

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Łukasz Mirocha

***Tzw. macierzyństwo zastępcze (surrogacy,
Leihmutterschaft) w bieżącym orzecznictwie Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu***

Warszawa 2017

Spis treści

I.	Uwagi wprowadzające	1
II.	Krajowe reżimy prawne w zakresie legalności umów o macierzyństwo zastępcze i ich konsekwencji filiacyjnych.....	5
III.	Akty prawne systemu Rady Europy odnoszące się do macierzyństwa zastępczego	8
IV.	Europejski Trybunał Praw Człowieka wobec macierzyństwa zastępczego.....	10
1.	Wyrok ETPC (Piątej Sekcji) w sprawie Mennesson p. Francji z 26 czerwca 2014 r., skarga nr 65192/11	10
2.	Decyzja ETPC (Drugiej Sekcji) w sprawie D. i inni p. Belgii z 8 lipca 2014 r., skarga nr 29176/13	17
3.	Wyrok w sprawie Paradiso i Campanelli p. Włochom z 24 stycznia 2017 r., skarga nr 25358/12	21
V.	Konkluzje	32

I. Uwagi wprowadzające

W myśl zaproponowanej przez Martę Soniewicką definicji „istotą macierzyństwa zastępczego jest to, iż kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne, przyjmując zgodnie z wcześniejszym porozumieniem z inną osobą lub osobami, iż nie ona, lecz kto inny przejmie prawa i obowiązki nad urodzonym przez nią dzieckiem”¹. Prawo międzynarodowe nie podaje legalnej definicji macierzyństwa zastępczego (dalej też: surogacja), brak międzynarodowych regulacji dotyczących tego zjawiska jest powszechnie komentowaną w doktrynie bolączką tej gałęzi prawa². Za podjętą na szczeblu ponadpaństwowych próbę dookreślenia, na czym polega macierzyństwo zastępcze, można potraktować opracowany przez Komitet Ekspertów do Spraw Bioetyki (*Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics*, dalej: CAHBI)³ projekt Rekomendacji „Sztuczna prokreacja ludzka” z 10 stycznia 1989 r. Zawiera on definicję matki zastępczej jako „osoby, która nosi dziecko na rzecz innej osoby, a która przed zajściem w ciążę wyraziła zgodę na to, że dziecko po urodzeniu zostanie tamtej innej osobie przekazane”⁴.

Macierzyństwo zastępcze wiąże się z rozdzieleniem trzech – nierozłącznych aż do czasu współczesnej rewolucji biomedycznej⁵ – aspektów rodzicielstwa: dostarczenia

¹ M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana*, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 101.

² Por. np. R. Cascão, *The Challenges of International Commercial Surrogacy: From Paternalism Towards Realism?*, „*Medicine and Law*” 2016, Vol. 35, s. 153, 160; B.M. Nichol, *A Child Without a Country: Dissolving the Statelessness of Children Born Through Surrogacy*, „*Michigan State Law Review*” 2016, Vol. 907, s. 911.

³ Powołany w 1985 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy na podstawie art. 17 Statutu Rady Europy, przekształcony następnie w Komitet Kierujący do spraw Bioetyki (*Steering Committee on Bioethics*, CDBI), por. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 74.

⁴ Za: *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe*, „*Prawo i Medycyna*”, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPSESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd> (dostęp 7 sierpnia 2017 r.).

⁵ W nauce pojawiają się próby ukazania macierzyństwa zastępczego jako zjawiska towarzyszącego ludzkości już w czasach biblijnych, por. krytycznie w tym zakresie: H.T. Krimmel, *Argument przeciwko rodzicielstwu zastępczemu*, [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, t. 2, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 341; aprobatywnie: M. Franaszek, *Umowy o surogację*, „*Prawo i Medycyna*”, <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=1029> (dostęp 7 sierpnia 2017 r.). Paralele te nie zakładają oczywiście wykorzystania metod sztucznie wspomaganej prokreacji – dopiero przeprowadzenie zabiegu zapłodnienia *in vitro* w 1978 r. otworzyło drogę do rozwoju macierzyństwa

gamet (wymiar genetyczny), donoszenia ciąży (wymiar biologiczny) oraz wychowania dziecka (wymiar społeczny)⁶. Może mieć również wpływ na prawny wymiar rodzicielstwa, zwłaszcza kwestie filiacyjne. W przypadku macierzyństwa zastępczego może dojść do sytuacji, w której – w zależności od treści prawa regulującego problem – w kręgu potencjalnych rodziców dziecka znajdzie się od dwóch (dawca nasienia i matka zastępcza będąca jednocześnie dawczynią gamety) do sześciu osób (para zamawiająca, dawca nasienia, dawczyni komórki jajowej, matka zastępcza, mąż kobiety zamawiającej)⁷.

Problemem towarzyszącym komentowanemu zjawisku, a wynikającym z rozdzielenia wspomnianych aspektów rodzicielstwa, są stałe kontrowersje terminologiczne. W przypadku surogacji można mówić o matce w co najmniej czterech różnych znaczeniach (matka genetyczna⁸, biologiczna, społeczna, prawna). Ojcem może być z kolei określany dawca nasienia, mężczyzna zamawiający, mąż kobiety zamawiającej. W nauce przedstawiane są różne propozycje dotyczące rozwiązania tych dylematów, m.in. określanie matki zastępczej (dalej też: surogatka) mianem „żony zastępczej”⁹, gdyż nie odgrywa ona społecznych ról związanych z wychowaniem dziecka, a nosi dziecko mężczyzny, którego żona jest niepłodna czy – trafniejsze – odnoszenie się jedynie do „matki zastępczej”¹⁰, a nie macierzyństwa

zastępczego we współczesnym, prezentowanym w tym opracowaniu znaczeniu, por. B.M. Nichol, *A Child...*, s. 914.

⁶ J.A. Robertson, *Matki zastępcze: nowsza odsłona nienowych dylematów*, [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, t. 2, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 351. Autor ten zwraca uwagę, że z rozdzieleniem niektórych z tych aspektów wiążą się powszechnie akceptowane już praktyki takie jak adopcja czy (bardziej kontrowersyjne) sztuczne zapłodnienie nasieniem dawcy; por. również M. Mikluszka, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 322.

⁷ B.M. Nichol, *A Child...*, s. 916.

⁸ Nawet w tym, wydawałoby się, że najbardziej ścisłym znaczeniu, macierzyństwo nie jest oczywiste w świetle odkryć współczesnej epigenetyki, wynika z nich bowiem, że środowisko, w którym rozwija się płód – macica matki biologicznej, może mieć wpływ na ekspresję określonych genów, pochodzących z nasienia i komórki jajowej. Tym samym matka biologiczna (nosząca ciążę i rodząca) może mieć wpływ na zestaw genetyczny dziecka, por. S. Nicholson, C. Nicholson, *I Used to Have Two Parents and Now I Have Three? When Science (Fiction) and The Law Meet: Unexpected Complications*, „*Medicine and Law*” 2016, Vol. 35, s. 432.

⁹ J.A. Robertson, *Matki...*, s. 354. Propozycja ta pomija okoliczność, że surogatka nie odgrywa również społecznej roli żony mężczyzny zamawiającego, fakt, że osoby decydujące się na surogację nie są motywowane wyłącznie niepłodnością oraz to, że coraz częściej z surogacji korzystają osoby niepozostające w związku małżeńskim – osoby samotne, żyjące w związkach jednopłciowych.

¹⁰ M. Franaszek, *Umowy...*

zastępczego (tę ścieżkę wybrał cytowany wyżej CAHBI). W literaturze anglojęzycznej ugruntowały się, zaczerpnięte z prawa cywilnego, określenia: stron (strony) zamawiającej (*commissioning party*) dla oznaczenia osoby/osób, które zawierają umowę z matką zastępczą (*surrogate mother*), występującą wyłącznie w roli matki nosicielki (*gestational mother*) bądź również w charakterze dawczyni komórki jajowej (*egg donor*). Przed przejściem do omówienia wariantów umowy o macierzyństwo zastępcze warto zasygnalizować, że w perspektywie części etyków już samo posługiwanie się w kontekście rodzicielstwa terminologią zaczerpniętą z prawa cywilnego, odnoszącą się w domyśle do pojęcia własności, stanowi potwierdzenie obaw o uprzedmiotowienie bądź uczynienie z dziecka oraz surogatki dóbr handlowych (*commodification*)¹¹. Z pozycji etyki personalistycznej czy odwołującej się do Kantowskiego nakazu, by „*traktować człowieka zawsze także jako cel sam w sobie a nigdy tylko jako środek*” jest to argument na rzecz zakazu dopuszczalności umów o surogację¹².

Praktyka prawna wykształciła dwa podstawowe rodzaje umów o macierzyństwo zastępcze z uwagi na podział obowiązków stron:

1. Czyste macierzyństwo zastępcze, zwane również pełnym lub gestacyjnym, polegające na tym, że osoba (osoby) zamawiająca dostarcza surogatce uzyskany uprzednio metodą *in vitro* embrion; w tym wariantcie surogatkę z dzieckiem łączy jedynie więź biologiczna wynikająca z faktu noszenia ciąży i porodu¹³;
2. Częściowe macierzyństwo zastępcze, zwane także tradycyjnym¹⁴, polegające na tym, że surogatka jest jednocześnie dawczynią komórki jajowej, czyli obok więzi biologicznej występuje też więź genetyczna między nią a dzieckiem¹⁵.

¹¹ Por. T. Orłowski, za: M. Soniewicka, *Sprawozdanie z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego „Jak uregulować kwestię macierzyństwa zastępczego?”*, „Diametros” 2009, nr 22, s. 194 i n.

¹² Por. H.T. Krimmel, *Argument...*; A. Sikora, *Życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej w dokumentach Rady Europy w aspekcie moralnym*, Poznań 2011, s. 101–103; H. Ciach, *Istota ludzka czy osoba ludzka. Krytyka bioetyki początków życia Petera Singera*, Kraków 2013, s. 215–218.

¹³ Z zastrzeżeniem konsekwencji epigenetycznych wskazanych w przypisie nr 8.

¹⁴ W ten sposób: I. Kriari, A. Valongo, *International Issues Regarding Surrogacy*, „The Italian Law Journal” 2016, Vol. 2, s. 332.

¹⁵ Bardziej szczegółowo na temat medycznych wariantów surogacji: H. Ciach, *Istota...*, s. 92, przypis nr 106. Macierzyństwo gestacyjne jest popularniejsze i znacznie zwiększyło podaż surogatek, pozwala

Ustawodawstwa krajowe rozróżniają surogację komercyjną, tj. taką, w której matka zastępcza w zamian za wykonanie ciąży na niej obowiązków umownych¹⁶ otrzymuje wynagrodzenie, oraz surogację altruistyczną, w przypadku której matka zastępcza otrzymuje jedynie rekompensatę kosztów medycznych i innych powstałych w związku z ciążą¹⁷.

Poczynione dotychczas uwagi uświadamiają, że z surogacją wiąże się szereg dylematów natury medycznej, etycznej i prawnej. Problemy te warto rozdzielić na swoiste bądź istotowe dla macierzyństwa zastępczego oraz pozostałe (m.in. kwestia zapłodnienia *in vitro*, diagnostyka preimplantacyjna i prenatalna¹⁸, dostępność dla par jedнопłciowych). Niniejsze opracowanie dotyczy jedynie kwestii z pierwszej grupy – zagadnień istotowych dla surogacji i ich statusu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej też: Trybunał lub ETPC). W kolejnych częściach opracowania zaprezentowane są skrótowo reżimy prawa krajowego odnośnie do legalności macierzyństwa zastępczego i jego konsekwencji filiacyjnych (II), akty prawne Rady Europy dotyczące surogacji (III) oraz wreszcie tytułowa problematyka orzecznictwa ETPC (IV).

ono bowiem uniknąć problemów genetycznych dotyczących matki zastępczej, por. M. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, Warszawa 2013, s. 136–137.

¹⁶ W nauce nie ustają spory odnośnie do przedmiotu umowy o macierzyństwo zastępcze – jest nim świadczenie usług, sprzedaż dziecka czy sprzedaż prawa do wychowania dziecka. Prezentowane są głosy, że wątpliwości te są przejawem „dzielenia włosa na czworo” (J.A. Robertson, *Matki...*, s. 364), w mojej ocenie mają one jednak istotne prawne znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności tego typu umów (por. M. Mikluszka, *Czy można...*, s. 326–327).

¹⁷ V.R. Guzman, *A Comparison of Surrogacy Laws of The U.S. to Other Countries: Should There Be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy?*, „Houston Journal of International Law” 2016, Vol. 38, s. 624.

¹⁸ Odnośnie do tych kwestii zob. O. Nawrot, *Ludzka...*

II. Krajowe reżimy prawne w zakresie legalności umów o macierzyństwo zastępcze i ich konsekwencji filiacyjnych

Nauka prawa charakteryzując ustawodawstwa krajowe na płaszczyźnie dopuszczalności umów o surogację, najczęściej posługuje się dychotomicznym podziałem na pozwalające i zabraniające surogacji. Sprawa wymaga jednak zniuansowania, dlatego proponuję następującą – również niewolną od symplifikacji – klasyfikację reżimów prawnych w odniesieniu do umów o macierzyństwo zastępcze (będzie ona stanowiła właściwe tło rozważań dotyczących orzecznictwa ETPC):

1. Ustawodawstwa przewidujące wprost całkowity zakaz umów o macierzyństwo zastępcze, np. portugalskie, włoskie, hiszpańskie, francuskie, szwajcarskie, ustawodawstwa niektórych stanów USA (Waszyngton, Arizona, Michigan, Indiana)¹⁹;
2. Ustawodawstwa, które nie odnoszą się wprost do problemu macierzyństwa zastępczego, ale nauka przyjmuje jego całkowitą niedopuszczalność, np. polskie²⁰;
3. Ustawodawstwa, które nie odnoszą się wprost do problemu macierzyństwa zastępczego, ale przyjmuje się jego dopuszczalność, np. belgijskie²¹;
4. Ustawodawstwa przewidujące zakaz surogacji komercyjnej, a pozwalające na surogację altruistyczną, np. brytyjskie i australijskie²², ustawodawstwo RPA²³;
5. Ustawodawstwa pozwalające na surogację komercyjną, np. ukraińskie, rosyjskie, indyjskie i niektórych stanów USA (Kalifornia, Teksas)²⁴.

¹⁹ V. R. Guzman, *A Comparison...*, s. 624, 626.

²⁰ Por. M. Mikluszka, *Czy można...*, s. 326–330. Wskazać trzeba, że wprowadzenie do ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682) art. 61⁹ faktycznie wyłączyło możliwość zawarcia skutecznej umowy o surogację.

²¹ Por. Decyzja ETPC w sprawie D. i inni p. Belgii, komentowana w części IV opracowania.

²² N. Bala, *The Hidden Costs of the European Court of Human Rights' Surrogacy Decision*, „The Yale Journal of International Law Online” 2014, Vol. 40, s. 12.

²³ S. Nicholson, C. Nicholson, *I Used...*, s. 432.

Zastrzec należy, że nawet tak skonstruowana klasyfikacja nie oddaje w pełni różnicowania w zakresie regulacji dotyczących dopuszczalności umów o macierzyństwo zastępcze. Tytułem przykładu wskazać warto, że włoska judykatura, mimo treści przepisów uznających te umowy za nieważne w rozumieniu prawa cywilnego i penalizujących ten proceder, podchodzi do problemu w liberalny sposób²⁵ – praktyka prawna odrywa się od literalnego brzmienia przepisów. Z kolei niektóre ustawodawstwa pozwalające na zawieranie umów o surogację uzależniają ich ważność od akceptacji organu państwowego (np. w Izraelu²⁶) lub zgody sądu, inne wymagają jedynie spełnienia wymogów ustawowych, do których należą np. małżeński status zamawiających, zakaz łączenia funkcji matki nosicielki i dawczyni gamety²⁷.

Odrębną kwestię stanowi regulacja statusu filiacyjnego dziecka urodzonego w efekcie umowy o macierzyństwo zastępcze. W orzecznictwie amerykańskim, które jako pierwsze zetknęło się z komentowaną problematyką, pojawiły się trzy koncepcje dotyczące rozstrzygnięcia tego problemu: biologiczna (wywodząca się z klasycznej reguły *mater semper certa est*), genetyczna oraz oparta na intencji zamawiających (*intended parenthood*)²⁸. Istotę surogacji najlepiej oddaje ostatnia z prezentowanych koncepcji (obowiązująca np. na Ukrainie), przegląd krajowych ustawodawstw przekonuje, że stosowane są również inne.

Ustawodawca brytyjski, uwzględniając fakt ewentualnego przywiązania matki zastępczej do dziecka, zdecydował, że – mimo legalności – umowy o surogację nie będą egzekwowalne. Co do zasady, formalnie matką jest surogatka, jednak dopuszczalne jest przeniesienie praw rodzicielskich po urodzeniu dziecka²⁹. Z kolei prawodawstwo Indii, mimo że kraj ten jest największym „dostawcą” matek zastępczych na świecie, nie reguluje kwestii filiacyjnych w przypadku komentowanych kontraktów. Luka ta była powodem m.in. głośnej sprawy *Manji Baby*. Dziecko urodzone przez indyjską surogatkę nie posiadało żadnego obywatelstwa,

²⁴ R. Cascão, *The Challenges...*, s. 152–153; V.R. Guzman, *A Comparison...*, s. 625.

²⁵ I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 342 i n.

²⁶ V.R. Guzman, *A Comparison...*, s. 646 i n.

²⁷ V.R. Guzman, *A Comparison...*, s. 626–627.

²⁸ M. Soniewicka, *Prokreacja...*, s. 107, 110. Szerzej na ten temat: B.M. Nichol, *A Child...*, s. 917 i n.

²⁹ I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 338 i n.

bowiem rodzice zamawiający jeszcze przed narodzinami dziecka rozwiedli się, wolę przejęcia praw nad dzieckiem wyraził tylko zamawiający ojciec, który nie mógł samodzielnie adoptować dziecka, lecz ostatecznie uzyskał prawa do dziecka³⁰.

Jak pokaże dalsza część opracowania, problemy filiacyjne w relacjach międzynarodowych są obecnie jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii związanych z komentowaną materią. Są one m.in. przedmiotem – nadal bezowocnych – działań Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego w ramach „THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT”³¹.

³⁰ V.R. Guzman, *A Comparison...*, s. 631 i n.

³¹ Zob. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (dostęp 5 sierpnia 2017 r.).

III. Akty prawne systemu Rady Europy odnoszące się do macierzyństwa zastępczego

W systemie Rady Europy nie obowiązują obecnie akty prawne wprost odnoszące się do macierzyństwa zastępczego. Nie oznacza to jednak, że problem zupełnie umyka uwadze państw członkowskich i organów Rady.

Już we wstępie wskazano na projekt Rekomendacji „Sztuczna prokreacja ludzka” z 10 stycznia 1989 r. Warto chociaż skrótowo przybliżyć założenia tego dokumentu. Formułował on względny zakaz surogacji – wyjątek został uczyniony dla surogacji altruistycznej i to pod warunkiem, że matka zastępcza będzie miała prawo zatrzymać dziecko po urodzeniu. Zakazane zostały również praktyki pośrednictwa w zawieraniu komentowanych kontraktów³². Z dokumentu wynika też ograniczenie korzystania z technik sztucznej prokreacji do osób pozostających w heteroseksualnym związku³³, co unaocznia konserwatywny i w świetle aktualnego orzecznictwa ETPC raczej historyczny charakter projektu. Projekt w razie przyjęcia miałby walor tzw. prawa miękkiego, nie stanowiłby umowy międzynarodowej.

Podobny ze względu na moc wiążącą charakter miał projekt Rekomendacji „O prawach i prawnym statusie dzieci i obowiązkach rodzicielskich” przyjęty przez Europejski Komitet ds. Współpracy Prawnej (*European Committee on Legal Co-operation*, CDCJ) w trakcie posiedzenia w dniach 12–14 października 2011 r. Z projektu wynikało, że kobieta, która rodziła dziecko, powinna być uznawana za jego matkę, bez względu na związek genetyczny (Zasada 7), od reguły tej przewidziano jednak wyjątki, w tym dla państw dopuszczających surogację³⁴. Projekt nie odnosił się już do dopuszczalności macierzyństwa zastępczego, aczkolwiek w trakcie obrad dotyczących jego kształtu padały argumenty, że czynienie wyłomu od zasady *mater*

³² A. Sikora, *Życie...*, s. 101.

³³ *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*; szerzej na ten temat: O. Nawrot, *Ludzka...*, s. 180–187.

³⁴ Treść projektu dostępna na stronie: <https://7676076fde29cb34e26d-759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/Draft-recommendation-rights-legal-status-children-CDCJ-2011-15.pdf> (dostęp 7 sierpnia 2017 r.)

semper certa est na rzecz macierzyństwa zastępczego może być uznane za zachętę do liberalizowania ustawodawstw na tej płaszczyźnie³⁵.

Poszukując ewentualnych regulacji dotyczących macierzyństwa zastępczego, uwagę skierować należy również na Konwencję o ochronie praw człowieka i godności ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencję o prawach człowieka i biomedycynie, zawartą 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo, zwaną najczęściej Europejską Konwencją Bioetyczną³⁶. W Konwencji znajdziemy liczne nawiązania do pojęcia godności i tożsamości istotny ludzkiej – zarówno w preambule, jak i normatywnej części (np. art. 1). Nawiązania te mogą stanowić prawny argument na rzecz zakazu macierzyństwa zastępczego. Etycy potępiający surogację odwołują się właśnie do sprzeczności tej praktyki z godnością osobową (dziecka i matki zastępczej) oraz negatywnych konsekwencji dla dziecka w zakresie prawa do wiedzy o własnym pochodzeniu (tożsamości)³⁷. Dla płaszczyzny macierzyństwa zastępczego istotne znaczenie ma także art. 21 Konwencji stanowiący, że: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku”, a tym samym rzutujący na dopuszczalność surogacji komercyjnej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego orzeczenia charakteryzowane są w kolejnej części, będzie odwoływał się przede wszystkim do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zawartej 4 listopada 1950 r. w Rzymie³⁸ (dalej EKPC). Szczególnie istotny dla problemu surogacji będzie art. 8 EKPC gwarantujący prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Nie znaczy to jednak, że strasburscy sędziowie tracili z pola widzenia charakteryzowane wyżej akty.

³⁵ Raport z posiedzenia Grupy ds. współpracy prawnej z 17 stycznia 2012 r. dostępny na stronie https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb6fd (dostęp 7 sierpnia 2017 r.)

³⁶ Tekst konwencji dostępny na stronie http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp 7 sierpnia 2017 r.). Szerzej na ten temat: O. Nawrot, *Ludzka...*, s. 83–95, 141–150.

³⁷ A. Sikora, *Życie...*, s. 102–103; H. Ciach, *Istota...*, s. 217.

³⁸ Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm.

IV. Europejski Trybunał Praw Człowieka wobec macierzyństwa zastępczego

Orzecznictwo Trybunału w Strasburgu dotyczące bezpośrednio macierzyństwa zastępczego nie jest rozbudowane. Poniżej skomentowane zostaną orzeczenia w trzech sprawach, z których pierwsza została zakończona wyrokiem z 26 czerwca 2014 r. Był to pierwszy wyrok ETPC dotyczący wprost problemu surogacji, co nie oznacza, że wcześniej nie zapadały orzeczenia dotyczące pobocznych kwestii mających znaczenie dla macierzyństwa zastępczego (zapłodnienie *in vitro*³⁹, adopcja międzynarodowa⁴⁰, uznawanie obcych dokumentów).

1. Wyrok ETPC (Piątej Sekcji) w sprawie *Menesson p. Francji* z 26 czerwca 2014 r., skarga nr 65192/11⁴¹

Skarga w sprawie pochodziła od dwójki obywateli Francji będących małżeństwem oraz dwójki ich dzieci – obywateli USA – urodzonych na skutek surogacji (§ 1). Skarżący zdecydowali się na skorzystanie z macierzyństwa zastępczego z uwagi na bezpłodność skarżącej (§ 7), decyzja ta poprzedzona była m.in. bezskuteczną procedurą *in vitro*. Matka zastępcza – zamężna, dobrze sytuowana mieszkanka Kalifornii – według zawartej umowy o surogację gestacyjną nie otrzymała w zamian za noszenie dziecka i poród wynagrodzenia, jedynie zwrot kosztów, podjęła się tych czynności w geście solidarności ze skarżącymi (§ 8). Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia jeszcze przed narodzinami dzieci uznał skarżącego za genetycznego ojca, zaś skarżącą za matkę (*legal mother*) dzieci, co miało zostać wpisane do aktów urodzenia dzieci (§ 9). Tak też się stało (§ 10).

³⁹ Np. wyrok w sprawie *Evans p. Zjednoczonemu Królestwu* z 10 kwietnia 2007 r., skarga nr 6339/05; wyrok w sprawie *S. H. i inni p. Austrii* z 1 kwietnia 2010 r., skarga nr 57813/00, por. O. Nawrot, *Ludzka...*, s. 194–217.

⁴⁰ Np. wyrok w sprawie *Wagner i J.M.W.L p. Luksemburgowi* z 28 czerwca 2007, skarga nr 76240/01.

⁴¹ Korzystam z angielskich i francuskich wersji orzeczeń dostępnych w oficjalnej bazie danych ETPC na stronie <http://hudoc.echr.coe.int/>; symbole „§” w dalszej części tekstu oznaczają ustęp komentowanego orzeczenia, z którego pochodzi informacja.

Po narodzinach dzieci skarżący ubiegał się bezskutecznie o zarejestrowanie danych z aktów urodzenia we francuskich aktach stanu cywilnego za pośrednictwem konsulatu Francji w Los Angeles (§ 11), sprawa została zgłoszona do prokuratury z podejrzeniem, że skarżąca nie urodziła dzieci, których dotyczą przedłożone dokumenty (§ 12). Powrót skarżących wraz z dziećmi do Francji był możliwy dzięki wydaniu tym ostatnim paszportów przez władze amerykańskie (§ 13). We Francji zostało przeciwko skarżącym wszczęte postępowanie dotyczące fałszywych zeznań (*false representation*) w zakresie prawnego statusu dzieci, dochodzenie dotyczyło również zakazanego we Francji pośrednictwa w zawieraniu kontraktów dotyczących surogacji (§ 14–15). Postępowanie zostało jednak umorzone z uwagi na to, że czyny, których dotyczyło, były popełnione w USA, gdzie nie były karalne (§ 16). Było to podstawą pierwotnego zarejestrowania danych dzieci we francuskich aktach stanu cywilnego (§ 17), które zostało jednak unieważnione na skutek interwencji prokuratora publicznego z Créteil w oparciu o sprzeczność orzeczenia Sądu Najwyższego Stanu Kalifornia z zasadami francuskiego porządku publicznego (*public policy*), w tym zasadą niezbywalności (*inalienability*) statusu cywilnego (§ 18).

Skarżący odwołali się od decyzji prokuratora do Sądu w Créteil (*tribunal de grande instance*), który uznał, że działanie prokuratora było bezprawne, bowiem nie dokonał on pierwotnej weryfikacji danych i nakazał ich rejestrację, więc nie powinien powoływać się na zasady porządku publicznego w celu podważenia własnych działań (§ 19). Wyrok ten ostał się w II instancji w oparciu o tę samą argumentację (§ 20), jednakże Sąd Kasacyjny (*Court of Cassation*) uchylił wyrok, podnosząc, że prokuraturze przysługiwała legitymacja do inicjowania postępowań o unieważnienie rejestracji danych (§ 21). Było to powodem ponownego rozpatrzenia sprawy przez Paryski Sąd Apelacyjny. Rozstrzygając sprawę, Sąd ten odwołał się do zapisów art. 16-7 i 16-9 francuskiego kodeksu cywilnego, zgodnie z którymi umowa o surogację jest nieważna, zaś postanowienia rozdziału II francuskiego kodeksu cywilnego dotyczące poszanowania ludzkiego ciała są zasadami porządku publicznego⁴². Orzeczenie Sądu Najwyższego Stanu Kalifornia było sprzeczne z francuskim porządkiem publicznym, również odwołanie do dobra

⁴² Odpowiednio: „All agreements relating to procreation or gestation for the benefit of another are null” i „The provisions in this chapter are of public order” – korzystam z tłumaczenia dostępnego na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (dostęp 9 sierpnia 2017 r.)

dziecka (*child's best interests*), nie mogły *ex post* sanować wadliwości czynności prawnej, jaką była umowa o surogację (§ 24).

Skarżący odwołali się od tego orzeczenia do Sądu Kasacyjnego, podnosząc naruszenie art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.⁴³, art. 8 oraz art. 14 w zw. z art. 8 EKPC (§ 25). Adwokat Generalny (*advocate-general*) poparł skargę, wskazując na orzeczenie ETPC w sprawie Wagner i J.M.W.L. p. Luksemburgowi z 28 czerwca 2007 r. (nr skargi 76240/01), w której Trybunał uznał konstrukcję więzi rodzinnej *de facto* i efektywnego życia rodzinnego, niezależnie od więzów prawnych łączących matkę przysposabiającą dziecko z Peru. W ocenie Adwokata Generalnego sytuacje te były analogiczne, zwłaszcza że w momencie rozpatrywania sprawy skarżący żyli z dziećmi już od 10 lat (§ 26). Sąd Kasacyjny nie podzielił argumentacji skarżących i powielił motywy dotychczasowych, niekorzystnych dla nich rozstrzygnięć, dodając, że skoro skarżący żyją razem od około dekady, nie może być mowy o braku poszanowania życia rodzinnego (§ 27). Skarżący wystąpili również o nadanie dzieciom obywatelstwa francuskiego, jednak postępowanie w tym przedmiocie nie zostało zakończone przed wydaniem wyroku przez ETPC (§ 28).

Trybunał rozpatrując sprawę, zbadał francuskie prawo w odniesieniu do surogacji. Poza podanymi wyżej zapisami francuskiego kodeksu cywilnego kwestię tę regulują art. 227-12 francuskiego kodeksu karnego, który penalizuje pośrednictwo w zawieraniu umów o surogację oraz art. 227-13 tego kodeksu dotyczący podstawienia dziecka lub poświadczenia nieprawdy w zakresie statusu filiacyjnego⁴⁴ (§ 32). Trybunał przeprowadził również badanie komparatystyczne dotyczące

⁴³ Dz.U. z 1991 r. poz. 526 ze zm.

⁴⁴ Odpowiednio: „*The incitement of the parents or one of them to abandon a born or unborn child, made either for pecuniary gain, or by gifts, promises, threats or abuse of authority, is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500 €. Acting for pecuniary gain as an intermediary between a person desiring to adopt a child and a parent desiring to abandon its born or unborn child is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000. The penalties provided by the second paragraph apply to acting as an intermediary between a person or a couple desiring to receive a child and a woman agreeing to bear this child with the intent to give it up to them. Where the offence is habitually committed for pecuniary gain, the penalties incurred are doubled. Attempt to commit the offences referred to under the second and third paragraphs of the present article is subject to the same penalties*” i „*Wilful substitution, false representation or concealment which infringes the civil status of a child is punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000. Attempt to commit this offence is subject to the same penalties*”; <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (dostęp 10 sierpnia 2017 r.)

krajowych reżimów prawnych odnośnie do macierzyństwa zastępczego (§ 40–42), do którego wyników odnosi się w części motywacyjnej uzasadnienia.

W tej sytuacji skarżący wystąpili do Trybunału w Strasburgu, zarzucając naruszenie art. 8 EKPC poprzez uniemożliwienie uznania więzi rodzinnej z uwagi na pochodzenie dzieci z surogacji (§ 43). Trybunał zauważył, że w sprawie chodzi nie tylko o naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego czwórki skarżących, lecz również o naruszenie prawa do prywatności dzieci (§ 48–50). Wobec tego przed Trybunałem stanęło zadanie zbadania dopuszczalności ograniczenia praw wynikających z art. 8 EKPC pod kątem wystąpienia przesłanek z art. 8 ust. 2 EKPC.

Skarżący zakwestionowali zgodność ograniczenia z prawem (*accordance with the law*), podnosząc, że art. 16 francuskiego kodeksu cywilnego nie odnosił się do sytuacji zalegalizowanej uprzednio orzeczeniem obcego sądu, ponadto wskazali, iż w dacie, w której zwrócili się o uznanie aktów urodzenia, nie obowiązywał przepis tego zabraniający (§ 52), zaś ówczesne orzecznictwo sądów francuskich nie było ustabilizowane (§ 53). Z tym stanowiskiem nie zgodził się rząd, przypominając wyroki Sądu Kasacyjnego z 1991 i 1994 r., z których wynikało traktowanie zasady niezbywalności statutu cywilnego jako zasady porządku publicznego (§ 55), oraz wyrok z 1986 r., od czasu wydania którego organy faktycznie mogły odmawiać rejestracji danych dotyczących statusu osoby, jeśli nie odzwierciedlały one stanu rzeczywistego (§ 56). Trybunał podzielił zapatrywanie rządu w tym zakresie (§ 57–58).

Kolejną przesłanką dopuszczalności ograniczenia jest uzasadniony cel. Skarżący wskazali, że nie sposób odczytać celowości działań francuskich organów w sytuacji, gdy są one sprzeczne (chodziło o pierwotną rejestrację danych) (§ 59). Rząd argumentował natomiast, że odmowa rejestracji aktów urodzenia, zwłaszcza z USA, miała na celu zapobieganie objętych nieważnością i karalnych umów o surogację. **Wskazano, że Francja podziela etyczne i moralne zasady, w myśl których ciało ludzkie nie może być instrumentalizowane, a dziecko nie może być redukowane do przedmiotu umowy.** Celem ustawy było więc zapobieganie przestępstwom, ochrona zdrowia i praw innych osób (§ 60), co przekonało Trybunał.

Komentując kwestię konieczności ograniczenia w demokratycznym społeczeństwie, skarżący podkreślili, że sprawa nie dotyczy dopuszczalności surogacji, w tym zakresie oczywisty był dla nich szeroki margines uznania po stronie państwa, lecz problem odmowy rejestracji danych, w tym biologicznego ojca. Skarżący odwołali się do orzeczenia Wagner p. Luksemburgowi, jako potwierdzenie wagi dobra dziecka w orzecznictwie ETPC (§ 63). Ponadto kwestionowali konsekwencję Francji w ochronie zasady niezbywalności statusu cywilnego, ilustrując to liberalnym podejściem prawa do transseksualistów⁴⁵ i treścią ustawodawstwa dopuszczającego rodzicielstwo kobiety, której został wszczepiony embrión zapłodniony *in vitro*, pochodzący od dawców gamet (§ 66). Wobec tego, zdaniem skarżących, francuskie prawo operowało pojęciem rodziców intencyjnych. Argumentem inicjujących postępowanie była wreszcie nieproporcjonalność przyjętych środków i konsekwencji po stronie dzieci. Nie miały one obywatelstwa, paszportu, ważnego prawa pobytu (choć jako małoletni nie mogli zostać deportowani) (§ 68). Rząd francuski kwestionował te twierdzenia, dowodząc, że skarżący nie starali się o uzyskanie obywatelstwa dla dzieci, cieszyli się pełnią władzy rodzicielskiej, zaś dokumenty, którymi dysponowali – amerykański akt urodzenia – pozwalały im skutecznie wykonywać władzę rodzicielską, zapewniały dziedziczenie na podstawie prawa amerykańskiego (§ 71). Wśród motywów rządu znalazły się wreszcie odwołania do woli francuskiego narodu (§ 72), a także podkreślenie braku wśród stron EKPC konsensusu odnośnie do dopuszczalności macierzyństwa zastępczego, co powinno skutkować przyznaniem szerokiego marginesu swobodnego uznania (§ 73).

Strasburscy sędziowie rzeczywiście przyznali istnienie znacznego (*substantial*) marginesu uznania w ocenie przesłanki konieczności ograniczenia, jednakże doszli do przekonania, że margines ten został w realiach sprawy w pewnym zakresie przekroczony (§ 75). Według badania ETPC surogacja jest wprost zabroniona w 14 krajach na 35 członków Rady Europy, w 10 krajach nie jest tolerowana lub status takiej umowy jest nieokreślony. Macierzyństwo zastępcze jest dozwolone w 7 państwach, tolerowane w 4. W 13 z 35 krajów możliwe jest zalegalizowanie statusu rodziców intencyjnych uznanego za granicą na mocy umowy o surogację,

⁴⁵ Na kształt francuskiego prawa w tym zakresie wpłynąć musiało orzeczenie w sprawie B. p. Francji z 25 marca 1992 r. (skarga nr 13343/87), w którym Trybunał stwierdził naruszenia art. 8 Konwencji na skutek odmowy uznania zmiany płci skarżącego w aktach stanu cywilnego.

wydaje się to możliwe w 11 innych, w 11 krajach jest z kolei niemożliwe (§ 78). W ocenie Trybunału unaocznia to wrażliwy, etyczny charakter problemu i uzasadnia szeroki margines uznania zarówno w zakresie legalności surogacji, jak i uznawania statusu dziecko–rodzic (§ 79). Trzeba jednak zauważyć, że w sprawie rozpatrywany jest esencjalny element tożsamości jednostki, tj. relacje rodzic–dziecko (§ 80). **Sędziowie dostrzegli, że uznawanie dokumentów zagranicznych byłoby cichym przyzwoleniem na surogację (§ 83), jednak doszli do przekonania, iż należy się głębiej pochylić nad kwestią tego, czy w realiach niniejszej sprawy interes społeczeństwa był należycie wyważony z interesem jednostki – skarżących (§ 84).**

Komentowany wyrok rozróżnia sytuację rodziców i dzieci, a przede wszystkim kwestię prawa do prywatności tych ostatnich oraz problem naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego całej czwórki skarżących. Jeśli chodzi o to uprawnienie, to **Trybunał uznał, że owszem – działania władz francuskich wiązały się z pewnymi utrudnieniami w życiu skarżących, ale te utrudnienia nie miały na tyle drastycznego charakteru, by uznać przekroczenie Konwencji (§ 94).** Odmienne podszedł ETPC do naruszenia prawa do prywatności i wywodzonego z niego prawa do tożsamości, na którą składają się m.in. status rodzic–dziecko czy narodowość. Na tej płaszczyźnie – w odniesieniu do małoletnich skarżących – uznano, że doszło do naruszenia, przekroczony został margines uznania państwa (§ 100). **Tym samym ETPC stwierdził naruszenie art. 8 EKPC w odniesieniu do małoletnich skarżących, zaś w pozostałym zakresie skargę oddalił.**

Wyrok w sprawie Mennesson jest pierwszym orzeczeniem, w którym Trybunał rozpatrywał problem konsekwencji umów o surogację. Wyrok oczywiście nie komentuje wprost kwestii dopuszczalności tego typu umów. Stanowi swego rodzaju kompromis między racjami przeciwników macierzyństwa zastępczego, opartymi przede wszystkim na argumentach personalistycznych i Kantowskich oraz – paradoksalnie – uzasadnionymi interesami osób, w których imieniu zakazy surogacji są wprowadzane, tj. dzieci. W mojej ocenie treść wyroku, mimo braku wyraźnej dezaprobaty względem macierzyństwa zastępczego, potwierdza, że Trybunał dostrzegł problematyczność tego typu umów, skoro uznał w znacznej części racje francuskiego rządu. W działaniach tego ostatniego, polegając na relacjach

skarżących, dostrzec można jawną niekonsekwencję, nie chodzi przy tym o pierwotne uznanie obcego aktu urodzenia, lecz o akceptację dla zmian płci czy odrywanych od genetycznego rodzicielstwa konsekwencjach zabiegów *in vitro*, przy jednoczesnym kategoriowym potępieniu surogacji. Jak wskazują O. Nawrot i J. Zajadło, brak konsekwencji i jednolitej antropologicznej wizji człowieka jest częstą bolączką regulacji bioetycznych⁴⁶.

W odniesieniu do orzeczenia podniesiono m.in. zarzuty o to, że akceptując *de facto* umowy o macierzyństwo zastępcze, pomija ono aspekt ochrony matek zastępczych⁴⁷ oraz że stanowi wyraz tendencji, w której to autonomia jednostki, nie zaś godność, zaczyna być fundamentalną wartością Konwencji⁴⁸. Autorzy tych zarzutów – wymagający wyraźnego zanegowania przez ETPC dopuszczalności surogacji – zapominają jednak, że Trybunał działa *post factum*, gdy dzieci z umów o surogację są już zrodzone i borykają się ze skutkami restrykcyjnego ustawodawstwa. Trybunał nie mógł abstrahować od ich interesu w sprawie, chociaż podniesione zarzuty są trafne o tyle, że orzeczenie rzeczywiście może stanowić zachętę dla kolejnych osób chcących skorzystać z surogacji.

Odnosić trzeba, że równoległe do postępowania w sprawie państwa Mennesson toczyło się zakończone takim samym rozstrzygnięciem postępowanie ze skargi państwa Labassee (skarga nr 65941/11). Tożsamymi rozstrzygnięciami – stwierdzeniem naruszenia art. 8 EKPC w odniesieniu do dzieci – zakończyły się również sprawy ze skargi Didiera Foulona p. Francji (skarga nr 9063/14) oraz Phillipe`a Bouveta (skarga nr 10410/14). Dotyczyły one umów o surogację zawartych z indyjskimi matkami zastępczymi. Istotne, że pierwszy ze skarżących był samotnym ojcem, drugi zaś pozostawał w związku homoseksualnym. Orzeczenia te odczytywane są jako wyraz akceptacji przez Trybunał „nietradycyjnych” modeli rodziny⁴⁹.

⁴⁶ O. Nawrot, J. Zajadło, *Biojursprudencja – dom zbudowany na piasku czy na skale?*, „Diametros” 2009, nr 22, s. 173.

⁴⁷ N. Bala, *The Hidden...*

⁴⁸ G. Puppink, C. de La Hougue, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy*, s. 10 (angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w „Revue Lamy de Droit Civil” 2014, nr 118, dostępne na stronie <https://www.culturavietii.ro/wp-content/uploads/2014/09/ECHR-Towards-the-Liberalisation-of-Surrogacy.pdf> (dostęp 10 sierpnia 2017 r.)

⁴⁹ I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 353.

2. Decyzja ETPC (Drugiej Sekcji) w sprawie D. i inni p. Belgii z 8 lipca 2014 r., skarga nr 29176/13

Skargę w kolejnej dotyczącej surogacji sprawie złożyło belgijskie małżeństwo, które umowę o macierzyństwo zastępcze zawarło z Ukrainką. W efekcie umowy narodziło się dziecko, któremu władze Ukrainy wydały akt urodzenia, gdzie skarżący wpisani byli jako rodzice. Akt nie zawierał wzmianki o surogacji (§ 5–6). Belgowie po urodzeniu dziecka wystąpili do ambasady w Kijowie o wydanie paszportu dla dziecka (§ 7), spotkali się jednak z odmową z uwagi na brak przedstawienia właściwych dokumentów, m.in. zaświadczenia o ciąży skarżącej czy jej wypisu z ukraińskiego szpitala (§ 8). W tej sytuacji skarżący wystąpili do Sądu w Brukseli w składzie właściwym do orzekania w sprawach nagłych o wydanie dokumentu podróznego (§ 9) oraz jednocześnie uznanie ukraińskiego aktu urodzenia (§ 10). Skarżący próbowali też, dysponując jedynie aktem urodzenia, wejść wraz z dzieckiem na pokład samolotu do Belgii, co się nie powiodło (§ 11). Sąd I instancji uznał wniosek za dopuszczalny, lecz oddalił go, gdyż skarżący pozostawili we wniosku wiele nieuzupełnionych rubryk, w tym dotyczących matki zastępczej i metody użytej prokreacji – w ocenie sądu skarżący nie dostarczyli danych pozwalających na ocenę *prima facie* więzi biologicznej z dzieckiem. Belgijskie prawo uznaje za matkę kobietę, która dziecko urodziła. Skarżący nie przedstawili natomiast wiarygodnego dowodu na więź genetyczną ojca z dzieckiem – dysponowali jedynie internetowym wydrukiem badania DNA (§ 12). Skarżący uznał dziecko przed notariuszem w Brukseli (§ 13). Inicjujący postępowanie byli jednak zmuszeni zostawić dziecko na Ukrainie z wynajętą nianią (§ 14). W trakcie trzech kolejnych miesięcy skarżący wracali do dziecka dwukrotnie, za każdym razem na tydzień (§ 15). Apelacja złożona do Sądu II instancji została uzupełniona o szereg dokumentów potwierdzających biologiczną więź dziecka ze skarżącym. W tej sytuacji Sąd II instancji uznał racje skarżących, wskazując, że spełnione zostały wszystkie wymogi ukraińskiego prawa w tego typu umowach i nakazał wydać niezbędne dokumenty. Sąd zważył, że wydanie dokumentów może nastąpić przed merytorycznym rozstrzygnięciem kwestii filiacyjnych ze względu na wagę interesów skarżącego – prawo do poszanowania życia rodzinnego (§ 16).

Belgijskie prawo nie reguluje problemu macierzyństwa zastępczego (§ 19). Rejestracja i uznawanie dokumentów zagranicznych odbywa się na podstawie kodeksu międzynarodowego prawa prywatnego (*Code of Private International Law*), w myśl którego legalizacja wymaga zgodności z prawem kraju, w którym dokument został wydany (§ 20)⁵⁰. Orzecznictwo belgijskich sądów dopuszczało uznawanie aktów urodzenia dzieci zrodzonych w wyniku umowy o surogację (§ 22), również wydawanie dokumentów w sytuacjach nagłych, gdy dowiedziono więź genetyczną dziecka z ojcem (§ 23). Odesłanie do prawa kraju wydania dokumentu wiązało się dla ETPC z koniecznością ustalenia treści prawa ukraińskiego. To – ukraiński kodeks rodzinny – przesądza, że jeśli małżonkowie dostarczają embrion matce zastępczej, są oni rodzicami. Warunkiem jest więc małżeński status rodziców intencyjnych, a także pochodzenie co najmniej jednej gamety od któregoś z zamawiających (§ 25–26)⁵¹.

W skardze kierowanej do ETPC zarzucono naruszenie art. 8 Konwencji na skutek odmowy przez władze Belgii wydania dokumentów pozwalających na przewóz dziecka i wynikającą z tego faktyczną, niezgodną z dobrem dziecka separację rodziców i dziecka (§ 28). Ponadto skarżący podnieśli naruszenie art. 3 EKPC, tj. nieludzkie traktowanie z uwagi na wyżej wymienione okoliczności.

Strona rządowa przyznała, że sprawa mieści się w zakresie zastosowania art. 8 Konwencji i że sytuacja skarżących musiała być dla nich trudna, jednakże nie można się zgodzić z tezą, że doszło do naruszenia Konwencji (§ 38). Rząd argumentował, że faktyczna rozłąka rodziców i dziecka trwała tylko trzy miesiące przerwane dwoma, tygodniowymi wizytami u dziecka (§ 39). Belgijskie stanowisko podkreślało, że państwo to nie ma podpisanej z Ukrainą umowy o wzajemnym uznawaniu dokumentów *ipso iure*, więc konieczna była procedura uznania dokumentów,

⁵⁰ Art. 27 kodeksu: „*A foreign authentic instrument shall be recognised by any authority in Belgium without the need for any procedure if the validity is established in accordance with the law applicable by virtue of the present statute and more specifically with due regard of Articles 18 and 21. The instrument must satisfy the conditions necessary to establish authenticity under the law of the State where it was drawn up. To the extent that is required, Article 24 is applicable. In the event that the authority refusing to recognise the validity of the instrument, an appeal may be lodged before the Court of First Instance without prejudice to Article 121, in accordance with the procedure set out in Article 23*”.

⁵¹ Art. 123 kodeksu: „*If an embryo conceived by the spouses by means of assisted reproduction techniques is transferred into the body of another woman, the spouses are the parents of the future child.*”

w ramach której skarżącym przysługiwało prawo odwołania (§ 40). Pierwotna odmowa uznania aktu urodzenia wynikała z niekompletności przedłożonych dokumentów, czyli winy skarżących (§ 41). Nie bez znaczenia było również to, że skarżący przed podjęciem decyzji o surogacji zasięgaliby informacji odnośnie do procedur prawnych z tym związanych, nie mogli być zaskoczeni sytuacją (§ 42).

Autorzy skargi podkreślali z kolei swoje obawy o los dziecka, w tym o to, czy pozostawione na Ukrainie nie trafi do placówki opiekuńczej. Uznali oni, że odmowa wydania przez władze dokumentu *laissez-passer* nie miała podstaw prawnych, uzasadnionego celu i stanowiła nieproporcjonalne utrudnienie dla ich życia rodzinnego (§ 45).

W charakterze *amicus curiae* do sprawy przystąpiło *European Centre for Law and Justice*. Nie odnosząc się merytorycznie do realiów sprawy, **organizacja ta podniosła, że surogacja jest sprzeczna z ludzką godnością dziecka i matki zastępczej i jako taka praktyka ta powinna zostać zabroniona wśród członków Rady Europy**. W ocenie ECLJ skarżący nie powinni zarzucać naruszenia w sytuacji gdy sami są sprawcami problemu. Wobec tego organizacja ta wniosła o oddalenie skargi na podstawie art. 17 Konwencji (nadużycie prawa do skargi) (§ 47).

Rozpatrując skargę, Trybunał podkreślił, że sprawa nie dotyczy uznania dokumentu aktu urodzenia (o co toczyło się równoległe postępowanie przed organami belgijskimi), lecz wydania dokumentu pozwalającego na przewóz dziecka (§ 48). Trybunał uznał za konieczne badanie przesłanek z art. 8 ust. 2 Konwencji, tj. legalności, celowości i konieczności naruszenia (§ 50). Wątpliwości strasburskich sędziów nie budziło spełnienie warunku legalności (§ 51). Odnośnie do celowości działań władz Trybunał stwierdził, że były one uzasadnione koniecznością zapobiegania przestępstwom, zwłaszcza handlowi ludźmi, co wcześniej podkreślono w orzeczeniu *Rantsev p. Cypru i Rosji* (skarga nr 25965/04) (§ 52). **Podobnie jak w orzeczeniu *Mennesson p. Francji*, Trybunał uznał ochronę dziecka i surogatki jako uzasadniony cel w rozumieniu Konwencji (ochrona praw innych osób)** (§ 53). W ocenie strasburskich sędziów okres rozłąki rodziców i dziecka nie był nieproporcjonalnie długi względem celu działań władz (§ 58), Trybunał przyznał, że nie można wymagać od władz państwa dozwolenia na przejazd dzieci pochodzących z surogacji, bez uprzedniej weryfikacji ich statusu prawnego (§ 59). Nie bez

znaczenia było to, że skarżący powinni byli przewidzieć, że procedura pozwalająca na sprowadzenie dziecka może potrwać, tym bardziej że korzystali z porad profesjonalistów w tym zakresie (§ 60). Konkludując, Trybunał uznał, że władze nie przekroczyły należnego im marginesu uznania (§ 63). Z uwagi na rozwiązanie problemu (przyjazd dziecka do Belgii) przed rozpatrzeniem przez Trybunał, skarga została częściowo usunięta z listy spraw, w pozostałej części została uznana za oczywiście bezzasadną w myśl art. 35 ust. 3 lit. a Konwencji (§ 64).

W komentowanej decyzji, podobnie jak w orzeczeniu do sprawy *Mennesson*, Trybunał uniknął odpowiedzi na zasadnicze dla macierzyństwa zastępczego pytanie, mianowicie to dotyczące jego dopuszczalności. Sędziowie skupili się na pobocznym dla tej kwestii, lecz zasadniczym dla sprawy, zagadnieniu rozłąki rodziców intencyjnych i dziecka. Strategię tę można określić mianem „wymownego milczenia”, zwłaszcza w kontekście podniesionego zarzutu niezgodności surogacji z duchem Konwencji i jej nadal (?) naczelną wartością, jaką jest godność osobowa. Brak wyraźnego potępienia oznacza w istocie akceptację zjawiska, nie jest neutralnym moralnie rozwiązaniem⁵².

Orzeczenie w sprawie, mimo że niekorzystne dla skarżących, daje również obraz tego, co – w ocenie Trybunału – przesądza o istnieniu życia rodzinnego. W ostatnich latach zachodzą na tej płaszczyźnie istotne zmiany. Są one wyznaczane takimi orzeczeniami jak w sprawie *Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu* z 11 lipca 2002 r. (skarga nr 28957/95), gdzie zakwestionowano prokreacyjną funkcję jako konstytutywną dla pojęcia rodziny, czy *Schalk i Kopf p. Austrii* z 24 czerwca 2010 r. (skarga nr 30141/04), w którym Trybunał uznał, że istotowym elementem dla życia rodzinnego jest stabilność i długotrwałość związku dwójki ludzi niezależnie od ich płci⁵³. W sprawie *Mennesson* skarżący rzeczywiście, z pełnym przekonaniem mogli mówić o ukształtowanych przez lata więzach rodzinnych, natomiast w sprawie belgijskiej intencyjni rodzice, z których tylko mężczyzna był genetycznie związany z dzieckiem, obcowali z dzieckiem przez bardzo krótki okres. Trudno jest przesądzić, czy w tym okresie mogły nawiązać się więzi właściwe stosunkom rodzic–dziecko,

⁵² Por. W. Galston, *Cele liberalizmu*, przeł. A. Pawelec, Kraków 1999, s. 295 (w odniesieniu do aborcji).

⁵³ Por. F. Edel, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Strasbourg 2015, odpowiednio s. 102, 119 i 16, 31, 92.

jednak Trybunał nie rozpatrywał tej kwestii, najwyraźniej przyjmując wolę skarżących i więź biologiczną jednego z nich z dzieckiem za wystarczające dla ukonstytuowania rodziny.

Odnosząc się do proceduralnej warstwy orzeczenia, zwrócić należy uwagę, że Trybunał odrzucając skargę, wolał skorzystać ze sprawdzonego instrumentu „oczywistej bezzasadności”, niż odwołać się do stosunkowo nowego kryterium dopuszczalności skargi, jakim jest wystąpienie po stronie skarżącego znaczącego uszczerbku⁵⁴. Inspirowane zasadą *de minimis non curat praetor* kryterium mogło zostać z powodzeniem użyte w przedstawionym stanie faktycznym.

3. Wyrok w sprawie Paradiso i Campanelli p. Włochom z 24 stycznia 2017 r., skarga nr 25358/12

Skarżącymi w sprawie było włoskie małżeństwo (§ 8). Po bezskutecznych próbach korzystania z technik medycznie wspomaganey prokreacji oraz staraniach o adopcję dziecka z zagranicy (§ 9–10) skarżący zdecydowali się na zawarcie umowy o surogację w Rosji. Według relacji skarżącej przewiozła ona do kliniki w Moskwie nasienie męża, firma pośrednicząca znalazła matkę zastępczą, która na skutek zabiegu *in vitro* zaszła w ciążę. Umowa dotyczyła macierzyństwa gestacyjnego, klinika przeprowadzająca zabieg zapłodnienia potwierdziła wykorzystanie nasienia skarżącego (§ 11–12). Po urodzeniu dziecka, matka zastępcza złożyła w szpitalu, w obecności lekarza oświadczenie, w myśl którego rodzicami dziecka – jako dawcy embrionu – byli skarżący, zaś ona wyraża na to zgodę z powołaniem na odpowiedni przepis rosyjskiego kodeksu rodzinnego i prawa dotyczącego cywilnego statusu dziecka (§ 14). Rosyjskie władze wystawiły akt urodzenia dziecka ze skarżącymi widniejącymi jako jego rodzice. Akt został poświadczony zgodnie z wymogami Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (konwencji haskiej z 1961 r.⁵⁵) (§ 16). Włoski konsul w Moskwie wydał skarżącej dokumenty pozwalające na powrót do Włoch wraz z dzieckiem, co też nastąpiło

⁵⁴ Na temat tego kryterium por. Ł. Mirocha, „Znaczący uszczerbek” w kontekście art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na tle innych merytorycznych kryteriów dopuszczalności skargi indywidualnej, „Palestra” 2017, nr 6, s. 37–42.

⁵⁵ Dz.U. z 2005 r. poz. 938.

(§ 17–18). Jednocześnie konsulat poinformował właściwy sąd ds. nieletnich, Ministerstwo Spraw Zagranicznych oraz władze lokalne o tym, że dokumenty dotyczące urodzenia dziecka zawierają nieprawdziwe informacje (§ 19). Kilka dni po tym skarżący wystąpił we Włoszech o rejestrację aktu urodzenia (§ 20). Lokalna prokuratura wszczęła postępowanie karne pod kątem poświadczenia nieprawdy odnośnie do statusu cywilnego dziecka (art. 567 włoskiego kodeksu karnego), użycia fałszywych dokumentów (art. 489 włoskiego kodeksu karnego) oraz naruszenia ustawy o adopcji (§ 21). Jednocześnie zostało przed sądem ds. nieletnich (*minors court*) wszczęte postępowanie o uznanie dziecka za porzucone i umożliwienie oddania go do adopcji, został również ustanowiony dla niego kurator (§ 22). W domu skarżących został przeprowadzony wywiad kuratorski, którego ocena była pozytywna (§ 25). Skarżąca przesłuchiwana przez policję (*carabinieri*) opisała, w jaki sposób doszło do zawarcia umowy o surogację, jej charakter (komercyjna surogacja gestacyjna z nasieniem pochodzącym od skarżącego) oraz legalność umowy według prawa rosyjskiego (§ 26). Sąd ds. nieletnich nakazał przeprowadzenie badań DNA na okoliczność, czy skarżący jest ojcem dziecka (§ 28). Ich wynik okazał się negatywny – brak było więzi genetycznej (§ 30). Ministerstwo Spraw Wewnętrznych nakazało odmowę wpisu danych z aktu urodzenia do rejestru, Urząd Stanu Cywilnego (*Registry Office of the Colletorto Municipality*) postąpił zgodnie z tą wskazówką (§ 29, 32). Skarżący wnieśli odwołanie od tej decyzji, prokurator natomiast zwrócił się do sądu o nadanie dziecku nowej tożsamości i wystawienie nowego aktu urodzenia (§ 32–33). W odpowiedzi na skargę kierowaną do rosyjskiej kliniki, skarżąca otrzymała wyjaśnienie, w którym klinika wyrażała swoje zaskoczenie sytuacją i informowała o podjęciu decyzji personalnych (§ 31).

W ramach postępowania umożliwiającego oddanie dziecka do adopcji, na zlecenie skarżących przeprowadzono z nimi, dzieckiem oraz dziadkami dziecka wywiady psychologiczne, które wykazały istnienie głębokiej więzi między nimi oraz ewentualne destrukcyjne skutki rozstania (§ 34). Pomimo wniosku skarżących o pozostawienie dziecka przy nich, sąd zdecydował o umieszczeniu dziecka w domu dziecka (*casa famiglia*) (§ 35–36). Sąd uznał, że skarżący nie wykazali więzi biologicznej z dzieckiem, zaś by można mówić o surogacji gestacyjnej lub tradycyjnej, taka więź

musi zostać wykazana⁵⁶. Sąd uznał, że złamane zostały nie tylko przepisy prawa karnego, lecz również te dotyczące adopcji zagranicznej oraz dotyczące zakazu stosowania heterologicznych technik wspomaganey prokreacji (§ 37). Skarżący odwołali się od niekorzystnej decyzji, podnosząc, że sąd nie może unieważnić rosyjskiego aktu urodzenia i wnieśli o wstrzymanie się z odebraniem im dziecka do czasu rozstrzygnięcia postępowań karnych oraz o rejestrację aktu urodzenia (§ 39). Apelacja została oddalona. Sąd Apelacyjny w Campobasso uznał, że dziecko znalazło się w stanie porzucenia, gdyż skarżący nie byli jego rodzicami. W uzasadnieniu odniesiono się również do możliwości stosowania ustawy o adopcji, podnosząc, że „*the Italian law governing adoption, fostering, and necessary measures in case of urgency shall be applicable to a foreign minor child who is in [Italy] in a state of abandonment*” (§ 40). Od wyroku nie została wniesiona kasacja (§ 41). Równoległe do opisanego postępowania prokurator podjął decyzję o zatrzymaniu rosyjskiego aktu urodzenia jako dowodu rzeczowego oraz w związku z tym, że skarżący starali się stwarzać wrażenie, że rzeczywiście są biologicznymi rodzicami – skarżąca utrzymywała pierwotnie wobec pracowników konsulatu, że urodziła dziecko, po przyznaniu się do korzystania z usług surogatki, nadal wprowadzała w błąd w zakresie pochodzenia nasienia użytego przy zapłodnieniu od jej męża (§ 44). Skazanie za przestępstwo przeciw ustawie o adopcji wiązało się z pozbawieniem prawa do adopcji dzieci, wnioski w tym przedmiocie został przesłany przez prokuratora do sądu, w którym toczyło się wyżej opisane postępowanie (§ 45).

Równoległe do opisanego postępowania toczyło się to zainicjowane odwołaniem skarżących od odmowy rejestracji danych z rosyjskiego aktu urodzenia. Sąd odwoławczy natychmiastowo wykonaną decyzją odmówił wpisu danych do rejestru, podnosząc, że **sytuacja, w której znaleźli się skarżący, mimo ich dobrej wiary nie spełniała nawet wymogów rosyjskiego prawa odnośnie do surogacji gestacyjnej, nie było bowiem więzi biologicznej dziecka z żadnym skarżącym. Rejestracja aktu byłaby sprzeczna z zasadami porządku publicznego (*public order*)** (§ 47). Dziecku wystawiono nowy akt urodzenia, w którym wpisano

⁵⁶ Włoski sąd (a za nim ETPC) przyjął węższą definicję surogacji gestacyjnej niż prezentowana w pierwszej części niniejszego opracowania, definicji tej nie podzieli sędziowie V.A. De Gaetano, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtycze i D. Dedov składający opinię zbieżną z wyrokiem (§ 7 opinii zbieżnej).

rzeczywistą datę i miejsce jego urodzenia, w rubryce dotyczącej rodziców wpisano „nieznani” (§ 48).

Wykonanie decyzji sądu ds. nieletnich spowodowało umieszczenie dziecka w domu dziecka na kilkanaście miesięcy, następnie pojawiła się perspektywa na jego adopcję (§ 49–50), co też ostatecznie nastąpiło (§ 53). Wcześniej sąd ds. nieletnich uznał brak legitymacji procesowej skarżących na skutek wystawienia dziecku nowego aktu urodzenia, zgodnie z którym jego rodzice byli nieznani (§ 55). Postępowania karne przeciwko skarżącym nie zostały zakończone do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez ETPC (§ 56).

Zgodnie z włoskim prawem prywatnym międzynarodowym *„the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth”* (§ 57). Zgodnie z prezydenckim dekretem z 3 listopada 2000 r. poświadczenia narodzin dotyczące włoskich obywateli powinny być przekazywane za pośrednictwem konsulatów do właściwych ze względu na miejsce zamieszkania magistratów we Włoszech. Dokumenty sprzeczne z porządkiem publicznym nie mogą być rejestrowane, dotyczy to zwłaszcza rozstrzygnięć dotyczących statusu cywilnego i relacji rodzicielskich (§ 58). Włoska ustawa o prokreacji medycznie wspomaganey zabrania pod groźbą kary od 300 000–600 000 euro zapłodnienia heterologicznego, tj. z wykorzystaniem gamet dawców (§ 59), aczkolwiek zapis ten został uznany przez Sąd Konstytucyjny za sprzeczny z konstytucją w zakresie dotyczącym heteroseksualnych par dotkniętych wykazaną niepłodnością (§ 60). W tym samym wyroku – nr 162 z 9 kwietnia 2014 r. – **Sąd Konstytucyjny uznał za uzasadniony zakaz surogacji wprowadzony komentowaną ustawą** (§ 61). W kolejnym orzeczeniu – nr 96 z 5 czerwca 2015 r. Sąd Konstytucyjny stwierdził niekonstytucyjność zakazu heterologicznych technik prokreacji w odniesieniu do par, które były płodne, jednakże nieskorzystanie z dawstwa wiązałoby się z przeniesieniem poważnej choroby genetycznej na dziecko (§ 62)⁵⁷. Adopcja zagraniczna we Włoszech możliwa jest w odniesieniu do dziecka porzuconego, wymaga to jednak pośrednictwa upoważnionej organizacji oraz powołanej w tym celu Komisji ds. Adopcji Międzynarodowych. Karalne jest sprowadzanie dziecka z zagranicy w celu uzyskania korzyści majątkowej bądź powierzenia dziecka na stałe

⁵⁷ Szerzej na temat włoskich regulacji i praktyki: I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 342–349.

włoskim obywatelom. Skazanie za to przestępstwo wyłącza możliwość bycia rodzicem adopcyjnym (§ 67).

Włoski Sąd Kasacyjny wypowiadał się uprzednio w sprawach dotyczących surogacji. **W wyroku z 26 września 2014 r., nr 24001 stwierdzono zgodność z prawem umieszczenia w opiece dziecka, którego rodzice intencyjni nie byli z nim genetycznie związani, zaś ciężę nosiła matka zastępcza na Ukrainie.** Sąd podkreślił, że surogacja nie wywołała skutków filiacyjnych zgodnie z prawem ukraińskim, ze względu na brak więzi genetycznej z co najmniej jednym z zamawiających (§ 70). Rozstrzygając z sprawie karnej przeciwko rodzicom intencyjnym dziecka poczętego przez ukraińską surogatkę, w wyroku z 5 kwietnia 2016 r., nr 13525 Sąd Kasacyjny utrzymał w mocy uniewinniający wyrok, wskazując, że w tej sprawie zachodziła więź biologiczna między dzieckiem a jednym z rodziców, więc czyn nie stanowił przestępstwa w miejscu jego popełnienia, to samo dotyczyło wykorzystania ważnego według ukraińskich regulacji aktu urodzenia dziecka (§ 71). W innym orzeczeniu Sąd Kasacyjny uznał dopuszczalność adopcji dziecka poczętego przy użyciu technik wspomaganego rozrodu przez partnerkę kobiety, która dziecko urodziła. W uzasadnieniu stwierdzono, że byłoby to zgodne z dobrem dziecka i znajdowało oparcie w głębokich więziach emocjonalnych dziecka i kobiet (wyrok z 22 czerwca 2016 r., nr 12962/14) (§ 72).

Prawo rosyjskie w czasie narodzin dziecka skarżących stanowiło, że małżeństwo może zostać uznane rodzicami dziecka, jeśli matka zastępcza wyrazi na to zgodę po jego urodzeniu. Przepisy milczały wówczas na temat więzi genetycznej zamawiających i dziecka (§ 73). Dopiero w listopadzie 2011 r. wprowadzono w Rosji prawo definiujące surogację gestacyjną jako kontrakt, w myśl którego rodzice intencyjni muszą być dostawcami gamet (§ 74).

W dalszej części orzeczenia ETPC przywołuje zapisy Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (konwencji haskiej z 1961 r.), Konwencji o prawach dziecka z 1989 r., haskiej Konwencji o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego z 1993 r.⁵⁸. (§ 75–78). Trybunał nawiązuje również do komentowanych wyżej: projektu Rekomendacji

⁵⁸ Dz.U. z 2000 r. poz. 448.

„Sztuczna prokreacja ludzka” przyjętego przez CAHBI oraz „THE PARENTAGE/SURROGACY PROJECT” Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego (§ 79–80). Ze względu na powszechną znajomość tych aktów bądź ich skomentowanie we wcześniejszych częściach pracy, bezcelowe jest szersze przytaczanie ustaleń Trybunału w tym zakresie.

Sprawa trafiła przed Wielką Izbę z uwagi na odwołanie rządu, **orzeczenie I instancji z 27 stycznia 2015 r. było bowiem korzystne dla skarżących. Stwierdzono w nim m.in., że więź genetyczna nie jest konieczna dla istnienia życia rodzinnego w sytuacji, gdy nawiązane zostały więzi faktyczne (*de facto family life*)⁵⁹**. Podstawą stwierdzenia naruszenia art. 8 Konwencji było przekonanie ETPC, że władze niewłaściwie wyważyły interes publiczny i interes skarżących (§ 101). Już w I instancji skarga została jednak uznana za niedopuszczalną w zakresie, w którym skarżący chcieli występować jednocześnie w imieniu dziecka oraz w odniesieniu do kwestii odmowy uznania rosyjskiego aktu urodzenia. Wobec tego – oraz odrzucenia zarzutów formalnych rządu podniesionych ponownie przed Wielką Izbą (§ 94) – sprawa rozpatrywana przez Wielką Izbę dotyczyła w istocie kwestii separacji dziecka i skarżących (§ 98).

Przed Wielką Izbą skarżący argumentowali w oparciu o zgodność ich działania z obowiązującymi w spornym okresie regulacjami rosyjskimi, przywiązanie, jakie wytworzyło się między nimi a dzieckiem (§ 102–104). Podkreślali, że brak więzi biologicznej jest efektem cudzego zaniechania, oni pozostawali w dobrej wierze, decydując się na surogację gestacyjną (§ 107). W ocenie skarżących stwierdzenie, że dziecko pozostało w stanie porzucenia, było arbitralne (§ 108), nie można przypisać sądom włoskim działania w celu ochrony praw i wolności innych osób (§ 109). W ocenie skarżących stan faktyczny sprawy przemawiał za stwierdzeniem naruszenia art. 8 EKPC (§ 115).

W ocenie strony rządowej ETPC orzekając w I instancji, interpretował art. 8 EKPC zbyt szeroko, zaś przesłanki uzasadnionego ograniczenia praw z art. 8 EKPC zbyt restrykcyjnie (§ 116). Argumentacja rządu zakładała konieczność istnienia więzi biologicznej dla zaistnienia życia rodzinnego (§ 117). Wśród racji przedkładanych

⁵⁹ I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 351.

przez rząd znalazły się argumenty za sprzecznością uznania rosyjskiego aktu urodzenia z porządkiem publicznym, a nawet prawem rosyjskim (§ 118) oraz niespełnianiem przez skarżących w 2011 r. warunków do bycia rodzicami adopcyjnymi (§ 119). Zdaniem przedstawicieli Włoch „*Article 8 did not guarantee either the right to found a family or the right to adopt*” (§ 120). Zdaniem rządu na podkreślenie zasługiwała kwestia szerokiego marginesu uznania państwa na płaszczyźnie technik wspomaganego rozrodu (§ 122) oraz subsydiarna rola Trybunału (§ 128). Rząd wskazywał na to, że decyzję w sprawie podejmował sąd ds. nieletnich w składzie dwóch sędziów zawodowych i dwóch ławników będącymi profesjonalistami z dziedziny psychiatrii, psychologii czy pedagogiki (§ 126). Rząd przestrzegał przed turystyką prokreacyjną i komercyjnym wymiarem surogacji (§ 130). W oparciu o te racje rząd wnosił o oddalenie skargi.

Trybunał uznał za wykazany następujący stan faktyczny. Skarżący zdecydowali się na zawarcie odpłatnej w wysokości około 50 000 euro umowy o surogację. Gamety, którymi posłużono się, pochodziły od nieznanych dawców, zatem skarżący nie są biologicznie związani z dzieckiem. Władze rosyjskie wystawiły dziecku akt urodzenia stwierdzający, że skarżący są rodzicami (§ 131). **Europejski Trybunał Praw Człowieka zważył, że w przeciwieństwie do poprzednich spraw *Menesson i Labassee* w niniejszej nie wystąpiła więź genetyczna**, istotą problemu nie była też odmowa uznania aktu urodzenia bądź uznanie więzi rodzic–dziecko, lecz kwestia faktycznej separacji rodziców i dziecka na skutek działań Włoch (§ 132–133).

Wyrok Wielkiej Izby stwierdza, że art. 8 Konwencji – jak podnosił rząd – nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do adopcji. Dotyczy on poszanowania istniejącej rodziny. Trybunał przytoczył jednak wyroki w szeregu dotychczasowych spraw, w których uznawał, że więź genetyczna nie jest konieczna do powstania życia rodzinnego (§ 141, 148). Dla wsparcia koncepcji życia rodzinnego *de facto* skomentowane szerzej zostały orzeczenia w sprawach *Moretti and Benedetti p. Włochom* (skarga nr 16318/07), *Kopf i Liberda p Austrii* (skarga nr 1598/06) oraz *Wagner i J.M.W.L. p. Luxemburgowi* (§ 149–150), w których jednak więzi były akceptowane i uznane przez władze, co stanowi ważną różnicę względem przedmiotowej sprawy (§ 156). Co istotne ETPC uznał, że w formułowaniu wniosków dotyczących powstania życia rodzinnego znaczenie ma jakość więzi między

rodzicami a dzieckiem (§ 151), której to oceny zabrakło – moim zdaniem – w opisaney wyżej sprawie belgijskiej. Biorąc powyższe pod uwagę, **Trybunał uznał, że nie doszło do powstania życia rodzinnego de facto, ze względu na brak więzi genetycznej oraz krótki okres wspólnego życia skarżących i dziecka** (§ 157–158). W tej sytuacji do rozpatrzenia została kwestia naruszenia życia prywatnego, również podlegającego ochronie art. 8 EKPC.

Odnosząc się do zakresu przesłanki życia prywatnego, przywołano m.in. orzeczenia dotyczące dostępu skarżących do technik wspomaganego rozrodu: Dickson p. Zjednoczonemu Królestwu (skarga nr 44362/04) oraz S.H. i inni p. Austria (skarga nr 57813/00). Z wyroków tych wynikało, że domaganie się prawa do poczęcia dziecka z użyciem gamet dawców mieści się w zakresie art. 8 Konwencji (§ 160). Trybunał zważył, że *„there is no valid reason to understand the concept of «private life» as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship”* (§ 161). W uzasadnieniu komentowanego wyroku stwierdzono, że życie skarżących w dużej mierze koncentrowało się na działaniach mających na celu posiadanie dziecka. W przekonaniu strasburskich sędziów rozpatrywany stan faktyczny mieścił się w pojęciu życia prywatnego (§ 163–165). Wobec tego konieczne było rozpatrzenie przesłanek z art. 8 ust. 2 Konwencji.

Trybunał uznał, że spełniona została przesłanka legalności. Mimo zastrzeżeń skarżących w tym zakresie, zwłaszcza odnośnie do rozumienia „porzucenia dziecka” (§ 168), Trybunał uznał, że włoskie regulacje spełniły warunek jakościowy – były dostatecznie przewidywalne (§ 173). Jako uzasadniony cel działań władze włoskie – podobnie jak władze pozostałych rządów w sprawach dotyczących surogacji – podały zapobieganie nieładowi (*preventing disorder*) oraz ochronę praw i wolności innych osób, co spotkało się z aprobatą strasburskich sędziów (§ 177). Tradycyjnie najbardziej kontrowersyjną przesłanką okazała się ta odnosząca się do „konieczności ograniczeń w demokratycznym społeczeństwie”. Po raz kolejny **Trybunał poświęcił sporo uwagi doktrynie marginesu uznania, wskazując podstawy do jej stosowania, w tym znaczną rozbieżność europejskich regulacji w odniesieniu do problemu surogacji oraz etyczne uwikłanie tej kwestii** (§ 182–184, 194). W uzasadnieniu podniesiono, że Wielka Izba inaczej niż Trybunał w I instancji

rozpatruje sprawę z perspektywy prawa do prywatności, zaś celem włoskich regulacji i działań włoskich władz była ochrona dzieci, nie tylko konkretnego dziecka, którego dotyczyło postępowanie. Była to – z perspektywy strasburskich sędziów – wystarczająca podstawa działań władz (§ 196–199). Wielka Izba stwierdziła, że środki podjęte przez włoskie władze były proporcjonalne do celu, bowiem „*the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants’ interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law*” (§ 215). Skarga została oddalona stosunkiem głosów 11 do 6, złożono do niej aż trzy zdania zbieżne⁶⁰ oraz jedno *votum separatum*.

W swoim zdaniu odrębnym pięcioro sędziów argumentowało, że w sprawie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji i to na płaszczyźnie poszanowania życia rodzinnego, przyjmując tym samym za trafne ustalenia I instancji. Sędziowie ci wyrazili przekonanie, że Konwencja nie wprowadza rozróżnienia legalnej i nielegalnej (*legitimate* i *illegitimate*) rodziny, więc pojęcie „życia rodzinnego” powinno być interpretowane szeroko. Więż biologiczna nie była w dotychczasowym orzecznictwie ETPC warunkiem zaistnienia rodziny – wynikało to nawet z przytoczonych w uzasadnieniu orzeczenia Wielkiej Izby wyroków (§ 3 zdania odrębnego). Dla składających zdanie odrębne nie był również przekonujący argument o zbyt krótkim okresie wspólnego życia skarżących i dziecka, bowiem pojawiły się między nimi rodzicielskie relacje, które zostały przerwane interwencją władz (§ 4 zdania odrębnego). Konsekwencją uznania, że sprawa powinna być rozpatrywana z ujęcia „życia rodzinnego”, jest stanowisko mniejszości sędziów w zakresie naruszenia. Podważają oni wszystkie trzy przesłanki dopuszczalności ograniczenia art. 8 EKPC – legalność, celowość i konieczność (§ 8–10 zdania odrębnego). Niezrozumiałe dla autorów zdania odrębnego było zwłaszcza uznanie, że dziecko będące pod opieką dwóch, troszczących się o nie osób znajduje się w stanie porzucenia.

⁶⁰ Warto odnotować, że w swojej opinii zbieżnej, sędziowie V.A. De Gaetano, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtycze i D. Dedov zanegowali w ogóle spójność gestacyjnej surogacji z ludzką godnością (§ 7).

Orzeczenie spotkało się z pozytywnym przyjęciem ze strony krytyków dopuszczalności surogacji. Wskazują oni na główny wniosek z niego płynący, tj. przewagę pewnych ogólnych, uzasadnionych interesów nad subiektywną wolą posiadania dziecka. Upatrują też w nim początku prawdziwej dyskusji na temat moralnej dopuszczalności surogacji⁶¹. Taka recepcja orzeczenia jest być może nieco zbyt optymistyczna ze strony jej autorów, nie oznacza to jednak, że wyrok nie zasługuje na aprobatę. Pozytywnym aspektem wyroku jest wyraźne opowiedzenie się za koniecznością istnienia więzi biologicznej między rodzicami intencyjnymi a dzieckiem, przynajmniej w sytuacji, gdy ze względu na krótki okres wspólnego życia trudno mówić o życiu rodzinnym *de facto*, bo chyba tylko w ten sposób trzeba odczytywać stanowisko Strasburga. Istnienie więzi biologicznej z jednej strony obiektywizuje kwestie filiacyjne, z drugiej – chociaż częściowo – zapobiega pokusom działań eugenicznych.

Z pewnością jest to krok w dobrą stronę, pytanie tylko, czy – ze względu na stanowienie istotnego wyłomu od dotychczasowej linii orzeczniczej odnośnie do życia rodzinnego *de facto* – będzie początkiem nowego nurtu orzeczniczego (jeśli tak to czy tylko w zakresie macierzyństwa zastępczego), czy też wyłącznie jednorazowym ekscesem Trybunału? Na rzecz interpretacji głoszącej, że wyrok w sprawie *Paradiso i Campanelli* jest zwiastunem nowego, bardziej konserwatywnego podejścia, przemawia okoliczność, że było to orzeczenie Wielkiej Izby, poza tym ustawodawstwa krajowe, nawet w państwach dopuszczających surogację, nawiązują do kryterium genetycznego. Symptomatyczne jest również to, że począwszy od wyroku w sprawie *Mennesson*, Trybunał preferuje rozstrzygać sprawy dotyczące macierzyństwa zastępczego w oparciu o przesłankę „życia prywatnego”, a nie „życia rodzinnego”. Za przeciwną interpretacją, traktującą komentowane orzeczenie jako jednorazowy epizod, który nie doczeka się kontynuacji, przemawia z kolei to, że znaczna grupa sędziów nie zgodziła się z nim, zaś ponad połowa tworzących większość złożyła opinie odrębne. Poza tym Trybunał wziął i będzie brał pod uwagę

⁶¹ G. Puppinck, C. de La Hougue, *Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017*, s. 6 (angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w „*Revue Lamy de Droit Civil*” 2017, nr 146 dostępne na stronie: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2979255 (dostęp 16 sierpnia 2017 r.).

fakt, że na forach organizacji ponadnarodowych nie ustają wysiłki w celu uregulowania problemu na szczeblu ponadkrajowym⁶².

⁶² W październiku 2016 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy odrzuciło w głosowaniu projekt dopuszczającej surogację rekomendacji „Children’s rights related to surrogacy (Doc. 14140)” autorstwa P. De Sutter: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID=> (dostęp 19 sierpnia 2017 r.).

V. Konkluzje

Na podstawie art. 46 ust. 1 Konwencji wyroki Trybunału są wiążące jedynie dla stron postępowania, *de iure* nie mają więc skutków *erga omnes* wśród państw-stron Konwencji. Nie oznacza to, że wyroki nie oddziałują i nie powinny być brane pod uwagę przez państwa niebędące stroną konkretnej sprawy. Wpływ ten wynika z autorytetu Trybunału i samych wyroków (ten może być różny np. w zależności od tego, jaką większością wyrok został przyjęty, czy zapadł w I instancji czy przed Wielką Izbą)⁶³. Jednocześnie, stałe ścieranie się w orzecznictwie ETPC wykładni ewolucyjnej i doktryny marginesu uznania, często – zwłaszcza w sprawach kontrowersyjnych etycznie – utrudnia wyprowadzenie z wyroków jakiegokolwiek stałego standardu. Problematyka macierzyństwa zastępczego, na obecnym etapie rozwoju orzecznictwa ETPC w tej materii, znajduje się – w mojej ocenie – na właśnie takim „przedstandardowym” etapie. Wobec tego ustawodawca krajowy może liczyć na przyznanie mu szerokiego marginesu uznania w razie kwestionowania pochodzących od niego przepisów przed Trybunałem. Próby wyprowadzenia ze skromnego materiału orzeczniczego dotyczącego surogacji jakiś trendów mogą sprowadzać się do następujących spostrzeżeń. Po pierwsze bliższe sędziom ETPC jest odwoływanie się do prawa do prywatności niż prawa do życia rodzinnego. Po drugie Trybunał kładzie raczej nacisk na ochronę dzieci pochodzących z surogacji niż rodziców intencyjnych, którzy w dużej mierze byli świadomi ewentualnych trudności prawnych związanych z macierzyństwem zastępczym. Po trzecie – co wynika oczywiście z kręgu osób będących stronami postępowań – Trybunał nie odnosi się do kwestii ewentualnych negatywnych skutków umów o surogację dla samych surogatek, co spotyka się z krytyką w nauce⁶⁴. Odwołania do tego problemu mają miejsce jedynie w przypadku oceny „uzasadnionego celu” ograniczeń art. 8 Konwencji, jakim jest ochrona praw i wolności innych osób (w tym dzieci i surogatek). Po czwarte ETPC uznaje za prawnie relewantny genetyczny związek dziecka z rodzicami intencyjnymi.

⁶³ Por. M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes* [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.

⁶⁴ N. Bala, *The Hidden...*, s. 12; I. Kriari, A. Valongo, *International...*, s. 353.

Komentowane w pracy judykaty uświadamiają złożoność i wieloaspektowość problemu macierzyństwa zastępczego. Surogacja może mieć skutki na płaszczyźnie prawa cywilnego, rodzinnego, karnego, prywatnego międzynarodowego. Wyroki Trybunału pokazują, w jaki sposób wiąże się również z prawami człowieka – prawem do poszanowania życia rodzinnego czy prawem do prywatności. Podkreślić trzeba, że strasburscy sędziowie nie zostali do tej pory skonfrontowani z prawdziwie dramatycznymi okolicznościami, które bywa, że powstają na skutek umów o surogację. Mam tu na myśli sytuacje, w których rodzice intencyjni odmawiają przejścia odpowiedzialności za dziecko, czy to na skutek rozstania, jak w sprawach Baby Manji⁶⁵ i małżeństwa Buzzanca⁶⁶, czy tego, że dziecko nie spełnia ich oczekiwań, np. jest dotknięte wadą genetyczną, jak w sprawach Baby Gammy⁶⁷ i Baby Doe⁶⁸.

Status macierzyństwa zastępczego w optyce ETPC jest sprawą otwartą i moim zdaniem taką pozostanie aż do czasu, gdy zdecydowana większość ustawodawstw krajowych wypowie się w tym przedmiocie. Naiwne jest oczekiwanie, że Strasburg wcześniej opowie się za konkretnym stanowiskiem etycznym względem tego problemu – opartym na godności i oznaczającym dezaprobatę dla tej praktyki, bądź „realistycznym”, opartym na autonomii jednostki i prowadzącym do regulacji, a nie zakazu. Trybunał będzie oceniał sprawy *ad casum*, rozstrzygał kwestie poboczne względem węzłowego problemu i jedynie z tych rozstrzygnięć dotyczących tła będzie można wnioskować, jakie jest jego aktualne stanowisko względem kwestii pierwszoplanowej. Podobną strategią ETPC posługiwał się w przypadku innych drażliwych moralnie kwestii – aborcji⁶⁹ czy zapłodnienia *in vitro*.

So called surrogate motherhood (surogacja, Leihmutterchaft) in the current case-law of the European Court of Human Rights

⁶⁵ B.M. Nichol, *A Child...*, s. 916.

⁶⁶ M. Soniewicka, *Prokreacja...*, s. 108.

⁶⁷ V.R. Guzman, *A Comparison...*, s. 620.

⁶⁸ M. Soniewicka, *Prokreacja...*, s. 109.

⁶⁹ Por. G. Puppinc, *Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: an Instrument to Ensure Broader Access to Abortion*, „Zeszyty Prawnicze” 2013, nr 1.

Surrogate motherhood, known also as surrogacy, is a kind of civil law contract according to which one party – surrogate mother is obliged to bear a pregnancy and after giving a birth transfer all rights concerning a child to commissioning party. There are two basic types of surrogacy, of which gestational surrogacy has recently become more popular. By concluding gestational surrogacy agreement commissioning party obliges itself to provide an embryo no matter of its source, while surrogate mother is bonded only to bear pregnancy. The second type of surrogacy agreement, often called traditional, encompasses also surrogate's obligation to provide an egg, due to this fact, as the egg donor, surrogate mother becomes also a genetic mother. Surrogacy is connected to a variety of serious legal problems among others: deciding whether this kind of contract should be legal or banned and resolving an issue of a legal status of a new born child, by answering the question who is its legal parent. The paper comments a number of recent judgements given by European Court of Human Rights in the field of surrogacy. All the cases concerned question of international surrogacy, so the particular problems that were adjudicated regard the problem of recognising a foreign act of birth (*Menneson v. France*), giving permission to a child arrival to the intended parents country (*D. and others v. Belgium*) or factual separation of the child and the intended parents (*Paradiso and Campanelli v. Italy*). Applicants in the aforementioned cases claimed that states' actions regarding surrogacy were opposite to the article 8 of European Convention on Human Rights, especially the right to respect private and family life. European Court of Human Rights has not been settling a dispute in which intended parents refused to take care of the child, what could be a real test to Strasbourg's view on the commented problem.

Keywords: surrogacy, gestational surrogacy, surrogate motherhood, intended parents, European Court of Human Rights, family life, private life