

Agnieszka Wedeł-Domaradzka

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego
Bydgoszcz

Macierzyństwo – od pewności do wątpliwości. Aspekty prawne i bioetyczne w kontekście urodzenia dziecka

Wprowadzenie

Z punktu widzenia prawa zagadnienie macierzyństwa rozpatrywane powinno być jako kwestia ustalania stanu cywilnego, czyli pochodzenia dziecka od określonej osoby, w tym przypadku określonej kobiety. Ustalenie pochodzenia dziecka determinuje jego sytuację prawną, wskazuje na istniejące pokrewieństwo oraz odnosi się do wykonywania władzy rodzicielskiej obejmującej w szczególności obowiązki i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw¹.

Do XX wieku macierzyństwo nie było przedmiotem rozbudowanych regulacji prawnych. Nie było również przedmiotem

¹ Zgodnie z opinią Sądu Najwyższego: „Rodzice mają jednak względem dziecka także prawa i obowiązki, nie objęte władzą rodzicielską, nie stanowiące jej elementu, jak np. prawo do osobistej styczności z dzieckiem, które może być jednak ze względu na dobro dziecka ograniczone przez sąd”, Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2000 r., Izba Cywilna II CKN 761/2000, LexisNexis nr 1617469.

głębszej analizy prawnej, co więcej nie było i nie ma również definicji pojęcia „matka”². Powodów takich braków należy poszukiwać przynajmniej w kilku źródłach. Po pierwsze, macierzyństwo uznawano za oczywiste i niekwestionowalne. Kobieta, która była w ciąży i urodziła dziecko była uznawana za jego matkę. Nie było natomiast, obecnych w czasach współczesnych, badań krwi oraz praktycznie niezawodnych badań genetycznych, które pozwalają jednoznacznie stwierdzić lub wykluczyć macierzyństwo określonej kobiety. Po drugie, nie było potrzeby szukania alternatywnych regulacji, gdyż ze względu na możliwości ówczesnej medycyny nie było możliwości ingerowania w narodziny; w konsekwencji kobieta rodząca dziecko była jednocześnie jego matką genetyczną. Po trzecie, należy pamiętać, że bardziej skupiano się na wątpliwościach dotyczących ojców. Wynikało to z faktu, że ciąża pozwalała jedynie w przybliżeniu ocenić, kiedy kobieta urodzi dziecko i ewentualnie porównać tę datę z okresem jej współżycia z określonym mężczyzną. Jednak samo ojcostwo danego mężczyzny pozostawiało spory margines niepewności. Niedoskonałość metod ustalania macierzyństwa – nawet przy pochwale pomysłowości rozwiązania sporu – dało się zauważyć w przypadku konfliktu między „matkami” rozsądzanego przez króla Salomona. Ten znany przypadek pokazał, iż społeczeństwa starożytne nie miały możliwości ustalania macierzyństwa w przypadku kobiet, których dzieci urodziły się w podobnym czasie.

Kształtowanie się standardu prawnego regulowania macierzyństwa

Starożytne prawodawstwo знаło więc tylko jeden sposób ustalania macierzyństwa. Był nim fakt urodzenia dziecka. Miało to również wyraz w konstrukcji domniemania *Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant*³.

Przyjęcie takiego modelu miało wpływ na dalszą sytuację dziecka, która była determinowana sytuacją matki. Świadczy o tym choćby regulacja rzymska odnosząca się do ustalania stanu niewolnictwa. W przypadku gdy dziecko urodziła kobieta wolna, było ono wolne bez względu na to, kim był jego ojciec, i analogicznie – urodzenie dziecka przez niewolnicę, nawet w przypadku gdyby ojcem dziecka był człowiek wolny skutkowało

² J. C. Murphy, *Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions from Welfare 'Reform', Family, and Criminal Law*, Cornell Law Review, Vol. 83, No. 3, 1998, s. 689.

³ Matka jest zawsze pewna – ojcem jest ten, na kogo wskazuje małżeństwo, Dig. 2.4.5.

urodzeniem dziecka – niewolnika⁴. Co ciekawe wszelkie przypadki wątpliwości (na przykład sytuacja, gdy matka w okresie ciąży była przez jakiś czas wolna) rozstrzygano na rzecz wolności dziecka.

Nie można jednak zapomnieć, iż mimo tego silnego powiązania matki i dziecka na etapie ustalania jego pochodzenia później – już w aspekcie wychowania – przechodziło ono pod władzę ojca. To ojciec decydował, czy dziecko będzie traktowane jako pochodzące od niego. Miało to miejsce zazwyczaj w geście uniesienia noworodka, co stanowić miało przeciwieństwo zamiaru jego porzucenia. Aby usprawnić kwestię ustalania ojcostwa w sytuacjach, gdy ojciec nie był obecny przy porodzie wprowadzono dwa domniemania, które w niemal niezmodyfikowanej formie obowiązuja aż do dnia dzisiejszego. Pierwsze z nich stanowiło, iż ojcem dziecka jest ten na kogo wskazuje małżeństwo⁵. W konsekwencji po urodzeniu dziecka przez kobietę, która była w związku małżeńskim za ojca uznawano jej męża. Drugie z domniemań dotyczyło dzieci urodzonych w okresie „około małżeńskim”, a mianowicie nie wcześniej niż w 182 dniu⁶ od powstania małżeństwa i nie później niż w 300 dniu od jego ustania. Możliwe było obalenie tegoż domniemania, ale konieczne było wówczas wykazanie dowodu przeciwnego. Taka regulacja podyktowana była ochroną interesów dziecka, szczególnie tych o charakterze majątkowym, gdyż z punktu widzenia dziecka zawsze lepiej było być dzieckiem pochodzącym z małżeństwa⁷.

W późniejszym okresie w powyższych kwestiach niewiele się zmieniło. Nadal dominowała zasada pewności macierzyństwa, a status jednostki determinowany był tym, kim był ojciec dziecka oraz tym, czy dziecko było małżeńskie bądź też czy zostało uznane. Z czasem, głównie ze względu na postulowaną powszechnie zasadę równości, regulacje prawne nie dywersyfikowały zakresu prawa dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich.

Na gruncie prawa krajowego, w kluczowej dla kontynentu europejskiego kodyfikacji prawa cywilnego, czyli Kodeksie Napoleona zawarte były

⁴ G. 1,85.

⁵ Dig. 2.4.5.

⁶ Dig. 1.5.12, Paulus 19 resp.

⁷ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U Podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 206-207.

jedynie regulacje odnoszące się do „ojcostwa i synostwa”. Tytuł VII⁸ przewidywał podział na regulacje dedykowane dzieciom prawym, czyli zrodzonym w małżeństwie oraz dzieciom pozamałżeńskim. W kwestii tej pierwszej grupy dopuszczono pewne wyjątki od ojcostwa dziecka pochodzącego z małżeństwa. Do wyjątków tych zaliczone zostały sytuacje, w których mąż w okresie od trzechsetnego do sto osiemdziesiątego dnia przed urodzeniem dziecka nie był w stanie fizycznie obcować z swoją małżonką⁹. W odniesieniu natomiast do dzieci urodzonych przed upływem sto osiemdziesiątego dnia od zawarcia małżeństwa dopuszczono możliwość zaprzeczenia ojcostwa, jednak z uwzględnieniem trzech wyjątków dotyczących:

- wiedzy męża o ciąży przyszej żony,
- obecności męża podczas urodzenia dziecka oraz podpisania przez niego aktu urodzenia tegoż dziecka,
- urodzenia się dziecka niezdolnego do życia¹⁰.

Ustalania ojcostwa Kodeks Napoleona nie przewidywał¹¹. Kwestia ustalania macierzyństwa została również w nim pominięta, głównie z uwagi na fakt, utrzymania na kontynencie europejskim rozwiązań prawa rzymskiego z koronną zasadą ojcostwa męża. Zaprzeczenie ojcostwa dziecka urodzonego po trzystu dniach od ustania małżeństwa było zawsze możliwe. Możliwość zaprzeczenia ojcostwa powiązana została z dopuszczalną w kodeksie możliwością zaprzeczania macierzyństwa. Artykuł 325 przewidywał, że strona może dowodzić wszelkimi środkami, że dziecko nie pochodzi od danej matki. Biorąc jednak pod uwagę umieszczenie przepisu w części dotyczącej dowodów pisemnych oraz poziom rozwoju ówczesnej medycyny, należy stwierdzić, że przeważającymi w tego typu sprawach były dowody z dokumentów. Wyłączeniem od poszukiwania ojcostwa, macierzyństwa oraz uznania dziecka objęto przypadki, w których dzieci zrodzone zostały z kazirodztwa lub cudzołóstwa¹².

Regulacja prawna odnosząca się do uznania pewności macierzyństwa została przyjęta również przez większość państw w XX wieku. Także polskie regulacje rodzino-prawne opierały się na Kodeksie Napoleona. W przy-

⁸ *Code civil des Français* 1804, cytowania za: *Kodex Napoleona z przypisami. Xiąg trzy*, Zawie 1810, dalej KN.

⁹ Art. 312 KN.

¹⁰ Art. 314 KN.

¹¹ A. Korobowicz, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772-1918)*, Warszawa 2009, s. 69.

¹² Art. 342 KN oraz art. 355 KN.

jętym w 1825 roku Kodeksie cywilnym Królestwa Polskiego¹³ przyjęto jako zasadę ojcostwa męża matki¹⁴. Zabroniono poszukiwania ojcostwa¹⁵, nie wykluczono jednak uznania dziecka. Dopuszczono również możliwość poszukiwania macierzyństwa. Ciężar dowodu w przypadku dochodzenia pochodzenia od określonej kobiety jako od matki spoczywał na dziecku, które powinno dowieść, że jest tym, które dana kobieta urodziła. W dowodzeniu takiego stanu faktycznego dopuszczono możliwość korzystania z dowodów z dokumentów, śladów a w ostateczności również świadków¹⁶.

Powojenne regulacje¹⁷ nie zawierały już możliwości poszukiwania macierzyństwa, powracając niejako do zasady pewności. Tylko w stosunku do osoby ojca skonstruowane zostały domniemania pochodzenia z małżeństwa¹⁸ oraz obcowania z matką dziecka w okresie koncepcyjnym¹⁹. Jednakże to drugie rozwiązanie w kodeksie rodzinnym z 1950 roku zostało zniesione na rzecz regulacji wprowadzającej ojcostwo mężczyzny, który uznał dziecko albo czyje ojcostwo zostało ustalone przez sąd²⁰.

Prawne i bioetyczne wyzwania dla macierzyństwa

Dynamiczny rozwój nauk medycznych stworzył alternatywy dla akceptowanych i uznanych od wieków regulacji zawartych w systemach prawnych. Pomimo iż macierzyństwo zastępcze – rozumiane jako urodzenie dziecka przez jedną kobietę celem wychowania je przez inną – było znane i praktykowane już w starożytności²¹ to jednak z czasem prawo przestało

¹³ Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (Prawo to zapadło na sejmie d. 1/13 Czerwca 1825 r., a ogłoszone d. 28 Listopada t. R. D. P. T. X.), (Dz.PrKP1825.5.1).

¹⁴ Art. 272, Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego.

¹⁵ Art. 305, Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego.

¹⁶ Art. 306, Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego.

¹⁷ Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. Prawo rodzinne (Dz.U.1946.16.113).

¹⁸ Art. 5, Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. Prawo rodzinne (Dz.U.1946.16.113) oraz Art. 42, Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. (Dz.U.1953.31.124).

¹⁹ Art. 47, Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. Prawo rodzinne.

²⁰ Art. 43, Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. (Dz.U. 1950 nr 34 poz. 308).

²¹ Przykładem takiego rozwiązania jest Asyryjski kontakt małżeński z XIX w p.n.e, według którego Laqipum poślubił Hatala, córkę Enishru i w przypadku, gdy małżonka nie da mu w ciągu dwóch lat od zawarcia związku małżeńskiego potomstwa wówczas zobowiązana jest ona zakupić niewolnicę, której zadaniem będzie urodzenie potomka, [w:] H. Hirsch, *Orientalia*, XXXV (1966), 259f. Podobny przykład można znaleźć również w Księdze Rodzaju, gdy żona Jakuba nie mogąc sama z uwagi na wiek zostać matką po

akceptować tego typu działania. Przyczyną braku akceptacji prawnej nie była jednak kwestia poszanowania prawa dziecka do własnej tożsamości, lecz upodmiotowienie kobiet i mężczyzn będących niewolnikami.

Absolutną konieczność rewizji ujęcia macierzyństwa przyniósł rok 1978 roku, kiedy to urodziła się Louise Brown, pierwsze dziecko poczęte za pomocą techniki zapłodnienia *in vitro*. Wraz z Luise Brown pojawiły się też różnego rodzaju problemy etyczno-prawne. Po pierwsze okazało się, iż technika *in vitro* pozwala na odejście od zasady *mater semper certa est*, ponieważ dopuszcza wszczepienie zarodka zarówno kobiecie, od której pochodzi komórka jajowa, jak i innej. Tym samym możliwe stało się, aby dziecko miało zarówno genetyczne (dawczyni komórek), jak i naturalne (fakt urodzenia) matki. Możliwe stały się wówczas również zabiegi sztucznej inseminacji. Jasnym stało się, że niezbędne jest wyraźniejsze wskazanie, która z kobiet będzie przez prawo traktowana jako matka. Po drugie sytuację skomplikował jeszcze dodatkowo fakt, iż z czasem pojawiła się możliwość urodzenia dziecka z udziałem aż trzech kobiet: kobiety dawczyni komórek, kobiety rodzącej dziecko i wreszcie kobiety, która dziecko to zamierza wychować, i którą uznać należy za „inicjatorkę” powołania go na świat. Po trzecie liczne sprzeczności zaczął budzić sam mechanizm zinstytucjonalizowania²² zjawiska macierzyństwa zastępczego zwanego również surogacją. Pojawił się cały „rynek” usług surogacyjnych, w ramach których to osoby pragnące posiadać własne potomstwo mogły skonstatować się z pośrednikiem oferującym usługi kobiety zdecydowanej urodzić i przekazać dziecko. Za tę usługę zarówno pośrednik, jak i kobieta, która zdecydowała się na urodzenie dziecka zwykli pobierać opłaty. Po czwarte regulacje zjawiska macierzyństwa zastępczego utrudnia niejednorodność jego formy. Możliwe jest zaangażowanie surogatki-nosicielki ciąży, która występuje w sytuacji, gdy zarówno matka, jak i ojciec korzystają z własnych komórek rozrodczych, a surogatka zapłodniona została w efekcie zabiegu *in vitro* oraz surogatki genetycznej (pełnej matki zastępczej), która poza noszeniem ciąży jest również dawczynią materiału genetycznego.

modlitwie do Boga wysłał Jakuba do niewolnicy. Urodzone z niewolnicy dziecko Jakuba przyjmuje jako własne. Rdz 30, 3.

²² M. Mikluszka, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosak, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 322.

Z punktu widzenia norm prawnych, wśród których należałoby poszukać regulacji macierzyństwa zastępczego, istotne znaczenie mają regulacje przyjęte zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym. Państwa zdecydowały się regulować zagadnienia macierzyństwa dopiero od momentu, gdy prawa człowieka stały się przedmiotem refleksji społeczności międzynarodowej, czyli od drugiej połowy XX wieku. Jednak na ówczesnym etapie nie stworzono regulacji, które mogłyby ułatwiać rozwiązywanie dylematów jakie niesie za sobą macierzyństwo zastępcze.

Wynika to między innymi z faktu, iż normy prawa międzynarodowego o zasięgu uniwersalnym nie regulują bezpośrednio kwestii ustalenia pochodzenia dziecka od konkretnej kobiety jako matki. Nie oznacza to jednak, iż z istniejących norm nie można by skonstruować pewnego wspólnego standardu. Jeśli chodzi o regulacje uniwersalne to należałoby zwrócić uwagę na MPPOiP²³, który wprowadza konieczność zarejestrowania dziecka i nadania mu nazwiska, czyli konieczność poczynienia kroków prawnych mających na celu identyfikację i przepisanie dziecku określonej tożsamości oraz pochodzenia. Podobną regulację przewiduje również *Konwencja o prawach dziecka*²⁴. Ponadto art. 7 tej Konwencji formułuje prawo dziecka do poznania swoich biologicznych rodziców, na tyle na ile realizacja tego prawa jest możliwa. Należy jednak pamiętać, że prawo do poznania swoich rodziców nie jest, na gruncie Konwencji, tożsame z ustaleniem ojcostwa lub macierzyństwa. Prawo to odnosi się do sfery osobistego prawa człowieka do znajomości swojego pochodzenia, tym samym jest niezależne od tego, czy przysługuje legitymacja czynna w sprawach o ustalenie albo zaprzeczenie macierzyństwa czy ojcostwa²⁵. Nie jest więc konieczne, aby ustalone w ten sposób dane ojca lub matki faktycznie znalazły się w dokumentach określających stan cywilny dziecka. Za wystarczające należy uznać, że zostaną one dziecku udostępnione. Czy więc patrząc z perspektywy macierzyństwa zastępczego można je skutecznie zrealizować?

²³ Art. 24 ust. 2 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167).

²⁴ Art. 7 Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526).

²⁵ I. Ziemele, *Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, [w:] A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhallen, F. Ang, E. Berghmans, M. Verheyde (Eds.) *A Commentary to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden 2007, s. 26 i nast.

Należy spodziewać się, iż w przypadku gdyby z powodztwem o poznanie tożsamości surogatki wystąpiło dziecko, to system prawny państwa będącego sygnatariuszem *Konwencji o prawach dziecka* wymagałyby, aby dane matki zostały temu dziecku ujawnione. Takiego rozwiązania można spodziewać się w oparciu o analogie do orzecznictwa sądu niemieckiego²⁶ pozwalającego dziecku na dostęp do danych mężczyzny będącego dawcą nasienia, z którego pomocą dziecko to zostało poczęte.

W ramach standardów regionalnych szczególne miejsce, z punktu widzenia pochodzenia dziecka, zajmuje *Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego*²⁷. Dokument ten wskazuje, że macierzyństwo względem dziecka pozamałżeńskiego ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia²⁸. Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, bez względu na to, czy ojcem dziecka jest jej mąż, czy inny mężczyzna, czy nastąpiło uznanie ojcostwa lub sądowe ustalenie ojcostwa, czy dziecko jest pogrobowcem, czy poczęcie nastąpiło w wyniku sztucznego zapłodnienia, czy poczęcie nastąpiło w wyniku zapłodnienia nasieniem pochodzącym od kilku mężczyzn, czy zapłodnienie nastąpiło nasieniem przechowywanym w banku nasienia.

Wprowadzenie zasady wskazującej, że to urodzenie kształtuje sytuację prawną, należy uznać za bardzo pożądane, szczególnie, iż do czasu wejścia w życie *Konwencji z 1975 roku* niektóre z systemów prawnych przewidywały rozwiązania dyskryminujące pozycję dziecka pozamałżeńskiego, również w kontekście jego macierzyństwa²⁹. W komentarzu uzasadniającym wprowadzenie powyższej regulacji³⁰ wskazano, że zasadą zawartą w *Konwencji*, a obowiązującą w większości państw członkowskich Rady Europy, jest automatyczne ustalenie pochodzenia dziecka od matki wyłącznie na podstawie faktu urodzenia dziecka. W wyjątkowych wypad-

²⁶ Rechtsprechung, OLG Hamm, 06.02.2013, I-14 U 7/12, podano za openJur, die freie juristische Danenbank <http://openjur.de/u/599587.html>, dostęp dnia 23.03.2014 r.

²⁷ Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego (dalej EKSPDP), sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1975 r. (Dz.U. 1999 nr 79, poz. 888).

²⁸ Art. 2 EKSPDP.

²⁹ Regulacja dyskryminująca funkcjonowała między innymi w prawodawstwie Królestwa Belgii, jak i w prawodawstwie Szwajcarii, A. Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford 2012, s. 788.

³⁰ *Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock and explanatory report*, Council of Europe, Strasbourg 1996, s. 9.

kach, gdy matka jest nieznaną, macierzyństwo jest teoretycznie ustalone, ale wywołuje pełne skutki prawne tylko wtedy, gdy została poznana tożsamość matki. Jednakże w niektórych państwach do ustalenia macierzyństwa konieczne jest wpisanie nazwiska matki do aktu urodzenia, w innych zaś nawet to nie jest konieczne. Zgodnie z ustawodawstwem tych państw dopuszczalne jest zarejestrowanie urodzenia dziecka bez podawania nazwiska matki. Tak duże zróżnicowanie mechanizmów rejestracyjnych może – mimo wyraźnego prymatu macierzyństwa kobiety, która dziecko urodziła – sprzyjać nadużyciom w zakresie ustalenia stanu cywilnego.

Dokumentem, który może stanowić wskazówkę interpretacyjną dla poszukiwania wspólnego standardu macierzyństwa zastępczego jest *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej*³¹ podpisanej pod auspicjami Rady Europy. Pomimo iż nie zawiera regulacji dotyczących macierzyństwa zastępczego, to jednak wyraźnie wskazuje, że ani ciało ludzkie ani jego części nie mogą stanowić źródła korzyści finansowych³². Wprawdzie, jak wynika z Raportu wyjaśniającego³³, regulacja ta odnosi się przede wszystkim do tkanek oraz komórek, to jednak należy uznać, iż przesłankę niedopuszczalności uznamy za spełnioną, w przypadku użycia komórki jajowej jednej kobiety celem implementacji jej w ciele innej kobiety. W ramach prac działającego przy Radzie Europy Komitetu Ekspertów do Spraw Bioetyki³⁴ opracowane zostały zasady dotyczące sztucznej prokreacji ludzkiej. W zbiorze zasad znalazła się definicja pojęcia matka zastępcza, za którą uważana jest „osoba, która nosi dziecko na rzecz innej osoby, a która przed zajściem w ciążę wyraziła zgodę na to, że dziecko po urodzeniu zostanie tamtej innej osobie przekazane”³⁵. Zgodnie z wytycz-

³¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4.04.1997 (CETS 164).

³² Art. 21, Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4.04.1997.

³³ *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report* (ETS No. 164), 17.12.1996, podano za: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm>.

³⁴ Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics – CAHBI.

³⁵ *Principles set out in the report of the ad hoc committee of experts on progress in the biomedical sciences* (CAHBI, published in 1989), Texts of the Council of Europe on bioethical matters, Volume II, Directorate General I – Human Rights Directorate Bioethics Department, Strasbourg, March 2012, s. 71.

nymi Komitetu wszelkie metody sztucznej prokreacji mogą być stosowane jedynie, jeśli ich beneficjentami są osoby żyjące w związku o charakterze heteroseksualnym. Warunkiem skorzystania z tych metod jest również zabezpieczenie dobra mającego się narodzić dziecka. Komitet jako ogólną wytyczną wskazał niedopuszczalność przeprowadzenia przez zakład opieki zdrowotnej oraz lekarza zabiegu sztucznie wspomaganą prokreacji, który miałyby doprowadzić do poczęcia dziecka mającego zostać donoszone przez matkę zastępczą. Wyjątkiem od tej ogólnej zasady miałyby być sytuacja, w której spełniono by dodatkowo dwie przesłanki:

- niepobierania przez zapłodnioną kobietę wynagrodzenia za donoszenie ciąży,
- zagwarantowanie i faktyczne umożliwienie tej kobiecie realizacji prawa do zatrzymania dziecka po jego urodzeniu.

Komitet odniósł się również do umów dotyczących macierzyństwa zastępczego. Uznano, iż jakakolwiek umowa między matką zastępczą a inną osobą lub parą, dla których ma ona urodzić dziecko, nie rodzi skutków prawnych. Celem szerszego zabezpieczenia regulacji dotyczących braku aspektu komercyjnego macierzyństwie w zasadach Komitetu znalazła się również regulacja dotycząca działalności pośredników. Komitet w sposób jednoznaczny zakazał wszelkiej działalności, która polegałaby na pośredniczeniu między surogatkami a zainteresowanymi osobami. Za niedopuszczalną uznano również reklamę tejże działalności. Tym samym potwierdzono, iż macierzyństwo należy rozpatrywać w kontekstach wyłącznie altruistycznych.

Jednakże zasady Komitetu nie zakazały wszelkich form wspomaganą prokreacji. Dopuszczalne jest przekazywanie komórek jajowych czy nasienia oraz embrionów (podobnie jak i innych części ciała). Warunkiem jest jednak brak jakiegokolwiek wynagrodzenia wynikającego z faktu przekazania. Jedynym dopuszczalnym elementem są zwroty związane z utraczonymi zarobkami, podróżą oraz inne bezpośrednio wynikające z zabiegu³⁶. Komitet potwierdził również zasadę, zgodnie z którą to kobietę, która urodziła dziecko należy uważać za jego matkę.

Nie można zapomnieć, iż metody sztucznej prokreacji stały się również przedmiotem zainteresowania prawodawcy Unii Europejskiej. W roku 1989 Parlament Europejski przyjął dwie rezolucje, które w sposób bezpo-

³⁶ Ibidem.

średni odnosiły się do tej problematyki. Pierwsza z rezolucji obejmowała problematykę etycznych i prawnych konsekwencji inżynierii genetycznej³⁷. Druga natomiast odnosiła się to sztucznego zapłodnienia *in vitro* oraz *in vivo*³⁸. Z treści regulacji przewidzianych w rezolucjach jednoznacznie wyłania się potępienie dla dawstwa materiału genetycznego jak również dla praktyk polegających na implementacji zamrożonego zarodka do organizmu innej kobiety niż ta, od której ta komórka by pochodziła, oraz niedopuszczalności zbyt długiego przechowywania zarodków. Mimo dużej skuteczność prawa europejskiego, gdy mamy do czynienia z mechanizmem regulowania problematyki w drodze rezolucji, nie będzie to powodowało odzwierciedlenia w prawodawstwach państw członkowskich, gdyż rezolucje, należy traktować jedynie jak zbiór postulatów, pożądaných kierunków rozwoju prawa. W żadnym razie jednak na ich podstawie nie można skutecznie zakazać, czy dozwolić na określoną praktykę. Unia Europejska nie będzie mogła jednak funkcjonować, bez wyraźnej regulacji prawnej, w szczególności dlatego, że państwa w niej zrzeszone mają przyjęte różne rozwiązania w stosunku do surogacji, a problemy praktyczne powoli stają się przedmiotem spraw przed Trybunałem Sprawiedliwości³⁹.

Jeśli chodzi o regulacje krajowe należy podkreślić, iż są one zróżnicowane. Polskie prawodawstwo nie zawiera dedykowanego aktu poświęconego macierzyństwu zastępczemu. Nie ma też wyraźnej dyrektywy niedopuszczającej takich praktyk, czy też uniemożliwiającej skorzystania z nich za granicami kraju. Biorąc jednak pod uwagę regulacje państw ościennych⁴⁰, nie można wykluczyć, że w przyszłości pojawi się konieczność wyraźniejszego uregulowania dopuszczalności czy wprowadzenia zakazu dla tego typu praktyk.

³⁷ Resolution A2 – 327/88 on ethical and legal problems of genetic engineering, Official Journal C 96, 17.04.1989, s. 165.

³⁸ Resolution on artificial insemination “in vivo” and “in vitro”, Official Journal C 96, 17.04.1989, s. 171.

³⁹ Sprawy z zakresu macierzyństwa zastępczego mają w szczególności znaczenie w przypadku realizacji uprawnień wynikających z przepisów regulujących urlopy macierzyńskie, Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 concerning the implementation of measures to encourage improvements in the safety and health of pregnant workers, workers who have recently given birth and women who are breastfeeding, Tenth individual Directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC.

⁴⁰ Głównie dopuszczalność macierzyństwa zastępczego w Rosji, na Ukrainie.

Regulacje dotyczące macierzyństwa przewidziane zostały w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. W swojej pierwotnej wersji z 1964 roku Kodeks właściwie nie zmieniał regulacji powojennych. Nadal uznawano domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa⁴¹ oraz domniemanie ojcostwa mężczyzny współżyjącego z matką w okresie koncepcyjnym⁴². Tym samym należy uznać jednolitość i konsekwencję regulacji prawnych w uznawaniu macierzyństwa za pewne i niepodlegające dochodzeniu. Jedyna możliwość w zakresie skorygowania niezgodności między stanem faktycznym a stanem zawartym w dokumentach określających stan cywilny odnosiła się do sytuacji, w których na przykład na skutek pomyłki w szpitalu lub innej placówce zdrowotnej, dzieci zostałyby zamienione. W takiej sytuacji konieczne byłoby wystąpienie z: powództwem o ustalenie pochodzenia dziecka przewidzianym w art. 86 KRO.

Wzrost dynamiki i popularności metod sztucznej prokreacji w tym macierzyństwa zastępczego wymusił rewizję norm prawnych również w Polsce. Biorąc pod uwagę czas, jaki upłynął między urodzeniem się wspomnianej już Luise Brown a nowelizacją kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 roku⁴³ należy stwierdzić, iż ustawodawca dość długo pracował nad nowymi przepisami prawa. Wynikać to mogło z braku pewnych wzorców regulacji, czy to międzynarodowych czy narodowych, na których można byłoby się oprzeć. Zgodnie z przyjętymi wówczas regulacjami za matkę dziecka uznaje się kobietę, która to dziecko urodziła⁴⁴. Przyjęta nowelizacja wprowadziła również możliwość wystąpieniem z osobnymi powództwami dotyczącymi zaprzeczenia oraz ustalenia macierzyństwa⁴⁵. Tym samym można uznać, iż wyklarowała się sytuacja prawna rozwiązywania konfliktów na tle macierzyństwa oraz wyraźnie określono, kto z punktu widzenia prawa polskiego uznawany będzie za matkę dziecka. Regulacje te nie miały w żaden sposób służyć ułatwieniu, czy uregulowaniu macierzyństwa zastępczego, a jedynie doprowadzić do rozwiązania

⁴¹ Art. 62, Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U.1964.9.59).

⁴² Art. 85, Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁴³ Art. 1, pkt 5, Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2008.220.1431).

⁴⁴ Art. 61⁹, Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U.2012.788).

⁴⁵ Art. 61¹⁰, Art. 61¹². Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

potencjalnych konfliktów, które dotyczyć mogłyby pochodzenia genetycznego i naturalnego dziecka.

Jeśli chodzi o pozostałe państwa, to należy uznać, iż przyjęły one różne rozwiązania w zakresie prawa do macierzyństwa zastępczego. Pozwalają się one sklasyfikować w następujący sposób:

- państwa, w których zarówno komercyjne, jak i altruistyczne macierzyństwo zastępcze jest dozwolone przez prawo to między innymi Rosja, Ukraina, Białoruś, Gruzja, Armenia, Cypr, Indie⁴⁶, RPA, niektóre stany Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej (Arkansas, Kalifornia, Floryda, Illinois, Teksas, Massachusetts, Vermont)
- państwa, w których tylko altruistyczne macierzyństwo zastępcze jest dozwolone przez prawo: Australia, Kanada (z wyjątkiem Quebecu), Wielka Brytania, Holandia, Dania, Węgry, Izrael, i niektóre stany Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej (Nowy Jork, New Jersey, Nowy Meksyk, Nebraska, Virginia, Oregon, Waszyngton),
- państwa, w których wszelkiego rodzaju macierzyństwo zastępcze jest wyraźnie zakazane przez prawo: Niemcy, Francja, Belgia, Hiszpania, Włochy, Szwajcaria, Austria, Norwegia, Szwecja, Islandia, Estonia, Mołdawia, Turcja, Arabia Saudyjska, Pakistan, Chiny, Japonia, Kanada (Quebec), niektóre stany Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej (Arizona, Michigan, Indiana, Północna Dakota).
- państwa w których brakuje jednoznacznej regulacji prawnej, jednak ich regulacje skłaniają się ku niedopuszczalności żadnej z form macierzyństwa zastępczego. Do państw tych należałoby zaliczyć Polskę.

Za dominujące w kręgu europejskim należy uznać regulacje idące w kierunku uznania za matkę kobiety, która dziecko fizycznie urodziła⁴⁷.

⁴⁶ W przypadku Indii podkreślane jest, iż państwo to jest „reprodukcyjnym rajem” w szczególności z uwagi na niewysokie – w porównaniu z np. amerykańskimi, czy europejskimi – opłaty za usługi prokreacyjne. Brak jednak szacunkowych danych dotyczących skali tego zjawiska, z uwagi na fakt, że rodzice korzystający z „usług” w ramach systemu indyjskiego pochodzą w dużej części z Europy w tym z państw niedopuszczających surogacji, tym samym nie są zainteresowane ujawnieniem swojego postępowania.

⁴⁷ Par. 1591, Bürgerliches Gesetzbuch, Mutterschaft „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es hat geboren”, BGB, (I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738), article 311-25 Code civil,

Może to być wynikiem najbardziej dedykowanych temu problemowi dyskusji na szczeblu międzynarodowym. W szczególności wspomnianych już postanowień Konwencji Bioetycznej.

Najbardziej liberalne podejście do problematyki surogacji zawarte zostały w prawodawstwach państw Europy Wschodniej, a mianowicie Rosji i Ukrainy. W Rosji problem surogatek rozstrzygnięto w sposób prosty i jednoznaczny, dopuszczając praktykowanie macierzyństwa zastępczego. Zgodnie z postanowieniami Kodeksu rodzinnego kobieta może zdecydować się na ciążę i urodzenie dziecka dla osób trzecich. Warunkiem jest jednak, aby była ona zdrowa, była w odpowiednim wieku, oraz pozytywnie przeszła liczne badania psychologiczne oraz medyczne. Dopiero po uzyskaniu swoistej „kwalifikacji” dochodzi do zapłodnienia, po którym kobieta musi pozostawać pod stałą opieką medyczną. Po urodzeniu przez nią dziecka przekazuje się je biologicznym rodzicom. Za „usługę” jest odpowiednio wynagradzana – w tym jednak zakresie prawo nie zawiera szczegółowych uregulowań⁴⁸. Rodzice ani dziecko nie mają prawa nigdy się poznać ani uzyskać jakichkolwiek informacji o sobie nawzajem. Sprzyja temu wymóg, aby do rejestru urodzeń wpisywane były jedynie dane małżonków, którzy wyrazili zgodę w formie pisemnej na sztuczne zapłodnienie lub na implantację zarodka, warunkiem jest jednak uzyskanie na to zgody kobiety, która dziecko urodziła⁴⁹.

Prawodawstwo ukraińskie⁵⁰ zakłada, że w przypadku implementacji zarodka kobiecie, od której zarodek ten nie pochodzi za rodziców dziecka uważa się małżonków, od których genetycznie ten zarodek pochodzi. Analogiczna sytuacja ma miejsce, gdy zarodek z materiałem genetycznym obcej kobiety zostanie zaimplementowany żonie, wówczas również to małżonkowie uznawani są za rodziców.

Standard brytyjski można określić jako pośredni, gdyż wprawdzie przewiduje on dopuszczalność surogacji, jednak jedynie w wymiarze nie-

Version consolidée au 19.03.2014 “La filiation est établie, à l’égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l’acte de naissance de l’enfant”.

⁴⁸ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 271-272.

⁴⁹ Art. 51 ust. 4. The Family Code of the Russian Federation, no. 223-FZ 29.12.1995.

⁵⁰ Art. 123, Kodeks rodzinny Ukrainy.

komercyjnym⁵¹. Nie jest zatem dopuszczalne, aby środki przekazane kobiecie przewyższały koszty utrzymania i opieki dla kobiety w ciąży. Przy czym dopuszcza się, aby ostateczną decyzję co do losów dziecka podjęła kobieta, która je urodziła⁵².

Zdecydowanie przeciwne surogacji regulacje znajdują się w prawodawstwie francuskim; zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego wszelkie umowy, które dotyczyłyby prokreacji surogacji są z mocy prawa nieważne⁵³. Negatywne stanowisko wobec praktyk surogacyjnych wyraził francuski sąd kasacyjny, uznając nieważność dokumentów pochodzenia dzieci, których urodzenie było wynikiem umowy surogacyjnej zawartej poza granicami Francji⁵⁴.

Na gruncie europejskim istotne mogą być również regulacje, jakie wyniknąć mogą z praktyki orzeczniczej sądów europejskich, głównie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W 2011 roku Trybunał musiał wypowiedzieć się na temat dopuszczalności korzystania z materiału genetycznego na gruncie prawodawstwa Austrii⁵⁵. Para, która chciała doprowadzić do poczęcia dziecka chciała użyć nasienia oraz komórki jajowej obcych dawców. Zgodnie jednak z prawodawstwem Austrii takie dawstwo jest niedopuszczalne, a matka dziecka to kobieta, która je urodziła. Ponieważ jednak skarżący skorzystali z tej możliwości poza granicami Austrii pojawił się problem właściwego sporządzenia aktu urodzenia. Chcąc uniknąć sytuacji, w której dziecko miałoby dwie matki, organy austriackie odmówiły wpisania jako matki kobiety, która dziecka nie urodziła. Jej zdaniem, taka

⁵¹ Art. 2 (1) Surrogacy Arrangements Act 1985 chapter 49, podano za: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>, dostęp dnia 9 kwiecień 2014 r.

⁵² Art. 27, Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), podano za: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/27>, dostęp dnia 9.04.2014 r.

⁵³ Art 16–7 Code Civil, version consolidée au 27.03.2014, podano za http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7489178D214CD8D3BC3A98C5BDF9ADF.tpdjo12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140410, dostęp dnia 9.04.2014 r.

⁵⁴ Arrêt n° 1285 du 17.12.2008, Cour de cassation – Première chambre civile., podano za: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arrêt_n_12024.html, dostęp dnia 9.04.2014 r.

⁵⁵ S.H. and Others v. Austria, no. 57813/00, podano za: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107325>, dostęp dnia 9.04.2014. na ten temat także: L. Brunet, J. Carruthers, K. Davaki, D. King, C. Marzo, J. Mccandless, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Union, 2013.

odmowa naruszyła jej prawo do życia prywatnego i rodzinnego gwarantowane na gruncie art. 8 *Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych i Wolności*. Trybunał nie przychylił się jednak do tej argumentacji uznając, że nie doszło do naruszenia prawa, podkreślił jednak konieczność wprowadzania regulacji będących odpowiedzią na szybki rozwój nauk medycznych.

W kręgach pozaeuropejskich najbardziej różnorodną, ale i rozbudowaną praktykę surogacyjną posiadają Stany Zjednoczone. Tam również najwcześniej uregulowano problem surogacji, aczkolwiek regulacje mają z uwagi za stanowisko charakter bardzo niejednolity. Tym samym spotkać można zarówno brak regulacji, jak i całkowite na nią przyzwolenie również w opcji komercyjnej. Taki system prawny pokazuje, jakie problemy o charakterze etycznym powoduje surogacja i jakie są jej konsekwencje.

Najsłynniejszą sprawą, która była kanwą filmu oraz zainicjowała debatę publiczną dotyczącą surogacji była sprawa *Baby*. Małżeństwo Stern zawarło z Mary Beth Whitehead umowę dotyczącą urodzenia przez nią dziecka (pochodzącego genetycznie od niej i pana Stren), które następnie miała przekazać Sternom. Kobieta po urodzeniu dziewczynki nie chciała wykonać umowy i uciekła z dzieckiem. Po dramatycznych poszukiwaniach dziewczynka została odnaleziona, a następnie rozpoczęło się postępowanie sądowe. Ostatecznie Sąd Najwyższy Stanu New Jersey uznał, że umowa o macierzyństwo zastępcze stanowi umowę podobną do sprzedaży dziecka lub sprzedaży praw dziecka, a takie uważane powinny być za sprzeczne z obowiązującym prawem. Mary Beth Whitehead została w konsekwencji uznana za prawną matkę dziecka, jednak z uwagi na realizację zasady „najlepszego interesu dziecka” opiekę nad nią przyznano panu Stern⁵⁶.

Problemu „dzieci niechcianych” dotyczyła również kontrowersyjna sprawa Luanne i Johna Buzannca. Małżeństwo Buzanca zawarło umowę o zastępcze macierzyństwo z kobietą, która zdecydowała, iż urodzi im dziecko. W umowie wskazano, iż nie ma być ona jego genetyczną matką, lecz ma poddać się zabiegowi *in vitro*. Dawcami komórek niezbędnych do przeprowadzenia zabiegu były osoby trzecie, a nie małżonkowie. W konsekwencji z punktu widzenia prawnego powstała sytuacja, w której w akt prokreacyjny zaangażowanych zostało aż pięć osób: małżeństwo Buzanca, kobieta-surogatka, dawczyni komórki jajowej i dawca nasienia. Po uro-

⁵⁶ In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988).

dzeniu się dziecka małżeństwo Buzzanca rozpadło się i nie byli oni zainteresowani wychowaniem dziecka. Sąd apelacyjny w 1988 roku orzekł, że kluczowym elementem decydującym o odpowiedzialności za dziecko jest „intencja jego powołania”⁵⁷.

Zakończenie

Pojmowanie macierzyństwa na przestrzeni wieków zdecydowanie się zmieniło, od początkowej pewności i stabilności do zwątpienia i niejasności, dotyczy to zarówno kwestii faktycznych, jak i prawnych. W wielu państwach nadal nie ma regulacji, która dozwalałaby czy też potępiała surogację. Tworzy to rodzaj szarej strefy, w której mogą funkcjonować podmioty kierujące się jedynie pobudkami finansowymi: pośrednicy, reklamodawcy, również prawnicy. Materiał reprodukcyjny, jak i samo dziecko stały się przedmiotem obrotu, tym samym osłabione zostały więzi między matką a dzieckiem. Osłabieniu temu posłużyło również wyodrębnienie matek naturalnych i matek genetycznych, czy nawet, jak w przypadku sprawy Buzzanca, matek intencyjnych.

Dużym wyzwaniem dla regulacji prawnych jest też łatwość przemieszczania się i możliwości korzystania z systemów prawnych, które surogację dopuszczają, a nawet ułatwiają. Regulacje wschodniej Europy czy nazwane „rajem reprodukcyjnym” Indie są łatwo dostępne dla zamożnych par z Zachodniej Europy czy tych stanów Stanów Zjednoczonych, w których surogacja jest niedopuszczalna. Tym samym tworzy się bardzo niebezpieczne z punktu widzenia stabilności systemów prawnych zjawisko fikcyjności prawa, które znacznie obniża jego efektywność.

Konieczne wydaje się szukanie rozwiązania przez społeczność międzynarodową. Jest to zadanie trudne, gdyż, jak pokazuje praktyka, ocena surogacji jest zróżnicowana, a tym samym zróżnicowane są regulacje prawne. Wydaje się jednak, że warto by poszukać rozwiązań przynajmniej w ramach „minimalnego standardu” ochrony kobiet przed wykorzystaniem, a dzieci przed traktowaniem ich przedmiotowo.

⁵⁷ 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998).

Summary

The article is an analysis of the problems associated with motherhood in a historical and modern perspective. Initially, the legal systems recognize the principle of legal certainty of motherhood, which was relatively easy to prove. If there were appeared some legal problems that they relate to fatherhood. The situation changed with the development of new technologies of procreation. It became clear then that not only fatherhood but motherhood also can be loaded with a margin of uncertainty. The analysis also includes the basic rules of modern legal systems and the practice of jurisprudence, which affected the standard of understanding of surrogacy. At the same time highlighted were the main challenges arising from the possibilities of modern medicine and signaled was the lack of adequate regulation in the legal systems.