



## Dylematy zastępczego macierzyństwa

**Marta Soniewicka**

### Wprowadzenie

Macierzyństwo zastępcze jest jednym ze zjawisk, które pojawiły się wraz z rozwojem technik prokreacji medycznie wspomaganey. Przez termin „macierzyństwo zastępcze” rozumie się w tym kontekście sytuację, w której kobieta decyduje się na zajście w ciążę i urodzenie dziecka celem zrzeczenia się praw do niego na rzecz innej osoby bądź osób. 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 weźmie odpowiedzialność oraz przejmie prawa nad urodzonym przez nią dzieckiem<sup>1</sup>.

#### 1. Zjawisko zastępczego macierzyństwa

Jest to zjawisko złożone, związane z wykorzystaniem różnego rodzaju technik sztucznej prokreacji. Kobieta zwana matką zastępczą (bądź surogatką) może zostać sztucznie zapłodniona cudzym nasieniem (tzw. zapłodnienie wewnątrzustrojowe). Wówczas matka zastępcza będzie zarówno matką biologiczną dziecka, które przyjdzie dzięki niej na świat, jak i matką genetyczną, gdyż nie tylko urodzi je, ale również odda w celu zapłodnienia swoją komórkę jajową. Możemy mieć również do czynienia z sytuacją, gdy rola matki zastępczej ogranicza się jedynie do umożliwienia rozwoju embrionu, który powstał na skutek zapłodnienia komórki jajowej innej niż matka zastępcza kobiety (może dojść to do skutku w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego i implantacji embrionu do ustroju matki zastępczej bądź na skutek tzw. transferu embrionalnego). W tym przypadku matka zastępcza jako ta, która

---

<sup>1</sup> Por. Lindemann Nelson J. / Lindemann Nelson H., „Contract pregnancy” [w:] Encyclopedia of Bioethics, 3rd edition, vol. 4, Stephen Garrard Post (ed.), MacMillan Reference Books 2003, s. 2291.

rodzi dziecko, będzie matką biologiczną, natomiast dawczyni komórki jajowej będzie matką genetyczną. Matką genetyczną może być wówczas zarówno osoba, która chce uzyskać prawa do dziecka po jego urodzeniu i je wychowywać (tzw. matka socjologiczna czy społeczna), jak i osoba trzecia (anonimowa dawczyni)<sup>2</sup>. Jeśli chodzi o ojcostwo dziecka narodzonego z wykorzystaniem matki zastępczej, sytuacja jest dużo prostsza. Są dwie możliwości: dawcą nasienia i zarazem ojcem biologicznym może być osoba, która chce uzyskać prawa do dziecka po jego urodzeniu i je wychowywać (tzw. ojciec socjologiczny bądź społeczny), jak i osoba trzecia (anonimowy dawca).

Kluczowe pytanie, które pojawia się w kontekście zastępczego macierzyństwa w każdej ze wspomnianych tu odmian, to pytanie o to, *jaki sens należy nadać pojęciu macierzyństwa*, które wiąże się z przyjęciem określonych praw i obowiązków rodzicielskich. Jest to zarazem *pytanie o zakres i znaczenie odpowiedzialności prokreacyjnej*.

## 2. Umowa o zastępcze macierzyństwo

Osoby, które decydują się na tego typu pomoc w urodzeniu dziecka w którejkolwiek ze wspomnianych wyżej odmian, zawierają najczęściej umowę, dlatego też kwestię tę rozważa się głównie jako problem prawny tzw. umów o zastępcze macierzyństwo (stąd też zjawisko zastępczego macierzyństwa określa się czasem mianem „ciąży kontraktowej”<sup>3</sup>). Umowy o zastępcze macierzyństwo mają złożony charakter i mogą znacząco różnić się co do treści. Stronami tej umowy są: matka zastępcza występująca jako strona zobowiązująca się do określonych świadczeń (zajścia w ciążę na któryś z wymienionych wyżej sposobów, urodzenia dziecka oraz zrzeczenia się do niego praw na rzecz drugiej strony) oraz osoba bądź

---

<sup>2</sup> Ten rodzaj macierzyństwa zastępczego, gdzie matka zastępcza jest matką genetyczną i biologiczną zarazem określa się czasem w literaturze mianem pełnego. Natomiast ten rodzaj macierzyństwa zastępczego, gdzie matka biologiczna nie jest matką genetyczną, określa się wówczas mianem częściowego (Lindemann Nelson J. / Lindemann Nelson H., op. cit., s. 2291). W polskiej literaturze stosuje się odwrotną terminologię (patrz Safjan M., „Prawne problemy zastępczego macierzyństwa”, [w:] W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 293; Nawrot O., „Miecz Salomona”, [w:] J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 136).

<sup>3</sup> Lindemann Nelson J. / Lindemann Nelson H., op.cit., s. 2291.

osoby, które chcą uzyskać prawa do urodzonego przez nią dziecka, występujące jako strona zamawiająca dane świadczenie. Strona zamawiająca zobowiązuje się najczęściej do zapłaty określonej kwoty na rzecz osoby świadczącej oraz do odbioru urodzonego w ten sposób dziecka w celu przyjęcia praw i obowiązków rodzicielskich względem niego. Umowa nie musi być jednak odpłatna, może mieć również charakter darmy. Ekwiwalentem świadczenia matki zastępczej może być także inne świadczenie ze strony osoby czy osób zamawiających. W zawarciu tej umowy mogą uczestniczyć strony trzecie, jak będzie w przypadku umów o zastępcze macierzyństwo zawieranych za pośrednictwem powstałych w tym celu firm, które doprowadzają do zawarcia umów i pobierają za to wynagrodzenie. Pośredniczyć w zawarciu umów mogą również różne specjalizujące się w tym instytucje, które w zamian za pośrednictwo nie pobierają opłat od stron. Wreszcie treść omawianej tu umowy może zawierać różne dodatkowe ustalenia obu stron. Mogą one dotyczyć zobowiązań matki zastępczej dotyczące np. określonego zachowania podczas ciąży (odpowiedniego odżywiania, odpowiedniej opieki medycznej itp.) bądź np. usunięcia ciąży, gdy na podstawie badań prenatalnych okaże się, iż istnieje duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu.

Kluczowym problemem tego typu umów jest ustalenie, *co jest tak naprawdę ich przedmiotem* – dziecko, usługa ciążowa czy przekazanie praw do dziecka. Od odpowiedzi na to pytanie zależy w dużej mierze to, czy uznamy podobne umowy za ważne czy nie, a także czy uznamy, iż powinny one być prawnie zakazane i podlegać sankcjom karnym czy nie.

### 3. Płaszczyzny rozważań

Kwestię zastępczego macierzyństwa możemy zatem rozważać na płaszczyźnie czysto etycznej, która sprowadza się do normatywnych sporów o wizję rodziny i rodzicielstwa, a co za tym idzie do sporów o moralnie dopuszczalny charakter prokreacji. Możemy też kwestię macierzyństwa zastępczego rozważać na płaszczyźnie prawnej pod kątem obowiązującego obecnie w Polsce prawa

(rozważania *de lege lata*) oraz pod kątem tego, jakie rozwiązania prawne w tym zakresie powinny zostać u nas przyjęte (rozważania *de lege ferenda*). Obie płaszczyzny rozważań są ze sobą ściśle związane, gdyż określone stanowisko w kwestii etycznej będzie determinowało propozycje przyjęcia określonych rozwiązań prawnych tego zagadnienia.

Zacznę niniejsze wprowadzenie do debaty od przedstawienia głównych problemów, jakie mogą się pojawić w przypadku zastępczego macierzyństwa. Następnie przejdę do rozważań na płaszczyźnie etycznej dotyczących pojęcia macierzyństwa i odpowiedzialności prokreacyjnej. Dalej omówię prawne aspekty umów o zastępcze macierzyństwo w oparciu o obowiązujące w Polsce prawo. Na koniec przedstawię kwestie dotyczące proponowanych rozwiązań prawnych z tego zakresu.

### **Jakie problemy mogą pojawić się w przypadku zastępczego macierzyństwa?**

Rozpocznę od przytoczenia czterech kluczowych spraw sądowych, znanych z orzecznictwa amerykańskiego, które unaocznily główne problemy związane z omawianym tu zagadnieniem zastępczego macierzyństwa. Dwie pierwsze sprawy dotyczą sytuacji, w których matka zastępcza nie chce wydać dziecka stronom zamawiającym, odmawiając tym samym wykonania postanowień umowy. Dwie pozostałe sprawy dotyczą sytuacji, gdy osoby będące po stronie zamawiającej odmawiają wykonania postanowień umowy, nie chcąc dziecka odebrać.

1. *Sprawa Baby M.*<sup>4</sup>. Jedną z najsłynniejszych i najczęściej przytaczanych spraw dotyczących zastępczego macierzyństwa jest niewątpliwie sprawa dotycząca dziecka urodzonego na podstawie umowy zawartej w 1985 roku pomiędzy Davidem Sternem oraz Mary Beth Whitehead. Sprawa ta przeszła do historii pod nazwą „sprawa Baby M.”. Dotyczyła ona sytuacji zastępczego macierzyństwa, w której matka biologiczna była zarazem matką genetyczną i mimo zawartej umowy, na

---

<sup>4</sup> *Matter of Baby M.*, 109 N.J. 396. 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1 (1998).

podstawie której miała zrzec się praw rodzicielskich do dziecka na rzecz małżeństwa Sternów, odmówiła przyjęcia zapłaty i wydania im dziecka. Matka zastępcza, Mary Beth Whitehead, została uznana przez sąd za prawną matkę, lecz z uwagi na „najlepszy interes dziecka” prawa opieki nad dzieckiem przyznano Davidowi Sternowi, który był ojcem dziecka. Matce przyznano jedynie prawa do odwiedzania dziecka.

Sprawa wywołała prawdziwą burzę i podzieliła opinię publiczną w Stanach. Podnoszono wówczas kwestię różnic społecznych pomiędzy stronami i tego, w jaki sposób status społeczny obu stron przyczynił się do wyroku sądowego<sup>5</sup>. Sprawa zwraca także uwagę na problem komercjalizacji prokreacji, problem uprzedmiotowienia kobiety, uprzedmiotowienia dziecka czy samej relacji rodzicielskiej. Sprawa ta wydaje się szczególnie interesująca, gdyż w Polsce bardzo podobna sprawa trafiła do sądu jesienią tego roku również wywołując burzliwe dyskusje i dzieląc opinię publiczną.

2. *Sprawa Johnson przeciwko Calvert*<sup>6</sup>. W sprawie Johnson przeciwko Calvert sytuacja dotyczyła matki zastępczej - Anny Johnson, która urodziła dziecko w wyniku implantacji embrionu pochodzącego z pozaustrojowego zapłodnienia komórki jajowej Crispiny Calvert nasieniem jej męża Marka Calverta. Małżeństwo Calvertów zawarło w 1990 roku umowę z Anną Johnson, na podstawie której miała ona urodzić pochodzące od nich genetycznie dziecko w celu przekazania im praw rodzicielskich do niego. Jeszcze przed urodzeniem dziecka matka zastępcza postanowiła wycofać się z zawartej umowy. Sąd apelacyjny w stanie Kalifornia utrzymał wyrok sądu niższej instancji, uznając prawa powodów, małżeństwa Calvertów, do dziecka i pozbawiając pozwaną, matkę zastępczą Annę Johnson, praw do odwiedzania dziecka. W

---

<sup>5</sup> Patrz na ten temat: Pence G.E., „The Baby M Case”, [w:] *Classic Cases in Medical Ethics. Accounts of the Cases That Have Shaped Medical Ethics, with Philosophical, Legal and Historical Backgrounds*, New York 1990, s. 89-113; Nawrot O., „Miecz Salomona...”, op. cit., s. 133-144.

<sup>6</sup> Johnson v. Calvert 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

uzasadnieniu wyroku, Sąd przyznał, że „zarówno genetyczne pokrewieństwo, jak i urodzenie dziecka są sposobem ustanowienia relacji matki z dzieckiem”, jednakże, gdy „oba te sposoby nie zbiegają się, dotycząc jednej kobiety, ta, która zamierzała począć dziecko, tj. ta, która zamierzała doprowadzić do urodzenia dziecka, które zamierzała wychować jako jej własne, jest >>naturalną matką<<”<sup>7</sup>.

W sprawie tej kwestią najbardziej kontrowersyjną było nie tyle przyznanie praw do opieki nad dzieckiem, co ustosunkowanie się do kwestii, kto jest „tak naprawdę” (albo kto jest „bardziej”) matką dziecka – kobieta, która je nosiła przez dziewięć miesięcy i urodziła, czy kobieta będąca dawczynią komórki jajowej oraz inicjatorką powołania na świat dziecka. Amerykański sąd orzekł na korzyść tej ostatniej.

3. *Sprawa małżeństwa Buzzanca*<sup>8</sup>. Luanne i John Buzzanca zawarli umowę o zastępcze macierzyństwo z kobietą, która zgodziła się urodzić dziecko powstałe wskutek sztucznego zapłodnienia. Genetycznymi rodzicami dziecka były osoby trzecie, nie będące stroną umowy. Tuż przed urodzeniem dziecka, John Buzzanca wniósł pozew o rozwód, utrzymując jednocześnie, iż nie ma żadnych obowiązków rodzicielskich względem mającego przyjść na świat dziecka. Argumentował, iż nie jest w żaden sposób spokrewniony z dzieckiem, oraz że inicjatywa urodzenia dziecka spoczywała głównie po stronie jego żony. Żadna ze stron nie była genetycznie spokrewniona z dzieckiem, które przyszło na świat, i sąd pierwszej instancji orzekł, iż nie ma ono prawnych rodziców. Sąd apelacyjny wydał jednak odmienny wyrok w 1998 roku, orzekając, iż intencja powołania na świat dziecka wyrażona przez małżeństwo Buzzanca w umowie o zastępcze macierzyństwo czyni ich prawnymi rodzicami dziecka, odpowiedzialnymi za nie. Doprowadzając do zawarcia

---

<sup>7</sup> Ibid., s. 2 (URL = <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>)

<sup>8</sup> In re Marriage of Buzzanca 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (1998).

umowy, stali się oni inicjatorami powołania dziecka do życia, muszą więc wziąć za nie odpowiedzialność mimo braku pokrewieństwa genetycznego.

Sprawa ta zwraca uwagę na zagrożenie powołania do życia „dzieci niczych” w wyniku prokreacji technologicznej, do których rodzicielstwa nikt się nie poczuwa i za które nikt nie chce wziąć odpowiedzialności. Podobny problem pojawia się w sytuacji, gdy na skutek pomyłki lekarskiej następuje implantacja innego embrionu i rodzi się dziecko obce genetycznie obu stronom zamiast zamierzonego dziecka genetycznego strony zamawiającej.

4. *Sprawa Malahoff przeciwko Stiver*<sup>9</sup>. W sprawie Malahoff przeciwko Stiver, znanej jako „sprawa Baby Doe”, chodzi o sytuację, w której badania krwi wykazały, iż ojcem dziecka urodzonego przez matkę zastępczą Judy Stiver jest jej mąż, a nie mężczyzna będący dawcą nasienia przy inseminacji – Aleksander Malahoff, który zawarł z nią umowę. Dziecko przyszło na świat w 1983 roku w stanie upośledzenia (z niedorozwojem fizycznym i umysłowym), co było główną przyczyną zakwestionowania rodzicielstwa przez obie strony umowy. Badania krwi wykazały, iż mimo dokonanego zabiegu sztucznej inseminacji z użyciem nasienia Malahoffa, to Ray i Judy Stiver są rodzicami genetycznymi dziecka, a Judy Stiver jest jednocześnie jego matką biologiczną. Jednakże powołując się na zawartą umowę oraz na to, iż głównym inicjatorem powołania dziecka na świat był Malahoff, małżeństwo Stiver początkowo odmawiało wzięcia odpowiedzialności za nie, argumentując, iż nie czują więzi emocjonalnej z dzieckiem. Dodatkowo matka zastępcza argumentowała, że nie uprzedzono jej o tym, że w okresie dokonywania inseminacji nie może współżyć z własnym mężem. Z kolei, Malahoff nie tylko odmówił odebrania dziecka, ale zażądał od matki zastępczej zwrotu pieniędzy z tytułu nienależytego wykonania umowy. Kobieta odmówiła zwrotu pieniędzy twierdząc, iż była to zapłata za usługę prokreacyjną, a nie za

---

<sup>9</sup> Malahoff v. Stiver, 975 F.2d 261 (6th Cir. 1992).

dziecko<sup>10</sup>. Domagała się również odszkodowania za infekcję, która spowodowała uszkodzenie płodu (odpowiedzialność spoczywała tu na osobach dokonujących zabiegu oraz instytucji pośredniczącej w wykonaniu umowy), mimo iż podpisując kontrakt zgadzała się na wzięcie na siebie całego ryzyka związanego z ciążą, włącznie z ryzykiem śmierci<sup>11</sup>.

Sprawa Baby Doe zwraca przede wszystkim uwagę na problem ustalenia przedmiotu umowy o zastępcze macierzyństwo oraz na problem oderwania pojęcia odpowiedzialności rodzicielskiej od samego procesu prokreacji.

### **Problem moralnej dopuszczalności zastępczego macierzyństwa (pojęcie macierzyństwa i kwestia odpowiedzialności prokreacyjnej)**

Kwestią zasadniczą, od której należałoby rozpocząć rozważanie problemów powstałych w związku z macierzyństwem zastępczym, jest to, w jaki sposób należy w dzisiejszych czasach rozumieć macierzyństwo czy rodzicielstwo<sup>12</sup> oraz związane z nimi prawa i obowiązki. W świetle współczesnego rozwoju medycyny, podważone zostało dotychczasowe rozumienie macierzyństwa (rodzicielstwa). Techniki prokreacji medycznie wspomaganą umożliwiają bowiem urodzenie dziecka przez inną osobę niż ta, która dziecko poczęła bądź też przez inną osobę niż ta, której celem jest powołanie dziecka na świat i opieka nad nim.

W omówionych wyżej sprawach sądy, próbując rozstrzygnąć kwestię macierzyństwa prawnego, brały pod uwagę trzy różne aspekty stworzenia relacji rodzicielskiej pomiędzy matką a dzieckiem: dostarczenie komórki jajowej (stworzenie więzi genetycznej z dzieckiem), noszenie i urodzenie dziecka (stworzenie więzi biologicznej z dzieckiem) i wreszcie zainicjowanie procesu powołania na świat dziecka (stworzenie więzi społecznej czy też prawnej z dzieckiem, które nie przyszłoby na świat, gdyby określone osoby nie podjęły w tym

---

<sup>10</sup> Patrz na ten temat Nawrot O., „Miecz Salomona...”, op. cit., s. 138 ff.

<sup>11</sup> Było to przedmiotem oddzielnej sprawy: *Stiver v. Parker*, 975 F.2d 261, 272 (6th Cir. 1992).

<sup>12</sup> Patrz na ten temat: Macklin, R., „Artificial Means of Reproduction and our Understanding of the Family”, [w:] *Ethics in Practice. An Anthology*, H. LaFollette (ed.), Blackwell Publishing, 2007, s. 233-241.

kierunku określonych działań zlecając dokonanie sztucznego zapłodnienia i zlecając urodzenie dziecka innej kobiecie). Niezależnie od tego, czy te więzi dotyczą trzech czy dwóch różnych kobiet, powstaje ten sam problem – *problem ustalenia, czym jest macierzyństwo (rodzicielstwo)*. Aby odpowiedzieć na to pytanie, nie wystarczy odwołać się do interpretacji przepisów prawnych czy przytoczenia orzeczeń sądowych. Odpowiedzi nie znajdziemy również na gruncie biologii czy medycyny. Prawo może nam jedynie powiedzieć, jak kreowana jest prawna więź rodzicielstwa, a biologia i medycyna mogą wyjaśnić, w jaki sposób dochodzi do powołania dziecka na świat. Powoływania do życia nie można sprowadzić do czysto biologicznego, medycznego, prawnego czy społecznego wymiaru. Prokreacja jest procesem, który należy rozpatrywać także w wymiarze etycznym, i to właśnie ten wymiar powinien stanowić podstawę dla rozumienia pojęcia macierzyństwa czy rodzicielstwa. Etyczny wymiar tego pojęcia powinien nadawać odpowiednie znaczenie poszczególnym więziom, jakie tworzy matka z dzieckiem. Nie chodzi tu bowiem o odpowiedź na pytanie, która z tych więzi w największym stopniu kształtuje człowieka. Nie jesteśmy w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy na to, kim jest człowiek bardziej wpływa jego materiał genetyczny, okres ciąży i związana z nim więź biologiczno-hormonalna czy też wychowanie i otoczenie społeczne, w jakim człowiek dorasta i żyje. Nawet gdybyśmy byli w stanie to empirycznie zbadać, nie wynikałoby z tego wcale, jak pojęcie macierzyństwa należy rozumieć. W przypadku macierzyństwa, tak jak w przypadku innych tego typu pojęć normatywnych (takich jak pojęcie osoby, rodziny, ludzkości), chodzi o odpowiedź na pytanie, czym macierzyństwo powinno dla nas być. Aby zatem zdefiniować to pojęcie, musimy zadać sobie pytanie o wartości, którym prokreacja ma służyć. W zależności od tego, jakie wartości uznamy za najważniejsze, taką definicję rodzicielstwa czy macierzyństwa przyjmiemy. Przyjmując zaś określoną definicję tych pojęć, będziemy mogli ustosunkować się do zagadnienia zastępczego macierzyństwa i związanych z nim kontrowersji.

Możemy przyjąć, że główną wartością prokreacji jest swoboda korzystania z możliwości reprodukcyjnych, czyli tzw. autonomia prokreacyjna, którą Ronald Dworkin definiuje jako „konstytucyjne prawo kobiet do kontrolowania ich własnych

ról w prokreacji, jeśli państwo nie posiada wystarczających powodów, by odebrać im tę kontrolę”<sup>13</sup>. Pomijając kontrowersje związane z tym terminem, z pewnością sama swoboda korzystania z możliwości prokreacyjnych nie jest jedyną ani nieograniczoną wartością prokreacji. Swoboda prokreacyjna nie jest bowiem jedynie wolnością autoekspresji, ale służy ona powołaniu dziecka na świat. Pozostaje jednak wątpliwość, czy danie życia jest samoistną wartością prokreacji. Jeśli uznamy, że tak, wówczas powinniśmy się zgodzić, iż wszelkie metody prokreacji medycznie wspomaganey są dobre, gdyż dzięki nim można dać życie dzieciom, które nigdy nie przyszłyby na świat, gdyby metody te nie istniały. Jeśli jednak uznamy, że w przypadku prokreacji nie chodzi o samo danie życia, ale o stworzenie pewnej relacji pomiędzy dzieckiem a rodzicami, powstaje pytanie *o jaką relację może tu chodzić*.

Po pierwsze, możemy przyjąć, że chodzi o stworzenie relacji genetycznej. Podstawowym celem prokreacji byłoby wówczas przekazanie własnych genów, co zresztą jest jedną z głównych przyczyn powstania technologii umożliwiających sztuczną prokreację. Prokreacja medycznie wspomagana jest odpowiedzią na pragnienie posiadania dzieci, które są jednocześnie „naszymi własnymi” dziećmi. Po drugie, możemy przyjąć, iż chodzi o stworzenie emocjonalno-uczuciowej więzi rodzicielskiej, która powstaje najczęściej w sposób niezależny od naszej woli na podłożu biologiczno-hormonalnym, co wiąże się z wydaniem na świat dziecka (noszeniem i urodzeniem). Z tego względu możemy utrzymywać, iż właśnie owo doświadczenie ciąży i porodu jest najbardziej wartościowym doświadczeniem związanym z prokreacją, i że powstała w skutek tego relację należy szczególnie chronić.

Obie te odpowiedzi wydają się jednak niewystarczające, gdyż nie wyczerpują wszystkich aspektów rodzicielstwa i nie dotyczą jego istoty. Gdy bowiem zastanowimy się nad tym, jakie znaczenie etyczne można przypisać zarówno więzi genetycznej, jak i biologicznej, stwierdzimy, iż obie służą stworzeniu relacji miłości i odpowiedzialności pomiędzy rodzicami i dzieckiem. Jest to zdecydowanie najważniejszy aspekt prokreacji, która dotyczy powołania na świat życia, które w

---

<sup>13</sup> Dworkin R., *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, Vintage Books, New York 1994, s. 148.

swej początkowej fazie jest całkowicie zależne od opieki i troski innych osób. Uwzględniając zatem dobro dziecka, będącego najsłabszą stroną relacji rodzicielskiej uwidacznia nam się, iż podstawowym celem prokreacji nie jest danie życia, ale odpowiedzialne danie życia, czyli danie życia z zamiarem objęcia nad nim odpowiedzialności. A zatem główną wartością prokreacji, którą powinniśmy chronić jest sama *relacja rodzicielska związana z pojęciem odpowiedzialności*.

Do tej pory odpowiedzialność ta wynikała wprost z relacji rodzicielskiej – osoby, które dały życie, odpowiadały za nie. W sytuacji, gdy nie były w stanie przyjąć na siebie tej odpowiedzialności, zrzekały się praw rodzicielskich, oddając dziecko do adopcji. Państwo mogło również pozbawić praw rodzicielskich osoby, które nie wywiązywały się ze swojej odpowiedzialności rodzicielskiej względem dziecka. Zasadniczy problem, z którym spotykamy się w przypadku zastępczego macierzyństwa, nie polega na tym, że istnieje nieznaną wcześniej możliwość oddzielenia macierzyństwa genetycznego od biologicznego, ale na tym, że sprowadza się ono do oddzielenia biologicznego procesu prokreacji od etycznego aspektu odpowiedzialności za prokreację. Problem odpowiedzialności przenoszony jest tutaj na płaszczyznę prawną i sprowadzany do wzajemnych praw i obowiązków pomiędzy osobami, które porozumiały się w celu powołania dziecka na świat oraz samym dzieckiem. Jak już była mowa wcześniej, istota macierzyństwa zastępczego sprowadza się bowiem do urodzenia dziecka „dla kogoś”, czyli z założeniem, iż kto inny niż osoba rodząca je weźmie za nie odpowiedzialność. W ten sposób celowo stwarza się sytuację, która prowadzi do zrzeczenia się odpowiedzialności za dziecko i przekazania jej na inną osobę bądź osoby. Sytuacja zrzeczenia się odpowiedzialności za dziecko mogła dotąd wynikać z różnych tragicznych splotów wydarzeń, nigdy nie była jednak celem świadomego działania. Zasadnicza kontrowersja, z którą mamy do czynienia w przypadku zastępczego macierzyństwa, polega więc na tym, *czy odpowiedzialność rodzicielska powinna być oddzielana od procesu prokreacji i przenoszalna?*

Problem oddzielenia procesu prokreacji od odpowiedzialności rodzicielskiej wiąże się przede wszystkim z powstaniem trudności w przypisaniu odpowiedzialności i jej zrelatywizowaniem. Poza tym wiąże się to także z

możliwością powstania niejasnych i niejednoznacznych relacji rodzinnych. Relacje rodzinne są niejasne, gdy więcej niż jedna osoba pełni funkcje rodzinne normalnie przypisane jednej osobie (np. dwie kobiety są jednocześnie matkami)<sup>14</sup>. Relacje rodzinne są niejednoznaczne, gdy jedna osoba pełni funkcje rodzinne normalnie przypisane kilku osobom (np. jedna kobieta jest zarazem matką i babcią)<sup>15</sup>. Inne negatywne skutki to: zagrożenie komercjalizacji prokreacji<sup>16</sup>, zagrożenie uprzedmiotowienia dziecka, zagrożenie uprzedmiotowienia i wykorzystania gorzej sytuowanych społecznie kobiet w celach reprodukcyjnych (z czym wiąże się również problem tzw. turystyki reprodukcyjnej)<sup>17</sup>.

Jeśli stwierdzimy, iż oddzielenie procesu prokreacji od odpowiedzialności rodzicielskiej jest samo w sobie niewłaściwe z etycznego punktu widzenia, wówczas będziemy zmuszeni uznać zastępcze macierzyństwo za moralnie niedopuszczalne. Przyjmując takie stanowisko, nie wystarczy opowiedzieć się jedynie przeciwko zabiegom umożliwiającym oddzielenie macierzyństwa biologicznego od genetycznego bądź jedynie przeciwko odpłatnym świadczeniom usług prokreacyjnych przez matki zastępcze. Stanowisko to bowiem zakłada uznanie zastępczego macierzyństwa za zjawisko niewłaściwe samo w sobie, a nie ze względu na skutki, do których prowadzi. A zatem jest ono niewłaściwe również, gdy prowadzi do samych dobrych efektów (gdy nie następują omawiane wyżej komplikacje).

---

<sup>14</sup> O'Neill O., op.cit., s. 67.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Por. The President's Council on Bioethics, „The Regulation of New Biotechnologies: Commerce”, [w:] *Contemporary Issues in Bioethics*, m.in. T.L. Beauchamp (ed.), s. 324-329; Sanger, C., „Developing Markets in Baby-Making: in the Matter of Baby M”, *Harvard Journal of Law and Gender*, Winter 2007.

<sup>17</sup> Problem ten ujawniają badania dotyczące poszukiwania matek biologicznych wśród obywaterek krajów słabiej rozwiniętych, na co zwróciło uwagę Bioethics Foundation Inc. (patrz: Nawrot O., „Macierzyństwo zastępcze – aspekty moralno-prawne”, *Etyka* 2000 nr 33, s. 186). Zarzut eksploatacji kobiet oraz zarzut pogłębiania nierówności płciowej i paternalistycznych stereotypów (polegających na sprowadzaniu kobiet do funkcji rodzenia dzieci dla mężczyzn, chcących przedłużyć swój ród), to część z zarzutów feministycznych (patrz krytycznie na ten temat: Fabre C., op. cit. s. 204 ff.; patrz także: Pence G.E., op.cit., s. 103-105; Anderson, E., „is Women's Labor a Commodity?”, [w:] *Ethics in Practice...*, op.cit., s. 242-253).

## **Problem prawnej dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo na gruncie prawa polskiego**

Polskie prawo nie reguluje wprost kwestii zastępczego macierzyństwa. Brak regulacji prawnych nie przesądza jednak o dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo. Zasada swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), zasada ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji) oraz zasada wolności (art. 31 ustęp 1 Konstytucji) mogłyby teoretycznie stanowić podstawę legalności umowy o zastępcze macierzyństwo. Jednakże zasady te podlegają ograniczeniom ze strony innych, równie doniosłych zasad. Przede wszystkim, granice stosowania tych zasad w kontekście umowy o zastępcze macierzyństwo wyznacza naczelną zasadą k.r.o. – zasadą dobra dziecka (m.in. art. 106, art. 109 k.r.o.), a także zasadą dobra rodziny, w tym ochrony jej trwałości i integralności (art. 71 Konstytucji); zasadą pewności i stabilności stanu cywilnego (zasada wywodzona z przepisów ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego); zasadą „sądowej kontroli” nad adopcją w każdym jej stadium i aspekcie (art. 117 § 1 k.r.o.); wreszcie zasady współzycia społecznego i dobrych obyczajów (art. 5 k.c.). Wszystkie te zasady należy wziąć pod uwagę, rozpatrując konkretny przypadek umowy o zastępcze macierzyństwo<sup>18</sup>. Aby ukazać na czym konflikt owych zasad polega, przedstawię dwie zasadnicze kwestie omawianego tu problemu umów o zastępcze macierzyństwo: prawny problem rodzicielstwa; problem przedmiotu umowy i jej skutków prawnych.

### 1. Macierzyństwo i ojcostwo (rodzicielstwo)

Na gruncie obowiązującego prawa polskiego, matką dziecka jest kobieta, która je urodziła (art. 61<sup>9</sup> k.r.o.). Do niedawna przyjmowano to twierdzenie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jako oczywiste (zgodnie ze słynną paremią łacińską *mater semper certa est*). Gdy przestało być ono oczywiste w wyniku pojawienia się

---

<sup>18</sup> Szerzej na temat konfliktu tych zasad w: Holocher J., Soniewicka M., „<<Dziecko z umowy>>: problem dyskrecjonalności sędziowskiej w kontekście umowy o zastępcze macierzyństwo”, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, T. Stawecki, W. Staśkiewicz (red.), LexisNexis, Warszawa 2010 (tom w przygotowaniu do druku).

technicznej możliwości rozdzielenia macierzyństwa genetycznego i biologicznego, zrodziła się potrzeba wyraźnej regulacji prawnej, co wprowadziła nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z czerwca tego roku. Kodeks nie przewiduje żadnych wyjątków od tej zasady, a zatem materiał genetyczny nie jest brany pod uwagę jako samodzielny czynnik kształtujący relację macierzyństwa. Powództwo o ustalenie bądź zaprzeczenie macierzyństwa (art. 61<sup>10</sup> – art. 61<sup>16</sup> k.r.o.) dotyczy jedynie sytuacji, gdy w aktach stanu cywilnego brak oznaczenia jakiegokolwiek kobiety jako matki bądź jako matkę oznaczono inną kobietę niż ta, która urodziła dziecko. Należy tu dodać, iż stan cywilny osoby może być kreowany jedynie przez sąd i tylko w granicach ustalonych przez obowiązujące przepisy prawne. Żadna umowa cywilnoprawna zawarta między stronami nie może kreować stanu cywilnego osoby ani wpływać na decyzje sądu w tym zakresie. Innymi słowy, strony nie mogą się umówić, kto będzie matką. Każda tego typu umowa byłaby nieważna *ex lege* i nie wywierałaby żadnych skutków prawnych.

## 2. Przedmiot umowy i jej skutki prawne

Skoro umowy o zastępcze macierzyństwo nie mogą dotyczyć kształtowania stanu cywilnego dziecka, powstaje zasadnicze pytanie, co jest w takim razie przedmiotem umowy. Odpowiedź na to pytanie jest niezbędna dla ustalenia kwestii ważności umowy oraz jej skutków prawnych.

### Dziecko

Najprościej byłoby stwierdzić, iż przedmiotem umowy o zastępcze macierzyństwo jest dziecko. Umowa o zastępcze macierzyństwo różni się jednak od umowy sprzedaży dziecka (co jest prawnie zakazane i podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od trzech lat, art. 253 § 1 k.k.). Chodzi tu bowiem nie tyle o sprzedaż dziecka, co o jego urodzenie. A zatem dziecko jako przedmiot umowy o zastępcze macierzyństwo traktowane byłoby jako „rzecz przyszła”, powstała na podstawie porozumienia stron. Takie podejście traktowałoby dziecko w

sposób przedmiotowy, co byłoby naruszeniem godności człowieka (art. 30 Konstytucji). Mimo iż nie podpadałoby to pod przepisy dotyczące handlu ludźmi (nie jest to zakazane, gdyż przepisy prawa nie mówią o tym wprost), należałoby wówczas uznać tego typu umowy za *nieważne z uwagi na ich sprzeczność z prawem* (art. 58 § 1 k.c.).

### Usługa ciążowa

Pomijając to, iż człowiek (w tym dziecko) nie może być traktowany jako przedmiot umowy cywilnoprawnej z punktu widzenia prawa, wydaje się to również nieadekwatne w stosunku do treści omawianych tu umów. Kobieta będąca matką zastępczą nie tylko zobowiązuje się do urodzenia dziecka, ale też do jego noszenia przez okres ciąży (czasem również do karmienia). Z tego względu, w dyskusjach dotyczących zastępczego macierzyństwa podnosi się często kwestię, iż przedmiotem umowy jest tak naprawdę pewna usługa, związana z udostępnieniem swojego ciała i wykorzystania możliwości prokreacyjnych przez kobietę będącą matką zastępczą. Wymieniona w art. 31 ust. 1 Konstytucji, zasada ochrony wolności, obejmuje również wolność dysponowania swoim ciałem oraz wolność dysponowania możliwościami prokreacyjnymi. Z kolei zasada ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji) obejmuje prawo do ochrony przed ingerencją w nasze życie osobiste, w tym w nasze decyzje prokreacyjne. Odwołując się do tych zasad w połączeniu z zasadą swobody umów, można by argumentować, iż każdy ma prawo do świadczenia usług reprodukcyjnych<sup>19</sup>. Rozpatrując, czy przedmiotem umowy może być usługa reprodukcyjna polegająca na udostępnieniu własnego ciała i możliwości prokreacyjnych dla noszenia i urodzenia dziecka, należy wziąć pod uwagę, czy przede wszystkim jest to zgodne z zasadą ochrony dobra dziecka oraz dobra rodziny. Dobra dziecka nie polega tu jedynie na tym, czy przyjdzie na świat, ale czy będzie miało zapewnione jasne, jednoznaczne i stabilne relacje rodzinne, oraz czy rodzina, w której przyjdzie na świat, będzie miała trwałe i integralny charakter. Oczywiście prawo nie może tego nikomu zagwarantować, ale celem prawa jest

---

<sup>19</sup> Fabre C., *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford 2008, s. 211.

stwarzanie takich ram prawnych, które sprzyjają realizacji tych zasad. Świadczenie usług reprodukcyjnych w postaci zastępczego macierzyństwa niesie za sobą istotne zagrożenia dla rodziny związane z podważeniem jasności i jednoznaczności relacji rodzicielskich i rodzinnych (zwłaszcza przy rozdzieleniu macierzyństwa biologicznego i genetycznego). O ile samo prawo wypowiedza się jednoznacznie w kwestii ustalenia stanu cywilnego oraz więzów pokrewieństwa człowieka, o tyle nie rozwiązuje mogących powstać na gruncie zastępczego macierzyństwa problemów tożsamości genetycznej dziecka i praw do ich dochodzenia. Biorąc to pod uwagę, można by uznać, iż umowa o zastępcze macierzyństwo, której przedmiotem jest usługa ciążowa, jest *nieważna z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami* (art. 58 § 2 k.c.). Wówczas dysponowanie własnym ciałem i możliwościami prokreacyjnymi, czyniąc z nich przedmiot umowy, byłoby uznane za nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.). Nie można jednak na tej podstawie wyciągać żadnych ogólnych wniosków co do tego typu umów, należałoby je każdorazowo rozpatrywać z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących. W podobny sposób należałoby rozpatrzyć kwestię wszelkich dodatkowych zobowiązań ze strony matki zastępczej dotyczących okresu ciąży i jej zachowania w trakcie, w tym postanowień dotyczących zobowiązania do usunięcia dziecka, gdy badania prenatalne wykażą duże prawdopodobieństwo nieodwracalnego uszkodzenia płodu.

#### Prawa rodzicielskie

Uznanie usługi ciążowej za przedmiot umowy nie wyczerpuje jednak wszystkich aspektów zobowiązaniowych umowy o zastępcze macierzyństwo. W umowach tych nie chodzi bowiem o noszenie i urodzenie dziecka, ale przede wszystkim o urodzenie dziecka „dla kogoś”, czyli w celu zrzeczenia się praw do niego na rzecz określonych osób bądź osoby. Prawa rodzicielskie nie mają charakteru praw rzeczowych i są odrębnie regulowane na gruncie prawa rodzinnego. Nie mogą być one przedmiotem umów cywilnoprawnych – są one wyłączone z obrotu i nie można ich swobodnie kształtować w drodze umowy. Tak jak kwestie dotyczące

stosunków pokrewieństwa, tak i kwestie dotyczące praw do opieki nad dzieckiem są ściśle uregulowane przez prawo i mogą być ustalane jedynie na drodze sądowej. A zatem umowa o zastępcze macierzyństwo nie mogłaby przenieść praw do opieki nad dzieckiem, a jedynie umożliwić przysposobienie dziecka poprzez zrzeczenie się praw rodzicielskich do dziecka przez matkę zastępczą. Takiego zobowiązania nie można jednak wyegzekwować na drodze prawnej, gdyż prawa rodzicielskie nie mogą być przedmiotem umowy, a zatem matka nie może zobowiązać się do ich zrzeczenia. Umowa dotycząca przekazania bądź zrzeczenia praw do dziecka jest więc *umową nieważną z uwagi na sprzeczność z prawem* (art. 58 § 1 k.c.).

3. Podsumowanie: problem ważności umowy o zastępcze macierzyństwo i prawne konsekwencje niewywiązania się z jej postanowień

Rozważając problem umowy o zastępcze macierzyństwo w całej swej złożoności nie możemy sprowadzić jej do tylko jednego z jej aspektów zobowiązaniowych. Osobna ocena prawna poszczególnych postanowień umowy jest możliwa, ale kwestia ich ważności powinna być oceniana w kontekście całej umowy, która nadaje tym postanowieniom określony sens. Biorąc zaś pod uwagę wszystkie wspomniane elementy razem wzięte, umowa o zastępcze macierzyństwo przedstawia się jako specyficzny rodzaj umów dotyczących: (1) urodzenia dziecka zgodnie z porozumieniem stron, (2) usługi reprodukcyjnej związanej z jego noszeniem i urodzeniem zgodnie z postanowieniami umowy, (3) zobowiązania do zrzeczenia się praw rodzicielskich na rzecz strony zamawiającej. Tak rozumianą umowę o zastępcze macierzyństwo należałoby uznać za nieważną z uwagi na jej sprzeczność z prawem (art. 58 § 1 k.c.) oraz sprzeczność z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.)<sup>20</sup>. Stan cywilny osoby nie może być kształtowany w drodze umowy cywilnoprawnej, a ani dziecko, ani prawa rodzicielskie nie mogą być przedmiotem umowy, co czyni umowę sprzeczną z prawem. Natomiast usługa reprodukcyjna polegająca na czerpaniu korzyści z prawa do własnego ciała i

---

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat w: Holoher J., Soniewicka M., „Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo”, *Prawo i Medycyna* nr 3/2009 (36, vol. 11), s. 43-60.

możliwości prokreacyjnych może być traktowana za nadużycie prawa podmiotowego i czynić umowę sprzeczną z zasadami współżycia społecznego ze względu na dobro dziecka oraz jasność i jednoznaczność relacji rodzinnych.

Umowa uznana za nieważną nie wywiera żadnych skutków prawnych, a zatem stronom umowy nie przysługują żadne roszczenia w związku z realizacją jej postanowień. Z pewnością na podstawie umowy o zastępcze macierzyństwo strona zamawiająca (nawet gdy są to rodzice genetyczni dziecka) nie może żądać od matki zastępczej wydania dziecka ani zrzeczenia się przez nią praw do niego. Gdyby matka zastępcza faktycznie zrzekła się praw do dziecka i wyraziła zgodę na przysposobienie, sąd musiałby każdorazowo zdecydować, czy osoby chcące przysposobić dziecko spełniają odpowiednie warunki, zawarcie umowy nie miałyby żadnego wpływu na decyzję. Matce zastępczej nie przysługuje roszczenie przeciwko stronie zamawiającej o odbiór dziecka. Matka zastępcza jest bowiem matką prawną dziecka, które urodziła, wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami (prawami i obowiązkami rodzicielskimi). Matka zastępcza może co prawda zrzec się praw do dziecka i wyrazić zgodę na jego przysposobienie (tak jak każda inna kobieta, która urodzi dziecko), ale nie może dochodzić prawnie, by strona zamawiająca dokonała przysposobienia dziecka. Nawet jeśli matka zastępcza nie jest matką genetyczną, nikt nie może dokonać zaprzeczenia macierzyństwa (pозew taki zostałby oddalony przez sąd). Można natomiast wnieść pozew o zaprzeczenie ojcostwa, w sytuacji gdy ojcem dziecka jest inny mężczyzna niż mąż matki zastępczej (np. mężczyzna będący stroną zamawiającą umowy). Ojciec może oczywiście dochodzić swych praw do dziecka na równi z matką.

Jeśli uznamy umowę za nieważną, również inne świadczenia związane z jej zawarciem nie mogą być wyegzekwowane prawnie. Matce zastępczej nie przysługiwałoby roszczenie o świadczenie (pieniężne lub inne), do którego zobowiązała się strona zamawiająca. Mogłaby ona jednak dochodzić swych normalnych roszczeń alimentacyjnych od ojca dziecka (art. 128 i n. k.r.o.). Strona zamawiająca, która dokonała uprzednio świadczenia na rzecz matki zastępczej, mogłaby dochodzić jego zwrotu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, gdy świadczenie jest nienależne (art. 410 k.c.). Jeśli uznamy umowę za

nieważną, żadnej ze stron nie przysługiwałyby roszczenia odszkodowawcze z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy.

### **Problem prawnej regulacji umów o zastępcze macierzyństwo**

Powyższe wnioski dotyczące uznania umów o zastępcze macierzyństwo za nieważne oparte są na interpretacji obowiązujących w Polsce przepisów prawnych, które nie wypowiedają się bezpośrednio w kwestii instytucji zastępczego macierzyństwa. Z tego względu możliwe są rozbieżności zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, wynikające z odmiennej interpretacji prawa. Przemawia to za jednoznacznym uregulowaniem kwestii zastępczego macierzyństwa. Poza tym, uznanie umów o zastępcze macierzyństwo za nieważne nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych z samą praktyką zastępczego macierzyństwa. Umowy nieważne nie wywierają skutków prawnych, co pozbawia ochrony prawnej strony umowy. Otwarta pozostaje jednak kwestia dobra dziecka i ochrony jego interesów. Samo prawne ustalenie macierzyństwa nie rozwiązuje takich problemów, jak: ustalenie tożsamości genetycznej dziecka; stworzenie niejasnych, niejednoznacznych i niestabilnych relacji rodzinnych; powołanie na świat dzieci, za które żadna ze stron nie chce wziąć odpowiedzialności. O trudności rozwiązania tych problemów dobitnie świadczą przytoczone wyżej sprawy z orzecznictwa amerykańskiego. Pojawienie się podobnych problemów w polskich sądach jest jedynie kwestią czasu, jeśli macierzyństwo zastępcze nie zostanie w sposób jednoznaczny uregulowane prawnie. Wymienię teraz główne propozycje uregulowania zastępczego macierzyństwa, jakie można by poddać dyskusji.

#### **1. Umowa o zastępcze macierzyństwo ważna i egzekwowalna**

Taka propozycja wymagałaby istotnych zmian w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, można wręcz powiedzieć, że zachwiałaby podstawami, na których ten kodeks się obecnie opiera. Jest to propozycja nie do utrzymania, gdyż daje ona bezwzględny prymat zasadzie swobody zawierania umów nad wszelkimi innymi,

wymienionymi powyżej zasadami, których konflikt uwidacznia się w przypadku zastępczego macierzyństwa.

2. Umowa o zastępcze macierzyństwo ważna, ale wzruszalna (nieegzekwowalna)

Inną propozycją może być uregulowanie kwestii zastępczego macierzyństwa w taki sposób, by umowy z matkami zastępczymi były uznawane za ważne, ale wzruszalne – nie podlegałyby przymusowemu obowiązkowi wykonania, za to wiązałyby się z sankcjami odszkodowawczymi. Zwolennicy tego stanowiska argumentują, że uznanie umów za nieważne, pozbawia ochrony prawnej strony i przez to obarcza całym ryzykiem zawarcia umowy matkę zastępczą, a wszelkie negatywne tego konsekwencje odczuwa dziecko. Uznanie umów za ważne i obwarowane sankcjami odszkodowawczymi zdyscyplinowałoby strony, rozwiązało problem dochodzenia wzajemnych świadczeń stron, a przede wszystkim ochroniłoby matkę zastępczą przed wykorzystaniem. Przyznawałoby bowiem możliwość odstąpienia od umowy przez matkę zastępczą w określonym czasie po urodzeniu dziecka. Poza tym, matka zastępcza nie miałaby obowiązku wykonania dodatkowych postanowień umowy (dotyczących okresu ciąży). Należałoby wówczas odnieść się również do kwestii, czy z instytucji zastępczego macierzyństwa może korzystać każda kobieta, czy tylko ta, która nie może mieć dziecka z przyczyn medycznych. Należałoby również wziąć pod uwagę okoliczności zawarcia umowy, badając, czy matka zastępcza nie była zmuszona swoim trudnym położeniem do jej zawarcia. Biorąc wszystkie te aspekty pod uwagę, regulacja zastępczego macierzyństwa zbliżyłaby się do instytucji adopcji prenatalnej<sup>21</sup>, która nie jest obecnie możliwa na gruncie prawa polskiego, ale pojawia się w wielu krajach.

Podobne rozwiązanie również wymagałoby istotnych zmian w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, zwłaszcza dotyczących pojęcia macierzyństwa i kształtowania stosunków filiacyjnych. Rozwiązanie to dawałoby wyraz akceptacji

---

<sup>21</sup> Takie rozwiązanie sugeruje m.in. Bonnie Steinbock (Steinbock, B., „Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption”, *Journal of Law, Medicine, Health Care* 16(1), s. 45-50.

dla samego zjawiska zastępczego macierzyństwa, a jego głównym celem byłoby ograniczenie jego negatywnych skutków, jakie mogą się pojawić w sytuacjach wyjątkowych.

3. Umowa o zastępcze macierzyństwo nieważna, zabieg umożliwiający zastępcze macierzyństwo zakazany

Zawarcie w przepisach prawnych regulacji mówiącej bezpośrednio o nieważności umów o zastępcze macierzyństwo różniłoby się od obecnej sytuacji prawnej tym, że rozwiązałoby wątpliwości i wykluczyło spory interpretacyjne. Mogłoby to ograniczyć w znacznym stopniu praktykę zawierania podobnych umów z uwagi na ryzyko związane z pozbawieniem ochrony prawnej obu stron, w tym możliwości dochodzenia swych praw. Rozwiązanie to wiele jednak nie zmienia, gdyż podobne rezultaty można osiągnąć w drodze wykładni przepisów obecnie obowiązujących. Jak już było powiedziane wyżej, rozwiązanie to poza pozbawieniem ochrony prawnej stron takiej umowy nie usuwa w żaden sposób problemów będących główną przyczyną uznania podobnych umów za nieważne. Jeśli zatem zgodzimy się, iż umowy o zastępcze macierzyństwo nie tylko dotyczą czegoś, co jest wyłączone z obrotu (jak prawa rodzicielskie, dziecko czy prawa stanu cywilnego), ale również dotyczą zjawiska, które samo w sobie należy oceniać negatywnie, wówczas powinniśmy postulować raczej o zakazanie podobnych praktyk (z czego wynikałaby nieważność takich umów *ex lege*).

Takie rozwiązanie proponuje projekt ustawy *O ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw z 17 grudnia 2008 roku* (zwany potocznie „ustawą bioetyczną” – tym określeniem będę się posługiwać dalej w tekście ilekroć mowa o projekcie tej ustawy). Zgodnie z art. 8 pkt. 3 „ustawy bioetycznej” zakazane jest umieszczanie w organizmie kobiety gamet innej kobiety w celach prokreacyjnych. Rozwiązanie to wyklucza możliwość rozejścia się macierzyństwa biologicznego i genetycznego. Możliwość taką przewiduje się jedynie na drodze wyjątku, gdy celem jest ratowanie życia dziecka, co przewiduje art. 24 „ustawy bioetycznej”, który dokładnie reguluje kwestię

dopuszczalności transferu embrionu innej kobiecie, na co konieczna jest zgoda sądu. Podobne rozwiązanie, uznane jedynie za tymczasowe, sugerują członkowie Zespołu do spraw Konwencji Bioetycznej powołanego przez Prezesa Rady Ministrów 7 kwietnia 2008 roku. W Raporcie Zespołu z dnia 28 października 2008 roku czytamy, że „uregulowanie kwestii macierzyństwa zastępczego powinno nastąpić po przyjęciu przez Radę Europy zaleceń i w tym zakresie być z nimi zgodne”<sup>22</sup> a „do tego czasu [zastępcze macierzyństwo – przyp. M.S.] dopuszczalne jest tylko dla ratowania życia dziecka”<sup>23</sup>. „Ustawa bioetyczna” zakazując zastępczego macierzyństwa, przewiduje również określone konsekwencje karne za naruszenie tego zakazu. Zgodnie z art. 54 pkt. 6 „ustawy bioetycznej”: „Kto w celach prokreacyjnych, wbrew przepisom ustawy, za pomocą zabiegu medycznego, pobiera gametę z organizmu człowieka lub umieszcza gametę w organizmie kobiety, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2”.

#### 4. Umowa o zastępcze macierzyństwo zakazana

Można też pójść o krok dalej od rozwiązania proponowanego wyżej, przewidując sankcje karne również dla osób zawierających umowę o zastępcze macierzyństwo – osób, które zlecają utworzenie gamety w celu umieszczenia jej w organizmie innej kobiety, w tym kobiet, które zezwalają na umieszczenie swojej gamety w cudzym organizmie, oraz kobiet, które zezwalają na umieszczenie cudzej gamety w swoim organizmie. Można by przewidzieć tego typu sankcje tylko dla osób, które czynią to odpłatnie bądź zróżnicować sankcje w zależności od tego, czy między stronami istniały zobowiązania pieniężne.

Rozwiązanie to, przewidując penalizację rodziców dziecka powołanego wskutek ich działań do życia, jest o tyle kontrowersyjne, iż intencje tych ludzi są często bardzo piękne – pragną mieć dzieci lub pragną pomóc w posiadaniu dzieci. Prokreacja stanowi na tyle newralgiczną sferę życia, że rola państwa powinna

---

<sup>22</sup> [http://www.pliki.kprm.gov.pl/RAPORT\\_26\\_11\\_2008.pdf](http://www.pliki.kprm.gov.pl/RAPORT_26_11_2008.pdf) s. 70. Również w doktrynie spotkać możemy najczęściej stanowisko, iż „mimo braku w Polsce regulacji prawnych (...) lekarze nie powinni podejmować zabiegów sztucznego zapłodnienia <<zastępczej matki>>” (Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 222).

<sup>23</sup> [http://www.pliki.kprm.gov.pl/RAPORT\\_26\\_11\\_2008.pdf](http://www.pliki.kprm.gov.pl/RAPORT_26_11_2008.pdf), s. 78.

ograniczać się w tej kwestii do środków koniecznych. W tej sytuacji, nawet jeśli uznamy zastępcze macierzyństwo za zjawisko niewłaściwe, środkiem wystarczającym wydaje się uniemożliwienie ludziom korzystania z podobnych zabiegów, a nie karanie samych ludzi poddających się tym zabiegom w celach prokreacyjnych.

Proponowane często w tym kontekście wprowadzanie rozróżnienia pomiędzy umowami odpłatnymi oraz nieodpłatnymi wydaje się dość wątpliwe. Mylne jest bowiem założenie, że każda umowa odpłatna jest zawarta w celach zarobkowych, a każda nieodpłatna jest bezinteresowna i wynikająca z chęci pomocy. Wynagrodzenie dla matki zastępczej może być bowiem traktowane jako pokrycie kosztów związanych z ciążą, a nie jako zarobek. Zamiast świadczenia pieniężnego może być też inne świadczenie, które nie eliminuje „interesowności” po stronie matki zastępczej. Argumentacja, iż takie umowy powinny być dopuszczalne jedynie w rodzinie, też wydaje się wysoce kontrowersyjna. Po pierwsze, nie wyklucza „interesowności” stron, może prowadzić do wykorzystania jednej ze stron (gdy rodzina zmusza kobietę do urodzenia dziecka dla innej kobiety w rodzinie). Po drugie, będzie prowadzić do niezwykle trudnych powikłań relacji rodzinnych, które staną się niejednoznaczne, o czym była mowa wyżej.

5. Płatne pośrednictwo w zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo zakazane

Wreszcie należałoby rozważyć możliwość uregulowania kwestii dotyczących pośrednictwa w zawieraniu podobnych umów. Jedną z propozycji mogłoby być uznanie odpłatnego pośrednictwa w zawieraniu podobnych umów za zakazane (na wzór przepisów zakazujących organizowania adopcji dzieci w celach zarobkowych – art. 253 § 2 k.k.). Jest to propozycja przyjmowana w wielu regulacjach prawnych, również w krajach, gdzie przyjmuje się dopuszczalność umów o zastępcze macierzyństwo. Ograniczenie możliwości czerpania korzyści majątkowych z pośrednictwa w zawieraniu podobnych umów (w tym kojarzeniu matek zastępczych z osobami chcącymi wychować urodzone przez nią dziecko) służy temu, by

prokreacja nie stała się przedsięwzięciem komercyjnym, sprowadzającym reprodukcję do produkcji dzieci.

### **Zakończenie**

Uważam, że samą w sobie praktykę zastępczego macierzyństwa należy ocenić negatywnie z etycznego punktu widzenia, gdyż odpowiedzialności prokreacyjnej nie powinno się oddzielać od samego procesu prokreacji. Odpowiedzialność ta wynika z relacji rodzicielskich, które powinny być jasne, jednoznaczne i stabilne – nie mogą być one kształtowane za pomocą umów. W związku z powyższym, wydaje mi się, iż najbardziej przekonującym i konsekwentnym stanowiskiem w sprawie regulacji zastępczego macierzyństwa jest zakazanie zabiegów medycznych umożliwiających zastępcze macierzyństwo oraz zakazanie odpłatnego pośrednictwa w zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo, które należałoby uznać wówczas za niezgodne z prawem. Niewątpliwie, stanowisko to może wydać się trudne do przyjęcia z uwagi na to, iż uniemożliwia dużej liczbie osób posiadanie dzieci – posiadanie dzieci mężczyznom, których żony są bezpłodne oraz kobietom, które z przyczyn medycznych nie mogą urodzić dziecka (choć mogą je począć). Biorąc jednak pod uwagę, iż zastępcze macierzyństwo prowadzi do zakwestionowania dotychczasowego pojęcia macierzyństwa, podważenia relacji rodzicielstwa oraz do pozbawienia prokreacji etycznego wymiaru odpowiedzialności, pierwszeństwo realizacji pragnienia posiadania „własnych dzieci” nie wydaje się w tym wypadku wystarczająco uzasadnione.