

Agnieszka Wedeł-Domaradzka\*

**UZNANIE W PRAWIE KRAJOWYM  
STOSUNKU PRAWNEGO RODZIC–DZIECKO  
MIĘDZY DZIECKIEM URODZONYM  
WSKUTEK UMOWY O SUROGACJĘ ZA GRANICĄ  
A MATKĄ INTENCYJNĄ (*INTENDED MOTHER*) –  
WNIOSKI Z OPINII DORADCZEJ NR P16-2018-001  
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA**

DOI: 10.26106/5hevc-c085

**Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego,  
Europejskiego i Porównawczego, vol. XVII, A.D. MMXIX**

**ARTYKUŁ**

**I. Wprowadzenie**

Jedną z konsekwencji globalizacji jest powstawanie sytuacji, które będąc legalne pod jednymi regulacjami prawami, pozostają w sprzeczności z innymi<sup>1</sup>. O ile w sytuacjach, gdy nie dochodziło do częstych i licznych przepływów jednostek między systemami prawnymi ich różnorodność i niejednorodność nie stanowiła problemu, o tyle obecnie, gdy dynamika zmian miejsca zamieszkania czy pobytu jest duża, generuje to konkretne wyzwania dla prawa. Jeśli dodamy do tego bardzo szybki i czasem niekontrolowany rozwój nauk medycznych, to pojawiają się problemy, które trudno rozwiązać bez zaistnienia wspólnych inicjatyw międzynarodowych i spójnej praktyki orzeczniczej. Przykład takiego problemu stanowią właśnie praktyki surogacyjne i będące ich konsekwencją relacje między stronami czy podmiotami zaangażowanymi w realizację umów dotyczących surogacji. To właśnie owe relacje są w różny sposób rozpoznawane lub nie przez systemy prawne poszczególnych państw i w konsekwencji generują niejednorodną praktykę w zakresie ustalenia relacji rodzinnych.

---

\* Doktor nauk prawnych, adiunkt. Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8128-9536>, e-mail: awedel@ukw.edu.pl.

<sup>1</sup> L.A.H. Ramskold, M.P. Posner, *Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates*, "Journal of medical ethics" 2013, nr 39 (6), s. 397; Y. Ergas, *Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy*, "Emory International Law" 2013, vol. 27, s. 118.

Surogacja jest praktyką polegającą na byciu w ciąży i urodzeniu dziecka lub dzieci przez kobietę, która docelowo nie planuje urodzonego dziecka wychowywać, a zamierza przekazać je do wychowania<sup>2</sup> rodzicom intencyjnym (*intended parents*)<sup>3</sup>. W literaturze wyróżnia się dwa rodzaje surogacji<sup>4</sup>: tradycyjną (*traditional surrogacy*), polegającą na urodzeniu przez kobietę dziecka pochodzącego od niej genetycznie, oraz gestacyjną (*gestional surrogacy*), polegającą na urodzeniu przez kobietę dziecka, które od niej genetycznie nie pochodzi; w tym przypadku może pochodzić genetycznie od matki intencyjnej lub od jeszcze innej osoby – dawczyni komórki jajowej wykorzystanej do zapłodnienia *in vitro*.

Ten daleko posunięty podział między intencją powołania dziecka do życia a jego urodzeniem generuje istotny problem w kontekście ustalenia macierzyństwa. Przez wiele wieków prawo nie potrzebowało głębszej i szerszej analizy tego zjawiska<sup>5</sup>. Od czasów starożytnych aż do XX wieku praktykowany był jeden sposób ustalania macierzyństwa, który opierał się na fakcie urodzenia dziecka<sup>6</sup>. Praktyka ta miała swój

---

<sup>2</sup> Słownik przygotowany przez Haską Konferencję Prawa Międzynarodowego Prywatnego. W podobny sposób przez Komitet Ekspertów do Spraw Bioetyki Rady Europy sformułowana została definicja pojęcia „matka zastępcza”, za którą uważa się „osobę, która jest w ciąży na rzecz innej osoby, a która przed zajęciem w ciążę wyraziła zgodę na to, że dziecko po urodzeniu zostanie tamtej innej osobie przekazane, za: *Principles set out in the report of the ad hoc committee of experts on progress in the biomedical sciences* (CAHBI, published in 1989), *Texts of the Council of Europe on bioethical matters, Volume II, Directorate General I – Human Rights Directorate Bioethics Department, Strasbourg, March 2012*, s. 71.

<sup>3</sup> W literaturze można spotkać również pojęcie „rodziców socjologicznych” (tak: M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2008, vol. VI, s. 33), w mojej opinii tacy rodzice mogliby zaistnieć, gdyby faktycznie cały proces surogacji zakończył się pomyślnie (czego na etapie zawierania umowy surogacyjnej nie można przewidzieć), stąd też na potrzeby niniejszego artykułu posługiwać się będę pojęciem rodziców (analogicznie: matki, ojca) „intencyjnych” jako tych, od których pochodzi intencja sprowadzenia na świat dziecka. Za słuszne należy uznać uwagi przywoływanych autorów dotyczące dużych trudności terminologicznych w zakresie opisywania problemów surogacyjnych.

<sup>4</sup> M.in.: M. Welstead, *International Surrogacy: Arduous Journey to Parenthood*, “*Journal of comparative law*” 2014, vol. 9, no. 1, s. 300–301; B. Stark, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, “*ILSA Journal of International and Comparative Law*” 2011, vol. 18, no. 2, s. 369; J. Holocher, *Zastępcze macierzyństwo – zagadnienie terminologiczne. Trzy perspektywy: teorii i filozofii prawa, dogmatyki prawniczej i debaty publicznej* [w:] *Fundamentalne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019, s. 70; M. Mikluszka, *Zagraniczne procedury tzw. macierzyństwa zastępczego (surrogacy motherhood) w świetle zasady handlu ludźmi – zagadnienia węzłowe*, Warszawa 2017, s. 3; T. Johnson, *Through the Looking-Glass: A Proposal for National Reform of Australia’s Surrogacy Legislation* [w:] *Surrogacy, Law and Human Rights*, red. P. Gerber, K. O’Byrne, London–New York 2016, s. 57.

<sup>5</sup> Nie było nawet potrzeby podejmowania działań związanych ze zdefiniowaniem na gruncie prawa pojęciem „matka” za: J.C. Murphy, *Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions from Welfare, Reform, Family, and Criminal Law*, “*Cornell Law Review*” 1998, vol. 83, no. 3, s. 689.

<sup>6</sup> Znane chociażby z przekazów biblijnych (Rdz 30, 3) sytuacje, w których doszło do urodzenia dziecka przez kobietę – niewolnicę, które następnie wychowała wolna żona ojca dziecka, nie są porównywalne do współczesnych mechanizmów z uwagi na brak aspektu wolnego (choć nie można pominąć presji ekonomicznej) wyboru kobiety decydującej się zostać surogatką.

wyraz również w konstrukcji domniemania *mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant*<sup>7</sup>. Problem relacji matka–dziecko nie wymagał szerszych regulacji z uwagi na daleko idącą pewność tego stosunku prawnego. Pewność ta miała swoje źródła w ustaleniu faktu porodu przez określoną kobietę w określonym czasie oraz braku możliwości przeprowadzania odpowiednich badań, których z uwagi na poziom rozwoju medycyny nie podejmowano.

Sytuacja uległa zmianie dopiero w XX wieku wraz z pojawieniem się możliwości korzystania z zapłodnienia pozaustrojowego. Wraz z pierwszym dzieckiem urodzonym z wykorzystaniem tej techniki pojawiły się konkretne problemy etyczne i prawne<sup>8</sup>. Z perspektywy niniejszego opracowania najistotniejszym z nich wydaje się zaistniała możliwość rozdzielenia macierzyństwa genetycznego od macierzyństwa determinowanego faktem urodzenia dziecka. To rozdzielenie wpływa bezpośrednio na konieczność ustalenia, która z kobiet: dawczyni, rodzicielka czy kobieta, od której wyszła intencja powołania dziecka na świat, może być uznana za matkę dziecka. Nie wszystkie systemy prawne rozwiązały to zagadnienie w ten sam sposób, co więcej, niektóre w ogóle nie przyjęły regulacji w tym zakresie lub też zrobiły to w formie szczątkowej.

Regulacje przyjęte w prawie międzynarodowym nie zawierają przepisów dotyczących surogacji. W 2016 roku została przygotowana – na poziomie regionalnym w ramach systemu Rady Europy – rezolucja dotycząca surogacji, jednak ostatecznie nie została ona przyjęta<sup>9</sup>. W konsekwencji jedyne regulacje, które ewentualnie mogłyby być przywołane na poziomie uniwersalnym, to te dotyczące obowiązku zarejestrowania dziecka i nadania mu nazwiska, wynikające z Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP)<sup>10</sup> oraz Konwencji o prawach dziecka (KPD)<sup>11</sup>. Warto podkreślić, że zawarta w art. 7 KPD regulacja obejmuje również prawo do poznania – w miarę możliwości – swoich rodziców, a także do pozostawania pod ich opieką. Prawo to odnosi się jedynie do sfery osobistego prawa znajomości własnego pochodzenia i nie wiąże się z legitymacją dotyczącą ustalenia lub zaprzeczenia macierzyństwa czy ojcostwa<sup>12</sup>. Nie daje to więc odpowiedzi na

---

<sup>7</sup> Matka jest zawsze pewna – ojcem jest ten, na kogo wskazuje małżeństwo, Dig. 2.4.5.

<sup>8</sup> Zakres tych problemów został przedstawiony przez autorkę w opracowaniu *Macierzyństwo – od pewności do wątpliwości. Aspekty prawne i bioetyczne w kontekście urodzenia dziecka* [w:] *Kądział – Kołyska – Łoże: Atrybuty kobiecości na przestrzeni dziejów*, red. A. Głowacka-Penczyńska, K. Grysińska-Jarmuła, M. Opiola-Cegielka, Bydgoszcz 2017.

<sup>9</sup> *Children's rights related to surrogacy*, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Doc. 13562, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en> [dostęp 1.07.2019].

<sup>10</sup> Art. 24 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

<sup>11</sup> Art. 7 Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

<sup>12</sup> I. Ziemele, *Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents* [w:] *Commentary to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, red. A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhallen, F. Ang, E. Berghmans, M. Verheyde, Leiden 2007, s. 26 i n.

wszelkie pytania wynikające z praktyki surogacyjnej. Po pierwsze, nie jest jasne, kogo traktujemy jako rodzica i w konsekwencji w stosunku do kogo to prawo ma być realizowane. Czy jest to matka intencyjna będąca jednocześnie matką genetyczną, czy kobieta, która urodziła dziecko, jak wynikałoby z historii rozwiązań prawnych i nadal obowiązującej w niektórych państwach praktyki? Po drugie, czy realizacja prawa do poznania własnych rodziców odnosi się do tych osób, które są wymienione jako rodzice w akcie urodzenia? W tym zakresie również brak jednolitości. Państwa dopuszczające surogację sporządzają akty urodzenia zawierające dane rodziców intencyjnych (z których oboje lub jedno mogą, choć nie muszą, być biologicznymi) lub też pozostawiają jako dane matki dane kobiety, która urodziła dziecko<sup>13</sup>.

Standardy regionalne, w tym szczególnie Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego (EKSPDP), wskazują na to, że macierzyństwo względem dziecka pozamałżeńskiego ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia<sup>14</sup>, w konsekwencji bez względu na intencję powołania dziecka kobieta, która je urodziła, będzie uważana za matkę.

Wydaje się, że standard regionalny jest bardziej pożądanym i zbliżony do tradycyjnych rozwiązań. Daje tym samym większą pewność i stabilność oraz gwarantuje (w przypadku choćby konfliktu między surogatką a rodzicami intencyjnymi co do odmowy przekazania dziecka) właściwe i łatwiejsze określenie jego stanu cywilnego. Standard ten nie daje jednak pełnej odpowiedzi na pytania wynikające z wyzwań pojawiających się w niektórych państwach europejskich co do tego, w jaki sposób uregulować relacje między dzieckiem pochodzącym z praktyk surogacyjnych a osobami, które zainicjowały jego poczęcie oraz urodzenie.

Celem podjętych w niniejszym opracowaniu rozważań jest przedstawienie, jak ETCP podszedł do analizy treści zapytania, jakie aspekty praktyk surogacyjnych w jego opinii uznane zostały za najważniejsze do podjęcia rozważań, jakimi kierował się kryteriami i jakie dokumenty analizował. Wreszcie opracowanie ma być również próbą odpowiedzi na pytanie, czy pierwsza opinia doradcza spełniła pokładane w niej nadzieje.

## **II. Mechanizm opinii doradczych w Europejskim Trybunale Praw Człowieka**

Institucja opinii doradczej znana jest systemom ochrony praw człowieka. Regulacje jej dotyczące zawiera Amerykańska Konwencja Praw Człowieka<sup>15</sup> oraz Protokół dodatkowy w sprawie utworzenia Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości

---

<sup>13</sup> Taka praktyka występuje między innymi w Wielkiej Brytanii.

<sup>14</sup> Art. 2 Europejskiej Konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzonej w Strasburgu dnia 15 października 1975 r. (Dz. U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888).

<sup>15</sup> Art. 64 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka „Pakt z San Jose, Costa Rica”, 22 listopada 1969 r., [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm) [dostęp 1.07.2019].

i Praw Człowieka<sup>16</sup>. W przypadku systemu międzyamerykańskiego należy zauważyć, że prawo do konsultowania się z Trybunałem w sprawie interpretacji postanowień Konwencji, traktatów dotyczących ochrony praw człowieka oraz prawa krajowego przysługuje państwom członkowskim oraz organom tej organizacji<sup>17</sup>. Podobnie jest w przypadku mechanizmu znanego z Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Opinie mogą być wydawane na wniosek państwa członkowskiego, Organizacji Jedności Afrykańskiej (OJA)<sup>18</sup> lub któregoś z jej organów, lub jakiegokolwiek innej organizacji, pod warunkiem uznania jej przez OJA. Wydawane opinie mogą dotyczyć każdej kwestii prawnej zawartej w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów bądź też w innych dokumentach dotyczących praw człowieka. Przesłanką negatywną wydania opinii jest badanie sprawy stanowiącej przedmiot opinii przez Komisję, co z uwagi na konieczność unikania dublowania jurysdykcji wydaje się zasadne. Opinie doradcze są uzasadniane, a sędziowie mają prawo do składania swoich zdań odrębnych.

Kompetencja doradcza znana jest również samemu Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka (ETPC) od lat siedemdziesiątych. Przy tym ten wprowadzony przez protokół nr 2<sup>19</sup> do Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawnych wolności (EKPC) mechanizm rezerwował możliwość wnioskowania o wydanie opinii doradczych jedynie dla Komitetu Ministrów, a sam przedmiot wniosku mógł ograniczać się tylko do postanowień zawartych w Konwencji i jej protokołach dodatkowych<sup>20</sup>.

Celem, jaki przyświecał państwom, które pracowały nad treścią protokołu nr 16<sup>21</sup> do EKPC, było – jak wskazuje preambuła – wzmocnienie interakcji między ETPC a najwyższymi sądami i trybunałami krajowymi<sup>22</sup>. Interakcja ta miała przybrać forum dialogu sędziowskiego, co w konsekwencji miało doprowadzić do wzmocnienia

---

<sup>16</sup> Art. 4 Protokołu dodatkowego do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów w sprawie ustanowienia Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, 9 czerwca 1998 r., <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment> [dostęp 1.07.2019].

<sup>17</sup> Wskazuje się na organy wymienione w rozdziale X Karty Organizacji Państw Amerykańskich wraz z jej protokołami zmieniającymi, <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/charter/OAS.asp> [dostęp 1.07.2019].

<sup>18</sup> Organizacja Jedności Afrykańskiej istniała do 2002 roku. Od 9 lipca 2002 r. w jej miejsce została utworzona Unia Afrykańska.

<sup>19</sup> Protokół nr 2 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu dnia 6 maja 1963 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 176), następnie zastąpiony przez Protokół Nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, sporządzony w Strasburgu dnia 11 maja 1994 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962).

<sup>20</sup> Warto jednak wspomnieć, że kompetencję doradczą przyznaje ETPC również art. 29 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny, przyjętej przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r., ETS No. 164.

<sup>21</sup> Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2 października 2013 r., Council of Europe Treaty Series, no. 214.

<sup>22</sup> To jedna z cech, która odróżnia mechanizm opinii doradczych ETPC od mechanizmu znanego Unii Europejskiej.

wdrożenia Konwencji zgodnie z zasadą pomocniczości<sup>23</sup> oraz do odciążenia Trybunału, który od lat boryka się z problemem narastającej liczby skarg<sup>24</sup>. Ten ostatni skutek uznać należy jednak za bardzo mało prawdopodobny, gdyż skorzystanie z możliwości złożenia wniosku o opinię doradczą przez państwo nie wyklucza możliwości złożenia skargi na państwo<sup>25</sup>.

Prawo do wystąpienia z wnioskiem o opinię doradczą zostało przyznane najwyższym sądom i trybunałom państw będących stronami EKPC. Katalog tych organów powinien zostać przedstawiony w formie deklaracji przez państwa w chwili podpisania protokołu lub w chwili składania dokumentu ratyfikacyjnego, przyjęcia lub zatwierdzenia protokołu nr 16<sup>26</sup>. Ponadto podkreśla się konieczność upewnienia się przed złożeniem wniosku przez sądy krajowe lub trybunały, czy faktycznie posiadają one kompetencję do wnioskowania o wydanie opinii, czyli zapoznali się ze stosowną listą złożoną przez państwo<sup>27</sup>.

Należy pamiętać, że ETPC, wydając opinię doradczą, nie może zajmować się abstrakcyjnymi kwestiami prawnymi. Oznacza to, że wniosek w tej sprawie musi dotyczyć konkretnego, toczącego się postępowania, które zawisło przed krajowym najwyższym sądem lub trybunałem<sup>28</sup>. Ponadto przedmiotem opinii doradczej mogą być tylko i wyłącznie zasadnicze kwestie (*questions of principle*) związane z interpretacją lub stosowaniem praw i wolności określonych w Konwencji lub jej protokołach dodatkowych. Wątpliwości może budzić przywołane w protokole pojęcie „kwestii zasadniczych”, które wynikało z analizy prac Group of Wise Persons w 2006 roku<sup>29</sup>. Należy zgodzić się z M. Balcerzakiem, że „zasadnicze kwestie” mają związek z pojęciem „poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów lub istotna kwestia o znaczeniu ogólnym”, o których wspomina art. 43 EKPC w kontekście przyjęcia sprawy do rozpoznania przez Wielką Izbę<sup>30</sup>. Nie można zapomnieć, że ETPC nie jest władny do oceny okoliczności spraw lub

---

<sup>23</sup> Opinion 285 (2013), Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Parliamentary Assembly, Assembly debate on 28 June 2013 (27th Sitting), Doc. 13220, text adopted by the Assembly on 28 June 2013.

<sup>24</sup> A. Płoszka, *Nowa opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 10, s. 91.

<sup>25</sup> Tak również: M. Balcerzak, *Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – status quo a Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2015, nr 6, s. 22.

<sup>26</sup> Art. 10 of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>27</sup> Pkt 4 of Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention as approved by the Plenary Court on 18 September 2017.

<sup>28</sup> Pkt 6 of Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention as approved by the Plenary Court on 18 September 2017.

<sup>29</sup> Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf) [dostęp 1.07.2019], p. 9; Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, 979bis Meeting, 15 November 2006 M, Documents CM(2006)203, p. 86.

<sup>30</sup> M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 21.

też zasadności poglądów stron na interpretacje prawa krajowego w świetle prawa Konwencji lub do rozstrzygnięcia w sprawie wyniku postępowania, a koncentruje się jedynie na wydaniu opinii<sup>31</sup>. To krajowy sąd lub trybunał będą rozstrzygały kwestie podniesione w sprawie i po wyciągnięciu stosownych wniosków z opinii ETPC będą wydawały wyrok.

Wniosek o opinię doradczą może zostać złożony jedynie w przypadku, gdy sprawa, której on dotyczy, zawisła przed danym sądem lub trybunałem. Obowiązkiem podmiotu wnoszącego jest uzasadnienie wniosku oraz przedstawienie istotnych elementów podstawy prawnej i stanu faktycznego sprawy, której dotyczyć ma opinia.

Przedstawiony wniosek nie musi zostać zaakceptowany przez ETPC. O jego kwalifikacji decydować będzie skład pięciu sędziów<sup>32</sup>, który w przypadku odmowy ma obowiązek sformułować jej uzasadnienie. Jeśli zdaniem składu pięciu sędziów opinia powinna zostać wydana, przekazuje się wniosek do Wielkiej Izby. Należy jednak pamiętać, że to rozwiązanie – mające zapewniać realizację zasady subsydiarności oraz efektywny dialog między ETPC a sądami i trybunałami – wymaga, by odrzucenia wniosków dokonywane były wyjątkowo (poza aspektami formalnymi), ewentualnie w sprawach powtarzających się lub o niewielkim znaczeniu dla systemu ochrony praw człowieka<sup>33</sup>. W składzie pięciu sędziów Wielkiej Izby, a następnie Wielkiej Izby zasiada z urzędu sędzieja wybrany z ramienia zainteresowanej strony. Gdyby osoba taka nie mogła brać udziału w obradach składów, wówczas funkcję sędziego pełni inna osoba wybrana przez Przewodniczącego Trybunału z listy uprzednio przedłożonej przez tę stronę<sup>34</sup>.

Do opinii, która zostanie dopuszczona do dalszego procedowania, swoje pisemne uwagi ma prawo zgłosić Komisarz Praw Człowieka Rady Europy oraz strona, której sąd wystąpił o wydanie opinii. Prawo to obejmuje również możliwość uczestnictwa w rozprawach. Należy podkreślić, że działania konsultacyjne mają szeroki zakres, gdyż dopuszczono również możliwość, gdy jest to w interesie wymiaru sprawiedliwości, zaproszenia przez Prezesa Trybunału każdej układającej się strony lub każdej zainteresowanej osoby do przedkładania pisemnych stanowisk i do uczestnictwa w rozprawach.

Opinie doradcze wydawane przez Wielką Izbę ETPC podlegają opublikowaniu. Muszą one zawierać uzasadnienie, analogicznie jak w przypadku wyroków sędziów, którzy nie zgadzając się ze stanowiskiem większości, mają prawo do przedstawienia swoich zdań odrębnych. Opinie nie mają charakteru wiążącego, a wystąpienie o nią nie stanowi elementu obligatoryjnego postępowania krajowego. Zastanawiającym,

---

<sup>31</sup> Pkt 6.2 of Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention as approved by the Plenary Court on 18 September 2017.

<sup>32</sup> Art. 2 of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>33</sup> T. Voland, B. Schiebel, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, "Human Rights Law Review" 2017, no. 17, s. 11.

<sup>34</sup> Art. 2 of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

ale i osłabiającym wskazywany już wcześniej argument o odciążaniu Trybunału od pracy orzeczniczej, jest właśnie fakt, że opinie doradcze nie mają charakteru wiążącego. Tym samym jedynie od decyzji trybunału czy sądu, który o taką opinię wystąpił, zależy, czy będzie się do niej stosował, czy też nie. Oczywiście nie można tutaj pominąć kwestii związanej z faktem, że opinia ta będzie miała wpływ na kształt ewentualnego orzeczenia, jakie w przyszłości w danej sprawie wydałby właśnie ETPC, gdyby jednak sprawa finalnie trafiła do postępowania jurysdykcyjnego. W związku z tym może być trudno ustalić różnicę pomiędzy interpretacją wynikającą z opinii doradczej a interpretacją będącą efektem orzeczenia ETPC<sup>35</sup> (której skutek jest już wiążący dla państwa).

Treść opinii doradczych przekazywana jest sądowi lub trybunałowi, który wnioskował o wydanie takowej opinii, oraz stronie, której systemu prawnego owa opinia dotyczy. Sama opinia jest również publikowana, analogicznie jak wyrok, w bazie HUDOC.

Mechanizm opinii doradczych wszedł w życie 1 sierpnia 2018 roku, gdy dziesięć układających się stron Konwencji wyraziło zgodę związania się protokołem nr 16 do EKPC.

### **III. Podstawy prawne i aspekty proceduralne francuskiego wniosku o opinię doradczą**

Źródeł wydania analizowanej opinii należy poszukiwać w czasach, gdy sam mechanizm opinii sporządzanych na wnioski państwa jeszcze nie funkcjonował, czyli w 1991 roku. Wówczas to francuski Sąd Kasacyjny (*Cour de cassation français*) wydał decyzję, które efektem było stwierdzenie, że porozumienie dotyczące urodzenia dziecka i przekazania go do wychowania narusza dwie zasady francuskiego porządku publicznego. Po pierwsze, jest sprzeczne z zasadą dysponowania ludzkim ciałem, a po drugie, stoi w sprzeczności z zasadą niezbywalności statusu prawnego osób. W konsekwencji uznano, że dziecko, którego urodzenie jest efektem takiej procedury, nie może zostać przysposobione przez żonę biologicznego ojca z uwagi na fakt, że stanowiłoby to nadużycie instytucji przysposobienia<sup>36</sup>. Wprowadzenie zakazu macierzyństwa zastępczego w 1994 roku<sup>37</sup> nie zmieniło jednak praktyki dotyczącej surogacji, a jedynie dodało do niej element transgraniczny, ponieważ obywatele francuscy zaczęli dla zawarcia kontraktów surogacyjnych wyjeżdżać za granicę. W konsekwencji procedur surogacyjnych na terytorium francuskim zaczęły

---

<sup>35</sup> J. Gerards, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal*, "Maastricht Journal of European and Comparative Law" 2014, nr 21(4), s. 634–635.

<sup>36</sup> N. Baillon-Wirtz, *Surrogate motherhood in France: ethical and legal issues* [w:] *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019, s. 103–105.

<sup>37</sup> Art. 16-7 Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994, page 11056.



pojawiać się dzieci z aktami urodzenia wystawionymi za granicą, których uznania w kraju domagali się ich rodzice (intencyjni lub/i genetyczni).

Z tego też powodu opinia doradcza na mocy protokołu nr 16 została wydana po raz pierwszy na wniosek Francji<sup>38</sup> w dniu 10 kwietnia 2019 roku. W skład Wielkiej Izby wydającej opinię weszli następujący sędziowie: Guido Raimondi, Angelika Nußberger, Linos-Alexandre Sicilianos, Robert Spano, Vincent A. De Gaetano, Jon Fridrik Kjølbro, André Potocki, Faris Vehabović, Iulia Antoanella Motoc, Branko Lubarda, Yonko Grozev, Carlo Ranzoni, Georges Ravarani, Pauliine Koskelo, Tim Eicke, Péter Paczolay, Lado Chanturia.

Francuski Sąd Kasacyjny zwrócił się w dniu 12 października 2018 roku do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z wnioskiem o wydanie opinii doradczej. Wniosek został uznany za złożony zgodnie z art. 2 § 3 protokołu nr 16 i art. 93 § 1 Regulaminu Trybunału<sup>39</sup> oraz przyjęty do dalszego procedowania. Od dnia 7 grudnia 2018 roku strony postępowania miały możliwość składania swoich pisemnych uwag do wniosku o wydanie opinii doradczej<sup>40</sup>. Swoje stanowiska na piśmie przesłały do Trybunału również rządy: Zjednoczonego Królestwa, Republiki Czeskiej i Irlandii, a także biuro francuskiego rzecznika praw obywatelskich i Centrum Interdyscyplinarnych Studiów Genderowych na Wydziale Socjologii i Badań Społecznych Uniwersytetu w Trydencie. W sprawie wniosku wypowiedziały się również organizacje pozarządowe: Centrum AIRE, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, ADF International, Międzynarodowa Koalicja na rzecz Zniesienia Macierzyństwa Zastępczego oraz Stowarzyszenie Katolickich Lekarzy z Bukaresztu<sup>41</sup>.

#### IV. Pytania prawne

W oparciu o postanowienia protokołu nr 16 do ETPC skierowane zostały dwa pytania prawne. Pierwsze z pytań Sądu Kasacyjnego dotyczyło tego, czy odmawiając wpisu do rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów aktu urodzenia dziecka, które urodziło się za granicą w wyniku procedur surogacyjnych, w zakresie, w jakim w tymże akcie urodzenia oznaczono matkę intencyjną (*intended mother*) jako „matkę prawną” i jednocześnie dokonując wpisu do rejestru w zakresie, w jakim akt urodzenia wskazuje ojca intencyjnego (który jest biologicznym ojcem dziecka), państwo-strona przekracza swój margines uznania zgodnie z art. 8 EKPC. Zapytano również o to, czy w takim przypadku należałoby rozróżnić sytuację prawną dziecka poczętego

---

<sup>38</sup> Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation, 10 April 2019, request no. P16-2018-001.

<sup>39</sup> Rules of Court, Registry of the Court, Strasbourg, 1 August 2018, aktualna wersja (analogiczna w zakresie 93 § 1 z poprzednią) dostępna: [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf).

<sup>40</sup> Uwagi zostały złożone przez Dominique Mennesson, Fiorellę Mennesson, Sylvie Mennesson i Valentinę Mennesson. Rząd francuski również przedstawił swoje uwagi.

<sup>41</sup> Child Rights International Network, pomimo przyznania praw do interwencji, nie przedstawiła żadnych uwag.

z wykorzystaniem komórek jajowych matki intencyjnej oraz niepoczętego w ten sposób, czy też nie należy czynić takiego rozróżnienia.

Drugie pytanie – powiązane z pierwszym – dotyczyło tego, czy w przypadku uzyskania odpowiedzi twierdzącej na którekolwiek z dwóch powyższych pytań matka intencyjna miałaby możliwość przysposobienia dziecka swojego małżonka będącego biologicznym ojcem dziecka, co stanowiłoby sposób na powstanie legalnego (uznawanego przez prawo) stosunku matka–dziecko zgodnie z wymogami art. 8 Konwencji. Podstawą do skierowania obu pytań prawnych była sytuacja związana z wystąpieniem w praktyce francuskiej przypadków chęci rejestracji dziecka pochodzącego z tak zwanej surogacji gestacyjnej.

## V. Postępowanie na gruncie prawa krajowego

Bezpośrednim powodem skierowania do ETPC wniosku o opinię doradczą był wyrok, który zapadł w 2014 roku w sprawie *Menesson przeciwko Francji*<sup>42</sup>. Wydając wskazany wyrok, ETPC stwierdził, że „poszanowanie życia prywatnego wymaga, aby każdy był w stanie ustalić elementy własnej tożsamości jako istoty ludzkiej, i że do tych elementów należy stosunek prawny między rodzicem a dzieckiem”. Ponadto Trybunał wskazał, że prawo do poszanowania życia prywatnego wymaga, aby każdy był w stanie ustalić własną tożsamość, w szczególności stosunek prawny między rodzicami a dzieckiem<sup>43</sup>. Dodał ponadto, że brak uznawania we francuskim porządku prawnym stosunku rodzic–dziecko istniejącego między dziećmi a rodzicami intencyjnymi narusza prawo do poszanowania życia prywatnego (dzieci urodzonych za granicą wskutek surogacji). ETPC wskazał ponadto na poważne niebezpieczeństwo zagrożenia najlepszego interesu dziecka, jakie może w takiej sytuacji wystąpić. Trybunał przypomniał również, że w wyroku w sprawie *Menesson* zwrócono uwagę na złożoność problemu w sytuacji, gdy jedno z rodziców jest biologicznym rodzicem dziecka urodzonego wskutek procedur surogacyjnych. Podkreślono w tym miejscu znaczenie rodzicielstwa biologicznego dla budowania własnej tożsamości i fakt, że pozbawienie możliwości relacji z biologicznym rodzicem uznawane jest za sprzeczne z najlepszym interesem dziecka. Brak tych relacji był konsekwencją nie tylko nierozpoznania relacji dziecko–ojciec, w ramach procedur rejestrowych, ale wynikał również z braku możliwości zastosowania innych mechanizmów, takich jak uznanie ojcostwa lub dokonanie przysposobienia. Tym samym uznano, że doszło – zdaniem ETPC – do naruszenia przyznanego państwu w tym zakresie marginesu oceny.

---

<sup>42</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nr 65192/11, *Menesson przeciwko Francji*. W sprawie tej ETPC badał z punktu widzenia art. 8 EKPC sytuację dwójki dzieci urodzonych na podstawie umów o macierzyństwo zastępcze w Stanach Zjednoczonych. Badany wówczas problem dotyczył możliwości uznania we Francji relacji rodzic–dziecko. Nadmienić należy, że ta relacja była ustanowiona w Stanach Zjednoczonych. W rzeczonej sprawie ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia prawa rodziców intencyjnych do życia rodzinnego, ale że doszło do naruszenia prawa dzieci do poszanowania ich życia prywatnego.

<sup>43</sup> Zob. par. 96 w sprawie *Menesson przeciwko Francji*.

Składając wniosek o opinię doradczą, Sąd Kasacyjny zwrócił uwagę na fakt, że jego orzecznictwo ewoluowało. W praktyce możliwe stało się rozpoznanie relacji rodzic–dziecko urodzone za pośrednictwem surogacji z uwagi na fakt, że świadectwo urodzenia wskazywało na intencyjnego ojca dziecka będącego jednocześnie jego ojcem biologicznym. W kwestii matki intencyjnej zdecydowano się natomiast na rozwiązanie polegające na możliwości przysposobienia dziecka; warunkiem takiego przysposobienia było spełnienie przez kobietę regulacji ustawowych oraz zgodność całej procedury z interesem dziecka<sup>44</sup>.

Na skutek uwzględnienia przez francuski sąd odwoławczy wniosku o ponowne rozpatrzenie odwołania państwa Mennesson, występując jako prawni przedstawiciele swoich dzieci, wnieśli o unieważnienie we wpisie do francuskiego rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów szczegółów amerykańskich aktów urodzenia dzieci. W konsekwencji, z uwagi na konieczność ponownego rozpatrzenia tego odwołania Sąd Kasacyjny zawnioskował o wydanie opinii doradczej przez Trybunał.

## VI. Instrumenty prawa międzynarodowego

Podjęmując się wydania opinii doradczej, ETCP stwierdził konieczność odwołania się do dokumentów prawa międzynarodowego odrębnych niż sama EKPC. W szczególności wskazał na art. 2 (zakaz dyskryminacji w korzystaniu z praw zawartych w Konwencji o prawach dziecka), art. 3 (zapewnienie zabezpieczenia najlepszego interesu dziecka), art. 7 (rejestracja dziecka oraz prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa, jak również, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką), art. 8 (prawo dziecka do zachowania własnej tożsamości), art. 9 (ogólny zakaz oddzielania dziecka od rodziców, z wyłączeniem okoliczności uzasadniających takie odłączenie) i art. 18 (odpowiedzialność rodziców i opiekunów za wychowanie dzieci) Konwencji o prawach dziecka oraz na art. 1 (ogólny zakaz handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii) i art. 2 (pojęcie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii) protokołu fakultatywnego w sprawie sprzedaży dzieci, prostytucji dziecięcej i pornografii dziecięcej<sup>45</sup>. Zakres przywołanych regulacji zawartych w Konwencji o prawach dziecka wydaje się istotnym dla szczegółowości zbadania potrzeby ochrony praw dzieci urodzonych wskutek procedur surogacyjnych. Przywołana kwestia niedyskryminacji ma przede wszystkim zapewnić podobieństwo sytuacji dzieci urodzonych w ramach i poza procedurami surogacyjnymi. Dużo bardziej skomplikowane do przeprowadzenia są analizy odnoszące się do zapewnienia najlepszego interesu dziecka, szczególnie że w przypadku relacji do praw zawartych w art. 7 i 8 (zwłasz-

---

<sup>44</sup> Wykonanie wyroku potwierdzone zostało w rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy przyjętej 21 września 2017 r. (CM/ResDH (2017) 286), w której Komitet oświadczył, że państwo wypełniało swoje zadania zgodnie z art. 46 § 2 Konwencji w odniesieniu do wykonania wyroku, i postanowił zamknąć badanie sprawy.

<sup>45</sup> Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 76, poz. 494).

cza prawa do poznania rodziców i zachowania tożsamości) mogą one wydawać się wysoce problematyczne do respektowania, szczególnie w tych państwach, w których dla procedur surogacyjnych wykorzystuje się anonimowe dawstwo nasienia czy też komórek jajowych. W konsekwencji brak relacji rodzic naturalny–dziecko wpływa również na poszanowanie praw związanych z przebywaniem dziecka z rodzicami oraz odpowiedzialnością za wychowanie. Sytuacja surogacyjna (w niektórych konfiguracjach) doprowadzić może do kolizji prawa do wychowania przez naturalnego ojca (który był dawcą nasienia i jednocześnie występuje jako rodzin intencyjny) i prawa do wychowania naturalnej matki, o ile za taką jest uznawana przez choćby jeden z kolidujących systemów prawnych, kobieta, która zdecydowała się urodzić dziecko w ramach umowy surogacyjnej.

W kwestii regulacji wynikających z protokołu fakultatywnego wydaje się, że ETPC uznał za zasadne odniesienie się do zagadnienia handlu gametami z uwagi na przewidziany w systemie Rady Europy<sup>46</sup> zakaz czerpania korzyści z ciała ludzkiego.

Trybunał wziął również pod uwagę działalność Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, jak również wystąpienie specjalnego sprawozdawcy ds. handlu i wykorzystywania seksualnego dzieci, w tym prostytucji dziecięcej, pornografii dziecięcej i innych materiałów przedstawiających seksualne wykorzystywanie dzieci<sup>47</sup>. W dokumencie tym zwrócono szczególną uwagę na lukę, jaka występuje w systemie europejskim co do ochrony dzieci będących przedmiotem umów surogacyjnych. Specjalny sprawozdawca podkreślił, że istnieje „utrzymująca się międzynarodowa próżnia regulacyjna w związku z międzynarodowymi umowami dotyczącymi macierzyństwa zastępczego, przez co metoda ta jest podatna na naruszenia praw rodzających się dzieci, a praktyka często sprowadza się do sprzedaży dzieci”<sup>48</sup>.

## VII. Badania prawno porównawcze

Przygotowując się do wydania opinii doradczej, ETPC wziął również pod uwagę badania porównawcze prowadzone w państwach będących stronami EKPC<sup>49</sup>. Wnioski z tych analiz wskazały, że surogacja jest dopuszczalna w dziewięciu z czterdziestu trzech państw poddanych analizie, w dziewięciu państwach jest tolerowana,

---

<sup>46</sup> Art. 21 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny (Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie), przyjętej przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r., [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/ETS164Polish.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf).

<sup>47</sup> Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Human Rights Council, Thirty-seventh session 26 February-23 March 2018, A/HRC/37/60.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>49</sup> Ankieta objęła następujące państwa: Albania, Andora, Armenia, Austria, Azerbejdżan, Belgia, Bośnia i Hercegowina, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Czarnogóra, Republika Czeska, Estonia, Finlandia, Gruzja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Islandia, Irlandia, Liechtenstein, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Republika Macedonii Północnej, Malta, Mołdawia, Monako, Niemcy, Norwegia, Polska, Portugalia, Rumunia, Rosja, Serbia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Turcja, Ukraina, Węgry, Wielka Brytania i Włochy.

jednak w zdecydowanej większości (dwadzieścia cztery państwa) jest ona zakazana. Jednakże, jak podkreślono, w trzydziestu jeden państwach (w tym w dwunastu, w których zakazane jest stosowanie surogacji) prawo dopuszcza możliwość ustalenia ojcostwa mężczyzny, który jest biologicznym ojcem, w stosunku do dziecka urodzonego w ramach procedur surogacyjnych. Natomiast w dziewiętnastu z czterdziestu trzech państw<sup>50</sup>, w tym w siedmiu<sup>51</sup>, w których wyraźnie zabronione jest stosowanie surogacji (Finlandia, Hiszpania, Luksemburg, Niemcy, Norwegia, Słowenia i Szwecja), możliwe jest, aby matka intencyjna ustaliła swoje macierzyństwo wobec dziecka urodzonego w wyniku surogacji także w przypadku, gdy dziecko to nie pochodzi od niej genetycznie.

Analizując mechanizmy porównawcze, podkreślono również, że praktyka pozwalająca na ustalenie lub uznanie stosunku prawnego między rodzicami intencyjnymi a dziećmi urodzonymi w ramach surogacji jest zróżnicowana. W ramach tych różnic występują rozwiązania pozwalające na: rejestrację zagranicznego aktu urodzenia<sup>52</sup>, przysposobienie<sup>53</sup> lub postępowanie sądowe niezwiązane z przysposobieniem<sup>54</sup>.

## VIII. Opinia ETPC

Celem przedstawianej przez ETPC opinii nie jest przekazanie Trybunałowi sporu, jaki zawisł przed sądami krajowymi, a jedynie udzielenie sądowi wnioskującemu wskazówek dotyczących kwestii związanych z Konwencją przy rozstrzyganiu zawisłej przed tym sądem sprawy. W konsekwencji Trybunał zauważył, że nie jest on właściwy w kwestii oceny faktów sprawy ani zasadności poglądów stron co do interpretacji prawa krajowego. Rola Trybunału ma się ograniczyć do odpowiedzi na postawione mu pytania, a rola sądu krajowego – do wyciągnięcia z tych odpowiedzi stosownych wniosków i rozstrzygnięcia sprawy. Wydawana opinia dotyczy postępowania krajowego mającego na celu rozpatrzenie odwołania w sprawie *Mennesson*.

---

<sup>50</sup> Albania, Andora, Armenia, Azerbejdżan, Belgia, Republika Czeska, Finlandia, Gruzja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Luksemburg, Niemcy, Norwegia, Rosja, Słowenia, Szwecja, Ukraina i Zjednoczone Królestwo.

<sup>51</sup> Hiszpania, Finlandia, Luksemburg, Niemcy, Norwegia, Słowenia i Szwecja.

<sup>52</sup> Taka możliwość przewidziana została w szesnastu z dziewiętnastu badanych państw członkowskich, w których mechanizmy macierzyństwa zastępczego są tolerowane lub dopuszczalne (Albania, Andora, Armenia, Azerbejdżan, Belgia, Gruzja, Grecja, Holandia, Republika Macedonii Północnej, Mołdawia, Polska, Portugalia, Rumunia, Rosja, Ukraina i Wielka Brytania) oraz w siedmiu z dwudziestu czterech państw, które zakazują takich porozumień (Austria, Finlandia, Islandia, Malta, Niemcy, Norwegia i Turcja).

<sup>53</sup> To rozwiązanie dopuszczalne jest w pięciu państwach, które tolerują lub dopuszczają ustalenia dotyczące macierzyństwa zastępczego (Albania, Belgia, Republika Czeska, Holandia i Portugalia) oraz w dwunastu z dwudziestu czterech państw, które tego typu praktyk zakazują (Bułgaria, Chorwacja, Estonia, Finlandia, Hiszpania, Islandia, Luksemburg, Niemcy, Norwegia, Słowenia, Szwecja i Turcja).

<sup>54</sup> Rozwiązania takie są praktykowane w dziewiętnastu państwach, które tolerują lub dopuszczają praktyki surogacyjne, oraz w dziewięciu z dwudziestu czterech państw, które takowych praktyk zakazują.

Sprawa ta była wcześniej przedmiotem wyroku ETPC. Trybunał uznał wówczas, że nie doszło do naruszenia prawa wnioskodawców do poszanowania życia rodzinnego, jednocześnie stwierdził, że doszło do naruszenia prawa dzieci do poszanowania ich życia prywatnego. W opinii Trybunału postępowanie dotyczy więc uznania we francuskim systemie prawnym stosunku rodzic–dziecko między matką intencyjną a dzieckiem urodzonym za granicą na skutek umowy surogacji<sup>55</sup>, w sytuacji gdy akt urodzenia dziecka wskazuje ojca intencyjnego jako ojca biologicznego dziecka. Jak zauważa Trybunał, opinia nie dotyczy więc sytuacji, w której dziecko zostałoby urodzone za pośrednictwem umowy surogacyjnej zakładającej wykorzystanie materiału genetycznego matki intencyjnej ani też sytuacji, w której wykorzystano by materiał genetyczny surogatki. Opinia nie będzie również dotyczyła prawa do poszanowania życia rodzinnego dzieci lub rodziców intencyjnych ani też prawa rodziców intencyjnych do poszanowania ich życia prywatnego.

W konsekwencji Trybunał uznał, że musi zająć się dwiema kwestiami. Pierwsza z nich dotyczy tego, czy prawo do poszanowania życia prywatnego w rozumieniu art. 8 EKPC obejmuje prawo dziecka urodzonego za granicą w ramach procedury surogacyjnej, którego stosunek z ojcem intencyjnym (w przypadku gdy jest on jednocześnie ojcem biologicznym) jest rozpoznawany przez prawo krajowe, domagania się możliwości ustanowienia relacji rodzic–dziecko również z matką intencyjną (która nie jest biologiczną matką ani nie urodziła dziecka, jednak figuruje w zagranicznym akcie urodzenia jako matka), mimo że dziecko zostało poczęte z wykorzystaniem materiału biologicznego dawczyni będącej osobą trzecią. Druga kwestia odnosi się natomiast do tego, czy w przypadku udzielenia twierdzącej odpowiedzi na powyższe pytanie prawo dziecka do ochrony życia prywatnego na gruncie art. 8 wymagać będzie, aby uznanie relacji z matką przybrało formę wpisu do rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów danych zawartych w akcie urodzenia ustalonym zgodnie z prawem państwa trzeciego lub też czy możliwe jest wykorzystanie innych środków, takich jak na przykład przysposobienie dziecka przez matkę intencyjną. Trybunał podkreślił, że wydając opinię, uwzględnił uwagi przedstawione przez uczestników postępowania, z zastrzeżeniem że nie będzie odnosił się do wszelkich przedstawionych w nich postulatów czy argumentów, gdyż celem jego prac nie jest przygotowanie merytorycznego wyroku w spornej kwestii, a jedynie pomoc sądowi krajowemu w zapewnieniu poszanowania Konwencji w procedurze wydawania przez ten sąd rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do pierwszej z wątpliwości sądu krajowego, Trybunał wskazał, że art. 8 EKPC wymaga, aby prawo krajowe przewidywało możliwość uznania stosunku prawnego między dzieckiem urodzonym w ramach procedur surogacyjnych za granicą a ojcem intencyjnym, który jest biologicznym ojcem. Brak takiej możliwości uznawany jest za naruszenie prawa do życia prywatnego dziecka<sup>56</sup>. Stwierdził również, że w swoim orzecznictwie kładł dotychczas nacisk na istnienie biologicznej

---

<sup>55</sup> Umowa ta obejmowała wykorzystanie materiału genetycznego ojca dziecka oraz osoby trzeciej.

<sup>56</sup> Zob. par. 100–101 w sprawie *Mennesson* przeciwko Francji.

relacji z co najmniej jednym z intencyjnych rodziców. Z uwagi na fakt, że w tej prawie takowy związek również występuje, Trybunał ograniczy swoje rozważania do sytuacji, w których biologiczne powiązanie występuje, nie wykluczając w przyszłości konieczności ustosunkowania się do odrębnych sytuacji. W ocenie analizowanej sytuacji konieczne wydaje się wzięcie pod uwagę dwóch elementów: najlepszego interesu dziecka oraz zakresu marginesu oceny przysługującej państwom.

W opinii Trybunału brak uznania stosunku prawnego między dzieckiem urodzonym w ramach procedur surogacyjnych za granicą a matką intencyjną może mieć negatywny wpływ na kilka aspektów prawa dziecka do poszanowania jego życia prywatnego. Zalicza się do nich m.in. niepewność prawną co do tożsamości, możliwość utrudnienia dostępu do obywatelstwa<sup>57</sup>, osłabienie skuteczności realizacji praw do dziedziczenia po matce intencyjnej, brak możliwości zapewnienia stosownej ochrony i opieki w przypadku śmierci ojca biologicznego. Jednocześnie Trybunał ma świadomość, że konstrukcja najlepszego interesu dziecka wykracza poza wskazane aspekty prawa do prywatności i obejmuje także te kwestie, które niekoniecznie uzasadniałyby uznanie relacji dziecko–matka intencyjna. Do takich kwestii zaliczyć należy chociażby ochronę przez ryzykiem nadużyć wynikającym z zastosowania procedur surogacyjnych oraz zagrożenie dla realizacji prawa do poznania własnego pochodzenia. Biorąc jednak pod uwagę konieczność identyfikacji prawnej osób odpowiedzialnych za wychowanie dziecka, zaspokojenie jego potrzeb, dbałość o jego dobrobyt, jak również życie i rozwój dziecka w stabilnym środowisku, Trybunał uważa, że ogólna i bezwzględna niemożność uznania relacji matka intencyjna–dziecko byłaby sprzeczna z najlepszym interesem dziecka. Nie wykluczono jednocześnie odrębnego stanowiska, gdyż Trybunał podkreślił konieczność zbadania każdej sytuacji w świetle szczególnych okoliczności danej sprawy. Zwrócił również uwagę na fakt, że tam, gdzie nie ma konsensusu w państwach członkowskich Rady Europy co do zakresu i sposobu rozumienia pojęcia najlepszego interesu oraz najlepszego sposobu jego ochrony, jak również tam, gdzie mamy do czynienia z kwestiami delikatnymi moralnie czy etycznie, uznać należy istnienie szerokiego marginesu oceny państwa. Obecnie mimo tendencji do możliwości prawnego uznawania relacji rodzic intencyjny–dziecko nie ma w tej kwestii konsensusu. Ewentualną przyczyną możliwości zmniejszenia tegoż marginesu może być ważny aspekt tożsamości jednostki, zapewnienie odpowiedniego środowiska życia i rozwoju dziecka, a także istnienie osób odpowiedzialnych za dziecko i za zaspokojenie jego potrzeb. W opinii Trybunału są to powody, dla których margines swobody państwa może zostać zmniejszony. W konsekwencji poczynionych rozważań uwzględniających wymogi najlepszego interesu dziecka i ograniczenie swobody marginesu oceny Trybunał uważa, że prawo do poszanowania życia prywatnego, w rozumieniu art. 8 Konwencji, dziecka urodzonego za granicą wskutek procedur surogacyjnych wymaga, aby prawo krajowe przewidywało możliwość uznania legalnego stosunku rodzic–dziecko z matką intencyjną, która była wskazana w zagranicznym akcie urodzenia jako „matka prawna”. Jeszcze większą legitymację miałoby owo uznanie w sytuacji, gdyby dziecko było

---

<sup>57</sup> W tym konkretnym przypadku poprzez osobę ojca biologicznego jest to zminimalizowane.

efektem procedur surogacyjnych, w których wykorzystano by materiał biologiczny matki intencyjnej.

Odnosząc się do drugiego zapytania, podjęto rozważania dotyczące tego, czy prawo do poszanowania życia prywatnego dziecka urodzonego za granicą w następstwie procedur surogacyjnych, w sytuacji gdy poczęto je przy wykorzystaniu materiału biologicznego pochodzącego od osoby trzeciej, wymaga uznania relacji matka intencyjna–dziecko w formie wpisu do rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów danych zawartych w akcie urodzenia sporządzonym zgodnie z prawem za granicą, lub czy możliwe jest wykorzystanie innych środków, takich jak przysposobienie dziecka przez matkę intencyjną. W opinii Trybunału w interesie dziecka jest, aby sytuacja niepewności związana ze stosunkiem prawnym łączącym go z matką intencyjną trwała jak najkrócej, gdyż do czasu jej zakończenia dziecko znajduje się w trudnej sytuacji w odniesieniu do kilku wskazanych przez ETPC aspektów jego prawa do poszanowania życia prywatnego. Trybunał podkreślił jednak wyraźnie, że nie można z tego faktu wywodzić zobowiązania państwa do rejestracji danych zawartych w akcie urodzenia sporządzonym legalnie za granicą. Jak wskazał Trybunał, w Europie nie ma obecnie konsensusu w tej kwestii, w przypadku gdy na gruncie krajowym istnieje możliwość ustanowienia lub uznania stosunku prawnego między rodzicem intencyjnym a dzieckiem kwestie proceduralne są zróżnicowane i zależne od woli państwa.

Zdaniem Trybunału kwestia sposobu, w jaki pochodzenie dziecka zostanie ustalone lub uznane, sama w sobie nie stanowi aż tak dużego zagrożenia dla tożsamości jednostki, dlatego też Trybunał uznaje, że wybór środków pozwalających na uznanie stosunku prawnego między dzieckiem a rodzicami intencyjnymi mieści się w swobodzie marginesu uznania państw. Co więcej, Trybunał podkreślił, że art. 8 EKPC nie nakłada na państwa ogólnego obowiązku uznania od początku stosunku prawnego między dzieckiem a matką intencyjną. Kwestię, czy spełniony jest postulat przestrzegania najlepszego interesu dziecka, należy zawsze ustalać w odniesieniu do konkretnej sytuacji. Uznanie związku ustalonego za granicą możliwe jest wówczas, gdy związek ten jest faktyczny i rzeczywisty, oceną tego jednak nie powinien zajmować się Trybunał, a władze krajowe. Najlepszy interes dziecka nie może być zdaniem Trybunału rozumiany w ten sposób, że uznaje się stosunek prawny między dzieckiem a matką intencyjną (wymagany art. 8 EKPC) i zobowiązuje się państwo do zarejestrowania obcego aktu urodzenia w zakresie, w jakim matkę intencyjną wskazano jako matkę prawną. W zależności od okoliczności interes dziecka może być również zaspokojony przez inne środki, w tym również przysposobienie, które powodują podobne do rejestracji obcego aktu urodzenia skutki. Ważne jest natomiast, jak wskazał Trybunał, by w sytuacji, gdy relacja między dzieckiem a matką intencyjną stała się rzeczywistością, istniał skuteczny mechanizm jej rozpoznawania przez prawo. Procedura takiego rozpoznania powinna umożliwiać szybkie podjęcie decyzji przy jednoczesnej konieczności wzięcia przez sąd krajowy pod uwagę najlepszego interesu dziecka. W podsumowaniu ETPC podkreślił, że w opiniowanej sprawie, biorąc pod uwagę margines oceny, dostępne państwu alternatywne formy rejestracji oraz możliwości przysposobienia, można uznać, że procedura krajowa gwarantuje



szybkie i skuteczne wdrożenie tych mechanizmów zgodnie z najlepszym interesem dziecka. Zwrócono również uwagę na stanowisko Sądu Kasacyjnego, który wskazał we wniosku o opinię, że prawo francuskie ułatwia przysposobienie dziecka przez małżonka oraz że praktycznie wszystkie wnioski o przysposobienie dziecka małżonka, które dotyczyły dzieci urodzonych za pośrednictwem procedur surogacyjnych zostały rozpatrzone pozytywnie.

Trybunał zauważył jednak, że istnieją pewne ograniczenia. Po pierwsze, procedura ta jest dostępna tylko dla osób pozostających w związku małżeńskim, a po drugie, istnieje niepewność co do ustaleń związanych z koniecznością uzyskania uprzedniej zgody matki zastępczej. Zdaniem Trybunału, nie jest jednak celem wydania opinii badanie, czy francuskie prawo dotyczące przysposobienia spełnia kryteria szybkości lub zgodności z najlepszym interesem dziecka. Tym – zdaniem Trybunału – powinny zajmować się sądy krajowe. Zdając sobie sprawę ze złożoności materii dotyczącej surogacji, Trybunał wskazał, że Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego pracuje obecnie nad propozycją międzynarodowej konwencji mającej na celu zajęcie się tymi kwestiami.

Finalnie ETPC przedstawił opinię wskazującą, że w sytuacji, w której dziecko urodziło się za granicą w ramach umowy surogacyjnej i zostało poczęte przy użyciu gamet ojca intencyjnego i dawczyni będącej osobą trzecią oraz – co więcej – gdy prawny związek rodzic–dziecko z ojcem intencyjnym został uznany w prawie krajowym, konieczne do uwzględnienia są dwa aspekty. Po pierwsze, wskazane w art. 8 Konwencji prawo dziecka do poszanowania życia prywatnego wymaga, aby w prawie krajowym została przewidziana możliwość uznania legalnego stosunku rodzic–dziecko z matką intencyjną, która została oznaczona w akcie urodzenia ustanowionym legalnie za granicą jako „matka prawna”. Jednocześnie analizując drugi z aspektów pytania prawnego, stwierdzono, że art. 8 Konwencji nie wymaga, aby takie uznanie przybrało formę wpisu do rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów w szczegółach aktu urodzenia ustanowionego legalnie za granicą. ETPC dopuszcza tutaj jako zgodne ze standardem art. 8 zastosowanie innego środka, takiego jak przysposobienie dziecka przez matkę intencyjną, pod warunkiem że procedura przewidziana w prawie krajowym zapewnia, że może ona zostać wdrożona szybko i skutecznie, zgodnie z „najlepszym interesem dziecka”.

W konsekwencji ETCP podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w sprawach francuskich, wskazując nie tyle na ewentualne naruszenia praw rodziców intencyjnych, co na sytuację dziecka. W wyniku takiej interpretacji, chroniąc jego życie osobiste oraz rodzinne w rozumieniu art. 8, zasugerował stworzenie mechanizmu prawnego ustanawiającego relacje między matką a dzieckiem. Należy jednak podkreślić dość duży sceptycyzm do nadawania tej opinii waloru uniwersalności. ETPC podkreślił, że sytuacje, które byłyby podobne, ale zawierałyby w sobie inne konfiguracje genetycznego pochodzenia dziecka, nie będą mogły być regulowane na mocy tej opinii.

## IX. Wnioski końcowe

Opinia doradcza wydana przez ETPC jest pierwszą opinią wydaną na podstawie protokołu nr 16 do EKPC. Źródłem jej wydania były sprawy<sup>58</sup> związane z odmową przez władze francuskie uznania we Francji stosunków między rodzicami a dziećmi, które to stosunki zostały legalnie ustanowione w Stanach Zjednoczonych, a których podstawą były zawarte umowy surogacyjne. W jej treści jednak Trybunał skupił się przede wszystkim na aspektach proceduralnych dotyczących możliwości ustalenia relacji rodzic–dziecko. Wskazane zostały wprawdzie wytyczne, którymi powinien kierować się sąd krajowy (m.in. najlepszy interes dziecka), czyniąc przez to zadość tezm opinii, jednak ich treść nie została w żaden sposób wypełniona i omówiona, pozostawiając to zadanie sądom krajowym. Na tym etapie trudno więc uznać, czy i na ile niniejsza opinia wypełniła cele, jakie przed nią stawiano. Nie brak autorów<sup>59</sup>, którzy wyrażają dość duży sceptycyzm wobec samych opinii doradczych jako rozwiązania problemów dotyczących przestrzegania praw człowieka. Dla nich niniejsza opinia oraz fakt, że została wydana dopiero jedna (nie korzysta się więc z tego mechanizmu z dużym optymizmem), jest dowodem na słabość w osiągnięciu faktycznych jej celów wyrażonych w preambule.

Innym niedoskonałym elementem przygotowanej opinii jest fakt jej ograniczonego zastosowania. ETPC wyraźnie podkreślił, że dotyczy ona tylko tego jednego, konkretnego stanu faktycznego. Tym samym sytuacje, w których między żadnym z rodziców intencyjnych a dzieckiem nie byłoby relacji biologicznej, nie kwalifikowałyby się do przewidzianego w opinii doradczej rozstrzygnięcia. Natomiast za z pewnością pozytywne należy uznać szerokie tło, jakie ETPC zakreślił dla jej wydania. Trybunał zdecydował się skupić nie tylko na własnej praktyce orzeczniczej i stanowiącej jej postawę EKPC, ale sięgnął także do uniwersalnych regulacji prawa międzynarodowego oraz spostrzeżeń czynionych przez inne podmioty, jak choćby wnioski z raportu specjalnego sprawozdawcy w sprawie sprzedaży i wykorzystywania seksualnego dzieci, w tym prostytucji dziecięcej, pornografii dziecięcej i innych materiałów przedstawiających niegodziwe traktowanie dzieci w celach seksualnych. Świadczy to o dążeniu do jak najpełniejszego przeanalizowania sytuacji i potrzebie spójnego opiniowania z istniejącymi już regulacjami z zakresu praw człowieka.

Mimo pojawiającej się krytyki i dostrzegalnych niedoskonałości czy nadmiernej ostrożności ETPC należy jednak pamiętać, że skoro procedura ta dopiero rozpoczyna swoje funkcjonowanie, na tym etapie trudno również stwierdzić, jak potoczą się dalej losy regulacji surogacyjnych w Europie, na ile opinia ta wywrze wpływ na praktykę krajową państw i późniejszą praktykę orzeczniczą ETPC. Z pewnością warte dalszej

---

<sup>58</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nr 65192/11, *Mennesson przeciwko Francji* oraz wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nr 65941/11, *Labassee przeciwko Francji*.

<sup>59</sup> W. Józwicki, *Protocol 16 to the ECHR. A Convenient Tool for Judicial Dialogue and Better Domestic Implementation of the Convention?* [w:] *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy, European Integration and Democracy Series*, red. E. Kuzelewska, D. Kloza, I. Krasnicka, F. Strzykowski, Antwerp 2015, s. 205–206.

analizy będą relacje, jakie zachodzić będą między wnioskami pochodzącymi z opinii doradczych a rozstrzygnięciami ETPC w sprawach indywidualnych<sup>60</sup>. Biorąc pod uwagę złożone tło spraw francuskich, wniosek o opinię doradczą należy uznać za sygnał potrzeby właściwego wypełniania postanowień EKPC na gruncie krajowym i to z pewnością jest jej pozytywny aspekt.

## **STRESZCZENIE**

Opracowanie dotyczy uznania w prawie krajowym stosunku prawnego rodzic–dziecko między dzieckiem urodzonym w wyniku umowy o macierzyństwo zastępcze. Analiza obejmuje problem macierzyństwa zastępczego w świetle ostatnich doświadczeń europejskiego systemu praw człowieka. Z uwagi na fakt, że nie ma jednolitych reguł i zasad funkcjonowania systemów prawnych, a także nie ma jednolitego podejścia do legalności występowania we współczesnym świecie relacji surogacyjnych, pojawia się coraz więcej problemów prawnych z tym związanych. W niniejszym badaniu podjęto próbę wskazania, w jakim stopniu nowy system opinii doradczych EKPC wydawanych na wniosek państwa może przyczynić się do zmian w krajowej praktyce i zwiększyć spójność systemu ochrony praw indywidualnych na podstawie Konwencji. Rozważania obejmują zarówno orzecznictwo EKPC, na bazie którego pojawiły się pytania o opinię doradczą, jak i analizę samej treści opinii i dokumentów oraz praktyk, na podstawie których została ona wydana. Artykuł kończą wstępne konkluzje odnoszące się do tej instytucji i jej znaczenia w europejskim systemie ochrony praw człowieka. Zaakcentowany został także aspekt istotności samej instytucji opinii doradczej z perspektywy potrzeb państw, które niejednokrotnie borykają się z sprawami o podobnym charakterze i potrzebują jasnych wytycznych, co do kierunku zmian prawodawstwa. Na tym etapie trudno jednak stwierdzić, czy faktycznie takie wsparcie uzyskają.

## **SUMMARY**

### **RECOGNITION IN THE NATIONAL LAW OF A PARENT-CHILD LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN A CHILD BORN AS A RESULT OF A SURROGACY AGREEMENT AND THE INTENDED MOTHER – CONCLUSIONS FROM ADVISORY OPINION NO. P16-2018-001 OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Recognition in the national law of a parent-child legal relationship between a child born as a result of a surrogacy agreement. The article deals with the problem of surrogacy in light of the recent experience of the European human rights system. Because there are no uniform rules and rules for the functioning of legal systems, and there is no differentiated

---

<sup>60</sup> P. Gragl, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, "European Law Review" 2013, no. 2, s. 23.

approach to the legality of surrogation in the modern world, there are more and more legal problems concerning it. This study attempts to indicate to what extent the new ECHR system of advisory opinions issued at the request of the state may contribute to changes in national practice and the coherence of the system of protection of individual rights under the Convention. The considerations include both the ECHR jurisprudence in this respect and the analysis of the content of opinions and documents as well as the practices analyzed in it. The article ends with preliminary conclusions relating to this institution and its importance in the European system of human rights protection. The aspect of the significance of the institution of the advisory opinion itself was also stressed from the perspective of the needs of countries that have difficulties in court cases of similar subject matter and need clear guidelines as to the direction of changes in legislation. At this stage, it is difficult to say whether they will receive such support.

**Słowa kluczowe:** macierzyństwo zastępcze, opinia doradcza, uznanie rodziców, rodzice intencyjni

**Key words:** surrogacy, advisory opinion, parental recognition, intended parents