

CONTRACTUL INTERNAȚIONAL DE EXTERNALIZARE A MATERNITĂȚII

*Prof. univ. dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Facultatea de Drept*

Abstract

Medical assisted reproduction with surrogate mother is a profitable business worldwide, involving various commercial operators acting on the global market. The upward trend in the development of this market has been and is favored by the technology, the advanced techniques of in vitro fertilization, and, last but not least, the use of the Internet.

In the first part of the paper, an analysis of the contract of human medical assisted reproduction with a surrogate mother is made, starting from a few terminological clarifications and regulations in this matter, so that, afterwards, the attention is focused on the content of the contract and on its effectiveness in Romania. In the second part of the paper, the options for outsourcing motherhood in Ukraine and Greece, as a component of medical fertility tourism, are presented, and the issue of transnational effectiveness of the contract is discussed, all taking Romania as a reference system.

Keywords: *surrogacy; international outsourcing contract of motherhood; transnational fertility tourism.*

Introducere

În comerțul internațional externalizarea sau outsourcing-ul¹ este o strategie folosită de întreprinderi mari, prin care acestea externalizează o parte dintre funcțiile lor de management, în special din domeniul marketing-ului, logisticii, resurselor umane și contabilității, în scopul de a reduce costurile, de a folosi mai eficient

¹ Pentru detalii, Carmen Tamara Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 84.

resursele și de a se concentra pe dezvoltare. În acest scop încheie contracte prin care încredințează pentru o durată determinată totalitatea unei funcționalități sau a unui serviciu unui prestator extern specializat, local sau situat într-o țară străină.

Într-un mod similar, contractul internațional de externalizare poate avea ca obiect maternitatea. Deși pare un atac la demnitatea ființei umane, paralela dintre contractul comercial de externalizare și contractul de externalizare a maternității reprezintă o abordare realistă ca efect al practicii și al mercantilizării accentuate a ființei umane, și, în același timp, poate, un semnal de alarmă pentru conștientizarea amplitudinii fenomenului și găsirea de soluții, inclusiv legislative.

Persoana care externalizează maternitatea nu are calitatea de operator de comerț local sau internațional, ci este o persoană fizică. Aceasta declanșează, însă, prin angajarea unei „prestatoare externe” de servicii un mecanism de comerț internațional, în care sunt angrenați profesioniști ce acționează pe piața mondială²: clinici care oferă tehnicile reproducerii asistate medical, societăți de avocatură care propun consultanță, societăți de turism care oferă pachete de servicii turistice (bilete de avion, cazare, masă) pentru un cadru propice atingerii scopului urmărit, societăți de asigurare (de călătorie, de răspundere civilă, de sănătate) și deloc de neglijat, turismul de tip AirBnB, care permite un sejur confortabil la un preț accesibil prin intermediul unei platforme online³.

Sensul ascendent al dezvoltării acestei adevărate piețe a fost și este favorizat de tehnologie, de mijloacele și tehnicile avansate de fertilizare *in vitro*, și, nu în ultimul rând, de utilizarea Internetului. Internetul este locul unde pot fi găsite toate informațiile necesare, atât de persoanele care doresc să dobândească un copil și care pot face oferte sau cereri de oferte, cât și de persoanele care își oferă serviciile în acest scop, care deci acceptă ofertele sau fac cereri de ofertă sau contraoferte. Clinicile specializate în reproducerea umană asistată, fertilizarea *in vitro* și maternitatea de substituție, care sunt situate în străinătate, folosesc rețelele de socializare pentru a promova serviciile oferite și își direcționează activitatea spre persoanele interesate din România prin site-urile lor, cu cele mai detaliate informații, disponibile și în limba română⁴.

² Pentru detalii, Anne Donchin, *Reproductive tourism and the quest for global gender justice*, Bioethics, Vol. 24, nr. 7/2010, p. 323-332, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8519.2010.01833.x>, consultat la 1 noiembrie 2019.

³ Turismul de tip AirBnB face parte din așa numita economie colaborativă și presupune închirierea de locuințe pe termen scurt prin intermediul unei platforme online. Pentru detalii, a se vedea, Carmen Tamara Ungureanu, *Platformele colaborative online – provocări juridice europene*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, Tomul LXIV, Științe Juridice, Supliment 2018, pp. 196-209, disponibilă online la adresa: <http://pub.law.uaic.ro/>, consultată la 1 noiembrie 2019.

⁴ De exemplu, clinica Medimall din Grecia, <https://www.medimall.gr/ro/banca-noastra-de-ovocite/> consultată la 4 septembrie 2019; clinica BioTexCom din Ucraina, <https://www.mamasurogat.net/>, consultat la 18 noiembrie 2019.

Externalizarea maternității dobândește astfel, în mod frecvent, un caracter transnațional, femeia care apelează la „serviciul de gestație pentru altul” acționând în afara granițelor țării de reședință sau cetățenie. Motivele externalizării *offshore*, dincolo de publicitatea atractivă și ofertele incitante ale clinicilor de fertilizare *in vitro*, au la bază restricții legislative sau lipsa legislației cu privire la maternitatea de substituție, costuri ridicate ale procedurii, liste lungi de așteptare, procedee inaccesibile anumitor persoane (persoane singure, cupluri de același sex), preferința pentru donatori anonimi (în anumite state existând o interdicție în acest sens)⁵. Pentru persoanele de cetățenie română⁶, care vor fi luate ca sistem de referință în continuare, motivele principale ale deplasării în afara granițelor țării sunt incertitudinile legislative cu privire la atingerea scopului urmărit, acela de a avea un copil al lor. Această alegere poate conduce la situații ce implică utilizarea normelor de drept internațional privat.

În prima parte a studiului va fi făcută o analiză a contractului de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare, pornind de la câteva clarificări terminologice și reglementări în materie, pentru ca, apoi, atenția să se concentreze asupra conținutului contractului și asupra analizei eficacității acestuia în România. În partea a doua a lucrării vor fi prezentate opțiunile de externalizare a maternității în Ucraina și Grecia și va fi discutată problema eficacității transnaționale a contractului, totul luând ca sistem de referință România.

1. Contractul de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare

Dacă un cuplu heterosexual infertil de cetățenie română ar alege să aibă un copil cu mamă purtătoare, care ar fi calea de urmat? Încheierea unui contract cu o clinică specializată și a unui alt contract cu o mamă purtătoare ar putea să asigure dobândirea calității de părinți? În căutarea unui răspuns, în continuare vor fi prezentate, mai întâi, noțiunea, tipurile de maternitate de substituție și reglementările în materie (1.1.), iar apoi analiza se va focaliza pe contractul de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare, pe riscurile și clauzele acestuia, precum și pe eficacitatea contractului în România (1.2.).

⁵ Amrita Pandea, Tessa Moll, *Gendered bio-responsibilities and travelling egg providers from South Africa*, în *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 6, 2018, p. 25, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661818300194>.

⁶ Deși în Uniunea Europeană (UE) criteriul (punctul de legătură) folosit în raporturile de drept internațional privat este acela al reședinței obișnuite și nu al cetățeniei, deoarece aspectele care sunt tratate în prezenta lucrare privesc raporturi care nu sunt reglementate la nivelul UE, și anume maternitatea de substituție și starea civilă, va fi folosit criteriul cetățeniei. Pentru detalii referitoare la criteriul reședinței obișnuite în UE, a se vedea Geert van Calster, *European Private International Law*, Second Edition, Hart Publishing, UK, 2016, p. 61 și urm.

1.1. Noțiune, clasificare și reglementare

Externalizarea maternității a primit diverse denumiri în literatura juridică și medicală, de la maternitate de substituție, reproducere asistată cu mamă purtătoare sau surogat până la gestația pentru altul⁷. Termenii utilizați sunt similari și semnifică implantarea în corpul unei femei a embrionului provenit din materialul reproductiv al unui cuplu infertil sau din celulele de reproducere ale unor donatori, în vederea nașterii unui copil pentru cuplul infertil. În legislațiile care permit maternitatea de substituție, părinții copilului sunt părinții biologici ai acestuia (de la care provin celulele de reproducere) sau părinții lui legali, dacă materialul reproductiv provine de la donatori de spermă sau și ovule, fără ca, de regulă⁸, mamei purtătoare să-i fie recunoscut vreun drept asupra copilului căruia i-a dat naștere⁹. În procedura maternității de substituție participă mama purtătoare, numită și mamă surogat și părinții pentru care mama purtătoare acceptă să ducă sarcina și să nască copilul/copiii, care mai sunt denumiți și părinți beneficiari, părinți de intenție, părinți legali, părinți biologici, părinți genetici, în funcție de natura raporturilor în discuție. Dacă la fertilizarea *in vitro* pentru obținerea embrionilor sunt folosite celule de reproducere de la donatori, atunci și aceștia intră în raporturi contractuale cu părțile¹⁰.

Maternitatea de substituție se clasifică după multe criterii. De interes pentru prezentul studiu este, mai ales, scopul urmărit la încheierea contractului de externalizare a maternității, care poate conduce la încadrarea contractului în categoria celor cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. După acest criteriu, maternitatea de substituție poate fi de tip altruist și de tip comercial. Maternitatea de substituție de tip altruist se deosebește de maternitatea de substituție de tip comercial, în principal, prin aceea că mama purtătoare își oferă serviciile fără a urmări o plată pentru acestea¹¹.

⁷ Cristina Nicolescu, *Protecția dreptului la viață privată și de familie în cazul copilului născut de o mamă surogat – variațiuni minoritice pe o temă europeană*, în *In Honorem Valeriu Stoica, Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 1079-1081; Aristides N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, 2010, disponibil online: <https://ssrn.com/abstract=1689774>, consultat la 19 noiembrie 2019.

⁸ Pentru o reglementare care permite, în anumite condiții, ca mama purtătoare să păstreze copilul, a se vedea, Sharon Shakargy, *Israel*, în Paul Beaumont, Katarina Trimmings (Editors), *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, 2013, p. 237.

⁹ Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, în *Yale Journal of Law & Feminism* vol. 24, nr. 2/2012, p. 210 și urm., disponibil online: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol24/iss2/2>, consultat la 2 noiembrie 2019; Mykola Gryshchenko, Alexey Pravdyuk, *Gestational Surrogacy in Ukraine*, în E. Scott Sills (editor), *Handbook of Gestational Surrogacy*, Ed. Cambridge University Press, 2016, p. 250 și urm.

¹⁰ În prezenta lucrare nu va fi abordată problema donatorilor de celule umane de reproducere.

¹¹ Cyra Akila Choudhury, *Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation*, 2016, p. 3, online: <https://www.oxfordhandbooks.com/>

Totuși, în maternitatea de substituție de tip altruist regula este că mama purtătoare primește o compensație, dar *nu* cu titlu de plată. De exemplu, în Grecia¹², mama purtătoare poate fi compensată pentru cheltuielile medicale, de călătorie, dacă este cazul, pentru venitul nerealizat în perioada sarcinii și în primele săptămâni după naștere sau chiar pentru venitul prezumat, în cazul în care nu era angajată în muncă la data încheierii contractului de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare.

Prin urmare, granița între cele două tipuri de maternitate de substituție este neclară și includerea în categoria maternității de substituție de tip altruist nu pare să fie suficientă pentru a înlătura caracterul comercial al acesteia. În Grecia, la nivel legislativ este stabilită o limită maximă a compensației pe care o poate primi mama purtătoare și anume 10.000 euro. Pe „piața” maternității de substituție însă, această limită nu este respectată, practicându-se prețuri cuprinse între 20.000 și 70.000 euro¹³.

Din punct de vedere medical, maternitatea de substituție se împarte în tradițională și gestațională. În cea tradițională mama purtătoare este și mama biologică/genetică a copilului, fiind donatoarea ovulelor.

În maternitatea gestațională, mama purtătoare nu are o legătură genetică cu copilul, acesta provenind din materialul reproductiv al părinților beneficiari sau a unuia dintre ei și a unui donator/donatoare ori, mai rar¹⁴, din materialul reproductiv provenind de la donatori (părinții beneficiari, neavând o legătură genetică cu copilul). Maternitatea gestațională de tip altruist sau comercial este practică în majoritatea statelor care o permit. Cea tradițională, datorită multiplelor

view/10.1093/oxfordhb/9780199935352.001.0001/oxfordhb-9780199935352-e-38, consultat la 3 noiembrie 2019.

¹² Eleni Zervogianni, *Regulating Surrogacy: Chances and Pitfalls*, în Pro Justitia, nr. 1/2018, p. 107, disponibil online: <https://ejournals.lib.auth.gr/projustitia>, consultat la 22 octombrie 2019.

¹³ Informație disponibilă online: <https://www.protothema.gr/greece/article/549154/sunehoskerdize-i-edafos-i-parentheti-mitrotita-stin-ellada/> (în limba greacă), *apud* Eleni Zervogianni, *op. cit.*, p. 108.

¹⁴ În asemenea situații, când ambii parteneri sunt infertili, o altă soluție este adopția. Se poate apela la maternitatea de substituție atunci când cuplul are dificultăți la adopție, dificultăți care pot avea legătură cu eligibilitatea cuplului, cu timpul de așteptare îndelungat, cu procedurile complexe care trebuie urmate etc. În acest sens, a se vedea, Doron Dorfman, *Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent*, în Journal of Law and the Biosciences, vol. 3, nr. 2/2016, p. 404 și urm., disponibil online: <https://academic.oup.com/jlb/article/3/2/404/1751238>, consultat la 2 noiembrie 2019; Marta Casonato, Stephanie Habersaat, *Parenting without being genetically connected*, în NecPlus « Enfance » nr. 3/2015 p. 289 și urm., disponibil online: <https://www.cairn.info/revue-enfance2-2015-3-page-289.htm>, consultat la 19 noiembrie 2019. Numai într-un număr limitat de legislații este permisă maternitatea de substituție în care embrionul provine din celule de reproducere donate, adică în care nici unul dintre părinții beneficiari nu are o legătură genetică cu copilul. Conform Daniela Danna, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Ed. Verlag, Stuttgart, Germany, 2015, p. 75-76, numai în California, Grecia și Tabasco (Mexico) este permis acest lucru.

implicații și controverse, este permisă într-un număr relativ redus de state, de exemplu, în Georgia¹⁵.

În ceea ce privește reglementarea, nu există prevederi referitoare la maternitatea de substituție nici la nivel internațional, nici la nivelul regional, al Uniunii Europene (UE)¹⁶. Singurele norme aplicabile sunt acelea din legile naționale ale diferitelor state. O preocupare internațională există totuși, Conferința de drept internațional privat de la Haga având în lucru o convenție internațională referitoare la statutul copiilor născuți prin reproducerea umană asistată medical cu mamă purtătoare în situații de drept internațional privat¹⁷.

La nivel național există o diversitate de reglementări. Statele se împart în cinci categorii: state în care este interzisă maternitatea de substituție¹⁸; state în care este permisă numai maternitatea de substituție de tip altruist, cum sunt multe state din UE, precum Grecia, Spania, Cehia, Portugalia¹⁹; state în care este permisă maternitatea de substituție de tip comercial, cum este Ucraina, India, Venezuela, Mexic, câteva state din SUA²⁰, state în care sunt permise atât maternitatea de substituție de tip comercial, cât și de tip altruist²¹ și state în care nu există nici o reglementare în materie, cum este România.

1.2. Contractul de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare în România

Revenind la cuplul heterosexual infertil de cetățenie română, dacă ar hotărî să externalizeze maternitatea în România, ce ar trebui să aibă în vedere? Într-o

¹⁵ Nino Kariauli, *Surrogacy and its Legal Consequences According to the Legislation of Georgia*, în *European Scientific Journal*, 2016, p. 215 și urm., disponibil online:

<https://eujournal.org> › esj, consultat la 19 noiembrie 2019.

¹⁶ Farida Boukrouna, Simon Chardenoux, Claire Paillassou, *International surrogacy arrangements: a need for judicial cooperation?*, disponibil online: http://www.ejtn.eu/Documents/THEMIS%202015/Photos%20THEMIS%202015%20Semi%20B/Written_paper_France_2.pdf, consultat la 18 noiembrie 2019.

¹⁷ Disponibilă online: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, consultată la 1 noiembrie 2019.

¹⁸ Intrau în această categorie în 2015 Austria, Belgia, Bulgaria, Canada (Quebec), Franța, Germania, Italy, Islanda, Norvegia, Suedia, Elveția, Arabia Saudită, Turcia, Pakistan, China, Japonia, și din Statele Unite ale Americii: Arizona, Indiana, Michigan, North Dakota (a se vedea în acest sens, Seema Mohapatra, *Adopting an International Convention on Surrogacy – A Lesson from Inter-country Adoption*, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 13, nr. 1/2015, p. 33, disponibil online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617896, consultat la 23 octombrie 2019).

¹⁹ În 2015 (conform Seema Mohapatra, *op. cit.*, p. 33) intrau în această categorie: Australia, Canada, Danemarca, Grecia, Ungaria, Israel, Olanda, Spania, Africa de Sud, Marea Britanie, din SUA: New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington.

²⁰ Cyra Akila Choudhury, *op. cit.*, p. 4.

²¹ Întră în această categorie: Armenia, Belarus, Cipru, Georgia, Mexic, Federația Rusă, Ucraina, din SUA: California, Florida, Illinois, Massachusetts, Texas, Vermont, Arkansas (conform, Seema Mohapatra, *op. cit.*, p. 33.).

situație ipotetică în care ar găsi o mamă purtătoare, care ar accepta să ducă sarcina, pentru a se asigura că toată procedura ar decurge în condiții bune și că împrejurări neprevăzute nu ar putea conduce la rezultate nedorite, în mod firesc cei implicați vor propune încheierea unui contract. Ce fel de maternitate de substituție pot alege, ce fel de contract, cu ce clauze? Va fi valabil încheiat contractul din punct de vedere juridic?

(a) Tipul maternității de substituție și temeiul legal

Legea română nu conține prevederi exprese referitoare la maternitatea de substituție. În literatura juridică²² s-a afirmat, însă, că, indirect, se admite utilizarea maternității de substituție. Afirmția este justificată prin folosirea termenului de „mamă surogat” într-un ordin de ministru²³, prin care se exclude din programul de fertilizare *in vitro* finanțat din bani publici reproducerea umană asistată medical cu mamă surogat.

În tăcerea legii, dar luând în considerare reglementări cu caracter general, cei interesați ar putea opta atât pentru maternitatea de substituție tradițională, cât și pentru cea gestațională, dar numai pentru maternitatea de substituție de tip altruist. Motivarea afirmației se regăsește, în primul rând, în prevederile art. 60 C. civ. în care se precizează că *persoana fizică are dreptul să dispună de sine însăși*, dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică sau bunele moravuri [prevederi identice cu cele ale art. 26 alin. (2) din Constituția României]²⁴.

Ordinea publică însumează toate principiile și regulile de ordine socială și morală pe care legiuitorul le consideră esențiale pentru societate la un moment dat²⁵. Toate normele de ordine publică sunt imperative. Prin încheierea unui contract de gestație pentru altul nu se încalcă nici o normă imperativă care să protejeze interesele publice ale societății, deci nici ordinea publică; nu se încalcă drepturile și libertățile altora și nici bunele moravuri. Așadar, o femeie poate presta servicii de mamă purtătoare.

²² Emese Florian, *Filiația: între obsesia adevărului biologic și mistificare legală*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 123.

²³ Partea IV 3.3. Subprogramul de fertilizare *in vitro* și embriotransfer, lit. C, punctul 3 din anexa la Ordinul ministrului sănătății nr. 377/2017 privind aprobarea Normelor tehnice de realizare a programelor naționale de sănătate publică pentru anii 2017 și 2018, cu modificările ulterioare, publicate în M. Of. nr. 24 din 10 ianuarie 2018.

²⁴ Pentru o prezentare detaliată a problemei a se vedea, Sevastian Cercel, *Considerații privind dreptul asupra propriului corp*, în Revista de Studii Juridice nr. 3/2009, p. 7 și urm.; Lucia Irinescu, *Copilul, un dar sau un drept?*, în Revista de Dreptul Familiei nr. 1-2/2019, p. 208 și urm.; Lavinia Tec, *Assisted human reproduction and the best interest of the child*, în Communication, Context, Interdisciplinarity, 2015, p. 592 și urm.

²⁵ Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 6.

În al doilea rând, scopul pentru care pot fi prestate asemenea servicii reiese din art. 66 Cod civil, cu denumirea marginală „Interzicerea unor acte patrimoniale”: „Orice acte care au ca obiect conferirea unei valori patrimoniale corpului uman, elementelor sau produselor sale sunt lovite de nulitate absolută, cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege.”. Prin urmare, deși o femeie poate presta servicii de mamă purtătoare nu poate pretinde o plată pentru acestea, deoarece astfel ar conferi o valoare patrimonială corpului său. Deci mama purtătoare poate duce o sarcină pentru altcineva din motive altruiste. Mai precis, mama purtătoare, animată de dorința de a ajuta un cuplu infertil, care își dorește cu ardoare un copil pe care nu-l poate avea altfel, se sacrifică din generozitate și bunătate sufletească, expunându-se la serioase riscuri ce îi pot afecta sănătatea, uneori chiar viața, fără să urmărească nimic în schimb. Mai mult, nici nu i se permite să primească ceva în schimb, dacă i s-ar oferi, pentru că asta i-ar afecta demnitatea²⁶. Realitatea este, însă, alta. Fără a analiza problema în această lucrare, în România există „o piață a mamelor surrogat, unde legile economice ale cererii și ofertei acționează”, „tarifele practicate putând ajunge și la 50.000 euro”²⁷.

Într-o hotărâre judecătorească pronunțată în materie, abordarea a fost diferită, în sensul că o femeie nu ar putea presta servicii de mamă purtătoare, deoarece „tehnicile de „închiriere a uterului” nu se înscriu în principiul tradițional al indisponibilității corpului uman, iar «convențiile de gestație» pentru altul sunt nule absolut, chiar în absența unui text de lege expres, apreciindu-se [...] că asemenea convenții vizează tranzacționarea unor valori care țin de ordinea și morala publică (starea civilă, sănătatea publică)”²⁸.

Considerăm că această interpretare nu corespunde normelor generale aplicabile, așa cum am arătat, și că dacă mama surrogat este animată de convingeri altruiste, ar putea încheia un contract cu părinții beneficiari; atât timp cât contractul este unul cu titlu gratuit, aparent, nu există restricții.

(b) Riscurile juridice ale externalizării maternității și clauzele contractuale stipulate cu scopul de a le preîntâmpina

Dacă se are în vedere similitudinea cu contractul de externalizare din comerțul internațional, la fel ca acesta, externalizarea maternității implică multe riscuri la care sunt supuse toate părțile contractante.

²⁶ Ruth Walker, Liezl van Zyl, *Beyond Altruism: A Case for Compensated Surrogate Motherhood*, p. 165, în Rhonda M. Shaw (editor) *Bioethics Beyond Altruism*, Ed. Palgrave Macmillan, Cham, 2017.

²⁷ Cristina Nicolescu, *op. cit.*, p. 1081.

²⁸ Decizia nr. 1048/2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova la data de 17-02-2016 în dosarul nr. 1048/2016, disponibilă online: <https://legeaz.net/spete-civil-curtea-de-apel-craiova-2016/stabilire-maternitate-decizia-1048-17-02-2016-4iy>, consultată la 11 octombrie 2019.

Externalizarea comercială presupune riscuri, pe care întreprinderea trebuie să le ia în considerare la încheierea contractului, precum: *infrastructura necorespunzătoare* a prestatorului; *executarea necorespunzătoare* a obligațiilor prestatorului; cheltuieli sau taxe neprevăzute; imposibilitatea internalizării serviciului externalizat pe parcursul executării contractului ș.a.²⁹

Externalizarea maternității, într-un mod asemănător, prezintă riscuri atât pentru mama purtătoare, cât și pentru părinții beneficiari. Astfel, „*infrastructura*” mamei purtătoare, adică anumite probleme legate de sănătatea sa fizică sau psihică, ar putea influența negativ sarcina și respectiv fătul, conducând la nașterea unui copil cu deficiențe fizice sau și psihice. Părinții beneficiari ar putea refuza copilul, ar putea deceda, ar putea fi puși sub interdicție judecătorească, s-ar putea îmbolnăvi foarte grav, ar putea divorța și nu ar mai putea lua copilul. Mama purtătoare *și-ar putea executa necorespunzător obligațiile* pe parcursul sarcinii, de exemplu, ar putea refuza să facă anumite teste medicale invazive, cum este amniocenteza, ar putea refuza să întrerupă sarcina când fătul are probleme de sănătate, ar putea refuza să dea copilul părinților beneficiari ș.a.³⁰

Pentru a preîntâmpina riscurile inerente contractului comercial de externalizare trebuie incluse în acesta anumite clauze, în care să fie descrise cu precizie: serviciile pe care le va furniza prestatorul; standardele de executare a acestora, cu anumiți indicatori care să permită măsurarea, pentru a stabili dacă standardele au fost atinse; sistemul de plată al prestatorului; despăgubirile pe care prestatorul trebuie să le plătească în caz de neexecutare sau executare necorespunzătoare a serviciilor ș.a.³¹

Asemănător, în contractul de externalizare a maternității, potrivit principiului autonomiei de voință și a libertății contractuale ca o consecință a acestuia³², pot fi incluse clauze privind asigurarea stării optime de sănătate a mamei purtătoare și restrângerea dreptului ei la anumite activități care ar dăuna fătului și dezvoltării normale a acestuia. Mama purtătoare poate consimți, astfel, prin contract să se supună controalelor medicale periodice, să evite sporturile periculoase, să nu consume alcool, tutun, droguri, să nu călătorească după primul trimestru de sarcină³³. Mama purtătoare poate consimți și la clauze care privesc drepturile ei inerente de ființă umană (drepturile omului), cum ar fi acordul de avort la cererea părinților beneficiari, când fătul prezintă probleme serioase de sănătate sau când este o sarcină multiplă, acordul la reducerea feților, acordul cu privire la predarea copilului

²⁹ Carmen Tamara Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional...*, op. cit., p. 84.

³⁰ Pentru detalii, a se vedea, Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, în William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice, vol. 20, nr. 2/2014, p. 436, disponibil online: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=wmjowl>, consultat la 19 noiembrie 2019.

³¹ Carmen Tamara Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional...*, op. cit., p. 85.

³² Paul Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 241.

³³ Ruth Walker, Liezl van Zyl, op. cit., p. 172.

părinților beneficiari la naștere. În caz de nerespectare a acestor clauze, se pot stipula despăgubiri sub forma unei clauze penale³⁴.

Aceste clauze sunt, însă, eficace?

(c) Eficacitatea contractului și a clauzelor lui

Pot fi avute în vedere două scenarii: unul în care părțile nu execută obligațiile contractuale și altul în care le execută.

Dacă obligațiile contractuale nu sunt respectate, atunci se pune întrebarea dacă se poate apela la forța coercitivă a statului pentru executarea lor. De exemplu, dacă părinții beneficiari refuză copilul, deoarece acesta s-a născut cu anumite deficiențe fizice, mama purtătoare i-ar putea obliga să-l accepte potrivit contractului? Sau dacă mama purtătoare refuză să dea copilul părinților beneficiari, poate ea fi obligată să o facă? Pornind de la faptul că libertatea contractuală nu este nelimitată, atunci când prevederi contractuale se suprapun sau se intersectează cu drepturi de care persoana fizică, conform legii, nu poate dispune, aceste prevederi nu pot produce efecte. În mod incontestabil, toate clauzele care vin în contradicție cu drepturile omului ori cu drepturi reglementate prin norme imperative din alte materii decât drepturile omului, de care mama purtătoare nu poate dispune prin contract, sunt ineficiente. Acestea pot fi considerate de instanță, dacă este sesizată, nule ca fiind contrare ordinii publice.

Pentru a răspunde la întrebările de mai sus, mama purtătoare nu îi poate obliga pe părinții beneficiari să accepte nou născutul, și nici nu poate fi obligată să renunțe la el, deoarece asta ar însemna să renunțe la drepturile sale în favoarea altor persoane. Potrivit dreptului românesc, *mater semper certa est*, adică *regula imperativă* care se aplică la stabilirea maternității este aceea că filiația față de mamă rezultă din faptul nașterii [art. 408 alin. (1) C. civ.], deci mama copilului este mama purtătoare. Acesta este un drept de care nu se poate dispune prin contract.

În al doilea scenariu, dacă nu au loc evenimente neprevăzute și părțile contractante execută obligațiile asumate prin contract, nu se ridică problema validității acestuia. Totuși, chiar dacă toată procedura decurge în cele mai bune condiții, fără ca între părțile contractante să aibă loc neînțelegeri de vreun fel, după nașterea copilului urmează o altă procedură complexă și anume adopția, care, în prezent, este singura soluție pentru dobândirea copilului de către părinții beneficiari. În lipsa adopției, chiar dacă nou născutul este luat în îngrijirea părinților beneficiari, care, de regulă, sunt și părinții biologici ai copilului sau cel puțin unul dintre ei este, și este integrat în familia lor, mama purtătoare rămâne mama legală a copilului, iar dacă aceasta este căsătorită, soțul acesteia rămâne tatăl copilului, conform prezumției de

³⁴ Pentru o analiză a clauzelor contractuale din perspectiva maternității de substituție de tip comercial, a se vedea, Deborah S. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, în *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 28, nr. 1/2017, p. 215 și urm., disponibil online: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol28/iss1/6/>, consultat la 10 octombrie 2019.

paternitate. Această soluție a fost confirmată de o decizie pronunțată în practica judiciară din România³⁵.

Prin urmare, indiferent dacă părțile implicate în procedura maternității de substituție încheie sau nu un contract, aspectele esențiale ale maternității de substituție sunt supuse normelor imperative de la care nu se poate deroga prin convenția părților.

O întrebare firească ce se poate pune este: de ce să încheie contractul, care este utilitatea lui? În tăcerea legii, contractul pare să fie singurul mijloc ce poate induce ideea că mama purtătoare și părinții beneficiari își asumă obligații ce trebuie respectate. Lipsa protecției părților implicate în maternitatea de substituție, faptul că acestea nu beneficiază de asistență juridică, face ca un contract redactat de notar și semnat în fața acestuia să aibă o anumită solemnitate, care creează părților convingerea că trebuie respectat. Dacă nu au loc evenimente neprevăzute, atunci părțile își vor executa voluntar obligațiile contractuale, neapelând la executarea silită a acestuia. În literatura juridică s-a afirmat că asemenea contracte *nu* sunt o „*rara avis* în practica notarială din România”³⁶.

Incertitudinile legislative și procedurile legale complexe necesare după nașterea copilului reprezintă factorii determinanți pentru externalizarea *internațională* a maternității, adică pentru alegerea așa numitului turism de reproducere sau de fertilitate³⁷. Turismul de fertilitate este încurajat și de statul român, care alege să *externalizeze* preocuparea legată de maternitatea de substituție, fie acesta etică, religioasă, juridică sau de altă natură. A permite turismul de fertilitate este o soluție pragmatică la diversitatea tradițiilor legale, morale și religioase europene³⁸ practică și de alte state refractare la admiterea transformărilor ce au loc, mai ales, datorită tehnologiei. Acestea sunt și motivele pentru care jurisprudența în materie în România este nesemnificativă, deși utilizarea maternității de substituție este un fenomen în plină ascensiune.

2. Contractul internațional de reproducere umană asistată cu mamă purtătoare

Turismul transnațional de fertilitate este o componentă a turismului medical, favorizat de posibilitatea celor interesați de a călători spre destinații mai mult sau

³⁵ Decizia nr. 1048/2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, la data de 17-02-2016 în dosarul nr. 1048/2016, disponibilă online: <https://legeaz.net/spete-civil-curtea-de-apel-craiova-2016/stabilire-maternitate-decizia-1048-17-02-2016-4iy>, consultată la 11 octombrie 2019.

³⁶ Cristina Nicolescu, *op. cit.*, p. 1084.

³⁷ Katherine Voskoboynik, *Clipping the Stork's Wings: Commercial Surrogacy Regulation and its Impact on Fertility Tourism*, în *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 26, nr. 2/2016, p. 336 și urm., disponibil online: <http://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/21274>, consultat la 15 noiembrie 2019.

³⁸ Britta C. Van Beers, *Is Europe giving in to baby markets? Reproductive tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets*, în *Medical Law Review*, vol. 23, nr. 1/2014, p. 117.