



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ÞRÍÐJA AÐALDEILD

VALDÍS FJÖLNIÐÓTTIR O.FL. GEGN ÍSLANDI

(Kæra nr. 71552/17)

DÓMUR

8. gr. • Fellur undir fjölskyldulíf • Synjun um viðurkenningu foreldrasambands við barn með engin líffræðileg tengsl og fætt utanlands með staðgöngumæðrun en tengsl varðveitt með fóstri • Jafnræðis gætt milli fjölskyldulífs og almennra hagsmuna sem verndaðir eru með banni við staðgöngumæðrun

STRASBORG

18. maí 2021

ENDANLEG ÚTGÁFA

18. ágúst 2021

Dómur þessi verður endanlegur að uppfylltum skilyrðum 2. mgr. 44. gr. mannréttindasáttmálans. Texti hans kann að sæta ritstjórnarbreytingum.

Í málinu Valdís Fjölneisþóttir o.fl. gegn Íslandi

Með vísan til

kærunnar (nr. 71552/17) gegn lýðveldinu Íslandi, sem þrír íslenskir ríkisborgarar, Valdís Glóðis Fjölneisþóttir („fyrsti kærandi“), Eyðis Rós Glóðis Agnarþóttir („annar kærandi“) og X („þriðji kærandi“), lögðu fram með vísan til 34. gr. samningsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis („mannréttinasáttmálinn“) hinn 25. september 2017,

ákvörðunar um að tilkynna ríkisstjórn Íslands („ríkið“) um kærunnar varðandi réttinn til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs og bann við mismunun, þeirra athugasemda sem sendar voru inn af ríkinu og athugasemda í svari kærenda,

athugasemda frá Ordo Iuris og AIRE Centre, sem forseti deildarinnar veitti leyfi til meðalgöngu,

ákvörðunar forseta deildarinnar að veita þriðja kærenda nafnleynd í samræmi við 4. mgr. 47. gr. reglna dómstólsins,

eftir að hafa fjallað um málið á lokuðum fundi hinn 6. apríl 2021,

kveður Mannréttinasdómstóll Evrópu (þriðja aðaldeild), sem situr í deild skipaðri:

Paul Lemmens, *forseta*,

Georgios A. Serghides,

Robert Spano,

Georges Ravarani,

María Elósegui,

Darian Pavli,

Anja Seibert-Fohr, *dómurum*,

og Milan Blaško, *deildarritara*,

upp eftirfarandi dóm, sem samþykktur var þann dag er síðast greinir:

INNGANGUR

1. Málið varðar synjun um viðurkenningu á forelratengslum fyrstu tveggja kærendanna við þriðja kærenda, sem fæðist með tæknifrjóvgun og staðgöngumæðrun í Bandaríkjunum Norður-Ameríku. Fyrsti og annar kærandi eru fyrirhugaðir foreldrar þriðja kærenda en hvorug þeirra hefur líffræðileg tengsl við hann.

MÁLSATVIK

2. Kærendur eru fæddir árin 1978, 1977 og 2013 og búsettir í Kópavogi. Í fyrirsvari fyrir kærendur var Þyri Steingrímþóttir, lögmaður í Reykjavík. Kæra þriðja kærenda var lögð fram með samþykki lögráðamanns hans, M (sjá 8. mgr. hér fyrir neðan).

3. Í fyrirsvari fyrir ríkið var Einar Karl Hallvarðsson, ríkislögmaður á Íslandi, sem umboðsmaður þess.

4. Staðreyndir málsins, eins og þær voru settar fram af aðilum, eru í samantekt sem hér segir:

5. Fyrsti og annar kærandi voru hjón sem keyptu þjónustu stofnunar með aðsetur í Bandaríkjum Norður-Ameríku sem hefur milligöngu um staðgöngumæðrum og sömdu um staðgöngufæðingarátætlun en samkvæmt henni yrðu þær fyrirhugaðir foreldrar barns sem fæðast mundi í kjölfar tæknifrjóvgunar og staðgöngumæðrunar. Í kjölfarið ferðuðust þær til Kaliforníu þar sem þeim fæddist sonur, þriðji kærandinn, með aðstoð staðgöngumóður í febrúar 2013. Barnið var getið með tæknifrjóvgun í glasi með gjafafrumum og er það ekki líffræðilega skylt fyrsta og öðrum kæranda. Eftir fæðingu barnsins voru fyrsti og annar kærandi skráðir í Kaliforníu sem foreldrar barnsins og var gefið út fæðingarvottorð þess efnis ásamt bandarísku vegabréfi fyrir barnið. Af framlögðum gögnum má ráða að staðgöngumóðirin hafi afsalað sér öllum kröfum um lagalega stöðu foreldris þriðja kærandans.

6. Premur vikum eftir fæðingu þriðja kæranda ferðuðust kærendurnir þrír til Íslands. Skömmu síðar sóttu fyrsti og annar kærandi til Þjóðskrár Íslands um skráningu þriðja kærandans í þjóðskrá. Var umsóknin gerð á eyðublaði fyrir íslenska ríkisborgara sem fæddir voru erlendis og áttu sjálfkrafa rétt á íslensku ríkisfangi og fylgdi umsókninni fæðingarvottorð þriðja kæranda, útgefið í Bandaríkjum Norður-Ameríku. Aðspurðir upplýstu kærendur Þjóðskrár Íslands síðar að þriðji kærandi hefði fæðst með tæknifrjóvgun og staðgöngumæðrun.

7. Hinn 18. júní 2013 hafnaði Þjóðskrár Íslands beiðninni um skráningu þriðja kæranda. Í ákvörðuninni er vísað til þess að þar sem barnið hefði verið fætt í Bandaríkjunum af staðgöngumóður gætu ákvæði íslenskra laga um faðerni og móðerni ekki átt við og því hafi ekki stofnast sjálfkrafa réttur til handa barninu til íslensks ríkisfangs samkvæmt lögum nr. 100/1952 um íslenskan ríkisborgararétt (sjá 29.-30. mgr. hér fyrir neðan). Þá var einnig tekið fram í ákvörðuninni að Þjóðskrár Íslands liti svo á að þriðji kærandi væri erlendur ríkisborgari og að þar með ættu ákvæði laga um útlendinga nr. 96/2002 við um skráningu hans og lögheimili (sjá 32 mgr. hér fyrir neðan). Fyrsti og annar kærandi kærðu ákvörðun þessa til innanríkisráðuneytisins.

8. Á meðan taldist þriðji kærandi vera erlendur borgari og fylgdarlaust ólögráða barn á Íslandi. Barnaverndarnefndin í sveitarfélagi kæranda tók forsjá barnsins í sínar hendur með ákvörðun 26. september 2013 og skipaði því lögráðamann, M, í samræmi við barnaverndarlög nr. 80/2002. Í upphafi var komist að samkomulagi við fyrsta og annan kæranda um að þriðji kærandi yrði í þeirra umsjá þar til unnt væri að gera við þá varanlegan fóstursamning.

9. Hinn 27. mars 2014 staðfesti innanríkisráðuneytið ákvörðun Þjóðskrár Íslands um að synja um skráningu þriðja kæranda í þjóðskrá. Var í ákvörðuninni tekið fram að samkvæmt íslenskum rétti væri sú kona sem fæddi barn ætíð talin móðir þess, óháð því hvort barnið væri getið með eigin eggfrumu hennar eða ekki. Ylti skráning barnsins á því hvort það uppfyllti skilyrði íslenskra laga um íslenskan ríkisborgararétt en ekki væri unnt að

byggja á lögum nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. (sjá 34. mgr. hér fyrir neðan). Barnið ætti ekki sjálfkrafa rétt á íslenskum ríkisborgararétti þar sem það hefði fæðst í Bandaríkjunum, staðgöngumóðirin, sem samkvæmt íslenskum lögum teldist móðir barnsins, væri bandarískur borgari og ekkert hefði komið fram sem benti til þess að líffræðilegur faðir barnsins væri íslenskur ríkisborgari. Innanríkisráðuneytið staðfesti því ákvörðun Þjóðskrár Íslands um að synja um skráningu þriðja kæranda í Þjóðskrá.

10. Kærandur leituðu eftir endurskoðun þeirrar ákvörðunar og nutu gjafsóknar vegna reksturs málsins. Kröfðust þau ógildingar á ákvörðun ráðuneytisins og viðurkenningardóms þess efnis að Þjóðskrá Íslands væri skylt að skrá fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda í samræmi við fæðingarvottorð barnsins.

11. Meðan á málarekstri stóð fyrir héraðsdómi var þriðja kæranda veittur íslenskur ríkisborgararéttur eftir samþykki laga nr. 128/2015, um veitingu ríkisborgararéttar, sem tóku gildi 31. desember 2015. Var hann í kjölfarið skráður í Þjóðskrá sem íslenskur ríkisborgari en fyrsti og annar kærandi voru enn ekki skráðir sem foreldrar hans.

12. Að auki gerðist það meðan á málsmeðferð stóð fyrir héraðsdómi að fyrsti og annar kærandi skildu í maí 2015. Af þeim sökum féll úr gildi hinn varanlegi samningur um fóstur þeirra á þriðja kæranda. Í kjölfar þess var gerður nýr fóstursamningur 9. desember 2015, þar sem þriðja kæranda var ráðstafað í fóstur hjá fyrsta kæranda og nýjum maka hennar til eins árs en jafnframt úrskurðað að hann nyti jafnrar umgengni við annan kæranda. Síðar var þriðja kæranda ráðstafað í fóstur hjá öðrum kæranda og nýjum maka hennar til eins árs en jafnframt úrskurðað að hann nyti jafnrar umgengni við fyrsta kæranda. Hæstiréttur kvað upp dóm í þessu máli 30. mars 2017 (sjá 22. til 24. mgr. hér fyrir neðan) en þar sem í íslenskum lögum er einungis gert ráð fyrir að tímabundið fóstur vari í allt að tveimur árum hefur þriðja kæranda verið ráðstafað í varanlegt fóstur hjá fyrsta kæranda og maka hennar frá 18. desember 2019 en nýtur áfram jafnrar umgengni við annan kæranda og maka hennar.

13. Í ákvörðun barnaverndarnefndar varðandi varanlegt fóstur, sem dagsett er 18. desember 2019, er tekið fram að markmiðið með hinu tímabundna fóstri hafi verið að þriðji kærandinn fengi umönnun „mæðra“ sinna samkvæmt fæðingarvottorði sínu, sem hefði verið talið þjóna hagsmunum hans best. Hefði ætlunin verið að þessi ráðstöfun myndi vara þar til fyrsta og öðrum kæranda hefði verið veitt forsjá hans, en það hefði ekki gerst. Mat á báðum fyrirhuguðum mæðrum og nýju mökum þeirra hefði skilað þeirri niðurstöðu að allir aðilar væru hæfir til þess að annast barnið; hefðu fyrsti og annar kærandi annast hann vel og átt gott samstarf um að tryggja sem best hagsmuni hans.

14. Fyrir skilnað sinn höfðu fyrsti og annar kærandi sótt um að ættleiða þriðja kæranda. Með bréfi 7. október 2013 tjáði sýslumaðurinn í Reykjavík

kærendum að ekki væri unnt að taka umsókn þeirra um ættleiðingu til afgreiðslu meðan umsóknin um skráningu faðernis/móðernis væri óafgreidd, þar sem við ættleiðingu væri gengið út frá því að kjörforeldrar séu ekki foreldrar barnsins. Með athugasemd um að niðurstaða skráningarmálsins hjá innanríkisráðuneytinu kynni að hafa áhrif á ættleiðingarferlið tilkynnti sýslumaður að afgreiðslu ættleiðingarumsóknarinnar yrði frestað.

15. Eftir að innanríkisráðuneytið hafði skilað ákvörðun sinni í skráningarmálinu fengu kærendur annað bréf frá sýslumanni dags. 28. maí 2014. Í bréfinu sagði að samkvæmt almennum reglum um faðerni/móðerni, og í ljósi niðurstaðna ráðuneytisins í skráningarmálinu, teldi sýslumaður að staðgöngumóðirin væri móðir þriðja kæranda og þar sem af málsskjölum mætti ráða að hún væri gift teldist eiginmaður hennar vera faðirinn. Þau ættu því að teljast lögráðamenn barnsins og því yrði að afla samþykkis þeirra samkvæmt 7., 8. og 9. grein laga um ættleiðingar (sjá 33. mgr. hér fyrir neðan). Fór sýslumaður fram á að kærendur létu í té upplýsingar um heimilisfang staðgöngumóðurinnar og eiginmanns hennar, svo og staðfestingu á hjúskaparstöðu hennar. Þá var tekið fram í bréfi sýslumanns að samkvæmt 14. gr. ættleiðingalaga yrði ættleiðingarleyfi ekki veitt ef einhver sá sem samþykkja ætti ættleiðinguna veitti viðtöku gjaldi eða fríðindum í tengslum við samþykkið, þar á meðal launum vegna missis atvinnutekna. Óskaði sýslumaður eftir yfirlýsingum frá fyrsta og öðrum kæranda þar sem staðfest væri að engin slík greiðsla hefði átt sér stað og tók fram að staðgöngumóðirin og eiginmaður hennar yrðu beðin um að leggja fram sambærilegar yfirlýsingar.

16. Kærendur svöruðu þessu síðara bréfi 23. júlí 2014. Í svari sínu mótmæltu þær afstöðu sýslumanns með þeim rökum að jafnvel þótt staðgöngumóðirin yrði talin foreldri þriðja kæranda gæti hún í öllu falli ekki talist vera foreldri með forsjá og því ætti ekki að vera þörf á samþykki hennar fyrir ættleiðingu hans (sjá 1. mgr. 7. gr. ættleiðingalaga í 33. mgr. hér fyrir neðan). Töldu þær að það væri samþykki M, sem lögráðamanns þriðja kæranda, sem þyrfti að afla samkvæmt 3. mgr. 7. gr. ættleiðingarlaga (sjá 33. mgr. hér fyrir neðan). Þá héldu þær fram að staðgöngumóðirin væri ógift og að fyrsti og annar kærandinn hefðu ekki innt af hendi neinar greiðslur í tengslum við samþykki fyrir ættleiðingu í skilningi 14. gr. ættleiðingarlaga, sem M myndi staðfesta. Þessu bréfi hafði ekki enn verið svarað á þeim tíma þegar fyrsti og annar kærandi skildu en þá drógu þær umsóknir sínar um ættleiðingu til baka með bréfi 10. janúar 2015.

17. Með dómi 2. mars 2016 hafnaði héraðsdómur kröfum kæranda um að ákvörðun ráðuneytisins yrði felld úr gildi og að Þjóðskrá Íslands yrði gert að skrá fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda.

18. Niðurstaða héraðsdóms var að samkvæmt grundvallarreglum íslensks fjölskylduréttar teldist sú kona sem fæddi barn móðir þess. Af þeim sökum gætu fyrsti og annar kærandi ekki talist foreldrar þriðja kæranda. Þá benti héraðsdómur á að í alþjóðlegum einkamálarétti bæri ríki ekki almennt skylda

til að viðurkenna ákvörðun yfirvalda annars ríkis ef ljóst væri að hún stæðist ekki grunnreglur fyrra ríkisins, jafnvel þótt ákvörðunin samræmist lögum þess ríkis þar sem hún væri tekin. Með vísan til þess að staðgöngumæðrun væri ólögleg á Íslandi og varðaði sektum eða fangelsi allt að þremur mánuðum ef brot ætti sér stað í íslenskri lögsögu taldi héraðsdómur að með því að viðurkenna sem foreldra þau sem búsett væru á Ísland en færu utan í því skyni að eignast barn með staðgöngumæðrun yrði opnuð leið til þess að sniðganga lög um bann við staðgöngumæðrun. Taldi héraðsdómur því að íslenska ríkið hefði haft lögmeða ástæðu til þess að neita að viðurkenna foreldratengsl sem til væri stofnað við slíkar aðstæður.

19. Að því er varðar rétt þriðja kæranda til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs féllst héraðsdómur á að stofnast hefði til „fjölskyldulífs“ hjá kærendunum þremur og að synjun yfirvalda um skráningu þriðja kæranda sem sonar fyrsta og annars kæranda í þjóðskrá hefði falið í sér íhlotun í einka- og fjölskyldulíf hans. Sú íhlotun hefði hins vegar þjónað þeim tilgangi að framfylgja banninu við staðgöngumæðrun og þannig að vernda hagsmuni annarra, þ.e.a.s. að koma í veg fyrir að þrýst yrði á konur um að ganga með börn fyrir aðra og tryggja að börn gætu leitað upplýsinga um uppruna sinn. Benti héraðsdómur á að yfirvöld hefðu gert ráðstafanir til þess að vernda hagsmuni barnsins og vega á móti þeim vandkvæðum sem kærendur hefðu orðið fyrir vegna synjunarinnar um að skrá þriðja kæranda með því að heimila að fyrsti og annar kærandi tækju þriðja kæranda í fóstur þannig að eiginleg foreldratengsl milli þeirra yrðu varðveitt og með því að veita þriðja kæranda dvalarleyfi og síðan ríkisborgararétt.

20. Þá fjallaði héraðsdómur einnig um umsóknina um ættleiðingu þriðja kæranda. Benti dómurinn á að sérstakar reglur giltu um ættleiðingu barns af hálfu fósturforeldra, en samkvæmt þeim mætti ættleiða barn án samþykkis kynforeldra ef það væri augljóslega barninu fyrir bestu. Því taldi héraðsdómur að ætla mætti að ættleiðingarleyfi hefði líklega fengist ef fyrsti og annar kærandi hefðu ekki skilið.

21. Í ljósi alls þessa taldi héraðsdómur að íhlotunin í friðhelgi einka- og fjölskyldulífs er leiddi af synjun um skráningu þriðja kæranda hefði verið nauðsynleg til verndar siðgæði og réttindum annarra og að henni hefðu fylgt nægilegar aðgerðir til mótvægis til þess að draga úr neikvæðum áhrifum synjunarinnar. Þó að hagsmunir barnsins skiptu höfuðmáli gætu þeir ekki hnekkst grundvallarreglum laga um foreldratengsl.

22. Kærendur áfrýjuðu dóminum til Hæstaréttar Íslands. Með dómi 30. mars 2017 staðfesti Hæstiréttur höfnun héraðsdóms á kröfum kæranda.

23. Eins og héraðsdómur taldi Hæstiréttur að yfirvöldum hefði verið rétt að synja um viðurkenningu á fjölskyldutengslum sem stofnað hefði verið til í andstöðu við grundvallarreglur íslensks fjölskylduréttar. Í því sambandi taldi Hæstiréttur að hvorki fyrsti né annar kærandi gætu talist hafa verið móðir þriðja kæranda við fæðingu hans samkvæmt íslenskum lögum. Lagði Hæstiréttur áherslu á að samkvæmt 4. mgr. 5. gr. laga nr. 55/1996, um

tæknifrjógungun og notkun kynfrumna og fósturvísa manna til stofnfrumrannsóknna, væri staðgöngumæðrun afdráttarlaust bönnuð (sjá 28. mgr. hér fyrir neðan). Þá benti Hæstiréttur á að samkvæmt 1. mgr. 6. gr. barnalaga nr. 76/2003 lægi fyrir að kona, sem alið hefði barn eftir að það hefði verið getið með tæknifrjógungun, gæti ein talist móðir barnsins (sjá 27. mgr. hér fyrir neðan). Samkvæmt 2. mgr. 6. gr. sömu laga teldist kona sem samþykkt hefði að tæknifrjógungun færi fram á eiginkonu hennar vera foreldri barnsins (sjá 27. mgr. hér fyrir neðan). Að þessu virtu taldi Hæstiréttur að einungis sú kona sem alið hefði barn eftir að það hefði verið getið með tæknifrjógungun gæti talist móðir barnsins eftir íslenskum lögum en hvorki fyrsti né annar kærandi hefðu alið þriðja kæranda

24. Ólíkt héraðsdómi taldi Hæstiréttur hins vegar að ekki hefði stofnast til fjölskyldutengsla milli kærendanna á þeim tíma þegar ákvörðun Þjóðskrár var tekin og að synjunin hefði því ekki falið í sér íhlutun í rétt til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs. Í þessu sambandi vísaði Hæstiréttur til dóms Mannréttindadómstóls Evrópu í málinu *Paradiso og Campanelli gegn Ítalíu* ([GC], nr. 25358/12, 24. janúar 2017) með eftirfarandi rökstuðningi:

„Í greinargerð með frumvarpi því, sem varð að [71. gr. stjórnarskrárinnar (sjá 26. mgr. hér fyrir neðan)] sagði að með hugtakinu fjölskylda væri átt við fjölskyldutengsl í víðtækum skilningi. Meðal annars með vísan til 1. mgr. 8. gr. samningsins um réttindi barnsins, sem áður er vitnað til, verður litið svo á að stjórnarskrárákvæðið veiti vernd þeim fjölskyldutengslum einum sem stofnast hafa á lögmætan hátt samkvæmt hérlandum lögum. Í samræmi við það öðluðust tengsl áfrýjenda fyrst þá stjórnarskrárvernd eftir að barnaverndarnefnd hafði samþykkt að [þriðji kærandinn] skyldi vistaður hjá [fyrsta og öðrum kæranda] og þá á grundvelli þess sambands sem síðan varð að formlegu fóstursambandi. Fram að því höfðu þau fjölskyldutengsl, sem hér um ræðir, ekki skapast að íslenskum lögum þar sem hvorug þeirra [fyrsta né annars kæranda] hafði gengið með og alið drenginn né voru þau líffræðilegu tengsl milli annarrar hvorrar þeirra og hans sem áskilin eru í 2. mgr. 6. gr. barnalaga. Þessi niðurstaða er jafnframt í samræmi við framangreindan dóm Mannréttindadómstóls Evrópu. Ákvörðun stefnda Þjóðskrár Íslands 18. júní 2013, sem staðfest var með úrskurði innanríkisráðuneytisins 27. mars 2014, varðaði ekki þessi fjölskyldutengsl og var því ekki brotið með henni gegn rétti [kæranda] samkvæmt 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar.“

25. Eins og mál standa, samkvæmt ákvörðun barnaverndarnefndar frá 18. desember 2019 (sjá 12. mgr. hér að framan), er þriðji kærandi þannig í varanlegu fóstri hjá fyrsta kæranda og maka hennar en nýtur jafnrar umgengni við annan kæranda og maka hennar. M er áfram lögráðamaður hans.

VIÐEIGANDI LAGAUMGERÐ

26. Ákvæðin í Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, sem við sögu koma, eru svohljóðandi:

65. gr.

„Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti.

Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.“

71. gr.

„Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.

...

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.“

27. Viðeigandi ákvæði I. kafla A barnalaga, sem ber yfirskriftina „Foreldrar barns“ eru svohljóðandi:

2. gr.

Feðrunarreglur um börn hjóna og foreldra í skráðri sambúð

Eiginmaður móður barns telst faðir þess ef það er alið í hjúskap þeirra. Hið sama gildir ef barn er alið svo skömmu eftir hjúskaparslit að það sé hugsanlega getið í hjúskapnum. Þetta gildir þó ekki ef hjónin voru skilin að borði og sæng á getnaðartíma barnsins eða ef móðir þess giftist eða skráir sambúð sína í þjóðskrá, með öðrum manni, fyrir fæðingu barnsins.

Nú giftist móðir barns eftir fæðingu þess manni sem hún hefur lýst föður barnsins og telst hann þá faðir þess, enda sé barnið þá ófeðrað.

Ef móðir barns og maður sem hún lýsir föður þess hafa skráð sambúð sína í þjóðskrá við fæðingu þess telst hann faðir barnsins. Sama er ef móðir barns og maður er hún lýsir föður þess skrá sambúð sína í þjóðskrá síðar, enda sé barnið þá ófeðrað.“

6. gr.

Foreldri barns við tæknifrjógungun

„Kona sem elur barn sem getið er við tæknifrjógungun telst móðir þess.

Kona sem samþykkt hefur að tæknifrjógungun fari fram á eiginkonu sinni (kvenkyns maka) samkvæmt ákvæðum laga um tæknifrjógungun telst foreldri barns sem þannig er getið. Sama á við um konur sem skráð hafa sambúð sína í þjóðskrá.

Maður sem samþykkt hefur að tæknifrjógungun fari fram á eiginkonu sinni samkvæmt ákvæðum laga um tæknifrjógungun telst faðir barns sem þannig er getið. Sama á við um mann og konu sem skráð hafa sambúð sína í þjóðskrá.

Maður sem gefur sæði í þeim tilgangi að það verði notað við tæknifrjógungun á annarri konu en eiginkonu sinni eða sambúðarkonu, sbr. 3. mgr., samkvæmt ákvæðum laga um tæknifrjógungun verður ekki dæmdur faðir barns sem getið er með sæði hans.

Maður sem gefið hefur sæði í öðrum tilgangi en greinir í 4. mgr. telst faðir barns sem getið er með sæði hans nema sæðið hafi verið notað án vitundar hans eða eftir andlát hans.“

7. gr.

Skráning barns í þjóðskrá

„Barn skal skráð í þjóðskrá þegar eftir fæðingu þess.

...“

28. Viðeigandi ákvæði laga nr. 55/1996 tæknifrjóvgun og notkun kynfrumna og fósturvísa manna til stofnfrumurannsókna eru svohljóðandi:

5. gr.

Tæknifrjóvgunarmeðferð

„...“

Staðgöngumæðrun er óheimil.“

17. gr.

„Brot gegn lögum þessum eða reglum settum samkvæmt þeim varða sektum eða fangelsi allt að þremur mánuðum.

...“

Fyrir hlutdeild í broti skal refsá á sama hátt nema þyngri refsing liggi við samkvæmt öðrum lögum.“

29. Viðeigandi ákvæði I. kafla laga nr. 100/1952 um íslenskan ríkisborgararétt, sem ber yfirskriftina „Ríkisborgararéttur við fæðingu o.fl.“ var svohljóðandi á þeim tíma sem um ræðir:

1. gr.

„Barn öðlast íslenskt ríkisfang við fæðingu:

1. ef móðir þess er íslenskur ríkisborgari, [eða]

2. ef faðir þess er íslenskur ríkisborgari og kvæntur móðurinni. Þetta gildir þó ekki ef hjónin voru skilin að borði og sæng á getnaðartíma barnsins.

Ákvæði 2. tölul. 1. mgr. gildir einnig um foreldri barns sem getið er við tæknifrjóvgun, sbr. 1. málsl. 2. mgr. 6. gr. barnalaga.

Barn, sem fundist hefur hér á landi, telst, þar til annað reynist sannara, vera íslenskur ríkisborgari.“

30. Viðeigandi ákvæði II kafla laga nr. 100/1952 um íslenskan ríkisborgararétt, sem ber yfirskriftina „Veiting ríkisborgararéttar með lögum“ er svohljóðandi:

6. gr.

„Alþingi veitir ríkisborgararétt með lögum.

Áður en umsókn um ríkisborgararétt er lögð fyrir Alþingi skal Útlendingastofnun fá um hana umsögn lögreglustjóra á dvalarstað umsækjanda. Enn fremur skal Útlendingastofnun gefa umsögn um umsóknina.

...“

31. Viðeigandi ákvæði barnaverndarlaga nr. 80/2002 voru svohljóðandi á þeim tíma sem um ræðir:

32. gr.

Skipan lögráðamanns

„Hafi foreldrar afsalað sér eða verið sviptir forsjá barns hverfur forsjá þess til barnaverndarnefndar að svo stöddu. Barnaverndarnefnd skal fara með lögráð barnsins þar til hún ákveður annað. Barnaverndarnefnd getur óskað eftir því að barni verði skipaður lögráðamaður eða sérstakur fjárhaldsmaður, ef hún telur það þjóna hagsmunum barnsins.

Barnaverndarnefnd tekur forsjá barns í sínar hendur ef það verður forsjárlaust af öðrum ástæðum og hlutast á sama hátt til um að því verði skipaður lögráðamaður, sbr. 1. mgr.“

65. gr.

Fóstur

„Með fóstri er í lögum þessum átt við að barnaverndarnefnd feli sérstökum fósturforeldrum umsjá barns í a.m.k. þrjú mánuði þegar fyrir liggur að:

...

e. barn sem komið hefur til landsins án forsjáraðila sinna er í umsjá barnaverndarnefndar eða fær hæli eða dvalarleyfi á Íslandi.

Fóstur getur verið tvenns konar, varanlegt eða tímabundið. Með varanlegu fóstri er átt við að það haldist þar til forsjárskyldur falla niður samkvæmt lögum. Fara fósturforeldrar þá að jafnaði með forsjárskyldur nema annað þyki betur henta þörfum barns og hagsmunum að mati barnaverndarnefndar. Að jafnaði skal ekki gerður samningur um varanlegt fóstur fyrr en að liðnum reynslutíma sem skal ekki vera lengri en eitt ár. Með tímabundnu fóstri er átt við að fóstur vari í afmarkaðan tíma þegar ætla má að unnt verði að bæta aðstæður þannig að barnið muni geta snúið aftur til foreldra sinna án verulegrar röskunar á högum þess eða þegar áætlað er að annað úrræði taki við innan afmarkaðs tíma. Tímabundið fóstur skal ekki vara samanlagt lengur en tvö ár nema í algerum undantekningartilvikum þegar það þjónar hagsmunum barns.

Markmið fósturs skv. 1. mgr. er að tryggja barni uppeldi og umönnun innan fjölskyldu svo sem best hentar þörfum þess. Barni skal tryggður góður aðbúnaður hjá fósturforeldrum og þeir skulu sýna fósturbarni umhyggju og nærfærni og leitast við að efla andlegan og líkamlegan þroska þess. Nánar skal kveðið á um réttindi og skyldur fósturforeldris í fóstursamningi.“

66. gr.

Leyfisveiting

„Þeir sem óska eftir að taka barn í fóstur skulu beina umsókn sinni til Barnaverndarstofu. Barnaverndarnefnd í heimilisumdæmi umsækjenda veitir umsögn um hæfi þeirra til að taka barn í fóstur samkvæmt nánari reglum sem fram koma í reglugerð.“

32. Viðeigandi ákvæði laga nr. 96/2002, um útlendinga, sem í gildi voru á þeim tíma sem um ræðir voru svohljóðandi:

**1. gr.
Gildissvið**

„Ákvæði laga þessara gilda um heimild útlendinga til að koma til landsins og dvöl þeirra hér á landi. Með útlendingi er í lögum þessum átt við hvern þann einstakling sem ekki hefur íslenskan ríkisborgararétt.

...“

**11. gr.
Grunnskilyrði dvalarleyfis**

„...“

Þegar sérstaklega stendur á er heimilt að veita dvalarleyfi til útlendinga sem til landsins kemur í lögmætum og sérstökum tilgangi að fullnægðum skilyrðum 1. og 2. mgr., þrátt fyrir að hann uppfylli ekki skilyrði fyrir dvalarleyfi skv. 12. gr.-12. gr. e eða 13. gr. Slíkt dvalarleyfi skal eigi veitt til lengri tíma en eins árs í senn og getur ekki verið grundvöllur búsetuleyfis.“

33. Viðeigandi ákvæði laga nr. 130/1999, um ættleiðingar, eru sem hér segir:

**2. gr.
Hverjir geta verið ættleiðendur**

"Hjón eða einstaklingar sem hafa verið í óvígðri sambúð í a.m.k. fimm ár skulu standa saman að ættleiðingu, enda þeim einum heimilt að ættleiða saman með þeim frávikum sem í grein þessari getur.

Öðru hjóna eða einstaklingi í óvígðri sambúð má þó með samþykki hins veita leyfi til að ættleiða barn þess eða kjörbarn.

Öðru hjóna eða einstaklingi í óvígðri sambúð má og veita leyfi til ættleiðingar ef hitt er horfið eða geðrænum högum þess svo háttáð að það beri ekki skyn á gildi ættleiðingar.

Heimilt er að leyfa einhleypum manni að ættleiða barn ef sérstaklega stendur á og ættleiðing er ótvírætt talin barninu til hagsbóta.

Með óvígðri sambúð í lögum þessum er átt við sambúð tveggja einstaklinga sem skráð er í þjóðskrá eða sem ráða má af öðrum ótvíræðum gögnum.“

**7. gr.
Samþykki þess sem fer með forsjá barns eða sérstaks lögráðamanns**

„Samþykki foreldra sem fara með forsjá barns þarf til ættleiðingar þess.

...

Nú fer barnaverndarnefnd með forsjá barns og þarf þá samþykki nefndarinnar til ættleiðingar þess.

VALDÍS FJÖLNISDÓTTIR O.FL. GEGN ÍSLANDI – DÓMUR

Veita má leyfi til ættleiðingar, þrátt fyrir að samþykki skv. 1. eða 2. mgr. skorti, ef barn hefur verið í fóstri hjá umsækjendum og hagir þess mæla að öðru leyti eindregið með því að það verði ættleitt.“

8. gr.

Form og efni samþykkis

„Samþykki til ættleiðingar skal vera skriflegt og skal viðkomandi staðfesta það fyrir starfsmanni sýslumanns sem vottar að viðkomanda hafi verið leiðbeint um réttaráhrif samþykkis og ættleiðingar.

Samþykki er eigi gilt nema það hafi verið staðfest a.m.k. þremur mánuðum eftir fæðingu barns, nema alveg sérstaklega hagi til.

Samþykki foreldra eða sérstaklega skipaðs lögráðamanns er gilt, þótt væntanlegir kjörforeldrar séu eigi nafngreindir, ef samþykki lýtur að því að ráðstafa barni til ættleiðingar til þeirra sem barnaverndarnefnd ákveður. Endranær er samþykki eigi gilt, nema væntanlegir kjörforeldrar séu nafngreindir.

Nú er samþykki til ættleiðingar meira en 12 mánaða gamalt og skal það þá staðfest að nýju áður en afstaða er tekin til umsóknar um ættleiðingu, nema sérstaklega standi á.“

9. gr.

Samþykki veitt erlendis

„Ráðherra [dómsmála] getur ákveðið að samþykki sem gefið er fyrir þar til bæru stjórnvaldi, dómstóli eða stofnun erlendis jafngildi samþykki sem staðfest er fyrir starfsmanni sýslumanns, sbr. 1. mgr. 8. gr., og má þá heimila frávik frá meginreglum 2.-4. mgr. 8. gr.“

14. gr.

Gjald

„Ættleiðingarleyfi verður ekki veitt ef einhver sá sem samþykkja á ættleiðingu innir af hendi eða veitir viðtöku gjaldi eða fríðindum í tengslum við samþykkið, þar á meðal vegna missis atvinnutekna. Má ganga eftir skriflegum yfirlýsingum þeirra sem málið varðar um þetta.“

27. gr.

Aðgangur kjörbarns að upplýsingum

„Þegar kjörbarn hefur náð 18 ára aldri á það rétt á að fá tiltækar upplýsingar um það frá ráðuneyti [dómsmála] hverjir séu kynforeldrar þess eða fyrri kjörforeldrar.“

36. gr.

Lögsaga í ættleiðingarmálum

„Manni sem búsettur er hér á landi er einungis heimilt að ættleiða barn samkvæmt ákvæðum þessara laga.“

39. gr.

Erlend ættleiðing sem andstæð er grunnreglum íslenskra laga

„Ættleiðing sem fram fer erlendis er ekki gild hér á landi ef hún gengur í berhöggi við grunnreglur íslensks réttar (allsherjarreglu).“

34. Viðeigandi ákvæði laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. eru svhljóðandi:

2. gr.

„Ráðherra [dómsmála] er heimilt að ákveða að lögum þessum verði beitt í samskiptum Íslands við ríki sem ekki er aðili að Evrópusamningnum [um viðurkenningu og fullnustu ákvarðana varðandi forsjá barna og endurheimt forsjár barna] eða Haagsamningnum [um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa].“

7. gr.

„Synja skal um viðurkenningu eða fullnustu ákvörðunar ef:

1. hún er augljóslega ekki í samræmi við grundvallarreglur íslenskra laga um réttarstöðu fjölskyldna og barna,

...“

35. Viðeigandi ákvæði erfðalaga, nr. 8/1962, eru svohljóðandi:

34. gr.

„Hver sá, sem orðinn er fullra 18 ára eða hefur stofnað til hjúskapar, getur aldurs vegna ráðstafað eignum sínum með erfðaskrá.“

Erfðaskrá er því aðeins gild, að sá, sem gerir hana, sé svo heill heilsu andlega, að hann sé fær um að gera þá ráðstöfun á skynsamlegan hátt.“

35. gr.

„Þegar niðjar, þar á meðal kjörniðjar, eða maki taka arf, er arfleifanda óheimilt að ráðstafa meira en 1/3 hluta eigna sinna með erfðaskrá.“

36. Dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 661/2015 varðaði móðerni/faðerni tveggja barna sem fædd voru með staðgöngumæðrun í ríkinu Idaho í Bandaríkjunum Norður-Ameríku með kynfrumum fyrirhugaðs föður þeirra. Börnin fæddust snemma árs 2014 og voru flutt til Íslands af fyrirhuguðum foreldrum þess, þar sem sótt var um skráningu þeirra hjá Þjóðskrár Íslands. Af hálfu Þjóðskrár Íslands var skráningu barnanna hafnað á sömu forsendum og þeim sem uppi eru í þessu máli. Börnunum var síðar veittur íslenskur ríkisborgararéttur með lögum frá Alþingi. Við skráningu þeirra sem ríkisborgara af hálfu Þjóðskrár Íslands var hinn fyrirhugaði faðir skráður bæði sem faðir barnanna og lögráðamaður þeirra á grundvelli þess að með dómi héraðsdómstóls í Idaho, þar sem staðfest hefði verið að hinir fyrirhuguðu foreldrar væru foreldrar barnanna, hefði líffræðilegt faðerni barnanna verið staðfest á þann hátt að samræmdist íslenskum lögum. Af hálfu Þjóðskrár Íslands var á hinn bóginn synjað um að skrá hina fyrirhuguðu móður sem móður barnanna með vísan til þeirrar grundvallarreglu íslenskra laga að sú kona sem fæddi barn væri ætíð talin móðir þess. Hinir fyrirhuguðu

foreldrar höfðu málað og kröfðust þess að hin fyrirhugaða móðir yrði skráð sem móðir barnanna. Með dómi 2. júlí 2015 dæmdi Héraðsdómur Reykjavíkur hinum fyrirhuguðu foreldrum í vil með þeirri ákvörðun að með synjun um að skrá hina fyrirhuguðu móður sem móður hefði með ólögmatum hætti verið gripið inn í rétt fjölskyldunnar til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs. Ríkið áfrýjaði þeim dómi, en fyrir áfrýjunina fór Þjóðskrá Íslands að dómi héraðsdóms og skráði hina fyrirhuguðu móður sem móður barnanna. Áfrýjun ríkisins til Hæstaréttar var því vísað frá með dómi 9. júní 2016, þar sem áfrýjun sem ætlað væri að snúa við dómi héraðsdóms var talin ósamrýmanleg þeirri staðreynd að úrskurðinum í þeim dómi hafði þegar verið fylgt.

LAGAATRÍÐI

I. MEINT BROT GEGN 8. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS

37. Kærandur kvörtuðu undan broti gegn rétti þeirra til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs skv. 8. gr. mannréttindasáttmálans, sem er svohljóðandi:

„1. Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.

2. Opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.”

A. Meðferðarhæfi

1. Sjónarmið aðila

38. Ríkið taldi að kærandur hefðu ekki leitað til hlítar leiðréttingar í heimalandinu þar sem hvorki fyrsti né annar kærandi hefði sótt um að ættleiða þriðja kæranda eftir skilnað þeirra, hvorki sem einstaklingar né með nýjum mökum sínum. Taldi ríkið að þetta úrræði hefði staðið kærendum til boða og hefði leitt til viðurkenningar á foreldratengslum milli kæranda og hefði því verið gilt úrræði í heimalandinu sem ekki hefði verið látið á reyna. Taldi ríkið þannig að kærandur hefðu ekki uppfyllt skilyrði þess að mál séu tæk til meðferðar skv. 1. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans og að því ætti að lýsa kæru þeirra ótæka til meðferðar.

39. Þá taldi ríkið enn fremur að kærán væri augljóslega illa grunduð í skilningi a-liðar 3. mgr. 35. gr. og ætti því af þeim sökum að lýsa hana ótæka til meðferðar.

40. Kærandur mótmæltu röksemdafærslu ríkisins varðandi meðferðarhæfi kæra þeirra. Töldu þau að umsókn um ættleiðingu væri ekki úrræði sem láta yrði á reyna áður en kært væri til mannréttindadómstólsins og að viðbrögð sýslumanns við ættleiðingarumsóknarinni sem þær hefðu lagt fram fyrir skilnað sinn, ásamt því að sú staðreynd að erindi þeirra hefði legið ósvarað í

hálf ár áður en þær hefðu dregið umsókn sína til baka, hefði bent til þess að umsóknin hefði ekki verið samþykkt hvort sem er (sjá 14.-16. mgr. hér að framan). Þá bentu kærendur á að ættleiðing væri ekki lengur kostur fyrir kærendurna tvo saman þar sem þær væru nú fráskildar. Enn fremur hefðu þær ekki viljað raska jafnvægi þeirrar fjölskyldu sem þær hefðu stofnað til með því að annað hvort fyrsti eða annar kærandi sæktu á eigin vegum um að ættleiða þriðja kæranda, þar sem það hefði frá formlegu sjónarmiði þau áhrif að skera á tengslin sem þriðji umsækjandi hefði við hitt foreldrið.

2. *Álit dómstólsins*

41. Dómstóllinn telur að mótmæli ríkisins varðandi tæmingu innlendra úrræða til fulls veki álitamál sem tengjast náið málsástæðum að baki kærnum. Því er það ákvörðun dómstólsins að sameina þessi mótmæli málsástæðum málsins og telur hann að taka beri álitamálið til umfjöllunar hér á eftir.

42. Að því er varðar þau mótmæli sem eftir standa telur dómstóllinn að kærur kæranda séu ekki augljóslega illa grundaðar í skilningi 3. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans, né heldur að þær séu ótækar á neinum öðrum forsendum. Þær verða því að teljast tækar til meðferðar.

B. Málsástæður

1. *Sjónarmið aðila*

(a) **Kærendur**

43. Kærendur báru að synjun yfirvalda um skráningu fyrsta og annars kæranda sem foreldra þriðja kæranda hefði falið í sér íhlutun í rétt þeirra til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs. Töldu þær að með synjuninni hefði verið komið í veg fyrir að þær nytu stöðugra og lögmætra foreldratengsla við barnið og að þau hefðu öll þrjú orðið fyrir áhrifum af íhlutuninni þar sem fyrstu kærendurnir tveir hefðu ekki löglega eða raunverulega forsjá yfir þriðja kæranda, sem þær litu á sem son sinn.

44. Þá töldu kærendur einnig að synjunin um að viðurkenna fæðingarvottorð þriðja kæranda, sem gefið hefði verið út í samræmi við lög Kaliforníuríkis, hefði falið í sér brot á 8. gr.

45. Héldu kærendur því fram að synjunin hefði ekki verið í samræmi við lög. Þótt staðgöngumæðrun væri ólögleg á Íslandi töldu þær að bannið við staðgöngumæðrun ætti ekki við utan lögsögu Íslands og að þær hefðu gengið gegnum staðgöngumæðrunarferlið í Kaliforníu í fullu samræmi við lög þess ríkis.

46. Þá héldu kærendur því einnig fram að yfirvöld hefðu ekki tekið nægjanlegt tillit til hagsmuna barnsins. Í því sambandi bentu kærendur á að fyrsti og annar kærandi og nýju makar þeirra hefðu gengið gegnum skimunarferli og mat á hæfni þeirra til þess að sjá fyrir og annast þriðja

kæranda í tengslum við ráðstöfun hans í fóstur hjá sér í samræmi við 66. gr. barnaverndarlaga (sjá 31. mgr. hér að framan). Niðurstöður hefðu verið mjög góðar og þriðji kærandi notið góðrar umönnunar hjá fyrsta og öðrum kæranda. Þær hefðu einnig gætt hagsmuna hans með því að sækja um ríkisborgararétt fyrir hans hönd og gert honum grein fyrir aðstæðum við fæðingu hans, eins og hann átti rétt á.

47. Töldu kærundur að stöðugra félagslegra tengsla hans við fyrsta og annan kæranda væri ekki nægilega vel gætt með fósturfyrirkomulaginu. Meðal annars hefði synjunin um að viðurkenna þær sem foreldra gert að verkum að þriðji kærandi nyti ekki erfðaréttar gagnvart fyrsta og öðrum kæranda og öfugt (sjá 35. mgr. hér að framan). Að auki báru kærundur að þau byggju við óvissuástand sem ylli þeim kvíða og raun þar sem þeim væri gert að búa við stöðu fósturforeldra og fósturbarns.

(b) Ríkið

48. Ríkið féllst á að synjunin um viðurkenningu á foreldratengslum kæranda hefði falið í sér íhlutun í friðhelgi einkalífs þriðja kæranda, en taldi að synjunin um viðurkenningu hefði ekki falið í sér íhlutun í einkalíf fyrsta og annars kæranda, né heldur í friðhelgi fjölskyldulífs kæranda. Í öllu falli taldi ríkið að ekki hefði verið um neitt brot að ræða á rétti kæranda til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs.

49. Ríkið greindi frá því að víðtæk þjóðfélags- og stjórn málaumræða hefði átt sér stað um staðgöngumæðrun á Íslandi. Meðal annars hefði verið að störfum starfshópur um staðgöngumæðrun, sem skipaður hefði verið af heilbrigðisráðherra en í skýrslu hópsins árið 2010 hefði niðurstaðan verið að ekki skyldi lögleiða staðgöngumæðrun. Að samþykktri þingsályktunartillögu árið 2011 hefði í tvígang verið lagt fram á Alþingi frumvarp til laga um að heimila staðgöngumæðrun í velgjörðarskyni að gefnum líffræðilegum tengslum við annað foreldrið en ekki hefði komið til atkvæðagreiðslu um það Taldi ríkið því að ættleiðing væri eina færa leiðin fyrir tilvonandi foreldra að hljóta viðurkenningu á tengslum sínum við barn, sem fætt væri með staðgöngumæðrun, sem foreldratengsl.

50. Taldi ríkið að 8. gr. mannréttindasáttmálans tryggði ekki réttinn til þess að stofna til fjölskyldu eða réttinn til þess að ættleiða barn. Þá taldi ríkið að veita ætti ríkinu vítt svigrúm til mats þegar ákvörðun væri tekin um staðgöngumæðrun og tæknifrjóvgun, einkum og sér í lagi í málum eins og fyrirhugðri máli, þar sem engin líffræðileg tengsl væru milli barnsins og fyrirhugaðra foreldra. Lagði ríkið áherslu á að með innlendum lögum væri lagt bann við staðgöngumæðrun, sem ekki ætti að leyfa kærendum að sniðganga með því að skipuleggja staðgöngumæðrun erlendis.

51. Ríkið benti á að kærundur hefðu ekki gengið gegnum neitt opinbert skimunarferli á Íslandi á borð við þau sem gilda um ættleiðingu og sú staðreynd að staðgöngumæðrunin í þessu tilfelli hefði átt sér stað í ábataskyni hefði skapað hættu á því að staðgöngumóðirin og barnið yrðu fyrir

hagnýtingu og misnotkun. Taldi ríkið að bannið við staðgöngumæðrun girti fyrir þann möguleika að kona sem fæddi barn gæti afsalað sér líffræðilegri stöðu sinni sem móðir barnsins og kæmi í veg fyrir að konu yrði þröngvað til þess að heimila að líkami hennar yrði notaður til þess að ala barn sem hún þyrfti síðan að rjúfa öll tengsl við. Þá benti ríkið einnig á að bannið við staðgöngumæðrun verndaði rétt barna til þess að leita upplýsinga um uppruna sinn, þar sem börn sem alin væru með staðgöngumæðrum mundu standa frammi fyrir vandkvæðum á því að leita upplýsinga um líffræðilegt faðerni eða móðerni sitt.

2. Meðalganga þriðju aðila

(a) Ordo Iuris

52. Af hálfu meðalgönguáðilans Ordo Iuris var bent á að engin evrópsk samstaða ríkti um lögmati staðgöngumæðrunar og að aðildarríkjum ætti því að ætla vítt svigrúm til mats við ákvörðun á því hvort og hvernig ætti að viðurkenna foreldratengsl milli barna sem fædd væru með staðgöngumæðrun og fyrirhugaðra foreldra þeirra.

53. Ordo Iuris taldi einnig að með réttinum til friðhelgi einkalífs væri ekki lögð sú skylda á aðildarríkin að viðurkenna erlend fæðingarvottorð þar sem ekki kæmu fram upplýsingar um líffræðilega móður barns, einkum þar sem það gæti grafið undan möguleikum barnsins til þess að afla upplýsinga um líffræðilegan uppruna sinn.

54. Loks taldi Ordo Iuris að 8. gr. [mannréttindasáttmálans] fæli ekki í sér vernd „mögulegra tengsla“ milli fyrirhugaðs foreldris og barns sem fætt væri með staðgöngumæðrum ef ekki væri um að ræða erfðafræðileg tengsl eða tilfinningaleg bönd milli beggja.

(b) AIRE stöðin (AIRE Centre – Advice for Individual Rights in Europe)

55. Meðalgönguáðilinn AIRE Centre lagði fram umfangsmikil gögn um tilhögun staðgöngumæðrunar á alþjóðavísu og tilheyrandi lögfræðileg áhrif. Taldi hann að dómstólnum bæri að ganga úr skugga um hvort hagsmunir barnsins hefðu verið metnir með formlegum og sannanlegum hætti, með aðkomu óháðs aðila ef nauðsyn krefði. Færði hann rök fyrir því að dómstóllinn ætti ekki einungis að líta til mannréttindasáttmálans og eigin fordæma varðandi staðgöngumæðrun, heldur einnig til sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (barnasáttmála S.þ.), svo og til almennra athugasemda nefndar S.þ. um réttindi barna varðandi ákvæði hans. Þannig ætti megináherslan a.m.k. að vera á hagsmuni barnsins þegar ákvarðanir væru teknar um viðurkenningu foreldratengsla að lögum í slíkum málum, eins og krafist væri skv. 3. gr. barnasáttmálans og 14. almennu athugasemd nefndarinnar um réttindi barna. Enn fremur taldi AIRE Centre, með vísan til 21. gr. barnasáttmálans, að ef farið væri með álitamál um viðurkenningu

móðernis og faðernis fyrirhugaðra foreldra á þeim grunni að þeim mætti jafna til ættleiðingarmála ættu hagsmunir barnsins að vera í fyrirrúmi.

3. Álit dómstólsins

(a) Hvort stofnast hefði til „fjölskyldulífs“ milli kæranda

56. Álitamál um hvort til „fjölskyldulífs“ hafi stofnast snúast í eðli sínu um staðreyndir og velta á tilvist náinna persónulegra tengsla. Hugmyndin um „fjölskyldu“ í 8. gr. varðar tengsl sem byggja á hjónabandi en einnig önnur tengsl í raun, þar með talið milli fólks af sama kyni, þegar aðilar búa saman utan hjónabands eða þegar aðrir þættir eru til vitnis um að tengslin einkennist af nægjanlegri festu (sjá *Paradiso og Campanelli gegn Ítalíu* [GC], nr. 25358/12, 140. mgr., 24. janúar 2017, og heimildir sem þar er vísað til, og *Oliari o.fl. gegn Ítalíu*, nr. 18766/11 og 36030/11, 130. mgr., 21. júlí 2015).

57. Akvæði 8. gr. mannréttindasáttmálans tryggja hvorki réttinn til þess að stofna til fjölskyldu né réttinn til þess að ættleiða barn. Rétturinn til friðhelgi „fjölskyldulífs“ verndar ekki löngunina eina saman til þess að stofna fjölskyldu; hann byggir á því að fjölskylda sé til orðin, eða að minnsta kosti möguleg tengsl milli t.d. barns sem fæðist utan hjónabands við kynföður sinn, eða tengsl sem myndast vegna raunverulegs hjónabands, jafnvel þótt til fjölskyldulífs hafi ekki enn stofnast að fullu, eða tengslin milli föður og skilgetins barns síns, jafnvel þótt leitt sé í ljós árum síðar að þau eigi sér ekki líffræðilegan grunn, eða tengsl sem myndast vegna lögmætrar og raunverulegra ættleiðingar (sjá *Paradiso og Campanelli*, sem vísað er til hér að framan, 141. mgr., og heimildir sem þar er vísað til).

58. Dómstóllinn þarf að fullvissa sig út frá málavöxtum um hvort tengslin milli fyrstu kærendanna tveggja og barnsins, þ.e. þriðja kæranda, falli undir hugtakið fjölskyldulíf í skilningi 8. gr. Áður en lengra er haldið minnir dómstóllinn á að fyrsti og annar kærandi skildu meðan á málaferlum stóð á Íslandi og áður en Hæstiréttur Íslands kvað upp dóm í máli þeirra 30. mars 2017 (sjá 12. mgr. hér að framan). Fyrir þessum dómstóli verður álitamálið um hvort 8. gr. eigi við þannig rannsakað með því að líta til stöðu mála á þeim tímapunkti þegar Hæstiréttur Íslands kvað upp dóm sinn í þessu máli með sérstöku tilliti til þess hvernig raunveruleg tengsl og sambönd milli fyrstu kærendanna tveggja saman, og síðar hvers í sínu lagi, og þriðja kæranda þróuðust frá fæðingu hans til loka marsmánaðar 2017.

59. Dómstóllinn vekur athygli á því að ekki er um það deilt að engin líffræðileg tengsl eru milli kærendanna þriggja. Aðstæður eru því sambærilegar við þær sem uppi voru í upphaflegu máli *Paradiso og Campanelli* (sem vísað er til hér að framan), þar sem barn, sem fæddist með staðgöngumæðrun utanlands, var tekið af fyrirhuguðum foreldrum þess skömmu eftir komu þeirra til heimalands síns, sett í opinbera umsjá og síðar ættleitt af annarri fjölskyldu. Í því máli taldi dómstóllinn að skilyrðin fyrir tilvist „fjölskyldulífs“ væru ekki uppfyllt vegna þess skamma tíma sem

tengslin vörðu milli hinna fyrirhuguðu foreldra og barnsins, sem stóðu einungis yfir í um það bil átta mánuði, svo og vegna óvissunnar um tengslin frá lagalegu sjónarmiði, þrátt fyrir fyrirætlanir um barneign og gæði tilfinningalegra tengsla þeirra. Eins og skýrt var af hálfu dómstólsins í *Paradiso og Campanelli* (sem vísað er til hér að framan, 148.-149. mgr.) getur hann við tiltekna aðstæður fallist á tilvist *de facto* fjölskyldulífs milli fullorðins og barns þrátt fyrir að ekki sé um nein líffræðileg eða lagaleg tengsl að ræða, svo fremi að fyrir hendi séu ósvikin persónuleg tengsl. Það er því nauðsynlegt í þessu máli að líta til gæða tengslanna, hlutverks kæranda [fyrsta og annars kæranda] gagnvart þriðja kæranda og tímalengd bæði sambúðar þeirra allra saman og síðar sambúðar þriðja kæranda með fyrstu kærundunum tveimur hvorum í sínu lagi (sama heimild, 151. mgr.).

60. Áður en lengra er haldið með þetta mat veitir dómstóllinn því eftirtekt að ólíkt aðstæðum í máli *Paradiso og Campanelli* (sem vísað er til hér að framan) voru tengslin milli allra þriggja kæranda ekki rofin með ákvörðun landsyfirvalda. Þvert á móti var þriðja kæranda upphaflega komið fyrir í fóstri hjá fyrsta og öðrum kæranda í samræmi við landslög og var sú ráðstöfun síðan gerð varanleg fram til skilnaðar þeirra í maí 2015. Í kjölfar skilnaðarins og allt þar til Hæstiréttur kvað upp dóm sinn 30. mars 2017 var nýju fósturfyrirkomulagi komið á þar sem þriðji kæranda dvaldi sitt hvort árið hjá fyrsta og síðan öðrum kæranda en með jafna umgengni við þann kæranda sem ekki væri í hlutverki fósturforeldrisins á viðkomandi tíma (sjá 12. mgr. hér að framan). Þótt það komi mati dómstólsins ekki með beinum hætti við, ítrekar dómstóllinn enn fremur að þriðja kæranda var í kjölfarið komið fyrir í fóstri hjá fyrsta kæranda og maka hennar 18. desember 2019 en nýtur áfram jafnar umgengni við annan kæranda og maka hennar.

61. Dómstóllinn minnir á að staðgöngumæðrun er ólögleg á Íslandi og liggur refsíabyrgð við ef hún á sér stað innan íslenskrar lögsögu (sjá 28. mgr. hér að framan). Þá veitir dómstóllinn því eftirtekt að grundvallarreglan um móðerni samkvæmt íslenskum lögum, eins og ríkið tók fram og m.a. má ráða af 1. mgr. 6. gr. barnalaga nr. 76/2003 (sjá 27. mgr. hér að framan), telst kona sem elur barn vera móðir þess. Við þessar aðstæður fellst dómstóllinn á að tengslin milli kæranda þriggja hafi verið háð réttaróvissu í upphafi, eins og raunin var í máli *Paradiso og Campanelli* (sem vísað er til hér að framan). Þó er ekki unnt að líta fram hjá því að þriðji kæranda hefur verið í óslitinni umsjá fyrsta og annars kæranda síðan hann fæddist í febrúar 2013. Af því leiðir að þegar endanlegur dómur var kveðinn upp á Íslandi í lok mars 2017 höfðu kærendurnir þrír bundist tilfinningarlegum böndum í meira en fjögur ár, þ.e.a.s. alla ævi þriðja kæranda. Þriðji kæranda var áfram hjá fyrstu kærundunum tveimur í löglegu fóstri hjá þeim, eftir fyrstu synjun Þjóðskrár Íslands og meðan á málarekstri stóð fyrir héraðsdómi og Hæstarétti, í upphafi meðan allir kærendur voru saman og í kjölfarið þegar þriðja kæranda var ráðstafað til fyrstu kæranda tveggja, hvors um sig; það fyrirkomulag hélst án nokkurrar íhlutunar af hálfu yfirvalda, ef frá er talin ákvörðun um lagalega

forsjá og skipun lögráðamanns, sem tekin var þremur mánuðum síðar. Tengslin milli fyrstu tveggja kærendanna og þriðja kæranda styrktust þannig augljóslega í tímans rás, studd af fósturfyrirkomulaginu sem til var stofnað á grundvelli laga. Fyrsti og annar kærandi báru að þær hefðu gegnt hlutverki foreldra þriðja kæranda og að hann liti á þær sem foreldra sína. Ríkið hefur ekki borið bríður á gæði sambands þeirra.

62. Í ljósi framangreinds er það niðurstaða dómstólsins, með hliðsjón af prófsteininum varðandi gildi „fjölskyldulífs“ samkvæmt 8. gr. mannréttinda-sáttmálans, eins og hann er fram settur í *Campanelli* (sem vísað er til hér að framan, 148.-151. mgr.), að kröfurnar um „fjölskyldulíf“ séu uppfylltar í ljósi málavaxta þessa máls. Í því sambandi hefur dómstóllinn tekið mið af tímalengd óslitinna tengsla fyrstu kærendanna tveggja við þriðja kæranda, gæða tengslanna sem þegar hafa myndast og þess tilfinningalega sambands sem myndast hefur við þriðja kæranda á fyrstu stigum ævi hans, sem styrkst hefur af fósturfyrirkomulaginu sem komið var á af innlendum yfirvöldum og ekki hefur verið andmælt af ríkinu fyrir dómstólnum.

(b) Hvort um brot hafi verið að ræða á rétti kæranda til friðhelgi fjölskyldulífs

(i) Hvort um íhlutun hafi verið að ræða í réttinn til friðhelgi fjölskyldulífs

63. Að fenginni þeirri niðurstöðu að kæra kæranda hafi varðað „fjölskyldulíf“ þeirra í skilningi 8. gr. telur dómstóllinn jafnframt að synjunin um að viðurkenna fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda þrátt fyrir fæðingarvottorð Kaliforníuríkis þess efnis, hafi falið í sér íhlutun í rétt kærendanna þriggja til friðhelgi þess fjölskyldulífs (sjá *Menesson gegn Frakklandi*, nr. 65192/11, 49. mgr., ECHR 2014 (útdrættir)). Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. verður slík íhlutun að vera í samræmi við lög, leitast við að ná einu eða fleiri þeirra lögmætu markmiða sem upp eru talin í ákvæðinu og vera nauðsynleg í lýðræðislegu samfélagi til þess að ná viðkomandi markmiði eða markmiðum.

(ii) Hvor íhlutunin hafi verið í samræmi við lög

64. Dómstóllinn veitir því athygli að í íslenskum lögum er ekki að finna skýlaust ákvæði þar sem kveðið er á um almenna reglu um hvernig skuli ákvarða hver teljist móðir barns. Í dómi Hæstaréttar er þó að finna nákvæma röksemdafærslu fyrir því hvers vegna rétturinn taldi að hin almenna regla um móðerni samkvæmt íslenskum lögum væri sú að sú kona sem alið hefði barn teldist móðir þess (sjá 23. mgr. hér að framan). Í þessu sambandi ítrekaði Hæstiréttur að staðgöngumæðrun væri bönnuð skv. 4. mgr. 5. gr. laga nr. 55/1996 um tæknifrjóvgun og notkun kynfrumna og fósturvísa manna til stofnfrumurannsókna. Þá benti Hæstiréttur á að við aðstæður þar sem um er að ræða tæknifrjóvgun sé í 6. mgr. barnalaga nr. 76/2003 kveðið á um að kona sem elur barn sem getið er við tæknifrjóvgun teljist vera móðir þess en í 2.

mgr. sé kveðið á um að kona sem samþykkt hefur að eiginkona hennar undirgangist slíka meðferð teljist foreldri barnsins. Þegar litið væri til þessara ákvæða, svo og til bannsins við staðgöngumæðrun, taldi Hæstiréttur að einungis sú kona sem fæddi barn að undangenginni tæknifrjóvgun gæti talist móðir þess og að af þeim sökum gætu hvorki fyrsti né annar kærandi talist móðir þriðja kæranda samkvæmt íslenskum lögum. Í ljósi þess að þessi túlkun á innlendum lögum er hvorki gerræðisleg né bersýnilega ósanngjörn er það niðurstaða dómstólsins að synjunin um að viðurkenna fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda hafi átt fullnægjandi stoð í lögum.

(iii) *Hvort íhlutunin hafi haft lögmætan tilgang*

65. Samkvæmt greinargerðum ríkisins var tilgangurinn með banni við staðgöngumæðrun sá að vernda hagsmuni kvenna sem kynni að vera þröngvað til staðgöngumæðrunar, svo og rétt barna til vitneskju um kynforeldra sína. Í ljósi þessa telur dómstóllinn að synjunin um að viðurkenna fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda hafi haft þann lögmæta tilgang að vernda réttindi og frelsi annarra (sjá *Mennesson*, sem vísað er til hér að framan, 62. mgr., og *Paradiso og Campanelli*, sem vísað er til hér að framan, 177. mgr.).

(iv) *Hvort íhlutunin hafi verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi*

(a) Viðeigandi grundvallarreglur

66. Dómstóllinn ítrekar að við ákvörðun á því hvort umdeild aðgerð hafi verið „nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi“ ígrundar hann í ljósi málsins í heild hvort rökin sem færð eru til réttlætningar á aðgerðinni hafi verið viðeigandi og fullnægjandi í skilningi 2. mgr. 8. gr. (sjá *Paradiso og Campanelli*, sem vísað er til hér að framan, 179. mgr., og heimildir sem þar er vísað til).

67. Í málum sem rætur eiga í einstökum kærnum er það ekki í verkahring dómstólsins að rýna í viðkomandi löggjöf eða framkvæmd almennt, heldur ber honum að því marki sem mögulegt er að takmarka sig, án þess að missa sjónir af hinu almenna samhengi, við að fjalla um þau álitamál sem vaknað hafa í því máli sem fyrir honum liggur. Af þessu leiðir að verkefni dómstólsins er ekki að setja sig í stað þar til bærri innlendra yfirvalda við ákvörðun þeirrar stefnu sem best er til þess fallin að koma á reglu varðandi flókið og viðkvæmt mál á borð við samband milli fyrirhugaðra foreldra og barns sem fætt er utanlands með staðgöngumæðrun í ábataskyni, sem bannað er í hinu kærða ríki (sama heimild, 180. mgr., og heimildir sem þar er vísað til).

68. Samkvæmt rótgróinni framkvæmd dómstólsins felur hugmyndin um nauðsyn í sér að íhlutunin svari til knýjandi samfélagslegrar þarfar og, einkum og sér í lagi, að hún sé hófleg í ljósi þess lögmæta markmiðs sem stefnt er að, að teknu tilliti til þess sanngjarna jafnvægis sem gæta þarf milli þeirra

andstæðu hagsmuna sem um ræðir. Við ákvörðun á því hvort íhlutun hafi verið „nauðsynleg í lýðræðislegu samfélagi“ hefur dómstóllinn hugfast að innlendum yfirvöldum ber ákveðið svigrúm til mats, sem þó er háð eftirliti af hálfu dómstólsins að því er varðar samræmi við kröfur sem leiða af mannréttindasáttmálanum (sama heimild, 181. mgr.).

69. Dómstóllinn ítrekar að taka verður mið af fjölmörgum þáttum þegar ákvarðað er hversu víðu svigrúmi til mats ber að ætla ríkinu við úrlausn máls sem fellur undir 8. gr. mannréttindasáttmálans. Þegar í húfi er sérlega mikilvægur flötur á tilvist eða persónu einstaklings verður svigrúmið sem ríkinu er ætlað að jafnaði þrengt (sama heimild, 182. mgr.). Ef ekkert almennt samkomulag ríkir á hinn bóginn meðal aðildarríkja Evrópuráðsins, annað hvort að því er varðar afstætt mikilvægi þeirra hagsmuna sem í húfi eru eða að því er varðar bestu leiðina til þess að verja þá, einkum þegar mál vekur upp viðkvæm siðræn eða siðferðileg álitamál, er svigrúmið víðtækara (sjá *Evans gegn Bretlandi* [GC], nr. 6339/05, 77. mgr., ECHR 2007-I, og *A, B og C gegn Írlandi* [GC], nr. 25579/05, 232. mgr., ECHR 2010). Að jafnaði er ríki ætlað víðtækt svigrúm til mats ef því er gert að leita jafnvægis milli einkahagsmuna og almennra hagsmuna eða réttinda samkvæmt mannréttindasáttmálanum (sjá *Paradiso og Campanelli*, sem vísað er til hér að framan, 182. mgr., og heimildir sem þar er vísað til).

70. Að því er varðar viðurkenningu dómstólsins á því að ríkjum verði að meginreglu til að ætla vítt svigrúm til mats í málum sem vekja viðkvæm siðræn og siðferðileg álitæfni, sem engin samstaða er um á evrópskum vettvangi, vísar dómstóllinn einkum til þeirrar ígrunduðu nálgunar sem beitt var varðandi álitæfnið um tæknifrjövgun með gjafasæði í *S.H. o.fl. gegn Austurríki* ([GC], nr. 57813/00, 95.-118. mgr., ECHR 2011) og greiningarinnar á svigrúmi til mats í samhengi við staðgöngumæðrun og viðurkenningu foreldratengsla að lögum milli fyrirhugaðra foreldra og barnanna sem þannig er getið með löglegum hætti erlendis í *Menesson* (sem vísað er til hér að framan, 78.-79. mgr.).

(β) Gildi meginreglnanna fyrir þetta mál

71. Dómstóllinn tekur mið af því að raunverulegt fjölskyldulíf kærendanna þriggja var ekki rofið með íhlutun hins kærða ríkis. Þvert á móti gerði ríkið ráðstafanir til þess að þriðji kærandi færi í fóstur til fyrsta og annars kæranda og svo virðist sem sameiginleg ættleiðing þeirra á þriðja kæranda hafi staðið þeim til boða allt fram að skilnaði þeirra. Við skilnað þeirra gerði hið kærða ríki nýtt samkomulag um fósturfyrirkomulag við fyrsta kæranda, sem var háð því skilyrði að annar kærandi nyti áfram jafnrar forsjár. Þannig gerði hið kærða ríki ráðstafanir sem miðuðu að því að tryggja að kærendurnir þrír gætu áfram notið fjölskyldulífs þrátt fyrir synjunina um viðurkenningu á foreldratengslum og þrátt fyrir skilnað fyrsta og annars kæranda. Þótt dómstóllinn geti fallist á að synjunin um viðurkenningu hafi haft áhrif á fjölskyldulíf kæranda var jafnframt staðinn vörður um sama

fjölskyldulífið með því að fóstursambandið var gert varanlegt, sem verður að telja að hafi að verulegu leyti dregið úr óvissunni og hugarangrinu sem kærendur báru um (sjá 47. mgr. hér að framan).

72. Að auki horfir dómstóllinn til þess að hið kærða ríki veitti þriðja kæranda ríkisborgararétt með sérstökum lögum frá Alþingi, sem hafði þau áhrif að koma festu á og tryggja dvöl hans og réttindi í landinu. Raunverulegar og áþreifanlegar hindranir við því að kærendur nytu fjölskyldulífs vegna synjunarinnar um viðurkenningu á fjölskylduböndum virðast þannig hafa verið takmarkaðar (sjá t.d. *Menesson*, sem vísað er til hér að framan, 92. mgr.).

73. Af hálfu dómstólsins er ítrekað að lokaákvörðunin sem mat þetta beinist að er dómur Hæstaréttar Íslands frá 30. mars 2017, þar sem Hæstiréttur hafnaði kröfum kæranda um að ógilda synjunina um skráningu foreldratengslanna og skylda Þjóðskrá Íslands til þess að skrá þriðja kæranda sem son fyrsta og annars kæranda (sjá 22.-24. mgr. hér að framan). Fyrir uppkvaðningu dóms Hæstaréttar og í kjölfar skilnaðar síns drógu fyrsti og annar kærandi að eigin frumkvæði til baka umsókn sína um að ættleiða þriðja kæranda og sú ættleiðingarumsókn var ekki liður í málarekstrinum. Þannig hefur engin endanleg ákvörðun verið tekin varðandi umsókn fyrsta og annars kæranda um að ættleiða þriðja kæranda. Álitafnið fyrir dómstólnum takmarkast því við skráningu foreldratengsla, sem var efni dómsmála kæranda sem leidd voru til lykta með endanlegum dómi Hæstaréttar Íslands 30. mars 2017 (sjá 22.-24. mgr. hér að framan). Mótmælum ríkisins þess efnis að kærendur hafi ekki leitað til hlítar leiðréttingar í heimalandinu er þess vegna vísað frá dómi.

74. Engu að síður tekur dómstóllinn tillit til þeirrar athugasemdar ríkisins að fyrsti og annar kærandi geta enn sótt um að ættleiða þriðja kæranda, hvor um sig sem einstaklingar eða með nýjum mökum sínum. Þótt dómstóllinn geri sér grein fyrir þeim vandkvæðum sem gætu risið vegna þeirrar staðreyndar að einungis er unnt að veita öðrum kærendanna heimild til þess að ættleiða barnið tekur hann mið af þessum kosti í heildstæðri rannsókn sinni á nauðsyn íhlutunarinnar, einkum að því er varðar réttindi barnsins, þ.e. þriðja kæranda, samkvæmt 8. grein.

75. Þegar allt framangreint er haft í huga, einkum og sér í lagi að engin merki eru um raunverulegar og áþreifanlegar skorður við því að njóta fjölskyldulífs, svo og þær ráðstafanir sem hið kærða ríki greip til í því skyni að koma festu á og tryggja tengslin milli kæranda, er það niðurstaða dómstólsins að með synjuninni um viðurkenningu á formlegum foreldratengslum, sem staðfest var með dómi Hæstaréttar, hafi verið gætt sanngjarns jafnvægis milli réttar kæranda til friðhelgi fjölskyldulífs síns og þeirra almennu hagsmuna sem ríkið leitaðist við að vernda með banni sínu við staðgöngumæðrun. Þannig brást ríkið við innan þess svigrúms til mats sem því ber í slíkum málum. Því hefur ekki verið brotið gegn 8. gr. mannréttinda-sáttmálans að því er viðvíkur rétti kæranda til friðhelgi fjölskyldulífs.

(c) Hvort um brot hafi verið að ræða á rétti kæranda til friðhelgi einkalífs

76. Dómstóllinn veitir því athygli að röksemdir kæranda í tengslum við kæru sína varðandi friðhelgi „einkalífs“ síns eru að meginefni til þær sömu og lagðar voru fram að því er varðar kæru þeirra varðandi friðhelgi „fjölskyldulífs“ síns. Í ljósi þess sér dómstóllinn ekki forsendur til þess að komast að annarri niðurstöðu varðandi fyrrnefnda kæruliðinn. Af því leiðir að ekki hefur verið brotið gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans að því er viðvíkur rétti kæranda til friðhelgi einkalífs.

**II. MEINT BROT GEGN 14. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS,
SBR. 8. GR. MANNRÉTTINDASÁTTMÁLANS**

77. Kærendur kvörtuðu undan því að þeim hefði verið mismunað að því er varðar rétt þeirra til friðhelgi einka- og fjölskyldulífs vegna stöðu þeirra, andstætt 14. gr. mannréttindasáttmálans, sbr. 8. gr. hans. 14. gr. er svohljóðandi:

„Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í [sáttmálanum], skulu tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, sambands við þjóðernisminnihluta, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.“

78. Kærendur báru að vitað væri um dæmi þar sem öðrum börnum, sem fæðst hefðu með aðstoð staðgöngumóður, hefði verið heimilað að skrá móðerni og faðerni fyrirhugaðra foreldra og vísuðu til annars dómsmáls á Íslandi sem snerist um staðgöngumæðrun (sjá 36. mgr. hér að framan). Töldu þau að þau hefðu sætt mismununun að þessu leyti.

79. Rannsókn dómstólsins á þeim gögnum sem fyrir hann voru lögð leiddi ekki ljós nein merki um brot. Af því leiðir að kæruliður þessi er augljóslega illa grundaður og því ber að hafna honum skv. a-lið 3. mgr. og 4. mgr. 35. gr. mannréttindasáttmálans.

**AF ÞESSUM SÖKUM HEFUR DÓMSTÓLLINN KOMIST AÐ
ÞEIRRI EINRÓMA NIÐURSTÖÐU**

1. að kærán skv. 8. gr. sé tæk til meðferðar en að aðrir kæruliðir séu ótækir til meðferðar
2. að fyrri andmæli ríkisins varðandi tæmingu innlendra úrræða til fulls skuli sameinuð málsástæðum málsins og *vísað frá dómi*,
3. að ekki hafi verið brotið gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans.

VALDÍS FJÖLNISDÓTTIR O.FL. GEGN ÍSLANDI – DÓMUR

Gert á ensku og tilkynnt skriflega hinn 18. maí 2021 í samræmi við 2. og 3. mgr. 77. gr. reglna dómstólsins.

Milan Blaško
ritari

Paul Lemmens
forseti

Í samræmi við 2. mgr. 45. gr. mannréttindasáttmálans og 2. mgr. 74. gr. reglna dómstólsins fylgir dómi þessum sérálit Lemmens, dómara.

P.L.
M.B.

SÉRATKVÆÐI DÓMARANS LEMMENS

1. Það er ekki án efasemda sem ég fellst á það með meðdómendum mínum að ekki hafi verið brotið gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans að því marki sem sú niðurstaða lýtur að kærinni um meint brot gegn réttinum til friðhelgi einkalífs (sjá 76. mgr. dómsins). Í þessu sératkvæði vil ég skýra ástæðurnar fyrir efasemdum mínum.

2. Í dóminum er fjallað ítarlega um kærana varðandi friðhelgi fjölskyldulífs (sjá 56.-75. mgr.). Þegar komið er að kæruliðnum varðandi réttinn til friðhelgi einkalífs er í dóminum einungis gerð sú athugasemd að röksemdir kæranda varðandi einkalíf þeirra séu „að meginefni til þær sömu“ og lagðar voru fram varðandi friðhelgi fjölskyldulífs síns og sagt að „í ljósi þess“ séu ekki forsendur til þess að komast að annarri niðurstöðu en þeirri sem varðar friðhelgi fjölskyldulífs (sjá 76. mgr. dómsins).

Í mínum huga eru einkalíf og fjölskyldulíf aðskilin hugtök og því ber að meginreglu til að greina kærur sem varða þessa tvo þætti 8. gr. með sjálfstæðum hætti. Af hverju skyldi það ekki gert í þessu máli?

3. Að því leyti sem kærundur vísa til brots gegn réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs kvarta þau undan synjuninni um að skrá fyrsta og annan kæranda sem foreldra þriðja kæranda (sjá 43. mgr. dómsins). Halda þau því fram að íhlutun ríkisins hafi haft áhrif á stöðugleika „félagslegu tengslanna“ milli kæranda þriggja (sjá einkum 47. mgr. dómsins). Að því er þetta atriði varðar er það niðurstaða dómsins að synjunin um að viðurkenna formleg foreldratengsl, þrátt fyrir fæðingarvottorð Kaliforníuríkis því til staðfestingar, falli ekki utan við það svigrúm sem ríkinu er ætlað til mats. Til þess að komast að þessari niðurstöðu er vísað til þess að „engin merki [séu] um raunverulegar og áþreifanlegar skorður við því að njóta fjölskyldulífs, svo og [þeirra ráðstafana] sem hið kærða ríki tók til þess að koma festu á og tryggja tengslin milli kæranda“ (sjá 75. mgr. dómsins).

Um kæruliðinn varðandi fjölskyldulíf er þannig fjallað í meginatriðum út frá stöðugleika þess félagsskapar sem foreldri og barn njóta hvert af öðru, sem að sönnu er grundvallarþáttur fjölskyldulífs (sjá meðal margra annarra heimilda *Elsholz gegn Þýskalandi* [GC], nr. 25735/94, 43. mgr., ECHR 2000-VIII; *K. og T. gegn Finnlandi* [GC], nr. 25702/94, 151. mgr., ECHR 2001-VII; og *Strand Lobben o.fl. gegn Noregi* [GC], nr. 37283/13, 202. mgr., 10. september 2019).

4. Eins og sjá má af fordæmum dómstólsins varðar friðhelgi einkalífs venjulega aðra hlið þeirra aðstæðna sem leiða af samningi um staðgöngumæðrun, þ.e. rétt barnsins til viðurkenningar á löglegum foreldratengslum við fyrirhugaðan föður (sjá *Menesson gegn Frakklandi*, nr. 65192/11, 80., 96. og 99. mgr., ECHR 2014 (útdrættir), og *Labassee gegn Frakklandi*, nr. 65941/11, 38., 75. og 79. mgr., 26. júní 2014), til jafns við fyrirhugaða móður (sjá *Ráðgefandi álit varðandi viðurkenningu að lögum á foreldratengslum milli barns sem fætt er með staðgöngumæðrun utanlands og fyrirhugaðrar*

móður [GC], beiðni nr. P16-2018-001, hæstiréttur Frakklands (e. Court of Cassation), 46. mgr., 10. apríl 2019, og *D gegn Frakklandi*, nr. 11288/18, 54. mgr., 16. júlí 2020). Sá réttur er talinn vera liður í rétti barnsins til þess að móta einstaka þætti sjálfsmyndar sinnar sem sérstök mannvera (sjá *Menesson*, sem vísað er til hér að framan, 96. mgr., og *Labassee*, sem vísað er til hér að framan, 75. mgr.).

Þannig hefur dómstóllinn til þessa takmarkað rétt barns til viðurkenningar á löglegum foreldratengslum við sambönd þar sem líffræðileg tengsl eru við að minnsta kosti annað fyrirhugað foreldrið (sjá *ráðgefandi álitid* sem vísað er til hér að framan, 36. mgr). Dómstóllinn hefur þó gefið í skyn að „til þess kunni að koma síðar að dómstóllinn þurfi að þróa fordæmi sín frekar á þessu sviði, einkum í ljósi þróunar álitafna varðandi staðgöngumæðrun (sama heimild).

Í mínum huga ætti ekki með nokkru móti að útiloka þá framtíðarþróun. Hin neikvæðu áhrif sem synjun um viðurkenningu löglegra tengsla milli barnsins og fyrirhugaðra foreldra hefur „á ýmsa þætti réttar barnsins til friðhelgi einkalífs síns“ (sama heimild, 40. mgr., með upptalningu fjölda dæma um óhagræði fyrir barnið) eiga við um öll börn sem fædd eru með staðgöngumæðrun sem á sér stað utanlands. Í raun eru áhrifin fyrir börnin þau sömu, hvort sem annað eða bæði fyrirhugaðra foreldra hefur við þau líffræðileg tengsl eða ekki. Í báðum tilvikum velti ég fyrir mér hvort hið lögfræðilega tómarúm sem börn lenda í sé unnt að réttlæta á grundvelli háttsemi fyrirhugaðra foreldra þeirra eða með vísan til þeirra siðferðilegu sjónarmiða sem uppi eru í samfélaginu.

Það er rétt að ættleiðing er leið til þess að viðurkenna tengsl foreldris og barns. Eins og málavextir þessa máls sýna á hinn bóginn er ættleiðing ekki alltaf lausn á öllum þeim erfiðleikum sem barnið kann að upplifa (sjá 74. mgr. dómsins).

5. Það er af framangreindum ástæðum sem ég hikaði við að fallast á niðurstöðuna sem komist er að í 76. mgr. dómsins.

Það sem sannfærði mig þó var að þetta mál er ekki rétta málið til þess að fjalla sérstaklega um rétt þriðja kæranda til friðhelgi einkalífs.

Í raun snerust málaferlin fyrir hinum innlendu dómstólum um synjun yfirvalda um að skrá sambandið milli kærendanna þriggja. Þótt dómstólarnir hafi í niðurstöðum sínum vísað til einka- og fjölskyldulífs virðist sem röksemdafærsla þeirra hafi alfarið beinst að íhlutun í fjölskyldulíf. Í samræmi við þessa nálgun af hálfu hinna innlendu dómstóla vísuðu kærundur í kæru sinni til mannréttindadómstólsins berum orðum til réttarins til friðhelgi fjölskyldulífs og minntust ekki á friðhelgi einkalífs.

Við svo búið féllst ég á þá niðurstöðu að í þessu máli sé ekki ástæða til þess að komast að annarri niðurstöðu varðandi friðhelgi einkalífs en friðhelgi fjölskyldulífs.

6. Gildissvið réttar barnsins til stofnunar löglegra tengsla foreldris og barns, sem er þáttur í réttinum til friðhelgi einkalífs, verður að bíða frekar umfjöllunar í öðru dómsmáli.