



VEFRIT

Staðgöngumæðrun milli landa – hugleiðingar um dóm Mannréttindadómstóls Evrópu frá 18. maí 2021*

Eftir Hrefnu Friðriksdóttur, prófessor við lagadeild Háskóla Íslands.

Efnisyfirlit

1 Inngangur	3
2 Staðgöngumæðrun og réttarstaða barns	3
2.1 Staðgöngumæðrun á Íslandi.....	3
2.2 Staðgöngumæðrun erlendis og réttarstaða barns í kjölfarið	4
2.3 Fyrri niðurstöður MDE	4
2.4 Dómur MDE frá 18. maí 2021	5
2.4.1 Málavextir	5
2.4.2 Viðurkenning erlendra ákvörðunar.....	6
2.4.3 Fjölskyldutengsl	7
2.3.4 Var um að ræða brot á friðhelgi fjölskyldu- eða einkalífs?	8
3 Umræður og niðurstaða.....	9
Heimildaskrá.....	12
Dómaskrá	12

* Grein þessi hefur verið ritrýnd og staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt reglum Vefrits Úlfljóts.

Ágrip

Í þessari grein verður fjallað um dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í málinu *Valdís Fjölnisdóttir o.fl. gegn Íslandi, nr. 71552/17 frá 18. maí 2021*. Í málinu var því hafnað að Ísland hefði gerst brotlegt við 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu með því að synja skráningu á foreldrastöðu barns hér á landi sem fætt var eftir staðgöngumæðrun erlendis. Vikið verður almennt að álitaefnum um staðgöngumæðrun, rýnt í dóminn og rætt um niðurstöðuna.

Abstract

This article discusses the judgement of the European Court of Human Rights in the case *Valdís Fjölnisdóttir and others v. Iceland, no. 71552/17 of May 18 2021*. The court held that there had been no violation of Article 8 of the European Convention for Human Rights concerning a non-recognition of a parental link. The article will provide a general framework for the case of surrogacy and then focus on and reflect on the decision of the Court.

1 Inngangur

Vaxandi umræða hefur átt sér stað í heiminum á undanförunum áratugum um staðgöngumæðrun, en með staðgöngumæðrun er átt við að staðgöngumóðir taki að sér að ganga með barn í þeim tilgangi að afhenda það væntanlegum foreldrum. Í fjölmörgum ríkjum hefur verið tekist á um hvort leyfa eigi staðgöngumæðrun og þá með hvaða skilyrðum.¹ Í ljósi þess að sum ríki leyfa staðgöngumæðrun en önnur ekki hafa einnig vaknað áleitnar spurningar um réttarstöðu fólks sem ferðast á milli landa í því skyni að nýta sér þjónustu staðgöngumóður.² Fram hafa komið ólík lagaleg, félagsleg, sálfræðileg, læknisfræðileg, siðfræðileg, menningarleg og pólitísk viðhorf og við virðumst langt frá því að ná samhljóm í alþjóðasamfélaginu um þetta efni.³

Mannréttindadómstóll Evrópu (hér eftir MDE) hefur á undanförunum árum leyst úr nokkrum álitamálum er snerta staðgöngumæðrun milli landa þar sem fyrst og fremst hefur reynt á 8. gr. mannréttinasáttmála Evrópu (hér eftir MSE) um friðhelgi fjölskyldu- og einkalífs og lögmæti íhlutunar af hálfu tiltekinna ríkja. Mikilvægur dómur var kveðinn upp þann 18. maí 2021 í máli Valdísar Fjölnisdóttur o.fl. gegn Íslandi.⁴ Markmiðið með þessari grein er að rýna í niðurstöðu dómsins. Samhengisins vegna verður varpað örlitlu ljósi á umræðu um staðgöngumæðrun hér á landi. Þá verður vikið að fyrri dómum MDE í málum um staðgöngumæðrun og því næst bornar saman niðurstöður héraðsdóms, Hæstaréttar og Mannréttindadómstólsins í því máli sem hér er til umræðu. Að lokum verður örstutt umræða um niðurstöðu dómsins, m.a. með hliðsjón af samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013 (hér eftir SRB).

2 Staðgöngumæðrun og réttarstaða barns

2.1 Staðgöngumæðrun á Íslandi

Hér á landi er staðgöngumæðrun bönnuð skv. lögum nr. 55/1996 um tæknifrjóvgun o.fl. Árið 2009 var skipaður vinnuhópur sem falið var að skoða siðfræðileg, lögfræðileg og læknisfræðileg álitafni varðandi staðgöngumæðrun og hvort leyfa ætti staðgöngumæðrun hér á landi. Hópurinn skilaði niðurstöðu árið 2010 og taldi ekki tímabært að heimila

¹ Meðal þeirra álitamála sem reynir á er hvort gera eigi greinarmun á staðgöngumæðrun í hagnaðar- eða velgjörðarskyni og greinarmun eftir því hvaða kynfrumur eru notaðar, þ.e. hvort staðgöngumóðir leggur til egg og/eða hvort varðandi foreldrar leggja til kynfrumur eða ekki, sjá m.a. *Áfangaskýrsla vinnuhóps heilbrigðisráðherra um staðgöngumæðrun* (2010), <https://www.stjornarradid.is/media/velferdarraduneyti-media/media/skyrslur/afangaskyrsla-vinnuhops-um-stadgongumaedrun.pdf>

² Sjá t.d. Jens M. Scherpe og Claire Fenton-Glynn: „Eastern and Western Perspectives on Surrogacy: An Introduction“ (2019), bls. 2.

³ Claire Fenton-Glynn og Jens M. Scherpe: „Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation“ (2019), bls. 517.

⁴ *Dómur MDE 18. maí 2021 í máli nr. 71552/17 (Valdís Fjölnisdóttir o.fl. g. Íslandi)*. Þess ber að geta að skv. 43. gr. MSE má óska eftir að vísa máli til yfirdeildar innan þriggja mánaða frá dagsetningu dóms.

staðgöngumæðrun að svo stöddu.⁵ Í janúar 2012 var samþykkt á Alþingi þingsályktunartillaga þar sem ráðherra var falið að skipa starfshóp til að undirbúa frumvarp til laga um staðgöngumæðrun í velgjörðarskyni.⁶ Í mars og aftur í október 2015 var lagt fram frumvarp til laga um staðgöngumæðrun í velgjörðarskyni en ekki náðist að afgreiða það.⁷

2.2 Staðgöngumæðrun erlendis og réttarstaða barns í kjölfarið

Samhliða umræðu um staðgöngumæðrun hér á landi hefur borið við að fólk hafi nýtt sér staðgöngumæðrun í ríkjum þar sem staðgöngumæðrun er leyfð og óskað eftir staðfestingu á foreldrastöðu eftir komu til Íslands. Hér á landi hafa slík mál tvisvar komið til kasta Hæstaréttar, síðast í dómi frá 30. mars 2017.⁸ Málinu var skotið til Mannréttindadómstólsins sem kvað upp dóm sinn 18. maí 2021, eins og áður var getið.

2.3 Fyrri niðurstöður MDE

Áður en vikið er að þeim dómi MDE sem er tilefni greinarinnar er mikilvægt að geta nokkurra álitaefna er varða staðgöngumæðrun sem höfðu þegar ratað til MDE.

Í máli *Menesson og Labasse gegn Frakklandi* frá 2014 reyndi á hvort franska ríkinu hefði verið heimilt að synja staðfestingu á foreldrastöðu barns sem fætt var af staðgöngumóður í Norður-Ameríku. Af hálfu undirdeildar var ekki talið að ríkið hefði brotið á rétti verðandi foreldranna skv. 8. gr. MSE. Aftur á móti var talið að ríkið hefði brotið gegn einkalífi barnsins skv. 8. gr. með því að koma í veg fyrir að barnið gæti staðfest lagaleg tengsl sín við líffræðilegan föður.⁹ Í dóminum var ekki tekin skýr afstaða til þess hvort eða með hvaða hætti ríkinu bæri að vernda tengsl barnsins við eiginkonu hins líffræðilega föður.

Í máli *Paradiso og Campanelli gegn Ítalíu* frá 2017 var fyrst leyst úr máli þar sem hvorugt verðandi foreldra hafði líffræðileg tengsl við barnið og var því hafnað að um brot gegn MSE

⁵ Frumvarp til laga um staðgöngumæðrun í velgjörðarskyni, þskj. 245 – 229. mál, 145. löggjafarþing, bls. 19.

⁶ Þingsályktun um staðgöngumæðrun, þskj. 702 – 4. mál, 140. löggjafarþing.

⁷ Frumvarp til laga um staðgöngumæðrun í velgjörðarskyni, þskj. 1141 – 671. mál, 144. löggjafarþing og þskj. 245 – 229. mál, 145. löggjafarþing. Sjá einnig Hrefna Friðriksdóttir: „Iceland“ (2019), bls. 262-264.

⁸ *H 367/2016*. Fyrri málinu sem hér var vikið að var vísað frá Hæstarétti, sbr. H 661/2015. Héraðsdómur hafði fellt úr gildi synjun Þjóðskrár Íslands um skráningu konu í þjóðskrá sem móður barns eftir staðgöngumæðrun erlendis. Málinu var vísað frá þar sem Þjóðskrá framkvæmdi skráninguna í kjölfar héraðsdómsins.

⁹ *Dómur MDE 26. júní 2014 í málum nr. 65192/11 og 65941/11 (Menesson og Labasse g. Frakklandi)*. Í þessum tilvikum hafði verðandi faðir lagt til sæði við staðgöngumæðrunina. Sjá einnig t.d. *dóm MDE 21. júlí 2016 í málum nr. 9063/14 og 10410/14 (Foulon og Bouvet g. Frakklandi)* en þar var um að ræða einhleypa samkynhneigða menn sem höfðu líffræðileg tengsl við börnin.

hefði verið að ræða. Sérstaða þessa máls var sú að ítölsk yfirvöld höfðu tekið barnið af verðandi foreldrunum.¹⁰

Árið 2019 gaf yfirdeild MDE út mikilvægt leiðbeinandi álit í máli sem snerist um viðurkenningu á foreldrastöðu barns, sem fætt var eftir staðgöngumæðrun, með tilliti til eiginkonu líffræðilegs föður (sem ekki hafði líffræðileg tengsl við barnið).¹¹ Niðurstaðan var sú að við þessar aðstæður fæli réttur barns til einkalífs, skv. 8. gr. MSE, í sér kröfu um að unnt væri að stofna til lagalegra tengsla við viðkomandi maka með einhverjum leiðum. Ríki væri ekki skylt að skrá eiginkonu líffræðilegs föður sem móður í þjóðskrá á grundvelli erlendra gagna heldur mætti nota aðrar leiðir, svo sem ættleiðingu. Síðar sama ár neitaði dómstóllinn að taka fyrir mál um synjun á skráningu eiginkonu án líffræðilegra tengsla og vísaði til þess möguleika að stofna til lagalegra tengsla með ættleiðingu.¹² Árið 2020 hafnaði dómstóllinn því einnig að brotið hefði verið gegn 14. gr., sbr. 8. gr., MSE með því að synja skráningu verðandi foreldris (konu) sem lagt hafði til egg við staðgöngumæðrunina og vísaði aftur til réttaráhrifa mögulegrar ættleiðingar.¹³

Af ofangreindum málum má sjá að Mannréttindadómstóllinn hafði gert skýran greinarmun á réttarstöðu barns gagnvart verðandi foreldri eftir því hvort um líffræðileg tengsl var að ræða eða ekki. Ekki lá fyrir dómur sem tók á því hversu langt þyrfti að ganga til að vernda réttarstöðu barns gagnvart foreldri sem ekki hefði líffræðileg tengsl við barnið.

2.4 Dómur MDE frá 18. maí 2021

2.4.1 Málavextir

Helstu málavextir voru eftirfarandi. Tvær konur, A og B, sem voru í hjúskap, greiddu fyrir þjónustu staðgöngumóður í Kaliforníu í Bandaríkjum Norður-Ameríku. Barnið fæddist í febrúar 2013. Hvorki A né B höfðu líffræðileg tengsl við barnið þar sem notaðar voru gjafakynfrumur. Eftir fæðingu barnsins urðu A og B foreldrar barnsins skv. dómsúrskurði yfirréttar í Kaliforníu og gefið var út fæðingarvottorð og vegabréf í nafni barnsins. Um leið var

¹⁰ Dómur MDE 24. janúar 2017 í máli nr. 25358/12 (*Paradiso og Campanelli g. Ítalíu*). Nánar verður vikið að málinu síðar.

¹¹ *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*, P16-2018-001 frá 10. apríl 2019.

¹² *Ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópuráðsins 18. nóvember 2019 í máli nr. 1462/18 og 17348/18 (C og E g. Frakklandi)*.

¹³ Dómur MDE 16. júlí 2020 í máli nr. 11288/18 (*D. gegn Frakklandi*). Í málinu var m.a. reynt að halda því fram að hið sama ætti að gilda um verðandi foreldra sem legðu til erfðaeftni óháð því hvort viðkomandi væri karlkyns eða kvenkyns. Málinu var vísað frá.

staðfest að staðgöngumóðir hefði hvorki erfðafræðileg né lagaleg tengsl við barnið og hið sama gildi um ónafngreinda kynfrumugjafa.

Fljótlega eftir komu til Íslands með barnið leituðu A og B til Þjóðskrár Íslands og óskuðu eftir skráningu barnsins í þjóðskrá. Í júní 2013 var beiðni um skráningu barnsins í þjóðskrá hafnað. Í kjölfar synjunarinnar var litið svo á að barnið væri statt á Íslandi án forsjáraðila. Tók því barnaverndarnefnd forsjá barnsins í sínar hendur en ákvað að vista barnið hjá A og B á grundvelli barnaverndarlaga nr. 80/2002. Eftir að þær fengu leyfi sem fósturforeldrar var gerður við þær fóstursamningur. Jafnframt fékk barnið dvalarleyfi á Íslandi á grundvelli ákvæða útlendingalaga nr. 80/2016. Ákvörðun Þjóðskrár Íslands var kærð til þáverandi innanríkisráðuneytis sem staðfesti ákvörðunina í mars 2014. A og B sóttu um leyfi til að ættleiða barnið en drógu umsókn sína til baka þegar þær slitu hjúskap sínum árið 2015. Var þá gerður fóstursamningur við B og nýjan maka hennar en jafnframt ákveðið að barnið hefði jafna umgengni við A og B. Sama ár öðlaðist barnið íslenskt ríkisfang á grundvelli laga. A og B, ásamt lögráðamanni barnsins, höfðuðu mál fyrir héraðsdómi í júní 2015. Gerð var krafa um að ógiltur yrði úrskurður ráðuneytisins og viðurkennd skylda Þjóðskrár Íslands til þess að skrá A og B sem foreldra barnsins í samræmi við erlent fæðingarvottorð. Stefndu voru sýknuð með dómi héraðsdóms 2. mars 2016 og var sá dómur staðfestur í Hæstarétti þann 30. mars 2017 í máli nr. 367/2016. Málinu var skotið til MDE í september 2017 og var dómur kveðinn upp í undirdeild þann 18. maí 2021.¹⁴

2.4.2 Viðurkenning erlendra ákvörðunar

Í málinu var lögð til grundvallar sú almenna regla alþjóðlegs einkamálaréttar að yfirvöldum ríkis beri almennt ekki skylda til að viðurkenna gildi ákvörðunar yfirvalda í öðru ríki um persónulega réttarstöðu manna ef viðkomandi ákvörðun er talin ganga í berhögg við grunnreglur fyrrnefnda ríkisins.¹⁵ Hér reyndi á hvort erlend ákvörðun um foreldrastöðu eftir staðgöngumæðrun væri samrýmanleg íslensku réttarskipulagi. Í héraðsdómi og Hæstarétti var lögð áhersla á að ákvörðunin gengi gegn ákvæðum íslenskra barnalaga nr. 76/2003 um móðerni, nánar tiltekið að móðir væri sú kona sem fæddi barn, og fortakslausu banni við staðgöngumæðrun í 4. mgr. 5. gr. laga nr. 55/1996 um tæknifrjóvgun o.fl. Í dómi MDE var ekki dregið í efa að þetta væri réttarstaðan á Íslandi.

¹⁴ Sjá kafla 1.

¹⁵ Sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson: „Réttaráhrif erlendra úrlausna á sviði sifjaréttar“ (1993), bls. 120.

2.4.3 Fjölskyldutengsl

Í málinu var tekist á um hvort myndast hefðu fjölskyldutengsl sem nytu verndar mannréttindaákvæða. Í dómi héraðsdóms var lögð áhersla á að A og B hefðu tekist á hendur foreldraskyldur gagnvart barninu við fæðingu, annast barnið og þannig í raun gegnt öllum umönnunarskyldum gagnvart því. Féllst héraðsdómur á að með barninu og A og B hefðu myndast fjölskyldutengsl sem nytu verndar 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995 (hér eftir stjskr.) og 1. mgr. 8. gr. MSE.

Í dómi Hæstaréttar var viðurkennt að með hugtakinu fjölskylda í 71. gr. stjskr. væri átt við fjölskyldutengsl í víðtækum skilningi. Hæstaréttur taldi þó að 71. gr. veitti vernd þeim fjölskyldutengslum einum sem stofnast hefðu á lögmatan hátt skv. íslenskum lögum. Í þessu tiltekna máli hefðu fjölskyldutengsl því ekki myndast fyrr en barnaverndarnefnd samþykkti að barnið yrði vistað í fóstri hjá A og B. Hæstiréttur áréttaði að fram að því hefðu fjölskyldutengsl ekki skapast að íslenskum lögum þar sem hvorki A né B hefðu gengið með eða alið barnið og þá hefði ekki verið um að ræða líffræðileg tengsl þeirra við barnið. Til stuðnings vísaði Hæstiréttur í *dóm MDE í málinu Paradiso og Campanelli gegn Ítalíu*.¹⁶ Að mati Hæstaréttar varðaði ákvörðun um að synja skráningu á fjölskyldustöðu ekki þau fjölskyldutengsl sem stofnuðust síðar og var ákvörðunin því ekki talin brot á 71. gr. stjskr.

Í dómi Mannréttindadómstólsins kemur fram að mat á tilvist fjölskyldulífs snúist um að meta náin persónuleg tengsl í mismunandi samböndum fólks, ekki einungis lagaleg tengsl heldur einnig raunveruleg tengsl með ákveðna eiginleika. Lögð var áhersla á að 8. gr. MSE verndi ekki rétt til að stofna fjölskyldu. Löngun fólks til að stofna til fjölskyldutengsla njóti því ekki verndar ákvæðsins heldur verði fjölskylda eða fjölskyldutengsl að vera til staðar. Mannréttindadómstóllinn taldi nauðsynlegt að leggja mat á tengsl á tímanum frá fæðingu barnsins og fram til þess tíma er Hæstiréttur kvað upp dóm sinn árið 2017. Við það mat var í fyrsta lagi áréttað að A og B hefðu engin líffræðileg tengsl við barnið og að því leyti væri málið sambærilegt við *Paradiso og Campanelli*. Málin ættu það einnig sameiginlegt að lagaleg tengsl hefðu verið óljós frá upphafi með hliðsjón af reglum íslenskra laga um móðerni og banni við staðgöngumæðrun. Þrátt fyrir þetta taldi dómstóllinn að leggja yrði mat á raunveruleg tengsl, þ.e. eðli eða gæði tengslanna, hlutverk A og B gagnvart barninu og þann tíma sem barnið bjó hjá þeim. Mannréttindadómstóllinn lagði áherslu á að ólíkt því sem gerðist á Ítalíu þá hefðu

¹⁶ Sjá kafla 2.3. Í þessi máli var það ekki talið brot gegn 8. gr. MSE að taka barn, sem fæddist fyrir tilstilli staðgöngumæðrunar utan Ítalíu, af væntanlegum foreldrum og heimila öðrum að ættleiða barnið. Fjölskyldutengsl í skilningi ákvæðisins voru ekki talin hafa myndast, fyrst og fremst þar sem væntanlegir foreldrar höfðu engin líffræðileg tengsl við barnið og þau höfðu einungis annast barnið í stuttan tíma sem hafði einkennst af vafa um lagalega stöðu barnsins.

Íslensk yfirvöld ekki tekið ákvörðun um að rjúfa tengsl A, B og barnsins. Þvert á móti hefði barninu verið ráðstafað í fóstur til A og B.¹⁷ Í ljósi þess að barnið hefði verið, við uppkvaðningu dóms Hæstaréttar, í órjúfa nánnum tilfinningatengslum við A og B allt sitt líf, nánar tiltekið í fjögur ár, taldi dómstóllinn uppfyllt skilyrði 8. gr. MSE um tilvist fjölskyldutengsla.

2.3.4 Var um að ræða brot á friðhelgi fjölskyldu- eða einkalífs?

Athyglisvert er að skoða mismunandi nálgun á hinum ólíku dómstigum. Eins og fyrr var getið taldi héraðsdómur að stofnast hefði til fjölskyldulífs. Héraðsdómur nálgast þó málið fyrst og fremst út frá rétti barnsins. Taldi héraðsdómur að synjun Þjóðskrár hefði falið í sér íhlutun í friðhelgi einka- og fjölskyldulífs barnsins en komst svo að þeirri niðurstöðu að sú íhlutun hefði fullnægt áskilnaði 3. mgr. 71. gr. stjkskr. og 2. mgr. 8. gr. MSE.

Þar sem Hæstiréttur taldi ekki hafa stofnast til fjölskyldulífs milli A, B og barnsins á þeim tíma sem Þjóðskrá tók ákvörðun varð niðurstaðan sú að ekki hefði verið brotið á rétti þeirra samkvæmt 71. gr. stjkskr. Hæstiréttur tók á hinn bóginn ekki afstöðu til þess hvort brotið hefði verið á rétti barnsins til einkalífs.¹⁸

Eins og áður sagði var það niðurstaða Mannréttindadómstólsins að stofnast hefði til fjölskyldulífs milli aðilanna og mat dómstóllinn í kjölfarið fyrst og fremst hvort synjun á skráningu á foreldrastöðu hefði uppfyllt skilyrði 8. gr. MSE um takmörkun á rétti til fjölskyldulífs. Dómstóllinn taldi ekki þörf á að meta málið sérstaklega út frá rétti til einkalífs enda hefðu samskonar rök legið að baki.¹⁹ Við mat á því hvort íhlutun í friðhelgi fjölskyldulífs uppfyllti skilyrði 2. mgr. 8. gr. MSE fór dómstóllinn í gegnum skilyrði ákvæðisins. Í fyrsta lagi var niðurstaðan sú að synjunin ætti sér stoð í lögum, sbr. túlkun ákvæða íslenskra laga um móðerni og bann við staðgöngumæðrun. Í öðru lagi taldi dómstóllinn að stefnt hefði verið að því lögmæta markmiði að vernda réttindi annarra í ljósi röksemda sem færðar hafa verið fram um vernd kvenna og barna við staðgöngumæðrun.²⁰ Í þriðja lagi var lagt mat á nauðsyn íhlutunar. Dómstóllinn lagði áherslu á að það væri ekki hlutverk hans að mæla fyrir um hvaða afstöðu aðildarríkjum bæri að taka til staðgöngumæðrunar almennt enda reyndi hér á flókin og viðkvæm álitaefni. Í málum þar sem reyndi á viðkvæm siðferðileg álitaefni og þar sem ekki væri samhljómur milli aðildarríkja um vægi eða vernd hagsmuna yrði að viðurkenna rúmt

¹⁷ Tekið var fram hvornig fóstursamningum var breytt eftir að A og B slitu hjúskap sínum árið 2015 og hvornig umgengni við barnið var háttað.

¹⁸ Sjá fyrri umfjöllun um *Menesson og Labasse g. Frakklandi* í kafla 2.3.

¹⁹ Einn dómari skilaði sératkvæði. Hann var sammála niðurstöðu meirihlutans en dró í efa að gerður hefði verið nægur greinarmunur á fjölskyldulífi verðandi foreldra annars vegar og einkalífi barnsins hins vegar.

²⁰ Sjá t.d. Sigurður Kristinsson: „Legalizing altruistic surrogacy in response to evasive travel?“ (2016), bls. 111. Einnig *Olika væger till föräldraskap* (2016), bls 58-59.

svigrúm ríkja til mats á nauðsyn íhlutunar. Sérstaklega ætti það við þegar finna yrði jafnvægi milli einstaklingsbundinna hagsmuna og almannahagsmuna. Við túlkun þessara sjónarmiða í umræddu máli lagði dómstóllinn áherslu á að Ísland hefði ekki rofið fjölskyldutengsl A, B og barnsins. Með ráðstöfun barnsins í fóstur og ákvörðun um umgengni hefði ríkið stuðlað að því að aðilar hefðu áfram virk fjölskyldutengsl þrátt fyrir að A og B yrðu ekki lagalega skráðar sem foreldrar barnsins. Þá hefði ættleiðing væntanlega staðið A og B til boða þar til skilnaður átti sér stað.²¹ Fallist var á að þessi staða hefði haft einhver áhrif á fjölskyldulíf þeirra en talið að sú vernd sem fólst í varanlegu fóstri hefði verið til þess fallin að draga verulega úr óvissu og tilfinningalegu álagi á aðila. Þá lagði dómstóllinn áherslu á að Alþingi hefði veitt barninu ríkisborgararétt með lögum sem hefði tryggt réttarstöðu barnsins hér á landi. Synjun á skráningu á foreldrastöðu hefði því haft takmörkuð áhrif í þá veru að hindra aðila í að njóta virkra og raunverulegra fjölskyldutengsla.²² Með hliðsjón af ofangreindu var það niðurstaða dómstólsins að ekki hefði verið um að ræða brot gegn 8. gr. MSE.²³

3 Umræður og niðurstaða

Í umræddum dómi MDE felast mikilvægar leiðbeiningar um hvernig stofnast getur til fjölskyldulífs við þær aðstæður sem hér voru uppi. Mannréttindadómstóllinn hefur oft áður staðfest að formleg, eða lagaleg, staða ráði ekki úrslitum við mat á tilvist fjölskyldulífs heldur verði að líta til eðlis og inntaks raunverulegra tengsla.²⁴ Verður að telja niðurstöðu Mannréttindadómstólsins að þessu leyti betur rökstudda en þá leið sem Hæstiréttur valdi.

Þegar kemur að mati á íhlutun, eða skerðingu á friðhelgi, skv. 2. mgr. 8. gr. MSE, kemur nokkuð á óvart að Mannréttindadómstóllinn hafi nálgast málið fyrst og fremst út frá rétti aðilanna til fjölskyldulífs en ekki greint sérstaklega rétt barnsins til einkalífs.²⁵ Umræða um foreldrastöðu út frá friðhelgi einkalífs barnsins hefði undirstrikað mikilvægi þess að skoða mál

²¹ Tekið var fram að A og B hefðu dregið umsókn um ættleiðingu til baka og því lægi ekki fyrir niðurstaða dómstóla um hvort ættleiðing hefði verið fær í þessu tilviki. Þá var einnig tekið mið af því að annað hvort A eða B gætu hugsanlega sótt um að ættleiða barnið með nýjum maka án þess þó að meta hvaða áhrif það myndi hafa fyrir þann sem ekki stæði að ættleiðingunni.

²² Staðan var að þessu leyti ólík því sem átti við í *Mennesson og Labasse* málinu þar sem franska ríkið synjaði um skráningu á foreldrastöðu en greip ekki til neinna úrræða til að tryggja réttarstöðu barnsins í Frakklandi.

²³ Aðilar reyndu að halda því fram að jafnræðisregla hefði verið brotin í ljósi efnislegrar niðurstöðu í H 661/2015. Dómstóllinn hafnaði því að um hefði verið að ræða brot gegn jafnræðisreglu 14. gr., sbr. 8. gr.

²⁴ Sjá t.d. *dóm MDE 13. júní 1979 í máli nr. 6833/74 (Marckx gegn Belgíu)* og *dóm MDE 22. apríl 1997 í máli nr. 21830/93 (X, Y og Z gegn Bretlandi)*.

²⁵ Í *Mennesson og Labasse* var talið að ríki hefði takmarkaðra svigrúm þegar kæmi að rétti barns til friðhelgi einkalífs þar sem foreldrastæða væri nátengd einkalífi, m.a. rétti til auðkennis, og þá yrði að taka tillit til þess sem barninu væri fyrir bestu.

frá sjónarhorni barns og að greina betur áhrif meginreglunnar um að niðurstaða ráðist af hagsmunum barns.²⁶

Í ljósi þess hve staðgöngumæðrun er umdeild var þess að vænta að Mannréttindadómstóllinn viðurkenndi nokkuð rúmt svigrúm aðildarríkja til mats á réttaráhrifum staðgöngumæðrunar yfir landamæri.²⁷ Jafnframt er ljóst af fordæmum að ákvæði 8. gr. MSE leggur jákvæðar skyldur á aðildarríki um að grípa til aðgerða til þess að tryggja að réttindi verði virk í reynd, sérstaklega mikilvæg réttindi barns.²⁸ Við mat á íhlutun verður að líta til þess að við staðgöngumæðrun leikast á margvíslegir ólíkir hagsmunir sem vega þarf og meta með heildstæðum hætti. Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna hefur t.d. viðurkennt að við beitingu 1. mgr. 3. gr. SRB, um það sem barni er fyrir bestu, sé oft um að ræða samspil ríkra almannahagsmuna og hagsmuna einstaks barns þar sem finna verði ásættanlega málamiðlun. Að lágmarki er gerð krafa um að ríki greini hagsmuni barnsins og að hagsmunamat fari fram.²⁹

Lykilatriði hér var að fá svar um hvort þær ráðstafanir sem íslensk stjórnvöld gripu til í því skyni að standa vörð um hagsmuni barnsins yrðu metnar fullnægjandi í þessu samhengi. Í dómi Mannréttindadómstólsins er fallist á að með markvissum aðgerðum, sem tryggðu stöðu barnsins hér á landi og virk raunveruleg tengsl barnsins við A og B, hafi Ísland fundið lögmætt jafnvægi þeirra hagsmuna sem tekist var á um.

Það má halda því fram að ákvörðun barnaverndaryfirvalda um að grípa inn í mál barnsins og aðgerðir í kjölfarið hafi verið til fyrirmyndar í málum af þessu tagi. Með hliðsjón af valdsviði og hlutverki barnaverndarnefnda skapist með þessu fullnægjandi grundvöllur til að tryggja grunnréttindi viðkomandi barns.³⁰ Í framtíðinni verður áhugavert að sjá hvort og með hvaða hætti reynt geti á ættleiðingu í kjölfar staðgöngumæðrunar, m.a. hvernig ákvæði gildandi laga falla að réttarstöðu barns sem verður til við staðgöngumæðrun milli landa.³¹ Að lokum

²⁶ Sjá t.d. *General Comment No. 14 (2013)*, bls. 4, um 1. mgr. 3. gr. barnasamningsins sem málsmeðferðarreglu. Hér er þó ekki gert ráð fyrir að efnisleg niðurstaða hefði orðið önnur þótt þessari nálgun hefði verið beitt.

²⁷ Dómstóllinn hefur fjallað um þau sjónarmið sem gilda um svigrúm aðildarríkja með sambærilegum hætti í fjölmörgum málum, sjá t.d. *dóm MDE 3. nóvember 2011 í máli nr. 57813/00 (S.H. o.fl. gegn Austurríki)* og *dóm MDE 8. apríl 2001 í málum nr. 47621/13 o.fl. (Vavricka o.fl. gegn Tékklandi)*.

²⁸ Sjá kafla 2.3. Einnig Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“ (2017), bls. 282.

²⁹ *General Comment No. 14 (2013)* bls. 10. Þess má geta að hér er um vandasamt álitaefni að ræða sem ekki er svigrúm til að greina frekar. Í tilviki staðgöngumæðrunar sjá t.d. *Olika væger till föräldraskap*, bls. 63-64.

³⁰ Þá má geta þess að verðandi foreldrar geta einnig gripið til frekari ráðstafana, svo sem með gerð erfðaskrár.

³¹ Eins og áður sagði virðist MDE ganga út frá því að ættleiðing standi til boða, að öðrum skilyrðum uppfylltum, sjá einnig *Olika væger till föräldraskap*, bls. 65. Vert er að geta þess að mælt hefur verið með breytingum á ættleiðingarlögum hér á landi, t.d. með því að leyfa stjúptættleiðingar eftir skilnað og umgengni við nákomna eftir ættleiðingu, hvort tveggja með nánari skilyrðum, sjá Hrefna Friðriksdóttir: *Ættleiðingar á Íslandi* (2011), bls. 147.

verður að geta þess að ríki heims hafa almennt verið hvött til að setja skýrari lagaramma um staðgöngumæðrun og auka alþjóðlegt samstarf á þessu sviði.³²

³² Sjá t.d. *The Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children* (2018), bls. 17-18.

Heimildaskrá

Alþingistíðindi.

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, P16-2018-001 frá 10. apríl 2019.

Áfangaskýrsla vinnuhóps heilbrigðisráðherra um staðgöngumæðrun (2010), <https://www.stjornarradid.is/media/velferdarraduneyti-media/media/skyrslur/afangaskyrsla-vinnuhops-um-stadgongumaedrun.pdf> (skoðað 9. júní 2021).

Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen, Codex o.fl. 2017, bls. 281-334.

Claire Fenton-Glynn og Jens M. Scherpe: „Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation“. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Ritstj. Jens M Scherpe, Claire Fenton-Glynn og Terry Kaan, Intersentia 2019, bls. 515-592.

Davíð Þór Björgvinsson: „Réttaráhrif erlendra úrlausna á sviði sífjaréttar“. *Úlfljótur*, 2. tbl. 1993, bls. 117-132.

General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1). CRC/C/GC/14.

Hrefna Friðriksdóttir: *Ættleiðingar á Íslandi*. Innanríkisráðuneytið 2011.

Hrefna Friðriksdóttir: „Iceland“. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Ritstj. Jens M Scherpe, Claire Fenton-Glynn og Terry Kaan, Intersentia 2019, bls. 259-277.

Jens M. Scherpe og Claire Fenton-Glynn: „Eastern and Western Perspectives on Surrogacy: An Introduction“. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Ritstj. Jens M Scherpe, Claire Fenton-Glynn og Terry Kaan, Intersentia 2019, bls. 1-6.

Olika væger till föräldraskap. SOU 2016:11.

Sigurður Kristinnsson: „Legalizing altruistic surrogacy in response to evasive travel? An Icelandic proposal“ *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 3 tbl. 2016, bls. 109-119.

The Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, 15. janúar 2018. A/HRC/37/60.

Dómaskrá

H 661/2015

H 367/2016

Dómur MDE 13. júní 1979 í máli nr. 6833/74 (Marckx gegn Belgíu)

Dómur MDE 22. apríl 1997 í máli nr. 21830/93 (X, Y og Z gegn Bretlandi)

Dómur MDE 3. nóvember 2011 í máli nr. 57813/00 (S.H. o.fl. gegn Austurríki)

Dómur MDE 26. júní 2014 í málum nr. 65192/11 og 65941/11 (Menesson og Labasse g. Frakklandi)

Dómur MDE 21. júlí 2016 í málum nr. 9063/14 og 10410/14 (Foulon og Bouvet g. Frakklandi)

Dómur MDE 24. janúar 2017 í máli nr. 25358/12 (Paradiso og Campanelli g. Ítalíu)

Dómur MDE 16. júlí 2020 í máli nr. 11288/18 (D. gegn Frakklandi)

Dómur MDE 18. maí 2021 í máli nr. 71552/17 (Valdís Fjölnisdóttir o.fl. g. Íslandi)

Dómur MDE 8. apríl 2021 í málum nr. 47621/13 o.fl. (Vavricka o.fl. gegn Tékklandi)

Ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópuráðsins 18. nóvember 2019 í máli nr. 1462/18 og 17348/18 (C og E g. Frakklandi)