

### III. Суругатне (замінне) материнство як допоміжна репродуктивна технологія

DOI: 10.33498/Юспр-2020-03-121



Роман Майданик

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
завідувач кафедри цивільного права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка  
(Київ, Україна)  
roman.maydanyk@gmail.com

УДК 340.112.01 (477)

#### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СУРУГАТНОГО МАТЕРИНСТВА З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КРАЩОГО ДОСВІДУ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Необхідність усталеного розвитку вітчизняного права в умовах євроінтеграції та глобалізації зумовлює потребу у формуванні та застосуванні в Україні законодавства і правозастосовної практики про суругатне материнство з урахуванням кращого іноземного досвіду.

Мета статті полягає у проведенні загальної характеристики суругатного материнства з іноземним елементом, матеріально-правового та колізійно-правового регулювання зазначених відносин, колізійних прив'язок встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням суругатного материнства, як базових елементів імплементації у вітчизняне право кращого іноземного досвіду у цій сфері.

Судова практика в Україні при вирішенні спорів щодо встановлення спорідненості між фактичними батьками і дитиною, народженою із застосуванням суругатного материнства, дотримується позиції, згідно з якою відмова органів іноземної держави у визнанні факту реєстрації заявниці матір'ю дитини порушує її права та права дитини, оскільки зі статусом матері пов'язані всі права та обов'язки її щодо дитини, зокрема матеріального забезпечення та піклування, які вона набула відповідно до законодавства України. Суди виходять із того, що таке порушення прав заявниці може бути усунуто через встановлення факту родинних відносин у суді України за місцем народження дитини з ухваленням відповідного судового рішення.

Колізійне регулювання суругатного материнства відображає сучасні підходи диференціації та ускладнення колізійних норм, а також тенденцію до переходу від жорсткого до гнучкого правового регулювання шлюбно-сімейних відносин.

Законодавство іноземних держав до встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої суругатною матір'ю, застосовує кілька колізійних прив'язок:

© Роман Майданик, 2020

право держави дитини, громадянином якої вона є; особистий закон дитини (з модифікаціями); особистий закон одного або обох батьків дитини; право держави, з якою подружжя мають найбільш тісний зв'язок; одностороння колізійна прив'язка, згідно з якою встановлення та оспорування батьківства на території держави проводиться відповідно до законодавства цієї держави.

Колізійні прив'язки встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, необхідно тлумачити і застосовувати відповідно до положень принципу найкращих інтересів дитини.

Оптимальною формулою прикріплення для встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, є особистий закон дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини. Під державою місця здійснення сурогатного материнства доцільно розуміти державу місця імплантації ембріона, оскільки саме ця медична процедура є першим етапом, який має вирішальне значення для реалізації цього методу допоміжних репродуктивних технологій.

Доцільним є внесення змін до ст. 65 Закону України “Про міжнародне приватне право”, а саме, доповнення статті ч. 2: “Встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, визначається особистим законом дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини”.

Ключові слова: договір сурогатного материнства; колізійні прив'язки встановлення походження дітей, народжених із застосуванням сурогатного материнства; найкращі інтереси дитини, народженої сурогатною матір'ю.

Необхідність стабільних і передбачуваних правовідносин сурогатного материнства в умовах євроінтеграції та глобалізації зумовлює потребу у формуванні в Україні законодавства і правозастосовної практики з питань сурогатного материнства у порівняльному вимірі з метою впровадження у вітчизняне право кращого світового досвіду у цій сфері. Передбачена Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС) та Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони<sup>1</sup> юридична гармонізація різних національних систем права зумовлює важливість для права України впровадження визнаних країнами – членами ЄС базових засад і концепцій сурогатного материнства. Це зумовлює практичний бік цього дослідження.

Із наукового погляду поняття застосування і тлумачення норм права про сурогатне материнство в умовах євроінтеграції не повною мірою відображає розуміння і види сурогатного материнства в країнах Західної Європи, які, очевидно, відрізняються від переважно ліберального підходу щодо розуміння і застосування сурогатного материнства. Наведене

<sup>1</sup> Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. Official Journal of the European Union (OJ). 2014 L 161/3.

зумовлює необхідність формування системних положень про сурогатне материнство з іноземним елементом із метою імплементації в право України кращого світового досвіду у цій сфері.

Мета дослідження полягає у проведенні загальної характеристики відносин сурогатного материнства з іноземним елементом, матеріально-правового та колізійно-правового регулювання відносин сурогатного материнства з іноземним елементом, колізійних прив'язок встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства.

### *Загальна характеристика сурогатного материнства з іноземним елементом*

Україна є однією з небагатьох країн світу, яка дає право іноземним громадянам нарівні з громадянами України скористатися послугами сурогатних матерів, що зумовлює виникнення відносин сурогатного материнства за участю іноземного елемента.

Підставою виникнення правовідносин сурогатного материнства є договір сурогатного материнства. Наявність іноземного елемента перетворює їх у приватні правовідносини з іноземним елементом, що стосується також і договору про сурогатне материнство.

Визначення поняття сурогатного материнства і договору сурогатного материнства з іноземним елементом покликане попередити проблеми, пов'язані з невизнанням сурогатного материнства, яке реалізується за кордоном або за участю іноземців.

Сурогатне материнство з іноземним елементом є правовідносинами юридично рівних учасників, що реалізуються за кордоном або за участю іноземців і виникають між сурогатною матір'ю та фактичними (біологічними) батьками або медичним закладом щодо надання сурогатною матір'ю, яка надала згоду на імплантацію ембріона, послуг із виношування і народження дитини біологічним батькам.

Договором сурогатного материнства з іноземним елементом є угода, згідно з якою одна сторона (сурогатна мати), яка надала згоду на імплантацію ембріона, надає послуги з виношування і народження дитини другій стороні:

- фактичним батькам, або
- закладу охорони здоров'я, в якому здійснювалася імплантація ембріона (репродуктологу), за наявності договору між фактичними батьками та репродуктологом про надання послуг із реалізації сурогатного материнства, у випадку, коли наявний іноземний елемент за суб'єктивним складом, об'єктом або юридичним фактом:

а) сурогатна мати – громадянка іноземної держави або особа без громадянства, яка проживає в іноземній державі, та (або)

б) фактичні батьки – громадяни іноземної держави або особи без громадянства, які проживають в іноземній державі, та (або)

в) договір сурогатного материнства укладений на території іноземної держави, та (або)

г) імплантація ембріона здійснювалася на території іноземної держави, та (або)

г) дитина народжена на території іноземної держави.

Національне право держав може закріплювати до чотирьох видів сурогатного материнства. Як наслідок, у державі, де законодавчо закріплено сурогатне материнство, яке включає в себе менше чотирьох видів, може виникнути проблема, пов'язана з невизнанням іншого виду сурогатного материнства з причини імовірної кваліфікації норм про сурогатне материнство як надімперативної.

Залежно від наявності (відсутності) генетичного зв'язку між особами, які беруть участь у відносинах сурогатного материнства, класифікація сурогатного материнства проводиться на підставі двох критеріїв: а) генетичного зв'язку між сурогатною матір'ю і народженою нею дитиною (сурогатне материнство *sui generis* і нетрадиційне (гестаційне) сурогатне материнство), та б) генетичного зв'язку між дитиною, народженою сурогатною матір'ю, та обома чи одним із фактичних батьків цієї дитини (повне сурогатне материнство і часткове (усічене) сурогатне материнство).

За характером регулювання сурогатного материнства можна виділити три групи країн: 1) країни, в яких дозволено комерційне і некомерційне сурогатне материнство; 2) країни, в яких дозволено лише некомерційне сурогатне материнство; 3) країни, в яких заборонено сурогатне материнство.

Закономірність співвідношення дозволу (заборони) сурогатного материнства з наявністю (відсутністю) конституційних засад зумовлена наявністю в державі основних законів, які закріплюють конституційні засади сурогатного материнства.

Сурогатне материнство законодавчо дозволено в державах, основні закони яких закріплюють конституційні засади сурогатного материнства, які входять до змісту публічного порядку (Вірменія, Білорусь, Росія тощо). Однак в окремих державах сурогатне материнство застосовується на практиці за відсутності правового регулювання зазначених відносин (наприклад, Бразилія, Індія).

Заборона на здійснення сурогатного материнства може бути лише за відсутності для цього конституційних засад (Швейцарія).

Слід негативно оцінити заборону сурогатного материнства на рівні галузевого законодавства за наявності конституційних засад для його здійснення (Італія)<sup>2</sup>.

В Азербайджані, Вірменії, Бразилії, Угорщині, Великій Британії, Грузії, Ізраїлі, Індії, Казахстані, Канаді, Киргизстані, Росії, Узбекистані, Нідерландах, США (в окремих штатах), Гонконзі, ПАР сурогатне материнство дозволено.

Зі свого боку в більшості європейських країн законодавчо заборонено сурогатне материнство (Австрія, Німеччина, Норвегія, Франція, Швеція, Швейцарія)<sup>3</sup>. Так, у Франції відповідно до ст. 16-7 Цивільного кодексу будь-яка угода зі штучного запліднення або сурогатного материнства є нікчемною. У Німеччині сурогатне материнство заборонено Законом “Про захист ембріона” (1990 р.). Заборона або відсутність законодавчого регулювання сурогатного материнства у низці європейських країн веде до того, що ці правовідносини все частіше характеризуються наявністю іноземного елемента.

У світі є навіть країни, де законом повністю заборонено лише комерційне сурогатне материнство і не допускаються судові позови за такими угодами. До таких країн відносяться Греція, Нідерланди, Норвегія, Швейцарія, Іспанія.

Європейська практика свідчить, що основні питання вирішуються передусім за допомогою закону.

У Великій Британії у 1990 р. прийнято Акт про штучне запліднення та ембріологію. У Франції ці питання регулюються Законом “Про біоетику”.

В Іспанії характерне подвійне ставлення до програм сурогатного материнства. Так, згідно зі ст. 10 Закону “Про технології допоміжної репродукції людини” вважається нікчемним договір, який передбачає відмову від материнства на користь третіх осіб. Отже, презумпція материнства жінки, яка народила, в цій країні є непорушною. Однак, згідно з загальними нормами права, передбачається можливість генетичного батька на підставі поданого позову щодо встановлення батьківства.

Утім, донорство статевих клітин в Іспанії не лише не заборонено, а й достатньо врегульовано законодавцем. Так, дозволено й безоплатне, й оплачуване донорство, а також посмертне використання жінкою статевих клітин її чоловіка протягом року після його смерті.

<sup>2</sup> Н Анцух, *Трансграничные проблемы правового регулирования сурrogатного материнства* (Четыре четверти 2015) 35.

<sup>3</sup> С Тагаева и Ф Аминова, ‘Проблемы применения правопорядка к осложненным “иностранном элементом” отношениям, возникающим из вспомогательных репродуктивных технологий’ (2017) 36 Вестник Пермского университета. Юридические науки 192–202.

Законодавство Японії також однозначно не відповідає на питання про сурогатне материнство. Так, генетичні батьки не визнаються батьками на території держави свого громадянства, – такими вони можуть бути визнані лише в країні здійснення сурогатного материнства. Як наслідок, у Японії (як і в Іспанії) можуть виникнути “шкутильгаючі відносини”, унаслідок чого громадяни вимушені проходити процедуру усиновлення своїх власних дітей на території іноземної держави.

У випадку недотримання норм чинного законодавства власної країни в сфері використання допоміжних репродуктивних технологій щодо осіб – учасників договору про сурогатне материнство до порушників застосовуються заходи відповідальності, відбувається невизнання родинних зв'язків між дитиною і генетичними батьками.

Крім того, існують окремі складнощі в сфері набуття дитиною громадянства, із правом виїзду і в'їзду на територію держави, а також інші проблеми.

#### *Матеріально-правове регулювання відносин сурогатного материнства з іноземним елементом*

Матеріально-правове регулювання відносин сурогатного материнства здійснюється правом країни, що підлягає застосуванню до цих приватноправових відносин.

Сурогатне материнство – це один із методів допоміжних репродуктивних технологій, згідно з яким ембріон, отриманий після запліднення *in vitro* (тобто “в пробірці”) статевих клітин генетичних батьків, переносять до матки генетично сторонньої жінки (сурогатної матері), яка виношує і народжує дитину не для себе, а для бездітного подружжя<sup>4</sup>.

Конститутивною ознакою сурогатного материнства є укладення до моменту зачаття дитини договору про виношування дитини сурогатною матір'ю з метою подальшого встановлення батьківських правовідносин між цією дитиною та особами, які уклали цей договір із сурогатною матір'ю<sup>5</sup>.

За договором про сурогатне материнство одна сторона (подружжя або окрема особа), які не здатні мати власну дитину, передають свій генетичний матеріал для її народження іншій стороні – сурогатній матері, яка зобов'язується виносити, народити дитину, зачату методом екстракорпорального запліднення, і передати її після народження першій стороні, яка зобов'язується забрати дитину і компенсувати витрати сурогатної матері на умовах цього договору<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар (Жилінкова І ред, Ксилон 2008) 383–4.

<sup>5</sup> М Антокольская, Семейное право: учебник (изд 2-е, перераб и доп, Юристь 2002) 181–2.

<sup>6</sup> Р Майданик, Договір про сурогатне материнство за українським правом: питання теорії і практики (2012) 9 Право України 215–25.

За характером генетичної спорідненості існує два різновиди сурогатного материнства: 1) гестаційне, за якого сурогатна мати не має генетичного зв'язку з дитиною (його можна здійснити лише за допомогою високорепродуктивних допоміжних технологій); 2) гендерне (традиційне) – жінка виношує генетично свою дитину (тобто одночасно є донором яйцеклітини).

Законодавство України дозволяє використання сурогатних матерів, зокрема й на комерційній основі. Однак оплатний характер цього правочину полягає у тому, що за цим договором передбачається лише виплата грошової (іншої матеріальної) компенсації з метою створення для сурогатної матері найсприятливіших умов для виношування дитини та подальшої реабілітації.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 123 Сімейного кодексу України (далі – СК України) ‘у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя’<sup>7</sup>. При цьому, згідно з ч. 2 ст. 139 СК України, оспорування материнства не допускається у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій.

На підзаконному рівні відносини сурогатного материнства регулюються Порядком застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні (далі – Порядок)<sup>8</sup> і Правилами державної реєстрації актів цивільного стану в Україні (далі – Правила)<sup>9</sup>.

Порядок регулює відносини між пацієнтами (жінками, чоловіками) та закладами охорони здоров'я, які забезпечують застосування методик допоміжних репродуктивних технологій, визначає механізм та умови застосування методик допоміжних репродуктивних технологій, а також містить визначення базових термінів.

Правила містять вимоги щодо довідки про генетичну спорідненість, встановлюють порядок державної реєстрації народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій.

<sup>7</sup> Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>8</sup> Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 р. № 787 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>9</sup> Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00>> (дата звернення: 10.02.2020).

В Україні закріплена презумпція батьківства біологічних батьків, які є замовниками програми сурогатного материнства. Проблеми зі встановленням походження дітей виникають, коли замовниками сурогатних програм стають іноземці, у державах походження яких сурогатне материнство заборонено повністю або визнання батьківства в таких випадках можливе лише через процедуру усиновлення. Трапляються випадки, коли уряди іноземних держав не визнають державну реєстрацію народження дітей, проведену органами державної реєстрації актів цивільного стану України, та вимагають підтвердження батьківства в судовому порядку (відповідно до чинного процесуального законодавства справи про встановлення фактів юридичних відносин розглядаються у порядку окремого провадження)<sup>10</sup>.

Потреба в судовому порядку встановити факт спорідненості заявника з дитиною, народженою сурогатною матір'ю, виникає, оскільки за законом держави громадянства фактичної матері (наприклад, Німеччини) матір'ю дитини вважається жінка, яка її народила, при цьому видане в Україні свідоцтво про народження дитини в іноземній державі не визнається як рішення компетентного органу України і не змінює правове становище. Невизнання факту реєстрації матір'ю дитини в Україні іноземними судами обґрунтовується тим, що така дія підтверджується не рішенням суду, а рішенням (актом) українського органу реєстрації актів цивільного стану, яке не відповідає змісту права іноземної держави громадянства заявників.

Судова практика в Україні при вирішенні спорів щодо встановлення спорідненості між фактичними батьками і дитиною, народженою із застосуванням сурогатного материнства, дотримується позиції, згідно з якою відмова органів іноземної держави (зокрема, Німеччини, Великої Британії) у визнанні факту реєстрації заявниці матір'ю дитини порушує її права та права дитини, оскільки зі статусом матері пов'язані всі права та обов'язки її щодо дитини, зокрема матеріального забезпечення та піклування, які вона набула згідно з законодавством України. Суди виходять із того, що таке порушення прав заявниці може бути усунуто шляхом встановлення факту родинних відносин у суді України за місцем народження дитини з ухваленням відповідного судового рішення. З огляду на це суди ухвалюють рішення про задоволення заяв і встановлення факту родинних відносин між заявницею та дитиною, народженою в сурогатній програмі<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Г Гаро та інші, 'Найкращі інтереси дитини vs законодавство у сфері застосування дрт (сурогатне материнство)' (Вища школа адвокатури НААУ, 18.12.2019) <<http://www.hsa.org.ua/blog/najkrashhi-interesy-dytyny-vs-zakonodavstvo-u-sferi-zastosuvannya-drt-surogatne-materynstvo-stattya-garry-garo-ta-spivavtoriv-2>> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>11</sup> Див.: Рішення Святошинського районного суду міста Києва від 3 вересня 2019 р. у справі № 759/10945/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/84089176>> (дата звернення: 10.02.2020); Рішення Куп'янського міськ-



*Колізійно-правове регулювання відносин сурогатного материнства з іноземним елементом*

Колізійно-правове регулювання відносин сурогатного материнства з іноземним елементом здійснюється згідно з положеннями Закону України “Про міжнародне приватне право”<sup>12</sup>, інших законів, міжнародних договорів України та міжнародних звичаїв, визнаних Україною.

Колізійне регулювання сурогатного материнства відображає сучасні підходи диференціації та ускладнення колізійних норм, а також тенденцію до переходу від жорсткого до гнучкого правового регулювання шлюбно-сімейних відносин<sup>13</sup>.

Вітчизняне право містить двосторонні колізійні норми в сфері шлюбно-сімейних відносин, що відповідає прогресивним тенденціям розвитку міжнародного приватного права та є необхідним із погляду всебічності та адекватності правового регулювання<sup>14</sup>.

Закон найбільш тісного зв'язку, відсилання до права держави, яке найсприятливіше для сторін, все частіше закріплюються у національному праві держав для регулювання сімейних відносин (наприклад, у законах про міжнародне приватне право Естонії (ч. 4 § 57)<sup>15</sup>, України (ч. 1 ст. 60)<sup>16</sup> тощо.

За допомогою двосторонніх колізійних прив'язок, в яких не міститься зазначення на застосування права конкретної держави, здійснюється ‘принцип досягнення справедливого вирішення спору, навіть якщо такі норми ведуть до застосування іноземного права’<sup>17</sup>, оскільки при виборі компетентного правопорядку враховується безпосередній ‘зв'язок відносин із правом, яке регулює ці правовідносини’<sup>18</sup>.

За своєю правовою природою відносини сурогатного материнства породжують цивільно-, сімейно-правові, інші приватноправові відносини, на які поширюються передбачені Законом України “Про міжнародне приватне право” колізійні норми цивільного, сімейного і процесуального права, зокрема щодо автономії волі (ст. 5), особистого закону фізичної

районного суду Харківської області від 22 квітня 2019 р. у справі № 628/828/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/81322742>> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>12</sup> Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>13</sup> Н Байбароша, ‘Колізионно-правове регулювання отношений сурогатного материнства’ (2010) 2 Журнал міжнародного права и международных отношений 17–22.

<sup>14</sup> Г Федосеева, ‘Принцип наиболее тесной связи и принцип наиболее благоприятного права применительно к регулированию трансграничных брачно-семейных отношений’ (2006) 1 Lex Russica 116.

<sup>15</sup> Private International Law Act: Law of Estonia. 27.03.2002 <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513112013009/consolide>> (accessed: 20.01.2020).

<sup>16</sup> Про міжнародне приватне право (н 12).

<sup>17</sup> В Канашевский, *Международное частное право: учебник* (2-е изд, Междунар отношения 2009) 91.

<sup>18</sup> Г Федосеева, ‘Некоторые особенности коллизионно-правового регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве Российской Федерации’ [2007] 4(28) Право и государство: теория и практика 126.

та юридичної особи (статті 16–18, 20–30), правочинів, довіреності, позовної давності, зобов'язального права (статті 31–35, 43–44, 47), встановлення та оскарження батьківства (ст. 65), прав та обов'язків батьків і дітей (ст. 66), спадкування (статті 70–72), визнання і виконання рішень іноземних судів (статті 81, 82) та ін.<sup>19</sup>.

З відносинами сурогатного материнства тісно пов'язані положення Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення (далі – Конвенція; дістала назву Гаазької конвенції з міжнародного усиновлення<sup>20</sup>), зокрема, про:

- заборону на комерційне усиновлення (абзац 3 ч. “с” ст. 4; в Україні існує сурогатне материнство на комерційній основі);
- згоду матері віддати дитину після її народження (абзац 4 ч. “с” ст. 4; при сурогатному материнстві згода матері надається до народження дитини);
- заборону на контакт між батьками дитини і передбачуваними прийомними батьками (ст. 29 Конвенції; при сурогатному материнстві материнські взаємовідносини сторін починаються при виборі подружньою парою потенційної сурогатної матері<sup>21</sup>).

*Колізійні прив'язки встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства*

Законодавство України не містить спеціальної колізійної прив'язки для встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю. Встановлення та оскарження батьківства визначається особистим законом дитини на момент її народження (ч. 1 ст. 64 Закону України “Про міжнародне приватне право”). Відповідно до положень цього Закону встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, визначається правом держави, громадянином якої є дитина (ч. 1 ст. 16), або правом тієї з держав, з якою дитина має найбільш тісний зв'язок, зокрема має місце проживання, або займається основною діяльністю, якщо дитина є громадянином двох або більше держав (ч. 2 ст. 16), або правом держави, в якій дитина має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування, якщо дитина є особою без громадянства (ч. 3 ст. 16), або правом держави, у якій дитина має місце перебування, якщо вона є біженцем (ч. 4 ст. 16). При визначенні особистого закону дитини, яка є громадянином двох або більше держав, чи особою без громадянства, вважається, що якщо дитина як недієздатна

<sup>19</sup> Про міжнародне приватне право (н 12).

<sup>20</sup> Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_365](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_365)> (дата звернення: 10.02.2020).

<sup>21</sup> А Яренко и А Мельник, ‘Материнская работа’ *Юридическая практика* (2013) 32–33, 6 августа 18.

особа змінила місце свого проживання без згоди свого законного представника, то така зміна не спричиняє зміну особистого закону такої дитини (ч. 5 ст. 16)<sup>22</sup>.

Законодавством іноземних держав до встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, застосовуються кілька колізійних прив'язок: право держави дитини, громадянином якої вона є; особистий закон дитини (з модифікаціями); особистий закон одного або обох батьків дитини; право держави, з якою обидва подружжя мають найтісніший зв'язок; одностороння колізійна прив'язка, згідно з якою встановлення та оспорювання батьківства на території держави проводиться згідно з законодавством цієї держави<sup>23</sup>.

Право держави, громадянином якої є дитина, передбачено ст. 152 Сімейного кодексу Азербайджанської Республіки. Модифікація цієї прив'язки – право держави, громадянином якої є дитина з народження (ст. 206 Закону про шлюб та сім'ю Республіки Казахстан, ст. 169 Сімейного кодексу Киргизької Республіки, ст. 162 Сімейного кодексу Російської Федерації, ст. 173 Сімейного кодексу Республіки Таджикистан, ст. 83(1) Кодексу Болгарії про міжнародне цивільне право 2005 р., ст. 33 Закону про реформу італійської системи міжнародного приватного права 1995 р.). Зазначення на момент народження запобігає зміні застосовуваного права, якщо в подальшому громадянство дитини буде іншим, ніж під час народження. У цьому випадку ситуація є найбільш прогнозованою, але може не завжди відповідати інтересам дитини.

Особистий закон дитини на момент її народження передбачено ст. 65 Закону України “Про міжнародне приватне право”. Порівняно з зазначеною вище колізійною прив'язкою особистий закон є більш широкою формулою прикріплення, оскільки він може бути визначений у вигляді закону громадянства, закону доміцилія, права держави, яка надала притулок, або права держави, з якою особа (дитина) найбільш тісно пов'язана (залежно від особистого статусу особи).

Особистий закон матері дитини на момент її народження передбачено Цивільним кодексом Франції. Якщо мати невідома – особистий закон дитини (ст. 311<sup>14</sup> Цивільного кодексу Франції).

Право держави громадянства особи, яка вимагає встановлення або оспорювання батьківства чи материнства, на момент народження дитини або в момент добровільного визнання батьківства чи материнства. У випадку встановлення споріднення з особами однієї статі може застосовуватися право найбільш тісного зв'язку (ст. 62 Кодексу міжнародно-

<sup>22</sup> Про міжнародне приватне право (н 12).

<sup>23</sup> Байбароша (н 13) 17–22.

го приватного права Бельгії 2004 р.). Окремі автори вважають найбільш правильним підпорядковувати правовідносини зі встановлення батьківських прав закону громадянства або доміцилія особи, чиє батьківство встановлюється. Цей підхід аргументується тим, що

<...> свої батьківські обов'язки ця особа буде належним чином виконувати в тому випадку, якщо батьківство буде визнано за її особистим законом і буде забезпечено процесуальними заходами в державі її громадянства чи доміцилія<sup>24</sup>.

Опоненти такого підходу небезпідставно вважають, що ця формула прикріплення враховує інтереси батька дитини, залишаючи без уваги інтереси дитини та її матері<sup>25</sup>.

Право держави місця проживання дитини передбачено ст. 24 Закону Венесуели 1998 р. про міжнародне приватне право. Більш широка формула прикріплення знайшла відображення у ст. 68 Федерального кодексу Швейцарії 1987 р. про міжнародне приватне право – право держави звичайного місця проживання дитини, а у випадку, якщо ні батько, ні мати не доміцильовані в державі постійного місця проживання дитини або якщо дитина та її батьки є громадянами однієї держави, – право держави їх спільного громадянства. Модифікація цієї колізійної прив'язки – право держави місця проживання дитини в момент народження або право держави постійного місця проживання одного з батьків (§ 62 Закону Естонії 2002 р. про міжнародне приватне право).

Залежно від того, що є більш сприятливим для дитини, можуть застосовуватися право держави постійного місця проживання або громадянства дитини або одного з її батьків (ст. 3091 Цивільного кодексу Квебеку 1991 р.); право держави громадянства дитини або її постійного місця проживання на момент встановлення походження, або право, яке є застосовуваним до особистих відносин між батьками в момент народження дитини (ст. 83(2) Кодексу Болгарії про міжнародне цивільне право).

У Республіці Вірменія (ст. 147 Сімейного кодексу), Республіці Білорусь (ч. 1 ст. 232 Кодексу про шлюб і сім'ю), Республіці Молдова (ст. 159 Сімейного кодексу), Республіці Туркменістан (ст. 217 Кодексу про шлюб і сім'ю) встановлення та оспорювання батьківства (материнства) на території держави проводиться відповідно до законодавства цієї держави. Специфіка колізійної прив'язки полягає у тому, що вона є односторонньою.

<sup>24</sup> В Толстых, *Международное частное право: коллизионное регулирование* (Юрид центр Пресс 2004) 470–1.

<sup>25</sup> Байбароша (н 13) 17–22.

Визначення застосовуваного права при встановленні та оскарженні батьківства дитини залежить від того, чи дозволено сурогатне материнство правом країни громадянства фактичних батьків.

Так, якщо дитина народиться за допомогою репродуктивних технологій, наприклад, у Німеччині, то її матір'ю буде визнана сурогатна матір, оскільки, згідно з нормами Німецького цивільного уложення, матір'ю визнається жінка, яка народила дитину, а не її генетична (біологічна) мати, яка уклала договір сурогатного материнства.

Якщо договір сурогатного материнства укладено особами, які мають громадянство різних держав, в яких забороняють сурогатне материнство, або з інших підстав, коли неможливе застосування права, визначеного колізійними нормами, які регулюють це питання, колізія між національними законодавствами щодо встановлення та оскарження батьківства дитини вирішується відповідно до принципу найбільш тісного зв'язку та з урахуванням найкращих інтересів дитини.

В іноземній судовій практиці поширення набуває правило локалізації колізійної прив'язки залежно від сутності відносин сурогатного материнства, які є предметом спору.

Наприклад, якщо предметом спору є встановлення батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, застосуванню підлягає колізійна прив'язка місця постійного проживання дитини, народженої сурогатною матір'ю.

Такий підхід знайшов відображення у рішенні Федерального верховного суду міста Карлсруе (Німеччина) у справі щодо визнання прав німецьких батьків дитини, народженої українською сурогатною матір'ю. У цьому рішенні німецький суд визнав застосовуваним право Німеччини, оскільки дитина проживатиме і зростатиме саме в цій країні<sup>26</sup>.

Зазначене свідчить, що колізійні прив'язки встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, необхідно тлумачити і застосовувати відповідно до положень принципу найкращих інтересів дитини.

На міжнародному рівні Європейський суд з прав людини визначив пріоритетом найкращі інтереси дитини при виборі державами засобів і при застосуванні способів для встановлення юридичного зв'язку між дитиною та ймовірними батьками у відносинах сурогатного материнства.

Принцип дотримання “найкращих інтересів дитини” при ухваленні рішень, що стосуються дитини, першочергово закріплений у Конвенції

<sup>26</sup> Німецький суд ухвалив знакове рішення щодо сурогатного материнства в Україні' (*Європейська правда*, 23.04.2019) <<https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/04/23/7095554>> (дата звернення 20.01.2020).

про права дитини (далі – Конвенція)<sup>27</sup>. Конвенція ратифікована постановою Верховної Ради України від 27 лютого 1991 р. № 789-ХІІ і з огляду на положення ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства. Положеннями ст. 1 Закону України “Про охорону дитинства” передбачено:

<...> забезпечення найкращих інтересів дитини – це дії та рішення, що спрямовані на задоволення індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров’я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності та враховують думку дитини, якщо вона досягла такого віку і рівня розвитку, що може її висловити<sup>28</sup>.

Отже, в основі прийняття будь-яких рішень щодо дитини, зокрема й у разі народження дитини із застосуванням методу сурогатного материнства, завжди повинні бути міркування найкращого забезпечення її інтересів.

На нашу думку, оптимальною формулою прикріплення для встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір’ю, доцільно вважати особистий закон дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини. Під державою місця здійснення сурогатного материнства доцільно розуміти державу місця імплантації ембріона, оскільки саме ця медична процедура є першим етапом, який має вирішальне значення для реалізації цього методу допоміжних репродуктивних технологій. У випадку правомірного застосування сурогатного материнства право цієї держави буде позитивно ставитися до встановлення походження дитини із застосуванням сурогатного материнства, навіть якщо місце народження не збігається із правом держави її народження, а дитина, фактичні батьки якої – іноземні громадяни, може бути визнана громадянином держави громадянства своїх батьків за принципом крові або поваги до рішень іноземних судів про визнання спорідненості з фактичними батьками, незважаючи на те, що в цій державі сурогатне материнство може бути заборонене.

Незважаючи на те, що згідно з застосовуваним правом (наприклад, правом України) буде встановлено походження дитини від її фактичних батьків, визначальним досить часто стає питання визнання такої спорідненості в державі громадянства фактичних батьків. При цьому іноземні

<sup>27</sup> Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021)> (дата звернення: 20.01.2020).

<sup>28</sup> Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>> (дата звернення 20.01.2020).

суди нерідко визнають лише рішення суду, а не інших державних органів, як рішення компетентного органу про встановлення спорідненості. Це підтверджує необхідність того, щоб фактичній матері видавалася довідка (свідоцтво) про народження дитини медичним закладом, а за вимогою суду країни громадянства фактичних батьків дитини – рішення суду країни місця реалізації сурогатного материнства про визнання спорідненості фактичних батьків і дитини, народженої сурогатною матір'ю.

З огляду на зазначене вище, доцільним є внесення змін до ст. 65 Закону України “Про міжнародне приватне право”, а саме, доповнення статті ч. 2 такого змісту:

*“2. Встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, визначається особистим законом дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини”.*

Висновки. Судова практика в Україні при вирішенні спорів щодо встановлення споріднення між фактичними батьками і дитиною, народженою із застосуванням сурогатного материнства, дотримується позиції, згідно з якою відмова органів іноземної держави у визнанні факту реєстрації заявниці матір'ю дитини порушує її права та права дитини, оскільки зі статусом матері пов'язані всі права та обов'язки її щодо дитини, зокрема матеріального забезпечення та піклування, які вона набула відповідно до законодавства України. Суди виходять із того, що таке порушення прав заявниці може бути усунуто через встановлення факту родинних відносин у суді України за місцем народження дитини з ухваленням відповідного судового рішення.

Колізійне регулювання сурогатного материнства відображає сучасні підходи диференціації та ускладнення колізійних норм, а також тенденцію до переходу від жорсткого до гнучкого правового регулювання шлюбно-сімейних відносин.

Вітчизняне право містить двосторонні колізійні норми в сфері шлюбно-сімейних відносин, що відповідає прогресивним тенденціям розвитку міжнародного приватного права та є необхідним із погляду всебічності та адекватності правового регулювання.

Законодавством іноземних держав до встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, застосовуються кілька колізійних прив'язок: право держави дитини, громадянином якої вона є; особистий закон дитини (з модифікаціями); особистий закон одного або обох батьків дитини; право держави, з якою подружжя мають найбільш тісний зв'язок; одностороння колізійна прив'язка, згід-

но з якою встановлення та оспорювання батьківства на території держави проводиться відповідно до законодавства цієї держави.

Колізійні прив'язки встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, необхідно тлумачити і застосовувати відповідно до положень принципу найкращих інтересів дитини.

Оптимальною формулою прикріплення для встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої сурогатною матір'ю, є особистий закон дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини. Під державою місця здійснення сурогатного материнства доцільно розуміти державу місця імплантації ембріона, оскільки саме ця медична процедура є першим етапом, який має вирішальне значення для реалізації цього методу допоміжних репродуктивних технологій.

Доцільним є внесення змін до ст. 65 Закону України “Про міжнародне приватне право”, а саме, доповнення статті ч. 2: “2. Встановлення та оскарження батьківства дитини, народженої із застосуванням сурогатного материнства, визначається особистим законом дитини на момент здійснення сурогатного материнства або одного з її батьків, з урахуванням найкращих інтересів дитини”.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Ancuh N, *Transgranichnye problemy pravovogo regulirovaniya surrogatnogo materinstva [Cross-Border Issues of Legal Regulation of Surrogacy]* (Chetyre chetverti 2015) (in Russian).
2. Antokol'skaja M, *Semejnoe pravo: uchebnik [Family Law: Textbook]* (izd 2-e, pererab i dop, Jurist 2002) (in Russian).
3. Kanashevskij V, *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik [International Private Law: Textbook]* (2-e izd, Mezhdunar otnoshenija 2009) (in Russian).
4. Tolstyh V, *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: kollizionnoe regulirovanie [International Private Law: Regulation under Law of Conflict]* (Jurid centr Press 2004) (in Russian).

#### *Edited books*

5. *Simeinyi kodeks Ukrainy: naukovopraktychnyi komentar [The Family Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]* (Zhylinkova I red, Ksylon 2008) (in Ukrainian).

#### *Journal articles*

6. Bajbarosha N, ‘Kollizionno-pravovoe regulirovanie otnoshenij surrogatnogo materinstva’ [‘Regulation of Surrogacy Relations under Law of Conflict’] (2010) 2 Zhurnal mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnyh otnoshenij 17–22 (in Russian).



7. Fedoseeva G, 'Nekotorye osobennosti kollizionno-pravovogo regulirovanija brachno-semejnyh otnoshenij v mezhdunarodnom chastnom prave Rossijskoj Federacii' ['Some Specific Features of Regulation of Marriage and Family Relations under Law of Conflict in International Private Law of the Russian Federation'] [2007] 4(28) *Pravo i gosudarstvo: teorija i praktika* 126 (in Russian).
8. Fedoseeva G, 'Princip naibolee tesnoj svyazi i princip naibolee blagoprijatnogo prava primenitel'no k regulirovaniju transgranichnyh brachno-semejnyh otnoshenij' ['The Closest Relationship Principle and the Most Favorable Law Principle with Regard to Regulation of Cross-Border Marriage and Family Relations'] (2006) 1 *Lex Russica* 116 (in Russian).
9. Maidanyk R, 'Dohovir pro surohatne materynstvo za ukrainskym pravom: pytannia teorii i praktyky' ['Surrogacy Agreement under Ukrainian Law: Issues of Theory and Practice'] (2012) 9 *Pravo Ukrainy* 215–25 (in Ukrainian).
10. Tagaeva S i Aminova F, 'Problemy primenenija pravoporjadka k oslozhnennym "inostrannym jelementom" otnoshenijam, vznikajushhim iz vspomogatel'nyh reproduktivnyh tehnologij' ['Issues of Applying Law and Order to the Relations Which Arise from Assisted Reproductive Technologies and Are Complicated with "A Foreign Element"'] (2017) 36 *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki* 192–202 (in Russian).

*Newspaper articles*

11. Jarenko A i Mel'nik A, 'Materinskaja rabota' ['Mother's Work'] *Juridicheskaja praktika* (2013) 32–3, 6 avgusta (in Russian).

*Websites*

12. 'Nimetskyi sud ukhvalyv znakove rishennia shchodo surohatnoho materynstva v Ukraini' ['German Court Passed a Landmark Decision Regarding Surrogacy in Ukraine'] (*Ievropeiska pravda*, 23.04.2019) <<https://www.euointegration.com.ua/news/2019/04/23/7095554>> (accessed: 20.01.2020) (in Ukrainian).
13. Haro H ta inshi, 'Naikrashchi interesy dytyny vs zakonodavstvo u sferi zastosuvannia drt (surohatne materynstvo)' ['Best Interests of the Child vs ART (Surrogacy) Legislation'] (*Vyshcha shkola advokatury NAAU*, 18.12.2019) <<http://www.hsa.org.ua/blog/najkrashhi-interesy-dytyny-vs-zakonodavstvo-u-sferi-zastosuvannya-drt-surogatne-materynstvo-stattya-ganny-garo-ta-spivavtoriv-2>> (accessed: 10.02.2020) (in Ukrainian).

Roman Maydanyk

LEGAL REGULATION OF THE RELATIONS OF SURROGACY  
WITH A FOREIGN ELEMENT.  
IMPLEMENTATION OF THE BEST PRACTICES IN UKRAINE

ABSTRACT. Given the need for sustainable development of national law in the context of European integration and globalization, it is crucial to form the legislation and law application practice on surrogacy and apply it in Ukraine, with due regard for the best foreign experience.

This article aims at providing a general description of surrogacy which contains a foreign element, the regulation of these relations under law of substance and law of

conflict, the connecting factors used to establish and contest the paternity of a child born to a surrogate mother as the basic elements of implementation the best foreign experience in this area in national law.

In Ukraine, when disputes on the establishment of kinship between actual parents and a child born to a surrogate mother are resolved, the court practice tends to uphold the position that where foreign authorities refuse to recognize the fact of registration of the applicant as the child's mother, this is a violation of her rights and rights of the child, since the status of mother is linked to all of the mother's rights and obligations with regard to the child, in particular, maintenance and care, which she acquires under legislation of Ukraine. The courts proceed from the fact that such violation of the applicant's rights may be eliminated by establishing the fact of kinship in a court of Ukraine at the place of the child's birth, with a relevant court decision delivered.

Regulation of surrogacy under law of conflict reflects modern approaches to differentiation and complication of conflict of law provisions, as well as the trend towards transition from a strict legal regulation of marriage and family relations to a flexible one.

Foreign legislation applies several connecting factors in cases where paternity of a child born to a surrogate mother should be established or is contested: law of the State of the child's citizenship; personal law of the child (with modifications); personal law of one or both parents of the child; law of the State which both spouses are most closely related to; a unilateral connecting factor under which in the State's territory paternity is established and contested in accordance with legislation of this State.

Connecting factors used to establish and contest paternity of a child born to a surrogate mother should be interpreted and applied in accordance with the provisions of the principle of the child's best interests.

The optimal formula of connection for establishing and contesting paternity of a child born to a surrogate mother is the child's personal law at the time of surrogacy or that of one of his/her parents, with due regard for the best interests of the child. The State of the place of surrogacy should be understood as the State where the embryo has been implanted, since this particular medical procedure is the first stage crucial for the implementation of this method of assisted reproductive technologies.

The author believes that it is advisable to amend article 65 of the Law of Ukraine "On International Private Law" by supplementing the article of part 2: "Paternity of a child born to a surrogate mother shall be established and contested under personal law of the child at the time of surrogacy or that of one of his/her parents, with due regard for the best interests of the child".

KEYWORDS: surrogacy agreement; connecting factors for establishing paternity of children born to a surrogate mother; best interests of a child born to a surrogate mother.