



You have downloaded a document from
RE-BUŚ
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym

Author: Mariusz Fras, Dominik Abłażewicz

Citation style: Fras Mariusz, Abłażewicz Dominik. (2008). Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym. "Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" (R. 6 (2008), s. 31-67).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Na tych samych warunkach - Licencja ta pozwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz tak długo jak utwory zależne będą również obejmowane tą samą licencją.



UNIwersYTET ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

Mariusz Fras*
Dominik Abłażewicz**

REŻIM PRAWNY MACIERZYŃSTWA ZASTĘPCZEGO NA TLE PORÓWNAWCZYM

1. Uwagi wprowadzające

W języku potocznym mówiąc o macierzyństwie zastępczym mamy na myśli sytuację, w której jedna kobieta pełni rolę matki w stosunku do dziecka urodzonego przez drugą¹. W sensie socjologicznym instytucja macierzyństwa zastępczego nie jest niczym nowym². W szesnastym rozdziale Księgi Rodzaju odnaleźć bowiem można opowieść o Abramie i jego żonie Saraj. Wobec faktu, iż Saraj nie mogła dać Abramowi potomka, poprosiła go, by zbliżył się do jej niewolnicy – Hagar, aby to ona urodziła dla niej dziecko³. Najprawdopodobniej instytucja powyższa była wśród starożytnych

* Dr Mariusz Fras – adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz adwokat w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Katowicach.

** Mgr Dominik Abłażewicz – doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz aplikant adwokacki w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Katowicach.

¹ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, pod red. T. Smoczyńskiego, Poznań 1996, s. 113; zob. również: P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki. Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, Warszawa 1988, s. 119; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 218 i n.

² P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 119; I.L. Götz, *Surrogate Motherhood*, *Theology Today* 1988, vol. 45, nr 2, s. 189.

³ *Księga Rodzaju* 16, 1-16.

Hebrajczyków rozpowszechniona⁴, bowiem kolejny jej przypadek opisany został w rozdziale trzydziestym Księgi Rodzaju⁵.

Możliwość transferu zarodka do macicy innej kobiety, niż dawczyni komórki jajowej, powoduje nieznanie dawniej rozróżnienie macierzyństwa genetycznego i macierzyństwa biologicznego. W rezultacie tego zjawiska straciła swój walor łacińska paremia *mater semper certa est*⁶. Chodzi bowiem o odpowiedź na pytanie, czy matką dziecka jest kobieta rodząca dziecko, czy dawczyni komórki rozrodczej. Matka zastępcza może być związana z dzieckiem węzłem krwi. W praktyce tak rozumiane macierzyństwo zastępcze jest odpowiednikiem przewidzianej przez prawo instytucji opieki, którą wszakże w pierwszej kolejności może, a nawet powinna sprawować osoba związana z dzieckiem węzłem pokrewieństwa.

Rozdzielenie macierzyństwa biologicznego, wynikającego z faktu urodzenia dziecka, od macierzyństwa genetycznego, wynikającego z pochodzenia komórki jajowej wykorzystanej do zabiegu wywołuje ten skutek, iż żadnej z zainteresowanych kobiet nie można odmówić prawa do rodzicielstwa⁷. W niektórych państwach ustawodawstwo wskazuje, iż matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, a nie dawczyni komórki rozrodczej (m.in. Bułgaria⁸, Wielka Brytania⁹, Australia – prowincja Victoria¹⁰). W innych państwach,

⁴ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z próbówki...*, s. 120; I.L. Götz, *Surrogate Motherhood...*, s. 189 i n.

⁵ „Rachela zaś widząc, że nie urodziła Jakubowi dzieci, zazdrościła swej siostrze i rzekła do Jakuba: Spraw, abym miała dzieci, bo jeśli nie, to wypadnie mi umrzeć. Jakub rozgniewał się na Rachelę i rzekł: Czy ja jestem Bogiem, który odmówił Ci potomstwa? A ona rzekła: Oto niewolnica moja Bilha, obcuj z nią, że będzie mogła porodzić na kolanach moich, abym i ja miała z niej dzieci”; *Księga Rodzaju* 30, 1-3.

⁶ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z próbówki...*, s. 115; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 191.

⁷ M. Działyńska, *Problematyka prawna...*, s. 118.

⁸ Zgodnie z art. 31 bułgarskiego kodeksu rodzinnego „*Macierzyństwo jest ustalone przez urodzenie. Identyfikacyjnie należy rozstrzygnąć w wypadku macierzyństwa wobec dziecka poczętego z materiału genetycznego innej kobiety*”.

⁹ *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, c. 37, PGAGSM 1990, part IV, p. 1471-1509.

¹⁰ *Status of Children (Amendment) Act*, 1984. Ustawa ta przewiduje, iż w wypadku wykorzystania w ramach zapłodnienia pozaustrojowego obcej komórki żeńskiej domniemywa się, że kobieta, od której pochodzi komórka jajowa nie jest matką dziecka, a jednocześnie – że jest matką dziecka kobieta, do której organizmu komórka ta została implantowana. Jednocześnie ustawodawca wskazał, że domniemanie to ma charakter domniemania niewzruszalnego.

choć nie ma przepisów bezpośrednio rozstrzygających macierzyństwo jednej z dwóch kobiet, jednak powszechnie respektuje się zasadę wiążącą macierzyństwo prawne z faktem urodzenia, zgodnie z paremią *mater est quam gestatio demonstrat*¹¹.

Tzw. macierzyństwo zastępcze nie stanowi odrębnej w kategoriach medycznych techniki sztucznego poczęcia dziecka, jest więc zjawiskiem charakterystycznym nie ze względu na samą technikę, lecz okoliczności jej zastosowania¹². Odwołanie się do tej formy prokreacji może wiązać się z kombinacją różnych metod. Wspólną wszakże cechą jest to, że kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko bez intencji jego wychowania i przejęcia w przyszłości jakiegokolwiek odpowiedzialności rodzicielskiej, zaś w umowie zawieranej przed poczęciem dziecka z innymi osobami (które w piśmiennictwie określa się jako „rodziców socjologicznych”¹³ dziecka) zobowiązuje się do natychmiastowego jego wydania z chwilą urodzenia i wyrażenia zgody na adopcję przez swoich kontrahentów lub jednego z nich¹⁴. Wedle określenia Raportu Mary Warnock z 1984 r.¹⁵, macierzyństwo zastępcze to „praktyka

Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 126.

¹¹ T. Smoczyński [w:] *System Prawa Prywatnego*, Tom 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 223; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 127.

¹² P.F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze – przegląd prawno porównawczy*, RPEiS 1991, nr 10-12, s. 123; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 135; inaczej: M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, PiP 2003, z. 8, s. 97.

¹³ Należy jednakże podkreślić, iż w obcej literaturze, jak również aktach prawnych tych państw, które w pewnym zakresie uregulowały problematykę prawną dotyczącą macierzyństwa zastępczego bądź czynią takie właśnie próby, spotyka się różną terminologię; por. M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, SP 1993, z. 1, s. 88.

¹⁴ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 135; co do pojęcia umów o macierzyństwo zastępcze i samego zjawiska w różnych aspektach prawnych, etycznych i socjologicznych, zob. m.in. B.M. Dickens, *Legal Aspects of Surrogate Motherhood: Practices and Proposals*, Cambridge 1987; A. Katz, *Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Law*, Columbia Journal of Law and Social Problems 1986, vol. 20/1, s. 1 i n.; W. van den Daele, *Mensch nach Mass?*, München 1985, s. 48; por. również opracowanie Rady Europy, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo comparative study on the situation in 39 states*, Strasbourg 1998.

¹⁵ Rządowa komisja pod przewodnictwem Mary Warnock została powołana w Wielkiej Brytanii w celu zbadania socjologicznych, etycznych i prawnych skutków rozwoju w dziedzinie sztucznie wspomaganey prokreacji; por. M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99.

polegająca na tym, że kobieta pozostaje w ciąży dla innej kobiety z zamiarem przekazania jej dziecka po porodzie¹⁶.

Według Komisji do spraw Reformy Prawa w Ontario¹⁷, wyróżnić można następujące konfiguracje macierzyństwa zastępczego:

1. kobieta zostaje sztucznie zapłodniona *in vivo* nasieniem dawcy, a po porodzie dziecko zostaje przekazane dawcy nasienia;

2. jajo kobiety zostaje zapłodnione *in vitro*, embriion zostaje wszczepiony do macicy kobiety zdolnej do donoszenia ciąży, po porodzie zaś dziecko zostaje przekazane dawczyni jaja;

3. kobieta zostaje zapłodniona *in vivo*, embriion zostaje wyplukany z jej macicy¹⁸ i wszczepiony do macicy innej kobiety zdolnej do donoszenia ciąży, zaś po porodzie dziecko zostaje przekazane dawczyni komórki jajowej;

4. komórka jajowa kobiety zostaje zapłodniona *in vitro* lub *in vivo* z następnym wyplukaniem go z macicy i wszczepieniem do macicy innej kobiety, a po porodzie dziecko zostaje przekazane osobie trzeciej, tj. dawcy nasienia i jego żonie¹⁹.

Analogicznie w piśmiennictwie²⁰ wskazuje się, iż można rozróżnić pełne i częściowe zastępcze macierzyństwo. Pełne macierzyństwo zastępcze²¹ ma miejsce w wypadku, gdy para pragnąca mieć dziecko²² przy pomocy

¹⁶ U.K. Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Her Majesty's Stationery Office, London 1984, nr 8.1, s. 42.

¹⁷ Ministry of the Attorney General, Ontario Law Reform Commission, Canada, *Report of Human Artificial Reproduction and Related Matters*, t. II, 1985, s. 218.

¹⁸ Tzw. *flushing*.

¹⁹ P.F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 124.

²⁰ D. Pretorius, *Surrogate Motherhood. A worldwide View of the Issues*, Springfield, Illinois 1994, s. 15-16; R.F. Chadwick, *Having Children: Introduction*, [w:] *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, pod red. R.F. Chadwick, London – New York 1992, s. 38-39; P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 122-123, 140-141.

²¹ Zwane również „czystym”; por. T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodo*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, pod red. T. Smyczyńskiego, Poznań 1996, s. 60.

²² W piśmiennictwie jako stronę umowy o macierzyństwo zastępcze określa się ich mianem „*intended parents*”. Por. m.in. T.R. Schlesinger, *Assisted Human Reproduction: Unsolved Issues in Parentage, Child Custody and Support*, *Journal of the Missouri Bar* 2005, vol. 61, nr 1, s. 2.

innej kobiety dostarcza matce zastępczej zapłodniony embriion. Częściowe macierzyństwo zastępcze występuje zaś wówczas, gdy matka zastępcza zostaje zapłodniona nasieniem mężczyzny, który chce być ojcem dziecka bez stosunku płciowego z matką zastępczą i bez nawiązywania z nią stosunków o charakterze rodzinnym²³.

Podkreślić należy, że stosowana w literaturze terminologia bywa zróżnicowana. W piśmiennictwie amerykańskim wśród form zastępczego macierzyństwa najczęściej wyróżnia się tzw. „tradycyjne” macierzyństwo zastępcze i tzw. „gestacyjne” macierzyństwo zastępcze²⁴. Tradycyjne macierzyństwo zastępcze występuje, gdy zastępcza matka zostaje zapłodniona nasieniem dawcy, któremu po porodzie przekazuje dziecko. W przypadku tradycyjnego macierzyństwa zastępczego zastępcza matka jest genetycznie związana z dzieckiem. W piśmiennictwie wyróżnia się również tzw. „gestacyjne” macierzyństwo zastępcze polegające na tym, że kobieta godzi się na wszczęcie do jej macicy embriionu utworzonego z komórki jajowej i nasienia „rodziców socjologicznych”. W tej konfiguracji „rodzice socjologiczni” są jednocześnie rodzicami genetycznymi dziecka. Wskazać można jeszcze na tzw. gestacyjne macierzyństwo zastępcze z donacją jaja, w którym kobieta godzi się na wszczęcie do jej macicy embriionu utworzonego z komórki jajowej osoby trzeciej (najczęściej anonimowej) i nasienia „ojca socjologicznego”.

Wskazuje się, że „do istoty macierzyństwa zastępczego należy również porozumienie między kobietą mającą urodzić dziecko a osobą lub osobami, którym dziecko ma zostać wydane i które będą je wychowywać jak swoje własne. Spośród licznych postanowień, mogących składać się na takie porozumienie, najistotniejszym elementem jest przyrzeczenie matki zastępczej, iż podda się zabiegom medycznym niezbędnym do powstania ciąży i przekaże w sposób nieodwołalny pieczę nad dzieckiem po porodzie oraz wzajemne przyrzeczenie drugiej strony (stron), iż przyjmie dziecko. Porozumienie takie może także zawierać postanowienia co do wynagrodzenia należnego matce zastępczej od przyszłych „rodziców” za wykonanie przyrzeczonych

²³ M. Safjan, *Prawne problemy zastępczego macierzyństwa*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, pod red. W. Lang, Toruń 2000, s. 293.

²⁴ Zob. m.in.: T.R. Schlesinger, *Assisted Human Reproduction...*, s. 2; J.L. Dolgin, *Defining The Family: Law, Technology, And Reproduction In An Uneasy Age*, New York 1997, s. 64, 66-67.

świadczeń. Niektóre kobiety godzą się jednak, z pobudek altruistycznych²⁵, na nicodpłatne urodzenie dziecka”²⁶.

Kwestiami wywołującymi najwięcej sporów są niewątpliwie: 1) dopuszczalność umów mających za przedmiot macierzyństwo zastępcze, 2) treść umowy będącej podstawą stosunku prawnego między zainteresowanymi, a zwłaszcza problem odpłatności²⁷.

Instytucja zastępczego macierzyństwa jest traktowana odmiennie w wielu krajach świata. W wielu państwach uchwalono odpowiednie ustawy normujące powyższe zagadnienie, a także określono przesłanki i skutki zawierania umów o macierzyństwo zastępcze, w innych zaś problematykę tą reguluje orzecznictwo lub ustalone zwyczaje. Trudno oprzeć się stwierdzeniu, iż w kwestii zastępczego macierzyństwa świat podzielił się na dwa obozy. Jak wskazano w literaturze, kształtuje się bowiem wyraźny, typologiczny podział rozwiązań normatywnych oparty na prymacie techniki bądź na prymacie osoby²⁸. Przyczyną zróżnicowanego podejścia w poszczególnych ustawodawstwach do problematyki zastępczego macierzyństwa – czy szerzej – do kwestii medycznie wspomaganey prokreacji ludzkiej jest różnorodność polityczna, prawna oraz w zakresie poziomu gospodarczego i naukowego reprezentowanego w poszczególnych państwach. Nie bez znaczenia jest również tradycja obyczajowa i religijna poszczególnych społeczeństw narodowych, obowiązujące zasady prawa rodzinnego oraz standardy praw człowieka w tak bardzo związanej z moralnością dziedzinie, jaką jest ludzka prokreacja²⁹. Zaliczenie danego prawodawstwa do określonego makrosystemu następuje przy wykorzystaniu kryteriów podziału systemów prawnych świata na rodziny (kręgi), który został przyjęty we współczesnej nauce prawa porównawczego. Główne znaczenie dla tego podziału, w kontekście omawianej problematyki, mają różnice w rozumieniu pojęcia prawa, które wynikają

²⁵ Zob. T. Smyczyński [w:] *System...*, pod red. T. Smyczyńskiego, s. 222; B.M. Baker, *A Case for Permitting Altruistic Surrogacy*, *Hypatia* 1996, nr 2, s. 34 i n.; M. Kirkman, A. Kirkman, *Sister-to-sister gestational 'surrogacy' 13 years on: a narrative of parenthood*, *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2002, nr 3, s. 135-147.

²⁶ Ministry of the Attorney General, Ontario Law Reform Commission, Canada, *Report of Human Artificial Reproduction and Related Matters*, t. II, 1985, s. 218-219.

²⁷ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 97.

²⁸ T. Smyczyński, *Wstęp*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, pod red. T. Smyczyńskiego, Poznań 1996, s. 8.

²⁹ T. Smyczyński, *Pojęcie i status prawny...*, s. 11.

z odmiennego etycznego i społecznego pojmowania świata, odmienności źródeł prawa i zasad myślenia prawniczego oraz rozbieżności głównych pojęć prawnych. Na podstawie wspomnianych kryteriów wyróżnia się w piśmiennictwie następujące rodziny prawa: Europy kontynentalnej (krąg germański i romański), anglo-amerykańską oraz Bliskiego i Dalekiego Wschodu³⁰. Do przedstawionej systematyki rodzin prawa nawiązuje konstrukcja niniejszej pracy. W niniejszym opracowaniu przedstawiono w koniecznym zakresie rozwiązania normatywne przyjęte za granicą, a nawet przebieg dyskusji poprzedzających uchwalenie stosownych ustaw. Natomiast drobiazgowo opisywanie rozwiązań przyjętych we wszystkich państwach, które tą kwestię unormowały, wydaje się zbędne, a także wykraczające poza cel i ramy niniejszej pracy.

2. Izrael

W 1991 r. izraelski rząd utworzył komisję publiczną w celu zbadania socjologicznych, etycznych, religijnych i prawnych aspektów zapłodnienia *in vitro*³¹. Zasadniczym zadaniem komisji było przygotowanie projektu ustawy regulującej kwestie związane z macierzyństwem zastępczym. Zgodnie z zaleceniami komisji, Kneset przyjął ustawę dotyczącą macierzyństwa zastępczego w marcu 1996 r.³² Twórcy nowej regulacji musieli wypracować kompromis pomiędzy zapatrywaniami ortodoksyjnymi, a bardziej liberalnym podejściem świeckich obywateli Izraela³³.

Zgodnie z ustawodawstwem Izraela, specjalna komisja, tzw. Komisja Aprobująca, musi wyrazić zgodę na każdy przypadek macierzyństwa zastępczego. Powyższa Komisja jest multidyscyplinarnym ciałem powołanym przez ministra zdrowia i składa się z siedmiu członków: dwóch lekarzy specjalistów z dziedziny ginekologii i położnictwa, jednego lekarza specjalistę z dziedziny medycyny wewnętrznej, psychologa klinicznego, pracownika

³⁰ Por. uwagi J. Poczobuta, *Umowa leasing w prawie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 1995, s. 88.

³¹ State of Israel, Ministry of Justice, *Report – Public professional Commission in Matters of In-Vitro Fertilization*, 1994.

³² State of Israel, Knesset Law, Surrogacy, 1996; szerzej: J.G. Schenker, *Legal Aspects of ART Practice in Israel*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 2003, nr 7, s. 250-259.

³³ Szerzej: A. Benshushan, J.G. Schenker, *Legitimizing surrogacy in Israel*, *Human Reproduction* 1997, nr 12, s. 1832 i n.

socjalnego, prawnika – jako reprezentanta społeczeństwa oraz duchownego – zgodnie z religią wyznawaną przez ubiegające się o zgodę strony. Decyzje Komisji podejmowane są większością głosów, w obecności co najmniej pięciu członków włącznie z przewodniczącym.

Komisja wydała wytyczne, jakimi kieruje się w każdym rozpatrywanym przez siebie przypadku macierzyństwa zastępczego. Zgodnie z powyższymi dyrektywami:

- pełne macierzyństwo zastępcze jest dozwolone wyłącznie w przypadku, gdy gamety są dostarczane przez parę rodziców socjologicznych, która musi być małżeństwem zawartym zgodnie z obowiązującym w Izraelu prawem. W szczególnych przypadkach Komisja może zezwolić również na macierzyństwo zastępcze z donacją komórki jajowej. Donacja nasienia jest zabroniona, bowiem – wedle Judaizmu – tak poczęte dziecko byłoby „nieprawe”³⁴;

- strony umowy muszą być pełnoletnimi obywatelami Izraela. Rozwiązanie to ma na celu zapobieżenie wykorzystywaniu kobiet z krajów trzeciego świata, a także nielegalnej komercjalizacji procedury;

- matka zastępcza powinna być stanu wolnego. W innym razie dziecko, które urodzi będzie – zgodnie z Judaizmem – dzieckiem „nieprawym”. W krańcowych przypadkach Komitet może również usankcjonować umowę zawartą przez mężatkę;

- matka zastępcza pozostaje anonimowa; nie może być spokrewniona z rodzicami socjologicznymi dziecka, tj. wyłączone jest macierzyństwo zastępcze dokonywane przez matkę, córkę, wnuczkę, siostrę, ciotkę czy kuzynkę (natomiast przysposobienie nie stanowi tu bariery). Celem powyższej regulacji jest zapobieżenie ewentualnym naciskom na krewnych oraz innych komplikacji wewnątrz rodziny;

- w związku z faktem, iż społeczeństwo Izraela składa się z różnych grup etnicznych i religijnych, podczas prac nad projektem ustawy o macierzyństwie zastępczym brano również pod uwagę stanowisko różnych grup wyznaniowych. Zgodnie z Judaizmem, wyznanie dziecka zdeterminowane jest przez wyznanie jego matki. W związku z tym matka zastępcza powinna wyznawać tą samą religię, co para będąca stroną umowy. Komisja może jednak po kon-

³⁴ Por. szerzej: J.G. Schenker, *Religious views regarding gamete donation*, [w:] *Family Building Through Egg and Sperm Donation*, pod red. M.M. Seibel, S.L. Crockin, Boston 1996, s. 238-250.

sultacji z duchownym wchodzącym w jej skład zezwolić na zawarcie umowy pomiędzy wyznawcami różnych religii. Jako że Muzułmanie i Chryścjanie mają wobec instytucji macierzyństwa zastępczego stanowisko negatywne, wyrażenie zgody na zawarcie takiej umowy jest dalece wątpliwe.

Aby Komisja udzieliła zgody na zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze, jej strony muszą spełnić szereg przesłanek. Po pierwsze, strony muszą przedstawić zaświadczenie lekarskie stwierdzające, że genetyczna matka nie może zająć w ciążę, nie może donosić ciąży, lub też że ciąża stanowiłaby znaczne zagrożenie dla jej zdrowia. Po wtóre, konieczne jest stwierdzenie zdolności obu stron do przystąpienia do procedury związanej z macierzyństwem zastępczym. Kandydatka na zastępczą matkę musi poddać się szczegółowym badaniom ginekologicznym w celu wykluczenia ewentualnych chorób, które mogłyby się nasilić w trakcie ciąży, czy wskutek porodu. Ponadto matka zastępcza powinna dostarczyć spis zażywanych przez siebie w przeszłości leków, które mogłyby zaszkodzić płodowi. Badanie ginekologiczne musi wykluczyć wszelkie zaburzenia, które mogą stanowić przyczynę poronienia, przedwczesnego porodu, czy też innych komplikacji związanych z ciążą. Strony umowy o macierzyństwo zastępcze muszą również poddać się badaniom psychologicznym. Prowadzący badania psycholog lub pracownik socjalny zobowiązany jest do złożenia oświadczenia, iż udzielił parze rodziców socjologicznych profesjonalnej konsultacji, podczas której dyskutowano o innych niż macierzyństwo zastępcze możliwościach rodzicielstwa.

Jednym z głównych zadań, jakie postawiono Komisji Aprobującej jest zapobieżenie nielegalnej komercjalizacji procedury zastępczego rodzicielstwa. Komisja nadzoruje wykonanie umowy w zakresie wydatków i może sugerować wypłacanie matce zastępczej każdego miesiąca pewnych kwot pieniężnych w celu pokrycia jej aktualnych wydatków, takich jak koszty leczenia, ubezpieczenia, porad prawnych, a także tytułem odszkodowania za utratę wynagrodzenia oraz zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne i psychiczne związane z ciążą.

Stosownie do prawa międzynarodowego, matka jest definiowana jako kobieta, która urodziła dziecko. W związku z tym odstąpienie przez matkę zastępczą od umowy może pociągnąć za sobą bardzo poważne problemy natury prawnej. W celu uniknięcia takich trudności, izraelski ustawodawca przewidział następujące uregulowania:

- mianowany przez właściwego ministra pracownik socjalny jest jedynym prawnym opiekunem dziecka do czasu ostatecznego sfinalizowania procedury przysposobienia;
- rodzice socjologiczni i matka zastępcza powinni powiadomić pracownika socjalnego o przewidywanym miejscu urodzenia i terminie porodu najpóźniej z końcem piątego miesiąca ciąży. Pracownik socjalny powinien być powiadomiony o fakcie urodzenia dziecka w przeciągu 24 godzin od chwili nastąpienia tego faktu;
- po porodzie dziecko będzie znajdowało się pod opieką rodziców socjologicznych;
- matka zastępcza przekaze dziecko rodzicom socjologicznym w obecności pracownika socjalnego możliwie jak najwcześniej po porodzie;
- w ciągu siedmiu dni od urodzenia dziecka, rodzice socjologiczni wystąpią z wnioskiem o jego przysposobienie. Jeśli rodzice tego nie uczynią, ze wspomnianym wnioskiem wystąpi pracownik socjalny;
- Sąd udzieli zgody na przysposobienie dziecka przez jego socjologicznych rodziców, o ile nie będzie się to sprzeciwiało jego dobru.

W krańcowych przypadkach, gdy dziecko dozna podczas porodu ciężkiego urazu, zostanie zarażone wirusem HIV w trakcie ciąży, lub w innych okolicznościach, w których socjologiczni rodzice dziecka odstąpią od umowy, prawnym opiekunem dziecka staje się matka zastępcza. Jeśli matka zastępcza odmówi podjęcia się wychowywania dziecka, które urodziła, zostaje ono przekazane do ośrodka opiekuńczego.

Sąd może wyrazić zgodę na odstąpienie od umowy przez matkę zastępczą wyłącznie w przypadku, gdy sprawozdanie pracownika socjalnego zawiera niepodważalny dowód faktu, iż nastąpiła zmiana w okolicznościach, która uzasadnia to odstąpienie, a ponadto, gdy nie ucierpi przez to dobro dziecka. Po sfinalizowaniu procedury adopcyjnej dziecka, sąd nie może wyrazić zgody na odstąpienie od umowy. W przypadkach, w których sąd wyraża zgodę na odstąpienie od umowy, powinien wskazać matkę zastępczą jako prawną matkę i jedyną opiekunkę prawną dziecka. Sąd może również w powyższym rozstrzygnięciu orzec o możliwości kontaktów rodziców socjologicznych z dzieckiem. W kompetencji sądu leży również możliwość zasądzenia od matki zastępczej zwrotu kosztów poniesionych na jej rzecz przez socjologicznych rodziców dziecka.

Ustawa o macierzyństwie zastępczym nie zakazuje matce zastępczej korzystania z dostępnych zabiegów medycznych, w tym również dokonania przerwania ciąży, zgodnie z ustanowionymi w tym zakresie przepisami. Rodzice socjologiczni, ani żadna inna instytucja nie mają możliwości kontroli nad życiem matki zastępczej w trakcie ciąży, tj. nad wyżywieniem, używaniem alkoholu, zachowaniom seksualnym, czy używaniem narkotyków. Rodzice socjologiczni nie mają również prawa do interwencji w kwestii opieki prenatalnej udzielonej matce zastępczej, a tym bardziej nie mogą zmusić jej do poddania się procedurom prenatalnym wbrew jej woli.

Zgodnie z ustawą z 1996 r. zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze bez uzyskania zgody Komisji Aprobującej, jest przestępstwem zagrożonym karą do jednego roku pozbawienia wolności. Taką samą karą zagrożone jest opublikowanie szczegółów z dyskusji w łonie Komisji, które zawierają informacje umożliwiające identyfikację którejkolwiek ze stron umowy.

3. Indie

Rozwój technologii wspomaganey prokreacji ludzkiej rozpoczął się w Indiach w latach osiemdziesiątych XX wieku próbami zastosowania zapłodnienia *in vitro*. Wskutek ogólnonarodowej debaty dotyczącej kontroli przyrostu naturalnego, rząd tego kraju wstrzymał wszelkie dotacje na badania nad ludzkim embrionem, przez co prace mające na celu doskonalenie wiedzy w zakresie wspomaganey prokreacji były kontynuowane w prywatnych ośrodkach, poza kontrolą sprawowaną przez rząd i opinię publiczną. Wobec braku dostatecznej regulacji odnośnie do tej materii, macierzyństwo zastępcze jest w Indiach problemem natury etycznej, a nie prawnej³⁵. Z uwagi na wyznanie, społeczeństwo Indii podzielić można na trzy grupy: wyznawców Hinduizmu (stanowiących ok. 79% populacji), Muzułmanów (13%) i Chrześcijan (8%). Prawo wyznawców Hinduizmu ma nader elastyczny charakter i akceptuje wszystko, co dobre dla rodzaju ludzkiego pod warunkiem, iż nie narusza to wartości moralnych innych osób. Muzułmanie zamieszkujący Indie w zasadzie nie sprzeciwiają się rozwojowi technik wspomaganey prokreacji ludzkiej, z wyjątkiem jednak donacji nasienia, komórek jajowych i embrionów³⁶.

³⁵ Por. B.N. Chakravarty, *Legislation and Regulations Regarding the Practice of Assisted Reproduction in India*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 2001, nr 1, s. 10-14.

³⁶ Por. G.M. Lockwood, *Donating Life: Practical and ethical issues in gamete donation*, *Ethical Dilemmas in Assisted Reproduction* 1997, nr 7, s. 23.

Skrajnie negatywne stanowisko w społecznym dyskursie dotyczącym wspomnianych wyżej technik zajmują chrześcijanie, którzy powołują się na fakt, iż godzą one w wyznawane przez nich wartości moralne.

Przez ostatnie 10 lat w indyjskim społeczeństwie medycznym toczyła się dyskusja dotycząca potrzeby regulacji kwestii związanych ze sztuczną prokreacją ludzką³⁷. Z uwagi na stosunkowo powolny rozwój sztucznych technik rozrodu, indyjski system *common law* nie miał możliwości ukształtowania jednolitej praktyki prawnej w powyższym zakresie.

4 września 2002 r. minister zdrowia Indii, Prasada Rao, opublikował Wytyczne³⁸ w sprawie regulacji technik sztucznej prokreacji sporządzone na podstawie wielu konsultacji i społecznych debat. Podstawowym wymogiem sformułowanym w Wytycznych jest zachowanie w praktykach związanych z medycznie wspomaganą prokreacją walorów etycznych³⁹. Ponadto wskazuje się na konieczność utworzenia narodowego rejestru klinik zajmujących się powyższą materią oraz objęcie ich systemem akredytacji i licencji.

W porządku prawnym obowiązującym na obszarze Indii brak jest jakiegokolwiek regulacji dotyczącej kwestii macierzyństwa zastępczego. Odpowiedzi na pytanie odnośnie do dopuszczalności tej instytucji nie udziela również orzecznictwo tego kraju. Jedynym punktem odniesienia wydają się być etyczne zapatrywania społeczeństwa, które różnią się w zależności od wyznawanej religii. *Loci communis* na etycznej mapie Indii leżą w jednym z postanowień umownych umowy o zastępcze macierzyństwo, a mianowicie w kwestii odpłatności. „Komercyjne” macierzyństwo zastępcze jest w Indiach powszechnie oceniane jako niewłaściwe i uznane za niedopuszczalne. Instytucja ta akceptowana jest w społeczeństwie jedynie w przypadku, gdy strony są spokrewnione, a także gdy zastępcza matka za wykonanie swego zobowiązania nie pobiera żadnego wynagrodzenia. Koniecznym warunkiem

³⁷ Por. G.N. Allahbadia, K. Kaur, *Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India – A Distant Dream?*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 2003, nr 7, s. 276-280.

³⁸ Indian Council of Medical Research, *National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India – Draft*, National Academy of Medical Sciences, New Dehli 2002;

³⁹ Szerzej na temat Wytycznych indyjskiego rządu, por. T.C. Anand Kumar, *Proposed legislation for assisted reproductive technology clinics in India*, *Reproductive Biomedicine Online* 2002, nr 3, s. 351-352; T.C. Anand Kumar, *The Indian Council of Medical Research issues a statement on assisted reproductive techniques*, *Reproductive BioMedicine Online* 2001, nr 2, s. 88.

społecznej akceptowalności tej formy prokreacji ludzkiej jest uzyskanie świadomej zgody partnerów obu stron umowy⁴⁰.

4. Daleki Wschód

Jak dotąd, medycznie wspomagana prokreacja ludzka nie doczekała się w Japonii regulacji w formie aktu powszechnie obowiązującego prawa. Reakcją na pierwszy dokonany w Japonii transfer embrionu zapłodnionego metodą *in vitro* było dość restryktywne wobec technik sztucznej prokreacji stanowisko Japońskiego Stowarzyszenia Ginekologii i Położnictwa, które zostało opublikowane w 1983 r.⁴¹ Japońscy lekarze stosują techniki medycznie wspomaganej prokreacji jedynie w oparciu o kryteria zawarte w powyższym stanowisku⁴². Po pierwszym znanym opinii publicznej przypadku zastępczego macierzyństwa, który miał miejsce w maju 2001 r., Komisja Etyki Japońskiego Stowarzyszenia Ginekologii i Położnictwa opublikowała 12 grudnia 2001 r. raport dotyczący opinii środowisk medycznych, prawniczych i duchownych na temat tej formy medycznie wspomaganej prokreacji. Na podstawie powyższego raportu Stowarzyszenie sporządziło Oświadczenie⁴³, które zostało w dniu 10 marca 2003 r. zaaprobowane przez Radę Stowarzyszenia i zostało przyjęte przez 55. walne zgromadzenie jego członków.

Komisja Etyki Japońskiego Stowarzyszenia Ginekologii i Położnictwa uznała, iż zastępcze macierzyństwo nie może być w Japonii dopuszczalne z czterech powodów:

- dobru dziecka należy nadać najwyższy priorytet;
- zastępcze macierzyństwo związane jest zarówno z ryzykiem fizycznym, jak i ze znacznym obciążeniem psychicznym;
- zastępcze macierzyństwo przyczynia się do komplikowania relacji rodzinnych;

⁴⁰ B.N. Chakravarty, *Legislation and Regulations...*, s. 12.

⁴¹ *Statement of Japan Society of Obstetrics and Gynecology*, Acta Obstetrica et Gynaecologica Japonica 1999, nr 51, s. 15-43; Szerzej, por.: N. Takeshita, K. Hanaoka, Y. Shibui, H. H. Jinnai, Y. Abe, H. Kubo, *Regulating Assisted Reproductive Technologies in Japan*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2003, nr 7, s. 260-264.

⁴² Por. S.N. Shinagawa, *Short History of Reproductive Medical Problems in Japan*, Eubios Journal of Asian and International Bioethics 1996, nr 6, s. 158-159.

⁴³ *Ethics Committee Views on Surrogacy (draft)*, Japan Society of Obstetrics and Gynecology Journal 2002, nr 4.

– umowy o macierzyństwo zastępcze nie są akceptowane ze względów etycznych przez wszystkie sektory społeczeństwa.

W literaturze wskazuje się, iż pomimo braku regulacji medycznie wspomaganą prokreacji w japońskim ustawodawstwie, umowy o macierzyństwo zastępcze należałoby uznać za nieważne, bowiem w społeczeństwie jest ona spostrzegana jako naruszenie porządku publicznego i moralności⁴⁴, co zgodnie z art. 90 japońskiego kodeksu cywilnego pociąga za sobą nieważność umowy⁴⁵.

W 1987 r. powołano w Hong Kongu multidyscyplinarny Komitet, którego zadaniem było przedstawienie rządowi społecznych, moralnych, etycznych i prawnych konsekwencji płynących z medycznie wspomaganą prokreacji ludzkiej. W 1995 r. powołano złożoną z 21 specjalistów Radę, w celu opracowania ram prawnych regulacji sztucznej prokreacji oraz projektu kodeksu praktyki. 29 czerwca 2000 r. Rada Legislacyjna uchwaliła rozporządzenie w sprawie medycznie wspomaganą prokreacji⁴⁶. Zgodnie z powyższym rozporządzeniem, umowy o macierzyństwo zastępcze o charakterze odpłatnym są zabronione. Rozporządzenie zabrania ponadto publikacji ogłoszeń dotyczących macierzyństwa zastępczego. Umowa o macierzyństwo zastępcze jest w świetle tej regulacji nieważna. W literaturze wskazywano jednak, że instytucja ta powinna być zabroniona nie tylko w odniesieniu do umów o charakterze odpłatnym⁴⁷. Reakcją na powyższe sugestie było wydanie przez Ministra Zdrowia Chin rozporządzenia w sprawie środków kontroli nad technologiami wspomaganą prokreacji ludzkiej⁴⁸. Art. 22 tego rozporządzenia wprowadza całkowity zakaz stosowania zastępczego macierzyństwa⁴⁹.

⁴⁴ Por. K. Hoshimo, *Japanese and western bioethics: studies in moral diversity*, Dordrecht 1997.

⁴⁵ Szerzej por. S. Nozawa, K. Banno, *Surrogacy*, Japan Medical Association Journal 2004, nr 4, s. 192-203.

⁴⁶ Ordinance No 47 of 2000; szerzej: E. Hung Yu Ng, A. Liu, C.H.Y. Chan, C. Lai Wan Chan, W. Shu Biu Yeung, P. Chung Ho, *Regulating Reproductive Technology in Hong Kong*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2003, nr 7, s. 218-286

⁴⁷ Por. H.W. Chen, J. Tao, *Moral exploration of whether surrogate motherhood should be comprehensively prohibited in Hong Kong*, [w:] *Value and society*, pod red. J. Tao, Q. Ren-Zong, Beijing 1997, s. 137-155.

⁴⁸ Ministry of Health, *Measures of administration of human assisted reproductive technologies*, Health Newspaper 2001, March 6, s. 3.

⁴⁹ Szerzej Q. Ren-Zong, *Sociocultural dimensions of infertility and assisted reproduction*

5. Stany Zjednoczone

Biorąc pod uwagę fakt, iż ustawodawstwo federalne Stanów Zjednoczonych nie reguluje kwestii związanych z macierzyństwem zastępczym, kompetencję legislacyjną w tym zakresie przekazano władzom poszczególnych stanów. W 1988 r. w celu ujednoczenia prawa wydano ustawę zatytułowaną *Uniform Status of Assisted Conception Act*, który miał stanowić model dla legislacji stanowych⁵⁰. Jeden z przepisów przewiduje, że kobieta, która rodzi dziecko, jest jego matką, chyba że umowa o macierzyństwo zastępcze zostanie zatwierdzona przez sąd przed poczęciem dziecka. W braku sądowego zatwierdzenia umowa miałaby być nieważna⁵¹. Pomimo faktu, iż celem uchwalenia *Uniform Status of Assisted Conception Act* miała być unifikacja przepisów stanowych dotyczących kwestii umów o macierzyństwo zastępcze, regulacja tej instytucji jest odmienna w poszczególnych stanach. Sześć z nich zezwala na zawieranie takich umów: Arkansas, Kalifornia, Illinois⁵², Massachusetts, New Jersey⁵³ i Waszyngton⁵⁴. Ustawodawstwo i orzecznictwo kolejnych jedenastu stanów oraz Dystryktu Kolumbii zawierają zakaz zawierania umów o macierzyństwo zastępcze w każdym przypadku, lub pod pewnymi warunkami⁵⁵. Ustawodawstwo pozostałych 34 stanów nie zawiera jednoznacznej odpowiedzi w kwestii dopuszczalności tej instytucji⁵⁶. Ograniczony zakres niniejszego opracowania nie pozwala na omówienie regulacji każdego ze stanów. Ze względów prawnoporównawczych rozważania dotyczące macierzyństwa zastępczego w USA zostaną przedstawione oddzielnie dla kilku ze stanów. Kryterium ich doboru stanowił reprezentatywny charakter przyjętych w ramach danego stanu regulacji w odniesieniu do tematyki stanowiącej przedmiot niniejszej pracy.

in the Far East, [w:] E. Vayena, P.J. Rowe, P.D. Griffin, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva 2002, s. 75-80.

⁵⁰ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 102.

⁵¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 221.

⁵² Wyłącznie w przypadku tzw. „gestacyjnego” macierzyństwa zastępczego.

⁵³ Tylko w przypadku umów nieodpłatnych.

⁵⁴ j.w.

⁵⁵ Są to: Floryda, Indiana, Luizjana, Michigan, Nebraska, Nowada, Nowy Jork, Północna Dakota, Teksas, Utah i Virginia.

⁵⁶ Por. zestawienie dostępne na stronie: <http://www.hrc.org>.

5.1. Nowy Jork

W 1987 r. Gubernator Stanu Nowy Jork, Mario Cuomo, zwrócił się do Komisji Stanowej do spraw Życia i Zdrowia o zajęcie stanowiska w przedmiocie dopuszczalności macierzyństwa zastępczego na terytorium stanu. W 1988 r. Komisja jednogłośnie przyjęła, że powyższa instytucja powinna być w stanie Nowy Jork zakazana⁵⁷. W lipcu 1993 r. władze stanu przyjęły art. 8 par. 122 Prawa Wewnętrznego Nowego Jorku, zgodnie z którym umowy o rodzicielstwo zastępcze są nieważne⁵⁸ i sprzeczne z porządkiem publicznym. Powyższa ustawa definiuje umowę o macierzyństwo zastępcze jako umowę ustną lub pisemną, zgodnie z którą 1) kobieta wyraża zgodę bądź na zapłodnienie jej nasieniem mężczyzny, który nie jest jej mężem, bądź na transfer do jej organizmu embrionu, będącego produktem zapłodnienia komórki jajowej nasieniem mężczyzny, który nie jest jej mężem; oraz 2) kobieta wyraża zgodę na oddanie do adopcji dziecka, które urodziła w drodze powyższego zapłodnienia. Zgodnie z art. 8 par. 123 ustawy, strony odpłatnej umowy o macierzyństwo zastępcze podlegają karze grzywny w wysokości do 500 dolarów, a osoby nakłaniające, pośredniczące i asystujące w zawarciu takiej umowy – do 10.000 dolarów. Strony umowy o macierzyństwo zastępcze zawartych pod tytułem darmym nie podlegają karze, jednakże wiążąca je umowa jest prawnie nieskuteczna⁵⁹.

Nader konserwatywna w swej treści regulacja macierzyństwa zastępczego w stanie Nowy Jork jest powszechnie krytykowana w doktrynie, jako odbiegająca od doświadczeń prawno-medycznych nabytych przez dwadzieś-

⁵⁷ Prawdopodobnie najważniejszym impulsem do podjęcia powyższej decyzji był toczący się wówczas proces w sprawie „Baby M”, zobacz niżej; por. *In the Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988).

⁵⁸ W wyroku Sądu Rodzinnego Hrabstwa Kings z 1990 r., tj. na trzy lata przed uchwaleniem art. 8 par. 122, w sprawie „*In the Matter of the Adoption of Paul*”, 550 N.Y.S.2d 815 (1990), sąd orzekł, że umowa o macierzyństwo zastępcze, przewidująca wynagrodzenie dla zastępczej matki w wysokości \$10.000,00 za wykonanie swojej części umowy jest nieważna, bowiem stoi w sprzeczności z zakazem ustawowym organizowania płatnej adopcji.

⁵⁹ Na gruncie art. 8 par. 122 Prawa Wewnętrznego Nowego Jorku powstało bardzo bogate orzecznictwo dotyczące sporów na tle filiacyjnym. Por. m.in. *McDonald v. McDonald*, 608 N.Y.S.2d 477 (1994); w tej sprawie Sąd Apelacyjny Nowego Jorku postanowił, że zastępcza matka, która otrzymała komórkę jajową od anonimowej dawczyni, a nasienie dostarczył mąż zastępczej matki, jest naturalną i prawną dziecką; *Thomas S. V. Robin Y.*, 209 A.D.2d 298 (NY App. Div. 1994); *Arredondo v. Nodelman*, 622 N.Y.S.2d 181 (1994).

cia lat funkcjonowania w Stanach Zjednoczonych instytucji komercyjnego macierzyństwa zastępczego⁶⁰.

5.2. New Jersey

Na gruncie ustawodawstwa stanu New Jersey zapadło jedno z najważniejszych rozstrzygnięć sądowych dotyczących kwestii macierzyństwa zastępczego, jego dopuszczalności i prawnych konsekwencji. W lutym 1985 r. W. Stern i M. B. Whitehead zawarli umowę, która stwierdzała, iż żona W. Sterna, Elizabeth, jest bezpłodna, a M. B. Whitehead zgadza się zostać matką zastępczą dla ich dziecka⁶¹. Matka zastępcza została sztucznie zapłodniona nasieniem W. Sterna, zobowiązując się jednocześnie, że donosi ciążę, urodzi dziecko i przekaze je zamawiającym, by następnie zrzec się swoich praw rodzicielskich względem dziecka. Biologiczny ojciec dziecka zobowiązał się zapłacić zastępczej matce kwotę 10.000 dolarów. Po urodzeniu dziecka zastępcza matka przekazała je rodzinie Sternów, jednakże następnego dnia poprosiła ich o umożliwienie jej zabrania dziecka na tydzień. Po upływie tygodnia M. B. Whitehead odmówiła wydania im dziecka, po czym wyjechała.

Rozpoznający powyższą sprawę Sąd Najwyższy New Jersey stwierdził, że umowy o macierzyństwo zastępcze, które zawierają postanowienie o ich odpłatności, są nieważne i nie można żądać ich przymusowego wykonania⁶². Sąd uznał umowy takie za sprzeczne z porządkiem publicznym. Podkreślił również, że umowa będąca przedmiotem przewodu sądowego była sprzeczna z ustawą adopcyjną⁶³ oraz innymi aktami prawnymi, bowiem wbrew ustawie biologiczna matka nie mogła zrzec się swych praw rodzicielskich względem dziecka przed jego urodzeniem. Mając powyższe na względzie sąd uznał, że prawo do dziecka ma matka zastępcza⁶⁴. Ostatecznie, po uchyleniu powyższego wyroku przez Sąd Najwyższy Illinois, piecza nad dzieckiem została

⁶⁰ Por. N. Hart, *Prohibiting Commercial Surrogacy: Revisiting New York's Domestic Relations Law §§ 121-124*, New York State Bar Association *One on One* 2005, nr 2, s. 8 i n.

⁶¹ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 103; zob. również P.F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 128-130; J.K. Ciccarelli, J.C. Ciccarelli, *The legal Aspects of Parental Rights in Assisted Reproductive Technology*, *Journal of Social Issues* 2005, nr 1, s. 127-137.

⁶² *In the Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988).

⁶³ Jako adopcja za wynagrodzeniem.

⁶⁴ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 220.

jednak przyznana rodzicom socjologicznym⁶⁵. Powodem takiego rozstrzygnięcia nie było jednak przekonanie sądu co do ważności umowy, a jedynie względy dotyczące interesów dziecka⁶⁶.

Pomimo faktu, że Sąd Najwyższy New Jersey stanął na stanowisku, że powyższa umowa była nieważna, sąd ten uznał, iż nie każda umowa o macierzyństwo zastępcze jest z mocy prawa nieważna. Sąd stwierdził bowiem we wnioskach, że „nie znajdujemy jednak nigdzie zakazu zastępczego macierzyństwa w przypadku, gdy zastępcza matka decyduje się dobrowolnie, bez wynagrodzenia, podjąć taką rolę i gdy zapewnia się jej prawo do zmiany decyzji i uznaje jej prawa rodzicielskie”⁶⁷.

Tym samym uznać należy, iż w stanie New Jersey umowa o macierzyństwo zastępcze jest w świetle orzecznictwa dopuszczalna. Stwierdzenie to dotyczy jednakże tylko i wyłącznie umów, które nie przewidują odpłatności za „świadczenie” zastępczej matki.

5.3. Pensylwania

W chwili obecnej w stanie Pensylwania nie obowiązują żadne przepisy, ani orzeczenia sądów wagi precedensowej dotyczące zastępczego macierzyństwa. We wrześniu 1995 r. w celu pomocy osobom chcącym poddać się procedurom zastępczego macierzyństwa, Departament Zdrowia Stanu Pensylwania wprowadził specjalny system rejestracji narodzin dzieci poczętych w drodze metod sztucznej prokreacji⁶⁸. System ten pozwala na umieszczenie w oryginale aktu urodzenia danych dotyczących rodziców socjologicznych⁶⁹ dziecka bez potrzeby jego uprzedniego przysposobienia. W tym celu wymagane jest sporządzenie uzupełniającego raportu sztucznego zapłodnienia⁷⁰, a następnie złożenie stosowanego wniosku do sądu opiekuńczego. Sąd ten wydaje nakaz, zgodnie z którym na każdym odpisie aktu urodzenia dziecka jako rodzice powinni być wpisani rodzice socjologiczni.

⁶⁵ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 151-152.

⁶⁶ J.K. Ciccarelli, J.C. Ciccarelli, *The legal Aspects...*, s. 129.

⁶⁷ *In the Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988), s. 1264.

⁶⁸ *Assisted Conception Birth Registration*.

⁶⁹ System rejestracji narodzin dzieci poczętych w drodze metod sztucznej prokreacji obejmuje wyłącznie „gestacyjne” macierzyństwo zastępcze, tj. w przypadku, gdy zastępcza matka nie jest genetyczną matką dziecka.

⁷⁰ *Supplemental Report of Assisted Conception*.

W przypadku „tradycyjnego” macierzyństwa zastępczego⁷¹, strony zawierające taką umowę podlegają ustawie adopcyjnej stanu Pensylwania⁷², zgodnie z którą domniemywa się, iż kobieta, która urodziła dziecko jest jego prawną matką. Powyższa ustawa zezwala jednak na zrzeczenie się praw rodzicielskich przez zastępczą matkę, w celu umożliwienia przysposobienia dziecka przez drugą stronę umowy. Zanim zastępcza matka dokona zrzeczenia się praw rodzicielskich względem dziecka, druga strona umowy musi złożyć do sądu opiekuńczego wniosek o jego przysposobienie, a następnie opiekować się dzieckiem przez okres najmniej trzech dni⁷³. Po upływie tego okresu matka zastępcza może skutecznie złożyć do sądu wniosek o zezwolenie na zrzeczenie się swych praw rodzicielskich względem dziecka.

W razie, gdy stroną umowy z zastępczą matką jest biologiczny ojciec dziecka, może być niezwłocznie wpisany w akcie urodzenia jako ojciec i nie musi poddawać się procedurze adopcyjnej. Jeśli jednak zastępcza matka jest mężatką, zgodnie z prawem stanu Pensylwania obowiązuje domniemanie prawne, wedle którego ojcem dziecka jest mąż matki. Jest to jednakże domniemanie wzruszalne. Przede wszystkim zastępcza matka i jej mąż mogą wraz z zawarciem umowy o zastępcze macierzyństwo złożyć oświadczenie o uwierzytelnieniu prawnego ojcostwa. Po ustanowieniu praw rodzicielskich biologicznego ojca oraz ich zrzeczeniu się przez zastępczą matkę, żona biologicznego ojca może starać się o przysposobienie jego dziecka.

5.4. Waszyngton

W 1999 r. Prokurator Generalny Stanu Waszyngton wydał opinię, wedle której zastępcze macierzyństwo powinno być dozwolone na terytorium powyższego stanu. W 2002 r. postanowienia opinii dotyczące zastępczego macierzyństwa zostały inkorporowane do ustawy o rodzicielstwie⁷⁴, opublikowanej w rozdziale 26.26 Jednolitego Kodeksu Stanu Waszyngton

⁷¹ Tj. gdy matka zastępcza jest również biologiczną matką dziecka.

⁷² *Pennsylvania Adopion Act*, 23 Pa. C.S.A. §§ 2101 i n.

⁷³ Termin ten zastrzeżono, aby matka zastępcza mogła przemyśleć decyzję dotyczącą zrzeczenia się swych praw rodzicielskich. Rozwiązanie to ma zapobiec sporom na tle filiacyjnym, związanym z próbami odebrania dziecka przez zastępczą matkę, jak w przypadku sprawy „Baby M.”.

⁷⁴ *Uniform Parentage Act*.

(RCW)⁷⁵. Zgodnie z § 26.26.230 powyższej ustawy, zawieranie, asystowanie i pośredniczenie w zawarciu umowy o zastępcze macierzyństwo, które przewiduje wynagrodzenie dla zastępczej matki jest zabronione. Umowa taka, w myśl § 26.26.240 jest nieważna, a jej wykonania nie można dochodzić na drodze prawnej.

W przypadku „tradycyjnego” macierzyństwa zastępczego, aby uzyskać władzę rodzicielską nad dzieckiem, rodzice socjologiczni muszą je przysposobić, bowiem zastępcza matka jest biologicznie spokrewniona z dzieckiem, które urodziła. Zgodnie z ustawą o rodzicielstwie obowiązującą w stanie Waszyngton, matka zastępcza powinna złożyć wniosek o zrzeczenie się swych praw rodzicielskich wraz z pisemną zgodą na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych. Jeśli zgoda zostanie udzielona przez matkę dziecka jeszcze przed jego urodzeniem, prawa rodzicielskie matki nie mogą ustać przed upływem 48 godzin od narodzin dziecka. Jeśli zaś matka udzieli zgody już po urodzeniu dziecka, termin 48 godzin biegnie od chwili złożenia jej podpisu. Po upływie powyższego okresu, sąd rozpatruje postanowienia zawartej przez strony umowy oraz zapoznaje się z wywiadem środowiskowym dotyczącym rodziców socjologicznych, a następnie wydaje dekret o przysposobieniu.

Podobnie, jak w przypadku ustawodawstwa stanu Pensylwania, jeśli stroną umowy o macierzyństwo zastępcze jest mężczyzna, który jako dawca nasienia jest biologicznym ojcem dziecka, prawa rodzicielskie przysługują mu z mocy prawa. Jeśli matka zastępcza jest mężatką, obowiązuje domniemanie, iż jej mąż jest ojcem dziecka. Domniemanie to można jednakże wzruszyć poprzez okazanie przed sądem dowodu na okoliczność, że mąż matki zastępczej nie jest biologicznym ojcem dziecka.

Jeśli matka zastępcza nie jest genetycznie spokrewniona z dzieckiem, rodzice socjologiczni nie muszą przysposabiać dziecka, aby uzyskać względem niego prawa rodzicielskie. Ustawa o rodzicielstwie przewiduje, że rodzicielstwo jest w tym przypadku ustanawiane w drodze wypełnienia certyfikatu, który jest następnie podstawą do sprostowania aktu urodzenia dziecka.

Zgodnie z § 26.26.260 ustawy, w razie sporu co do opieki nad dzieckiem strona, która objęła nad nim fizyczną opiekę, utrzyma ją, dopóki sąd nie postanowi inaczej. Podstawą decyzji sądu są w tym przypadku przesłanki orzekania

⁷⁵ *Revised Code of Washington (RCW)*. Jednolity Kodeks Stanu Waszyngton jest kompilacją wszystkich obowiązujących w stanie przepisów.

o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym, określone w § 26.09.187 ust. 3 i § 26.09.191 ustawy o rozwiązaniu małżeństwa. Największą wagę przypisuje się z mocy § 26.09.187 ust. 3a przesłance siły, charakteru i stabilności relacji dziecka z każdym z rodziców, z uwzględnieniem odpowiedzialności każdego z nich za wykonywanie obowiązków rodzicielskich w odniesieniu do codziennych potrzeb dziecka. Jako że brak jest jakiegokolwiek opublikowanych rozstrzygnięć sądów stanu Waszyngton w tym przedmiocie, niesposób odnieść się do praktyki orzeczniczej dotyczącej sporów na tle filiacyjnym w niniejszym stanie⁷⁶. Wydaje się jednak, że sąd – prócz wskazanych wyżej przesłanek – winien brać również pod uwagę genetyczny związek pomiędzy dzieckiem a stronami umowy o zastępcze macierzyństwo, co powinno wiązać się z uprzywilejowaniem strony, która cechuje się silniejszym pokrewieństwem genetycznym względem dziecka.

5.5. Illinois

W dniu 20 sierpnia 2004 r. Gubernator stanu Illinois uchwalił ustawę dotyczącą macierzyństwa zastępczego, cytowaną jako „ustawa o gestacyjnym macierzyństwie zastępczym”, która z dniem 1 stycznia 2005 r. weszła w życie⁷⁷. Powyższa ustawa – jak wskazuje na to sam jej tytuł – reguluje formę macierzyństwa zastępczego, zwanego gestacyjnym macierzyństwem zastępczym i jest uważana za jedną z najbardziej liberalnych ustaw dotyczących kwestii macierzyństwa zastępczego w Stanach Zjednoczonych⁷⁸. Zgodnie z § 10 powołanej ustawy, gestacyjne macierzyństwo zastępcze jest definiowane jako proces, w którym kobieta podejmuje się donoszenia ciąży i urodzenia dziecka poczętego wskutek zapłodnienia *in vitro* przy użyciu komórki rozrodczej co najmniej jednego z przyszłych rodziców dziecka,

⁷⁶ Wydaje się, że jest to spowodowane faktem, iż zgodnie z § 26.26.230 ustawy o rodzicielstwie zabronione jest zawieranie umów o macierzyństwo zastępcze przewidujących wynagrodzenie dla zastępczej matki. W związku z tym strony powyższych umów, zawieranych na terytorium stanu Waszyngton łączą zazwyczaj więzy pokrewieństwa, co znacznie ogranicza ryzyko powstania ewentualnych sporów.

⁷⁷ *Gestational Surrogacy Act (GSA)*, Public Act 093-0921, HB4962 Enrolled, LRB093 20774 LCB 466675 b.

⁷⁸ Szerzej por. S.N. Peskind, *Regulating non-traditional childbirth – the Illinois Gestational Surrogacy Act*, *State Bar Family Law Journal* 2005, nr 2, s. 2-6; J.J. Richey, *A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act*, *Southern Illinois University Law Journal* 2005, nr 1, s. 169 i n.

i względem którego zastępcza matka nie ma żadnego genetycznego związku⁷⁹. Powyższa ustawa nie ma zastosowania w przypadku, gdy zastępcza matka urodzi dziecko poza terytorium stanu Illinois.

W związku z tym, że dziecko jest genetycznie powiązane przynajmniej z jednym z rodziców socjologicznych, § 15 ustawy przewiduje, iż osoby te niezwłocznie po urodzeniu dziecka uzyskują względem niego z mocy prawa wyłączne prawa rodzicielskie i opiekuńcze. Powyższe rozwiązanie pozwala uniknąć stronom umowy poddawania się czasochłonnym procedurom adopcyjnym, jak również zapobiega powstawaniu skomplikowanych sporów na tle filiacyjnym związanych z dochodzeniem przez matkę zastępczą swoich praw do urodzonego dziecka.

W § 20 ustawa określa wymagania, jakim powinny uczynić zadość strony umowy. Zgodnie z tym przepisem zastępcza matka musi mieć ukończone 21 lat, urodzić wcześniej przynajmniej jedno dziecko, poddać się skomplikowanemu procedurom mającym na celu zbadanie fizycznego i psychicznego stanu jej zdrowia, uzyskać konsultację z niezależnym doradcą prawnym odnośnie do warunków i skutków prawnych umowy o macierzyństwo zastępcze oraz zawrzeć umowę ubezpieczenia zdrowotnego, której okres trwania obejmuje okres ciąży. Jeśli zastępcza matka jest mężatką, jej mąż musi wyrazić zgodę na zobowiązania wynikające z umowy oraz na oddanie dziecka po jego urodzeniu pod opiekę przyszłych rodziców. Od rodziców socjologicznych ustawa wymaga, by potrzeba zawarcia umowy o macierzyństwo zastępcze wynikała z uwarunkowań natury medycznej, potwierdzonych przez praktykującego w stanie Illinois specjalistę. Ponadto rodzice muszą skonsultować warunki i skutki prawne umowy z doradcą prawnym.

Zgodnie z § 25 ustawy, umowa o macierzyństwo zastępcze musi być sporządzona w formie pisemnej oraz zawierać konieczne postanowienia wymagane przez przepisy ustawy. Ponadto wskazuje się, że umowa musi być zawarta przed podjęciem jakichkolwiek procedur medycznych związanych z jej wykonaniem.

Jak wspomniano wyżej, ustawa z 20 sierpnia 2004 r. nie ma zastosowania do „tradycyjnej” umowy o macierzyństwo zastępcze, w której zastępcza matka jest również biologiczną matką dziecka. W związku z faktem, iż w stanie

⁷⁹ *“Gestational surrogacy means the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child created through in vitro fertilization using the gamete or gametes of at least one of the intended parents and to which the gestational surrogate has made no genetic contribution.”*

Illinois nie obowiązują żadne ustawy, ani orzeczenia sądów wagi preceden-sowej, które bezpośrednio dotyczą tradycyjnego macierzyństwa zastępczego, strony powyższych umów podlegają przepisom stanowej ustawy o adopcji⁸⁰. Zgodnie z § 9 powyższej ustawy, zastępcza matka może wyrazić zgodę na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych dopiero po upływie 72 godzin od urodzenia dziecka.

5.6. Arkansas

W stanie Arkansas instytucja zastępczego macierzyństwa jest w pełni dopuszczalna. Co więcej, porządek prawny tego stanu jest uznawany za jeden z najbardziej przychylnych dla rodziców socjologicznych, pomimo że brak jest jakichkolwiek wyraźnych przepisów odnośnie do zastępczego macierzyństwa. Za pełną dopuszczalnością powyższej instytucji przemawia jednakże kształt regulacji dotyczącej kwestii związanych z pochodzeniem dziecka. Kodeks stanu Arkansas⁸¹ jest jedną z pierwszych regulacji, której twórcy odstąpili od podstawowej zasady amerykańskiego prawa rodzinnego, zgodnie z którą dziecko poczęte wskutek sztucznego zapłodnienia kobiety zamężnej uważa się za dziecko tej kobiety i jej męża. Zgodnie z rozdziałem 9-10-201 i nast. kodeksu, dziecko urodzone w drodze medycznie wspomaganą prokreacji ludzkiej stosownie do umowy o macierzyństwo zastępcze jest uznawane za dziecko swego socjologicznego ojca i jego małżonki. Jeśli socjologiczny ojciec dziecka nie jest żonaty, jest jego jedynym rodzicem⁸². W akcie urodzenia dziecka widnieją jedynie nazwiska rodziców socjologicznych. Z uwagi na powyższe, stan cywilny matki zastępczej jest w tym przypadku prawnie obojętny, bowiem nie istnieje domniemanie, zgodnie z którym mąż matki zastępczej jest prawnym ojcem dziecka narodzonego w drodze zastępczego macierzyństwa.

Z uwagi na bardzo czytelne zasady wprowadzone przez kodeks stanu Arkansas, w orzecznictwie tego stanu nie sposób doszukać się śladów procesów sądowych, których przedmiotem byłby spór na tle umowy o macierzyństwo zastępcze⁸³.

⁸⁰ Illinois Compiled Statutes Chapter 750 ILCS 50/ – Adoption Act.

⁸¹ Arkansas Code Annotated Section 9-10-201 et seq.

⁸² Tym samym ustawodawstwo stanu Arkansas w pełni dopuszczalnym czyni stan faktyczny, w którym macierzyństwo w sensie prawnym może pozostawać nieustalone.

⁸³ Por. jednakże wyroki: *In Re Samant*, 333 Ark. 471 (Ark. 1998); *In Re Adoption of K.F.H. and K.F.H.*, 311 Ark. 416 (Ark. 1993).

5.7. Massachusetts

W stanie Massachusetts⁸⁴ instytucję macierzyństwa zastępczego reguluje jedynie prawo precedensowe. Opowiada się ono w pełni za dopuszczalnością umowy o macierzyństwo zastępcze pomimo, że zupełnie inaczej traktuje umowy o gestacyjne macierzyństwo zastępcze niż czyni to w odniesieniu do umów tradycyjnych.

W świetle orzecznictwa sądów stanu Massachusetts zawarcie umowy o gestacyjne macierzyństwo zastępcze jest o wiele korzystniejsze. W 2001 r. w sprawie *Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center*⁸⁵ sąd orzekł, że bliźnięta urodzone przez matkę zastępczą są dziećmi rodziców socjologicznych, tj. małżeństwa, które dostarczyło nasienie i komórki jajowe celem zapłodnienia. Sąd wydał ponadto jeszcze przed narodzeniem dzieci nakaz, zgodnie z którym to rodziców socjologicznych wpisano do aktów urodzenia dzieci.

W 1998 r. w sprawie *R.R. v. M.H.*⁸⁶ sąd zważył, iż tradycyjna umowa o macierzyństwo zastępcze jest dopuszczalna wyłącznie pod warunkiem spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, matka zastępcza nie może otrzymać żadnego wynagrodzenia przekraczającego koszt wydatków związanych z ciążą⁸⁷. Po drugie, umowa o macierzyństwo zastępcze jest nieskuteczna do momentu zrzeczenia się przez zastępczą matkę praw rodzicielskich względem dziecka. W stanie Massachusetts może to nastąpić dopiero po czterech dniach od urodzenia się dziecka. Obok określenia powyższych dwu przesłanek, sąd wyznaczył również ramy, w których winna mieścić się każda prawnie skuteczna umowa o macierzyństwo zastępcze. Sąd zasugerował m.in., aby zastępcza matka była pełnoletnia i urodziła wcześniej przynajmniej jedno dziecko; aby mąż matki zastępczej wyraził zgodę na zawarcie umowy; aby rodzice socjologiczni byli w stanie sprawować opiekę nad dzieckiem oraz by strony umowy korzystały z pomocy profesjonalnych pełnomocników.

⁸⁴ Szerzej, zob. J.S. Matuschak, *Surrogate Parenting and Adoption in Massachusetts*, Massachusetts Family Law Journal 1989, nr 7, s. 49 i n.

⁸⁵ *Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center*, 756 N.E.2d 1133 (Mass. 2001).

⁸⁶ *R.R. v. M.H.*, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998); Szerzej, zob. N.R. van Tine, P.G. Smith, *R.R. vs. M.H. & Another: The Enforceability of Traditional Surrogacy Agreements*, Boston Bar Journal 1999, nr 1, s. 8 i n.

⁸⁷ Sąd nie zdefiniował pojęcia „wydatków związanych z ciążą” jednakże wskazuje się, iż są to typowe koszty utrzymania, odpowiedniego wyżywienia i transportu. Zob. rozważania dotyczące treści umowy o macierzyństwo zastępcze, rozdział III, s. 16-18.

Poza wskazanymi powyższej przesłankami i wytycznymi, strony mają pełną swobodę w kształtowaniu wszelkich postanowień umowy i macierzyństwo zastępcze, takich jak: wybór miejsca urodzenia, wybór lekarza odbierającego poród, czy uprawnienie do nadania dziecku imienia.

6. Regulacje macierzyństwa zastępczego w Europie

6.1. Hiszpania

W prawie hiszpańskim kwestię wspomaganej prokreacji ludzkiej reguluje ustawa nr 35/1988 uchwalona 22 listopada 1988 r.⁸⁸ Powyższa ustawa uregulowała najważniejsze aspekty związane z technikami sztucznej prokreacji⁸⁹. Na jej podstawie w 1997 r. utworzono Krajowy Komitet do spraw Wspomaganej Prokreacji Ludzkiej, którego głównym zadaniem było prowadzenie badań nad etycznymi i prawnymi problemami związanymi z tą materią. Efektem pracy Komisji było opublikowanie w roku 1999⁹⁰ i 2000 dwóch raportów zawierających rekomendacje jej członków, co do przyszłego kształtu regulacji prawnej sztucznej prokreacji. Pomimo faktu, iż Komisja w większości przypadków będących przedmiotem jej prac sugerowała daleko idące zmiany ustawy nr 35/1988, władze Hiszpanii pozostawiły wspomniane przepisy w wersji pierwotnej. W dniu 17 czerwca 1999 r. hiszpański Trybunał Konstytucyjny uznał, iż powyższa regulacja jest zgodna z Konstytucją Hiszpanii z 1978 r.⁹¹.

⁸⁸ Ley 35/1988 de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE 1988;282:33373-33378.

⁸⁹ Szerzej na temat ustawy 35/1988, por.: M. Boada, A. Veiga, P.N. Barri: *Spanish Regulations on Assisted Reproduction Techniques*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2003, vol. 20, nr 7, s. 271-275; J. Vidal Martínez, *The Regulation of Assisted Reproduction in Spanish Law. The Ruling of Spanish Constitutional Court of 17 June 1999*, European Journal of Health Law 2002, nr. 9 s. 121-137; J. Vidal Martínez, *The legal situation of assisted reproduction in Spain*, [w:] *Creating the Child: the ethics, law and practice of assisted procreation*, pod red. D. Evans, The Hague, London, Boston 1996, s. 217-228.

⁹⁰ Comisión Nacional de Reproducción Human Asistida. I Informe Anual. Diciembre 1998. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1999.

⁹¹ RCC 116/99, Szerzej, por.: J. Vidal Martínez, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad no. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Revista de Derecho y Genoma / Law and the Human Genome Review 2000, nr 12, s. 113-137.

Zgodnie z art. 1 i 3 ustawy nr 35/1988, celem technik wspomaganiej prokreacji jest przeciwdziałanie bezpłodności poprzez ułatwienie prokreacji ludzkiej, gdy inne terapeutyczne metody zostały odrzucone jako nieadekwatne, lub nieskuteczne. Techniki te mogą być również stosowane w zapobieganiu i leczeniu chorób o podłożu genetycznym lub dziedzicznym. Godny podkreślenia jest fakt, iż w Hiszpanii rozważania nad konstytucyjną ochroną zjawiska zwanego opisowo w piśmiennictwie „prawem do posiadania własnego potomstwa” idą nie – jak w przypadku orzecznictwa sądów amerykańskich – w kierunku indywidualnego prawa do prokreacji, lecz koncentrują się wokół prawa do zdrowia⁹². Wobec powyższego techniki medycznie wspomaganiej prokreacji ludzkiej traktowane są jako metody terapeutyczne, pozwalające przezwyciężyć bezpłodność, nie zaś jako dodatkowe metody prokreacyjne⁹³. Wskazać jednocześnie należy, iż zarówno ustawa 35/1988, jak i art. 161 hiszpańskiego kodeksu karnego⁹⁴ penalizują zapładnianie ludzkich komórek jajowych w celach innych niż prokreacja.

Zagadnieniu macierzyństwa zastępczego hiszpańska ustawa poświęciła art. 10. Zgodnie z powyższym przepisem umowa, na podstawie której kobieta zobowiązuje się zająć w ciążę, aby następnie zrzec się praw rodzicielskich do narodzonego dziecka na rzecz drugiej strony umowy, lub osoby trzeciej, jest z mocy prawa nieważna⁹⁵. *Lege non distinguente* nieważna z mocy prawa będzie w świetle hiszpańskiej ustawy zarówno umowa przewidująca wynagrodzenie dla zastępczej matki, jak i ta zawarta pod tytułem darmym. Wedle wspomnianego przepisu, prawną matką dziecka urodzonego w wyniku macierzyństwa zastępczego jest kobieta, która je urodziła. Jeśli chodzi o określenie ojcostwa tego dziecka, art. 10 hiszpańskiej ustawy odsyła do reguł ogólnych.

6.2. Włochy

Już od końca lat sześćdziesiątych XX wieku włoskie środowisko medyczne wskazywało powszechnie na konieczność objęcia regulacją prawną kwestii związanych z technologiami sztucznej prokreacji ludzkiej. W oczekiwaniu na

⁹² Zob. P.F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 131 i tam powoływana literatura.

⁹³ *Ibidem*, autor wskazuje jednocześnie na konsekwencje tego faktu dla samotnych kobiet chcących posiadać potomstwo.

⁹⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 1995;281:33987-34058.

⁹⁵ Zob. P.F. Silva-Ruiz, *op. cit.*, s. 131.

reakcję ustawodawcy, w 1992 r. Stowarzyszenie CECOS⁹⁶ Italia sporządziło kodeks mający charakter wewnętrznej regulacji członków powyższego stowarzyszenia, w celu zagwarantowania poprawnego z punktu widzenia etyki zachowania⁹⁷. Podstawowym zadaniem kodeksu było ustanowienie pewnych reguł gwarantujących niezbywalne prawo każdej pary do próby zostania rodzicami, z poszanowaniem dla bezpieczeństwa i praw narodzonych dzieci.

W 1995 r. włoska Generalna Rada Medyczna przyjęła „Kodeks Etyki Medycznej”⁹⁸ będący zbiorem zasad wypływający z założeń bioetyki. Zgodnie z kodeksem, naruszenie przez lekarza któregośkolwiek z postanowień powyższej regulacji pociąga za sobą jego odpowiedzialność dyscyplinarną przed Okręgową Radą Medyczną. Art. 41 kodeksu określa cztery kategorie technik związanych ze wspomaganą prokreacją, które ze względu na dobro przyszłych dzieci zostały zabronione. Zakazem objęto m.in. wszystkie modele macierzyństwa zastępczego.

Wszystkie propozycje dotyczące regulacji zagadnień związanych z medycznie wspomaganą prokreacją zostały połączone w ustawie nr 4048/1999 uchwalonej przez Izbę Deputowanych 26 maja 1999 r., a następnie przyjętej przez Senat. Artykuł 12 powtórzył rozwiązanie zawarte w uchwalonym w 1995 r. Kodeksie Etyki Medycznej i zakazał stosowania wszelkich form macierzyństwa zastępczego. Ustawodawca poszedł jednak o krok dalej niż włoskie władze lekarskie, bowiem naruszenie art. 12 ustawy stanowi przestępstwo i rodzi odpowiedzialność karną⁹⁹.

19 lutego 2004 r. włoski ustawodawca uchwalił nową regulację dotyczącą prokreacji wspomaganą medycznie¹⁰⁰. Nowa włoska ustawa składa się z 18 artykułów, którym nadano strukturę siedmiu rozdziałów¹⁰¹. Artykuł 4 ust. 3 ustawy zawiera zakaz stosowania technik wspomaganą medycznie prokreacji o charakterze heterologicznym. Ze stosowaniem inseminacji o charakterze

⁹⁶ Centre pour la Conservation du Sperm.

⁹⁷ *Self-regulation Code of CECOS Italia*, News CECOS 1999, nr 1.

⁹⁸ *Codice deontologo medico*.

⁹⁹ Por. L. Nappi, G. Loverro, C. Carriero, R. Depalo, P. Greco, M. Vicino, L. Selvaggi, *Assisted Reproductive Technology in Italy: Juridical and Ethical Considerations*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2000, nr 7, s. 400-403.

¹⁰⁰ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 – *Norme in materia di procreazione medicamente assistita*; Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 45 del 24 febbraio 2004.

¹⁰¹ Szerzej, zob. J. Haberko, *Prawne aspekty prokreacji wspomaganą medycznie w świetle nowej włoskiej ustawy*, Prawo i Medycyna 2005, nr 1, s. 82-100.

heterologicznym nie wiążą się żadne sankcje dla osób poddających się zabiegom, bowiem zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy „mężczyzna i kobieta, w stosunku do których zastosowano techniki prokreacji wspomaganej medycznie o charakterze heterologicznym, nie podlegają karze”¹⁰².

6.3. Szwajcaria

W dniu 17 maja 1992 r. 73.9% Szwajcarów zaakceptowało włączenie do konstytucji art. 24^{noviès}, zgodnie z którym kompetencję do uregulowania kwestii związanych z medycznie wspomaganą prokreacją oddano w ręce władz konfederacji. Podstawowym celem tego przepisu było uzupełnienie luki, jaka istniała dotychczas w systemie prawnym Szwajcarii w odniesieniu do powyższej materii i uchwalenie ustawy, która „ochroni człowieka i jego środowisko przed nadużyciami w inżynierii genetycznej i technikach prokreacji”¹⁰³. Art. 24^{noviès} szwajcarskiej konstytucji nie zabrania całkowicie stosowania technik sztucznej prokreacji, a jedynie ustanawia pewne ograniczenia. Norma tego przepisu została w całości recypowana do art. 119 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej z dnia 18 kwietnia 1999 r.¹⁰⁴ Zgodnie z art. 119, władze konfederacji uregulują kwestie związane z użyciem ludzkiego materiału genetycznego i reprodukcyjnego z poszanowaniem dla ludzkiej godności. Przepis wskazuje siedem zasad, którymi należy się kierować w przyszłej regulacji. Wedle art. 119 ust. 2a, wszelkie formy macierzyństwa zastępczego są zakazane.

18 stycznia 1994 r. Kancelaria Federalna formalnie zaakceptowała społeczną inicjatywę zatytułowaną „Dla Ochrony Ludzkiej Godności”, skierowaną przeciwko technikom medycznie wspomaganej prokreacji, pozaustrojowemu rozrodowi oraz udostępnianiu gamet przez osoby trzecie w celach sztucznego zapłodnienia¹⁰⁵. Ponieważ projekt ten oceniono w znacznym stopniu negatywnie¹⁰⁶, 26 czerwca 1996 r. Rada Federalna przedstawiła

¹⁰² J. Haberko, *Prawne aspekty prokreacji*, s. 95.

¹⁰³ Szerzej, M. Germond, A. Senn, *A Law Affecting Medically Assisted Procreation Is on the Way in Switzerland*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 1999, nr 7, s. 341-343.

¹⁰⁴ R.S. 101 2556-2611.

¹⁰⁵ Message concernant l’initiative populaire „contre l’application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l’espèce du 18 septembre 1989 (89.067), s. 4.

¹⁰⁶ Zob. T. Smyczyński, *Pojęcie i status...*, s. 17.

w Parlamencie kontrprojekt ustawy o medycznie wspomaganey prokreacji¹⁰⁷, którego ostateczna wersja została uchwalona 18 grudnia 1998 r., opublikowana w 1999 r.¹⁰⁸ i weszła w życie w 2001 r. Podstawową zasadą tej regulacji jest klauzula generalna „dobra dziecka”.

Zgodnie z art. 2k ustawy o medycznie wspomaganey prokreacji, matka zastępcza jest definiowana jako „kobieta, która godzi się na donoszenie w ciąży dziecka utworzonego za pomocą metod sztucznej prokreacji i na definitywne oddanie go osobom trzecim po jego urodzeniu”. Art. 4 zawiera kategoryczny zakaz dokonywania donacji komórek jajowych i embrionów, a także wszelkich form zastępczego macierzyństwa¹⁰⁹. Wedle art. 31 ustawy każdy, kto wbrew zakazowi płynącemu z art. 4 *in fine* stosuje macierzyństwo zastępcze lub pośredniczy w jego procesie, podlega karze pozbawienia wolności lub grzywny.

Biorąc pod uwagę fakt, iż szwajcarska ustawa o medycznie wspomaganey prokreacji przewiduje znaczne ograniczenia w stosowaniu technik sztucznej prokreacji, jest powszechnie uznawana za jedną z bardziej restryktywnych regulacji dotyczących tej materii w Europie.¹¹⁰

6.4. Niemcy

Regulacja technik medycznie wspomaganey prokreacji ludzkiej na gruncie prawa niemieckiego uznawana jest za niepełną i wymagającą dalszych działań ustawodawczych w celu jej uzupełnienia¹¹¹. O stopniu społecznej doniosłości kwestii związanych z instytucją zastępczego macierzyństwa w Niemczech świadczy przede wszystkim fakt, iż znalazła ona odzwierciedlenie w dwóch aktach prawnych¹¹². Zanim jednak kwestią macierzyństwa zastępczego zajął się w Niemczech ustawodawca, z problemami powstałymi na tym tle

¹⁰⁷ Message relatif à l'initiative populaire „pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)” et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996.

¹⁰⁸ *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998*, R.O. 2000, Nr 51, s. 3055-3067.

¹⁰⁹ Por. T. Smoczyński, *Pojęcie i status...*, s. 17

¹¹⁰ Por. M. Germond, A. Senn, *A Law Affecting...*, s. 343.

¹¹¹ H.L. Schreiber, *The legal situation regarding assisted reproduction in Germany*, Reproductive BioMedicine Online 2002, nr 1, s. 8.

¹¹² M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, SP 1993, z. 1, s. 91.

zmierzyć musiało się niemieckie sądownictwo¹¹³. OLG Hamm w orzeczeniu z 7 kwietnia 1983 r.¹¹⁴ uznał, iż zakazane przy adopcji pośrednictwo może istnieć także, gdy dziecko nie zostało jeszcze poczęte. Proponowane w ogłoszeniach prasowych znalezienie par małżeńskich poszukujących „zastępczej matki” w celu adopcji tak poczętego dziecka narusza – zdaniem sądu – ustawę i pośredniczeniu w adopcji. Orzeczenie tegoż sądu z 2 grudnia 1985 r.¹¹⁵ stanowi, że jeśli w tzw. umowie o macierzyństwo zastępcze požądane dziecko uczyniono przedmiotem czynności prawnej i niejako w ten sposób zdegradowano do towaru handlowego, to umowa taka uchybia dobrym obyczajom i jest nieważna.

Stosownie do par. 13a ustawy z 5 listopada 2001 r. o pośredniczeniu w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze¹¹⁶, matka zastępcza¹¹⁷ jest definiowana jako kobieta, która na podstawie umowy udziela zgody na swoje naturalne lub sztuczne zapłodnienie, lub która zgadza się na transfer embrionu do swego organizmu w celu oddania dziecka po jego urodzeniu osobie trzeciej¹¹⁸. Powyższa ustawa zakazuje pośredniczenia w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze¹¹⁹ (par. 13c), jak również publikowania komercyjnych i niekomercyjnych ogłoszeń, których treść zawiera ofertę zawarcia takiej umowy (par. 13d). Pomimo faktu, że na gruncie prawa niemieckiego zabiegi związane ze sztucznym zapłodnieniem są dozwolone, sztuczne zapłodnienie matki zastępczej jest prawnie zakazane¹²⁰. Zgodnie z par. 1 ust. 7

¹¹³ Zob. M. Nesterowicz, *Problem uregulowań prawnych sztucznej prokreacji i inżynierii genetycznej*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, pod red. M. Filara, Toruń 1987, s. 77.

¹¹⁴ 3 Ss Owi 2007/82, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, nr 37, s. 2205.

¹¹⁵ 11 W 18/85, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, nr 12, s. 781.

¹¹⁶ *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern - Adoptionsvermittlungsgesetz - (AdVerMiG)*, BGBl. 2001, I, s. 2950.

¹¹⁷ Ustawodawstwo niemieckie posługuje się terminem *Ersatzmutter*, jak również *Mietmutter* i *Leihmutter* w zależności od kogo pochodzi materiał genetyczny. Por. M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 88. Szerzej: W. van den Daele, *Mensch nach Mass?*, München 1985, s. 48 i n.; Ch. Starck, D. Coester-Waltjen, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Berlin 1986, s. 78 i n.

¹¹⁸ *Ersatzmutter ist eine Frau, die auf Grund einer Vereinbarung bereit ist, 1. sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder 2. einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen.*

¹¹⁹ M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 117.

¹²⁰ Zob. T. Smyczyński, *Pojęcie i status...*, s. 13.

ustawy z 13 grudnia 1990 r. o ochronie embrionu¹²¹ (EschG) zakazem objęto zarówno zabieg sztucznego zapłodnienia kobiety, która po urodzeniu dziecka decyduje się oddać je osobie trzeciej, jak i zabieg implantacji embrionu do ustroju kobiety nie będącej dawczynią komórki jajowej. Dokonanie powyższych zabiegów wbrew zakazowi płynącemu z par. 1 ust. 7 EschG, zagrożone jest karą grzywny lub pozbawienia wolności do lat trzech. Nie przewidziano natomiast odpowiedzialności karnej kobiety godzącej się zostać matką zastępczą oraz małżonków korzystających z usług tej kobiety¹²².

Pomimo faktu, że w niemieckiej literaturze wskazuje się na potrzebę liberalizacji ustawodawstwa w zakresie donacji komórek jajowych (co otworzyłoby drogę do zalegalizowania macierzyństwa zastępczego), znaczna większość autorów przewiduje, iż powyższe głosy nie będą brane pod uwagę w przypadku przyszłej nowelizacji powołanych wyżej ustaw¹²³. Zakaz przeprowadzania zabiegów macierzyństwa zastępczego w Niemczech ma na celu ograniczenie bądź wyeliminowanie możliwości powstania w przyszłości sporów na tle filiacyjnym¹²⁴. Źródeł powyższych obaw należy doszukiwać się w braku możliwości sprawiedliwego osądzenia o macierzyństwie jednej z występujących w sporze kobiet¹²⁵. Restryktywne stanowisko niemieckiego ustawodawcy znajduje uzasadnienie i w znacznym stopniu jest inspirowane przez Konstytucję RFN i opartym na niej orzecznictwie, zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*)¹²⁶. Główną rolę pełni w tej materii art. 1 Konstytucji głoszący poszanowanie godności ludzkiej, która dotyczy również istoty nienarodzonej¹²⁷.

¹²¹ *Gesetz Schutz vom Embryonen (Embryonenschutzgesetz) vom 13. Dezember 1990*, BGBl. 1990, Nr 69, Teil I, s. 2746-2749.

¹²² M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 92; też: *Problematyka...*, s. 117.

¹²³ Por. H.L. Schreiber, *op. cit.* s. 9

¹²⁴ M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 95; A. Eser, *Genetyka człowieka w świetle prawa republiki Federalnej Niemiec*, PiP 1985, z. 6, s. 41-42.

¹²⁵ Por. E. Deutsch, *Embryonenschutz in Deutschland*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, nr 12, s. 723. Szerzej tenże, *Medizinrecht*, Berlin 1990; R. Keller, H.L. Günther, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Kommentar zum Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart-Berlin-Köln 1992.

¹²⁶ T. Smoczyński, *Pojęcie i status...*, s. 14.

¹²⁷ *Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu;*

6.5. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii macierzyństwo zastępcze zostało zdefiniowane po raz pierwszy w raporcie komisji rządowej pod przewodnictwem Mary Warnock z 1984 r., powołanej w celu zbadania socjologicznych, etycznych i prawnych skutków rozwoju w dziedzinie sztucznie wspomaganey prokrecji ludzkiej¹²⁸. Wedle powyższej definicji macierzyństwem zastępczym jest „urodzenie przez jedną kobietę dziecka, a następnie oddanie go innej na wychowanie”¹²⁹.

Kwestią budzącą największe spory na tle prawa angielskiego jest dopuszczalność elementu umowy o macierzyństwo zastępcze mającego za przedmiot zapłatę, jak również wykonalność tego rodzaju umów¹³⁰. Raport Mary Warnock zalecał ustawodawcy brytyjskiemu wprowadzenie zakazu zawierania umów o macierzyństwo zastępcze, a nawet ich karalność. Brytyjska ustawa z 1985 r. o pośrednictwie w macierzyństwie zastępczym¹³¹ zakazała jedynie prowadzenia działalności polegającej na pośredniczeniu wyspecjalizowanych agencji w zawieraniu tego rodzaju umów¹³². Nie przewidziano natomiast sankcji karnych wobec stron umowy¹³³ – matek zastępczych i rodziców socjologicznych¹³⁴. W świetle prawa karnego umowy o macierzyństwo zastępcze są – zgodnie z art. 57 ustawy o adopcji z 1976 r. – zabronione, jeśli ich przedmiotem jest adopcja za wynagrodzeniem¹³⁵. Prawo angielskie nie zabrania zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, natomiast w świetle ustawy o pośrednictwie w macierzyństwie zastępczym umowy te

¹²⁸ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99; P.F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 123.

¹²⁹ U.K. Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Her Majesty's Stationery Office, London 1984, nr 8.1, s. 42.

¹³⁰ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99; Zob. również: Ch. Gill'ard, *Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v Mr & Mrs A & Others*, *The Journal of Philosophy, Science & Law* 2004, nr 4, s. 34-68.

¹³¹ *The Surrogacy Arrangements Act*.

¹³² M. Galbraith, H.V. McLachlan, J.K. Swales, *Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach*, *Health Care Analysis* 2005, nr 1, s. 13.

¹³³ Art. 2/2 *The Surrogacy Arrangements Act*.

¹³⁴ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 148-149.

¹³⁵ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 100.

nie podlegają wykonaniu¹³⁶. Ponadto, gdy na tle wykonania umowy wystąpi spór pomiędzy rodzicami socjologicznymi a matką zastępczą, zastępcza matka jest uprawniona do zatrzymania dziecka. Uprawnienie to jest zarazem prawnie skuteczne w przypadku, gdy rodzice socjologiczni są jednocześnie genetycznymi rodzicami dziecka¹³⁷.

Odpowiedzią na raport Mary Warnock oraz głosem w dyskusji na temat instytucji macierzyństwa zastępczego był Raport komisji rządowej pod przewodnictwem Margaret Brazier z 1998 r.¹³⁸ Komisja Brazier stwierdziła, iż po 13 latach obowiązywania ustawy o pośrednictwie w macierzyństwie zastępczym instytucja ta zyskała akceptację społeczeństwa, jednakże wymaga dalszej ingerencji ustawodawcy¹³⁹.

6.6. Polska

W stosunkowo nielicznych wypowiedziach w naszej literaturze na temat prawnej dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo w odniesieniu do rodzimego systemu prawnego panuje zgodność poglądów co do tego, że *de lege lata* umowy te winny być uznane za nieważne¹⁴⁰.

Zgodnie z art. 58 § 1 zd. 1 KC czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Paragraf drugi tego przepisu przewiduje, iż nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Artykuł 58 KC określa, od strony negatywnej, zakres dopuszczalnej treści czynności prawnej¹⁴¹. W stosunku do umów zasada swobodnego kształtowania treści stosunku prawnego jest wyraźnie potwierdzona od strony pozytywnej przez art. 353¹ KC, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku,

¹³⁶ M. Galbraith, H.V. McLachlan, J.K. Swales, *Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach*, Health Care Analysis 2005, nr 1, s. 13.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 101.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 102; zob. również: H.V. McLachlan, J.K. Swales, *Babies, Child Bearers and Commodification: Anderson, Brazier et al., and the Political Economy of Commercial Surrogate Motherhood*, Health Care Analysis 2000, nr 8, s. 1-18.

¹⁴⁰ Zob. m.in. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 436; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 218.

¹⁴¹ M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1-449¹*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 250-251.

ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Sankcją naruszenia zakazów przewidzianych przez art. 58 KC jest bezwzględna nieważność czynności prawnej. Naruszenie granic swobody umów oznaczonych w art. 353¹ KC prowadzi do tego samego skutku¹⁴².

Czynność prawna jest sprzeczna z ustawą, gdy jej treść jest formalnie i materialnie niezgodna z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa¹⁴³. W orzecznictwie przyjmuje się jednocześnie, iż zakazy dokonywania określonych czynności prawnych mogą także wynikać z norm prawa publicznego¹⁴⁴. W razie ich naruszenia stosuje się właściwe dla nich sankcje wskazane w odpowiednich gałęziach prawa. Jeżeli jednak cel takiej normy (zakazu) wskazuje na to, że ma ona zapobiegać kształtowaniu się stosunku cywilnoprawnego sprzecznego z nią, to wówczas należy przyjąć, że czynność prawna dokonana wbrew temu zakazowi jest bezwzględnie nieważna na podstawie art. 58 § 1 KC. Pojęcie ustawy w rozumieniu art. 58 powinno być interpretowane stosownie do art. 87 Konstytucji, który zawiera katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego¹⁴⁵. Sprzeczność czynności prawnej z przepisami prawa należy rozumieć szeroko. Zachodzi ona nie tylko wtedy, gdy zakaz dokonania określonej czynności wynika wprost z przepisu ustawy, ale także wtedy, gdy pewna dziedzina stosunków prawnych określona została wyczerpująco przez ustawę¹⁴⁶. W świetle stanowiska dominującego w piśmiennictwie, za czynności sprzeczne z ustawą należy uznać również czynności o celu sprzecznym z ustawą¹⁴⁷. Cel stosunku oznacza szeroko pojmowaną korzyść, jaką strony (albo tylko jedna z nich) pragną osiągnąć w wyniku wykonania danego zobowiązania umownego¹⁴⁸.

¹⁴² Zob. orz. SN z dnia 15 lutego 1996 r., III CZP 5/96, OSN 1996, Nr 5, poz. 69.

¹⁴³ S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 231.

¹⁴⁴ Zob. wyrok SN z dnia 26 listopada 2002 r., V CKN 1445/2000, OSNC 2004, nr 3, poz. 47.

¹⁴⁵ M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, PiP 1993, z. 4, s. 15; Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2003, s. 225; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 190; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 183.

¹⁴⁶ S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego...*, s. 236.

¹⁴⁷ M. Safjan, *Kodeks cywilny...*, s. 257.

¹⁴⁸ T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, pod red. G. Bieńka, Warszawa 2002, s. 21.

M. Safjan¹⁴⁹ wskazuje jednakże, iż możliwe są dwa warianty umowy o zastępcze macierzyństwo. Po pierwsze, umowa może zawierać zobowiązanie zastępczej matki do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka po jego urodzeniu, a jednocześnie zobowiązanie rodziców socjologicznych do wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie tego dziecka oraz do spełnienia na rzecz matki zastępczej pewnych świadczeń pieniężnych. Po drugie, umowa może przybierać kształt umowy warunkowej (pod warunkiem zawieszającym), regulującej jedynie pewne relacje majątkowe z tytułu przyszłego i niepewnego zdarzenia, jakim jest w chwili zawarcia umowy fakt urodzenia dziecka i jego przysposobienie przez rodziców socjologicznych, przewidując z jednej strony przyrzeczenie świadczenia na rzecz matki zastępczej, o ile wyraziłaby ona zgodę na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych, z drugiej zaś – przyrzeczenie świadczenia ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka przez rodziców socjologicznych, o ile przysposobienie dziecka nie doszłoby do skutku z powodu wycofania się z tego zamiaru przez małżonków albo z powodu negatywnej decyzji sądu rodzinnego w tej sprawie. Na rzecz pierwszego wariantu umowy mógłby przemawiać fakt, iż nie zawiera bezpośrednio niedopuszczalnej dyspozycji prawami stanu cywilnego ani też nie przesądza z góry o przysposobieniu dziecka, stanowiąc swego rodzaju wstępne porozumienie poprzedzające wszczęcie postępowania o przysposobienie, zawarte zanim doszło do poczęcia dziecka. Mimo wszystko wydaje się, że tego rodzaju umowa nie mogłaby wywoływać skutków prawnych w postaci powstania zobowiązania do złożenia przez strony stosownych oświadczeń woli w sprawie przysposobienia, które mogłoby być egzekwowane na drodze prawnej (np. w drodze powództwa o ustalenie obowiązku złożenia takiego oświadczenia woli)¹⁵⁰. Pogląd ten wydaje się tym bardziej uzasadniony na tle obowiązującego prawa, że ustawodawca już dawno odstąpił od umownej formy adopcji. Należy ponadto wskazać, iż poglądu o skuteczności takiego wariantu umowy o macierzyństwo zastępcze nie dałoby się obronić z innych jeszcze względów. Uznanie prawnego obowiązku złożenia oświadczenia woli w sprawie zgody na przysposobienie dziecka należałoby uznać za czynność

¹⁴⁹ T. Wiśniewski, *Komentarz do kodeksu...*, s. 434.

¹⁵⁰ Sporna jest kwestia, czy zgoda na przysposobienie może być traktowana jako oświadczenie woli *sensu stricto*. Kwestionuje to J. Panowicz-Lipska, wedle której zgoda ta jest czynnością prawnorodzinną, do której nie mają zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o oświadczeniach woli. Zob. J. Panowicz-Lipska, *Zgoda na przysposobienie*, RPEiS 1985, nr 1, s. 66.

prawną sprzeczną z ustawą¹⁵¹ względem art. 119² KRO, z treści którego wynika, że zgoda na przysposobienie może być wyrażona nie wcześniej niż po upływie sześciu tygodni od urodzenia się dziecka. Przyjęte w powyższym przepisie rozwiązanie koresponduje z wymaganiami Konwencji europejskiej o przysposobieniu dzieci¹⁵² sporządzonej 24 kwietnia 1967 r. w Strasburgu, w szczególności z art. 5 ust. 4, według którego nie można uznać zgody matki na przysposobienie, jeżeli została ona wyrażona przed upływem określonego w ustawie okresu od urodzenia dziecka, nie krótszego jednak niż sześć tygodni, albo jeżeli ustawa takiego terminu nie przewiduje, przed upływem czasu, który zdaniem właściwego organu jest niezbędny do odzyskania przez kobietę stanu równowagi fizycznej i psychicznej po urodzeniu dziecka¹⁵³.

Ustawodawstwo polskie nie posługuje się terminem „macierzyństwo zastępcze”. Artykuł 109 § 2 KRO stanowi jedynie o rodzinie zastępczej, jednakże czyni to w innym kontekście, bez związku ze stosowaniem podobnej terminologii w przypadku zabiegu wspomaganą prokreacją¹⁵⁴. Od kilku już lat w Polsce toczą się prace nad nowelizacją ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy. W ocenie członków Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego powstała potrzeba jednoznacznego wskazania w przepisach KRO, kto jest matką dziecka, a więc także – podstawy sporządzenia aktu urodzenia i jego treści. Chodzi bowiem o to, aby z norm prawnych dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka wynikało *expressis verbis*, że macierzyństwo opiera się na fakcie urodzenia dziecka. Projekt sporządzony przez Komisję we wrześniu 2006 r. przewiduje wprowadzenie do kodeksu przepisu art. 61⁹, zgodnie z którym matką dziecka jest kobieta, które je urodziła¹⁵⁵.

Teoretycznie regulacja macierzyństwa zastępczego w prawie polskim może podążyć w trzech kierunkach. Po pierwsze, można nadać umowom moc prawną i wprowadzić przymus ich wykonania¹⁵⁶. Po drugie, można postąpić

¹⁵¹ Inaczej M. Safjan, który podnosi, iż czynność ta miałaby wyraźnie cechy zabiegu *in fraudem legis*. Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 436.

¹⁵² Dz.U. z 1999 r., Nr 99, poz. 1157.

¹⁵³ Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie po nowelizacji*, *Monitor Prawniczy* 1995, nr 12, s. 361.

¹⁵⁴ M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 114.

¹⁵⁵ Tekst projektu i jego uzasadnienie znajduje się na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości: www.ms.gov.pl; zob. również: Z. Radwański (red.), *Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 150.

¹⁵⁶ Moim zdaniem, całkowicie hipotetycznie najlepszym modelem prawnym umowy o macierzyństwo zastępcze byłaby umowa nieodpłatna (z możliwością zwrotu kosztów

odwrotnie, zakazując zawarcia wszelkich form umów o zastępcze macierzyństwo. Po trzecie można wybrać rozwiązanie pośrednie, które istnieje obecnie na gruncie *legis latae*, a mianowicie kwalifikując umowy o macierzyństwo zastępcze jako nieważne, co oznacza, iż umowy takie nie są wiążące, jednak nie pociągałoby to za sobą jednocześnie sankcji karnych¹⁵⁷.

Podsumowując, stwierdzić należy, iż instytucja zastępczego macierzyństwa spotyka się z różnorodnym zainteresowaniem ze strony prawodawców. Wielokrotnie brak zainteresowania tą instytucją ze strony prawodawców powoduje konieczność rozstrzygnięcia przez samą judykaturę, czy zwyczaję, szeregu problemów o dużej doniosłości tak praktycznej, jak i moralnej. Przedstawione rozwiązania prawne stanowią li tylko pewną egzemplifikację podejścia w poszczególnych ustawodawstwach do nakreślonej problematyki, stanowiącego wypadkową różnorodności politycznej, prawnej, oraz tradycji religijnej i obyczajowej. Skrócowa egzemplifikacja nie pozwala mimo wszystko uciec od dokonanego już w literaturze typologicznego podziału rozwiązań normatywnych opartego na primacie techniki bądź na primacie osoby, choć – jak wskazano – rozwiązania te w każdym państwie ustalone są zgoła odmiennie.

poniesionych przez matkę zastępczą), z jednoczesnym uprawnieniem matki zastępczej do odstąpienia od umowy bez żadnych prawnych konsekwencji, z możliwością zatrzymania przez nią dziecka.

¹⁵⁷ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 135.