordade ülesehitamisele, mis sunnib naisi müüma seksuaalseid või

reproduktiivseid teenuseid.³³ Dworkini teooria kohaselt võib asendusemadust võrdsustada prostitutsiooniga, kuna mõlema puhul toimub lõivu maksmine keha kasutamise eest. Sarnaselt, eelnevalt kirjeldatud Eesti Kirikute Nõukogu arvamusega, väidab Andrea Dworkin lisaks, et asendusemadus on nagu prostitutsioon ka põhjusel, et asendusemal pole reaalsuses valikuvabadust. Täiendavalt väidab Dworkin, et asendusemadus tekitab seega küsimusi prostitutsiooni seaduslikkuse kohta. Kas naisel on õigus sõlmida tema kehaga seotud lepinguid, kui keha müümist nähakse olevat kui individuaalse tahte akti? Dworkin on arvamusel, et asendusema stsenaariumis on sutenöörid arstid ja “lõbumajad” on haiglad, kuna naised ei sõlmi asendusema kokkuleppeid oma vabal tahtel, vaid vajadusest ellu jääda. Dworkini teooria kõrval leidub veel arvukaid seisukohti, mis väljendavad vastumeelsust kaubanduslikule asendusemadusele. Üks huvitavamaid on Christine Overalli teooria, mille kohaselt kaubanduslik asendusemadus on seotud patriarhaalse tarbijaturuga.³⁴ Overalli sõnul, asendusemaduse turu eksisteerimise peamine põhjus seisneb meeste soovis olla lastega geneetiliselt seotud. Täpsemalt selgitab ta, et vajadus turu järele on olemas, kuna on olemas viljatud naised ning mehed, kes soovivad oma lastega geneetilist sidet. Seega on tema hinnangul kaubanduslik asendusemadus vale, mitte ainult seetõttu, et see eeldab tööturгу mida saavad pakkuda üksnes naised, vaid on vale ka seetõttu, et see põhineb meeste patriarhaalsel soovil omada lastega geneetilist seost. Vastupidiselt asendusemaduse pooldajatele, kes rõhutavad inimese vabadusele ja enesemääramisõigusele, leiavad oponendid, et naised vastupidi kaotavad kontrolli oma keha üle. Naiste asemel kontrollivad nende keha kliinikud, kus otsustatakse nii naise kui lapse käekäik, seejuures võetakse naiselt ka vabadus otsustada kas ta teeb aborti või mitte. Vaadates asendusemaduse küsimust sellise lähenemise läbi, järeldub, et asendusemaduse kokkulepet sõlmides naised justkui kaotavad õiguse oma kehale. Oponentide arvamusel naisi eksploatatakse, kasutades nende kehasid kui konteinereid, mida turul müüakse ning rasedus ei kuulu naisele endale.³⁵ Seda lähenemisviisi võib pidada argumendiks, mille kohaselt on kokkuleppest saadav tulu olulisem kui naise heaolu, kes on otsustanud olla asendusema rollis. Lisaks keerulisele vaatele rasedusele väljendatakse muret selle pärast, et naised kannatavad pärast lapse üleandmist erinevate psühholoogiliste probleemide all seoses lapse loovutamiseega. Samuti on problemaatiline olukord, kus asendusema muudab oma otsust ja soovib lapse endale jätta. Argumenteerides, et asendusemadus kuulub reproduktiivsete inimõiguste hulka, võib öelda, et

³³ Dworkin, A. (1983) *Right-wing Women*, A Perigee Book. New York: G. P. Putnam's Sons.

³⁴ Overall, C. (1987). *Ethics and Human Reproduction: A Feminist Analysis*. Routledge, London. 111-36.

³⁵ Peach, L. J. (1993). From spiritual descriptions to legal prescriptions: Religious imagery of woman as “fetal container” in the law. *J Law Relig.* 1993-1994;10(1):73-93.

asendusemadus rikub inimõiguseid, rõhutades soolist ebavõrdsust.³⁶ Feminist Debra Satz on põhjendanud seda arvamust väites et kaubanduslikud asendusemaduse korraldused hõlbustavad suuremat juurdepääsu naiste kehale ja kontrolli nende üle. Asendusemaduse kokkulepete reeglid mis on seatud raseduse ajal omavad naise elustiili üle märkimisväärse kontrolli, nõudes erinevate testide esitamist ja raseduse katkestamist probleemide esinemisel. Satzi jaoks pole mureks see, et leping "annab kontrolli kellegi teise keha üle", vaid see, et "kontrollitav keha" kuulub naisele ühiskonnas, kus ajalooliselt on naiste huvid allutatud meeste omadele, peamiselt tänu kontrollile naiste seksuaalsuse ja sigimise üle.³⁷ Sooline ebavõrdsuse üheks väljenduseks võib pidada ka asendusemaduse regulatsioonide tingimusi, mille alusel on sobivaks asendusemaduse üheks pooleks tavaliselt heteroseksuaalne abielupaar, kuid leidub ka riike kus sellist eeltingimust ei ole. Lisaks, eelpool toodud argumentidele, seab kaubanduslik asendusemadus ohtu ühiskonna kõlbelisuse, andes üksikisikutele võimaluse valida oma laste nahavärvi, sugu ja muid omadusi ning annab inimesele rahalise väärtuse. Ühtlasi kujutab endast riski sündimata lastele, kelle eneseväärikust võib mõjutada nende omaduste olemasolu või puudumine. Asendusemaduse teema tekitab tugevaid arvamusi nii pooldajate kui oponentide seas, seda sarnaselt välismaal kui ka Eestis. Mõlemal poolel on veenvad argumendid, kuid neid analüüsides võib leida, et sageli põhinevad need isiklikele hoiakutele ja arvamustele mitte alati õiguslikele põhjendustele. Räägitakse ohtudest mis asendusemadusega kaasnevad, nii sotsiaalsetest kui psühholoogilistest probleemidest, moraalistest dilemmadest ning tuuakse võrdlusi prostitutsiooniga, kuid taoliste dilemmade ja probleemide ilmumine ei saa välistada teema olulisust isikuvabaduse kontekstis. Samuti, tuleb lähtuda iga riigi eripärast, ilma paralleele tõmbamata probleemidega mis on esinenud teistes, sageli vähem arenenud riikides. Võrreldes näiteks India ja Eesti kui õigusriigi võimekust, on Eesti võimalused nii juriidiliselt kui sotsiaalselt palju paremad hästi toimivate regulatsioonide loomiseks ja nende täitmise tagamiseks. Ometi, pole Eesti õigussüsteemis asjakohaseid regulatsioone muudetud, mis puudutavad asendusemadust, alates sellest kui asendusemadus keelustati aastal 1997 taasiseseisvunud Eestis. Siinkohal on huvitav nentida, et asendusemadus ei olnud kriminaliseeritud enne mainitud seaduse muudatust. Muudatuse põhjendused on leitavad eelnõu seletuskirjast: "eelnõu järgi ei erine munarakudoonorlus olemuslikult sperma doonorlusest, mistõttu pole võimalik põhistada esimese karistuse ähvardusel keelamist olukorras, kus teine on lubatav, isegi heakskiidetav. 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

³⁶ Tobin, J. (2014). To prohibit or permit: What is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy. *International and Comparative Law Quarterly*, 63(2), 317-352.

³⁷ Bowal (1983), *supra nota* 17, 13

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 ära andmist ega selles osas kokku leppimist ei toimu³⁸. Põhjendusest ilmnevad mitmed populaarsed argumendid, räägitakse lapse äritsemise objektiks olemisest ning psühholoogilistest ja füsioloogilisest sidemest mis asendusema ja lapse vahel tekib. Kuid põhjenduse viimane lause näitab toleaeegse valitsuse konservatiivset hoiakut, pidades asendusemadust inimväärikuse riivamiseks ning seeläbi ka hinnates piisavaks põhjenduseks selle keelustamiseks. Need hoiakud ei ole muutunud, senine seadusandlus ja riiklik poliitika on jäänud alates asendusemaduse ilmumisest pigem konservatiivseks, küsimustes ja otsustes mis puudutavad asendusemadust. Üks väheseid ning märkimisväärsmaid arenguid sellel teemal leidis aset aastal 2017, kui Riigikogu rahvastikukriisi lahendamise probleemkomisjon korraldas avaliku istungi, kus arutati asendusemaduse küsimust. Eesti Rahvusringhääling kajastas probleemkomisjoni arutelu, kus osalejate seas olid teistele lisaks ka konservatiivse seisukoha on võtnud Eesti Kirikute Nõukogu (edaspidi EKN), mis leidis, et asendusemadust ei tohiks legaliseerida. EKN'i tõi põhjenduseks, et asendusemaduse legaliseerimisega kaasneb liiga palju eetilisi probleeme, näiteks lõhestumine ema ja lapse kokkukuuluvus suhtes, selline väide kattub eelpool toodud seisukohtadega, selles osas mis võrdleb asendusemadust naiste ekspluateerimisega.³⁹ Meditsiinieksperdid on aga vastupidisel arvamusel. Eesti Naistearstide Selts (edaspidi ENS) on avaldanud seisukoha, et asendusemadus peaks olema lubatud ainult meditsiinilistel näidustustel kuid sotsiaalsed näidustused ei ole aktsepteeritavad.⁴⁰ Nende arvamus on, et eelistatud peaks olema täielik asendusemadus, ehk asendusemal peaks puuduma lapsega geneetiline side. Loa asendusemaduseks peaks andma eetikakomitee ja eksperdid, seejuures peaks olema meditsiini ekspertidel kohustus ja õigus teostada järelevalvet. Enne raseduse planeerimist tuleb läbida põhjalik nõustamine, seejuures asendusemal ja last soovival paaril eraldi. Asendusema autonoomiat tuleb austada raseduse igas staadiumis, ehk asendusemale peab jääma õigus iseseisvalt vastu võtta otsuseid tema keha kohta. Seejuures on ENS seisukohal, et asendusemadus ei tohi olla kommertslik tegevus ja asendusemaks võiks eelistatult olla lähedane inimene, kes teeb seda altruistlikel kaalutlustel ning katta tuleks tasuda

³⁸ Riigikogu IX koosseis. (1999). Eelnõu seletuskiri. Karistusseadustik 119 SE, Kättesaadav: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/5c321fb1-dc00-3e2a-ae2f2-a88bef6d0f5c/Karistusseadustik>, 10. aprill 2021.

³⁹ Charrot, *supra nota* 10, 11

⁴⁰ Eesti Naistearstide Selts, *supra nota* 12, 11

ainult otseseid rasedusega seotud kulud. On selge, miks on asendusemaduse teemal on enim arutelu leidnud selle kommertslik viis, kuna just sellega kaasnevad erinevad probleemkohad. Alles üheksakümnendatel aastatel sai embrüote siirdamine (raseduse asendusemadus) tööstuses võimalikuks. Ainult paar, kes soovis kasutada asendusema, andis siirdamise kaudu oma geneetilised eelsoodumused, mis tähendas, et asendusema sai last kanda ilma, et laps päriks tema geene. See tõi omakorda kaasa tööstuse viimise üle piiride, sest sageli “valgel” paaril tekkis võimalus saada “valged” lapsed, olenemata asendusema päritolust. Meditsiiniliste võimaluste arengutega koos arenesid välja ka uued sotsiaalsed probleemid, jõukad perekonnad palkavad järjest enam naisi, kes kuuluvad sotsiaalmajanduslikult vaesemasse segregatsiooni. Sageli pärinevad need naised kolmandatest riikidest või on “mitte valged”. Murettekitav on ka asjaolu, et järjest enam on lapsi soovivateks vanemateks ka majanduslikult heal järjel olevad naisterahvad, kellel oleks võimalik meditsiiniliselt ka ise lapsi saada, kuid eelistavad vältida rasedust ning kasutavad pigem kehvemal järjel olevaid naisi, kes nende eest last kannaksid. Argument jaguneb kaheks, millest üks pool leiab, et asendusemaduse eest ei tohiks kompenseerida. Teine pool on aga arvamusel, et keelustades tasustamise, võtab see ära võimaluse naistel parandada enda majandusliku olukorda. Selline argument põhineb vaatel, kus asendusemadust käsitletakse kui tööd, mille eest on võimalik saada tasu. Keelustamine võib rikkuda nii reproduktiivõiguseid kui ka õigust saada töö eest väärlist tasu.⁴¹ Aastal 2020 alguse saanud ülemaailmne pandeemia tõi päevakorda ka kommertsliku asendusemaduse negatiivsed aspektid Ukrainas ja teistes vaesemates riikides. Tänu piiride sulgemisele tekkis olukord, kus asendusemadusest sündinud lapsed jäid “lattu seisma”. Naistearst Made Laanpere sõnul olles lahutatud neid üheksa kuud kandnud naistest ja ära lõigatud tulevastest kasvu perekondadest jäid sajad, kui mitte tuhanded lapsed oma esimestel elukuudel ilma igasugusest vanemlikust lähedusest ning pole teada, millal nad seda üldse kogeda saavad.⁴² Laanpere jagab arvamust, et kommertsliku asendusemaduse suurim probleem on suur lõhe rikaste lääneriikide perekondade ja vaesematest riikidest pärit asendusemadust pakkuvate naiste majanduslikus ja sotsiaalses ebavõrdsuses. Tuues esile olukorra Indias, kus jõukatele läänemaadest pärit perekondadele lapsi sünnitavad naised jäävad ilma kõikidest oma õigustest ning elavad kogu raseduse aja kinnistes institutsioonides. Seades küsimuse alla nende naiste teadlikkuse ja arusaamise lepingutest millele nad alla kirjutavad ning lepinguga kaasnevatest tagajärgedest. Asendusemaduse protseduur on märkimisväärselt kulukas, mistõttu pöörduvad

⁴¹ London, C. (2012). Advancing surrogate-focused model of gestational surrogacy contracts. *Cardozo Journal of Law & Gender*, 18(2), 391-422.

⁴²Laanpere, M. (2020). Kommertslik asendusemadus seab ohtu vaesemate riikide naised. ERR. Kättesaadav: <https://www.err.ee/1103297/made-laanpere-kommertslik-asendusemadus-seab-ohtu-vaesemate-riikide-naised>, 15. jaanuar 2021.

perekonnad just vaesematesse riikidesse, kus see protseduur on kordades soodsam. Korrates juba eelnevaid seisukohti, mille kohaselt käsitletakse asendusemadust kui avatud turul tehtavat tehingut, saab tuua paralleele üldiste majanduslike muustritega, kus jõukamad riigid otsustavad oma tootmise viia odavamatesse riikidesse, et tagada madalamad kulud. Asendusemadus on suur tööstus, kuid samal ajal stigmatiseeritud, kuna ollakse arvamusel, et see on seotud prostitutsiooniga.⁴³ See arvamus põhineb eeldusel, et asendusemadust pakkuv naine on vahekorras mehega, kes lapse tellis, seda argumenti kinnitab asjaolu, et teadmised kunstlikust viljastamisest pole näiteks Indias eriti laialt levinud ja teenus ise kättesaadav. Indias polnud asendusemadus põhjalikult reguleeritud, mis tingis olukorra, et asendusemale makstav tasu sõltub tingimustest mis on kokku lepitud lepingus, mis omakorda soosis last soovivaid perekondi selliseid leppeid sõlmima just välismaal. Võrreldes tasu suurusega, mida maksaksid perekonnad Ameerikas ja Indias, on see vahe lausa mitmekordne.⁴⁴ Tänu karmide regulatsioonide puudumisele osades riikides ning keelustamisele paljudel teistes riikides on asendusemaduse tööstus kasvuteel, mille väärtus ülemaailmselt on hinnanguliselt 6 miljardit dollarit aastas.⁴⁵ Argument kommertsliku asendusemaduse vastu on, et see kaubastab lapsi, koheldes neid toodetena, mida saab osta ja müüa. Seejuures kasutatakse ära naised, kellel on ühiskonnas nii majanduslikult kui ka sotsiaalselt kõige vähem privileege. Need, kes seevastu propageerivad asendusemaduse kaubanduslikke vorme, leiavad, et seda tuleks vaadelda kui töötamise vormi, kus reproduktsiooni eest tasumine võimaldab naistele majandusliku vabaduse. Rahvusvahelise inimõiguste seaduslikust vaatenurgast on vaieldav, kas rahvusvaheline kaubanduslik asendusemadus tuleks keelata. Põhilisteks argumentideks on toodud kaubandusliku asendusemaduse negatiivsed aspektid, mille kohaselt asendusemadus tähendab lapse müümist, riskib naiste ekspluuteerimisega, eriti arengumaades ja rõhutab soolisele ebavõrdsusele on seisukohad millele valdav osa riikidest tundub rõhuvat. Selles kontekstis on keeruline näha kuidas globaalses keskkonnas oleks realistlik saavutada kokkulepet, mis võimaldaks kommertsliku asendusemaduse lubatavust kui inimõigust. Tõenäolisem oleks saavutada rahvusvaheline keelustamise leping, mis oleks kooskõlas rahvusvaheliste inimõigustega, eeldusel, et ollakse nõus väitega mille kohaselt kaubanduslikud asendusemaduse kokkulepped tähendavad lapse müümist.⁴⁶

⁴³ Field, M. A. (2014). Compensated surrogacy. *Washington Law Review*. 89(4), 1155-1184.

⁴⁴Ryznar, M. (2010). International commercial surrogacy and its parties. *John Marshall Law Review*. 43(4), 1009-1040.

⁴⁵ Mohapatra, S. (2012). Stateless babies & adoption scams: bioethical analysis of international commercial surrogacy. *Berkeley Journal of International Law*. 30(2), 412-450.

⁴⁶ Tobin, *supra nota* 37, 21

Asendusemaduse pooldajad rõhuvad vabale valikule ning eraelu puutumatusel, mille läbi võidavad kõik osapooled. Luuakse positiivne kuvand, mis põhineb üksikisiku vabadusel otsustada enda keha üle ning tavasid murdval tahtel kinkida viljatutele peredele laps. Raha mainitakse harva, kuid kui seda mainitakse, kirjeldatakse seda sageli kui vahendit, mis võimaldab asendusemal vaesusest välja tulla ja aidata iseenda bioloogilisi lapsi. Ehkki kõigi inimeste enesemääramisõiguse poole püüdlemine võib anda naistele vabaduse, ei tohi me unustada, et ka täiskasvanud inimesed võivad olla haavatavad, nii sotsiaalsetel kui majanduslikel põhjustel Probleemsete juhtumite ennetamiseks oleks lahenduseks hoolikalt reguleeritud asendusemaduse legaliseerimine ja õigusabi osutamine protsessi vältel, mis aitaks osapooltelt mõista kokkuleppes tulenevaid keerulisi õiguslike küsimusi ja tagajärgi.

1.2. Asendusemaduse rahvusvaheline õiguspraktika

Reproduktiivõigused kuuluvad fundamentaalsete õiguste hulka ning oma olemuselt annavad võimaluse teha reproduktiiv- ja seksuaaltervisega seotud otsuseid iseseisvalt. Seades piiranguid, võib seda pidada sekkumiseks inimõigustesse, mis puudutavad inimesed eraelu ja tervist, kuid selline sekkumine ei põhjusta alati nende õiguste rikkumist. Seda eelkõige, kuna kõik otsused, mida inimene soovib nendega seoses teha, on tihedalt seotud tema õigusega eraelule. Õigus teha otsuseid oma keha ja tervise kohta on osa inimese isiklikust autonoomiast või füüsilisest puutumatusel. Eraelu austamine võib olla seotud ka õigusega valida, kas saada lapsevanemaks või mitte. Kaasaegne tehnoloogia võimaldab kasutada alternatiivseid võimalusi nende õiguste elluviimiseks inimestele kellel pole meditsiinilistel põhjustel võimalik lapsevanemaks saada. Üheks neist võimalustest on asendusemaduse kasutamine. Aastal 2021 on altruistlik asendusemadus on lubatud näiteks Kanadas, Suurbritannias, Austraalias ja Taanis. Kõik asendusemaduse vormid on Prantsusmaal, Saksamaal, Itaalias, Portugalis ja Bulgaarias täielikult keelatud. Armeenia, Gruusia, Kasahstan, Venemaa, Ukraina lubavad nii altruistlikku kui ka ärilist asendusemadust.⁴⁷ Riikide seas, kes praegu oma regulatsioone seoses asendusemadusega üle vaatavad, on teiste seas Kanada, India ja Tai. Asendusemadusega seotud seadused on USA-s erinevates osariikides erinevad, näiteks on asendusemaduse sõbralikud osariigid Arkansas, California, New Hampshire ja teised. Kuid kommertslik asendusemadus pole New Yorgis lubatud ja Michigani osariik keelab täielikult asendusemaduse kokkulepped. Asendusemadus tuli esimest

⁴⁷ Surrogacy & Donor IVF By Country. Growing Families. Kättesaadav: <https://www.growingfamilies.org/surrogacy-by-country/>, 06. jaanuar 2021.

korda rambivalguse kätte kaheksakümnendatel, tänu Ameerika kohtuasjale mida tuntakse kui "Baby M" juhtum. Ameeriklasest advokaat Noel Keane nägi võimalusi äriidees, mis ühendades naisi, kes olid valmis kandma lapsi lastetute paaridega.⁴⁸ Keane oli aru saanud, et paljud paarid, kellel oli raskusi laste saamisega, olid valmis maksma suuri summasid, et saada endale laps kellega nad jagavad geneetilist sidet. Keane esitles oma tegevust heategevusena ning osales aktiivselt meedia väitlustes ja jutusaadetes. Asendusemaduse protsess leidis aset ka ühes Keane'i kliinikus, millega sai üks tähelepanuväärsemaid hooldusõigusi vaidlustusi alguse, nn "Baby M" juhtum. Juhtum seisnes selles, et asendusemal tekkisid seoses lapse sünniga tugevad tunded. Vältimaks lapsest ilma jäämist, ei näinud ta muud võimalust kui põgeneda koos lapsega. Juhtum pälvis meedias palju tähelepanu, kus asendusema pälvis nii poolehoidu kui ka viha kampaaniaid. Selle kohtuasja sisuline poolt hõlmas endas traditsioonilist asendusemadust nagu me mõistame seda tänasel päeval. New Jersey Ülemkohus otsustas, et sõlmitud asendusemaduse leping on tühine, olles avaliku korra rikkumine. Kohus otsustas asja lahendada mitte lepingu alusel vaid kui tavapärasest hooldusõiguse vaidlust geneetiliste vanemate vahel, lähtudes lapse parimatest huvidest. Vaidlus lõppes sellega, et asendusema kaotas lapse hooldusõiguse, leides, et see kuulub last soovitud vanematele. Kõrge profiiliga vahejuhtumi tagajärjel kehtestati paljudes USA osariikides keeld asendusemaduseks. Rahvusvaheliste kaubanduslike asendusemaduse kokkulepete kiire laienemine on tekitanud tõsiseid eetilisi ja õiguslikke dilemmasid selliste kokkulepete alusel sündinud laste kodakondsuse ja vanemate ning asendusemade võimaliku ärakasutamise osas. Neid dilemmasid on uurinud Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents, mille alaline büroo on koostanud kaks esialgset aruannet, mille eesmärk on käsitleda piirkonna praktilisi vajadusi ja uurida, kas mitme poolne konventsioon võib käsitleda rahvusvahelise eraõiguse küsimusi mis tulenevad rahvusvahelistest asendusemaduse kokkulepetest.⁴⁹ Konverentsil jõuti järelduseni, et küsimus on keeruline ning selleks kulub palju aega, kuni jõutakse kokkuleppeni mis reguleerib rahvusvahelisel tasemel kommertsliku asendusemadust. Seega leiti, et riigid mis on keelustanud asendusemaduse, peaksid iseseisvalt välja töötama pragmaatilise lahenduse eetilistele ja õiguslikele probleemidele, mis kaasnevad nende riigi kodanikega, kes on otsustanud saada lapse asendusemaduse teel välismaal. Välja on pakutud idee, et Haagi Konventsiooni alusel võiks reguleerida asendusemadust kui rahvusvahelist lapsendamist, mille alusel saaks vältida rahvusvahelisi konflikte.⁵⁰ Aluseks võetakse asendusemadust soovitud vanemate päritolu riik,

⁴⁸ Field, *supra nota* 40, 23

⁴⁹ Tobin, *supra nota* 33, 20

⁵⁰ Bradley, K. (2018). Surrogacy and sovereignty: Safeguarding the interest of both the child and the state. *North Carolina Journal of International Law*. 43(4), 1-37.

eeldusega, et sündinud lapsele antakse vanemate riigi kodakondsus ning vanemate kõik lapsega seonduvad õigused. On näha ülemaailmset suundumust, kus üha rohkem riike keelab seadusandliku asendusemaduse ja viitab eetilisele dilemmale sellises tegevuses. Nendest riikidest leiame teiste hulgas India, kes on seaduse jõustumiseni otsustas aastal 2015 keelata asendusemaduse ka välisriikide paaridele, kes asendusemadena kasutavad India naisi.⁵¹ Eelnevalt otsustas India aastal 2002 legaliseerida ärilise asendusemaduse eesmärgiga edendada meditsiiniturismi Indias. See eesmärk sai täidetud ning pärast seda otsust sai India "asendusemaduse keskuseks". Peamine põhjus oli madal hind Indias ja rangete õigusaktide puudumine. Vastavalt CII aruandele aastal 2012 oli India asendusema tööstuse suurus 2 miljardit dollarit aastas ning arvati, et kogu riigis tegeles sellega üle 3000 viljakuskliiniku, seejuures lausa 80% paaridest pärinesid väljastpoolt Indiat.⁵² Seda laadi seadusjärgne keeld ei mõjuta mitte ainult asjaomast riiki, vaid ka kogu asendusemaduse valdkonda, kuna keeld tunnistab eetilist dilemmat asendusemaduse ärilises küljes. Kuna India oli juhtiv riik kommertslikuks asendusemaduseks, avaldab Indias aset leidev muudatus mõju rahvusvahelisel tasemel. Keelustamist põhjendati sellega, et kuna puudusid karmi regulatsioonid, siis asendusemaduse praktika muutus ebaturvaliseks ning ebaeetiliseks.⁵³ Sealhulgas koheldi asendusemasid halvasti, neid ekspluateeriti ning neil olid halvad elutingimused. Suure rahvusvahelise nõudluse tõttu tekkisid Indias nii öelda "beebivabrikud", mille käigus asendusemadust vahendavad agentuurid võtsid enamuse makstud tasust endale. Hoolimata sellest, et naised kes kandsid lapsi said vaid väikese osa tasust, suudeti neid veenda seda protsessi mitu korda läbi tegema. Naised kordasid seda protsessi nende sotsiaalselt nõrgemast seisusest tulenevalt, nad elasid vaesus ja neil oli puudulik haridus. Selle tagajärjel halvenes nende naiste tervis, kuna neid kasutati aastast-aastasse kui "konteinereid". Kommertsliku asendusemadusega kaasnevad mitmed keerukad probleemid, mille lahendamiseks oleks vajalik luua põhjalikult reguleeritud õigussüsteem ning tagada järelevalve. Praktika näitab, et õiguslikud probleemid ei teki üksnes kommertslikes kokkulepetes. Austraalias, Queenslandis vajas kohtuniku sekkumist altruistlik asendusemaduse juhtum Lamb and Anor & Shaw.⁵⁴ Juhtumi keskseks probleemiks oli asendusemaduse kaudu sündinud lapse bioloogiliste vanemate seaduslikeks vanemateks tunnistamine. Asendusemaks oli lapse geneetilise ema sugulane, kellega

⁵¹ Comeau, N. (2019, Dec 18). Inside India's surrogacy debate. Kättesaadav: <https://opencanada.org/inside-indias-surrogacy-debate/>, 21. november 2020.

⁵² Goyal, S. (2020, Aug 17). Surrogacy in India: History, Impact on poor and facts. Kättesaadav: <https://www.jagranjosh.com/general-knowledge/surrogacy-in-india-1597665040-1>, 21. november 2020.

⁵³ Klein, *supra nota* 19, 14

⁵⁴ Lamb and Anor & Shaw. (2017). Family Court of Australia. FamCA 769. Kättesaadav: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FamCA/2017/769.html>, 20. november 2020.

tekkisid raseduse ajal geneetilistel vanematel lahkkelid ning asendusema soovis teha aborti. Asendusema rasedus oli liiga kaugele arenenud selleks hetkeks ning aborti teha polnud võimalik, seega tõi asendusema lapse ilmale. Kaks päeva peale lapse sünni algatasid geneetilised vanemad kohtuliku menetluse, mille järel saavutati vahekokkulepe. Vahekokkuleppe kohaselt nõustus asendusema lapse loovutama geneetilistele vanematele ning andma neile seaduslikult hooldusõiguse. Hiljem asendusema siiski keeldus last üleandmast ning soovis ise last lapsendada, mille järel geneetilised vanemad pöördusid kohtu poole, nõudes vahekokkuleppe kinnitamist. Kohus andis geneetilistele vanematele täielikud hooldusõigused, otsustades, et laps elab nende juures ning asendusema võib lapsega aega veeta ainult geneetiliste vanemate nõusolekul. Kuigi lõpuks kohus andis geneetilistele vanematele täielikud hooldusõigused, leidis esmalt, et pelgalt seadusele tuginedes pole asendusemal kohustust last üle anda. Kohtulahend tõi välja asendusemadusega kaasnevad riskid ning juhtis tähelepanu Austraalia Queenslandi asendusemaduse seaduse (Surrogacy Act 2010) puudujääkidele. Queenslandi osariigi asendusemaduse seaduse kohaselt ei ole asendusemal kohustust asendusemaduse alusel sündinud last üle anda, samuti ei ole last soovinud vanematel kohustust last endale võtta. Asendusemaduse kokkulepped ei ole sundtäidetavad, mis tähendab, et mõlemad osapooled võivad ümber mõelda kuni ametlikult vanemateks nimetamiseni.⁵⁵ Probleemsete juhtumite ennetamiseks oleks lahenduseks hoolikalt reguleeritud kommertsliku asendusemaduse legaliseerimine. Samuti toob juhtum esile õigusabi osutamise olulisuse protsessi vältel, mis aitaks osapooltelt mõista kokkuleppes tulenevaid keerulisi õiguslike küsimusi ja tagajärgi. Viimaste aastakümnete jooksul on Euroopa Liit edukalt loonud õigusraamistiku, kus emadus, rasedus ja sünnitus ning üldisemalt vanemate õigused töökohal tagatakse ja neid edendatakse.⁵⁶ Asendusemaduse küsimus ei ole käesoleva töö kirjutamise hetkel veel Euroopa Liidu tasandil reguleeritud ning selle küsimuse lahendamiseks on jätud igale liikmesriigile vabadus lahendada see siseriiklikult tasemel. Sellest tulenevalt on liikmesriikide seisukohad ja lähenemised kujunenud erinevaks asendusemaduse reguleerimisel. Üheks lahenduseks oleks eelpoolt mainitud rahvusvahelise asendusemaduse konventsiooni rakendamine, mis sisult sarnaseks Haagi lapsendamise konventsiooniga. Haagi lapsendamise konventsioon kaitseb lapsi ja nende perekondi ebaseaduslike või halvasti

⁵⁵Entering into a surrogacy arrangement. Queensland Government. Kättesaadav: <https://www.qld.gov.au/law/births-deaths-marriages-and-divorces/birth-registration-and-adoption-records/surrogacy/entering-into-a-surrogacy-arrangement>, 02. veebruar 2021.

⁵⁶ Caracciolo di Torella, E. (2015). Surrogacy, pregnancy and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU. *European Law Review*. 52-69

ettevalmistatud lapsendamise riskide eest välismaal.⁵⁷ Sarnase regulatsiooni loomine aitaks kaasa mitmete asendusemadusega kaasnevate õiguslike juhtumite lahendamisel. Seda näiteks rahvusvaheliste asendusemaduse kokkulepe puhul, kus asendusema ja kogu protsess leiab aset ühes riigis, kuid tulevased vanemad on pärit ja elavad teises. Konventsiooni olemasolu kergendaks õiguslike probleemide kerkimisel valida õiget riikliku jurisdiktsiooni ja kohtualluvust. Esimesed sammud sellise konventsiooni loomiseks on astunud. Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alaline büroo uurib rahvusvahelise eraõiguse küsimusi, mis tekivad seoses laste seadusliku vanemaga ning samuti seoses rahvusvaheliste asendusemaduse korraldustega.⁵⁸ Selle raames loodud asendusemaduse projekti üheks põhjenduseks on toodud asendusemaduse kui globaalse äriiga kaasnevad väljakutsed, eelkõige kokkulepete puhul mis hõlmavad endas erinevate riikide osapooli. Sellise väljakutsete hulka kuuluvad rahvusvahelised asendusemaduse kokkulepped, kus on raskusi seoses sündinud lapse seaduslike vanemate tuvastamise või tunnustamisega, jättes lapse “vanemateta”. Projekti kirjelduses on mainitud millised on selliste olukordadega kaasnevad õiguslikud tagajärjed kõikide asjaosaliste jaoks, näiteks võib see mõjutada lapse kodakondsust, immigratsiooni staatust, lapsega seotud vanemliku vastutuse määramist või raskendab lapse rahalise ülalpidamise kohustusega isiku tuvastamist. Samal teemal hoiatas õiguslike ohtude eest Inglismaa ja Walesi kõrgema kohtu kohtunik Dame Lucy Theis. Kelle sõnul kaasnevad asendusemadusest sündinud laste arvu kiire suurenemisega ja vanemate puuduliku tegevusega mitmed õiguslikud tagajärjed.⁵⁹ Kohtunik Theis juhtis tähelepanu probleemile, et ilma kohtu poolt sanktsioneeritud vanemliku korralduse ja rahvusvahelise õiguse raamistiku parandamata võivad lapsed sattuda kodakondsuseta ja vanemateta. The Guardian’i 2015 aastal avaldatud artiklis tõi kohtunik Theis näite, et hinnanguliselt sünnib asendusemadele, peamiselt välismaal, 2000 last aastas, enne kui nad Suurbritannia vanematele üle antakse.⁶⁰ The Guardian’is Artikli väljaandmise aastale eelnevalt esitati aga valitsuse lastekaitse agentuuri Cafcass’i andmetel vanemate registreerimiseks ainult 241 avaldust. Theis’i sõnul on see tixsuv seaduslik ajapomm, mis võib tekkida hiljem näiteks vanemate surma, testamendi või pärandi probleemide ja vanemate lahkuminekku kaudu - või isegi siis, kui lapse isikut tõendavat dokumenti tuleb uuendada. Kui lapse staatus ja vanemad ei ole registreeritud, ei pruugi laps pärida oma uutelt vanematelt ja säilitab

⁵⁷ Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. (1995). The World Organisation for Cross-border Co-operation in Civil and Commercial Matters. Kättesaadav: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, 06. veebruar 2021.

⁵⁸ Parentage/Surrogacy. The World Organisation for Cross-border Co-operation in Civil and Commercial Matters. Kättesaadav: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 06.veebruar 2021.

⁵⁹ James, *supra nota* 11, 11

⁶⁰ O, Bowcott. (2015, May 18). Unregistered surrogate-born children creating 'legal timebomb', judge warns. *The Guardian*. Kättesaadav: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/may/18/unregistered-surrogate-born-children-creating-legal-timebomb-judge-warns>, 06. veebruar 2021.

nõudeõiguse asendusema pärandvara suhtes, isegi kui asendusema viibib välismaal. Vanemliku korraldusega tühistatakse asendusema sündinud õigused ja kohustused lapsega seoses, kes muidu oleks tunnustatud seaduse mõistes tõeliseks vanemaks. Kohtuniku hinnangul on asendusemaduse korra alusel sündinud lapse parim huvi õiguskindlus ja selgus. Lisades, et kui avaldust ei tehta, on faktoriks ka psühholoogiline mõju lapsele, kui hiljem avastatakse, et tema ema pole teda sünnitanud. Theis tõi näite õiguslikust probleemist asendusemaduse kokkulepeest, kus ema pakkus ennast oma poja lapsele asendusemaks embrüo siirdamise kaudu, mille tulemusena oli sündinud lapse isa on ühtlasi ka tema vend. Üheks näiteks olukorrast kus asendusemaduse kaudu sündinud laps jäi ilma vanemateta ja riigita on kohtulahend “X&Y (Foreign Surrogacy)”.⁶¹ X ja Y oli Ühendkuningriigi esimene juhtum rahvusvahelise asendusemaduse ratifitseerimiseks, milles Suurbritannia vanematele sündinud kaksikud olid Ukrainas kodakondsuseta ja vanemateta. Inglise abielupaar, võttis ühendust Ukraina abielupaariga ning leppisid kokku, et vastutasuks rahaliste maksete eest siirdatakse Ukraina asendusemale doonormunadega eostatud embrüod, mida viljastatakse inglase spermaga. Asendusema sünnitas kaksikud ja andis vastavalt kokkuleppele lapsed inglise abielupaarile. Alles selles etapis selgus, et ehkki Ukraina seaduste kohaselt ei olnud kaksikud asendusvanemate lapsed ja neil ei olnud isegi õigust elada Ukrainas, oli Inglismaa “Human Fertilization and Embryology Act 1990” alusel aga kaksikute emaks siiski asendusema, kuigi ta polnud nendega bioloogiliselt seotud. Inglise abielupaar viis läbi ulatusliku eeltöö rahvusvahelise asendusemaduse kohta, kuid nad ei leidnud, et kaksikutel ei ole seaduslikku õigust Ühendkuningriiki siseneda. Hiljem aga selgus, et Inglise seaduste kohaselt ei pruugi inglise meest (bioloogilist isa), kohelda kui kaksikute seadusliku isana. Seaduse kohaselt näis asendusema abikaasa olevat seaduslik isa, olles nõustunud asendusemadusega. Alles pärast märkimisväärseid pingutusi said kaksikud oma vanematega Inglismaale siseneda ning seejärel siis taotleda vanemlike õiguseid Ukraina asendusvanemate täielikul nõusolekul. Lisaks pidi kohus kaaluma, kas lubada tagasiulatuvalt väljamaksed Ukraina abielupaarile, mis ületasid kohtu hinnangul mõistlikult tehtud kulutuste suurust. Kohtujuhtumi üheks keskseks probleemiks oli riikide erinevad seisukohad laste isaduse suhtes, Inglise seaduste järgi oli seaduslik isa Ukraina asendusisa ja tema nõusolek oli vajalik, kuid Ukraina seaduste kohaselt oli seaduslik isa inglane. Kaaludes, kas tunnustada kaubanduslikku asendusemaduse seaduspärasust, olid heaolu kaalutlused olulised, kuid mitte esmatähtsad. Oli raske kindlaks teha, kas asendusemaduse kokkuleppe raames tasutud maksed olid mõistlike kulutuste mõistes proportsionaalsed, kuid antud juhul oli kohus veendunud, et vanemlike õiguste andmine ei riivaks avalikku korda. Selle juhtumi

⁶¹ X & Y (Foreign Surrogacy). (2008). *Family Law Week*. [2008] EWHC 3030 (Fam). Kättesaadav: <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706>, 06. veebruar 2021.

raames kerkisid kaks õiguslikku probleemi, üheks oli lapse vanemate tunnistamine ning teiseks oli asendusemaduse kokkuleppe seaduspärasuse väljaselgitamine. Mõlemad probleemid tulenesid asjaolust, et kokkuleppe pooled pärinesid eri riikidest, kus asendusemaduse seadused on vastupidiselt reguleeritud. Erinevus regulatsioonides algab juba asendusemaduse viisi lubatavuse tasemel, Inglismaal on asendusemadus reguleeritud ja lubatud üksnes altruistlikul viisil, kuid Ukrainas on legaliseeritud kommertslik asendusemadus.

Hoolimata asjatundjate poolt tõstatatud probleemist, avalikkuse tähelepanust ning teema olulisusest ühiskonnas, on asendusemadus Eestis keelustatud. Eestlased kes soovivad kasutada asendusemadust on sunnitud pöörduma oma sooviga välismaale, võttes sellega erinevaid riske mida oleks regulatsiooni olemasolul võimalik kodumaal vältida. Komplitseeritud õiguslike probleemide tekkimine on aja küsimus, seda on näha näiteks Ühendkuningriigi kohtupraktikast, kus kõrgemad kohtud on juba pidanud lahendama mitmeid rahvusvahelistest asendusemaduse kokkulepetest tulenevaid juhtumeid. Olukorras, kus Eestis kui ka rahvusvahelises eraõiguses puuduvad normid, mille alusel asendusemadusest tõusvaid vaidlusi lahendada või kohtualluvust kontrollida, võime oodata sarnaseid probleeme. On selge, et asendusemaduse absoluutse keelu kaotamine on oluline ent tundlik teema, mis on küll leidnud kajastamist Eestis, kuid tänasel päeval siiani lahenduseta jäänud. Seadus ei ole ühiskonna või riigi moraali täpne peegel, kuid väljendab riigi hoiakuid, siinkohal piirates reproduktiivseid õiguseid. Vältides küsimusega tegelemist on oht, et üksikisikute kaitsmise asemel, asendusemaduse ranged piirangud mis muudavad selle vähem kättesaadavaks neile, kes seda kõige rohkem vajavad, on motiveeritud otsima teenuseid ebaseaduslike kanalite kaudu. Demokraatliku riigi aluseks on rahva tahe, nähes muutusi enda ühiskondlikes hoiakutes ning oma rahva huvide muutumises, peab tugev õigusriik viima vastavusse ka oma seadusandluse. Võttes arvesse, et asendusemaduse regulatsioonid on iga riigi enda otsustuspädevuses, tuleb kaaluda ja analüüsida võimalusi asendusemaduse täieliku keelu lõpetamiseks Eestis ning kaasaegsemate regulatsioonide loomist, mis toetavad inimõiguste põhimõtteid. Õiguslikust vaatenurgast, võib samuti väita, et asendusemaduse keelustamine tähendab inimese põhiõiguse, järglaste saamise, keelustamist neile, kes ei saa kas meditsiinilistel põhjustel järglasi, on samasoolises suhtes või last soovival inimesel puudub partner. Ometi on igal riigil võimekus ja vahendid kõige paremini reguleerida oma kodanike kaitset võimalike ohtude eest, kuna teema arutelus levinud „sundimise” ja „ekspluateerimise” definitsioonid võivad ühiskonniti erineda, ei saa hinnata neid võrdsetena näiteks Eestis ja Indias. Kartes asendusemaduse kokkuleppes tulenevaid riske, üksikisiku ärakasutamist või rahvusvahelise asendusemaduse turu väärkasutamist, on lahendus probleemile käega katsutav. Hoolikalt koostatud asendusemaduse

leping hõlmaks paljusid neist küsimustest, sealhulgas lisaks veel mitmesuguseid meditsiinilisi aspekte, mida tavapärase järglaste saamisel sageli ei rakendata. Praktikas, kui asendusemadus toimub jurisdiktsioonis, kus see on seaduslik, viiakse läbi tavaliselt enne lepingu sõlmimist põhjalik eeltöö mis hõlmab endas meditsiinilisi ja psühholoogilisi hinnanguid ning ka osapoolte kriminaalset tausta kontrolli. Loomuliku paljunemise puhul seda tavapäraselt ei tehta, siinkohal võib lausa väita, et asendusemadus tagab parema lapse huvide ja tervise kaitse kui traditsioonilised pere loomise viisid.

2. Asendusemaduse kui reproduktiivõiguse reguleerimine Eestis - võrdlev analüüs Ühendkuningriigi asendusemaduse õiguse arenguga

Laurence Brunet esitas Euroopa Parlamendi poolt tellitud asendusemaduse võrdleva uuringu, “A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States“, mille viis läbi 17 õigusteaduse alal koolitatud Euroopa teadlast.⁶² Eestit uuringus küll ei käsitletud, kuid antud raportit võib pidada Eesti kuulumise tõttu Euroopa Liitu igati asjakohaseks, eelkõige kuna uuringu esmane eesmärk oli uurida asendusemaduse tõstatatud õiguslikke probleeme nii Euroopa Liidu liikmesriikides, kus see on lubatud, kui ka nendes, kus see on keelatud. Teadaolevalt kuulub Eesti nende liikmesriikide hulka kus on see keelatud. Uuringu teiseks eesmärgiks oli välja pakkuda Euroopa õigusaktide ühtlustamise tegevuskava ja suunised ning kõige sobivam vahend selle harmoonia saavutamiseks. Uuringu põhjal jõuti järelduseni, et Euroopa Liit on tõenäoliselt ei reguleeri asendusemadust liikmesriikide õigusaktide suure mitmekesisuse tõttu, hoolimata sellest, et asendusemadusega seotud kohtupraktika on hiljuti suurenenud paljudes jurisdiktsioonides, peamiselt õigusliku staatuse ja seadusliku vanemlikkuse. Uuringu alusel selgus, et probleemid on esinevad eelkõige kahes stsenaariumis, esiteks riikides kus on asendusemadus keelatud või ei sätesta seda sõnaselgelt ning teise stsenaariumi puhul on probleemiks piiriülese asendusemaduse järgselt ametlikkuse tunnustamine. “Ehkki seadusliku lapsevanemaks olemisega on raskused, võib olukord veelgi süveneda, kui seadusliku vanemluse reeglid on kahes riigis vastuolus. Näiteks, Ukraina, Venemaa ja California seaduste kohaselt võib kavatsetavat ema automaatselt pidada seaduslikuks emaks, samas kui enamikus Euroopa Liikmesriikides omistatakse seaduslikku emadust sünnituse alusel, olenemata sünnituse asukohast.”⁶³ Euroopa Liidu liikmesriikides on üks ainsaid riike Portugal, kes pooldab asendusemadust. UNIO artiklis⁶⁴ on kirjeldatud Portugalis aset leidnud arenguid järgnevalt, 22. augustil 2016 võeti vastu seadus, milles reguleeriti juurdepääsu asendusemadusele ja viiakse läbi muudatused Portugali meditsiinilise abi saamise seaduses. Enne seaduse jõustumist, oli ka Portugalis asendusemaduse praktiseerimine selgelt keelatud. Eelnimetatud seadusemuudatusega sai võimalikuks juurdepääs asendusemadusele kindlatel

⁶² Brunet, L. (2013). A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. European Parliament's Committee on Legal Affairs. Kättesaadav: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf), 04. aprill 2021.

⁶³ Bowcott, *supra nota* 61, 30

⁶⁴ Surrogacy in the light of European Union law: brief considerations. *UNIO EU Law Journal*. Kättesaadav: <https://officialblogofunio.com/2019/07/22/surrogacy-in-the-light-of-european-union-law-brief-considerations/>, 20.märts 2021.

tingimusel. Täpsemalt olid tingimusteks kas emaka puudumine või haigus, mis takistab absoluutselt ja lõplikult naise rasedust, asendusemaduse protsessi peab läbi viima tasuta ning kasutama peab vähemalt ühe tulevase vanema geneetilist materjali. Uus seadus sai siiski kriitika osaliseks, mis kulmineerus Portugali konstitutsioonikohtu otsusega millest tulenevalt asendusemadusele juurdepääs peatati. Eesti karistusseadustik on keelustanud asendusemaduse alates aastast 1997, seadusemuudatust on kaalutud juba aastaid, näiteks aastal 2009 jõudis õiguskantsler Indrek Teder seisukohani, et asendusemaduse regulatsioon vajab ümbervaatamist Eestis.⁶⁵ Asendusemaduse uue regulatsiooni kontseptsiooni väljatöötamine planeeriti nii justiits- kui ka sotsiaalministeeriumi tööplaani aastaks 2010, samuti kaalus asendusemaduse seadustamist Riigikogu sotsiaalkomisjon aastal 2015, leides, et asendusemaduse absoluutne keeld on inimeste põhiõiguste rikkumine. Poolehoidu seadusemuudatuseks on avaldanud ka Eesti Naistearstide Selts, kelle hinnangul tuleks asendusemaduses Eestis seaduslikuks muuta, kuna Eestis on ligikaudu kolm protsenti naisi kellel pole võimalik erinevate patoloogiate tõttu võimalik lapsi saada.⁶⁶ Viljatus on ülemaailmselt levinud reproduktiivtervise probleem, hinnanguliselt on kogu maailmas viljatuse all kannatavaid inimesi ligi 80 miljonit, s.o 4–14% inimestest.⁶⁷ Aastal 2002 läbi viidud ülemaailmse uuringu põhjal, mis põhines 47 riigis korraldatud demograafilistel ja tervisealastel uuringutel, olid viljatud enam kui 186 miljonit reproduktiivses eas (15–49-aastast) abielus naist.⁶⁸ Uuringu alusel võivad ülemaailmsed viljatusprobleemid olla tingitud näiteks hilisest abiellumisest ja raseduse edasilükkamisest, sugulisel teel levivate nakkuste, krooniliste haiguste, sünnituse või abordi järgsetest komplikatsioonidest. Kuna Eestis on asendusemadus sisuliselt keelatud olnud, siis puudub ka asendusemadust puudutav kohtupraktika, mille alusel oleks võimalik läbi viia põhjalikku analüüsi. Märkimisväärseim õiguslik teemaarendus Eestis riigi tasemel pärineb õiguskantsleri analüüsist, mis viidi läbi ombudsmani menetluse raames.⁶⁹ Oma analüüsis käsitles õiguskantsler asendusemadust põhiõiguste kontekstis. Analüüsi aluseks võttis õiguskantsler 2009. aastal esitatud avalduse, mille esitas naine kellel polnud meditsiinilistel põhjustel võimalik ise last kanda. Avalduse esitaja püstitas küsimuse asendusemaduse

⁶⁵ Õiguskantsler: asendusemaduse regulatsioon vajab ümbervaatamist. (2009, sept 09). Õiguskantsleri Kantselei. Kättesaadav: <https://www.oiguskantsler.ee/et/%C3%B5iguskantsler-asendusemaduse-regulatsioon-vajab-%C3%BCmbervaatamist>, 14. jaanuar 2021.

⁶⁶ Riigikogu sotsiaalkomisjon: asendusemadus võiks olla Eestis lubatud. (2015, oct 16). Delfi. Kättesaadav: <https://www.delfi.ee/news/paevauudised/eesti/riigikogu-sotsiaalkomisjon-asendusemadus-voiks-olla-cestis-lubatud?id=72717911>, 30.november 2021.

⁶⁷ Nachtigall, R.D. (2005). International disparities in access to infertility services. Kättesaadav: [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(05\)04324-4/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(05)04324-4/pdf), 10.oktoober 2020.

⁶⁸ Inhorn, M.C. (2009). Right to assisted reproductive technology: Overcoming infertility in low-resource countries. Department of Anthropology. *Yale University*. New Haven, CT, USA.

⁶⁹ Reproduktiivõigused – asendusemadus Eestis. (2013). Riigikogu Kantselei õigus-ja eanalüüsi osakond. https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_16_2013.pdf, 03.veebruar 2021.

keelustamise põhiseaduspärasuse kohta. Bioetika Nõukogu eksperthinnangu põhjal selgitati välja, et avaldaja ainus võimalus oma reproduktiivõiguse ehk järglaste saamise õiguse kasutamiseks oleks asendusemaduse kasutamine. Õiguskantsler jõudis järelduseni, et asendusemaduse piirangud võivad riivata vaba eneseteostamise õiguseid, nende inimeste osas kellel pole meditsiinilistest põhjustest tulenevalt võimalik teisel viisil järglasi saada. Oma otsuses viitas ta täpsemalt põhiseaduse paragrahvile 19, mis käsitleb igäuhe õigust vabale eneseteostusele ja mis kohustab selle õiguse täitmisel igäuht austama ja arvestama teiste inimeste õiguste ja vabadustega ning samuti põhiseaduse paragrahvile 27, mis käsitleb õigust täisväärtuslikule pereelule.⁷⁰ Menetluse käigus nentis õiguskantsler, et kehtiv asendusemadust piirav seadus võib kohelda ebavõrdselt naisi, kellel on meditsiinilised vastu näidustused lapse kandmiseks. Sarnaselt eelpool toodud võrdlusena, tõi ka õiguskantsler paralleeli kunstliku viljastamisega. Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seaduse järgi on munarakudoonorlus ja viljatusravi lubatud, seega võimaldab seadus viljatuse all kannatavatel naistel kasutada võimalusi biomeditsiinilise sekkumise teel, et järglasi saada. Seejuures märkis ta, et seda praktikat toetab riik ka rahaliselt. Täpsemalt kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seaduse paragrahvi 351 alusel, Haigekassa hüvitab kulud seoses kehavälise viljastamisega ning ravimitega seotud kulutused. Sellise võrdluse raames, võib väita, et kehtiva õiguse järgi peaks võimaldama naistele kellel on probleeme lapse kandmisega samuti biomeditsiinilist sekkumist asendusemaduse teel. Täna sel päeval kehtivad seaduse piirangud aga sellist võimalust neile ei anna. Samal aastal kinnitas selleaegne sotsiaalminister Hanno Pevkur oma kirjas õiguskantslerile, et absoluutne surrogaatemaduse keeld ei pruugi olla põhjendatud ning ta peab vajalikuks asendusemaduse kontseptsiooni väljatöötamist.⁷¹ Oma intervjuus Postimehele, avaldas sotsiaalminister arvamust, et tuleks toetada kõiki peresid, kes soovivad last saada. Lisades, et “sündimuse suurendamine on rahvuse säilimisel ülioluline. Mitmed otsused, nagu vanemahüvitis, kunstliku viljastamise toetamine ja muud tegevused on toetanud perede soovi saada lapsi ning tõstnud iivet. Asendusemadus aitaks saada lapsi neil peredel, kel tervise tõttu on see kättesaamatuks jäänud”. Sama aasta kevadel jagasid sarnast seisukohta ka sotsiaalministeerium koos Eesti Bioetika Nõukoguga asendusemaduse konverentsil ning leidsid, et asendusemadus võiks olla aktsepteeritav meditsiinilistel põhjustel.⁷² Olenemata 2009 aastal avaldatud seisukohtades pole seadusandluses käesoleva töö kirjutamise ajaks muudatusi tehtud. Õiguskantsler tõstatas ka oma analüüsi käigus teise olulise aspekti

⁷⁰ RT I, 15.05.2015, 2.

⁷¹ Tamm, M. (2009, Aug 29). Pevkur: asendusemaduse võiks seadustada. Postimees. Kättesaadav: <https://www.postimees.ee/157591/pevkur-asendusemaduse-voiks-seadustada>, 14. jaanuar 2021.

⁷² Comeau, *supra nota* 48, 26.

asendusemaduse reguleerimise osas - asendusema enda põhiõigused. Siinkohal jagas ta eelnevalt väljendatud seisukohta, pidades asendusemaduse absoluutset keeldu ka asendusema kui naise õiguse rikkumiseks. "Riigi kohustus ei ole anda sellele soovile moraalset või põhimõttelist hinnangut, vaid luua tingimused, kus isikul on võimalik ennast vabalt teostada: teha vabasid otsuseid oma keha ja reproduktiivvõime kasutamise kohta. Seadusandja peab tagama, et inimene, kes otsuse teeb, on informeeritud, teda pole asendusemaduseks sunnitud (kaudselt või otseselt) ning tema tervis ja teised põhiõigused on kaitstud."⁷³ Ka Eesti Riigikogu rahvastikukriisi lahendamise probleemkomisjon arutas avalikul istungil asendusemaduse teemat koos huvigruppidega ning valdav enamus leidis, et asendusemadus altruistlikel eesmärkidel tuleks Eestis seadustada. Enamik arutelul osalenutest leidsid, et Eestis tuleks asendusemadus legaliseerida vaid altruistlikel põhjustel ja meditsiinilistel kaalutlustel. Rahvastikukriisi lahendamise probleemkomisjon kinnitas, et jätkab tööd asendusemaduse legaliseerimise nimel.⁷⁴ Kuigi selline kinnitus Rahvastikukriisi komisjoni poolt aastal 2017 avalikustati, ei ole ligi neli aastat, et aasta 2021 kevadeks edasiminekuid toimunud või vähemalt avalikustatud. Siinkohal tuleks ehk eestlastel võtta eeskujuga põhjanaabritest: "põhjamaades, kus on asendusemadus ei ole lubatud, on olnud mitmeid selliseid juhtumeid, mis survestavad seadusandjaid ja poliitikakujundajaid riiklike õigusaktide reformimiseks. Islandi parlament otsustas lubada altruistlikku asendusemadust ja õigusaktid on vastavalt sellele ette valmistatud; Rootsis on moodustatud komisjon, et uurida küsimust, kas asendusemadus peaks olema lubatud, ja teistes Põhjamaades arutatakse seda küsimust."⁷⁵ Teemaga mitte tegeledes, regulatsiooni loomata, peab Eesti valmis olema tegelema tagajärgedega, kui eestlase asendusemadus on aset leidnud ja laps on sündinud. Sünnile järgnevad küsimused, kes on lapse seaduslikud vanemad, kas lapsendamismenetlus on vajalik, milline on lapse kodakondsus - need on ainult väikene osa võimalikest tagajärgedest millega riigil tegeleda tuleb. Eestis on asendusemadusega seotud huvigrupp väike ja teema küsimuse arutamiseks puudub laiem kandepind. Seejuures on Eesti naistearstid siiski seisukohal, et asendusemadus peaks olema lubatud, meditsiinilistel näidustustel, seda eeldusel, et vanematel tõesti pole bioloogiliselt võimalik muul moel lapsi saada.⁷⁶ Siinkohal rõhub Eesti Naistearstide Selts (edaspidi ENS), et asendusemadus peaks olema võimalik ainult altruistlikult, et välistada selle muutumist majanduslikuks tehinguks. ENS põhjendus kommertsliku asendusemaduse välistamiseks baseerub arvamusel, et kommertslik asendusemadus

⁷³ Tobin, *supra nota* 37, 21

⁷⁴ Nõmm, *supra nota* 33, 19

⁷⁵ Atwell, *supra nota* 8, 10

⁷⁶ Eesti Naistearstide Selts, *supra nota* 12, 11

võib naisi eksploateerida, nagu on seda juhtunud teistes riikides. Sellise altruistliku lähenemise on võtnud ka Ühendkuningriik, mis astub märkimisväärseid samme senise seadusandluse parandamiseks, ning on otsustanud legaliseerida altruistliku asendusemaduse viisi. Ühendkuningriigi asendusemaduse seaduse juured pärinevad aastast 1985, sel aastal võeti kiiruga vastu Parlamendis “The Surrogacy Arrangements Act” ajendatuna “Baby Cotton”i juhtumist. Seadusega loodeti piirata asendusemaduse praktiseerimist ning ennetada ja takistada selle arengut.⁷⁷ Ühendkuningriik oli ühtlasi ka üks esimesi jurisdiktsioone maailmas, kus võeti kasutusele asendusemadust käsitlevad õigusaktid. “Baby Cotton” oli esimene Ühendkuningriigi kaubandusliku asendusemaduse kokkuleppel sündinud laps, kokkulepe sõlmiti Ameerika Ühendriigis tegutseva agentuuri kaudu. Asendusemadusest sündinud lapse juhtum tõi kaasa suure avalikkuse pahameele, asendusema Kim Cottoni süüdistati lapse müümisel, uute kardinat ostmise nimel.⁷⁸ Avalikkuse pahameel tõi kaasa ka eelpool mainitud, 1985. aasta, asendusemaduse seaduse loomise, mille alusel keelati kaubanduslik asendusemadus kui ka igasugune asendusemaduse reklaamimine. Sellest ajast alates on Ühendkuningriikide seaduste osas toimunud palju arenguid, kuid seejuures on kaubanduslik asendusemadus jätkuvalt keelatud, lubatud on ainult asendusema rasedusega seotud kulude mõistlikus ulatuses hüvitamine. Kehtiva õiguse raamistiku peamised põhimõtted pärinevad järgnevatest dokumentidest ja seadustest: “Fertilisation and Embryology Act 2008”, “The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010” ja eelnevalt mainitud “The Surrogacy Arrangements Act 1985”. Šotimaal on lisaks ka veel “Adoption and Children Act 2007” koos keeruka ja kasvava kohtupraktikaga, mis selgitab kuidas seda seadust tuleb tõlgendada.⁷⁹ Järgmine suurem areng leidis aset 2019 aasta juunis, kui Inglise, Walesi ning Šoti õiguskomisjonid algatasid ühise konsultatsiooni “Building families through surrogacy: a new law” asendusemaduse seaduse reformi arutamiseks.⁸⁰ Šotimaa õiguskomisjoni esimees Lady Paton teatas konsultatsiooni alustades: “Asendusemadusel on meie ühiskonnas üha olulisem roll, mis aitab paljudel luua soovitud peresid. Ühendkuningriigi valitsus tunnustab selle väärtust 21. sajandil, kus perekonna struktuurid, hoiakud ja eluviisid on palju mitmekesisemad.”⁸¹ Konsultatsiooni keskseks eesmärgiks seati kõigi asendusemaduse kokkulepete asjaosaliste huvide nõuetekohane regulatsioon ja kaitse.

⁷⁷ History of UK surrogacy law. *NGA Law*. Kättesaadav: <https://www.ngalaw.co.uk/knowledge-centre/history-of-uk-surrogacy-law>, 01.aprill 2021.

⁷⁸ A brief history of surrogacy law in the UK. (2018, Veb 13). Vardags. Kättesaadav: <https://vardags.com/family-law/history-surrogacy-law-uk>, 10. aprill 2021.

⁷⁹ Gaudoin, M., Masson, A. Reform of surrogacy law - a smoother road to family creation (Pt 2). *Fam. L.B.* 162, 1-4.

⁸⁰ Masson, A. (2019). Reform of surrogacy law - smoother road to family creation? *Fam. L.B.* 161, 7-8, 7.

⁸¹ Percy, A. (2020). Surrogacy: Government Policy. Hansard, UK Parliament. Kättesaadav: <https://hansard.parliament.uk/commons/2020-01-21/debates/925AF06F-A059-4093-90B9-073C4ACC326C/SurrogacyGovernmentPolicy>, 01.aprill 2021.

Reformi eelduseks oleks komisjoni ettepanekul suuresti administratiivse protsessi loomine “teekond lapsevanemaks saamiseni” (pathway to parenthood) ning see on kohaldatav üksnes Ühendkuningriigi siseriiklike kokkulepe suhtes. Komisjoni konsultatsiooni dokumentides⁸² on toodud põhjalikud regulatsioonid ja nõuded, mille eesmärk on kogu protsessi lihtsustada. Järgnevalt toob autor ülevaate sammudest ja õiguslikest regulatsioonidest mida reformeerimine toob enesega kaasa Ühendkuningriigis ning analüüsib kas Eestis oleks võimalik rakendada sarnast praktikat. Ühendkuningriigi reformi eesmärk on lihtsustada mitmeid aspekte asendusemaduse protsessis, kuid ühtlasi ka karmilt seda reguleerida. Selle saavutamiseks tuleb alustada algusest, asendusemaduse kokkulepetest, Ühendkuningriigi seadusandjad töötavad selle nimel, et juba enne asendusema rasestumist oleks järgitud õigeid samme ning asendusemal ei oleks pärast lapse sündi vastuväiteid. Sellisel juhul saavad last planeerinud vanematest sünnist alates tema seaduslikud vanemad ning nad saavad ennast märkida lapse sünnitunnistusel ilma kohtuliku avalduseta. Oluliseks tingimuseks on, et enne rasestumist on asendusema ja tulevased vanemad sõlminud kirjaliku asendusemaduse lepingu, saanud sõltumatut juriidilist nõu ning läbinud asjakohase nõustamise. Asendusemaduse lepingu ratifitseerib reguleeritud asendusemaduse organisatsioon või litsentseeritud viljakuskliinik, viimane peab kõigil lastel läbi viima tervisekontrolli, neil lasub kohustus kontrollida ja edastada teavet osapoolte karistusregistri andmete kohta. Samuti peavad nad edastama muid lapse heaolu puudutava informatsiooni riiklikku asendusemaduse registrisse (millele laps saab tulevikus juurde pääseda). Kokkuleppe kohaselt ei kasuta asendusema oma vastuväite õigust 35 päeva jooksul pärast lapse sündi Inglismaal (Šotimaal on periood lühem). Eelpool mainitud nõuded ei laiene kõigile Ühendkuningriigi asendusemaduse juhtumitele, sealhulgas on sellised juhtumid kus ei ole järgitud eostamisnõudeid või kus asendusema on kasutanud oma õigust pärast sünnitust vastuväiteid esitada. Nendel juhtudel on esialgu asendusema lapse seaduslik ema, kuid planeeritud vanemad saavad taotleda vanemlikku korraldust seaduslikeks vanemateks saamiseks. Seni kehtinud korda muudetakse, et parandada vanemlike õiguseid puudutavat süsteemi. Ettepaneku rakendamisel ei ole asendusema abikaasa enam seaduslik vanem ja planeeritavad vanemad jagavad taotlusprotsessi ajal vanemlikku vastutust asendusemaga. Õiguskomisjon esitas ka ettepanekuid kohtulike protsesside parandamise kohta, üheks neist on muuta vanemliku korra kriteeriume selliselt, et perekonnaõigusega tegelev kohus võib asendusema nõusolekust loobuda, kui see on lapse huvides. Ühendkuningriigi asendusemaduse seadusandlus baseerub mitmel erineval õiguslikul dokumendil ja seadusel,

⁸² Legal parenthood: proposals for reform – a new pathway.(2019). *Law Commission*. Kättesaadav: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf>, 04. veebruar 2021.

moodustades ühtse kuid komplitseeritud terviku, mille alusel on altruistlik asendusemadus lubatud. Ometi on ka ligi 30 aasta jooksul arendatud seadusandluses kitsaskohti, mis põhjustavad erinevaid õiguslikke probleeme nii vanemate, lapse kui ka asendusema õiguste määratlemisel. Õiguslikud probleemid on täpsemini seotud sellega, et asendusemaduse kokkulepped on täitmatud, asendusema ja tema abikaasa on esialgu lapse seaduslikud vanemad ning vanemluse üleandmise kohtumenetlus võib kesta kuni aasta. Samuti on olnud probleemiks sünnijärgsed kriteeriumid, mida kohus hindab vanemluse üleandmiseks, mis piiravad ja välistavad mõned pered. Üheks järjest enam rolli mängivaks kitsaskohaks on asjaolu, et rahvusvahelise asendusemaduse kaudu sündinud lapsed on nende vanemate seaduslikud lapsed sünnimaal, kuid mitte Ühendkuningriigis. Hiljuti algatatud reformi käigus püütakse osaliselt neid küsimusi lahendada, riiklikult tasemel on see ka saavutatav eesmärk. Kuid rahvusvahelisest asendusemadusest tulenevaid komplikatsioone ei ole võimalik lõpuni lahendada, seni kuni on loodud rahvusvaheline konventsioon mis reguleeriks selliseid kokkuleppeid. “Kuigi Haagi konverentsi alaline büroo jätkab arutelu rahvusvahelise konventsiooni soovitatavuse ja tõepoolest elujõulisuse üle selles valdkonnas, on kogu maailma valitsused ja kohtud seisnud silmitsi raske küsimusega, kas tunnustada lepingut, mis toimub seaduslikult teises jurisdiktsioonis, kuid mis on vastuolus nende endi seadustega.”⁸³ Ühendkuningriigis on hinnanguliselt 25 protsenti⁸⁴ asendusemaduse kokkulepetest on sõlmitud väljaspool Inglismaad, millest võib järeldada, et isegi kehtiva jurisdiktsiooni olemasolul, tuleb arvestada ka muude faktoritega, mis mõjutab inimesi protsessi läbi viima välismaal. Asendusemaduse küsimuses on Ühendkuningriik Eestist küll oluliselt ees, olles viimase kolmekümne aasta jooksul pidevas arengus ning parendades enda seadusandlust, seevastu kui Eestis pole astunud veel ühtegi olulist sammu seaduse reformiks. Ometi, pidevalt muutuv ja arenevas maailmas, tuleb varem või hiljem ka Eestil sellega küsimusega sisulisemalt tegeleda ning kaaluda keelustamise lõpetamist. Ühendkuningriigi näitel oleks Eestis võimalik kasutada sarnast seadusloome viisi, võttes aluseks juba olemasolevad seadused. Ühendkuningriigi seaduse loomiseks kasutati põhimõtteid erinevatest dokumentidest, näiteks on “Fertilisation and Embryology Act” analoogiks Eestis olemas ja hetkel kehtiv kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus (edaspidi KVEKS)⁸⁵. Ühendkuningriigi akti sektsioon 59 reguleerib asendusemaduse kokkuleppeid, mille alusel võimaldab mittetulunduslikel alustel tegutsevatel asutustel saada tasu mõne asenduseteenuse osutamise eest, vabastades nad kehtivas

⁸³ Fenton-Glynn, C. (2015). The difficulty of enforcing surrogacy regulations. *Cambridge Law Journal*. 74 (1), 34-37, 34

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ RT I, 28.12.2017, 35

seaduses sätestatud keelust. Eestis on KVEKS'i § 9 alusel lubatud näiteks kunstlikku viljastamise korraldamine eriarstiabi näol, kellele tervishoiuteenuste korraldamise seaduse alusel on väljastatud tegevusluba antud õiguse kunstlikuks viljastamiseks. KVEKS'i olemasolevale seadus raamistikule oleks võimalik rajada ka asendusemaduse regulatsioon. Õiguskantsleri jõudis aastal 2009 oma menetluse käigus järelduseni, et KVEKS ning karistusseadustik on kehtestanud asendusemaduse absoluutse keelu, kuid "selline absoluutne piirang riivab väga intensiivselt lapse kandmise võimet mitteomavate naiste õigusi"⁸⁶ ning ei pruugi olla põhjendatud. Samuti leidis õiguskantsler, et tuleb kaaluda uue regulatsiooni kehtestamise vajadust, kuna "kehtivate seaduste muutmiseni puudub õiguslik võimalus anda eriluba asendusema vahenduse kasutamiseks lapse saamiseks". Ka Ühendkuningriigis on muudatusi ellu viidud veel hiljuti, täpsemalt lisati aastal 2008 kõnealusesse akti säte, mis legaliseeris mittetulunduslikud asendusemadus agentuurid ametlikult ning laiendati tulevaste vanemate kategooriaid, kes saavad asendusemaduse korraldust taotleda, võimaldades seda nüüd ka samasoolistele paaridele ning mitte abielus olevatele paaridele [Human Fertilisation and Embryology (Parental Order)⁸⁷]. Seaduse muudatuse küsimus sai alguse kohtuasjas Re Z, mille tulemusel Kõrgem Kohus koostas avalduse, avalduse kohaselt leiti, et Parental Order ei olnud kooskõlas Inimõiguste Deklaratsiooni sektsioon 4-ga.⁸⁸ Problemaatika kohtuasjas Re Z, seisnes kohtu küsimuses, kas üksikvanemat saab tunnistada vanemliku korralduse (Parental Order) alusel lapse seaduslikuks vanemaks. Re Z kohtuasi puudutas last, kes sündis USA-s, Minnesota osariigis, mille seaduse kohaselt kaebaja tunnistati lapse ainu vanemaks, koos asendusema nõusolekuga.⁸⁹ Peale lapse sünni, naases kaebaja lapsega koos Ühendkuningriiki ning taotles vanemaks tunnistamist ka seal. Teine kohtuasi, Re X, seoses Parental Orderiga leidis aset aastal 2018. Re X juhtumi asjaolud olid seotud Parental Orderis toodud tingimustega, mille alusel Ühendkuningriik menetleb vanemlike õiguste andmist peale asendusemadust. Re X juhtumi puhul seisnes probleem vastuolus tingimustega, et asendusemaduse tunnistamiseks, said taotleda seda ainult abielupaar ühiselt (edaspidi isa ja ema Y). Asendusema (edaspidi Z) raseduse viiendal kuul aga tulevane isa (Y) ootamatult suri. Peale lapse sünni, jäid asendusema (Z) ja tema abikaasa lapse seaduslikeks vanemateks, kuni vanemlik korraldus jõustub.⁹⁰ Isa (Y) surma järgselt leidis kohus,

⁸⁶ Õiguskantsler, *supra nota* 66, 35

⁸⁷ Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2018: A consultation on revised regulations to reflect changes to the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 that enable a single person to apply for a parental order. (2018, Märts). Department of Health and Social Care. Kättesaadav: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/686188/consultation-document-human-fertilisation-and-embryology-parental-order-regulations-2018.pdf, 10. aprill 2021.

⁸⁸ Bremner, P. (2017). Surrogacy and single parents following Re Z. *Edinburgh Law Review*. 21(2), 281-286.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Smith, S. (2020). Surrogacy - parental orders: Re X [2020] EWFC 39. *Family Law Bulletin*. 167, 4-6.

et vanemliku korraldust ei ole võimalik anda, kuna tingimused pole täidetud. Täpsemalt sätestas 2008. aasta seadus, et vanemliku korralduse tegemiseks, peab olema esitatud ühine avaldus, taotlejad peavad olema abielus, lapse kodu peab olema koos mõlema taotlejaga, nii taotluse esitamise kui ka vanemliku korralduse andmise ajal. “Nagu paljud kohtunikud on tunnistanud, kes on sellistes asendusemaduse juhtumistes osalenud, on seaduslik vanemlikkus fundamentaalselt ülioluline nii vanemate kui ka laste jaoks. Seetõttu peaksid kohtud vanemlike otsuste tegemisel lähtuma kõiki asjaosaliste huvidest. See peab hõlmama ja võib-olla isegi seadma prioriteediks lapse heaolu perekondliku suhte kontekstis.”⁹¹

Kuigi alustada tuleb riiklikul tasemel, on laiem rahvusvaheline regulatsioon võrdväärset oluline aspekt või mõneti isegi olulisem. Rahvusvaheline asendusemaduse praktikaga kaasnevad probleemid tulenevad peamiselt vanemate kindlaksmääramise, kodakondsuse ja sisserändega seotud küsimustest, mis on jällegi tugevalt seotud regulatsioonide puudumisega. Rahvusvahelised asendusemaduse konventsioonid peaksid keskenduma riikide vahelise avatud dialoogi loomisele, mille tulemusena leitakse lahendused õiguslikele probleemidele. Välja on pakutud idee, et Haagi Konventsiooni alusel võiks reguleerida asendusemadust kui rahvusvahelist lapsendamist, mille alusel saaks vältida rahvusvahelisi konflikte. Tuginedes argumendile, et reproduktiivõigused on osa inimõigustest, tuleb asendusemaduse võimalused tagada. Kuidas neid reguleerida on teine küsimus, ka siin on palju võimalusi mida iga riik saab rakendada, kuid on selge, et täielik keelamine, võib rikkuda reproduktiivseid inimõiguseid järglaste saamiseks ning indiviidi otsustusõigust oma keha enesemääramise üle. Eestis aitaks asendusemaduse keelustamise lõpetamine ning regulatsioonide loomine kaasa nii riikliku iive tõusmisele, mis on olnud oluliseks prioriteediks terve Eesti riigi vabaduse aja, kui ka rahvusvaheliste asendusemaduse probleemide lahendamisele. Asendusemaduse arutelus peaks rõhk olema üksikisiku õigustel ja vabadusel, mitte eetilistel ja moraalsetel seisukohtadel. Seadusandjal ilmselt ei ole tegelikku arusaama ja tunnetust piirangute mõjust neile üksikisikutele, kellel puuduvad võimalused kasutada enda reproduktiivseid õiguseid pere loomiseks. Ka õiguskantsler jõudis aastal 2009 oma menetluse käigus järelduseni, et KVEKS ning karistusseadustik on kehtestanud asendusemaduse absoluutse keelu, kuid “selline absoluutne piirang riivab väga intensiivselt lapse kandmise võimet mitteomavate naiste õigusi”⁹² ning ei pruugi olla põhjendatud. Samuti leidis õiguskantsler, et tuleb kaaluda uue regulatsiooni kehtestamise vajadust, kuna “kehtivate seaduste muutmiseni puudub õiguslik võimalus anda eriluba asendusema vahenduse kasutamiseks lapse saamiseks”. Asendusemaduse küsimuses on

⁹¹ Bremner, *supra nota* 89, 41

⁹² Õiguskantsler, *supra nota* 66, 35

Ühendkuningriik Eestist oluliselt ees, olles viimase kolmekümne aasta jooksul pidevas arengus ning parendades enda seadusandlust, seevastu kui Eestis pole astunud veel ühtegi olulist sammu seaduse reformiks. Ometi, pidevalt muutuv ja arenevas maailmas, tuleb varem või hiljem ka Eestil sellega küsimusega sisulisemalt tegeleda ning kaaluda keelustamise lõpetamist. Ühendkuningriigi näitel oleks Eestis võimalik kasutada sarnast seadusloome viisi, võttes aluseks juba olemasolevad seadused. Ühendkuningriigi seaduse loomiseks kasutati põhimõtteid erinevatest dokumentidest, näiteks on “Fertilisation and Embryology Act” analoogiks Eestis olemas ja hetkel kehtiv kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus (edaspidi KVEKS)⁹³. Ühendkuningriigi akti sektsioon 59 reguleerib asendusemaduse kokkuleppeid, mille alusel võimaldab mittetulunduslikel alustel tegutsevatel asutustel saada tasu mõne asenduseteenuse osutamise eest, vabastades nad kehtivas seaduses sätestatud keelust. Eestis on KVEKS’i § 9 alusel lubatud näiteks kunstlikku viljastamise korraldamine eriarstiabi näol, kellele tervishoiuteenuste korraldamise seaduse alusel on väljastatud tegevusluba antud õiguse kunstlikuks viljastamiseks. KVEKS’i olemasolevale seadus raamistikule oleks võimalik rajada ka asendusemaduse regulatsioon.

⁹³ RT I, 28.12.2017, 35

KOKKUVÕTE

Asendusemadus on üha enam tuntud ja populaarsust koguv reproduktiivne alternatiiv, mille käigus naissoost isik nõustub jääma lapseootele, lapse ilmale tooma ning seejärel lapse loovutama asendusemadust soovinud isikutele. Mõnes jurisdiktsioonis ei ole õigusakte, mis sõnaselgelt lubaksid või keelaksid asendusemaduse praktiseerimise, teised on selle tegevuse sõnaselgelt keelanud, muutes selle teatud aspektid kriminaliseerituks, viimase hoiaku on võtnud ka Eesti õigussüsteem. Levinum vastuargument asendusemaduses on seotud selle kommertsliku vormiga, seoses ebamoraalse kommertsliku tööstuse tekkimisega, kus laps on justkui „vara“ või „ese“ millega turul kaubeldakse ning asendusemadust pakkuvate naiste huvid on ei ole kaitstud – neid eksploateeritakse. Altruistlik viis, ehk asendusemadus, kus asendusema tasu ei saa, tundub olevat ühiskondlikult paremini aktsepteeritav, kuid ka siin on vastumeelsust. Altruistliku asendusemaduse puhul on feministid arvamusel, et naistelt võetakse ära võimalus elatist teenida ning piiratakse nende õigust vabale eneseteostusele. Küsimuse komplitseeritus on selge, selle lubamine või mittelubamine leiab võrdselt argumente. Tuginedes aga argumentidele, et reproduktiivõigused on oluline osa inimõigustest, tuleb asendusemaduse võimalused tagada. Kuidas neid reguleerida on teine küsimus, ka siin on palju võimalusi mida iga riik saab rakendada, kuid täielik keelamine suurele protsendile inimkonnast, võib rikkuda nende reproduktiivseid inimõiguseid järglaste saamiseks ning otsustusõigust oma keha enesemääramise üle. Asendusemaduse pooldajad rõhuvad vabale valikule ning eraelu puutumatusse, mille läbi võidavad kõik osapooled. Luuakse positiivne kuvand, mis põhineb üksikisiku vabadusel otsustada enda keha üle ning tavadid murdval tahtel kinkida viljatutele peredele laps. Raha mainitakse harva, kuid kui seda mainitakse, kirjeldatakse seda sageli kui vahendit, mis võimaldab asendusemal vaesusest välja tulla ja aidata iseenda bioloogilisi lapsi. Ehkki kõigi inimeste enesemääramisõiguse poole püüdlamine võib anda naistele vabaduse, ei tohi me unustada, et ka täiskasvanud inimesed võivad olla haavatavad, nii sotsiaalsetel kui majanduslikel põhjustel. Probleemsete juhtumite ennetamiseks oleks lahenduseks hoolikalt reguleeritud asendusemaduse legaliseerimine ja õigusabi osutamine protsessi vältel, mis aitaks osapooltelt mõista kokkuleppes tulenevaid keerulisi õiguslike küsimusi ja tagajärgi. Hoolimata asjatundjate poolt tõstatatud probleemist, avalikkuse tähelepanust ning teema olulisusest ühiskonnas, on asendusemadus Eestis keelustatud.

Eestlased kes soovivad kasutada asendusemadust on sunnitud pöörduma oma sooviga välismaale, võttes sellega erinevaid riske mida oleks regulatsiooni olemasolul võimalik kodumaal vältida. Komplitseeritud õiguslike probleemide tekkimine on aja küsimus, seda on näha näiteks Ühendkuningriigi kohtupraktikast, kus kõrgemad kohtud on juba pidanud lahendama mitmeid rahvusvahelistest asendusemaduse kokkulepetest tulenevaid juhtumeid. Olukorras, kus Eestis kui ka rahvusvahelises eraõiguses puuduvad normid, mille alusel asendusemadusest tõusvaid vaidlusi lahendada või kohtualluvust kontrollida, võime oodata sarnaseid probleeme. On selge, et asendusemaduse absoluutse keelu kaotamine on oluline, ent tundlik teema, mis on küll leidnud kajastamist Eestis, kuid tänasel päeval siiani lahenduseta jäänud. Seadus ei ole ühiskonna või riigi moraali täpne peegel, kuid väljendab riigi hoiakuid, siinkohal piirates reproduktiivseid õiguseid. Vältides küsimusega tegelemist on oht, et üksikisikute kaitsmise asemel, asendusemaduse ranged piirangud mis muudavad selle vähem kättesaadavaks neile, kes seda kõige rohkem vajavad, on motiveeritud otsima teenuseid ebaseaduslike kanalite kaudu. Demokraatliku riigi aluseks on rahva tahe, nähes muutusi enda ühiskondlikes hoiakutes ning oma rahva huvide muutumises, peab tugev õigusriik viima vastavusse ka oma seadusandluse. Võttes arvesse, et asendusemaduse regulatsioonid on iga riigi enda otsustuspädevuses, tuleb kaaluda ja analüüsida võimalusi asendusemaduse täieliku keelu lõpetamiseks Eestis ning kaasaegsemate regulatsioonide loomist, mis toetavad inimõiguste põhimõtteid. Sellel eesmärgil on ka antud töö käigus analüüsitud asendusemaduse reguleerimist kui reproduktiivõigust Eesti õiguses. Õiguslikust vaatenurgast, võib samuti väita, et asendusemaduse keelustamine tähendab inimese põhiõiguse - järglaste saamise - keelustamist neile, kes ei saa kas meditsiinilistel põhjustel järglasi, on samasoolises suhtes või last soovival inimesel puudub partner. Ometi on igal riigil võimekus ja vahendid kõige paremini reguleerida oma kodanike kaitset võimalike ohtude eest, kuna teema arutus levinud „sundimise” ja „ekspluateerimise” definitsioonid võivad ühiskonniti erineda, ei saa hinnata neid võrdsetena näiteks Eestis ja Indias. Kartes asendusemaduse kokkuleppest tulenevaid riske, üksikisiku ärakasutamist või rahvusvahelise asendusemaduse turu väärkasutamist, on lahendus probleemile käega katsutav. Hoolikalt koostatud asendusemaduse leping hõlmaks paljusid neist küsimustest, sealhulgas lisaks veel mitmesuguseid meditsiinilisi aspekte, mida tavapärase järglaste saamisel sageli ei rakendata. Praktikas, kui asendusemadus toimub jurisdiktsioonis, kus see on seaduslik, viiakse läbi tavaliselt enne lepingu sõlmimist põhjalik eeltöö mis hõlmab endas meditsiinilisi ja psühholoogilisi hinnanguid ning ka osapoolte kriminaalset tausta kontrolli. Loomuliku paljunemise puhul seda tavapäraselt ei tehta, siinkohal võib lausa väita, et asendusemadus tagab parema lapse huvide ja tervise kaitse kui traditsioonilised pere loomise viisid. Kuigi alustada tuleb riiklikul tasemel, on laiem rahvusvaheline regulatsioon võrdväärselt

oluline aspekt või mõneti isegi olulisem. Rahvusvaheline asendusemaduse praktikaga kaasnevad probleemid tulenevad peamiselt vanemate kindlaksmääramise, kodakondsuse ja sisserändega seotud küsimustest, mis on jällegi tugevalt seotud regulatsioonide puudumisega. Rahvusvahelised asendusemaduse konventsioonid peaksid keskenduma riikide vahelise avatud dialoogi loomisele, mille tulemusena leitakse lahendused õiguslikele probleemidele. Välja on pakutud idee, et Haagi Konventsiooni alusel võiks reguleerida asendusemadust kui rahvusvahelist lapsendamist, mille alusel saaks vältida rahvusvahelisi konflikte. Tuginedes argumentidele, et reproduktiivõigused on osa inimõigustest, tuleb asendusemaduse võimalused tagada. Kuidas neid reguleerida on teine küsimus, ka siin on palju võimalusi mida iga riik saab rakendada, kuid on selge, et täielik keelamine, võib rikkuda reproduktiivseid inimõiguseid järglaste saamiseks ning indiviidi otsustusõigust oma keha enesemääramise üle. Eestis aitaks asendusemaduse keelustamise lõpetamine ning regulatsioonide loomine kaasa nii riikliku iive tõusmisele, mis on olnud oluliseks prioriteediks terve Eesti riigi vabaduse aja, kui ka rahvusvaheliste asendusemaduse probleemide lahendamisele. Asendusemaduse arutelus peaks rõhk olema üksikisiku õigustel ja vabadusel, mitte eetilistel ja moraalsetel seisukohtadel. Seadusandjal ilmselt ei ole tegelikku arusaama ja tunnetust piirangute mõjust neile üksikisikutele, kellel puuduvad võimalused kasutada enda reproduktiivseid õiguseid pere loomiseks. Ka õiguskantsler jõudis aastal 2009 oma menetluse käigus järelduseni, et KVEKS ning karistusseadustik on kehtestanud asendusemaduse absoluutse keelu, kuid “selline absoluutne piirang riivab väga intensiivselt lapse kandmise võimet mitteomavate naiste õigusi”⁹⁴ ning ei pruugi olla põhjendatud. Samuti leidis õiguskantsler, et tuleb kaaluda uue regulatsiooni kehtestamise vajadust, kuna “kehtivate seaduste muutmiseni puudub õiguslik võimalus anda eriluba asendusema vahenduse kasutamiseks lapse saamiseks”. Asendusemaduse küsimuses on Ühendkuningriik Eestist oluliselt ees, olles viimase kolmekümne aasta jooksul pidevas arengus ning parendades enda seadusandlust, seevastu kui Eestis pole astunud veel ühtegi olulist sammu seaduse reformiks. Ometi, pidevalt muutuv ja arenevas maailmas, tuleb varem või hiljem ka Eestil sellega küsimusega sisulisemalt tegeleda ning kaaluda keelustamise lõpetamist. Ühendkuningriigi näitel oleks Eestis võimalik kasutada sarnast seadusloome viisi, võttes aluseks juba olemasolevad seadused. Ühendkuningriigi seaduse loomiseks kasutati põhimõtteid erinevatest dokumentidest, näiteks on “Fertilisation and Embryology Act” analoogiks Eestis olemas ja hetkel kehtiv kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus (edaspidi KVEKS)⁹⁵. Ühendkuningriigi akti sektsioon 59 reguleerib asendusemaduse kokkuleppeid, mille alusel võimaldab mittetulunduslikel alustel tegutsevatel asutustel saada tasu mõne asenduseteenuse

⁹⁴ *supra nota* 62, 32

⁹⁵ RT I, 28.12.2017, 35

osutamise eest, vabastades nad kehtivas seaduses sätestatud keelust. Eestis on KVEKS'i § 9 alusel lubatud näiteks kunstlikku viljastamise korraldamine eriarstiabi näol, kellele tervishoiuteenuste korraldamise seaduse alusel on väljastatud tegevusluba antud õiguse kunstlikuks viljastamiseks. KVEKS'i olemasolevale seadus raamistikule oleks võimalik rajada ka asendusemaduse regulatsioon. "Vanemlus on kõige elu muutvam sündmus, mida enamik inimesi kogeb. On fundamentaalselt ebaõiglane, et mõned pole võimelised oma lapse sündi kogema. Asendusemadus pakub probleemile osalise lahenduse."⁹⁶ Olles selle väitega nõus, jõuab käesoleva töö autor järelduseni, et Eesti riik peaks astuma otsustavaid samme asendusemaduse regulatsioonide loomise poole. Alustades selle täieliku keelu lõpetamisest ning reguleerides seda kui reproduktiivset õigust, implementeerides selle kehtiva kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadusesse samadel põhimõtetel ja viisil kuidas seda tehti Ühendkuningriigis.

⁹⁶ Gift, J.M. (2020). supra nota 26, 14

SUMMARY

REGULATION OF SURROGACY AS A REPRODUCTIVE RIGHT IN ESTONIAN LAW

Kristel Kungla

Surrogacy is an increasingly well-known and gaining popularity reproductive alternative, in which a female person agrees to remain pregnant, give birth, and then hand over the child to those who wish to have a surrogate mother. Some jurisdictions do not have legislation that explicitly allows or prohibits the practice of surrogacy, others have explicitly prohibited this practice, criminalizing certain aspects of it, and the Estonian legal system has taken the latter position. The most common counter-argument in surrogacy relates to this commercial form, with the emergence of an immoral commercial industry where the child is a "property" or "object" traded on the market and the interests of surrogate mothers are not protected - they are exploited. The altruistic way, or surrogacy, where the surrogate mother is not remunerated, seems to be more socially acceptable, but here, too, there is reluctance. In the case of altruistic surrogacy, feminists believe that women are deprived of the opportunity to earn a living and their right to free self-realization is restricted. The complexity of the question is clear, allowing or disallowing it is equally argumentative. However, based on the argument that reproductive rights are an important part of human rights, opportunities for surrogacy must be guaranteed. How to regulate them is another matter, here too there are many opportunities that every country can implement, but a total ban on a large percentage of humanity could violate their reproductive human rights to have offspring and the right to decide on the self-determination of their bodies. Proponents of surrogacy emphasize freedom and privacy, which benefits all parties. A positive image is created based on the individual's freedom to decide over his or her own body and the gift of giving birth to a child to infertile families. Money is rarely mentioned, but when it is mentioned, it is often described as a means by which a substitute can get out of poverty and help her biological children. While striving for the right of all people to self-determination can give women freedom, we must not forget that adults can also be vulnerable, for both social and economic reasons. To prevent problematic cases, the solution would be to legalize a carefully regulated surrogate mother and provide legal

assistance throughout the process, which would help the parties to understand the complex legal issues and consequences of the agreement. Despite the problem raised by the experts, the public's attention and the importance of the issue in society, surrogacy is prohibited in Estonia. Estonians who want to use surrogacy are forced to turn abroad with their wish, thus taking various risks that could be avoided at home if there is regulation. The emergence of complex legal problems is a matter of time, as can be seen, for example, from the case law of the United Kingdom, where higher courts have already had to deal with several cases arising from international surrogacy agreements. In a situation where there are no norms in Estonia or private international law based on which disputes arising from surrogate mothers can be resolved or jurisdiction can be verified, we can expect similar problems. It is clear that the abolition of the absolute ban on surrogacy is an important but sensitive issue that has been reflected in Estonia, but has remained unresolved to this day. The law is not an exact mirror of the morality of society or the state, but it expresses the attitudes of the state, here restricting reproductive rights. By avoiding addressing the issue, there is a risk that, instead of protecting individuals, the strict restrictions on surrogacy that make it less accessible to those who need it most will motivate them to seek services through illegal channels. The basis of a democratic state is the will of the people, seeing changes in their social attitudes and changes in the interests of their people, a strong state governed by the rule of law must also bring its legislation into line. Taking into account that the regulations on surrogacy are in the discretion of each country, the possibilities for ending the total ban on surrogacy in Estonia and the creation of more modern regulations that support human rights principles must be considered and analyzed. For this purpose, the regulation of surrogacy as a reproductive right in Estonian law has also been analyzed in the course of this work. From a legal point of view, it can also be argued that the prohibition of surrogacy means the prohibition of a fundamental human right - to have offspring - for those who do not have offspring for medical reasons, have the same sex or have no partner. However, each country has the capacity and resources to best regulate the protection of its citizens from potential threats, as the definitions of "coercion" and "exploitation" used in the debate may differ from society to society; they cannot be considered equal in Estonia and India, for example. Fearing the risks of a surrogacy agreement, the exploitation of an individual or the misuse of the international surrogacy market, the solution is tangible. A carefully crafted surrogacy agreement would cover many of these issues, including various other medical aspects that are often not applied to obtaining normal offspring. In practice, when the surrogate mother takes place in a jurisdiction where it is legal, thorough pre-contractual work is usually carried out, which includes medical and psychological assessments as well as a criminal background check of the parties. In the case of natural reproduction, this is not usually the case, it can even be said that surrogacy

provides better protection of the child's interests and health than traditional ways of starting a family. Although it has to start at the national level, wider international regulation is an equally important aspect or in some cases even more important. The problems associated with the practice of international surrogacy stem mainly from issues related to parental identification, citizenship and immigration, which are again strongly linked to the lack of regulation. International surrogacy conventions should focus on establishing an open dialogue between countries, leading to solutions to legal problems. The idea has been put forward that the Hague Convention could regulate surrogacy as an international adoption to avoid international conflicts. Based on the argument that reproductive rights are part of human rights, opportunities for surrogacy must be guaranteed. How to regulate them is another matter, here too there are many opportunities that any country can implement, but it is clear that a total ban could violate reproductive human rights to obtain offspring and the individual's right to decide on the self-determination of his body. In Estonia, ending the ban on surrogacy and creating regulations would contribute to the rise of national fertility, which has been an important priority throughout Estonia's freedom, as well as to solving international problems of surrogacy. The emphasis in the debate on surrogacy should be on the rights and freedoms of the individual, not on ethical and moral considerations. The legislator probably does not have a real understanding and perception of the impact of restrictions on those individuals who do not have the opportunity to exercise their reproductive rights to start a family. In his 2009 proceedings, the Chancellor of Justice also concluded that KVEKS and the Penal Code have established an absolute ban on surrogacy, but “such an absolute restriction violates the rights of women who are unable to carry a child very intensively” and may not be justified. The Chancellor of Justice also considered that the need for the introduction of a new regulation should be considered, as “until the amendment of the existing laws, there is no legal possibility to grant a special permit for the use of more alternative mediation to have a child”. On the issue of surrogacy, the United Kingdom is significantly ahead of Estonia, constantly evolving over the last thirty years and improving its legislation, while Estonia has not yet taken any significant steps to reform the law. However, in a constantly changing and evolving world, sooner or later Estonia will also have to address this issue more substantially and consider ending the ban. Following the example of the United Kingdom, a similar way of legislating could be used in Estonia, based on existing laws. Principles from various documents were used to create the United Kingdom law, for example, the Fertilization and Embryology Act is an analogue of the Artificial Insemination and Embryo Protection Act (hereinafter KVEKS). Section 59 of the United Kingdom Act governs surrogacy agreements which allow non-profit institutions to receive remuneration for the provision of a surrogate service by exempting them from the prohibition laid down in the applicable law. In

Estonia, based on § 9 of KVEKS, for example, the organization of artificial insemination in the form of specialist medical care is permitted, to whom an activity license for artificial insemination has been issued based on the Health Care Services Organization Act. It would also be possible to base the regulation of surrogacy on the existing legal framework of KVEKS. "Parenting is the most life-changing event most people experience. It is fundamentally unfair that some are unable to experience the birth of their child. Substitute motherhood offers a partial solution to the problem. " Agreeing with this statement, the author of the present work concludes that the Estonian state should take decisive steps towards the creation of regulations for surrogacy. Starting with the end of this total ban and regulating it as a reproductive right, implementing it in the current Artificial Insemination and Embryo Protection Act on the same principles and in the same way as in the United Kingdom.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Teadusraamatud:

1. Dworkin, A. (1983) *Right-wing Women*, A Perigee Book. New York: G. P. Putnam's Sons.
2. Overall, C. (1987). *Ethics and Human Reproduction: A Feminist Analysis*. Routledge, London. 111-36.

Teadusartiklid:

3. Abell, T. (1994). Gestational Surrogacy: Intent-Based Parenthood in *Johnson v. Calvert*. 45 *Mercer Law Review*, Vol. 045 Issue 04-070, 1429.
4. Allen, A. L. (1990) Surrogacy, slavery, and the ownership of life. *Harv. J. L. & Pub.* 805, Pol'y 139.
5. Ásgeirsson, H., Nordal, S. (2015). Reproductive Technology and Surrogacy A Global Perspective. *TemaNord*. 2015:561.
6. Atwell, B. L. (1988). Surrogacy and adoption: case of incompatibility. *Columbia Human Rights Law Review*, 20(1), 1-60.
7. Bowal, P. (1983). Surrogate Procreation: A Motherhood Issue in Legal Obscurity. 9 *Queen's L.J.* 5.
8. Bradley, K. (2018). Surrogacy and sovereignty: Safeguarding the interest of both the child and the state. *North Carolina Journal of International Law*. 43(4), 1-37.
9. Bremner, P. (2017). Surrogacy and single parents following *Re Z*. *Edinburgh Law Review*. 21(2), 281-286.
10. Caracciolo di Torella, E. (2015). Surrogacy, pregnancy and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU. *European Law Review*. 52-69.
11. Charrot, R. (2014). What do you need to know about surrogacy? *Private Client Business*. P.C.B. 2014, 1, 39-43.

12. Field, M. A. (2014). Compensated surrogacy. *Washington Law Review*. 89(4), 1155-1184.
13. Fenton-Glynn, C. (2015). The difficulty of enforcing surrogacy regulations. *Cambridge Law Journal*. 74(1), 34-37, 34.
14. Gaudoin, M., Masson, A. Reform of surrogacy law - a smoother road to family creation (Pt 2). *Fam. L.B.* 162, 1-4.
15. Gift, J.M. (2020). Breach Baby: An Argument for Equal Enforcement of Traditional and Gestational Surrogacy Contracts. *University of Arkansas at Little Rock Law Review*. Vol. 43, Issue 1 (Fall 2020), pp. 127.
16. Gunnarsson Payne, J. (2018). Autonomy in altruistic surrogacy, conflicting kinship grammars and intentional multilineal kinship. *Reproductive Biomedicine & Society Online*. Volume 7, 66-75.
17. Hill, B.J. (2009). Reproductive Rights as Health Care Rights, *18 COLUM. J. GENDER & L.* Faculty Publications, 75. 501.
18. Inhorn, M.C. (2009). Right to assisted reproductive technology: Overcoming infertility in low-resource countries. *Department of Anthropology*. Yale University. New Haven, CT, USA.
19. James, E. (2015). International surrogacy's "ticking time bomb". *Private Client Business*, 4, 178-181.
20. Joamets, K., Kerikmäe, T. (2017). European Dilemmas of the Biological versus Social Father: The Case of Estonia. *Baltic Journal of Law & Politics*. 23-42.
21. London, C. (2012). Advancing surrogate-focused model of gestational surrogacy contracts. *Cardozo Journal of Law & Gender*. 18(2), 391-422.
22. Peach, L. J. (1993). From spiritual descriptions to legal prescriptions: Religious imagery of woman as "fetal container" in the law. *J Law Relig.* 1993-1994;10(1):73-93.
23. Russell, I.S. (1988). Within the Best Interests of the Child: The Factor of Parental Status in Custody Disputes Arising from Surrogacy Contracts. *27 J. FAM. Law*. 585.
24. Maleshina, A. (2020). Taking human reproductive rights seriously: The russian perspective. *Russian Law Journal*. 2020;8(1):25-59.
25. Masson, A. (2019). Reform of surrogacy law - smoother road to family creation? *Fam. L.B.* 161, 7-8, 7.
26. Mohapatra, S. (2012). Stateless babies & adoption scams: bioethical analysis of international commercial surrogacy. *Berkeley Journal of International Law*. 30(2), 412-450.
27. Ryznar, M. (2010). International commercial surrogacy and its parties. *John Marshall Law Review*. 43(4), 1009-1040.

28. Saran, J.P. (2020). New laws ban commercial surrogacy in India. *Medico-Legal Journal*, 88(3):148-150.
29. Smith, S. (2020). Surrogacy - parental orders: Re X [2020] EWFC 39. *Family Law Bulletin*. 167, 4-6.
30. Sippel, S. (2008). Achieving Global Sexual and Reproductive Health and Rights. *35 HUM. Rts.* 13.
31. Tobin, J. (2014). To prohibit or permit: What is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy. *International and Comparative Law. Quarterly*, 63(2), 317-352.

Eesti õigusaktid:

32. Karistusseadusik. RT I, 03.03.2021, 3, 04.03.2021.
33. Kunstliku viljastamise ja embrüokaitse seadus. RT I, 28.12.2017, 35, 01.01.2018.
34. Eesti Vabariigi põhiseadus. RT I, 15.05.2015, 2, 13.08.2015.
35. RT I, 15.05.2015, 2, Kommenteeritud väljaanne. II ptk, Paragrahv 19.
36. Riigikogu IX koosseis. (1999). Eelnõu seletuskiri. Karistusseadustik 119 SE, Kättesaadav: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/5c321fb1-dc00-3e2a-aef2-a88bef6d0f5c/Karistusseadustik>, 10. aprill 2021.

EL-i ja rahvusvahelised õigusaktid:

37. Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. (1995). The World Organisation for Cross-border Co-operation in Civil and Commercial Matters. Kättesaadav: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, 06. veebruar 2021.
38. Parentage/Surrogacy. The World Organisation for Cross-border Co-operation in Civil and Commercial Matters. Kättesaadav: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 06.veebruar 2021.

39. Brunet, L. (2013). A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. European Parliament's Committee on Legal Affairs. Kättesaadav: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf), 04. aprill 2021.
40. Percy, A. (2020). Surrogacy: Government Policy. Hansard, UK Parliament. Kättesaadav: <https://hansard.parliament.uk/commons/2020-01-21/debates/925AF06F-A059-4093-90B9-073C4ACC326C/SurrogacyGovernmentPolicy>, 01. aprill 2021.

Muud kohtulahendid:

41. Lamb and Anor & Shaw. (2017). Family Court of Australia. FamCA 769. Kättesaadav: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FamCA/2017/769.html>, 20. november 2020.
42. X & Y (Foreign Surrogacy). (2008). *Family Law Week*. [2008] EWHC 3030 (Fam). Kättesaadav: <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706>, 06. veebruar 2021.

Muud allikad:

43. A brief history of surrogacy law in the UK. (2018, Veb 13). Vardags. Kättesaadav: <https://vardags.com/family-law/history-surrogacy-law-uk>, 10. aprill 2021.
44. About Surrogacy. FROM THE BIBLE TO TODAY: THE HISTORY OF SURROGACY. Kättesaadav: <https://surrogate.com/about-surrogacy/surrogacy-101/history-of-surrogacy/>, 03. veebruar 2021
45. Ahmed, O. (2018). 13 Ways States Can Protect and Advance Women's Health and Rights. *Center of American Progress*. Kättesaadav: <https://www.americanprogress.org/issues/women/reports/2018/11/30/461639/13-ways-states-can-protect-advance-womens-health-rights/>, 07. detsember 2021.

46. Comeau, N. (2019, Dec 18). Inside India's surrogacy debate. Kättesaadav: <https://opencanada.org/inside-indias-surrogacy-debate/>, 21. november 2020.
47. Eesti Naistearstide Selts. (2012). Asendusemadus. *ENS seisukohad*. Kättesaadav: <https://www.ens.ee/ens-seisukohad>, 04. oktoober 2020.
48. Entering into a surrogacy arrangement. Queensland Government. Kättesaadav: <https://www.qld.gov.au/law/births-deaths-marriages-and-divorces/birth-registration-and-adoption-records/surrogacy/entering-into-a-surrogacy-arrangement>, 02. veebruar 2021.
49. ERR (2013), Viljatus on Eestis süvenev probleem. Kättesaadav: <https://www.err.ee/333981/viljatus-on-eestis-suvenev-probleem>, 07. jaanuar 2021.
50. Goyal, S. (2020, Aug 17). Surrogacy in India: History, Impact on poor and facts. Kättesaadav: <https://www.jagranjosh.com/general-knowledge/surrogacy-in-india-1597665040-1>, 21.november 2020.
51. Infertility (2020), World Health Organization (WHO). Kättesaadav: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>, 10.aprill 2021.
52. History of UK surrogacy law. *NGA Law*. Kättesaadav: <https://www.ngalaw.co.uk/knowledge-centre/history-of-uk-surrogacy-law>, 01.aprill 2021.
53. Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2018: A consultation on revised regulations to reflect changes to the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 that enable a single person to apply for a parental order. (2018, Märts). Department of Health and Social Care. Kättesaadav: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/686188/consultation-document-human-fertilisation-and-embryology-parental-order-regulations-2018.pdf, 10. aprill 2021.
54. Klein, E. (2014, Dec 17) 10 HISTORICAL FACTS YOU NEVER KNEW ABOUT SURROGACY. [Blog post]. Kättesaadav:<https://medium.com/@erickleinlaw/10-historical-facts-you-never-knew-about-surrogacy-6d5ce839fdee>, 07. veebruar 2021.

55. Laanpere, M. (2020). Kommertslik asendusemadus seab ohtu vaesemate riikide naised. ERR. Kättesaadav: <https://www.err.ee/1103297/made-laanpere-kommertslik-asendusemadus-seab-ohtu-vaesemate-riikide-naised>, 15. jaanuar 2021.
56. Legal parenthood: proposals for reform –a new pathway.(2019). Law Commission. Kättesaadav: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf>, 04. veebruar 2021.
57. Nachtigall, R.D. (2005). International disparities in access to infertility services. Kättesaadav: [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(05\)04324-4/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(05)04324-4/pdf), 10.oktoober 2020.
58. Nõmm, G. (2017). Kirik on vastu asendusemaduse seadustamisele. ERR. Kättesaadav: <https://www.err.ee/600119/kirik-on-vastu-asendusemaduse-seadustamisele>, 16.vebruar 2021.
59. O, Bowcott. (2015, May 18). Unregistered surrogate-born children creating 'legal timebomb', judge warns. The Guardian. Kättesaadav: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/may/18/unregistered-surrogate-born-children-creating-legal-timebomb-judge-warns>, 06. veebruar 2021.
60. Reproductive Rights. United Nations. Kättesaadav: <https://www.un.org/en/development/desa/population/theme/rights/index.asp>, 18. november 2020.
61. Riigikogu sotsiaalkomisjon: asendusemadus võiks olla Eestis lubatud. (2015, okt 16). Delfi. Kättesaadav: <https://www.delfi.ee/news/paevauudised/eesti/riigikogu-sotsiaalkomisjon-asendusemadus-voiks-olla-eestis-lubatud?id=72717911>, 30.november 2021.
62. Reproduktiivõigused. (2020). Inimõiguste giid. Kättesaadav: <https://www.inimõigustegiid.ee/ee/teemad/perekond/reproduktiivõigused>, 29.oktoober 2020.

63. Reproktiivõigused – asendusemadus Eestis. (2013). Riigikogu Kantselei õigus-ja eanalüüsi osakond. https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_16_2013.pdf, 03.veebruar 2021.
64. Surrogacy & Donor IVF By Country. Growing Families. Kättesaadav: <https://www.growingfamilies.org/surrogacy-by-country/>, 06. jaanuar 2021.
65. Surrogacy in the light of European Union law: brief considerations. *UNIO EU Law Journal*. Kättesaadav:: <https://officialblogofunio.com/2019/07/22/surrogacy-in-the-light-of-european-union-law-brief-considerations/>, 20.märts 2021.
66. Tamm, M. (2009, Aug 29). Pevkur: asendusemaduse võiks seadustada. Postimees. Kättesaadav: <https://www.postimees.ee/157591/pevkur-asendusemaduse-voiks-seadustada>, 14. jaanuar 2021.
67. Virtuaalkliinik (2019), Viljatusravi kasutamine Eestis on kasvutrendis. Kättesaadav: <https://www.virtuaalkliinik.ee/uudised/2019/07/22/viljatusravi-kasutamine-eestis-on-kasvutrendis>, 03. märts 2021
68. Õiguskantsler: asendusemaduse regulatsioon vajab ümbervaatamist. (2009, sept 09). Õiguskantsleri Kantselei. Kättesaadav: <https://www.oiguskantsler.ee/et/%C3%B5iguskantsler-asendusemaduse-regulatsioon-vajab-%C3%BCmbervaatamist>, 14. jaanuar 2021.

Lisa 1. Lihtlitsents

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks¹

Mina Kristel Kungla (sünnikuupäev: 12.02.1992)

Annan Tallinna Tehnikaülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Asendusemaduse kui reprodutiivõiguse reguleerimine Eesti õiguses“, mille juhendaja on Kristi Joamets,

1.1 reprodutseerimiseks lõputöö säilitamise ja elektroonse avaldamise eesmärgil, sh TalTechi raamatukogu digikogusse lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2 üldsusele kättesaadavaks tegemiseks TalTechi veebikeskkonna kaudu, sealhulgas TalTechi raamatukogu digikogu kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. Olen teadlik, et käesoleva lihtlitsentsi punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. Kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest ning muudest õigusaktidest tulenevaid õigusi.⁹⁷

10.05.2021

⁹⁷Lihtlitsents ei kehti juurdepääsupiirangu kehtivuse ajal vastavalt üliõpilase taotlusele lõputööle juurdepääsupiirangu kehtestamiseks, mis on allkirjastatud teaduskonna dekaani poolt, välja arvatud ülikooli õigus lõputööd reprodutseerida üksnes säilitamise eesmärgil. Kui lõputöö on loonud kaks või enam isikut oma ühise loomingulise tegevusega ning lõputöö kaas- või ühisautor(id) ei ole andnud lõputööd kaitsvale üliõpilasele kindlaksmääratud tähtjaks nõusolekut lõputöö reprodutseerimiseks ja avalikustamiseks vastavalt lihtlitsentsi punktidele 1.1. jq 1.2, siis lihtlitsents nimetatud tähtaja jooksul ei kehti.