



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Zagraniczne procedury tzw. macierzyństwa zastępczego
(*surrogacy motherhood*) w świetle zasady
handlu ludźmi – zagadnienia węzłowe

Malwina Mikluszka



Prawa podstawowe
Warszawa 2017

Spis treści

I. Definicja macierzyństwa zastępczego	5
II. Na co pozwala współczesna technika medyczna i jakiego rodzaju procedury mogą być przeprowadzane za granicą?	7
III. Przykłady zagranicznych konstrukcji prawnych	9
IV. Rodzicielstwo osób, które zawarły umowę z matką zastępczą z pominięciem systemu adopcyjnego w świetle zakazu handlu ludźmi	15
V. Podsumowanie	27

I. Definicja macierzyństwa zastępczego

Przez pojęcie macierzyństwa zastępczego (ang. *surrogacy motherhood*, fr. *maternité de substitution*, niem. *Leihmutterschaft*, ros. *суррогатное материнство*) nie rozumie się odrębnej w kategoriach medycznych techniki sztucznego poczęcia dziecka¹. Macierzyństwo zastępcze definiuje się jako „wynajęcie” łona kobiety, która donosi ciążę i po urodzeniu oddaje dziecko innej kobiecie, najczęściej matce genetycznej, tzn. tej, od której pochodzi jajo zapłodnione nasieniem jej męża². Podkreśla się, że istota macierzyństwa zastępczego wyraża się w tym, że w wypadku bezpłodności żony inna kobieta zgadza się być zapłodnioną nasieniem męża tej kobiety, aby urodzić dziecko i oddać je małżonkom według reguł adopcji³. Macierzyństwo zastępcze może wiązać się zarówno z metodą sztucznej inseminacji, jak i zapłodnieniem in vitro, w różnych wariantach. Cechą wspólną jest fakt zajścia kobiety w ciążę i następnie urodzenie dziecka bez intencji wychowania go bądź przyjęcia w przyszłości jakiegokolwiek odpowiedzialności rodzicielskiej. Celem jest urodzenie dziecka dla innej osoby/osób, zgodnie z porozumieniem stron, a w zawieranej umowie matka zastępcza zobowiązuje się do noszenia i urodzenia dziecka, a następnie jego wydania zamawiającym⁴. Umowa często przybiera kształt bardzo rozbudowany, określając, co wolno, a co jest zabronione kobiecie będącej w ciąży⁵.

W przypadku zastosowania macierzyństwa zastępczego najwięcej sporów wywołuje ocena dopuszczalności takich umów, kwestia pochodzenia dziecka oraz treść umów będących podstawą stosunku prawnego między zainteresowanymi, a zwłaszcza problem odpłatności⁶.

Wraz z rozpowszechnieniem się tej instytucji znaczenie utraciła rzymska paremia *mater semper certa est*. Metody wspomaganego rozrodu człowieka pozwoliły bowiem na wyodrębnienie momentu zapłodnienia od ciąży i urodzenia dziecka (możliwy jest transfer zarodka

¹ M. Safjan, *Prawne problemy zastępczego macierzyństwa*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 292.

² T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Legalis 2011, s. 215 (rozdział VI, pkt – na marginesie bocznym – 2), B. Walerjan, *Nowe dylematy medycyny – zjawisko macierzyństwa zastępczego w perspektywie społeczno-etycznej*, „*Annales. Etyka w życiu gospodarczym*” 2009, nr 2, vol. 12, s. 35.

³ K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 61⁹ k.r.o. dostęp: Lex 2017.

⁴ M. Safjan, *Prawne...*, s. 292, M. Soniewicka, *Dylematy zastępczego macierzyństwa*, http://www.ptb.org.pl/pdf/soniewicka_macierzynstwo_1.pdf, dostęp 15 września 2017 r.

⁵ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, „*Państwo i Prawo*” 2003, nr 8, s. 98.

⁶ M. Wałachowska, *Macierzyństwo...*, s. 97.

do macicy innej kobiety niż dawczyni komórki jajowej), na rozdzielenie macierzyństwa genetycznego od macierzyństwa biologicznego⁷. To pierwsze polega na dawstwie materiału genetycznego potomkowi, rozpoczyna się zatem na etapie zapłodnienia. Macierzyństwo biologiczne oznacza zaś obiektywny fakt pochodzenia dziecka od danej kobiety, będący następstwem przebiegu ciąży, a następnie urodzenia dziecka przez kobietę⁸. Wyodrębnić można także macierzyństwo socjologiczne kobiety, która zawiera umowę o macierzyństwo zastępcze z matką biologiczną (surogatką), chce być matką dziecka i je wychować. Przy tym nie zawsze musi być ona dawczynią materiału genetycznego. W powołanie do życia dziecka z zastosowaniem instytucji macierzyństwa zastępczego zaangażowane mogą być aż trzy kobiety: ta, która chce je wychowywać (matka socjologiczna), dawczyni komórki jajowej (matka genetyczna) i ta, która decyduje się dziecko urodzić (matka biologiczna)⁹. Niezależnie od powyższego wyodrębnić można macierzyństwo prawne, związane z tym, kto w świetle prawa jest uznawany za matkę.

Matka zastępcza (surogatka) zawsze jest matką biologiczną – kobietą, która jest w ciąży, następnie rodzi dziecko, aby oddać go innej osobie/osobom. W zależności od powiązań zachodzących między matką zastępczą a osobami zainteresowanymi (jedną osobą bądź parą heteroseksualną albo homoseksualną) kształtować się będzie sytuacja genetycznego pochodzenia dziecka.

⁷ T. Smoczyński (red.), *System...*, t. 12, Legalis 2011, s. 227 (rozdział VI, pkt 23).

⁸ K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis 2017.

⁹ M. Łączkowska, *Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganey prokreacji ludzkiej*, „Acta Iuris Stetinensis”, 2011, nr 2, s. 32–33.

II. Na co pozwala współczesna technika medyczna i jakiego rodzaju procedury mogą być przeprowadzane za granicą?

Jedną z stosowanych przez lekarzy metod wspomaganey prokreacji jest zapłodnienie wewnątrzustrojowe (*in vivo*, inseminacja). Jest to zabieg polegający na wprowadzeniu do organizmu kobiety (do jamy macicy, szyjki macicy bądź do otrzewnej) nasienia. Do zapłodnienia dochodzi w macicy kobiety i tam rozwija się dziecko. Wyróżnia się inseminacje homologiczną (AIH – *artificial insemination of husband*), gdy nasienie pochodzi od męża kobiety bądź jej partnera i heterologiczną (AID – *artificial insemination of donor*), gdy nasienie pochodzi od anonimowego dawcy¹⁰. Drugą metodą jest procedura zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*), w której do zapłodnienia (połączenia komórki jajowej z plemnikiem) dochodzi poza organizmem kobiety. Procedura jest kilkietapowa. W pierwszym etapie pobiera się komórki jajowe, metodą laparoskopową, poprzez nakłucie jamy brzusznej bądź pod kontrolą ultrasonograficzną, z wykorzystaniem sondy dopochwowej. Komórkę jajową umieszcza się w płynie odżywczym, przygotowując ją do zapłodnienia. Kolejnym etapem jest zapłodnienie komórek jajowych pobranymi plemnikami. Następnie zarodek jest transferowany do macicy kobiety. W wypadku tej metody możliwe jest zastosowanie komórek pochodzących od przyszłych rodziców, od jednego z nich i od dawcy, względnie od anonimowych dawców¹¹. Ze względu na łatwość przeprowadzenia zabiegu oraz niskie koszty, zapłodnienie wewnątrzustrojowe jest znacznie częściej wybierane, podczas gdy procedura zapłodnienia pozaustrojowego jest bardziej kosztowna i skomplikowana pod względem medycznym¹².

Wzajemne powiązania między stronami umowy o macierzyństwo zastępcze pozwalają na wyodrębnienie:

1. macierzyństwa zastępczego o charakterze pełnym (ang. *full surrogacy*, *gestational surrogacy*) – w tym przypadku nie jest wykorzystywany materiał genetyczny (komórka jajowa) matki zastępczej i dziecko nie jest genetycznie z nią związane¹³. Zainteresowana

¹⁰ T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu* [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996, s. 56.

¹¹ T. Rucki, *Medyczne...*, s. 51–54.

¹² B. Walerjan, *Nowe...*, s. 36.

¹³ A Preliminary Report On The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements, Hague Conference on Private International Law, Glossary, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, dostęp 3 października .2017 r.

para dostarcza matce zastępczej zapłodniony już embrion. Genetycznie rodzicami dziecka mogą być w takiej sytuacji:

- a) zainteresowana para (będąca stroną umowy),
 - b) zainteresowana kobieta i mężczyzna inny niż będący stroną umowy (anonimowy dawca nasienia); w takim wariacie stronie umowy może być też para homoseksualna,
 - c) anonimowi dawcy komórki jajowej i nasienia; w takim wariacie stronie umowy może być też para homoseksualna;
2. macierzyństwa zastępczego o charakterze częściowym (ang. *partial surrogacy*, *traditional surrogacy*) – w tym przypadku do zapłodnienia wykorzystuje się materiał genetyczny (komórkę jajową) matki zastępczej, ta jest zatem matką zarówno genetyczną, jak i biologiczną dziecka. Do zapłodnienia może dojść zarówno poprzez inseminację, jak i przy zastosowaniu zapłodnienia pozaustrojowego¹⁴. Można wykorzystać materiał genetyczny zainteresowanego mężczyzny (w tym wariacie stronie umowy może być także para homoseksualna, w której dawcą materiału genetycznego będzie jeden z partnerów) bądź anonimowego dawcy.

Macierzyństwo zastępcze – w zależności od charakteru umowy między zainteresowaną parą a matką zastępczą – może mieć charakter niekomercyjny (ang. *altruistic surrogacy*, *uncompensated surrogacy*) bądź komercyjny (ang. *commercial surrogacy*, *compensated surrogacy*). W pierwszym przypadku matka zastępcza zobowiązuje się do urodzenia dziecka i wydania go zamawiającym bez zapłaty (względnie za pokryciem uzasadnionych kosztów związanych z przebiegiem ciąży i porodu), w drugim przypadku – niezależnie od kosztów związanych z przebiegiem ciąży i porodu na rzecz matki zastępczej uiszczane jest wynagrodzenie¹⁵.

¹⁴ A Preliminary Report....

¹⁵ A Preliminary Report....

III. Przykłady zagranicznych konstrukcji prawnych

W kontekście prawnego uregulowania instytucji macierzyństwa zastępczego można wyróżnić:

1. kraje, w których niedopuszczalne jest macierzyństwo zastępcze:
 - a) Niemcy – w Niemczech surogacja sama w sobie nie jest wyraźnie zabroniona ani karalna. Jednakże zawarte w tym zakresie umowy są bezskuteczne i niewykonalne. Zgodnie bowiem z niemieckim kodeksem cywilnym umowa naruszająca przepisy ustawy bądź zasady współżycia społecznego jest nieważna. Ustawa z 13 grudnia 1990 r. o ochronie embrionu w art. 1 ust. 7 przewiduje z kolei karę do trzech lat więzienia lub karę grzywny za przeprowadzenie zabiegu sztucznego zapłodnienia kobiety, która po urodzeniu dziecka miałaby oddać je innej osobie, jak i zabiegu implantacji embrionu do macicy kobiety niebędącej dawczynią komórki jajowej. Zarówno zamawiający, jak i matka zastępcza nie podlegają karze. Artykuł 13a ustawy z 5 listopada 2001 r. o pośredniczeniu w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze definiuje pojęcie matki zastępczej oraz (w art. 13c) zakazuje pośredniczenia w zawieraniu takich umów¹⁶;
 - b) Włochy – w myśl art. 269 § 3 włoskiego kodeksu cywilnego matką dziecka jest kobieta, która to dziecko urodziła. Zgodnie treścią uchwalonej 19 lutego 2004 r. ustawy o regulacji medycznie wspomaganey prokreacji, umowy o macierzyństwie zastępczym, zarówno o charakterze komercyjnym, jak i niekomercyjnym, są prawnie zakazane. W ustawie (art. 12 ust. 6) przewidziano karalność organizowania i realizacji m.in. umów o zastępcze macierzyństwo, a zgodnie z powszechnie obowiązującą interpretacją karalność obejmuje nie tylko agencje pośredniczące w zastosowaniu tej instytucji i kliniki zajmujące się zastępczym macierzyństwem, lecz także strony umowy (matkę zastępczą i zainteresowanych)¹⁷;
 - c) Hiszpania – zgodnie z art. 10 ustawy nr 35/1988 z 22 listopada 1988 r. umowa, w której kobieta zobowiązuje się zająć w ciążę i urodzić dziecko na rzecz drugiej strony tej

¹⁶ M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2007, t. VI, s. 60–61.

¹⁷ LEGAL AFFAIRS A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf), dostęp 3 października 2017 r.

umowy, jest nieważna. W świetle prawa hiszpańskiego matką dziecka jest kobieta, które je urodziła, a ojciec biologiczny uzyskuje prawo zakwestionowania ojcostwa zgodnie z zasadami prawa powszechnego. Za stosowanie tej instytucji przewidziano karę grzywny oraz możliwość zamknięcia ośrodka medycznego, który realizowałby umowy o macierzyństwo zastępcze¹⁸;

2. kraje, w których dopuszczalne jest wyłącznie macierzyństwo zastępcze o charakterze niekomercyjnym:

- a) Anglia – ustawa o pośrednictwie w macierzyństwie zastępczym zakazuje prowadzenia działalności polegającej na pośredniczeniu wyspecjalizowanych agencji w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze. Dopuszczalne jest macierzyństwo zastępcze o charakterze niekomercyjnym, także za pokryciem niezbędnych kosztów związanych z ciążą i porodem. Zgodnie z wskazaną ustawą w przypadku sporu między zamawiającymi a matką zastępczą ta ostatnia jest uprawniona do zatrzymania dziecka (nawet, gdy zamawiającymi są rodzice genetyczni dziecka)¹⁹;
- b) Kanada (bez prowincji Quebec) – w art. 6 ustawy o wspomaganej medycznie prokreacji zakazano zawierania umów o macierzyństwie zastępczym o charakterze komercyjnym²⁰. Pozostałe aspekty związane z tą instytucją mogą być regulowane przez poszczególne prowincje, przy czym w większości z nich nie ma przepisów odnoszących się do tej instytucji. W Kolumbii Brytyjskiej²¹ i Albercie²² wprowadzono przepisy regulujące instytucję macierzyństwa zastępczego o charakterze niekomercyjnym. W prowincji Quebec umowy o macierzyństwo zastępcze są niedopuszczalne i nieważne²³;
- c) Republika Południowej Afryki dopuszcza umowy o macierzyństwo zastępcze z użyciem gamet obu zamawiających lub, jeśli nie jest to możliwe z przyczyn biologicznych, medycznych lub innych ważnych powodów, gamety co najmniej jednej z osób zamawiających, a w przypadku gdy zamawiającym jest jedna osoba, gamety tej osoby. Niedopuszczalne jest wynagrodzenie matki zastępczej, z wyjątkiem „uzasadnionych kosztów”. Matka zastępcza musi mieć miejsce stałego zamieszkania na terenie RPA

¹⁸ M. Frasz, D. Abłażewicz, *Reżim prawny...*, s. 56, LEGAL AFFAIRS A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, , dostęp 31 sierpnia 2017 r.

¹⁹ Surrogacy Agreement Act 1985, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>, dostęp 3 października 2017 r., M. Frasz, D. Abłażewicz, *Reżim prawny...*, s. 62- 63

²⁰ Assisted Human Reproduction Act, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-2.html#docCont>, dostęp 3 października 2017 r.

²¹ Family Act Law, art. 29, [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/lc/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20\[SBC%202011\]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/lc/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20[SBC%202011]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml), dostęp 3 października 2017 r.

²² The family law statutes amendment act of Alberta, https://justice.alberta.ca/programs_services/families/Documents/familyLawActAmendments.pdf, dostęp 3 października 2017 r.

²³ Civil code of Quebec, art. 541, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>, dostęp 3 października 2017 r.

i mieć już co najmniej jedno własne dziecko, z nią mieszkające. Przynajmniej jedna osoba z pary zamawiającej musi mieć stałe miejsce zamieszkania w RPA²⁴;

3. kraje, w których dopuszczalne jest macierzyństwo zastępcze o charakterze zarówno niekomercyjnym, jak i komercyjnym:

- a) Izrael – zgodnie z przyjętą w 1996 r. ustawą o macierzyństwie zastępczym dopuszczalne jest skorzystanie z tej instytucji po zatwierdzeniu pisemnej umowy przez Komisję Aprobacyjną, złożoną z siedmiu członków, powołanych przez Ministra Zdrowia (dwóch lekarzy o specjalności z dziedziny ginekologii i położnictwa, jednego lekarza o specjalności z dziedziny medycyny wewnętrznej, psychologa klinicznego, prawnika, pracownika socjalnego i duchownego religii wyznawanej przez strony umowy). Rolą Komisji jest zatwierdzenie umowy po stwierdzeniu, że spełnia ona przesłanki określone w ustawie, że obie strony złożyły oświadczenie bez przymusu, a realizacja umowy nie zagraża zdrowiu matki oraz dobru dziecka, matka socjologiczna zaś nie jest zdolna do zajścia w ciążę i jej donoszenia. Materiał genetyczny musi pochodzić od zamawiających, wykluczone jest zatem skorzystanie z komórki jajowej matki zastępczej. Obie strony muszą być pełnoletnimi obywatelami Izraela. Matką zastępczą może być wyłącznie kobieta niezamężna (stanu wolnego, rozwiedziona lub wdowa), wyznająca tę samą religię co zamawiająca para. Ustawa wyklucza, by matką zastępczą była kobieta spokrewniona z którymś z zamawiających. Dopuszczalne jest skorzystanie z usług matki zastępczej wyłącznie przez pary małżeńskie oraz pary heteroseksualne o zalegalizowanym statusie prawnym. Komisja Aprobacyjna zatwierdza także postanowienia umowy dotyczące miesięcznych płatności na pokrycie istotnych wydatków oraz rekompensaty za utracony czas, cierpienie, utratę dochodu i przejściową niezdolność do pracy oraz inne uzasadnione koszty²⁵;
- b) Rosja – zgodnie z art. 55 ust. 9 obowiązującej od 1 stycznia 2012 r. ustawy o podstawach opieki zdrowotnej obywateli Rosyjskiej Federacji²⁶ możliwe jest zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze (donoszenie ciąży i urodzenie dziecka) między matką zastępczą a zamawiającymi, którzy dostarczą własny materiał genetyczny. Matką zastępczą może być kobieta w wieku od 20 do 35 lat, o dobrym stanie zdrowia, posiadająca przynajmniej jedno zdrowe dziecko, która w formie pisemnej wyraziła dobrowolną zgodę na zabieg. Kobieta zamężna może być matką zastępczą tylko po uzyskaniu pisemnej zgody współmałżonka. Matka zastępcza nie może być dawczynią komórki jajowej (art. 55 ust. 10 ustawy). W rosyjskim ustawodawstwie

²⁴ Children's Act 2005, § 292 – 302, https://www.acts.co.za/childrens-act-2005/292_surrogate_motherhood_agreement_must_be_in_writing_and_confirmed_by_high_court, dostęp 3 października 2017 r.

²⁵ Ł. Żukowski, *Problemy prawne i etyczne umów o macierzyństwo zastępcze – uwagi na tle rozwiązań przyjętych w Izraelu*, bibliotekacyfrowa.pl/Content/43852/026.pdf, dostęp 3 października 2017 r.

²⁶ Por. <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102152259>, dostęp 3 października 2017 r.

nie ma regulacji odnoszących się do przypadku zastosowania materiału genetycznego niepochodzącego od zamawiających. Zgodnie z art. 51 § 4 rosyjskiego kodeksu rodzinnego²⁷ zamawiający będący małżeństwem mogą zostać uznani za rodziców dziecka urodzonego w następstwie umowy z surogatką, po uzyskaniu jej pisemnego oświadczenia. Przy rejestracji urodzenia dziecka na wniosek małżonków, którzy zdecydowali się na skorzystanie z usług matki zastępczej, wraz z dokumentem potwierdzającym fakt urodzenia dziecka należy przedstawić dokument wydany przez organizację medyczną potwierdzający, że matka zastępcza wyraziła zgodę na wpisanie w aktach stanu cywilnego zamawiających jak rodziców dziecka²⁸.

W Stanach Zjednoczonych Ameryki instytucja macierzyństwa zastępczego nie jest uregulowana na poziomie federalnym. Ustawodawstwo poszczególnych stanów jest zróżnicowane, od całkowitego zakazu stosowania tej instytucji (Nowy Jork, New Jersey, Michigan i Indiana)²⁹ aż po jedne z najbardziej liberalnych przepisów. W niektórych stanach brak przepisów odnoszących się do macierzyństwa zastępczego (Oregon, Tennessee), w niektórych (Massachusetts) praktyka jest regulowana przez prawo precedensowe³⁰. Za najbardziej liberalne uważa się ustawodawstwo stanów Kalifornia³¹, Floryda³² i Illinois³³.

W polskim ustawodawstwie nie ma przepisów odnoszących się wprost do instytucji macierzyństwa zastępczego. Artykuł 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁴ stanowi, że matką dziecka jest kobieta, która dziecko urodziła. Także w literaturze, w przypadku rozdzielenia macierzyństwa genetycznego i biologicznego, opowiedziano się za macierzyństwem kobiety, która urodziła dziecko³⁵. Podkreśla się, że biologiczny proces ciąży i urodzenia dziecka jest faktem naturalnym i prawnie łatwiejszym do udowodnienia niż fakt oddania komórki

²⁷ Por. <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102038925>, dostęp 3 października 2017 r.

²⁸ Art. 16 ust. 5 rosyjskiej ustawy o aktach stanu cywilnego, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102050119>, dostęp 3 października 2017 r.

²⁹ A Finkelstein, S. Mac Dougall, A. Kintominas, A. Olsen, *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking, Report of the Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic*, http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf, s. 9, dostęp 3 października 2017 r.

³⁰ A Finkelstein, S. Mac Dougall, A. Kintominas, A. Olsen, *Surrogacy Law...*, s. 10-11.

³¹ California family code w art. 7960-7962 wskazuje, że w umowie należy określić tożsamość zamawiającego (zamawiających), przy tym nie ma ograniczenia co do tego, kto może być zamawiającym oraz co do osób, od których pochodzą gamety; gdy wykorzystano gametę anonimowego dawcy w umowie, nie jest wymagane podanie jego danych, ale należy określić, czy darowana gameta lub gamety były komórkami jajowymi, plemnikami czy zarodkami, <http://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7962.html>, dostęp 3 października 2017 r.

³² Florida Statutes w § 63.213 precyzuje m.in., że matka zastępcza musi mieć ukończone 18 lat, a zamawiający nie muszą być rodzicami genetycznymi dziecka, http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=00000099/0063/Sections/0063.213.html, dostęp 3 października 2017 r.

³³ Gestational surrogacy act, (Illinois Compiled Statutes § 750 - 47) określa, że matka zastępcza musi mieć ukończone co najmniej 21 lat, urodzić już jedno dziecko, przejść stosowne badania; zamawiającymi mogą być kobieta, mężczyzna bądź para, w tym małżeństwo; <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>, dostęp 3 października 2017 r.

³⁴ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682), dalej: k.r.o.

³⁵ K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 519; A. Dyoniak, *Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne* red. T. Smoczyński, Poznań 1996, s. 153;

rozrodczej do dalszych czynności medycznych. W przypadku skorzystania z gamet anonimowych dawców stosunek rodzicielstwa jest zaś oparty na woli posiadania dziecka przez zainteresowane osoby, nie zaś na faktycznym pochodzeniu od nich dziecka³⁶.

M. Safjan, *Prawno wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 431; K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks....*

³⁶ T. Smoczyński (red.), *System...*, t. 12, Legalis 2011, s. 9 (rozdział I pkt 10).

IV. Rodzicielstwo osób, które zawarły umowę z matką zastępczą z pominięciem systemu adopcyjnego w świetle zakazu handlu ludźmi

W ostatnich latach, z uwagi na prawne uregulowanie macierzyństwa zastępczego w coraz większej liczbie krajów nasila się zjawisko swoistej „turystyki” związanej z wykorzystaniem tej instytucji. Osoby chcące zostać rodzicami dziecka urodzonego przez surogatkę (zamawiający), udają się do innego kraju niż ten, którego są obywatelami bądź w którym mają miejsce stałego pobytu, w celu skorzystania z usług matki zastępczej. We wstępnym raporcie dotyczącym kwestii związanych z umowami o macierzyństwo zastępcze o charakterze międzynarodowym, opracowanym przez Stałe Biuro Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego w marcu 2012 r., zdefiniowano umowę o macierzyństwo zastępcze o charakterze międzynarodowym (ang. *international surrogacy arrangement*) jako umowę, w której zamawiający są mieszkańcami jednego państwa, zaś matka zastępcza mieszka (lub czasowo przebywa) na terytorium innego państwa. Taka umowa może zawierać postanowienia dotyczące donacji gamet w państwie, w którym przebywa matka zastępcza albo w państwie trzecim³⁷. Jak wynika z raportu, na podstawie badania organizacji zajmujących się pośrednictwem w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze, w skali międzynarodowej korzystanie z usług matek zastępczych między rokiem 2006 a rokiem 2010 wzrosło o prawie 1000 procent³⁸.

Współczesne regulacje prawne pozwalające na kształtowanie więzi z dzieckiem, które zostało poczęte i urodzone poza małżeństwem, oraz wzrastająca świadomość praw i potrzeb mniejszości seksualnych wpływają na stale powiększającą się liczbę osób korzystających z usług matek zastępczych. Czynnikiem skłaniającym do skorzystania z tej instytucji za granicą są: odmienne podejście do możliwości zastosowania macierzyństwa zastępczego w różnych krajach (od wprost wyrażonego zakazu poprzez uznawanie umów o macierzyństwo zastępcze za nieważne na gruncie ogólnych reguł aż po brak przeciwwskazań), mniejsze koszty związane z tą usługą w państwach o niższej stopie życiowej. Za wzrost zainteresowania tą instytucją odpowiada też współczesna szybkość komunikowania się za pomocą internetu oraz łatwość podróży międzynarodowych i stosunkowo niskie koszty z tym związane.

³⁷ A Preliminary Report... Glossary.

³⁸ A Preliminary Report..., s. 8.

Instytucja macierzyństwa zastępczego odpowiada na dążenie zamawiających do posiadania dziecka z pominięciem procedury przysposobienia. Przy zastosowaniu tej instytucji dziecko jest niejako indywidualnym zamówieniem na miarę potrzeb osób pragnących je mieć i niemogących, z różnych względów, uczynić zadość temu pragnieniu za pomocą naturalnego poczęcia. Zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze może być szybszym i łatwiejszym, a w niektórych przypadkach jedynym sposobem na rodzicielstwo. Procedury adopcyjne są sformalizowane, a prawo międzynarodowe przyznaje priorytet adopcji krajowej. Zgodnie z art. 21 Konwencji o prawach dziecka³⁹ przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 20 listopada 1989 r. Państwa-Strony uznające i/lub dopuszczające system adopcji mają obowiązek zapewnienia, aby dobro dziecka było celem najwyższym. Adopcja związana z przeniesieniem dziecka do innego kraju powinna zatem być traktowana jako zastępczy środek opieki nad dzieckiem, jeżeli nie może być ono umieszczone w rodzinie zastępczej lub adopcyjnej albo nie można mu zapewnić w żaden inny odpowiedni sposób opieki w kraju jego pochodzenia. Państwa-strony konwencji powinny także podejmować wszelkie właściwe kroki dla zapewnienia, aby w przypadku adopcji do innego kraju osoby w niej zaangażowane nie uzyskały z tego powodu nieestosownych korzyści finansowych. Także Konwencja o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzona w Hadze 29 maja 1993 r.⁴⁰ w art. 4 stawia szereg wymogów wobec zastosowania tej procedury (m.in. takie przysposobienie może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy właściwe organy państwa pochodzenia stwierdziły po należytym zbadaniu możliwości umieszczenia dziecka w państwie jego pochodzenia, że przysposobienie międzynarodowe pozostaje w najlepszym interesie dziecka; upewniły się, że osoby, instytucje i organy, których zgoda jest konieczna do przysposobienia, uzyskały niezbędne porady i właściwe informacje o konsekwencjach ich zgody i udzieliły jej dobrowolnie, a zgoda nie została uzyskana za zapłatą lub wynagrodzeniem jakiegokolwiek innego rodzaju oraz zgoda matki, jeżeli jest ona wymagana, została wyrażona po urodzeniu dziecka).

Jak kształtuje się „turystyka” związana z macierzyństwem zastępczym w świetle zasady handlu ludźmi?

Konieczność przeciwdziałania handlowi ludźmi i jego zwalczania zostały dostrzeżone w pierwszej połowie XX wieku. Wtedy też pojawiły się pierwsze dokumenty o charakterze międzynarodowym, reagujące na potrzebę ochrony praw człowieka w tym aspekcie. Międzynarodowe Porozumienie z 18 maja 1904 r. i Międzynarodowa Konwencja z 4 maja 1910 r. wraz z uzupełniającym ją protokołem zamknięcia⁴¹ przez pojęcie handlu ludźmi rozumiały wywożenie za granicę osób dorosłych lub dzieci, nawet za ich zgodą, w celu uprawiania prostytucji. Definicję handlu ludźmi w kolejnych regulacjach międzynarodowych rozwijano

³⁹ Dz.U. z 1991 r. poz. 526.

⁴⁰ Dz.U. z 2000 r. poz. 448.

⁴¹ Dz.U. z 1922 r. poz. 783.

i poszerzano. 30 września 1921 r. Liga Narodów przyjęła Międzynarodową Konwencję o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi⁴². W art. 2 tej konwencji Państwa-Strony zobowiązały się do podjęcia wszelkich środków w celu ścigania i karania zajmujących się handlem dziećmi obu płci, w rozumieniu art. 1 konwencji z 4 maja 1910 r. 25 września 1926 r. podpisano Konwencję w sprawie niewolnictwa⁴³. W art. 1 tej konwencji ustalono, że niewolnictwo jest stanem czy położeniem jednostki, względem której stosowane jest postępowanie w całości lub w części wynikające z prawa własności, zaś pojęcie handlu niewolnikami obejmuje wszelkie pojmanie, nabycie lub odstąpienie danej osoby w celu uczynienia z niej niewolnika; wszelkie nabycie niewolnika dla sprzedaży lub zamiany, jakkolwiek akt odstąpienia drogą sprzedaży lub zamiany niewolnika nabytego dla celów sprzedaży lub wymiany jak i w ogólnie wszelki rodzaj handlu lub przewozu niewolników. Państwa-Strony w art. 2 zobowiązały się do zapobiegania handlu niewolnikami i dążenia do jego zupełnego usunięcia pod wszelkimi postaciami.

Działalność Ligi Narodów jest kontynuowana przez Organizację Narodów Zjednoczonych. 21 marca 1950 r. w Lake Success otwarto do podpisu Konwencję w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji⁴⁴, zaś 7 września 1956 r. Uzupełniającą Konwencję w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami oraz instytucji i praktyk zbliżonych do niewolnictwa⁴⁵.

Najważniejszym instrumentem międzynarodowym, służącym walce z handlem ludźmi jest Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15 listopada 2000 r.⁴⁶ oraz uzupełniające ją protokoły, w tym Protokół I o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (Protokół z Palermo)⁴⁷. W art. 3 Protokołu z Palermo handel ludźmi zdefiniowano jako „werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów”. Protokół ma zastosowanie, zgodnie z art. 4, w wypadku gdy handel ludźmi ma charakter międzynarodowy i został popełniony

⁴² Dz.U. z 1925 r. poz. 893.

⁴³ Dz.U. z 1931 r. poz. 21.

⁴⁴ Dz.U. z 1952 r. poz. 278.

⁴⁵ Dz.U. z 1963 r. poz. 185.

⁴⁶ Dz.U. z 2005 r. poz. 158.

⁴⁷ Dz.U. z 2005 r. poz. 160.

z udziałem zorganizowanej grupy przestępczej, jak również w odniesieniu do ochrony ofiar takich przestępstw.

Podstawowym dokumentem odnoszącym się do kwestii handlu dziećmi, sporządzonym przez Organizację Narodów Zjednoczonych, jest wspomniana już wcześniej Konwencja o prawach dziecka, która w art. 35 zobowiązuje Państwa-Strony do podejmowania wszelkich kroków o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlowi dziećmi, dokonywanym dla jakichkolwiek celów i w jakiegokolwiek formie. Zgodnie zaś z art. 36 Konwencji Państwa-Strony mają obowiązek bronić dziecka przed wszelkimi innymi formami wyzysku, w jakimkolwiek aspekcie naruszającym dobro dziecka. Państwa-Strony powinny także podejmować kroki dla zwalczania nielegalnego transferu dzieci oraz ich nielegalnego wywozu za granicę (art. 11 ust. 1 Konwencji). Handel dziećmi został szerzej ujęty w Protokole fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii z 25 maja 2000 r.⁴⁸, który przyjęto w celu dalszej realizacji postanowień Konwencji, a w szczególności postanowień wyszczególnionych artykułów (w tym 11, 35 i 36) w celu poszerzenia zakresu środków, jakie Państwa-Strony protokołu powinny podejmować w celu zagwarantowania ochrony dzieci przed handlem dziećmi, dziecięcą prostytucją oraz dziecięcą pornografią.

Biorąc pod uwagę potrzebę przygotowania całościowego międzynarodowego instrumentu prawnego skoncentrowanego na prawach człowieka, ofiar handlu ludźmi i fakt, że handel ludźmi stanowi naruszenie praw człowieka i przestępstwo przeciwko godności i integralności istoty ludzkiej, 16 maja 2005 r. w Warszawie sporządzono Konwencję Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi⁴⁹. W preambule tej konwencji wskazano, że wszelkie działania lub inicjatywy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi muszą być niedyskryminujące, brać pod uwagę równość płci, jak również podejście uwzględniające prawa dziecka. Zgodnie z art. 2 konwencję tę stosuje się do wszystkich form handlu ludźmi, zarówno krajowego, jak i międzynarodowego, związanego albo niezwiązanego z przestępczością zorganizowaną. W art. 4 lit. a tej konwencji zawarto definicję handlu ludźmi, powtórzoną z Protokołu z Palermo. W art. 4 lit. c przyjęto, że werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie dziecka celem jego wykorzystania jest uznawane za handel ludźmi nawet wówczas, gdy nie obejmuje żadnej z metod wymienionych w art. 4 lit. a konwencji.

W prawie unijnym instrumentem odnoszącym się do handlu ludźmi była Decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej w sprawie zwalczania handlu ludźmi z 19 lipca 2002 r.⁵⁰, która weszła w życie 1 sierpnia 2002 r. Zgodnie z art. 10 tej decyzji państwa członkowskie miały podjąć środki niezbędne do jej wykonania przed dniem 1 sierpnia 2004 r. W 2010 r. Komisja

⁴⁸ Dz.U. z 2007 r. poz. 494.

⁴⁹ Dz.U. z 2009 r. poz. 107.

⁵⁰ Dz. Urz. WE L 203, s. 1.

Europejska wystąpiła z propozycją dyrektywy mającej zastąpić decyzję ramową z 2002 r.⁵¹ Propozycja ta opierała się na Konwencji Rady Europy z 16 maja 2005 r., zawierając jednak dodatkowe uregulowania, w tym szczególną pomoc, wsparcie i środki ochronne dla dzieci będących ofiarami handlu ludźmi (art. 12–14). Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW⁵² została przyjęta 5 kwietnia 2011 r. W art. 2 ust. 1 tej dyrektywy wskazano, że państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia karalności czynów umyślnych, polegających na werbowaniu, transporcie, przekazywaniu, przechowywaniu lub przyjmowaniu osób, w tym wymianie lub przekazaniu kontroli nad tymi osobami, z zastosowaniem groźby lub przemocy bądź innych form przymusu, uprowadzenia, oszustwa, podstępu, poprzez nadużycie uprawnień lub wykorzystanie sytuacji bezbronności, lub też wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby sprawującej kontrolę nad inną osobą, w celu wyzysku. Wyzysk zdefiniowano jako obejmujący, w szczególności, wyzyskanie innych osób do prostytucji lub innych form wykorzystywania seksualnego, przymusową pracę lub służbę, w tym żebractwo, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie, wyzyskiwanie do działalności przestępczej lub usunięcie organów (art. 2 ust. 3 dyrektywy), przyjmując w ust. 5, że w przypadku, gdy zachowanie określone w ust. 1 dotyczy dziecka, stanowi ono przestępstwo handlu ludźmi, nawet jeśli nie posłużono się żadnym ze środków wymienionych w ust. 1. Zgodnie z art. 3 dyrektywy państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia karalności podżegania do przestępstwa, o którym mowa w art. 2, pomocnictwa i usiłowania jego popełnienia.

Handel ludźmi należy uznać za zakazany także na gruncie ogólnych reguł ochrony praw człowieka, zdefiniowanych w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, przyjętym rezolucją Zgromadzenia Ogólnego 2200A (XXI) 16 grudnia 1966 r., który wszedł w życie 23 marca 1976 r.⁵³ W art. 8 ust. 1 i 2 Paktu zakazano niewolnictwa, poddaństwa i handlu niewolnikami. Artykuł 4 ust. 1 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵⁴ również zakazuje niewolnictwa i poddaństwa, zaś Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁵⁵ w art. 5 ust. 1 i 3 stanowi, że nikt nie może być trzymany w niewoli lub w poddaństwie, a handel ludźmi jest zakazany.

Akty prawa międzynarodowego są skierowane do Państw-Stron, nakładając na nie obowiązki penalizacji określonych zachowań związanych z handlem ludźmi. Zobowiązania

⁵¹ Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zapobiegania handlu ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar tego procederu, uchylająca decyzję ramową 2002/696/WSiSW, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0095_/com_com\(2010\)0095_.pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0095_/com_com(2010)0095_.pl.pdf), dostęp 3 września 2017 r.

⁵² Dz.Urz. UE L 101 z 2011 r., s. 1.

⁵³ Dz.U. z 1977 r. poz. 167.

⁵⁴ Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm., dalej EKPCz

⁵⁵ Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389.

w zakresie praw człowieka – co do zasady – nie mają zatem charakteru horyzontalnego, jednakże pozytywny aspekt obowiązków nakładanych umowami międzynarodowymi wymaga, aby chronić jednostkę nie tylko przed działaniami organów państwowych, lecz także przed zachowaniem innych podmiotów w sferze prywatnej⁵⁶.

Zakaz handlu ludźmi jest także przedmiotem regulacji krajowych. W polskim Kodeksie karnym⁵⁷ art. 189a penalizujący handel ludźmi został dodany ustawą z 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego⁵⁸, zmieniającą Kodeks karny z dniem 8 września 2010 r. Przepis zlokalizowano w rozdziale XXIII Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko wolności) i – z uwagi na wysoki stopień społecznej szkodliwości handlu ludźmi – § 2 wprowadzono karalność przygotowania do popełnienia tego przestępstwa. W związku z wprowadzeniem art. 189a uchylono art. 253 k.k., który zlokalizowany był w rozdziale XXXII Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu). W art. 115 § 22 k.k. – dodanym także ustawą z 20 maja 2010 r. – ustawodawca zawarł definicję legalną „handlu ludźmi”. Zgodnie z nią handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: 1) przemocy lub groźby bezprawnej; 2) uprowadzenia; 3) podstępu; 4) wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania; 5) nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności; 6) udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą – w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione w art. 115 § 22 pkt 1–6 k.k. Celem zmiany ustawy było m.in. wprowadzenie do Kodeksu karnego definicji pojęcia „handel ludźmi”, wynikającej z ratyfikowanego przez Polskę w dniu 18 sierpnia 2003 r. Protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (Protokołu z Palermo), Decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2002/629/WSiSW z 19 lipca 2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzonej w Warszawie 16 maja 2005 r.⁵⁹ W literaturze zwrócono uwagę na fakt, że wprowadzenie

⁵⁶ J. Markiewicz-Stanny, *Międzynarodowe zobowiązania Polski w zakresie zakazu niewolnictwa, poddaństwa i handlu istotami ludzkimi*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8, s. 166.

⁵⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.) – dalej: k.k.

⁵⁸ Dz.U. poz. 626.

⁵⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o Policji, s. 1 druk nr 2387,

nowej definicji handlu ludźmi może znacznie utrudnić walkę z handlem dziećmi do adopcji. Zgodnie z nową definicją handel ludźmi jest przestępstwem kierunkowym, co oznacza, że sprawcy należy udowodnić działanie w celu wykorzystania ofiary. Takie założenie wyklucza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, której motywów są neutralne czy wręcz pozytywne⁶⁰.

W definicjach handlu ludźmi, zawartych w aktach prawnych o charakterze międzynarodowym, ani też w polskim Kodeksie karnym nie wymieniono wprost nielegalnej adopcji, czy też nielegalnego skorzystania z usług matki zastępczej. Nielegalna adopcja (a także nielegalne skorzystanie z instytucji macierzyństwa zastępczego w przypadku przyjęcia braku ważnej umowy w tym zakresie), z pominięciem międzynarodowych procedur mogłoby być rozważane w kontekście „wyzysku”, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar i „wykorzystania słabości”, zgodnie z definicjami art. 3 Protokołu z Palermo i art. 4 lit. a Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi. W opracowaniu sporządzonym przez Biuro Narodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przestępczości (United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC), które ma pomóc Państwom-Stronom we wprowadzaniu w życie przepisów zawartych w Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, i uzupełniających ją protokołach wskazano m.in. że wymuszona ciężka praca i korzystanie z usług matki zastępczej w pewnych okolicznościach może być uznane za wyzysk (pracę w warunkach niezgodnych do pogodzenia z godnością ludzką) i powinno być rozważone podczas stanowienia prawa dotyczącego karania handlu ludźmi⁶¹. Z kolei Konwencja Rady Europy z 16 maja 2005 r., dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar i polski Kodeks karny wskazują, że jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy dziecka, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione wprost w tych aktach prawnych. W art. 2 lit. a Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii wprost wskazano, że za handel dziećmi przyjmuje się „jakiegokolwiek działanie lub transakcję, w drodze której dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek osobę lub grupę osób innej osobie lub grupie za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną rekompensatą”.

Skorzystanie z usług matki zastępczej w krajach, które dopuszczają stosowanie tej instytucji, jest – w tych krajach – prawnie dopuszczalną metodą uzyskania rodzicielstwa przez zamawiających/osobę zamawiającą. Treść umowy o zastępcze macierzyństwo, wymogi stawiane zamawiającym i matce zastępczej, nakładane na strony umowy obowiązki względem

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/2387>, dostęp 28 sierpnia 2017 r.

⁶⁰ M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski, *Handel ludźmi – nowelizacja KK. Część II*, „Edukacja Prawnicza” 2011, nr 1, s. 3.

⁶¹ Zob. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf, dostęp 3 września 2017 r.

dziecka, sposób postępowania po jego urodzeniu się, kwestie potwierdzenia jego prawnego pochodzenia są uregulowane w odpowiednich przepisach krajowych. W sytuacji gdy strony umowy działają zgodnie z obowiązującym prawem, dziecko jest pod ochroną prawną. Wydanie dziecka zamawiającym jest legalnym sposobem rezygnacji z wykonywania praw rodzicielskich wobec niego przez matkę zastępczą i podjęciem takich obowiązków przez drugą stronę umowy. W wielu przypadkach ustawodawstwa krajowe dopuszczają także możliwość zatrzymania dziecka przez matkę zastępczą.

Problem pojawia się w sytuacji, w której zamawiający korzystają z usług matki zastępczej w kraju, w którym jest to legalne, sami natomiast są obywatelami kraju, który korzystania z usług matek zastępczych zabrania. Sytuacja jest tym bardziej skomplikowana, gdyż prawodawstwo międzynarodowe ani unijne nie reguluje w sposób kompleksowy kwestii macierzyństwa zastępczego. Regulacje międzynarodowe w ogóle nie zajmują się tą instytucją, albo – podobnie jak art. 61⁹ k.r.o. – regulują jedynie kwestię prawną – wskazują, kto jest rodzicem dziecka w przypadku zastosowania metod wspomaganej prokreacji, nie decydują natomiast o dopuszczalności bądź zakazie stosowania metod wspomaganej prokreacji.

Konwencja Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, przyjęta przez Komitet Ministrów 19 listopada 1996 r. i ogłoszona przez Radę Europy 4 kwietnia 1997 r.⁶² nie zawiera regulacji odnoszących się wprost do macierzyństwa zastępczego. W art. 21 konwencji wskazano jednak, że ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku.

Z kolei Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15 października 1975 r. w art. 2 stanowi, że pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustalane jest wyłącznie na podstawie aktu urodzenia⁶³. Przy tym, jak wskazuje T. Smoczyński, motywy tej dyrektywy odnoszą się w ogóle do macierzyństwa względem każdego dziecka, a nie tylko względem dziecka pozamałżeńskiego⁶⁴.

Z uwagi na brak jednoznacznych kryteriów postępowania w przypadku transgranicznego macierzyństwa zastępczego pojawiają się pytania, jak należy postąpić w sytuacji, w której zamawiający korzystają z usług matki zastępczej w innym kraju i czy zastępcze macierzyństwo transgraniczne powinno być dopuszczalne?

Brak jednolitych zasad prawa prywatnego międzynarodowego i różne podejście do pochodzenia dziecka, które przyszło na świat przy zastosowaniu instytucji macierzyństwa zastępczego w poszczególnych krajach, w przypadku umowy o macierzyństwo zastępcze o charakterze międzynarodowym może prowadzić do konfliktu statusów prawnych – kraju, w którym zawarto umowę i kraju, z którego pochodzą zamawiający. Może mieć to znaczący

⁶² Tekst konwencji dostępny na stronie http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf, dostęp 3 września 2017 r.

⁶³ Dz.U. z 1999 r. poz. 888.

⁶⁴ T. Smoczyński (red.), *System...*, t. 12, Legalis 2011, s. 9 (rozdział I, pkt 10).

wpływ na dzieci i ich rodziny, prowadzić do niepewności co do macierzyństwa i ojcostwa, tożsamości dziecka i jego narodowości, powodować problemy związane z rejestracją urodzenia w aktach stanu cywilnego (w przypadku braku uznania przez dane państwo dokumentu urodzenia wydanego w kraju, w którym zastosowano instytucję macierzyństwa zastępczego). Ocena ważności umowy o macierzyństwo zastępcze i możliwości uznania zamawiających za rodziców dziecka ma znaczenie zwłaszcza wtedy, gdy zamawiający pochodzą z kraju, w którym stosowanie tej instytucji jest wyraźnie zabronione bądź pochodzenie dziecka od matki określa się – jak chociażby w Polsce – na podstawie faktu urodzenia.

W krajach, w których niemożliwe jest skorzystanie z instytucji macierzyństwa zastępczego, różnie interpretuje się możliwość uznania zamawiających, którzy zawarli umowę o zastępcze macierzyństwo w innym kraju, jako rodziców. W 2014 r. niemiecki Sąd Najwyższy uznał prawa rodzicielskie pary homoseksualnej, która stała się rodzicami dziecka w następstwie umowy o macierzyństwo zastępcze zawartej w Kalifornii. Do zapłodnienia kobiety użyto materiału genetycznego pobranego od jednego z zamawiających (mężczyzny będącego obywatelem Niemiec)⁶⁵. Z kolei władze francuskie w dwóch przypadkach (sprawa państwa Mennesson i państwa Labassee) odmówiły wydania aktu urodzenia dzieci urodzonych w Stanach Zjednoczonych (odpowiednio w Kalifornii i Minnesocie) w wyniku umowy o zastępcze macierzyństwo, zawartej – w obu przypadkach – przez francuskie pary małżeńskie, gdzie do zapłodnienia użyto materiału genetycznego zamawiających mężczyzn. We Francji zawieranie umów o zastępcze macierzyństwo jest zabronione i w obu przypadkach uzasadnieniem decyzji francuskich władz było uznanie umowy o macierzyństwo zastępcze za nieważną. W obu przypadkach rodzice i dzieci odwołali się do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), zarzucając w szczególności naruszenie art. 8 EKPCz, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Badając prawa rodziców, ETPCz uznał, że skutki decyzji władz francuskich nie spowodowały nadmiernego zakłócenia ich życia rodzinnego, co mogłoby stanowić naruszenie praw człowieka. Rodzice wraz z dziećmi mogli mieszkać we Francji jako rodzina, osiągnięto zatem równowagę między interesem rodziców, wyrażającym się w dbaniu o swoje dzieci i interesem państwa zniechęcającego do praktykowania zastępczego macierzyństwa. Jednakże w odniesieniu do praw dzieci ETPCz uznał, że odmowa wystawienia aktu urodzenia, stawiająca je w sytuacji niepewności prawnej, stanowi naruszenie prawa do poszanowania ich życia prywatnego. W obu przypadkach dzieci były powiązane biologicznie z jednym z rodziców (ojcem), nie było zatem podstaw do stwierdzenia, że w interesie dzieci pozbawia się tego prawnego związku. Biorąc pod uwagę poważne ograniczenie zdolności dzieci do ustalenia swojej tożsamości, Trybunał uznał, iż prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego chronione w art. 8 EKPCz zostało naruszone⁶⁶.

⁶⁵ A Finkelstein, S. Mac Dougall, A. Kintominas, A. Olsen, *Surrogacy Law...*, s. 12.

⁶⁶ Wyroki ETPCz z 26 czerwca 2014 r. w sprawie Mennesson przeciwko Francji (skarga nr 65192/11) i z 26 czerwca 2014 r. w sprawie Labassee przeciwko Francji (skarga nr 65941/11).

Zgodnie z orzeczeniem włoskiego Sądu opiekuńczego z 20 października 2011 r. małżeństwu Paradiso i Campanelli, które w lutym 2011 r. zostało rodzicami dziecka urodzonego w Moskwie, w następstwie zawartej w Rosji umowy o macierzyństwo zastępcze, odebrano dziecko i umieszczono je w rodzinie zastępczej, następnie kierując dziecko do adopcji. Podstawą decyzji sądów włoskich (apelację zamawiających oddalono) było ustalenie, że nie istnieje więź genetyczna między małżonkami a dzieckiem (dawczyni komórki jajowej była anonimowa, a w toku postępowania przed sądem opiekuńczym wykazano, że do zapłodnienia nie użyto materiału genetycznego zamawiającego mężczyzny), a przywożąc dziecko do Włoch jako własnego syna, zamawiający dopuścili się naruszenia włoskich przepisów o adopcji zagranicznej. W odróżnieniu od sprawy Mennesson przeciwko Francji i Labassee przeciwko Francji w tym przypadku nie pojawiły się kwestie dotyczące tożsamości dziecka i uznania jego pochodzenia genetycznego, ponieważ nie istniała więź genetyczna między dzieckiem i zamawiającymi. W następstwie skargi złożonej do ETPCz, Trybunał (Wielka Izba) uznał, że skarżący nie byli w świetle włoskiego prawa rodzicami dziecka, jednakże byli jego „rodzicami socjologicznymi”, bowiem w trakcie wspólnie spędzonych 6 miesięcy między skarżącymi a dzieckiem zawiązały się więzi rodzinne i emocjonalne. Usunięcie dziecka z jego otoczenia, które było konsekwencją odmowy uznania przez Włochy aktu urodzenia dziecka sporządzonego w Moskwie, jako sprzecznego z zasadami włoskiego prawa, było naruszeniem art. 8 EKPCz i pogwałceniem prawa dziecka do życia rodzinnego. Trybunał podkreślił, że decyzja o usunięciu dziecka z otoczenia rodzinnego jest środkiem, który państwo powinno stosować wyłącznie w ostateczności. Podkreślono także, że prawo do życia prywatnego do pewnego stopnia rozciąga się na prawo jednostki do ustanowienia relacji z „bliskimi ludźmi”⁶⁷.

Coraz częstsze przypadki zawierania umów o zastępcze macierzyństwo o charakterze międzynarodowym powodują konieczność odniesienia się przez państwa nieuznające te instytucji do nietypowej dla nich konstrukcji prawnej. Niezbędne w takich sytuacjach jest wyważenie interesu publicznego i dobra dziecka. Zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze o charakterze międzynarodowym, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający są obywatelami kraju, który nie dopuszcza do legalnego korzystania z tej instytucji, może być negatywnie postrzegane z etycznego punktu widzenia. Dążenie do posiadania potomstwa jest zrozumiałe, należy się jednak zastanowić, czy możliwe jest osiągnięcie tego celu za wszelką cenę. Zamawiający uzyskują dziecko z pominięciem legalnych procedur obowiązujących w ich ojczyźnie, wyjeżdżają za granicę i tam „nabywają” dziecko. Wątpliwości może budzić cel takiej umowy, który może być uznany za spreczny z zasadami współżycia społecznego, gdyż czyni przedmiotem umowy urodzenie się człowieka i przekazanie go innej osobie, co jest nie do pogodzenia z godnością ludzką⁶⁸. W granicach ochrony godności ludzkiej mieści się

⁶⁷ Wyrok ETPCz z 24 stycznia 2017 r. w sprawie Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom (skarga nr 25458/12).

⁶⁸ M. Safjan, *Prawne ...*, s. 299; A. Dyoniak, *Wpływ woli...*, s. 154.

zaś zakaz uprzedmiotowienia człowieka. Dziecka i jego pochodzenia nie można traktować jako przedmiotu handlu, występującego w obrocie gospodarczym. Umowę o macierzyństwo zastępcze trzeba także oceniać w kontekście godności matki zastępczej. Koncepcja macierzyństwa genetycznego (bądź też rodzicielstwa osób zamawiających) sprowadza kobietę mającą urodzić dziecko do roli czysto przedmiotowej. Problem ten wydaje się doniosły zwłaszcza w przypadku dopuszczenia zastępczego macierzyństwa o charakterze komercyjnym, gdy matka zastępcza otrzymuje nie tylko świadczenie pieniężne za poniesiony trud i zwrot uzasadnionych wydatków związanych z ciążą i porodem, lecz także wynagrodzenie, zapłatę za wykonaną usługę. W takiej sytuacji do zawarcia umowy o zastępcze macierzyństwo kobietę skłaniać może trudna sytuacja materialna, w której się znalazła. Za co najmniej niejednoznaczne etycznie można uznać zinstytucjonalizowanie macierzyństwa zastępczego i poszukiwanie, za odpowiednią opłatą, kandydatki na matkę zastępczą przez pośrednika (agencję).

Cel umowy o macierzyństwo zastępcze może być także uznany za sprzeczny z interesem dziecka do utrzymywania emocjonalnej więzi z własną matką, zwłaszcza w sytuacjach, w których matka zastępcza jest także dawczynią komórki jajowej. Przez okres ciąży rozwija się więź między kobietą a dzieckiem w jej łonie. Cięża i poród przygotowują kobietę do macierzyństwa, a prawo, jeżeli zezwala na zerwanie więzi dziecka z matką, czyni to wyjątkowo i w interesie już urodzonego dziecka⁶⁹. Z punktu widzenia dziecka urodzonego przez matkę zastępczą, które nie ma możliwości ustalenia swojego genetycznego pochodzenia, można natomiast mówić o naruszeniu jego prawa do poznania pochodzenia⁷⁰.

Sprzeciw wobec zastępczego macierzyństwa, wyrażający się w uznaniu umowy zawartej przez zainteresowanych z matką zastępczą za nieważną, nie zawsze będzie jednak sprzyjał interesowi dziecka urodzonego wskutek zastosowania tej instytucji. Więzi łączące dziecko z rodzicami genetycznymi są równie silne co więzi powstałe w okresie życia płodowego. Geny decydują o wyglądzie fizycznym człowieka, jego osobowości i uzdolnieniach, są wypadkową cech odziedziczonych po przodkach⁷¹. Związki emocjonalne, na których oparta jest współczesna rodzina, są niejednokrotnie silniejsze niż te wynikające jedynie z faktów biologicznych. Opowiedzenie się za rodzicielstwem zamawiającego/zamawiających będących dawcami materiału genetycznego, który posłużył do zapłodnienia matki zastępczej, w niektórych przypadkach może dawać gwarancję, że interes dziecka będzie lepiej zabezpieczony. Zamawiający są inicjatorami powołania dziecka do życia, a decyzja o zastosowaniu zastępczego macierzyństwa w wielu przypadkach (par małżeńskich) zostaje podjęta po wieloletnich,

⁶⁹ M. Safjan, *Prawne...*, s. 300.

⁷⁰ T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 134.

⁷¹ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 121.

bezwocnych próbach poczęcia metodą naturalną⁷². Nawet w przypadku zastosowania gamet pochodzących od anonimowych dawców zamawiający mają poczucie, że dziecko jest bardziej „ich” niż w przypadku skorzystania z instytucji przysposobienia. W okresie ciąży mają oni kontakt z matką zastępczą, a dziecko przyjmują tuż po jego narodzeniu. Jeżeli zastosowano materiał genetyczny zamawiających, są oni dodatkowo rodzicami genetycznymi dziecka, którego jedynie metoda przyjścia na świat była „niekonwencjonalna”. Rezultatem zawarcia umowy o zastępcze macierzyństwo jest urodzenie dziecka, które jest przez strony umowy chciane i oczekiwane, co daje podstawy do twierdzenia, że jego interes osobisty nie będzie zagrożony, a przeciwnie – prawdopodobnie otrzyma ono szansę na stabilny rozwój i wychowanie w godziwych warunkach.

⁷² M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 122.

V. Podsumowanie

Dziecko urodzone przez matkę zastępczą jest w wyjątkowej sytuacji, związanej z koniecznością ustalenia jego pochodzenia. Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa na drodze prawnej określa stan cywilny jednostki, stanowiąc zarówno dla rodziców, jak i dla dziecka jedno z najważniejszych dóbr osobistych. Stan cywilny spełnia także doniosłą funkcję stabilizującą status prawny człowieka⁷³. Ustalając pochodzenie dziecka, które urodziło się w wyniku zastosowania instytucji macierzyństwa zastępczego (także o charakterze międzynarodowym), należy przede wszystkim dążyć do najlepszego zabezpieczenia jego interesów. Także samo dążenie do posiadania dziecka powinno mieć na względzie przede wszystkim jego dobro, należy zwrócić uwagę, jaka będzie sytuacja prawna dziecka mającego się urodzić w określonym układzie rodzinnym⁷⁴. Sytuacja ta powinna być jednoznaczna i oparta na stabilnych kryteriach.

Jednym z stanowisk w sprawie regulacji zastępczego macierzyństwa jest postulat zakazania tych zabiegów oraz zakazania odpłatnego pośrednictwa w zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo, które należałoby uznać za niezgodne z prawem. Jako argument podaje się, że macierzyństwo zastępcze prowadzi do zakwestionowania dotychczasowego pojęcia macierzyństwa, podważenia relacji rodzicielstwa oraz do pozbawienia prokreacji etycznego wymiaru odpowiedzialności⁷⁵. Wskazuje się również, że w interesie państwa leży, aby stan cywilny obywatela opowiadał rzeczywistemu, naturalnemu pochodzeniu. Świadomość rzeczywistej więzi biologicznej jest dobrą przesłanką dla pełnej więzi uczuciowej rodziców z dzieckiem i dla spełniania należycie obowiązków rodzicielskich⁷⁶. Negatywnie ocenia się żądanie kobiety samotnej bądź pary żyjącej w konkubinacie co do jakiegokolwiek sposobu zapłodnienia nienaturalnego. W pierwszym przypadku argumentuje się pozbawienie dziecka rodziny pełnej (tj. ojca i matki). Natomiast w odniesieniu do konkubentów podaje

⁷³ T. Smoczyński (red.), *System...*, t. 12, Legalis 2011, s. 4 (rozdział I pkt 1).

⁷⁴ M. Łączkowska, Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 74.

⁷⁵ M. Soniewicka, *Dylematy...*, s. 21–24; M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 2, s. 15.

⁷⁶ T. Smoczyński (red.), *System...*, t. 12, Legalis 2011, s. 224 (rozdział VI pkt 16).

się w wątpliwość trwałość takiego związku, a przede wszystkim co do ochrony dobra dziecka w razie jego rozpadu⁷⁷.

Reguły prawa międzynarodowego dotyczącego praw człowieka nie gwarantują przy tym „prawa do dziecka”. Prawo do założenia rodziny nie jest równoznaczne z możliwością płodzenia potomstwa. Poczęcie dziecka powinno być raczej traktowane jako potencjalna możliwość wynikająca z natury człowieka, która w niektórych przypadkach może podlegać ograniczeniu niezależnie od ludzkiej woli⁷⁸.

Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że skorzystanie z usług matki zastępczej pozwala przezwyciężyć bezpłodność oraz może mieć zastosowanie w sytuacji, w której przeciwwskazania zdrowotne zagrażają potencjalnej ciąży⁷⁹. Ma to istotne znaczenie w dzisiejszych czasach, gdy Międzynarodowa Organizacja Zdrowia uznała bezpłodność za chorobę społeczną i stworzyła definicję niepłodności, opisując ją jako „chorobę układu rozrodczego określoną przez nieosiągnięcie klinicznej ciąży po 12 miesiącach lub dłużej uprawiania regularnego niezabezpieczonego stosunku płciowego”⁸⁰. Macierzyństwo zastępcze jest w niektórych krajach prawnie dopuszczalne, a uznanie zamawiających – osób, które zainicjowały przyjsięcie dziecka na świat – za rodziców niejednokrotnie może być zgodne z interesem dziecka, z uwagi na więzi genetyczne oraz więzi społeczne panujące w rodzinie, nieoparte tylko na prostym kryterium, kto urodził dziecko, ale także na tym, kto chce je wychować. W orzecznictwie amerykańskim zwrócono uwagę, że zarówno genetyczne pokrewieństwo, jak i urodzenie dziecka są sposobami ustanowienia relacji matki z dzieckiem. W przypadku gdy oba te sposoby nie dotyczą jednej kobiety, a zostały rozdzielone wskutek zastosowania instytucji macierzyństwa zastępczego, sąd apelacyjny stanu Kalifornia w sprawie Johnson przeciwko Calvert uznał, że matką „naturalną” jest ta kobieta, która zamierzała począć dziecko, tj. ta, która zamierzała doprowadzić do urodzenia dziecka i wychować jako jej własne⁸¹. W sprawie Belsito przeciwko Clark, Sąd w Ohio uznał, że osoby, które dostarczyły materiał genetyczny (zamawiający), powinny zostać uznane za legalnych i „naturalnych” rodziców dziecka urodzonego przez matkę zastępczą⁸². Także w sprawie Baby M, dziecka urodzonego na podstawie umowy zawartej w 1985 r. pomiędzy D. Sternem oraz M. Whitehead z uwagi na „najlepszy interes dziecka” prawa opieki nad dzieckiem przyznano D. Sternowi, który był ojcem dziecka. M. Whitehead, będąca matką zastępczą (i dawczynią materiału genetycznego) mimo zawartej umowy, na podstawie której miała zrzec się praw rodzicielskich do dziecka

⁷⁷ T. Smoczyński (red.), System..., t. 12, Legalis 2011, s. 224 (rozdział VI pkt 16).

⁷⁸ M. Łączkowska, Czy istnieje..., s. 72.

⁷⁹ B. Walerjan, Nowe..., s. 37.

⁸⁰ Zob. F. Zegers-Hochschild, G.D. Adamson, J. de Mouzon, O. Ishihara, R. Mansour, K. Nygren, E. Sullivan, S. Vanderpoel, *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*, 2009 http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology.pdf, dostęp 2 września 2017 r.

⁸¹ M. Soniewicka, Dylematy..., s. 5–6.

⁸² Zob. <https://www.leagle.com/decision/199412167ohiomisc2d541112>, dostęp 18 września 2017 r.

na rzecz małżeństwa Sternów, odmówiła przyjęcia zapłaty i wydania im dziecka. Matka zastępcza została uznana przez sąd za prawną matkę, lecz przyznano jej jedynie prawo do odwiedzania dziecka⁸³.

Bezwzględny zakaz zawierania umów o macierzyństwo zastępcze mógłby przynieść efekt odwrotny do zamierzonego, nie likwidując rzeczywiście korzystania z tej instytucji, a jedynie usuwając ją poza nawias kontroli publicznej. Mogłoby się to wiązać z nadużyciami, wykorzystaniem ekonomicznie słabszej pozycji drugiej strony umowy i prowadzić do rzeczywistego handlu dziećmi, rozumianego jako działania lub transakcje, w drodze których dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek osobę innej osobie/osobom za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną rekompensatą (art. 2 lit. a Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii). Formalny zakaz macierzyństwa zastępczego nie zlikwiduje obiektywnie występujących przyczyn, dla których ludzie decydują się na zawarcie umowy z matką zastępczą, i racji, dla których ludzie decydują się na skorzystanie z tej instytucji⁸⁴.

Wzrastająca liczba osób korzystających z instytucji macierzyństwa zastępczego powinna spowodować ustalenie jasnych, przejrzystych kryteriów dotyczących możliwości zawierania takich umów. W sposób najbardziej kompleksowy macierzyństwo zastępcze zostało uregulowane w projekcie rekomendacji Rady Europy, dotyczącym sztucznej prokreacji ludzkiej, opracowanym w 1989 r. przez tymczasowy Komitet Ekspertów do spraw Bioetyki (Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics – CAHBI)⁸⁵. W pkt I lit. e matkę zastępczą zdefiniowano jako kobietę będącą w ciąży dla innej osoby, która przed zajściem w ciążę wyraziła zgodę na przekazanie dziecka, po jego urodzeniu, tej osobie. W art. 15 opowiedziano się za zakazem stosowania tej instytucji i wskazano, że umowa o macierzyństwo zastępcze nie powinna być wiążąca, zakazano pośrednictwa w zawieraniu takich umów. Przyjęto, że państwa mogą, w wyjątkowych przypadkach określonych w prawie krajowym, dopuścić korzystanie z instytucji macierzyństwa zastępczego, jednakże pod warunkiem, iż matka zastępcza nie uzyska żadnych korzyści materialnych z tym związanych i po urodzeniu dziecka będzie jej przysługiwała możliwość jego zatrzymania. Z kolei Haska Konferencja na temat Prawa Prywatnego Międzynarodowego (Hague Conference on Private International Law – HCCH), międzyrządowa organizacja skupiająca 80 członków, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, a także Unię Europejską, powołała grupę ekspertów w celu rozważenia konieczności prowadzenia prac dotyczących kwestii prawa prywatnego międzynarodowego odnoszących się do statusu dzieci, w tym w zakresie macierzyństwa

⁸³ M. Soniewicka, *Dylematy...*, s. 4–5.

⁸⁴ M. Safjan, *Prawne...*, s. 298.

⁸⁵ Report on Human Artificial Procreation, Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/, dostęp 3 września 2017 r.

zastępczego o charakterze międzynarodowym⁸⁶. W raporcie przygotowanym po spotkaniu Grupy Ekspertów, które odbyło się 15–18 lutego 2016 r. w Hadze⁸⁷, wskazano, że brak jednolitych zasad prawa prywatnego międzynarodowego bądź zgodnego podejścia do kwestii ustanowienia i kwestionowania pochodzenia może prowadzić do konfliktu statusów prawnych i stwarzać problemy dotyczące niepewności ojcostwa lub macierzyństwa, tożsamości dziecka, jego narodowości, problemy imigracyjne oraz związane z porzuceniem dziecka i nieprzeznaczaniem środków na jego utrzymanie. W następstwie spotkania Grupy Ekspertów w dniach od 31 stycznia do 3 lutego 2017 r.⁸⁸ przyjęto możliwość opracowania wiążącego wielostronnego instrumentu dotyczącego uznawania zagranicznych orzeczeń sądowych co do legalnego pochodzenia oraz podkreślono konieczność rozważenia i dalszej dyskusji na temat tego, jak taki instrument mógłby działać. Uznano także, że względu na złożoność tematu i różne podejście przez państwa do instytucji macierzyństwa zastępczego o charakterze międzynarodowym, że konieczna jest dalsza dyskusja co do możliwości przyjęcia w przyszłości uzgodnionych ogólnych zasad prawa prywatnego międzynarodowego odnoszących się do pochodzenia dziecka urodzonego w następstwie zastosowania umowy o macierzyństwo zastępcze o charakterze międzynarodowym.

⁸⁶ Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference of 24–26 March 2015, para. 5, <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>, dostęp 3 września 2017 r.

⁸⁷ Report of the February 2016 meeting of the Experts' Group on parentage / surrogacy, <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3cod50d.pdf>, dostęp 3 września 2017 r.

⁸⁸ Report of the Experts' Group on the parentage / surrogacy project (meeting of 31 January – 3 February 2017), <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249doe.pdf>, dostęp 3 września 2017 r.