

Nadomestno materinstvo in varstvo otrokovih koristi Komentar sodbe ESČP v zadevi *Paradiso in Campanelli* proti Italiji

SUZANA KRALJIĆ

Povzetek Nadomestno materinstvo predstavlja danes v mnogih državah občutljivo politično, družbeno in pravno temo, saj pomeni, včasih celo *ultima ratio*, možnost pridobitve otroka, ki ga pari niso mogli pridobiti po naravni poti. Države članice EU danes vodijo dokaj enotno politiko na tem področju ter prepovedujejo nadomestno materinstvo, vendar pa je npr. dovoljeno v posameznih državah ZDA, na Tajskem, Rusiji in Indiji, kamor odhajajo z namenom pridobitve otroka po poti nadomestnega materinstva tudi »evropski« pari. Nadomestno materinstvo pomeni danes še mnoga odprta pravna vprašanja, s katerimi se posledično ukvarjajo tako nacionalna sodišča kakor tudi ESČP in SEU (npr. zadevi C-363/12 in C-167/12). V pričujočem primeru *Paradiso in Campanelli proti Italiji* so se italijanska sodišča ukvarjala s problematiko veljavnosti posvojitve, iziziranjem prava ter neskladnostjo z italijanskim javnim redom, zaradi česar je bil otrok nameravanim staršem odvzet. Zaradi takšne odločitve italijanskega sodišča je bila vložena pritožba na ESČP ter zatrjevana kršitev 8. člena EKČP. ESČP je ugotovilo kršitev, saj je potrdilo, da je med pritožnikoma in otrokom bilo vzpostavljeno *de facto* družinsko življenje, kljub pomanjkanju bioloških vezi. Priznana jima je bila odškodnina, a otrok jima ni bil vrnjen, zaradi česar sta se pritožila na Veliki senat ESČP.

KJUČNE BESEDE: • nadomestno materinstvo • posvojitve • odvzem otroka • družinsko življenje

NASLOV AVTORICE: dr. Suzana Kraljić, izredna profesorica, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, epšta: suzana.kraljic@um.si.

DOI 10.18690/18557147.7.1.77-83(2015)
ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2015 LeXonomica (Maribor)
Na svetovnem spletu dostopno na <http://journals.lexonomica.press>.

Surrogate Motherhood and Best Interest of the Child: Commentary of the ECHR Decision *Paradiso and Comapnelli v. Italy*

SUZANA KRALJIĆ

Abstract Surrogacy is presenting today in many countries a sensitive political, social and legal issue, because it means, sometimes also an *ultima ratio*, the possibility of obtaining a child, that couples are not able to obtain in a natural way. EU member states conduct today the uniform policy in this area and prohibit surrogacy, however the surrogacy is allowed in USA, Thailand, Russia and India, where the »european« couples are travelling with the intention to obtain a child. Surrogacy is presenting today still many open legal questions, with which are subsequently engaged national courts as well also ECtHR and CJEU (for example in cases C-363/12 in C-167/12). In case, *Paradiso in Campanelli v. Italiji*, the Italian courts have been engaged with the issues of validity of adoption, circumvention of the law and of the non-compliance with Italian public policy, due to which the child was deprived from intended parents. Due to such decision of the Italian court, it was the filled the appeal to the ECtHR and alleged violation of article 8 of the ECHR. The ECtHR found a violation, since it has confirmed that between the applicants and the child have been established *de facto* family life, despite the lack of biological ties. The applicants were recognized the compensation, but the child was not returned to them. Due to such decision the applicants appeal to the Great Chamber of the ECtHR.

KJUČNE BESEDE: • surrogate motherhood • adoption • deprivation of a child • family life

CORRESPONDENCE ADDRESS: Suzana Kraljić, Ph.D., Associate Professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, email: suzana.kraljic@um.si.

DOI 10.18690/18557147.7.1.77-83(2015)
ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2015 LeXonomica (Maribor)
Available on-line at <http://journals.lexonomica.press>.

1 Uvod

Nadomestno materinstvo (ang. surrogate motherhood) mnogim parom predstavlja *ultima ratio* način, da pridejo do želenega otroka, ki ga bodisi po biološki poti ali s pomočjo *in vitro fertilizacije* (v nad.: IVF) ali celo s posvojitvijo niso uspeli pridobiti. Nadomestno materinstvo postaja čedalje pogostejša oblika oploditve z biomedicinsko pomočjo in je danes v številnih državah občutljiva politična in družbena tema.¹ Kljub temu, da se je število držav, ki pravno urejajo in dovoljujejo nadomestno materinstvo, v zadnjih letih povečalo,² s tem še zdaleč niso rešena vsa pravna vprašanja. Ravno nasprotno. Zdi se, da nadomestno materinstvo prinaša vedno nova pravna vprašanja,³ s katerimi se soočajo tako mednarodna kakor nacionalna sodišča. Poleti 2014 smo lahko spremljali zgodbo tajskega dečka Gammya, ki se je rodil na podlagi nadomestnega materinstva, in je imel Downov sindrom ter ga nameravani avstralski starši niso želeli prevzeti.⁴ Prav tako je bil odmeven tudi primer deklice Manji Yamada, ki jo je rodila indijska nadomestna mati za nameravana starša iz Japonske, ki pa sta se med nosečnostjo nadomestne matere razvezala.⁵ Nenazadnje se je tudi Sodišče Evropske unije (v nad.: SEU) ukvarjalo z vprašanjem nadomestnega materinstva v zadevah C-363/12 in C-167/12,⁶ in sicer, ali ima ženska, če ni sama rodila otroka, pravico do plačanega dopusta tudi v primeru, če je otroka rodila nadomestna mati. SEU je v obeh primerih zavzelo odklonilno stališče, torej da nameravana mati nima pravice do plačanega dopusta, enakovrednega porodniškemu dopustu ali posvojiteljskemu dopustu. Tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (v nad.: ESČP) se je že soočilo s primeri, ki so se nanašali na vprašanja, povezana z nadomestnim materinstvom. Aktualni primer,⁷ s katerim se je ESČP ukvarjalo, je *Paradiso in Campanelli proti Italiji*. Odločba je bila sprejeta dne 27. 1. 2015.

2 Dejansko stanje⁸

Ga. Donatina Paradiso in g. Giovanni Campanelli, žena in mož, sta italijanska državljana, rojena 1967 in 1955, ki živita v Colletortu v Italiji. Po neuspešnih poskusih zanositve z IVF sta se odločila, da poskusita z gestacijskim nadomestnim materinstvom na podlagi dogovora.⁹ Za ta namen sta sklenila pogodbo z rusko družbo »Rosjurconsulting«, ki je poiskala nadomestno mati, ki je bila oplojena z IVF.¹⁰ Postopek IVF je bil uspešen in 27. 2. 2011 je nadomestna mati v Moskvi rodila otroka - dečka. V skladu z ruskim pravom, sta se ga. Paradiso in g. Campanelli vpisala kot starša otroka, brez da bi bilo navedeno, da je otrok rojen na podlagi dogovora o nadomestnem materinstvu.

Po prihodu v Italijo sta starša takoj želela vpisati otroka v rojstni register v Colletortu, a žal neuspešno. Italijanski konzulat v Moskvi je namreč obvestil sodišče za mladoletnike (ang. Minors Court) v Campobassu, Ministrstvo za zunanje zadeve in občino Colletorto, da dokumenti o otrokovem rojstvu vsebujejo napačne informacije.

Dne 5. 5. 2011 sta bila ga. Paradiso in g. Campanelli obtožena zavajanja o civilnem statusu (ang. misrepresentation of civil status) in kršitev posvojitvene zakonodaje. Očitano jima je bilo, da sta pripeljala otroka v Italijo ter pri tem kršila italijansko in mednarodno pravo. Njuno dejanje prav tako ni bilo usklajeno z dovoljenjem za posvojitev, ki sta ga pridobila decembra 2006, saj je izključevalo posvojitev tako majhnega otroka. Istega dne je državni tožilec na sodišču za mladoletnike v Campobassu zahteval, da se začne postopek za posvojitev otroka, saj se je le-ta štel po italijanskem pravu za zavrženega.

Avgusta 2011 je bil izvedel DNK test, ki je pokazal, da g. Campanelli ni biološki oče otroka. V IVF postopku so bile namreč uporabljene gamete nekoga drugega. Na podlagi tega je sodišče za mladoletnika odločilo, da se mora otroka takoj odvzeti pritožnikoma ter ga postaviti pod skrbništvo, in sicer iz razloga, da med pritožnikoma in otrokom ni nikakršnega biološkega razmerja. Obstajali so tudi dvomi o sposobnosti pritožnikov, da vzgajata otroka, saj so bila njuna dejanja v nasprotju s pravom. Dojenček jima je bil odvzet in nameščen v otroški dom, ne da bi bila obveščena o njegovi lokaciji ali da bi jima bili dovoljeni stiki. Nato je bil otrok januarja 2013 zaupan v varstvo rejniški družini.

Dodatno pa je otrok ostal tudi brez uradne identitete, saj je bil aprila 2013 zavržen vpisa ruskega rojstnega certifikata v italijanski register rojstev na podlagi razloga, da je registracija v nasprotju z italijanskim javnim redom. Italijanski organ je argumentiral, da je bil certifikat netočen, saj v njem ni bilo navedeno biološko razmerje med pritožnikoma in otrokom. Tudi njuno kasnejše navajanje, da sta ravnala v dobri veri, saj nista vedela, da semenska tekočina g. Campanelli ni bila uporabljena v ruski kliniki, je bilo neuspešno.

Aprila 2013 je otrok končno pridobil novo identiteto in je bil vpisan v novem rojstnem certifikatu, in sicer z navedbo, da je rojen neznanim staršem. Sodišče za mladoletnike je nato 5. 6. 2013 razglasilo, da vlagatelja nimata več sposobnosti, da ravnata kot posvojitelja v postopku, ki sta ga začela, saj nista bila niti starša niti sorodnika otroka.

3 Zatrjevana kršitev in odločitev ESČP¹¹

Pritožnika sta vložila pritožbo na ESČP v povezavi z 8. členom EKČP, ki določa:

- »1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja.*
- 2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali kaznivo dejanje, da se zavaruje zdravje ali morala, ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.«*

Zatrjevala sta kršitev pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ker jima je bil otrok odvzet in ker jima ni bilo priznано z vpisom otroka v register rojstev v Italiji starševsko razmerje, ki je bilo ustanovljeno v tujini. Pritožba je bila vložena na ESČP dne 27. 5. 2012. ESČP, v sestavi sedmih sodnikov, je najprej zavrnilo pritožbo, ki sta jo pritožnika vložila v otrokovem imenu, saj nista imela podlage, da delujeta v njegovem imenu, ker nista bila niti otrokova starša niti njegova zakonita zastopnika. Pritožba je bila zavrnjena tudi zaradi neizčrpanosti vseh notranjih pravnih sredstev. Pritožba, ki sta jo nato ga. Paradiso in g. Campanelli vložila v svojem imenu na podlagi razloga, da jima je bilo onemogočeno, da vpišeta otroka v rojstni register v Italiji, pa je bila zavrnjena iz razloga, da se pritožnika nista pritožila na podlagi pravnih vprašanj.

V povezavi s pritožbo, ki se nanaša na otrokovo premestitev in namestitev pod skrbništvo, je ESČP priznalo, da je šlo za *de facto* družinsko življenje, ki je obstajalo med pritožnikoma in otrokom.¹² Na podlagi navedenega je ESČP sklenilo, da se zaradi tega lahko uporabi 8. člen EKČP in je pritožbo razglasilo za dopustno. ESČP je poudarilo, da, čeprav sta vlagatelja preživela z otrokom zgolj šest mesecev, je to obdobje predstavlja pomembno fazo v njegovem mladem življenju in da sta se pritožnika v tem času obnašala kot otrokova starša.

ESČP je tako moralo podati odgovore na vprašanja:

a) ali ukrepi za premestitev otroka in njegovo postavitve pod skrbništvo predstavljajo kršitev zasebnega življenja pritožnikov, kljub temu, da so bili v skladu z italijanskim pravom? Iz sodbe domačega sodišča, ki je uporabilo italijansko pravo, namreč izhaja, da je bil otrok zavržen. Razen tega pa so sporni ukrepi zasledovali legitimni cilj, saj so bila dejanja pritožnikov v nasprotju z italijanskim pravom.

b) ali je možno vmešavanje italijanskih organov opredeliti kot nujno v demokratični družbi, oz. ali je odločitev po nacionalnem pravu možno opredeliti kot pošteno ravnotežje med javnim interesom in pritožnikovim zasebnim interesom - spoštovanjem njihovega zasebnega in družinskega življenja? Pri tem je treba upoštevati, da morajo biti otrokove koristi glavno vodilo pri vseh dejavnosti, ki se nanašajo nanj.

ESČP je ugotovilo, da so pri odločitvi o premestitvi otroka italijanske oblasti sledile temu načelu, saj so to storile zaradi tega, da bi se zaključila protipravna situacija. Ga. Paradiso in g. Campanelli sta s tem, da sta se obrnila na rusko agencijo in nato privedla v Italijo otroka, ki sta ga predstavila kot svojega sina, poskušala izogniti italijanski prepovedi o uporabi pogodbenega nadomestnega materinstva in pravilom, ki se uporabljajo za mednarodno posvojitve. Italijanski organi so menili, da takšna situacija izhaja iz narcističnih želja ali iz želje po rešitvi težav v njihovem partnerskem razmerju, kar vzbuja dvom o sposobnosti glede vzgoje otroka ter dvom o njihovih čustvenih sposobnostih.

ESČP je poudarilo, da premestitev otroka iz družine predstavlja skrajni ukrep, ki ga lahko opravičuje samo dogodek, ki predstavlja neposredno nevarnost za otroka. Meja le-tega je v praksi ESČP postavljena zelo visoko.

Sicer je sodišče za mladoletnike upoštevalo nedvoumno škodo glede premestitve otroka, a je odločilo, da je čas, ki ga je otrok preživel s tožnikoma, kratek in da gre za otroka, ki bo lahko ločitev prebolel brez težav. ESČP je odločilo, da so bile okoliščine pred italijanskim sodiščem izredno občutljive narave, a da niso bili podani razlogi, ki bi upravičili premestitev otroka. Argument, da bi otrok sčasoma razvil tesnejšo navezanost s svojimi nameravanimi starši, ni bil zadosten razlog, ki bi upravičil njegovo premestitev. Razen tega sta bila ga. Paradiso in g. Campanelli decembra 2006 ocenjena kot primerna za posvojitve, kasneje pa sta bila ocenjena kot neprimerna za vzgojo otroka zgolj na podlagi dejstva, da sta obšla posvojitveno zakonodajo. Italijansko sodišče namreč za oceno neprimernosti oz. nesposobnosti ni pridobilo nikakršnega izvedenskega mnenja, saj je izhajalo zgolj iz dejstva protipravnosti njunih dejanj. Prav tako pa otrok ni pridobil nove identitete vse do aprila 2013, kar pomeni, da ni imel uradnega obstoja več kot dve leti. Bi pa bilo nujno, da se zagotovi, da otrok ne bi bil prikrajšan zgolj zaradi rojstva na podlagi nadomestnega materinstva. Osnovo vsekakor pri tem predstavlja ureditev otrokovega državljanstva in identitete, ki sta ključnega pomena.¹³

Posledično ESČP ni bilo prepričano, da so italijanski organi izhajali iz ustreznih dokazov pri odločanju o namestitvi otroka v socialnovarstveno oskrbo. Zaradi tega jim ni uspelo zagotoviti pravičnega ravnotežja med interesi iz 8. člena EKČP. Vendar je ESČP poudarilo, da se te kršitve ne sme razumeti kot dolžnosti Italije, da vrne otroka pritožnikoma, saj je otrok nedvomno razvil čustvene vezi do rejniške družine, v kateri je živel od leta 2013. Italiji je naložilo, da mora pritožnikoma plačati 30.000,00 evrov (škoda in stroški).

4 Komentar

Primer *Paradiso in Campanelli proti Italiji* je ponovno opozoril na problematiko nadomestnega materinstva, ki ga danes pravno urejajo in dovoljujejo zgolj redke države. Zaradi tega vedno znova prihaja do novih vprašanj, s katerimi se soočajo nacionalna sodišča, SEU in ESČP. Vprašanja se nanašajo tako na varstvo otrokovih pravic¹⁴ kakor tudi na varstvo nameravanih staršev, ki se še (lahko) še mnogo let po rojstvu otrok soočajo z različnimi pravnimi preprekami ali/in prazninami. Vse navedeno je dodatno oteženo, če je v že tako kompleksna razmerja vključen še čezmejni element, kar pa ni redko, saj so države, ki dovoljuje nadomestno materinstvo, še vedno izjeme.¹⁵ Pričujoči primer je ponovno pokazal, da je področje nadomestnega materinstva zelo kompleksno, saj posega v najintimnejša osebna in družinska razmerja, kakor tudi v suverenost nacionalnih pravnih ureditev.

Nasproti si stojita pravica države, da sprejema lastne zakone in da se le-ti na njenem lastnem ozemlju spoštujejo, vključno z javnim redom. Sodba ESČP namreč daje občutek, da je Italiji *de facto* odvzeta pravica, da sprejema lastne zakone in da upošteva na svojem ozemlju lasten javni red. Podlaga za ukrep odvzema otroka in postavitvev pod skrbništvo izhaja iz protipravnosti dejanj nameravanih staršev, ki sta, po mnenju italijanskega sodišča, želela obiti italijansko pravo, ki ne dopušča nadomestnega materinstva, hkrati pa postavlja pogoje za veljavno posvojitev. Pritožnikoma je bilo očitano namen izigranja italijanskega prava in s tem protipravnost njunih dejanj, čemur je sledil ukrep odvzema otroka in njegova kasnejša namestitvev v rejniško družino. Na drugi strani pa imamo pravico do varstva družinskega življenja (8. člen EKČP), katera je bila, izhajajoč iz sodbe ESČP, pritožnikoma kršena. Kljub potrjeni kršitvi 8. člena EKČP, ESČP poudarja, da ta odločitev ne nalaga Italiji, da odredi vrnitev otroka pritožnikoma, saj je otrok nedvomno razvil čustvene vezi do rejniške družine, v kateri živi od leta 2013. Če izhajamo iz 9. člena KOP, ki določa, da morajo države pogodbenice jamčiti, da otrok ne bo proti volji staršev ločen od njih, razen če v skladu z veljavnim zakonom in postopki pristojne oblasti v sodnem postopku odločijo, da je takšna ločitev nujna za otrokovo korist. Takšna odločitev je lahko v določenem primeru, kot je zloraba ali zanemarjanje otroka s strani staršev ali ko starša živita ločeno in je potrebno odločiti o otrokovem prebivališču, neizogibna. Iz navedenega izhaja, da naj bi do ločitve otroka od staršev prišlo, če je to neizogibno potrebno in če je to v korist otroka. Kljub temu, da otrok v primeru *Paradiso in Campanelli proti Italiji* ni bil biološki otrok nobenega od pritožnikov, je bilo med njimi vzpostavljeno *de facto* družinsko življenje, ki ga je ESČP priznalo, kljub pomanjkanju bioloških vezi že v svojih predhodnih odločbah. Zato ne preseneča, da sta se pritožnika pritožila na Veliki senat ESČP, ki bo njun primer ponovno preučil.

Literatura / References:

- Brittney McMahon, "The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink its Surrogacy Contracts Laws," *ALB. L. J. SCI. & TECH.*, Vol. 21.2, 2013: 359.
- Freya Noble, "They wanted to abort both twins: Thai surrogate mother of Down syndrome baby Gammy claims biological parents asked her to terminate pregnancy at seven month," *Daily Mail Online*, August 12, 2014, accessed May 28, 2015 <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2722757/They-wanted-abortion-children-Gammys-surrogate-mother-claims-Australian-parents-asked-terminate-pregnancy-seven-months.html>.
- Malhotra, A. and Malhotra, R. (2013) "Law and Surrogacy Arrangements in India." In *The international Survey of Family Law*, edited by Bill Atkin, str. 151-74, Bristol: Family Law.
- Registrar of the Court (2015) Press Release, ECHR 028(2015) January 27, 2015 access May 28, 2015 <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/003-4993036-6126454>.