

Anna Wilk<sup>1</sup>

Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Bielsku-Białej

## MACIERZYŃSTWO ZASTĘPCZE W POLSCE – DOZWOLONE CZY ZAKAZANE?

### ABSTRACT

#### Surrogacy in Poland – allowed or forbidden?

The article discusses the issue of the Polish legislator's approach to the matter of the so-called surrogacy. The author presents the concept of surrogacy and ethical dilemmas related to it, as well as points out the civil, legal, family and criminal law aspects of this phenomenon.

Most recent changes in the Polish Penal Code, intended by the legislator to counteract e.g. the surrogacy practices, are also discussed. The author intends to answer the question, to what extent these changes are capable of limiting the scale of the discussed phenomenon.

**Keywords:** surrogacy, adoption, child, parents

**Słowa kluczowe:** macierzyństwo zastępcze, adopcja, dziecko, rodzice

---

<sup>1</sup> Doktor nauk prawnych, wykładowca w Wyższej Szkole Finansów i Prawa w Bielsku-Białej, autorka publikacji z zakresu prawa cywilnego.

## 1. Pojęcie „macierzyństwo zastępcze” i związane z nim dylematy etyczne

Jednym z istotnych współczesnych dylematów bioetycznych jest problem tzw. macierzyństwa zastępczego (inaczej surogacji, od ang. *surrogate motherhood*). Dyskusja o tej kwestii należy nie tylko do rozważań z zakresu etyki czy medycyny, ale także prawa, gdyż postęp techniki umożliwiający macierzyństwo zastępcze powoduje dezaktualizację dotychczasowej, uznawanej za pewnik od czasów starożytności zasady *Mater semper certa est* („Matka zawsze jest pewna”), naruszając niekwestionowany dotąd związek pomiędzy urodzeniem dziecka a jego genetycznym pochodzeniem od kobiety rodzącej<sup>2</sup>. Surogacja implikuje także istotne problemy związane ze wskazaniem podmiotu, któremu przysługiwać powinna władza rodzicielska nad dzieckiem urodzonym w wyniku tej procedury, jak również z kwalifikacją tego zjawiska z punktu widzenia zasady swobody umów oraz zakazu handlu ludźmi.

W doktrynie wskazuje się, że istotą macierzyństwa zastępczego jest to, że kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne, przyjmując, zgodnie z wcześniejszym porozumieniem z inną osobą lub osobami, że nie ona, lecz kto inny przejmie prawa i obowiązki nad urodzonym przez nią dzieckiem – kobieta pozostaje więc w ciąży „dla” innej kobiety lub pary, z zamiarem przekazania jej czy im dziecka po porodzie<sup>3</sup>. Macierzyństwo zastępcze opiera się zatem na umowie, którą kobieta lub para

2 Zob. podobnie K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2018, Legalis, art. 61 (9), Nb 1; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), wyd. 5, Warszawa 2018, Legalis, art. 61 (9), Nb 19; A. Olak, A. Krauz, *Surogatka to już zawód, banal czy globalne społeczne zapotrzebowanie*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka–Praktyka–Refleksje” 21/2016, s. 181.

3 Zob. M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana*, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 101; Ł. Mirocha, „Macierzyństwo zastępcze” w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „Prawo w Działaniu – Sprawy Cywilne” 34/2018, s. 164; W. Górowski, *Zastępcze macierzyństwo a prawo karne – ocena obecnego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1/2011, s. 6; B. Walerjan, *Nowe dylematy medycyny – zjawisko macierzyństwa zastępczego w perspektywie społeczno-etycznej*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym”, vol. 12, nr 2/2009, s. 35.

pragnąca mieć dziecko („zamawiający”) zawiera z inną kobietą, „wynajmującą” swoje łono, tj. najczęściej poddającą się zabiegowi sztucznego zapłodnienia z użyciem komórek rozrodczych „zamawiającej” – matki genetycznej (i/lub partnera tej matki), noszącą ciążę, rodzącą dziecko i przekazującą je bezzwłocznie po urodzeniu „zamawiającym”<sup>4</sup>. Wyróżnia się zatem tzw. macierzyństwo zastępcze pełne, gdy matce surogatce implementowany jest już zapłodniony embrión pochodzący od rodziców genetycznych, oraz częściowe, gdy zostaje ona sztucznie zapłodniona nasieniem mężczyzny (ojca genetycznego)<sup>5</sup>.

Natomiast z punktu widzenia odpłatności „usługi” wyróżnia się macierzyństwo zastępcze altruistyczne, czyli takie, w którym matka zastępcza nie pobiera wynagrodzenia za „wynajęcie” swego łona (surogatka może być wówczas np. krewna lub przyjaciółka kobiety niepełnej, pragnąca w ten sposób pomóc jej spełnić marzenie o dziecku) oraz komercyjne, czyli takie, w którym surogatka (a nierzadko także reprezentujący ją pośrednik lub agencja) wynagrodzenie takie otrzymuje<sup>6</sup>.

Z „usługi” macierzyństwa zastępczego korzystają przede wszystkim pary, w których kobieta z uwagi na niepełność lub wady rozwojowe nie

4 Zob. M. A. Lebensztejn, *Macierzyństwo zastępcze – problemy etyczne i prawne*, „Miscellanea Historico – Iuridica”, t. XIII, z. 2/2014, s. 300; A. Makowiec, *Dopuszczalność zastępczego macierzyństwa w prawie polskim – rozważania de lege lata i de lege ferenda*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 1/2011, s. 58; M. Mikłuszka, *Zagraniczne procedury tzw. macierzyństwa zastępczego (surrogacy motherhood) w świetle zasady handlu ludźmi – zagadnienia węzłowe*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2017, s. 1; J. Holocher, *Zastępcze macierzyństwo – zagadnienia terminologiczne. Trzy perspektywy: teorii i filozofii prawa, dogmatyki prawniczej i debaty publicznej*, [w:] *Fundamentalne problemy prawne surrogate motherhood – perspektywa krajowa*, P. Mostowik (red.), Warszawa 2019, s. 81 oraz powołana tam literatura; M. Moszczyńska, P. Olszewska, *Surogatki – wybrane aspekty prawne problematyki zastępczego macierzyństwa*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 3/2015, s. 47; A. Bernecka, *Prawo dziecka do poznania tożsamości genetycznej*, „Pedagogika Katolicka” 1/2018, s. 151.

5 Ł. Żukowski, *Problemy prawne i etyczne umów o macierzyństwo zastępcze – uwagi na tle rozwiązań przyjętych w Izraelu*, [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wrocław 2013, s. 309 oraz powołana tam literatura; B. Walerjan, *Nowe dylematy*, s. 36.

6 Zob. Ł. Mirocha, „Macierzyństwo zastępcze”, s. 166; M. A. Lebensztejn, *Macierzyństwo*, s. 305–306.

jest w stanie zająć w ciążę bądź jej donosić, ale także np. pary homoseksualne i kobiety samotne pragnące mieć dziecko. W krajach, w których procedura ta jest legalna, funkcjonują specjalistyczne agencje zajmujące się poszukiwaniem matek zastępczych, a ich pośrednictwo obejmuje pełen zakres usług, począwszy od znalezienia kandydatki na surogatkę poprzez zorganizowanie koniecznych działań medycznych i opieki nad matką podczas ciąży, skończywszy na wsparciu prawnym i psychologicznym<sup>7</sup>.

Kontrowersje moralne budzi jednak fakt, iż wiele surogatek pochodzi z ubogich krajów azjatyckich czy afrykańskich, zaś ich „klientami” są pary z krajów zamożnych, głównie Europy Zachodniej i USA – wobec trudnej sytuacji gospodarczej w swoich krajach niezamożne kobiety szukają zarobku bądź możliwości spłaty długów poprzez „wynajęcie łona”, często nie zważając na możliwe konsekwencje zdrowotne i psychologiczne takiej decyzji, jak również padają ofiarą nieuczciwych pośredników<sup>8</sup>. Problem tzw. turystyki surogacyjnej występuje także coraz częściej w Polsce, a kandydatkami na surogatki są zazwyczaj obywatelki Ukrainy, gdzie macierzyństwo zastępcze jest legalne<sup>9</sup>.

Pośród innych dylematów etycznych łączących się ze zjawiskiem surogacji należy wymienić również: możliwe komplikacje zdrowotne dla surogatki (związane z ciążą i porodem) oraz dla poczętego w ten sposób dziecka (związane z faktem, że wszczepiony surogatce embrión jest – w przypadku surogacji pełnej – genetycznie jej obcy), negatywne konsekwencje psychologiczne związane z możliwością pojawienia się więzi emocjonalnej pomiędzy surogatką a dzieckiem, które następnie będzie ona zmuszona oddać „zamawiającym”, problem ujawnienia się potencjalnych wad rozwojowych dziecka i ewentualna możliwość „rezygnacji” przez „zamawiających” z jego wychowywania w przypadku, gdy jego stan zdrowia czy cechy fizyczne nie będą odpowiadać ich oczekiwaniom, a także samą dopuszczalność pobierania przez surogatkę

<sup>7</sup> B. Walerjan, *op. cit.*, s. 36.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 43–43; P. Wilk, *Surogatki. Jak działa system matek zastępczych*, „Polityka” z 5 października 2017 r., <http://www.polityka.pl>.

<sup>9</sup> Zob. B. Waszkielewicz, *Brzuch wynajmę*, „Wprost” z 30 czerwca 2013 r., <http://www.wprost.pl>; M. Zeniv, *Macierzyństwo zastępcze w prawie ukraińskim*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2017, s. 1–6.

wynagrodzenia za urodzenie dziecka, co jest sytuacją mogącą nasuwać skojarzenia z handlem ludźmi<sup>10</sup>.

## 2. Macierzyństwo zastępcze w świetle prawa polskiego

### a) Zasada *Mater semper certa est*

Jak słusznie zauważa się w literaturze, w powołanie do życia dziecka z zastosowaniem instytucji macierzyństwa zastępczego zaangażowane mogą być aż trzy kobiety: ta, która chce je wychowywać (matka socjologiczna, choć w przypadku pary homoseksualnej płci męskiej w ogóle nie będziemy mieć do czynienia z matką, a jedynie z ojcami socjologicznymi, zaś płci żeńskiej – z dwiema potencjalnymi matkami socjologicznymi), dawkczyni komórki jajowej (matka genetyczna, zazwyczaj tożsama z matką socjologiczną) i ta, która decyduje się dziecko urodzić (matka biologiczna), a ponadto wyróżnić należy jeszcze matkę prawną, czyli kobietę, która uznawana jest za matkę w świetle prawa<sup>11</sup>.

Ustawodawca polski zdecydował się na rozwiązanie odpowiadające rzymskiej zasadzie *Mater semper certa est*, stanowiąc w art. 61 (9) k.r.o., że pod względem prawnym matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Nasuwa się jednak pytanie, czy prawo polskie zabrania w ten sposób samej praktyki macierzyństwa zastępczego, skoro powołany wyżej przepis odnosi się tylko do tego, kto z punktu widzenia prawnego będzie matką dziecka urodzonego w wyniku tej procedury, a aktualnie obowiązujące ustawodawstwo nie zawiera żadnego przepisu *expressis verbis* zakazującego procederu surogacji. Kwestię tę należy rozpatrzyć z punktu widzenia cywilnoprawnego (zasady swobody umów), prawnorodzinnego (w zakresie regulacji dotyczących przysposobienia dziecka urodzonego w wyniku surogacji, którego surogatka nie chce wychowywać), a także prawnokarnego.

<sup>10</sup> Zob. K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, art. 61 (9), Nb 21 oraz powołana tam literatura, P. Wilk, *op. cit.*; Ł. Żukowski, *op. cit.*, s. 310.

<sup>11</sup> M. Mikluszka, *op. cit.*, s. 2 oraz powołana tam literatura, Ł. Mirocha, *op. cit.*, s. 164–165.

## b) Aspekt cywilnoprawny

Jeżeli chodzi o aspekt cywilnoprawny, należy zauważyć, że zgodnie z wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasadą swobody umów strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W doktrynie wskazuje się jednak niekiedy, że zasada wynikająca z art. 61 (9) k.r.o. nie może być zmieniona przez umowę między zainteresowanymi osobami i nie można w drodze umowy zobowiązać się do oddania dziecka osobom, które są dawcami komórek rozrodczych nasienia oraz zamierzają dziecko przysposobić, gdyż umowy takie są z mocy samego prawa nieważne i nie wywołują żadnych skutków prawnych<sup>12</sup>. Tym samym ewentualną umowę o macierzyństwo zastępcze traktuje się jako naruszającą zarówno prawo (w postaci bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 61 (9) k.r.o., jak i zasady współżycia społecznego, co związane jest oczywiście z przytoczonymi powyżej dylematami etycznymi, wiążącymi się ze zjawiskiem surogacji.

Jednakże niektórzy autorzy wskazują także na to, iż kwestia ewentualnej mocy wiążącej umów o surogację jest zagadnieniem bardzo złożonym, a wobec braku jednoznacznego zakazu ze strony polskiego ustawodawcy można odnaleźć zarówno argumenty za dopuszczalnością zawierania tego rodzaju umów (wypływające przede wszystkim z zasady swobody umów oraz z motywacji przyświecającej rodzicom socjologicznym, tj. zapewnienia opieki dziecku, która sama w sobie nie zasługuje na potępienie), jak i przeciwko ich dopuszczalności (związane głównie z komercjalizacją osoby dziecka oraz możliwymi negatywnymi konsekwencjami w sferze zdrowia fizycznego i psychicznego dla surogatki)<sup>13</sup>.

## c) Aspekt prawnorodzinny

Natomiast jeżeli chodzi o prawnorodzinny aspekt problemu surogacji, oprócz zasady macierzyństwa kobiety rodzącej przejawiać się on może przede wszystkim w przepisach dotyczących przysposobienia.

<sup>12</sup> K. Pietrzykowski, [w:] *op. cit.*, art. 61 (9), Nb 21 oraz powołana tam literatura.

<sup>13</sup> Zob. szerzej na ten temat A. Makowiec, *op. cit.*, s. 59–72.

Zgodnie bowiem z art. 119 (1a) k.r.o. rodzice mogą przed sądem opiekuńczym wskazać osobę przysposabiającego, którą może być wyłącznie krewny rodziców dziecka za zgodą tej osoby złożoną przed tym sądem, przy czym osobą wskazaną może być również małżonek jednego z rodziców. Wprowadzenie tego przepisu miało w zamiarze ustawodawcy ukrócić proceder tzw. adopcji ze wskazaniem, czyli poszukiwania kandydatów do przysposobienia z pominięciem normalnej procedury (tj. bez pośrednictwa ośrodka adopcyjnego), zazwyczaj przez internet, w którym kobiety ciężarne oferowały, często za wynagrodzeniem, oddanie swego dziecka po urodzeniu do adopcji i zachęcały do zgłaszania się potencjalnych kandydatów<sup>14</sup>.

Jednakże tzw. adopcja ze wskazaniem może być także stosowana przy procedurze macierzyństwa zastępczego, bowiem skoro to surogatka jest w świetle prawa uznawana za matkę, wywiązanie się przez nią z umowy z „zamawiającymi” polegać będzie na oddaniu im dziecka do adopcji, zaś wskazanie „zamawiających” jako kandydatów na rodziców adopcyjnych miałyby w tym przypadku służyć zagwarantowaniu, że dziecko trafi do określonej rodziny, najczęściej płacącej za usługę surogacji, a nie do innych kandydatów, wybranych przez ośrodek adopcyjny.

W świetle przytoczonego powyżej przepisu takie „wskazanie” nie jest zatem w żaden sposób wiążące dla sądu orzekającego o przysposobieniu, a ponadto możliwość ta została ograniczona jedynie do kręgu osób najbliższych biologicznych rodziców dziecka. Nie oznacza to jednak, że „zamawiający” usługę surogacji nie mogą starać się o adopcję urodzonego w ten sposób dziecka, tym bardziej jeżeli zostało im ono nieformalnie przekazane przez surogatkę bezpośrednio po urodzeniu i sprawują oni nad nim faktyczną opiekę, z jednoczesnym nawiązaniem więzi emocjonalnej. W każdym bowiem przypadku przysposobienia sąd powinien kierować się przede wszystkim dobrem dziecka i jeżeli ustali, że nawiązało ono więź z rodzicami socjologicznymi, którzy spełniają wymogi stawiane przysposabiającym, sam fakt uczestnictwa przez nich w procedurze surogacji nie jest przeszkodą do starania się przez nich o przysposobienie dziecka.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku gdy surogatka jest kobietą niezamężną i nie zachodzi domniemanie pochodzenia

<sup>14</sup> Zob. K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, art. 119 (1a), Nb 1.

dziecka od jej męża (art. 62 k.r.o.), nie ma żadnych przeszkód prawnych do złożenia przez mężczyznę z pary „zamawiającej” oświadczenia o uznaniu ojcostwa urodzonego w wyniku surogacji dziecka (tym bardziej że od tego mężczyzny dziecko będzie genetycznie pochodzić, a zatem nie będzie on w tym przypadku oświadczać nieprawdy). W takim przypadku, jeżeli surogatka zostanie pozbawiona władzy rodzicielskiej, dziecko będzie miało ojca, deklarującego chęć opieki, a jego małżonka będzie mogła następnie to dziecko przysposobić.

#### d) Aspekt prawny

Jeżeli chodzi o kwalifikację zjawiska surogacji z punktu widzenia norm prawa karnego, można wskazać kilka przepisów mogących potencjalnie znaleźć tutaj zastosowanie, jednakże żaden z nich nie odnosi się wprost do tego proceduru.

W pierwszej kolejności należy odnotować, iż zgodnie z art. 28 ust. 1 i 2 ustawy z 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności<sup>15</sup> niedopuszczalne jest odpłatne zbycie, nabycie lub pośredniczenie w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka, a za pobrane od dawcy komórki rozrodcze lub zastosowane zarodki nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej. Stosownie do art. 76 tej ustawy przestępstwem jest rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka, zaś art. 77 i 79 penalizują nabywanie lub zbywanie komórki rozrodczej lub zarodka, pośredniczenie w ich nabyciu lub zbyciu oraz branie udziału w zastosowaniu uzyskanej wbrew przepisom ustawy komórki rozrodczej, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej. Jednakże istotą umowy o surogację nie jest zbycie komórki rozrodczej lub zarodka, gdyż tych „dostarczają” surogatce „zamawiający” – przedmiotem tej umowy jest zatem „wynajęcie” przez surogatkę swojego łona, a przepisu penalizującego takie zachowanie ustawa o leczeniu niepłodności nie zawiera.

<sup>15</sup> T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 865.



W odniesieniu do przepisów ustawy o leczeniu niepłodności należy także zauważyć, że ustawa ta wprowadza pojęcie tzw. dawstwa partnerskiego, tj. przekazania komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyzną – w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczynie; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczynie (art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy). Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy przeniesienie do organizmu biorczynie zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie (czyli tzw. dawstwa anonimowego) oraz zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka może nastąpić, jeżeli: 1) w przypadku dawstwa partnerskiego zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczynie oraz dawca komórek rozrodczych; 2) w przypadku dawstwa innego niż partnerskie zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczynie oraz jej mąż albo mężczyzna, z którym biorczynie pozostaje we wspólnym pożyciu, złożył oświadczenie zgodnie z art. 75<sup>1</sup> § 1 k.r.o. (tj. oświadczenie o uznaniu ojcostwa dziecka urodzonego w wyniku tej procedury); 3) dawcy zarodka wyrazili, w formie pisemnej, zgodę na jego przekazanie.

W świetle powyższej regulacji nie jest do końca jasne, czy kobieta niezamężna i niepozostająca w konkubinacie może poddać się zapłodnieniu pozaustrojowemu, gdyż w przypadku dawstwa komórek rozrodczych ustawodawca wymaga zgody męża lub partnera, jednakże w przypadku dawstwa zarodka (a więc przy surogacji pełnej) wymagana jest jedynie pisemna zgoda dawców. Również w doktrynie wskazuje się na brak jednoznacznego określenia, czy kobiety samotne także mogą skorzystać z procedury *in vitro*<sup>16</sup>, jednakże jeżeli przyjmujemy wyłączenie takiej możliwości, to surogatka, aby poddać się procedurze zapłodnienia pozaustrojowego, będzie musiała złożyć, wspólnie z ojcem socjologicznym, fałszywe oświadczenie o pozostawaniu z nim we wspólnym pożyciu, przy czym brak jest przeszkód prawnych, aby oświadczenie takie

<sup>16</sup> Zob. J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 4/2015, s. 132.

złożył mężczyzna żonaty z inną kobietą (matką socjologiczną). Sankcją za złożenie oświadczenia niezgodnego z prawdą może być co najwyżej odpowiedzialność karna za wyłudzenie poświadczenia nieprawdy, jednakże wykazanie fałszywości oświadczenia o pozostawaniu w związku jest wyjątkowo trudne, gdyż w grę wchodzi sprawy intymne, należące do prywatnej sfery każdego człowieka. Nie dotyczy to jednak zabiegów przeprowadzanych za granicą, w krajach, w których procedury zapłodnienia pozaustrojowego mogą się poddać także kobiety samotne – w takim przypadku, jak już wcześniej wspomniano, „zamawiający” ojciec socjologiczny (i jednocześnie genetyczny) będzie mógł uznać ojcostwo dziecka surogatki po jego urodzeniu.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy o leczeniu niepłodności dawstwo zarodka (konieczne przy surogacji pełnej, czyli wszczępieniu surogatce embrionu pochodzącego od dwojga obcych osób) jest dopuszczalne tylko, gdy przekazanie zarodka następuje na rzecz anonimowej biorczyni, co w praktyce istotnie ogranicza, a nawet wyłącza surogację pełną, niemniej jednak brak jest przepisu karnego penalizującego dawstwo zarodka na rzecz biorczyni nieanonimowej, lecz znanej dawcom (np. właśnie surogatki).

Jeżeli chodzi o przepisy Kodeksu karnego, można wskazać dwa przestępstwa, które potencjalnie mogłyby się odnosić do procedury surogacji, tj. handel ludźmi i nielegalną adopcję.

Zgodnie z art. 115 § 22 k.k. handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: przemocy lub groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstępny, wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą – w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy; przy czym jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy

małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione powyżej.

Zdaniem W. Górowskiego wprowadzenie takiej regulacji zdaje się rozwiązywać problem kwalifikacji przekazania dziecka w ramach realizacji umowy o macierzyństwo zastępcze jako handlu ludźmi, gdyż przesądza o tym wymienienie w tej definicji celu, w jakim ma działać sprawca – ustawa mówi bowiem o celu wykorzystania oraz zawiera przykładowe wyliczenie takich kierunkowych nastawień (wszelkie formy wykorzystania seksualnego, w pracy czy usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, niewolnictwie lub w każdej innej formie, jeżeli poniża to ludzką godność, lub w celu pobrania komórek, tkanek czy narządów wbrew przepisom ustawy), a mając na uwadze, że ustawodawca nie wymienił tutaj posiadania potomstwa lub adopcji, nie wydaje się możliwa interpretacja, iż cel taki jest wykorzystaniem człowieka<sup>17</sup>. Ten sam autor zauważa jednakże, iż mając na uwadze zupełnie nieostrą klauzulę: „lub w inny sposób poniża ludzką godność”, można się spodziewać głosów przekonujących o penalizacji zachowań polegających na przekazaniu dziecka rodzicom socjologicznym w wykonaniu umowy o zastępcze macierzyństwo<sup>18</sup>.

Innym przepisem prawa karnego, wedle którego można by zakwalifikować proceder surogacji, jest art. 211a k.k., penalizujący zajmowanie się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy. Przez pojęcie „ustawa” należy tutaj rozumieć te akty prawne, które regulują postępowanie adopcyjne, a zatem przede wszystkim Kodeks rodzinny i opiekuńczy, jak również Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawę z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej<sup>19</sup>. Zgodnie z art. 154 ust. 1 tej ustawy prowadzenie procedur przysposobienia oraz przygotowanie osób zgłaszających gotowość do przysposobienia dziecka stanowi wyłączną kompetencję ośrodka adopcyjnego.

W przypadku macierzyństwa zastępczego naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art. 211a k.k., mogłoby zatem polegać przede wszystkim na zorganizowaniu adopcji dziecka urodzonego przez

17 W. Górowski, *op. cit.*, s. 13.

18 *Ibidem*.

19 T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1111.

surogatkę z pominięciem pośrednictwa ośrodka adopcyjnego. Jednakże w praktyce trudno sobie wyobrazić popełnienie takiego przestępstwa przez strony „umowy o surogację”, gdyż rodzicom socjologicznym zależy przecież będzie na legalnym potwierdzeniu ich władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, a sąd polski nie orzeknie o przysposobieniu dziecka, co do którego naruszono procedury określone w omawianej ustawie. Nikt nie może ponadto zabronić rodzicom socjologicznym zgłoszenia swojej kandydatury na rodziców adopcyjnych, a jeżeli będą oni jedyne kandydatami, to przejście przez nich szkolenia i uzyskanie pozytywnej opinii niemal zagwarantuje im przysposobienie dziecka (będzie tak zwłaszcza w sytuacji, gdy surogatka po urodzeniu odda nieformalnie „zamawiającym” dziecko do opieki, w wyniku czego zostanie nawiązana więź emocjonalna pomiędzy nimi a dzieckiem).

Ponadto należy zauważyć, że adopcja będzie jeszcze prostsza w przypadku uznania ojcostwa dziecka surogatki przez ojca socjologicznego, gdyż dziecko to będzie już posiadać ojca, a po pozbawieniu surogatki władzy rodzicielskiej będzie ono mogło zostać przysposobione przez małżonkę ojca, czyli matkę genetyczną. Popełnienie przestępstwa z art. 211a k.k. może mieć w praktyce miejsce w przypadku skorzystania z procedury surogacji za granicą, jednakże należy mieć tutaj na względzie art. 111 § 1 kk., tj. zasadę podwójnej karalności, której działanie spowoduje, że skorzystanie z usług macierzyństwa zastępczego w kraju, w którym jest ono legalne, nie będzie karalne według prawa polskiego. Skorzystanie z tej procedury w kraju o uregulowanej prawnie legalnej surogacji, w przypadku gdy dziecko tam się urodzi, będzie bowiem powodowało, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka jako matka zostanie wpisana „zamawiająca”, a nie surogatka, co dla organów polskich będzie miało taki skutek, jak urodzenie przez obywatelkę polską dziecka za granicą.

## e) Nowa regulacja prawnokarna

Dotychczasowy niejasny stosunek prawa polskiego do zjawiska surogacji spowodował reakcję ustawodawcy w postaci uchwalenia ustawy z 16 października 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz

ustawy – Kodeks postępowania cywilnego<sup>20</sup>. Ustawa ta weszła w życie 20 listopada 2019 r., dlatego też warto zastanowić się, jakie będą jej konsekwencje dla uczestników procedury surogacji.

Zgodnie z tą ustawą do art. 155 k.k., czyli tzw. słowniczka, dodana została definicja legalna adopcji, wedle której adopcją jest nabycie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem przez inną osobę niż ta, od której dziecko pochodzi. Już sama powyższa definicja może jednak budzić duże wątpliwości, bowiem nie wynika z niej, czy chodzi o pochodzenie „prawne” dziecka (czyli w przypadku macierzyństwa zastępczego – od surogatki), czy też o jego pochodzenie „genetyczne”, tj. od matki biologicznej.

Natomiast do art. 211a k.k. dodane zostały § 2 i 3, zgodnie z którymi karze podlegać będzie osoba, której przysługuje władza rodzicielska nad dzieckiem i która wyraża zgodę na adopcję tego dziecka przez inną osobę:

- » w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, zatajając ten cel przed sądem orzekającym w postępowaniu w sprawie o przysposobienie, a w przypadku wyrażenia przez rodzica zgody na przysposobienie dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającego – przed sądem przyjmującym oświadczenie o wyrażeniu tej zgody,
  - » z pominięciem postępowania w sprawie o przysposobienie,
- a także osoba, która wyraża zgodę na adopcję dziecka przez siebie w warunkach, o których mowa powyżej.

W odniesieniu do powyższego należy jednak zadać pytanie, czy w przypadku macierzyństwa zastępczego to wyrażenie zgody na adopcję jest dokonywane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, czy też korzyść ta jest wręczana za coś innego, np. za „wynajęcie łona” czy urodzenie dziecka? W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska w kwestii tego, co jest przedmiotem umowy o surogację, jednakże zasadniczo zauważa się, iż może to być dziecko, urodzenie dziecka lub usługa polegająca na użyczeniu ciała surogatki zobowiązującej się nosić dziecko w swym łonie przez dziewięć miesięcy oraz urodzić je dla „zamawiających”<sup>21</sup>. To zatem raczej nie wyrażenie zgody na adopcję, lecz

<sup>20</sup> Dz.U. z 2019 r., poz. 2128.

<sup>21</sup> Zob. A. Makowiec, *op. cit.*, s. 60–61.

inne „świadczenia” surogatki są premiowane wynagrodzeniem, chyba że umowa zawiera dodatkową klauzulę, przewidującą także wynagrodzenie za samą zgodę na przysposobienie.

Trudno sobie także wyobrazić, jak w praktyce miałyby wyglądać przestępstwo polegające na wyrażeniu zgody na przysposobienie dziecka w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej „z pominięciem postępowania o przysposobienie”, gdyż rodzicom socjologicznym w przypadku macierzyństwa zastępczego będzie raczej zależało na legalnym przeprowadzeniu adopcji, a nie adopcji „pokątnej”, która przecież w naszym kraju nie wywołuje żadnych skutków prawnych ani nie rodzi żadnych praw ani obowiązków wobec dziecka.

Ustawodawca zdaje się także nie dostrzegać opisywanej już sytuacji, w której ojciec socjologiczny (i jednocześnie genetyczny) uznaje ojcostwo dziecka urodzonego przez surogatkę, natomiast jego małżonka zgłasza chęć przysposobienia. Zwłaszcza w przypadku gdy do zapłodnienia pozaustrojowego doszło za granicą (a więc nie było potrzeby składania przez surogatkę i „zamawiającego” fałszywych oświadczeń o pozostawaniu we wspólnym pożyciu), a para „zamawiających” rodziców socjologicznych pozostawała w konkubinacie, zawierając małżeństwo dopiero po urodzeniu dziecka (gdyż fakt uznania ojcostwa dziecka pozamałżeńskiego przez mężczyznę żonatego przy jednoczesnym braku reakcji żony, np. w postaci złożenia pozwu o rozwód z powodu zdrady małżeńskiej, mógłby istotnie budzić wątpliwości), może dojść do omińnięcia powyższej regulacji prawnokarnej, gdyż wystarczające będzie, że ojciec socjologiczny po urodzeniu dziecka przez surogatkę będzie się nim opiekował, a następnie złoży niekwestionowany przez surogatkę wniosek o pozbawienie władzy rodzicielskiej z powodu nieinteresowania się przez nią dzieckiem i wówczas odpadnie konieczny dla bytu nowo ustanowionego przestępstwa element zgody surogatki na przysposobienie, gdyż stosownie do art. 119 § 1 k.r.o. zgoda rodzica pozbawionego władzy rodzicielskiej na przysposobienie dziecka (w tym przypadku przez małżonkę „zamawiającego”) nie jest konieczna.

Należy także zauważyć, iż omawiane zmiany w Kodeksie karnym nie będą w żadnej mierze dotyczyć surogacji nieodpłatnej (altruistycznej), jako że do znamion opisanych w nich przestępstw należy element przyjęcia przez surogatkę korzyści majątkowej lub osobistej.

### 3. Podsumowanie

Powyższe rozważania skłaniają do wniosku, iż należy wyrazić istotne wątpliwości, czy zarówno istniejące dotychczas przepisy, jak i nowa regulacja prawno-karna są w stanie zapobiec bądź chociaż ograniczyć zjawisko surogacji. Brak jednoznacznego zakazu odnoszącego się wprost do macierzyństwa zastępczego może natomiast powodować niepewność prawa u potencjalnych stron tego typu umów. Być może właściwszym posunięciem ustawodawcy, zmierzającym do skłonienia potencjalnych chętnych do odstąpienia od zamiaru skorzystania z usług macierzyństwa zastępczego (z uwagi na wspomniane już istotne dylematy etyczne, które się z nim wiążą), byłoby podjęcie działań zmierzających do skrócenia czasu trwania procedur adopcyjnych, który jest obecnie istotnym czynnikiem zniechęcającym kandydatów na rodziców adopcyjnych. Nie chodzi przy tym oczywiście o pominięcie szkolenia czy procedur weryfikacji kandydatów, gdyż takie działania mogłyby szkodzić dobru dziecka, lecz o przyspieszenie niezbędnych formalności o charakterze czysto administracyjnym. Jeżeli bowiem, jak wynika z danych NIK, średnio 221 dni oczekuje się na samo tylko rozpoczęcie szkolenia dla kandydatów na przysposabiających, a sam czas trwania procedury adopcyjnej wynosi średnio dwa lata<sup>22</sup>, to trudno się dziwić poszukiwaniu przez zdesperowane pary pragnące mieć dziecko prostszych – w ich mniemaniu – i szybszych rozwiązań, jak zwłaszcza skorzystanie z usług surogacji za granicą, co pozwoli im dodatkowo zaoszczędzić komplikacji związanych ze stosowaną w Polsce zasadą macierzyństwa kobiety rodzącej (a nie matki genetycznej).

---

<sup>22</sup> *Adopcja po polsku – NIK o wykonywaniu zadań przez ośrodki adopcyjne*, 7 sierpnia 2018 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/adopcja-po-polsku.html>.

## Bibliografia

- Adopcja po polsku – NIK o wykonywaniu zadań przez ośrodki adopcyjne*, 7 sierpnia 2018 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/adopcja-po-polsku.html>.
- Bernecka A., *Prawo dziecka do poznania tożsamości genetycznej*, „Pedagogika Katolicka” 1/2018.
- Górowski W., *Zastępcze macierzyństwo a prawo karne – ocena obecnego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1/2011.
- Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2018, Legalis.
- Holocher J., *Zastępcze macierzyństwo – zagadnienia terminologiczne. Trzy perspektywy: teorii i filozofii prawa, dogmatyki prawniczej i debaty publicznej*, [w:] P. Mostowik (red.), *Fundamentalne problemy prawne surrogate motherhood – perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.
- Lebensztejn M. A., *Macierzyństwo zastępcze – problemy etyczne i prawne*, „Miscellanea Historico – Iuridica”, t. XIII, z. 2/2014.
- Lipski J., *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 4/2015.
- Makowiec A., *Dopuszczalność zastępczego macierzyństwa w prawie polskim – rozważania de lege lata i de lege ferenda*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 1/2011.
- Mikluszka M., *Zagraniczne procedury tzw. macierzyństwa zastępczego (surrogacy motherhood) w świetle zasady handlu ludźmi – zagadnienia węzłowe*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2017.
- Mirocha Ł., *„Macierzyństwo zastępcze” w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prawo w Działaniu – Sprawy Cywilne” 34/2018.
- Moszczyńska M., Olszewska P., *Surogatki – wybrane aspekty prawne problematyki zastępczego macierzyństwa*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 3/2015.
- Olak A., Krauz A., *Surogatka to już zawód, banał czy globalne społeczne zapotrzebowanie*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka–Praktyka–Refleksje” 21/2016.



- Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), wyd. 5, Warszawa 2018, Legalis.
- Soniewicka M., *Prokreacja medycznie wspomagana*, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Walerjan B., *Nowe dylematy medycyny – zjawisko macierzyństwa zastępczego w perspektywie społeczno-etycznej*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym”, vol. 12, nr 2/2009.
- Waszkielewicz B., *Brzuch wynajmę*, „Wprost” z 30 czerwca 2013 r., <http://www.wprost.pl>.
- Wilk P., *Surogatki. Jak działa system matek zastępczych*, „Polityka” z 5 października 2017 r., <http://www.polityka.pl>.
- Zeniv M., *Macierzyństwo zastępcze w prawie ukraińskim*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2017.
- Żukowski Ł., *Problemy prawne i etyczne umów o macierzyństwo zastępcze – uwagi na tle rozwiązań przyjętych w Izraelu*, [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wrocław 2013.

