

SUROGACJA

Aspekty prawne
macierzyństwa zastępczego

Paulina Witczak-Bruś

DOBRE PRAKTYKI W OCHRONIE ZDROWIA

SUROGACJA

Aspekty prawne macierzyństwa zastępczego

Paulina Witczak-Bruś

DOBRE PRAKTYKI W OCHRONIE ZDROWIA

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 18 listopada 2020 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Violetta Konarska-Wrzosek

Wydawca

Dagna Kordyasz

Redaktor prowadzący

Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne

Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawoLubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przystługających im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8223-315-5

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluger.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Objaśnienia niektórych terminów medycznych	13
Wstęp	15
Rozdział I	
Macierzyństwo zastępcze	19
1. Macierzyństwo zastępcze – pojęcie	19
2. Przyczyny pojawienia się surogacji	26
2.1. Niepłodność chorobą cywilizacyjną	26
2.2. Depopulacja Polski	31
2.3. Moralność społeczna	34
3. Rozwój technik prokreacji medycznie wspomaganey drogą do macierzyństwa zastępczego	38
3.1. Ustawa o leczeniu niepłodności	38
3.2. <i>In vitro</i>	44
3.3. Przebieg zapłodnienia matki zastępczej	51
3.4. Prawo do ART prawem człowieka	57
4. Podmiotowość zarodka w umowie surogacyjnej	62
4.1. Zarodek	62
4.2. Ochrona prawa do życia – godność jako centralna kategoria praw człowieka	66
4.3. Podmiotowość zarodka	79
4.4. Prawo do zarodka	84
5. Podsumowanie	93

Rozdział II

Macierzyństwo zastępcze w prawie cywilnym i rodzinnym	97
1. Umowy o urodzenie dziecka	97
1.1. Umowa o urodzenie dziecka w polskim prawie cywilnym	97
1.2. Ograniczenie swobody zawierania umów na przykładzie umowy surogacyjnej	106
1.3. Umowa o urodzenie dziecka w porządkach prawnych innych państw	116
1.4. Regulacja macierzyństwa zastępczego na Ukrainie	121
1.5. Analiza wybranych orzeczeń dotyczących macierzyństwa zastępczego	127
2. Problemy filiacyjne związane z urodzeniem zastępczym	133
2.1. Adopcja poza prawem	133
2.2. Dochodzenie rodzicielstwa w dobie ART	135
2.2.1. Prawne problemy ustalenia ojcostwa	139
2.2.2. Matka dziecka	147
2.2.3. Przepisy ustawy o aktach stanu cywilnego w świetle zawierania umów surogacyjnych	153
2.2.4. Władza rodzicielska	158
3. Prawo do genetycznej tożsamości	160
3.1. Ryzyko niemonitorowanego pokrewieństwa	170
4. Szkody urodzeniowe w perspektywie ART – legitymacja bierna	172
5. Odpowiedzialność za szkody przed poczęciem	178
6. Postulaty <i>de lege ferenda</i>	183
7. Podsumowanie	188

Rozdział III

Karnoprawne aspekty macierzyństwa zastępczego	193
1. Surogacja w perspektywie przestępstwa handlu ludźmi	193
1.1. Macierzyństwo zastępcze w prawie karnym	193
1.2. Definicja terminu „handel ludźmi”	196
1.2.1. Pojęcie handlu ludźmi na gruncie art. 253 § 1 k.k.	196
1.2.2. Pojęcie handlu ludźmi na gruncie art. 189a k.k.	200

1.3. Znaczenie zgody ofiary	207
1.4. Umowa surogacyjna a przygotowanie do przestępstwa handlu ludźmi	210
1.5. Handel dziećmi	211
2. Surogacja w perspektywie przestępstwa organizowania adopcji wbrew przepisom ustawy	216
2.1. Adopcja poza prawem	216
2.2. Organizowanie adopcji wbrew przepisom ustawy	221
2.3. Formy rozszerzenia odpowiedzialności karnej – art. 211a § 1 k.k.	233
2.4. Opłata adopcyjna	253
3. Surogacja w perspektywie ustawy o leczeniu niepłodności	255
3.1. Wejście w życie ustawy o leczeniu niepłodności	255
3.2. Nabywanie, zbywanie komórek rozrodczych lub zarodka	258
3.3. Zakaz ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka	264
3.4. Postępowanie z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w sposób niezgodny z przepisami	266
3.5. Niszczanie zarodków	267
3.6. Umowa surogacyjna a ustawa o leczeniu niepłodności	269
4. Inne karnoprawne aspekty macierzyństwa zastępczego	270
4.1. Surogacja a prostytutka	270
4.2. Współczesna forma niewolnictwa	271
4.3. Transgraniczny charakter surogacji	273
5. Postulaty <i>de lege ferenda</i>	279
6. Podsumowanie	283
Zakończenie	289
Literatura	295
Źródła prawa	307
Orzecznictwo	311

WYKAZ SKRÓTÓW

Źródła prawa

- dyrektywa 98/44/WE – dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.07.1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.Urz. WE L 213, s. 13)
- dyrektywa 2004/23/WE – dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. UE L 102, s. 48)
- dyrektywa 2006/17/WE – dyrektywa Komisji 2006/17/WE z 8.02.2006 r. wprowadzająca w życie dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania i badania tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. UE L 38, s. 40)
- dyrektywa 2006/86/WE – dyrektywa Komisji 2006/86/WE z 24.10.2006 r. wykonująca dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie wymagań dotyczących możliwości śledzenia, powiadamiania o poważnych i niepożądanych reakcjach i zdarzeniach oraz niektórych wymagań technicznych dotyczących kodowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz. Urz. UE L 294, s. 32)
- EKPC – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)

- Europejska Konwencja Bioetyczna – Konwencja Rady Europy z 19.11.1994 r. o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie podpisana 4.04.1997 r. w Oviedo, CETS No. 164
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740)
- k.e.l. – Kodeks etyki lekarskiej, uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu z 14.12.1991 r., wraz ze zm.
- k.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.)
- k.k. z 1969 r. – ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.)
- Kodeks Makarewicz – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. i sprost.)
- k.p.c. – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
- k.p.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.)
- k.r.o. – ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359)
- MPPOiP – Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167)
- p.a.s.c. – ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 463 ze zm.)
- protokół z Palermo – protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15.11.2000 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160)
- p.w.k.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554)
- u.l.n. – ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2020 r. poz. 442)
- u.p.p.p.k. – ustawa z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1405 ze zm.)

- u.p.r. – ustawa z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.)

Inne skróty

- AI – artificial insemination, sztuczna inseminacja
AID – artificial insemination by donor, inseminacja heterologiczna
AIH – artificial insemination by husband, inseminacja homologiczna
AOTMiT – Agencja Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji
ART – Assisted Reproductive Treatment (prokreacja medycznie wspomagana)
CBOS – Centrum Badania Opinii Społecznej
CBOSA – Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
Dz.U. – Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz.Urz. UE/WE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/Wspólnot Europejskich
ESHRE – European Society of Human Reproduction and Embryology (Europejskie Towarzystwo Rozrodu Człowieka i Embriologii)
ETPC – Europejski Trybunał Praw Człowieka
GUS – Główny Urząd Statystyczny
IVF – in vitro
KZS – Krakowskie Zeszyty Sądowe
NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
OSA – Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSAB – Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej
OSAW – Orzecznictwo Sądów Apelacji Wrocławskiej
OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNCP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Pracy
OSNKW – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, seria A
PS – Przegład Sądowy
SA – sąd apelacyjny
SN – Sąd Najwyższy

SO	- sąd okręgowy
TK	- Trybunał Konstytucyjny
TSUE	- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WHO	- World Health Organization (Światowa Organizacja Zdrowia)
WSA	- wojewódzki sąd administracyjny

OBJAŚNIENIA NIEKTÓRYCH TERMINÓW MEDYCZNYCH

asthenospermia	- nieprawidłowa ruchliwość plemników w ejakulacie
azoospermia	- brak plemników w ejakulacie
blastocysta	- kulisty zbiór komórek otaczający jamę wypełnioną płynem, tzw. blastocelem, powstający po około czterech dniach od zapłodnienia komórki jajowej
blastomery	- mniejsze komórki powstałe podczas bruzdkowania, które podzieliło cytoplazmę dużego jaja
dzieworództwo	- zob. partenogeneza
embrion	- zarodek
gameta	- haploidalna, dojrzała komórka rozrodcza, męska lub żeńska
genom	- materiał genetyczny organizmu, kompletny zestaw genów
genotyp	- zespół genów stanowiący całość informacji genetycznej danej komórki
mejoza	- zmodyfikowany typ podziału komórkowego, składający się z dwóch etapów, w jego efekcie powstają komórki z połową liczby chromosomów w odniesieniu do komórki macierzystej
morula	- najwcześniejsze stadium rozwoju zarodka
oligoasthenospermia	- nieprawidłowa ruchliwość plemników w ejakulacie
oligospermia	- niedobór plemników w ejakulacie
oocyt	- gameta żeńska w procesie mejotycznym
oogeneza	- rozwój dojrzałego oocytu
partenogeneza	- niezapłodniona żeńska komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy, rozwój zarodka z komórki jajowej niezapłodnionej plemnikiem

polispermia	– wniknięcie do komórki jajowej więcej niż jednego plemnika
spermatogeneza	– tworzenie i rozwój plemników
teratospermia	– obecność w ejakulacie zwiększonej liczby plemników o nieprawidłowej budowie morfologicznej
zygota	– diploidalna komórka, powstała z połączenia haploidalnej gamety żeńskiej z męską

WSTĘP

Niniejsza praca poświęcona jest problematyce prawnej zjawiska, jakim jest macierzyństwo zastępcze, w sytuacji gdy dziecko przychodzi na świat w drodze zawartej umowy, na podstawie której rozdzieleniu ulega rola matki na kobietę rodzącą i tę, która ma pełnić rolę matki w stosunku do urodzonego dziecka. Macierzyństwo zastępcze jest zjawiskiem nowym. W latach 80. XX wieku wraz z technizacją życia codziennego, rozwojem medycyny i relatywizacją dostępności technik zapłodnienia pozaustrojowego nastąpił poważny wzrost skali zawierania umów o urodzenie.

Podjęmowana w niniejszej książce materia jest szczególnie skomplikowana, interdyscyplinarność problematyki wymusiła podjęcie przeprowadzenia analizy na kilku płaszczyznach nauk. Nie jest bowiem możliwe przeprowadzenie karnoprawnego wniosku bez przedstawienia złożoności problematyki na gruncie innych dyscyplin naukowych. Kilkupłaszczyznowe przedstawienie problemu surogatek pozwala zrozumieć, jakie wywiera on konsekwencje społeczne i prawne. Dobór omawianych problemów w niniejszej pracy nie był przypadkowy, ponieważ tylko kilkudziesięcinowe przedstawienie macierzyństwa zastępczego i zademonstrowanie konfiguracji potencjalnych komplikacji pozwala zrozumieć, jakie wyzwania na płaszczyźnie prawa karnego tak naprawdę stoi przed polskim ustawodawcą. Podjęmowane rozważania podparte są analizą jedyne polskiego aktu normatywnego regulującego prokreację medycznie wspomaganą, tj. ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2020 r. poz. 442).

Inspiracją do wyboru tematu niniejszej pracy jest świadomość, że prawo już od dawna nie nadąża za postępem cywilizacyjnym. Szybkość roz-

woju medycyny prokreacyjnej i jej stosunkowo łatwa dostępność, przy równoczesnym wzroście potrzeb współczesnego społeczeństwa, stwarza zagrożenia dla podstawowych konstytucyjnych wartości, godząc w porządek prawny, który nie posiada adekwatnych zabezpieczeń w systemie prawa cywilnego, a przede wszystkim karnego. Powyższe ustalenia miały kluczowy wpływ na wybór przedmiotu i zakres przeprowadzonej analizy. Ogromny postęp następujący w medycynie od dziesięcioleci coraz bardziej fascynuje, a wpisanie niegdyś eksperymentalnych zabiegów medycznych w schemat świadczeń standardowych jest postrzegane jako zdobycz zaawansowanych technologii reprodukcyjnych, wywierając w dalszej perspektywie szereg konsekwencji natury prawnej. Posługiwanie się przez ustawodawcę słowami kluczami: „porządek publiczny”, „zasady współżycia społecznego”, „godność”, „moralność” w wielu dziedzinach życia stanowi uniwersalny słowny wytrych do radzenia sobie z problemami drażliwymi społecznie.

Głównym celem badawczym postawionym przez autorkę niniejszej publikacji jest odpowiedź na pytania o to, jak krajowe ustawodawstwo reaguje na zawieranie umów surogacyjnych, jakie wywiera ono skutki dla jednostki, a jakie stwarza zagrożenia oraz w jakim kierunku, jeśli w ogóle, należy zmienić obowiązujące prawo, zapewniając potencjalnym pokrzywdzonym należyłą ochronę oraz poszanowanie zasady godności i równości wobec prawa. Dodatkowo pojawia się problem skutecznego zwalczania niepożądanych zjawisk związanych z prokreacją medycznie wspomaganą: czy za kryterium uznać należy ściganie potencjalnych sprawców, czy też zapewnienie ochrony i pomocy potencjalnym ofiarom. Oprócz tego celem badawczym postawionym przed autorką niniejszej pracy jest wykazanie, że rozwój technik prokreacji medycznie wspomaganey wywiera nieodwracalne skutki w życiu współczesnych społeczeństw.

Podstawowy cel stanowi analiza karnoprawnych aspektów macierzyństwa zastępczego. Autorka obrała za cel udzielenie odpowiedzi na kilka zasadniczych pytań: Czy surogację można uznać za formę leczenia niepłodności oraz czyje dobro można potencjalnie narazić, zlecając surogatce urodzenie dziecka? Czy umowa o urodzenie dziecka może być uznana za ważną? Czy niemożność dochodzenia genetycznej tożsamości

przez urodzonych dzięki procedurze *in vitro* z wykorzystaniem dawstwa heterologicznego jest zgodna z prawem? Czy w ustawodawstwie krajowym istnieją instrumenty prawa karnego zabraniające zawierania umów o urodzenie, a jeśli nie, to czy powinny takie istnieć? Czy handlowy obrót zarodkiem może wypełnić znamiona przestępstwa handlu ludźmi? Czy polski ustawodawca zapewnia mechanizmy ochrony potencjalnych pokrzywdzonych? W świetle powyżej postawionych pytań, w sposób naturalny, nasunie się pytanie o to, czy usługę surogacyjną można uznać za zabieg prokreacji medycznie wspomaganej, stanowiący metodę leczenia bezpłodności – uznanej już przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) za chorobę cywilizacyjną. Tak zakreślone rozważania pozwolą dać odpowiedź na główne pytanie – o poprawność aktualnych regulacji. Sprowadza się to do refleksji nad pierwotnym problemem, czy ewolucja potrzeb społecznych stanowi determinantę zmiany prawa. W celu uzyskania odpowiedzi na postawione pytania powstała praca o charakterze teoretycznym, gdzie autorka posłużyła się metodą językowo-logiczną oraz w wąskim zakresie prawnoporównawczą, opierając swoje ustalenia na analizie dorobku naukowego doktryny przedmiotu oraz stanowiska judykatury polskiej i europejskiej.

Rozważania na temat wyróżniania rodzaju macierzyństwa ze względu na sposób przyjścia dziecka na świat zostały przedstawione w trzech rozdziałach. W rozdziale I autorka skupia się na aktualności zasady *mater semper certa est*. Następnie wyjaśnia, czym jest instytucja macierzyństwa zastępczego, jaka jest przyczyna jej funkcjonowania. Przedstawione zostaną również techniki medycznie wspomagane gozrodu przy równoległym wskazaniu szeregu pojawiających się problemów związanych ze statusem prawnym zarodka. Omówienie procedury zapłodnienia pozaustrojowego budzi zaciekłość poznawczą i pozwala zrozumieć, w jaki sposób współcześnie oddzielamy akt poczęcia od wydania na świat dziecka. W rozdziale II pracy macierzyństwo zastępcze zostanie opisane w porządku prawnym polskim, ukraińskim oraz w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Informacje na temat funkcjonowania surogacji na Ukrainie zebrane zostały przez autorkę podczas wizyty w Konsulacie RP we Lwowie, w październiku 2018 r., kiedy teoretyczna optyka wzbo-gacona została o spotkania z praktykami ukraińskiego prawa. Autorka

będzie starała się wykazać, na przykładzie metody *in vitro*, że urodzenie zastępcze godzi w konstytucyjne prawo dziecka do poznania swojej genetycznej tożsamości. Podane zostaną także argumenty pozwalające zrozumieć, dlaczego umowa o urodzenie na gruncie polskiego prawa nie mieści się w swobodzie kontraktowej. Kolejnym krokiem analizy będzie omówienie obowiązujących karnych sposobów reakcji na surogację przy wskazaniu na konkretne znamiona obowiązujących przepisów karnych i roli instytucji państwowych. Autorka przeprowadzi ocenę zasadności penalizacji umów o urodzenie z perspektywy jednostki oraz ogółu społeczeństwa. Przedstawione zostaną również warianty prognozowanego zakresu kryminalizacji, w zależności od uznania, które dobro jest naruszone, kiedy dziecko przychodzi na świat w drodze umowy. Rozważania zawarte w rozdziałach II i III zakończone zostaną przedstawieniem postulatów *de lege ferenda*.

Kwestia dochodzenia macierzyństwa stanowi problem prawny, społeczny i moralnie kontrowersyjny. Niż demograficzny w Polsce, częściowo spowodowany niezdolnością posiadania dzieci, skłania do refleksji nad problematyką dążeń Polaków do potomstwa, gdzie niepłodność coraz częściej staje się dramatem osobistym oraz coraz większym problemem społecznym. Niepłodność to choroba, mająca bardzo duży wpływ na realizację ról społecznych, będąca narastającym problemem cywilizacyjnym i zdrowotnym, generującym powstawanie moralnie wątpliwych dróg do rodzicielstwa. Podjęta analiza obecnego stanu prawnego, postępujących zmian legislacyjnych, społecznych oczekiwań wobec współczesnej medycyny pozwala na postawienie tezy, że polski ustawodawca, akceptując obowiązującą lukę prawną, godzić się może na to, by kobiety mogły stać się surogatkami, rodząc dla potencjalnych usługodawców dziecko. Polskie ustawodawstwo nie jest przygotowane na uruchomienie odpowiednich procedur, kiedy na świat przychodzi dziecko urodzone przez surogatkę. Pojawiły się bowiem sfery życia, w których prawo przestało się sprawdzać, co przesądza o konieczności nowelizacji współczesnego ustawodawstwa, tak by wyraźnie stanąć na straży dóbr chronionych konstytucyjnie oraz powszechnego ładu społecznego.

Rozdział I

MACIERZYŃSTWO ZASTĘPCZE

1. Macierzyństwo zastępcze – pojęcie

„Moralność, jak również patologia życia małżeńskiego i rodzinnego mają swoje źródło w zabronionych relacjach interpersonalnych”¹, które stanowią wyzwanie dla polskiego prawodawstwa. Pojawiła się sfera życia, w której prawo przestało się sprawdzać, co przesądza o konieczności nowelizacji współczesnego ustawodawstwa, tak by wyraźnie stanąć na straży dóbr chronionych konstytucyjnie oraz powszechnego ładu społecznego. Przystępując do analizy obecnego stanu prawnego surogacji w polskim porządku prawnym, w pierwszej kolejności wyjaśnić należy znaczenie terminu „surogatka”, bowiem przeprowadzona dotychczas analiza pozwala zauważyć, że kwestia dochodzenia macierzyństwa jest nie tylko problemem prawnym, społecznym i moralnym, ale również stwarzającym wątpliwości natury definicyjnej. „Surogatka” to kobieta, która przyjmuje do swojej macicy zapłodnioną *in vitro* komórkę jajową innej kobiety, która po urodzeniu dziecka oddaje je rodzicom². W sensie socjologicznym instytucja macierzyństwa zastępczego nie jest niczym nowym³. *Stary Testament* opisuje jedną z historii o macierzyństwie zastępczym. Sara, żona Abrahama, będąc bezpłodna, zwróciła się z prośbą

¹ M.Z. Stepulak, *Zaburzenia relacyjności systemu rodzinnego jako podstawowy problem moralny i społeczny* [w:] *Socjologia religii. Moralność współczesnego społeczeństwa polskiego. Założenia i rzeczywistość*, red. J. Baniak, Poznań 2008, s. 135.

² <https://sjp.pl/surogatka> (dostęp: 12.09.2018 r.).

³ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki. Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, tłum. Z. Nierada, Warszawa 1988, s. 119.

do służącej, aby ta poczęła i donosiła dziecko Abrahama. W czasach biblijnych uważano, że gdy małżonka nie mogła urodzić spadkobiercy, to mogła przekazać tę misję służącej, która powinna była począć dziecko z małżonkiem bezpłodnej kobiety, a po porodzie natychmiast przekazać je małżeństwu. Bezpłodna Sara położyła nowo narodzone dziecko na swoich kolanach, uważając je za własne⁴. Umowa o urodzenie dziecka, nazywana także umową o macierzyństwo zastępcze (dalej: umowa surrogacyjna), jest to umowa, w myśl której surogatka zobowiązuje się donosić ciążę, zaś po urodzeniu dziecka przenieść pełnię praw do niego na zamawiających – tj. na drugą stronę umowy. W literaturze podaje się, że „istotą macierzyństwa zastępczego jest to, iż kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne, przyjmując zgodnie z wcześniejszym porozumieniem z inną osobą lub osobami, iż nie ona, lecz kto inny przejmie prawa i obowiązki nad urodzonym przez nią dzieckiem”⁵. Macierzyństwo zastępcze nie stanowi odrębnej w kategoriach medycznych techniki sztucznego poczęcia dziecka⁶, innowacyjność polega nie na zastosowaniu odrębnej nowej metody, ale na tym, jak ona jest wykorzystana. Jednakże definicja ta nie oddaje w pełni konsekwencji powstałych w zależności od wyboru techniki wspomaganie rozrodu, który poprzedza moment umieszczenia komórki jajowej w macicy matki zastępczej. Powszechnie znana łacińska sentencja *mater semper certa est*, będąca od wieków dogmatem cywilistów, statuując zasadę ustalania pochodzenia dziecka zawsze od jego matki, wydaje się tracić na swojej uniwersalności oraz możliwości powszechnego zastosowania. Wobec powyższego dzisiejsza medycyna postawiła przed współczesnymi badaczami nauki prawa pytanie o to, kto jest matką: czy jest nią kobieta zachodząca w ciążę i rodząca dziecko, stając się odżywczo-biologicznym

⁴ Wzmianki o rozdzielaniu ról macierzyństwa, spowodowanym niemocą urodzenia lub donoszenia ciąży przez kobietę, znaleźć już można w szesnastym rozdziale *Księgi Rodzaju Starego Testamentu*, wersety 1–16.

⁵ M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 101. W Wielkiej Brytanii macierzyństwo zastępcze zostało zdefiniowane już w 1984 r., kiedy to powołano rządową komisję pod przewodnictwem Mary Warnock w celu zbadania socjologicznych, etycznych i prawnych skutków rozwoju dziedziny prokreacji medycznie wspomaganej.

⁶ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 135.

inkubatorem dla rozwijającego się w niej życia, czy też kobieta, z której zapłodnionej komórki jajowej powstało rozwijające się życie?

Rozważania przedstawione w niniejszej pracy nie dotyczą więzi emocjonalnych i socjologicznych, które tworzą się na płaszczyznach niepodlegających wartościowaniu przez prawo czy też medycynę, a w życiu prywatnym często mających wartość najwyższą. Na potrzeby niniejszej pracy należy zwrócić uwagę, że autorka dokonuje rozróżnienia na macierzyństwo genetyczne (ze względu na udostępnienie materiału genetycznego), biologiczne (powiązanie dziecka z surogatką przez okres ciąży i porodu) i społeczne (socjologiczne). Medyczna możliwość rozróżnienia rodzicielstwa nie znajduje odzwierciedlenia w możliwości uporządkowania sytuacji prawnej poczętego dziecka. Rozdzielenie macierzyństwa biologicznego od genetycznego ma ten skutek, że żadnej z tych kobiet nie można odmówić prawa do rodzicielstwa, każda z nich bowiem może rościć sobie prawo do macierzyństwa⁷. Pojawia się problem definicji „matki” oraz „wielomacierzyństwa”.

Przez macierzyństwo zgodnie z art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁸ należy rozumieć stosunek prawny łączący – poprzez akt urodzenia – kobietę z dzieckiem, powstający w chwili wydania na świat dziecka. Za początek obowiązywania relacji rodzicielskiej uznać należy moment urodzenia, choć pojawiają się w nauce przedmiotu wątpliwości, czy tym momentem nie jest chwila poczęcia, jednak wraz z uchynieniem art. 8 § 2 k.c. (który stanowił: „zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”)⁹ przesądzono, że *nasciturus* nie ma pełnej zdolności prawnej, tym samym uznać należy, iż stosunek macierzyństwa powstaje z chwilą urodzenia się dziecka – por. także art. 2 Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego¹⁰, zgodnie

⁷ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego* [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996, s. 118.

⁸ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 2020 r. poz. 1359.

⁹ Artykuł 8 § 2 k.c. skreślono ustawą z 30.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 139, poz. 646.

¹⁰ Dz.U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888.

z którym: „Pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu jego urodzenia”. Ponadto zgodnie z obowiązującym prawem, zważając na klauzulę zawartą w art. 157a § 3 k.k., matka zastępcza nie podlega karze za uszkodzenie ciała dziecka poczętego, zaś przestępstwo z art. 149 k.k. może popełnić tylko kobieta rodząca dziecko. Jak stwierdza W. Górowski: „ingerencja w zdrowie czy życie dziecka poczętego dokonana w sposób bezprawny i opisany w kodeksie karnym podlega więc penalizacji bez względu na to, czy jest związana z praktyką macierzyństwa zastępczego”¹¹.

Troska o kobietę będącą w ciąży wyrażona jest już w art. 71 ust. 2 Konstytucji RP¹², który stanowi: „Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”. Przywilej szczególnej ochrony przyszłych matek wyraźnie proklamuje także art. 68 ust. 3 ustawy zasadniczej: „Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku”. Artykuł ten nakłada obowiązek objęcia ochroną kobiet będących w ciąży. Zgodnie z obowiązującym prawem matką jest kobieta, niezależnie od zaistniałych okoliczności faktycznych, w oderwaniu od faktu wszczęcia zapłodnionej komórki jajowej dawczyni, nasieniem dawcy, w ciało surogatki. W świetle obecnie obowiązujących przepisów w polskim ustawodawstwie całkowicie bez znaczenia jest fakt, że przychodzące na świat dziecko nie posiada żadnej więzi genetycznej z rodzącą kobietą. Biologiczne macierzyństwo oznacza bowiem zaistnienie obiektywnego faktu pochodzenia dziecka od danej kobiety, będącego następstwem zdarzenia naturalnego, polegającego na zapłodnieniu kobiety przez mężczyznę, a następnie urodzeniu dziecka przez tę kobietę. Stwierdzaniem tak opisanego pochodzenia zajmują się nauki biologiczne oraz medyczne, zaś z prawnego punktu widzenia biologiczne macierzyństwo ma znaczenie ze względu na postulat zgodności aktu stanu cywilnego ze stanem rzeczywistym oraz konsekwencje cywilistyczne. Macierzyństwo biologiczne powstaje z chwilą poczęcia,

¹¹ W. Górowski, *Zastępcze macierzyństwo a prawo karne – ocena obecnego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/1, s. 11.

¹² T. Krzemiński, *Ludzki embrion. Czy ma prawo do życia?*, Kraków 2011, s. 64.

zaś stosunek prawny tegoż macierzyństwa – z chwilą urodzenia się dziecka¹³. Sztuczny proces prokreacji stwarza jednocześnie możliwość rozdzielenia ról macierzyństwa pomiędzy dwie, a nawet trzy kobiety. Znaczenie rozróżnienia macierzyństwa biologicznego i genetycznego jest prawnie doniosłe z praktycznego, jak też z teoretycznego punktu widzenia, ponieważ macierzyństwo biologiczne może istnieć bez genetycznego pokrewieństwa. Rola matki zastępczej sprowadza się do donoszenia ciąży, urodzenia dziecka i oddania go rodzicom – dawcom materiału genetycznego.

Rozróżniane są dwa rodzaje macierzyństwa zastępczego: całkowite i częściowe¹⁴. Pierwsze odnosi się do sytuacji, gdy komórka jajowa i nasienie pochodzą od przyszłych rodziców, „zleceńodawców” lub też z innego źródła (np. donacja jaja od anonimowej dawczyni lub nasienia od anonimowego dawcy), gdzie dochodzi do dawstwa jednej z gamet lub implantacji zarodka niezwiązanego z zamawiającymi genetycznie – takie urodzenie nazywamy surogacją gestacyjną¹⁵, a rodzica nie posiada żadnej więzi genetycznej z dzieckiem. Drugi rodzaj, tzw. częściowe macierzyństwo, polega na wykorzystaniu komórki jajowej surogatki w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego – gdzie matką genetyczną i biologiczną będzie ta sama kobieta. Niektórzy autorzy w macierzyństwie zastępczym wyróżniają zastępstwo częściowe i zastępstwo czyste, kiedy komórka jajowa nie pochodzi od matki nosicielki¹⁶. Rozróżnienie to jest możliwe, ponieważ krew kobiety ciężarnej oddzielona jest w łożysku od krwi płodu cienką warstwą – w łożysku stykają się bezpośrednio tkanki obcego genetycznie osobnika, mimo to niemożliwe jest w warunkach fizjologicznych, by organizm surogatki odrzucił dziecko. Szeroka tolerancja immunologiczna, mimo że w czasie ciąży mechanizmy obronne nie zanikają, spowodowana jest najprawdopodobniej

¹³ K. Pietrzykowski, komentarz do art. 61^o k.r.o. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, s. 561–562.

¹⁴ K. Szynceł, *Sztuczne zapłodnienie*, Kraków 2010, s. 35–36.

¹⁵ Por. uwagi w: M. Frasz, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2008/6, s. 34–35.

¹⁶ T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu* [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Warszawa 1996, s. 60.

brakiem bodźca antygenowego ze strony trofoblastu – tkanki bezpośrednio stykającej się z tkankami matki¹⁷. W drugim przypadku strony umawiają się, że komórka jajowa należąca do matki zastępczej zostanie zapłodniona nasieniem pochodzącym od „zleceniodawcy” lub innego dawcy – wówczas na gruncie obowiązujących przepisów nie będzie się dało podważyć możliwości zastosowania art. 61⁹ k.r.o.¹⁸

Według art. 2 Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego zasadą jest ustalanie pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego od matki na podstawie aktu urodzenia. Możliwa jest jednak także sytuacja, gdy dawczyni komórki jajowej, kobieta nosząca i kobieta oczekująca na dziecko to trzy zupełnie różne osoby. Rozważyć należy też sytuację, że w konflikcie praw do dziecka wezmą udział cztery różne kobiety: matka genetyczna, matka biologiczna, matka oczekująca na dziecko na podstawie zawartej umowy oraz matka adopcyjna, która dziecko otrzyma, gdy zamawiająca jednak z niego zrezygnuje¹⁹. Kwestia macierzyństwa zastępczego przedstawiać się może w sposób następujący: matką biologiczną dziecka jest surogatka, matką genetyczną – anonimowa dawczyni komórki jajowej, a matką społeczną będzie kobieta (żona, partnerka) mężczyzny podpisującego umowę o macierzyństwo zastępcze. Nawet jeśli „zleceniodawczyni” umówiła się z inną kobietą, że ta donosi ciążę i urodzi dla niej, czyli dawczyni materiału genetycznego, dziecko, i w konsekwencji zdarzy się, że do aktu urodzenia zostanie wpisana jako matka osoba, która dziecka nie urodziła, można żądać zaprzeczenia jej macierzyństwa i domagać się ustalenia macierzyństwa tej kobiety, która dziecko wydała na świat, mimo że oprócz wydania dziecka na świat i okresu trwania ciąży nie zachodzi żaden węzeł pokrewieństwa. Sytuacja, w której kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko bez woli jego wychowania, stając się pewnego rodzaju inkubatorem dla rozwijającego się w niej życia, jest czymś nieznanym i nierozstrzygniętym przez polskie prawo. W obecnej sytuacji prawnej brak związku genetycznego mię-

¹⁷ Z. Bielańska-Osuchowska, *Embriologia*, Warszawa 1983, s. 315–316.

¹⁸ Przepis wszedł do polskiego porządku prawnego 13.06.2009 r., wprowadzony ustawą z 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 220, poz. 1431.

¹⁹ K. Szynceł, *Sztuczne...*, s. 35–36.

dzy dzieckiem a rodzącą nie stanowi dla polskich organów przeszkody w uznaniu jej w świetle prawa za matkę, co zdecydowanie budzi bardzo poważne wątpliwości natury prawnej. O macierzyństwie określonej kobiety rozstrzyga fakt urodzenia dziecka. Polski rząd nie zajmował się dotąd problematyką macierzyństwa zastępczego, w związku z tym nie zostało wypracowane stanowisko w tej kwestii.

Podczas zawierania umowy o macierzyństwo zastępcze mogą krzyżować się wzajemne relacje wielu osób: matki genetycznej, matki biologicznej, matki społecznej, dziecka, ojca genetycznego, ojca socjologicznego oraz w dalszej kolejności osób trzecich – dziadków, rodzeństwa i dalszej rodziny. Pytania o to, która kobieta będzie matką, warunkowane są układem stron w umowie. W każdej dowolnie obranej relacji krzyżowej ścierać się mogą interesy o równej randze konstytucyjnej, a jak ten konflikt dóbr rozstrzygnąć, zdecydować winien ustawodawca. Powstające regulacje prawne, które miały się stać prostą odpowiedzią na pojawiające się problemy związane ze stosowaniem nowych technik medycznych, pozbawione są koherencji, tak na poziomie aksjologicznym, jak i antropologicznym, a teoria i filozofia prawa pewnym zagadnieniom nie poświęciły wystarczająco dużo uwagi²⁰. Zapłodnienie pozaustrojowe budzi wiele kontrowersji z tej przyczyny, że ludzki zarodek znajduje się poza organizmem kobiety i do czasu jego transferu jego los jest niepewny. Pojawiają się dylematy, czy zarodkowi nieimplantowanemu do organizmu matki przysługuje prawo do życia, czy też, jeśli je posiada, jest ono warunkowane zewnętrznymi czynnikami, zależnymi od osób przystępujących, a następnie wycofujących się z procedury, czy też zarodki są zdane na wolę lekarza przeprowadzającego procedurę²¹. Przypisywanie zarodkowi człowieczeństwa stanowi tym samym uznanie, że *in vitro* zagraża życiu zarodków, otwiera niekończące się dyskusje

²⁰ O. Nawrot, J. Zajadło, *Biojursprudence – dom zbudowany na piasku czy na skale?*, „Diametros” 2009/22, s. 173.

²¹ M. Łączkowska, *Rodzinnoprawne dylematy wspomaganiej prokreacji* [w:] *Dawanie życia. Problemy wspomaganego rozrodu człowieka*, red. J. Gadzinowski, L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2003, s. 100–102. Autorka niniejszej publikacji nie podziela stanowiska M. Łączkowskiej, że zarodek przygotowany podczas procedury ART można określić definicją dziecka.

badaczy wielu dziedzin nauk, poczynając od teologów, na badaczach nauk penalnych kończąc.

J. Brzezińska wskazuje, że na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci kwestionowano prawie każdy przejaw kobiecych dążeń do równości z mężczyznami, twierdząc, że są one słabsze od mężczyzn pod każdym względem, nie dając im równocześnie prawa do bycia gorszymi. Każdy historyczny przejaw walk kobiet o większą niezależność czy też równość spotykał się z oporem, a na płaszczyznach naukowych i zawodowych w rywalizacji z mężczyznami nie było dla nich miejsca²². W odbiorze społecznym kobieta może, choć nie powinna, być gorszą żoną czy matką w perspektywie wymogów społecznych. Kobieta nadal ma ściśle określone role społeczne do spełnienia, wśród których tą najważniejszą ma być rola matki; ta niepełna traktowana jest jako niepełnowartościowa kobieta. Szczególne znaczenie prawa do założenia rodziny oraz prawa do prokreacji, gdzie podejmowane przez pary decyzje o skorzystaniu ze sztucznej prokreacji dotyczą najbardziej intymnej sfery życia prywatnego, powoduje, że przepisy prawne winny cechować się znaczną powściągliwością w regulowaniu kwestii prokreacyjnych. Początek macierzyństwu zastępczemu dała metoda zapłodnienia pozaustrojowego *in vitro*, zaś kluczową determinantą pojawienia się matek zastępczych jest zwiększający się problem niepłodności, który został zdefiniowany przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) jako jednostka chorobowa, objawiająca się niemożnością spłodzenia dziecka.

2. Przyczyny pojawienia się surogacji

2.1. Niepłodność chorobą cywilizacyjną

Rodzina w życiu człowieka pełni wiele funkcji. Jedną z nich jest funkcja prokreacyjna, która zapewnia ciągłość biologiczną społeczeństwa oraz zachowanie gatunku²³. Niestety wiele małżeństw nie może spełnić tej

²² J. Brzezińska, *Wstęp [w:] Przystępczość kobiet. Wybrane aspekty*, red. J. Brzezińska, Warszawa 2017.

²³ L. Dyczewski, *Rodzina polska i kierunki jej przemian*, Warszawa 1981, s. 14–17.

Książka koncentruje się na problematyce prawnej macierzyństwa zastępczego, w sytuacji gdy zostaje zawarta umowa pomiędzy kobietą rodzącą (surogatką) a kobietą, która ma faktycznie pełnić rolę matki. Opracowanie pozwala zrozumieć, na czym polega „usługa urodzeniowa”, odróżnić przestępstwo organizowania nielegalnej adopcji od handlu ludźmi i wskazać, jak w świetle polskiego prawa i orzecznictwa ETPCz rozwiązuje się kwestie przynależności urodzonego dziecka do rodziny.

W publikacji omówiono m.in.:

- pojęcie oraz genezę zjawiska surogacji,
- karnoprawne aspekty macierzyństwa zastępczego,
- macierzyństwo zastępcze w prawie cywilnym i rodzinnym.

Analiza prawno-karna oraz cywilnoprawna została przedstawiona w oparciu o najnowszą wiedzę medyczną. Autorka w rozważny i przystępny sposób wyjaśnia kwestię surogacji, która stanowi problem prawny, społeczny i moralnie kontrowersyjny.

Opracowanie zainteresuje prawników praktyków – adwokatów, radców prawnych, sędziów i prokuratorów – oraz studentów i pracowników naukowych zajmujących się prezentowaną tematyką. Będzie przydatne także dla lekarzy zajmujących się leczeniem niepłodności.

Paulina Witczak-Bruś – doktor nauk prawnych; adwokat; specjalista z zakresu prawa karnego i prawa medycznego; mediator; prelegentka ogólnopolskich konferencji naukowych; zarządza kancelarią w Krakowie oraz w Częstochowie; autorka licznych publikacji naukowych.



9 788382 233155 W01P01

ISBN 978-83-8223-315-5



9 788382 233155

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL