

УДК 341.922

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.4.06>**Емілія Костик,**

помічник адвоката,

аспірантка Інституту держави і права імені В. М. Корецького

Національної академії наук України

ТРАНСКОРДОННЕ СУРОГАТНЕ МАТЕРИНСТВО: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті автором аналізується проблематика правового регулювання транскордонного сурогатного материнства як у вітчизняному законодавстві, так і зарубіжному. Зокрема, досліджується явище «сурогатний туризм», яке виникає у зв'язку з неоднорідним правовим регулюванням вищезгаданого виду допоміжних репродуктивних технологій (надалі – ДРТ) у випадку, коли такі правовідносини ускладнені іноземним елементом. Автором надається низка рекомендацій, роз'яснень та застережень з приводу цієї проблематики. Крім того, автор досліджує, аналізує та надає рекомендації щодо застосування гнучких формул прикріплення, розробки раніше невідомих колізійних прив'язок у вищезгаданих правовідносинах на прикладі окремих держав. Також пропонуються певні зміни до українського законодавства, які спростять процедуру залучення іноземного елемента до правовідносин з приводу сурогатного материнства. Крім того, проаналізовано низку судових справ, у яких вирішується проблематика застосування правових норм у правовідносинах сурогатного материнства, ускладнених іноземним елементом. Окрему увагу автор приділяє рішенням Європейського суду з прав людини в частині визнання правового статусу дитини, народженої внаслідок застосування сурогатного материнства, і наголошує, що судді в ухваленні своїх рішень ставлять як найвищу цінність невід'ємне право на життя дитини, а також враховують її інтереси як найбільш значущі, незважаючи на те, що в юрисдикціях цих справ такий вид ДРТ заборонений відповідним національним законодавством та вважається злочином. У цій статті досліджується така проблематика, як визнання батьківства щодо дитини, народженої внаслідок сурогатного материнства. З огляду на це автор аналізує низку зарубіжних судових рішень, в яких вирішується, зокрема, питання визнання матір'ю дитини, народженої внаслідок застосування сурматеринства, у випадку, коли сурогатна та генетична матері належать до різних юрисдикцій, в яких неоднаково на законодавчому рівні встановлена презумпція материнства.

Варто наголосити, що актуальність теми цієї статті полягає у тому, що автором досліджено та надаються рекомендації з приводу проблематики правового регулювання транскордонного сурогатного материнства з урахуванням вітчизняного законодавства.

Ключові слова: допоміжні репродуктивні технології, безпліддя, ембріони, інститут сурогатного материнства, сурогатна матір, біологічні батьки, колізійні прив'язки, іноземний елемент, договірна держава, сурогатний туризм.

Постановка проблеми. Проблема безпліддя є значно поширеною у всьому світі, тому для її вирішення застосовується безліч допоміжних репродуктивних технологій (надалі – ДРТ), серед яких популярністю користується сурогатне материнство. Зазначений вид ДРТ є надзвичайно дискусійним, адже є низка держав, в яких законодавчо дозволено сурогатство, в деяких заборонено, а в деяких взагалі не передбачено чинним законодавством. Таким чином, громадяни однієї країни вимушені звертатися до клінік іншої, щоб мати змогу пройти програму сурогатного материнства, отже, такі правовідносини ускладнюються іноземним елементом. Внаслідок цього виникає велика кількість проблем, пов'язаних насамперед із тим, застосування норм права якої держави

буде доречно у регулюванні відповідних правовідносин, встановленні батьківських прав щодо дитини, народженої внаслідок застосування такого виду ДРТ, та правового статусу сурогатної матері. Крім того, у зв'язку з проходженням програми сурогатного материнства за кордоном виникло таке явище, як «сурогатний туризм», що своєю чергою зумовлює виникнення безлічі колізій і проблемних питань з приводу того, на законодавство якої країни все-таки посилалися. Таким чином, питання колізійного регулювання такого виду ДРТ є надзвичайно актуальним та потребує детального дослідження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Тема інституту сурогатного материнства досліджувалася не лише вченими-правниками, а й медиками, психологами

та церковнослужителями як вітчизняними, так і зарубіжними. Вважаємо за необхідне в контексті цієї статті зосередити увагу на аналізі досліджень власне вчених-правників.

Таким чином, сурматеринство вивчали такі вітчизняні науковці, як: Ю. В. Коренга, О. В. Оніщенко, Н. М. Квіт, Я. Р. Марко, О. В. Розгон, О. О. Берестовий. Окрім того, велику увагу інституту сурогатного материнства приділяли зарубіжні вчені, серед них – Н. С. Анцух, К. В. Стеблева, А. Р. Пурге, Н. С. Байбороша, С. Рінтамо, О. Фаррар, Г. Торрес, С. Ахмад, Н. Кофман, Е. Лоуренс, Л. Давіс, С. Рінтамо та інші.

Однак, проаналізувавши публікації вищезгаданих науковців, зазначимо, що було досліджено низку важливих і проблемних питань, таких як: правовий статус сторін у договорі про сурогатне материнство, визнання батьківства щодо дитини, народженої внаслідок такого виду ДРТ, та її правовий статус і, зокрема, проблеми колізійного регулювання. Проте вважаємо за необхідне ширше, актуальніше, на конкретних судових справах дослідити власне колізійне регулювання інституту сурогатного материнства як у вітчизняному, так і у зарубіжному законодавстві.

Мета статті – дослідити проблемні питання, пов'язані з використанням сурогатного материнства, коли такі правовідносини ускладнені іноземним елементом, та надати ефективні рекомендації.

Виклад основного матеріалу. Інститут сурогатного материнства є напрочуд дискусійним та проблемним, що проявляється у його правовому регулюванні. Що стосується вітчизняного законодавства, як зазначає І.Я. Верес у статті «Проблеми правового регулювання сурогатного материнства», відповідно до ч. 2 ст. 123 СК України у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних технологій, батьками дитини є подружжя. Отже, СК України захищає права генетичних батьків і передбачає їхнє право зареєструвати дитину. Також особливий характер відносин сурогатного материнства полягає в тому, що його основною метою є реалізація дружиною та чоловіком права на материнство та батьківство, передбаченого ст.ст. 49, 50 СК України, у випадку, коли дружина з фізіологічних причин не може самостійно виносити та народити дитину [1]. Але як вирішувати проблему застосування такого виду ДРТ, якщо правовідносини ускладнюються іноземним елементом, позаяк його наявність тягне об'єктивну необхідність

регламентації вітчизняних норм у міжнародне приватне право. З одного боку, має місце колізійне регулювання безпосередніх відносин сурогатного материнства (встановлення походження дітей, договірні зобов'язання), з іншого – відносин, пов'язаних із сурогатним материнством (права й обов'язки батьків і дітей, спадкові відносини). Специфіка сурогатного материнства вимагає застосування до правовідносин гнучких формул прикріплення, а також розробки раніше невідомих колізійних прив'язок. Звісно ж, колізійне регулювання безпосередньо відносин сурогатного материнства має враховувати сучасні підходи до диференціації й ускладнення колізійних норм, а також тенденцію переходу від жорсткого до гнучкого правового регулювання шлюбно-сімейних відносин [2].

Таким чином, зростання транскордонного сурогатства відображається у збільшенні кількості позовів, що надходять до національних судів у країнах Північної Європи щодо регуляризації відносин між батьками та дітьми (наприклад, позовів про визнання батьківства та усиновлення). Ця судова практика ілюструє, що суди мають справу з новою галуззю права, що стосується прав дитини, на тлі будь-якого міжнародно узгодженого регулювання міжнародного сурогатства або відсутності явного (або будь-якого) національного законодавства про міжнародне сурогатство [3].

Окрім того, як зазначає О. В. Розгон у статті «Колізійне регулювання встановлення походження дитини у разі застосування сурогатного материнства», в деяких країнах існує презумпція материнства. Для прикладу, у Новому Південному Уельсі (Австралія) передбачена презумпція материнства жінки, що народила (тобто сурогатної матері), тому біологічній матері (жінці-«замовниці»), а згідно зі ст. 53-2 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб і сім'ю (далі – КпШС Білорусі) презумпція материнства генетичної матері (якщо у разі зачаття використовується її яйцеклітина) і презумпція материнства жінки, що виявила намір бути матір'ю дитини (у разі, коли в дружини генетичного батька не утворюються яйцеклітини чи відсутній орган, призначений для виношування плоду (матка)) [4]. Таким чином, виникає низка проблем, пов'язаних з визнанням батьківства щодо дитини, народженої внаслідок сурматеринства, якщо сторонами договору про використання такого виду ДРТ є громадяни різних країн, у законодавстві яких закріплені різні види презумпцій материнства. Вирішення такого проблемного питання буде досліджуватися в наших подальших працях.

Як раніше зазначалося, в результаті проблематичного правового регулювання інституту сурогатного материнства у різних державах виникло таке явище, як «репродуктивний туризм». Це зумовило складність вирішення правових питань щодо регулювання безпосередньо сурогатного материнства, а окрім того, правового статусу дитини і укладення договору про сурогатне материнство. Таким чином, кожна держава по-своєму вирішує цю низку проблемних питань. Варта уваги справа Россі проти Брайса (*Rossi v. Bryce*). Суть справи полягала в тому, що дружина у зв'язку з неодноразовими невдалими спробами завагітніти вирішила після розлучення скористатися послугами сурогатної матері, позаяк внаслідок однієї з вагітностей зазнала екстирпації (видалення матки), що зумовило безпліддя. Особливістю було те, що вона була громадянкою Мальти, де сурогатне материнство є законодавчо забороненим, а чоловік – громадянином США. Варто зазначити, що після народження потенційної дитини дружина мала на меті перевезти її в Мальту. Вищезгадане подружжя весь час проживало у штаті Меріленд, де теж такий вид ДРТ заборонений. Окрім того, у клініці, де проходила лікування дружина, в штаті Меріленд, зберігалися її 14 ембріонів, які пані Россі після розлучення хотіла передати сурогатній матері, аргументуючи тим, що вона має право на сім'ю, навіть будучи розлученою відчувати радість материнства, на будь-яку допомогу від колишнього чоловіка вона не розраховувала в майбутньому щодо потенційної дитини. Чоловік, своєю чергою, заявляв, що невдалі спроби завагітніти дружиною власне і стали причиною для розлучення, окрім того, він мав побоювання, що потенційна дитина стане тягарем для нього, оскільки він має намір створити нову сім'ю з іншою жінкою, також він вважав, що з 14 ембріонів може народитися 14 дітей. Таким чином, все вищезазначене стало приводом для звернення до суду із захистом його прав. Дружина, дізнавшись, що у цьому штаті сурогатне материнство заборонене, вирішила скористатися послугами сурогатної матері у Вірджинії, де цей вид ДРТ дозволений. Проте клініка, в якій зберігалися її ембріони, відмовилася передавати їх до медичного закладу у штаті Вірджинія, мотивуючи тим, що внаслідок такої дії її можуть позбавити ліцензії і притягнути медичних працівників до кримінальної відповідальності. Таким чином, ця справа розглядалася судом штату Меріленд. Суд, врахувавши той факт, що обставини справи зачіпають три юрисдикції: штату Меріленд, Вірджинії та Мальти, дійшов таких висновків. Згідно

із законодавством Мальти, генетична матір може бути притягнена до кримінальної відповідальності, позаяк сурогатне материнство заборонене в цій державі та будь-які дії, пов'язані з цим видом ДРТ, є кримінально каранними. Окрім того, пан Брайян вважатиметься батьком потенційної дитини і буде зобов'язаний опікуватися нею. Посилаючись на цей факт, суд штату Меріленд зобов'язаний вчинити всі дії, щоб запобігти виникненню такого серйозного правопорушення. Задовольняючи зустрічний позов чоловіка про відмову у наданні згоди на використання 14 ембріонів для передачі сурогатній матері, суд виходив з того, що позаяк потенційну дитину, народжену внаслідок застосування сурогатного материнства, дружина мала на меті перевезти в Мальту, де такий вид ДРТ заборонений, як і в штаті, де знаходилася клініка, в якій зберігалися 14 ембріонів, суд вважав, що ці правовідносини ускладнені іноземним елементом, де буде використовуватися право іншої держави (Мальти), а не штату Меріленд. Таким чином, з урахуванням усіх обставин справи суд Меріленду постановив, що всі правовідносини, які виникнуть з народженням дитини, повинні регулюватися мальтійським законодавством, а оскільки потенційну дитину генетична матір мала намір перевезти в Мальту, де інститут сурогатного материнства є кримінально карним, суд зобов'язаний відмовити у задоволенні її позову з метою запобігання вчинення кримінального правопорушення [5].

Окрім того, як зазначає Н.М. Квіт у статті «Інститут сурогатного материнства: проблеми колізійного регулювання», законодавство України у сфері застосування ДРТ детально не регламентує всі аспекти проходження програми, особливо стосовно іноземців [6]. Спеціальними джерелами, які регулюють цей вид ДРТ, є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 року (в первинній редакції), Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я від 9 вересня 2013 р. Окрім них, окремі положення щодо цього правового явища передбачені в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), Сімейному кодексі України (далі – СК України), Законі України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині», Правилах державної реєстрації актів цивільного стану України, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. Як зазначає О.В. Оніщенко, ЦК України у ст. 281 передбачає, що повнолітні

жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. Вказана норма дублюється п. 1.7 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні [7]. Проте на тепер не врегульоване питання залучення іноземного елемента в такі правовідносини. Таким чином, ми пропонуємо доповнити Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я від 9 вересня 2013 р., розділом «Особливості проходження програми сурогатного материнства з іноземцями», в якому детально вказати права й обов'язки сторін, конкретний перелік усіх документів, пов'язаних з укладенням договору із сурогатною матір'ю, визнання батьківства та зазначень можливих колізій із законодавством для громадян тих держав, в яких сурогатне материнство не дозволене або не регламентоване. Також такі доповнення слід внести і на законодавчому рівні, зокрема доповнити ч. 7 ст. 281 ЦК України положенням: «Повнолітні жінка або чоловік, у т. ч. іноземці, мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством».

Варто зазначити, що точаться дискусії щодо визнання дітей, народжених внаслідок такого виду ДРТ. Світова практика, зокрема Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), свідчить, що в ухваленні своїх рішень зазвичай посилаються на положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та Конвенції про права дитини. Таким чином, є низка справ, які присвячені регулюванню сурогатного материнства, встановленню батьківських прав на дитину, народжену внаслідок такої ДРТ. До них належать: Менсон проти Франції, Лабасі проти Франції, Д та інші проти Бельгії, Падісо і Кампанелі проти Італії [3].

Як у французькій, так і в італійській справах, зазначених вище, уряд заявив, що відмова у визнанні відносин батько-дитина сама по собі вважалася порушенням статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У цитованих вище справах ЄСПЛ уточнив, що стаття 8 закріплює визнання батьківських відносин як частини цієї статті, захисту прояву індивідуальності та ідентичності.

Стаття 8 має двосторонню структуру, яка гарантує як право на сімейне життя, так і повагу до приватного життя, таким чином

ЄСПЛ визнав обидва ці права порушеними у випадках Меннессона та Лабасі, коли держава відмовилася визнати сімейний зв'язок. Окрім того, що ЄСПЛ визнав порушення права на сімейне життя, він також зробив висновок, що, оскільки державі слід було забезпечити досить велику свободу оцінок, хоч і звужену залученням істотних екзистенціальних питань ідентичності навколо батьківства, цілі, а саме захист дітей та сурогатів, були пропорційні порушенню.

Суд у своїй попередній прецедентній практиці зазначав, що держава зобов'язана діяти таким чином, що дозволяє інтегрувати дитину в свою сім'ю. Однак це тлумачення несумісне з позицією, прийнятою в попередніх рішеннях Суду, де він вважав, що стаття 8 має як негативні, так і позитивні зобов'язання перед державою. Висновок у справах Франції призводить до думки, що до тих пір, поки Договірна держава не буде активно втручатися у право на сімейне життя або якщо громадяни не зіткнулися з нездоланими перешкодами, що заважають їм «насолоджуватися» сімейним життям, держава залишається в межах своїх повноважень.

Рішення у справах Меннессона та Лабасі, що лише права дітей на приватне життя були порушені нелегітимним способом, встановленим Судом, що забороняти всі форми сурогатства та відмовлятися визнавати створені ними батьківські стосунки не є несумісним з Європейською конвенцією про права людини як такої. Питання прав людини з огляду на Конвенцію у справах Франції – це юридично невизначена ситуація в очах французького закону, коли відмова залишала дітей без батьків.

У представлених справах про сурогатство, висунутих до ЄСПЛ, питання стосувалося поняття, повністю забороненого в іншій юрисдикції, що призводить до декількох відмінностей між юрисдикціями країни призначення та країни походження, а саме прийнятністю сурогатства як такого, прийняття комерційного сурогатства та визнання батьківських відносин. Вони самі по собі можуть бути досить фундаментальними, щоб виправдати посилення на звичайні правовідносини, однак у сурогатному житті завжди є права людини та найкращі інтереси дитини, які слід враховувати [3].

Висновки

З огляду на вищесказане, можемо зробити такі висновки. У зв'язку із заборонаю одними державами сурогатного материнства і відсутністю чіткого правового регулювання в інших громадяни таких країн для того,

щоб скористатися можливістю проходження програми сурогатного материнства зобов'язані перетинати кордон з іншою державою, в якій такий вид ДРТ дозволений.

Своєю чергою це породжує таке явище, як «сурогатний туризм», оскільки виникає низка проблем з перевезенням дитини, народженої внаслідок сурогатного материнства, в країну, де такий вид ДРТ заборонений, встановлення батьківських прав та, зокрема, чи справді такий громадянин мав право скористатися послугами сурогатної матері за кордоном.

Суди, ухвалюючи рішення, керуються нормами низки Конвенцій, де врешті-решт враховуються інтереси дитини та її право на життя, а щодо питань, які стосуються правового регулювання права на проходження програми сурогатного материнства, регулюється законом тієї держави, де такий вид ДРТ дозволений, проте з метою запобігання виникненню правопорушень у країні, де інститут сурогатного материнства є кримінально караним, застосовується право останньої, таким чином, зумовлюючи подальше дослідження цієї теми та пошуку правової лазівки, яка б допомогла бездітним парам втілити в реальність своє право бути батьками.

In the article the author analyzes the problems of legal regulation of cross-border surrogacy both in domestic law and foreign. In particular, the paper examines the phenomenon of "surrogacy tourism", which occurs in connection with non-uniform legal regulation of form of assisted reproductive technology (ART), in the case where such legal relations complicated by a foreign element and the author provided a number of recommendations, clarifications, and caveats about this problem. In addition, the author examines, analyzes and provides recommendations on the use of flexible formulas of attachment, the development of a previously unknown conflict bindings in the above relations on the example of individual countries. Also, offered certain changes in the Ukrainian legislation that casual procedure of attracting foreign element in legal relations regarding surrogacy. It also analyzes a number of court cases, which decide the issue of application of legal norms in the legal relationship of surrogate motherhood, complicated by a foreign element. Separate attention is paid to the decision of the European court of human rights in the recognition of the legal status of a child born as the result of surrogacy and emphasizes that judges in their decision-making put as the highest value the inherent right to life of the child and take into account its interests as most important, despite the fact that in these jurisdictions of the cases this kind of art is prohibited in the relevant national legislation and considered a crime. This article examines such issues as the recognition of paternity of a child born as the result of surrogacy. Given this, the author analyzes a number of foreign judicial decisions which addressed in particular the issue of recognition by the mother of a child born as a result of application of surrogacy, in the case where the surrogate and genetic mother belong to different jurisdictions, which vary respectively at the legislative level, establish a presumption of maternity.

It should be noted that the relevance of the topic of this article is that the author researched and provided recommendations regarding the problems of legal regulation of cross-border surrogacy, including the domestic legislation.

Key words: assisted reproductive technologies, infertility, embryos, institute of surrogate motherhood, surrogate mother, biological parents, conflict bindings, foreign element, contracting state, surrogate tourism.

Список використаних джерел:

1. Верес І.Я. Проблеми правового регулювання сурогатного материнства. *Адвокат*. 2013. № 3. С. 27–31.
2. Анцух Н.С. Трансграничные проблемы правового регулирования сурrogатного материнства : монография. Минск : Четыре четверти, 2015. 156 с.
3. Achmand C.I. Anne-Marie Krens. *Children's Rights in International Commercial Surrogacy*. Universitet Leiden. 2018.
4. Розгон О.В. Колізійне регулювання встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С.123.
5. Olivia M. Farrar. *A Context and Practice Case File Rossi v. Bryce an International Embryo and Surrogacy Dispute*. California Academic Press. Durham. North California. 2017. P. 156.
6. Квіт Н.М. Інститут сурогатного материнства: проблеми колізійного регулювання. *Альманах міжнародного права*. 2016. № 14. С. 38–49.
7. Оніщенко О.В., Козіна П.Ю. Сурогатне материнство в Україні та за кордоном: порівняльно-правовий аспект. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2015. № 3. С. 102–108.