

**INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI**

**Ewa Przyśliwska-Urbanek**

***Macierzyństwo zastępcze z perspektywy prawa Austrii***

**Warszawa 2017**

## **Spis treści**

1. Macierzyństwo zastępcze – regulacja prawna .....	1
2. Status dzieci urodzonych w Austrii .....	4
3. Uznawanie obcych orzeczeń.....	5
4. Podsumowanie .....	9
Bibliografia:.....	10

## 1. Macierzyństwo zastępcze – regulacja prawna

W dniu 24 lutego 2015 r. w Austrii weszła w życie znowelizowana ustawa o medycznie wspomaganej prokreacji<sup>1</sup>. Nowelizacja ta wynikała z konieczności dostosowania dotychczasowego brzmienia aktu do orzecznictwa austriackiego Trybunału Konstytucyjnego (*Verfassungsgerichtshof*), w szczególności do treści orzeczenia nr G16/2013 z dnia 10 grudnia 2013 r., w którym Trybunał uznał, że obowiązujący na gruncie ustawy z 1992 r.<sup>2</sup> zakaz przeprowadzania zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji w stosunku do kobiet żyjących w jednopłciowych związkach partnerskich jest niezgodny z austriacką konstytucją, a także z art. 8 oraz art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>3</sup> (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego i zakaz dyskryminacji – tu: na gruncie orientacji seksualnej)<sup>4</sup>.

Ponadto w nowej ustawie uwzględniono wytyczne i rekomendacje wynikające z wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie *S.H. i inni przeciwko Austrii*<sup>5</sup>. Przedmiotem skargi dwóch austriackich małżeństw był wyrażony w ustawie z 1992 r. o medycznie wspomaganej prokreacji zakaz donacji komórek jajowych oraz dawstwa nasienia przez osoby trzecie. Zdaniem skarżących godził on bezpośrednio w ich prawo do poszanowania życia rodzinnego, gdyż nie byli oni zdolni do poczęcia i urodzenia dziecka bez specjalistycznej pomocy medycznej. Trybunał uznał wprawdzie, że zakaz dokonywania tego typu zabiegów wynikający z ustawy nie stanowi naruszenia art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jednak zwrócił uwagę na wyraźną tendencję występującą w tym zakresie w systemach prawnych innych państw europejskich, które coraz częściej dopuszczają możliwość dawstwa nasienia i komórek jajowych (pkt 96 uzasadnienia). Podkreślił również, że dynamiczny rozwój medycyny na polu medycznie wspomaganej prokreacji musi

---

<sup>1</sup> Fortpflanzungsmedizinrechts – Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG), BGBl 35/2015.

<sup>2</sup> Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) BGBl. 1992/275.

<sup>3</sup> Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

<sup>4</sup> Orzeczenie Verfassungsgerichtshof z dnia 10 grudnia 2013 r., G16/2013 ua, VfSlg 19824.

<sup>5</sup> Orzeczenie Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 3 listopada 2011 r., *S.H. i inni przeciwko Austrii*, skarga nr 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300.

być poddawany stałemu przeglądowi na gruncie działalności ustawodawczej poszczególnych państw (pkt 118 uzasadnienia).

Nowelizacja z 2015 r. znacznie rozszerzyła zakres zabiegów medycznych dostępnych w ramach procedur medycznie wspomaganej prokreacji oraz przesłanki ich wykonywania<sup>6</sup>. W świetle nowej ustawy dozwolone jest zapłodnienie *in vitro* z użyciem nasienia anonimowego dawcy, a także donacja komórek jajowych, transfer embrionów i diagnostyka preimplantacyjna (§ 2 i 2a FMedG). Powyższe zabiegi mogą być przeprowadzane jednak wyłącznie wtedy, gdy własne gamety małżonków lub partnerów nie mogą być wykorzystane z uwagi na ich bezpłodność bądź, gdy dotyczy to jedнопłciowych związków kobiet (§ 3 ust. 2 FMedG)<sup>7</sup>. Ustawa przewiduje też zakaz komercjalizacji i pośredniczenia w zawieraniu umów dotyczących dawstwa nasienia i komórek jajowych<sup>8</sup>.

Na skutek orzeczenia austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2013 r., krąg podmiotów uprawnionych do korzystania z zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji został rozszerzony o kobiety żyjące w jedнопłciowych związkach, niezależnie od tego, czy są to związki partnerskie w rozumieniu ustawy o zarejestrowanych związkach partnerskich<sup>9</sup> czy tylko związki kohabitacyjne<sup>10</sup>. Zabiegi takie nie mogą być natomiast przeprowadzane w przypadku samotnych kobiet oraz jedнопłciowych związków mężczyzn. Jak podkreślono w opinii dotyczącej projektu ustawy z 2015 r., sporządzonej przez Komisję ds. Bioetyki przy Federalnym Urzędzie Kanclerskim (*Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*), zezwolenie

---

<sup>6</sup> M. Vidmar, *Das Zusammenspiel von Fortpflanzungsmedizin- und Abstammungsrecht im internationalen Verhältnis*, Universität Wien, Studienblatt A 783 101, 2015, s. 2.

<sup>7</sup> § 3 ust. 2 FMedG: *Der Samen einer dritten Person darf ausnahmsweise dann verwendet werden, wenn der des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist oder eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in einer eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft von zwei Frauen vorgenommen werden soll*; por. też: M. Hönisch, *Neuerungen im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)*, Referat z dnia 28 kwietnia 2015 r., Österreichisches Studienförderungswerk PRO SCIENTIA, s. 2, [http://www.proscientia.at/file\\_download/168/Mirjam+H%C3%B6nisch\\_Neuerungen+im+Fortpflanzungsmedizingesetz\\_April+2015.pdf](http://www.proscientia.at/file_download/168/Mirjam+H%C3%B6nisch_Neuerungen+im+Fortpflanzungsmedizingesetz_April+2015.pdf) (dostęp: dnia 13 marca 2018 r.).

<sup>8</sup> § 16 FMedG. § 16 ust. 1 ustawy precyzuje, że nie mogą być one przedmiotem odpłatnej czynności prawnej (*Die Überlassung von Samen oder Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein*).

<sup>9</sup> Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG), BGBl. I 2009/135.

<sup>10</sup> E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, „Gynäkologische Endokrinologie”, vol. 14, nr 4, 2016, s. 271.

mężczyznom żyjących w takich związkach na korzystanie z metod medycznie wspomaganej prokreacji oznaczałoby w praktyce legalizację macierzyństwa zastępczego<sup>11</sup>.

Ustawa nie zawiera wprawdzie definicji macierzyństwa zastępczego ani matki zastępczej; nie jest w niej również wprost sformułowany zakaz przeprowadzania służących mu zabiegów, jednak wskazuje się, że zakaz taki wynika z wyrażonej w § 2 ust. 2 FMedG zasady subsydiarności (zasady *ultima ratio*). Zgodnie z tym przepisem, zabiegi medycznie wspomaganej prokreacji mogą być przeprowadzane wyłącznie wtedy, gdy wszystkie inne możliwe terapie mające na celu powstanie ciąży okazały się nieskuteczne lub gdy stosunek płciowy prowadzący do powstania ciąży jest dla małżonka lub partnera niepożądany ze względu na poważne ryzyko przeniesienia choroby zakaźnej, a także gdy dotyczy to związku pary kobiet lub jest konieczne dla diagnostyki preimplantacyjnej<sup>12</sup>. W przypadku zabiegów służących macierzyństwu zastępczemu, żadna z powyższych przesłanek nie jest spełniona, bowiem kobieta mająca zostać matką zastępczą jest co do zasady zdolna do poczęcia dziecka i donoszenia ciąży, a zatem w świetle wysłowionej w ustawie zasady subsydiarności przeprowadzanie w jej przypadku zabiegu sztucznego zapłodnienia bądź transferu do jej macicy embrionu jest zabronione<sup>13</sup>. W opinii z 2014 r. Komisja ds. Bioetyki podkreśliła, że uzasadnieniem dla utrzymania zakazu macierzyństwa zastępczego również w znowelizowanej ustawie jest m.in. potrzeba ochrony kobiet, których przymusowe położenie finansowe mogłoby być

---

<sup>11</sup> Opinia Komisji z dnia 28 listopada 2014 r., *Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und das Gentechnikgesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015)*, s. 3, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=57878> (dostęp: dnia 13 marca 2018 r.).

<sup>12</sup> § 2 ust. 2 FMedG: *Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist ferner nur zulässig, wenn:*

1) *nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und den Ehegatten oder Lebensgefährten zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos sind oder*

2) *ein Geschlechtsverkehr zur Herbeiführung einer Schwangerschaft den Ehegatten oder Lebensgefährten wegen der ernsten Gefahr der Übertragung einer schweren Infektionskrankheit auf Dauer nicht zumutbar ist oder*

3) *eine Schwangerschaft bei einer von zwei miteinander in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebenden Frauen herbeigeführt werden soll oder*

4) *sie zum Zweck einer nach § 2a zulässigen Präimplantationsdiagnostik vorgenommen werden muss.*

<sup>13</sup> E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz...*, s. 274.

wykorzystywane lub na których mogłaby być wywierana presja psychiczna dotycząca oddania dziecka osobom trzecim po jego urodzeniu<sup>14</sup>.

## 2. Status dzieci urodzonych w Austrii

Zgodnie z § 143 austriackiego kodeksu cywilnego (ABGB)<sup>15</sup>, matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła. Z uwagi na to, że znowelizowana ustawa o medycznie wspomaganej prokreacji przewiduje możliwość donacji komórek jajowych, podczas prac nad jej projektem wskazywano na potrzebę wprowadzenia do austriackiego porządku prawnego instytucji zaprzeczenia macierzyństwa<sup>16</sup>. Ustawodawca nie przychylił się jednak do tych postulatów. Kobieta, która urodziła dziecko, jest uznawana za jego matkę niezależnie od tego, czy jest ona dawczynią materiału genetycznego czy nie<sup>17</sup>.

Ojcem dziecka zgodnie z austriackim kodeksem cywilnym jest mężczyzna będący mężem matki dziecka (w myśl zasady *pater est quem nuptiae demonstrant*, wyrażonej w § 144 ust. 1 pkt 1 ABGB) lub mężczyzna, który uznał ojcostwo (§ 144 ust. 1 pkt 2 ABGB). Ojcostwo może zostać ustalone również w odpowiednim postępowaniu na podstawie orzeczenia sądu (§ 144 ust. 1 pkt 3 ABGB).

Ze względu na umożliwienie kobietom żyjącym w związkach jedнопłciowych korzystania z zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji, dostosowane musiały zostać do tego stanu prawnego odpowiednie przepisy dotyczące ich rodzicielstwa (tzw. *Co-Mutterschaft*)<sup>18</sup>. Przepis § 144 ust. 2 ABGB stanowi, że partnerka matki dziecka jest rodzicem dziecka (*Elternteil*) jeżeli: 1) żyje w zarejestrowanym związku partnerskim z matką w momencie urodzenia dziecka lub zmarła jako zarejestrowana

---

<sup>14</sup> Opinia Komisji z dnia 28 listopada 2014 r., s. 3.

<sup>15</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), BGBl. I Nr. 59/2017.

<sup>16</sup> E. Bernat, *Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung*, „Recht & Medizin” 17, 1989, s. 229; za: E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, [w:] D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit, *Kinderwunschmedizin – Reformbedarf im Abstammungsrecht?*, „Göttinger Juristische Schriften” t. 17, Universitätsverlag Göttingen 2015, s. 73.

<sup>17</sup> M. Vidmar, *Das Zusammenspiel...*, s. 3.

<sup>18</sup> E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizinrecht...*, s. 271.

partnerka matki dziecka nie wcześniej niż na 300 dni przed urodzeniem dziecka;  
2) jeżeli uznała rodzicielstwo oraz 3) jeśli jej rodzicielstwo zostało ustalone w odpowiednim postępowaniu sądowym. Zgodnie z § 144 ust. 3 ABGB stosuje się wówczas w stosunku do jej relacji z dzieckiem odpowiednio przepisy dotyczące ojca dziecka i ojcostwa<sup>19</sup>.

Ponadto, w przypadku kobiet żyjących w związkach kohabitacyjnych (a zatem nie w zarejestrowanych związkach partnerskich), aby partnerka przyszłej matki dziecka mogła stać się rodzicem dziecka, jeszcze przed wykonaniem odpowiedniej procedury medycznej prowadzącej do powstania ciąży wymagane jest udzielenie przez nią na to zgody w formie aktu notarialnego<sup>20</sup>.

### 3. Uznawanie obcych orzeczeń

W literaturze podkreśla się, że wynikający z ustawy o medycznie wspomaganiej prokreacji zakaz wykonywania zabiegów medycznych służących macierzyństwu zastępczemu dotyczy wyłącznie zabiegów przeprowadzanych na terenie Austrii<sup>21</sup>.

Austriacki Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie zajmował się już kwestią macierzyństwa zastępczego przeprowadzonego za granicą, jednak jego dorobek orzeczniczy w tym zakresie nie jest tak bogaty jak np. w przypadku niemieckiego *Bundesgerichtshof*. Do najszerzej komentowanych w piśmiennictwie należą

---

<sup>19</sup> § 144 ust. 2 ABGB: *Ist an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden, so ist die Frau Elternteil,*

1) *die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder als eingetragene Partnerin der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder*

2) *die die Elternschaft anerkannt hat oder*

3) *deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist.*

§ 144 ust. 3 ABGB: *Auf diese Frau sind die auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen in diesem Gesetz und anderen bundesgesetzlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden. Gelten im Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind und zwischen den Eltern besondere Rechte und Pflichten, so kommen diese gleichermaßen zur Anwendung.*

<sup>20</sup> Zob. § 8 ust. 1 FMedG w zw. z § 144 ust. 2 i 3 ABGB; a także M. Vidmar, *Das Zusammenspiel...*, s. 271. Ustawa o medycznie wspomaganiej prokreacji przewiduje również wymóg udzielenia zgody w formie aktu notarialnego przez małżonków lub partnerów poddających się procedurze, jeśli do zapłodnienia wykorzystywane jest nasienie lub komórka jajowa pochodzące od osoby trzeciej (§ 8 ust. 1 FMedG).

<sup>21</sup> E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz...*, s. 274.

orzeczenia z dnia 14 grudnia 2011 r. (B 13/11)<sup>22</sup> oraz z dnia 11 października 2012 r. (B 99/12)<sup>23</sup>.

Pierwszy z wspomnianych wyroków dotyczył małżeństwa – obywatela Włoch (V.) oraz obywatelki Austrii (M.), którzy dwukrotnie – w 2006 r., a następnie w 2009 r. – zawarli z tą samą kobietą, pochodzącą ze Stanów Zjednoczonych, umowę o macierzyństwo zastępcze. Zarówno V. jak i M. byli dawcami materiału genetycznego. Dzieci urodziły się na terenie Stanów Zjednoczonych i zgodnie z obowiązującą w stanie Georgia zasadą *ius soli*, otrzymały amerykańskie obywatelstwo. Po urodzeniu każdego z dzieci zostały wydane orzeczenia (*Orders of declaratory Judgement*) – w 2006 r. przez *Superior Court of Cobb County* i w 2009 r. przez *Superior Court of Fulton County* – zgodnie z którymi za genetycznego i prawnego ojca dzieci (*genetic and legal father*) został uznany V., a za matkę genetyczną i prawną (*genetic and legal mother*) – M. Po przyjeździe do Austrii, dzieci otrzymały obywatelstwo austriackie, na podstawie danych ujawnionych w amerykańskim akcie urodzenia. Dopiero jakiś czas później, w związku ze złożeniem przez małżonków wniosku o przyznanie świadczeń opiekuńczych, austriackie organy administracyjne dowiedziały się, że dzieci urodzone zostały przez matkę zastępczą i wyniku przeprowadzonego postępowania stwierdziły, iż w świetle austriackiego prawa, tj. § 143 ABGB (wówczas § 137b ABGB), matka docelowa nie jest matką dzieci, a w konsekwencji nie mogły one nabyć obywatelstwa austriackiego.

Trybunał nie przychylił się do argumentacji organów administracji i wskazał, że mimo wynikającego z austriackiej ustawy o medycznie wspomaganey prokreacji zakazu wykonywania zabiegów służących macierzyństwu zastępczemu, skutki uznania amerykańskiego orzeczenia w zakresie ustalenia rodzicielstwa nie są sprzeczne z austriackim porządkiem publicznym. Sam fakt bezwzględnego obowiązywania danej normy w systemie prawnym nie czyni jej bowiem automatycznie częścią porządku publicznego<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Orzeczenie Verfassungsgerichtshof z dnia 14 grudnia 2011 r., B 13/11, VfSlg 19596.

<sup>23</sup> Orzeczenie Verfassungsgerichtshof z dnia 11 października 2012 r., B 99/12, VfSlg 19692.

<sup>24</sup> Zob. pkt 4.1. uzasadnienia orzeczenia Verfassungsgerichtshof z dnia 14 grudnia 2011 r., B 13/11.



W orzeczeniu z dnia 11 października 2012 r. Trybunał zajmował się z kolei sprawą bliźniąt, urodzonych w 2010 r. w wyniku zawarcia umowy o surogację między austriackim małżeństwem a matką zastępczą pochodzącą z Ukrainy. W aktach urodzenia dzieci jako ich rodzice zostali wpisani rodzice docelowi. W odróżnieniu jednak od poprzedniego stanu faktycznego, dokumenty urodzenia nie zostały sporządzone na mocy orzeczenia sądu o charakterze konstytutywnym. Zgodnie z przepisami ukraińskiego kodeksu cywilnego, w przypadku urodzenia dziecka przez matkę zastępczą, rodzicami dziecka są rodzice docelowi i jest to wystarczająca podstawa do sporządzenia aktu urodzenia przez urzędnika stanu cywilnego<sup>25</sup>. Z uwagi na podejrzenie, że dzieci zostały urodzone w wyniku zawarcia umowy o macierzyństwo zastępcze, urzędnicy ambasady austriackiej, a następnie organy administracyjne na terenie Austrii, zażądały przedstawienia przez rodziców docelowych dowodów na to, że urodziła je kobieta wpisana w akcie urodzenia jako ich matka. Kwestia miała znaczenie dla ustalenia obywatelstwa bliźniąt, bowiem obowiązująca wówczas ustawa o obywatelstwie austriackim (*Staatsbürgerschaftsgesetz*) przewidywała odmienne sposoby jego nabycia w przypadku dzieci pochodzących z małżeństwa oraz dzieci pozamałżeńskich. Dzieci pozamałżeńskie mogły na mocy § 7 ust. 3 ustawy nabyć obywatelstwo wtedy, gdy ich matką była obywatelka Austrii<sup>26</sup>. Przesłanka ta nie zostałaby spełniona w przypadku bliźniąt, jeżeli za ich matkę zostałaby uznana kobieta, która je urodziła.

Podobnie jak w pierwszym z omawianych orzeczeń, Trybunał odwołał się do znaczenia pojęcia „porządku publicznego”, wskazując, że obejmuje ono podstawowe wartości prawa austriackiego, wymagające szczególnej ochrony, w szczególności zasady, na których opiera się austriacki system prawny<sup>27</sup>. Podkreślił również, że do porządku publicznego należy przede wszystkim zasada dobra dziecka, do której rażącego naruszenia doszłoby w tym przypadku w razie odmowy uznania zagranicznego aktu urodzenia lub zastosowania ukraińskiego prawa. Uznanie za matkę dzieci matki zastępczej, która, w przeciwieństwie do matki

---

<sup>25</sup> E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht...*, s. 95.

<sup>26</sup> § 7 ust. 3 ustawy o obywatelstwie austriackim (*Staatsbürgerschaftsgesetz* 1985 – StbG), BGBl. 311/1985. Rozróżnienie na dzieci małżeńskie i pozamałżeńskie zostało usunięte z ustawy w 2013 r. po stwierdzeniu jego niezgodności z konstytucją przez *Verfassungsgerichtshof* (BGBl. I Nr. 29/2013).

<sup>27</sup> Zob. pkt 5 uzasadnienia orzeczenia *Verfassungsgerichtshof* z dnia 11 października 2012 r., B 99/12.

docelowej, nie wyrażała woli sprawowania nad nimi opieki ani nie nawiązała z nimi więzi rodzinnych, skutkowałoby faktycznym pozbawieniem dzieci jednego z rodziców. Ponadto prowadziłyby to do sytuacji, w której dzieci nie mogłyby uzyskać obywatelstwa żadnego z państw, ponieważ, jak wskazano wyżej, w świetle prawa austriackiego obywatelstwo austriackie mogły nabyć po matce (za którą uznana zostałaby matka zastępcza – Ukrainka), natomiast zgodnie z prawem ukraińskim ich rodzicami byli obywatele Austrii, w związku z czym nie było podstaw do tego, by otrzymały obywatelstwo ukraińskie<sup>28</sup>.

Z powyższych wyroków Trybunału wypływają dwa podstawowe wnioski: po pierwsze – że uznanie w Austrii skutków zawartej za granicą umowy o macierzyństwo zastępcze nie narusza krajowego porządku publicznego; i po drugie – że uznaniu podlegać mogą nie tylko orzeczenia sądów o charakterze konstytutywnym, ale również ukraińskie akty stanu cywilnego. W literaturze zasadniczo przyjmuje się pierwszą z tych konkluzji bez większych zastrzeżeń, jako że odpowiada ona tendencjom występującym w orzecznictwie niemieckiego *Bundesgerichtshof* oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Druga z nich była jednak raczej krytykowana z uwagi na podnoszony w piśmiennictwie brak uzasadnienia dla rozpatrywania tego rodzaju spraw na gruncie przepisów o uznawaniu orzeczeń<sup>29</sup>.

W systemach prawnych, w których macierzyństwo zastępcze jest dozwolone, wyróżnić można bowiem trzy podstawowe sposoby uregulowania kwestii rodzicielstwa:

1. uznanie rodziców docelowych za rodziców dziecka następuje na mocy orzeczenia sądu o charakterze konstytutywnym;
2. uznanie rodziców docelowych za rodziców dziecka następuje na mocy ustawy; orzeczenie sądu nie jest konieczne, gdyż po zawarciu umowy o surogację rodzice docelowi stają się rodzicami dziecka z mocy prawa;

---

<sup>28</sup> Zob. pkt 6 uzasadnienia orzeczenia Verfassungsgerichtshof z dnia 11 października 2012 r., B 99/12.

<sup>29</sup> E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht...*, s. 96.

3. do uznania rodziców docelowych za rodziców dziecka wymagane jest potwierdzenie odpowiedniego organu lub sądu o charakterze deklaratoryjnym<sup>30</sup>.

Większość piśmiennictwa uznaje, że orzeczenia zagranicznych sądów o charakterze konstytucyjnym powinny być oceniane przez pryzmat ogólnych reguł dotyczących uznawania obcych orzeczeń. W dwóch pozostałych przypadkach, zdaniem M. Vidmara, skutki tego rodzaju umów należałoby rozpatrywać natomiast z punktu widzenia reguł kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego<sup>31</sup>.

#### 4. Podsumowanie

Najistotniejsze zmiany wprowadzone w znowelizowanej w 2015 r. ustawie o medycznie wspomaganej prokreacji dotyczą rozszerzenia zakresu dozwolonych zabiegów o możliwość przeprowadzania inseminacji heterologicznej, donacji komórek jajowych, transferu embrionów i diagnostyki preimplantacyjnej. W świetle ustawy nie jest dozwolone przeprowadzanie zabiegów służących macierzyństwu zastępczemu, choć – w przeciwieństwie choćby do ustawy szwajcarskiej czy niemieckiej – taki zakaz nie został w niej wprost sformułowany. W literaturze podnoszone są jednak głosy, że ustawodawca ignoruje zjawisko tzw. turystyki prokreacyjnej, tj. zawierania umów dotyczących macierzyństwa zastępczego przez obywateli Austrii w państwach, gdzie jest ono dozwolone, nie regulując tej materii w ustawie i pozostawiając ją dyskrecjonalności właściwych organów<sup>32</sup>.

Z uwagi na to, że zgodnie z § 143 ABGB matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła, przewiduje się, iż w najbliższych latach austriackie sądy będą musiały zmierzyć się z wykładnią tego przepisu także w świetle dozwolonego przez ustawę rozdzielenia macierzyństwa genetycznego od biologicznego<sup>33</sup>. Co do zasady jednak piśmiennictwo odwołuje się w tym zakresie do wniosków wypracowanych na gruncie

---

<sup>30</sup> M. Vidmar, *Das Zusammenspiel...*, s. 4; tak również E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht...*, s. 98.

<sup>31</sup> M. Vidmar, *Das Zusammenspiel...*, s. 5–6.

<sup>32</sup> M. Vidmar, *Das Zusammenspiel...*, s. 2.

<sup>33</sup> E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht...*, s. 74.

orzecznictwa niemieckiego *Bundesgerichtshof*<sup>34</sup>, wykazując raczej liberalne podejście do kwestii uznawania obcych orzeczeń z uwagi na dobro dziecka w szczególności w przypadku, gdy rodzice docelowi są genetycznie związani z dzieckiem<sup>35</sup>.

## **Bibliografia:**

Bernat E., *Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, [w:] Coester-Waltjen D., Lipp V., Schumann E., Veit B., *Kinderwunschmedizin – Reformbedarf im Abstammungsrecht?*, „Göttinger Juristische Schriften” t. 17, Universitätsverlag Göttingen 2015.

Bernat E., *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, „Gynäkologische Endokrinologie”, vol. 14, nr 4, 2016.

Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, *Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Gentechnikgesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015)*, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=57878> (dostęp: dnia 13 marca 2018 r.).

Hönisch M., *Neuerungen im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)*. Referat z dnia 28 kwietnia 2015 r., Österreichisches Studienförderungswerk PRO SCIENTIA, [http://www.proscientia.at/file\\_download/168/Mirjam+H%C3%B6nisch\\_Neuerungen+im+Fortpflanzungsmedizingesetz\\_April+2015.pdf](http://www.proscientia.at/file_download/168/Mirjam+H%C3%B6nisch_Neuerungen+im+Fortpflanzungsmedizingesetz_April+2015.pdf) (dostęp: dnia 13 marca 2018 r.).

Vidmar M., *Das Zusammenspiel von Fortpflanzungsmedizin- und Abstammungsrecht im internationalen Verhältnis*, Universität Wien, Studienblatt A 783 101, 2015.

---

<sup>34</sup> Por. np. E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz...*, s. 274.

<sup>35</sup> E. Bernat, *Das österreichische Abstammungsrecht...*, s. 96.