

RS
USREPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE

REPUBLIKA SLOVENIJA - DRŽAVNI ZBOR

Prejeto:	25-11-2024
Šifra:	542-10/22-8/4
Povezava:	542-8/11-11/7
EPA:	EU:
Sign. zn.:	542-10/22-7/7
Kratice:	

Številka: U-I-418/20-20
U-I-847/21-21
Datum: 16. 10. 2024

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku za oceno ustavnosti, začetem z zahtevama Skupine poslank in poslancev Državnega zbora in Zagovornika načela enakosti, na seji 16. oktobra 2024

odločilo:

1. Členi 5, 6, 8, 12, 22, 23 in 24 Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (Uradni list RS, št. 70/2000) so v neskladju z Ustavo, kolikor do oploditve z biomedicinsko pomočjo niso upravičene ženske, ki živijo v istospolni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti, in samske ženske.
2. Državni zbor mora ugotovljeno neskladje iz prejšnje točke izreka odpraviti v roku enega leta po objavi te odločbe v Uradnem listu Republike Slovenije.
3. Do odprave ugotovljenega neskladja iz 1. točke izreka te odločbe se še naprej uporabljajo 5., 6., 8., 12., 22., 23. in 24. člen Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo.
4. Zahteva Zagovornika načela enakosti za oceno ustavnosti drugega stavka tretjega odstavka 2. člena in drugega stavka četrtega odstavka 3. člena Zakona o partnerski zvezi (Uradni list RS, št. 33/16) se zavrže.
5. Zahteva Skupine poslank in poslancev Državnega zbora za oceno ustavnosti 42. člena Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo se zavrže.

OBRAZLOŽITEV

A.

Navedbe Skupine poslank in poslancev Državnega zbora

1. Skupina 38 poslank in poslancev (v nadaljevanju prvi predlagatelj) je 14. 10. 2020 vložila zahtevo za oceno ustavnosti 5. člena v zvezi s 6., 8., 12., 22., 23., 24. in 42. členom Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (v nadaljevanju ZZNPOB), in sicer zaradi neskladja s 14., 34., 35. in 55. členom Ustave ter z 8. členom Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju EKČP).

2. Prvi predlagatelj poudarja, da Ustava v 55. členu vsakomur priznava pravico do svobodnega odločanja o rojstvu otrok, torej da uveljavi svojo voljo o tem, ali bo imel otroke, koliko jih bo imel in kdaj jih bo imel. Ta pravica naj bi imela tudi elemente "pozitivne svoboščine", to je svobode do ravnanja na način, ki ga oseba sama izbere. S sprejetjem predpisov o oploditvi z biomedicinsko pomočjo (v nadaljevanju OBMP) naj bi se temu priključila tudi pozitivna obveznost države, da zagotavlja določeno storitev posameznicam, torej da omogoča rojstva otrok. Tudi samska ženska naj bi imela pravico svobodno odločati o rojstvih otrok. Šlo naj bi za zagotavljanje potrebne pomoči, da se spočetje in rojstvo otroka omogoči, ter seveda tudi za zagotavljanje pogojev, da se po volji posameznika ali spolnih partnerjev spočetje oziroma rojstvo otroka prepreči. Namen 55. člena Ustave je po mnenju prvega predlagatelja omogočiti izpolnitev človekove želje, da ima otroka.

3. Po mnenju prvega predlagatelja z omejitvijo dostopa do svoboščine iz 55. člena Ustave samo na raznospolne pare v dveh možnih oblikah zvez prihaja do nedopustnega posega v pravice samskih žensk in žensk v drugih oblikah partnerstev. To naj bi pomenilo poseg v 8. člen EKČP v zvezi s 35. členom Ustave, saj naj bi pravica do zdravljenja neplodnosti s postopki OBMP zapadla pod status pravic zasebnega in družinskega življenja. Opredelitev upravičencev do postopkov OBMP iz 5. člena ZZNPOB, ki izključuje samske ženske, naj bi bila protiustavno diskriminatorna. Šlo naj bi za razlikovanje na podlagi osebnega statusa. To naj bi veljalo tudi za argumenta v njeno obrambo – da naj postopki OBMP omogočijo le tisto, kar bi dva zdrava človeka lahko po naravni poti dosegla s spolnim odnosom, in da je domnevna korist otroka, da ima očeta. Prvi predlagatelj opozarja na definicijo družine iz prvega odstavka 2. člena Družinskega zakonika (Uradni list RS, št. 15/17, 22/19 in 5/23 – v nadaljevanju DZ) in zaključuje, da 5. člen ZZNPOB nikakor ne zasleduje ustavno načrtovanega cilja načrtovanja družine.

4. Prvi predlagatelj meni, da je odrekanje enakega dostopa do storitve umetne oploditve ženskam, ki živijo v partnerski zvezi ali nesklenjeni partnerski zvezi po Zakonu o partnerski zvezi (v nadaljevanju ZPZ), v neskladju s 14. členom Ustave v zvezi s 55. členom Ustave in pomeni nerazumno diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti. Isto kršitev Ustave – le da naj bi šlo za diskriminacijo na podlagi zakonskega stanu – vidi prvi predlagatelj glede omejitve za samske ženske. Iz 5. člena ZZNPOB ne zmore izluščiti niti ustavno dopustnega cilja za sporno razlikovanje.

Dodaten argument prvega predlagatelja za protiustavnost izpodbijane ureditve je obstoj možnosti posvojitve po samski ženski. Zanj je nevzdržno stališče, da je v najboljšo otrokovo korist le življenje v družini z dvema staršema, življenje z enim staršem pa je v njegovo škodo. Prvi predlagatelj opozarja, da nikakor ni mogoče trditi, da je samska ženska, ki želi življenje podariti, bolj sebična od tiste, ki želi nosečnost prekiniti, slednji pa naj bi bila ta pravica zakonsko priznana. Ne bi naj bilo mogoče s sklicevanjem na največjo otrokovo korist utemeljiti izključitve samskih žensk iz dostopa do OBMP. Ta postopek naj bi namreč pomagal otroku uresničiti njegov temeljni interes po obstoju oziroma po vstopu v življenje.

5. Za prvega predlagatelja je človekova pravica do svobodnega odločanja o rojstvu svojih otrok iz 55. člena Ustave nedopustno zožena z ureditvijo, ki kot naslovnika pravice do OBMP določa zakonski ali zunajzakonski par, ne pa posameznice. Navedena človekova pravica naj bi vezala izvrševanje človekove pravice na soglasje drugega posameznika. To naj bi bilo v neskladju tako s 14. kot s 55. členom Ustave. Prvi predlagatelj to primerja z odločitvijo o prekinitvi oziroma nadaljevanju nosečnosti in z odločanjem o uporabi drugih ukrepov za uravnavanje rojstev, ki naj bi bili pridržani posameznicam. Prvi predlagatelj se sklicuje na številne druge primere, ko lahko samska mati doseže, da otrok ne bo imel pravno priznanega očeta (npr. opustitev sprožitve postopka za ugotovitev očetovstva, zamolčanje imena domnevnega očeta otroku). Odrekanje OBMP samskim osebam naj bi temeljilo na predsodkih, verskih prepričanjih in tradicionalnih predstavah o družbenem življenju dela družbene skupnosti, česar naj ne bi bilo mogoče šteti niti za pravico drugih niti za javni interes. Samske ženske (in ženske v istospolni zvezi) naj se po zaslugah in kvalificiranosti v ničemer ne bi razlikovale od žensk in moških v trajnem razmerju z drugospolnim partnerjem.

6. Prvi odstavek 14. člena Ustave naj bi bil kršen tudi z nadaljnjim razlikovanjem po osebni statusu, to je z odrekanjem dostopa do OBMP parom, ki ne izpolnjujejo pogojev za zunajzakonsko skupnost, praviloma zato, ker še ne živijo skupaj. Razmerja teh oseb naj bi bila utemeljena z bistveno podobnimi medčloveškimi vrednotami kot razmerja oseb, ki živijo v zakonski ali zunajzakonski skupnosti. Izpodbijane določbe ZZNPOB naj bi bile v neskladju s pravico do osebnega dostojanstva iz 34. člena Ustave, ker naj bi žensko reducirale na iskalko moške spolne celice, moškega pa na objekt tega iskanja. Prvi predlagatelj tu navaja primere neustreznih rešitev, ki so na voljo samski ženski, ki so ji zaprta vrata do OBMP, in so povezane z različnimi tveganji ali manipulacijami (pokrivanje neuporabe zaščite pri spolnem odnosu, neformalni dogovor z moškim, da očetovstvo ne bo niti priznано niti izposlovano v pravnem postopku, ki se lahko spoštuje ali ne). Sedanja ureditev naj bi bila v škodo tudi moškimi.

7. Prvi predlagatelj meni, da bi do OBMP morale biti upravičene vse ženske, ki jim je pot do spočetja in rojstva otroka iz kateregakoli razloga zaprta. Različne kategorije pomoči potrebnih žensk naj bi se razlikovale le po vzroku za svojo reproduktivno nemoč; ZZNPOB, ki naj bi na podlagi teh pravno nepomembnih razlik enim pomoč

nudil, drugim pa jo odrekal, naj bi bil krivičen in diskriminatoren. Če država spočetja in rojstva otroka po naravni poti ali prekinitve nosečnosti nikakor ne sme omejevat, potem naj tudi ne bi smela s sklicevanjem na najboljši interes otroka odrekati samski ženski strokovne pomoči pri spočetju. Prvi predlagatelj pri tem opozarja, da razlog za odrekanje te pomoči ne more biti, da je samska ženska zdrava (plodna), saj se po drugi strani postopki OBMP nudijo enako zdravi ženski, katere soprog ali stalni partner je neploden.

8. Prvi predlagatelj je prepričan, da različne obravnave v bistvenem enakih položajev, ki jih navaja v zahtevi za oceno ustavnosti, temeljijo zgolj na osebnih okoliščinah iz prvega odstavka 14. člena Ustave in ne prestanejo strogega testa sorazmernosti.

Navedbe Zagovornika načela enakosti

9. Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju drugi predlagatelj) je 22. 12. 2021 vložil zahtevo za oceno ustavnosti 5. člena v zvezi s 6., 8., 12., 22., 23. in 24. členom ZZNPOB ter drugega stavka tretjega odstavka 2. člena in drugega stavka četrtega odstavka 3. člena ZPZ zaradi neskladja z 2., 14., 35., 51., 53. in 55. členom Ustave ter z 8., 12. in 14. členom EKČP.

10. Drugi predlagatelj navaja, da izpodbijana ureditev iz postopkov OBMP izključuje tiste neplodne ženske (in ženske, ki so nosilke genetskih bolezni oziroma kromosomskih nepravilnosti), ki niso v točno določenem zakonskem stanu (zakonska zveza ali zunajzakonska skupnost z moškim), temveč so samske, vdove, razvezane ali živijo v druge vrste partnerstvu oziroma življenjski skupnosti. V tem vidi diskriminacijo (samskih žensk) po zakonskem stanu in diskriminacijo (žensk v istospolnih partnerstvih) po spolni usmerjenosti. Razlog za to diskriminacijo naj ne bi moglo biti zasledovanje koristi otroka. Šlo naj bi za diskriminacijo pri uživanju več človekovih pravic. V prvi vrsti pri uživanju svobode odločanja o rojstvih otrok iz 55. člena Ustave v zvezi z 8. členom EKČP, katere vidik naj bila tudi pravica spočeti otroka s pomočjo OBMP. Drugi predlagatelj v tej zvezi navaja tudi človekovo pravico do zdravstvenega varstva iz 51. člena Ustave (tudi reproduktivnega zdravstvenega varstva), pravico do spoštovanja družinskega življenja iz tretjega odstavka 53. člena Ustave in osebnostne pravice iz 35. člena Ustave. Po njegovem mnenju je ZZNPOB zakon, ki na zakonski ravni uresničuje ustavno zagotovljeno svobodo odločanja o rojstvih otrok, ki je neločljivo prepletena z ustavno zagotovljeno pravico do zdravstvenega varstva, kolikor ta obsega zdravstvene ukrepe za zdravljenje neplodnosti in OBMP.

11. Drugi predlagatelj meni, da je pojem družine kot skupnosti biološkega očeta, biološke matere in otroka v današnjem času že presežen. Rojstvo otroka, spočetega s postopkom OBMP, v ljubeče okolje ženski, ki ni v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti, ki za otroka skrbi s svojim delom in mu zagotavlja uspešen razvoj, naj bi bilo v otrokovo korist. DZ naj bi urejal in dopuščal tudi enostarševske družine in tudi

posvojitve po samski osebi. Ne bi naj bilo logično, da je ženska lahko posvojiteljica, nista pa ji omogočena postopek OBMP in biološko starševstvo.

12. Drugi predlagatelj za izključevanje iz postopkov OBMP žensk, ki niso v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti (čemur drugi predlagatelj pravi "heterospolno partnerstvo"), ne more razbrati nobenega legitimnega cilja (zato naj bi bila podana tudi kršitev 2. člena Ustave). Tega ne najde niti v zakonodajnem gradivu (enako pogrēša utemeljitev ustreznosti in nujnosti takega sredstva). Pri tem ugotavlja, da je z vidika potrebe po zdravljenju neplodnosti s postopki OBMP položaj vseh neplodnih žensk, ki si želijo ustvariti družino, v bistvenih elementih enak – vse so neplodne in si želijo otroka. Razlikovanje v ZZNPOB glede dostopa do OBMP naj bi temeljilo izključno na osebnih okoliščinah "zakonskega stanu in življenjske skupnosti" (drugi predlagatelj opozarja, da je za tem razlikovanjem skrito tudi razlikovanje po spolni usmerjenosti, če ženska živi v kateri od oblik partnerske zveze po ZPZ). Tako razlikovanje naj bi bilo po praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) dopustno le iz objektivnih in stvarno upravičenih razlogov, ki pa jih drugi predlagatelj v tem primeru ne vidi. Zakonodajalec naj ne bi z ničimer izkazal, da je v največjo otrokovo korist, da se rodi v družino dveh staršev. Tudi ženska brez partnerja in ženska v "druge vrste življenjski skupnosti" naj bi bili sposobni poskrbeti za vse otrokove čustvene, socialne in ekonomske potrebe ter mu nuditi ustrezno vzgojo in varstvo. O tem bi se bilo mogoče prepričati v vsakem posamičnem primeru preverjanja primernosti osebe za postopek OBMP in starševstvo, če le ZZNPOB ne bi vseboval domneve, da je največja korist otroka zagotovljena le, če se rodi v tradicionalno družino. Drugi predlagatelj vidi v takem preverjanju sredstvo, ki je za zagotovitev koristi otroka zadostno, po drugi strani pa milejše od sedanje popolne izključitve nekaterih skupin žensk.

13. Drugi predlagatelj navaja, da je Republika Slovenija na področju postopkov OBMP ena od držav z najbolj restriktivno ureditvijo. Opozarja, da v nekaterih državah ti postopki niso več namenjeni izključno zdravljenju medicinske neplodnosti (oziroma kvečjemu še preprečitvi prenosa hudih dednih bolezni), temveč so namenjeni tudi uporabi v primerih t. i. socialne neplodnosti (ki jo opredeljuje kot nezmožnost spočetja zaradi zakonskega statusa oziroma spolne usmerjenosti). Drugi predlagatelj meni, da izkazovanje medicinske neplodnosti za samske oziroma istospolne ženske sicer ni nemogoče, vendar je iz vrste razlogov problematično. Vendarle ne predlaga opustitve koncepta neplodnosti, kot ga definira medicinska stroka.

Mnenji Vlade

14. Ustavno sodišče je zahtevi poslalo v odgovor Državnemu zboru, ki nanju ni odgovoril. Mnenji (v bistvenem enaki) o zahtevah je podala Vlada. Vlada meni, da v primeru samskih žensk ali žensk, ki živijo v druge vrste partnerstvih, ni mogoče *a priori* reči, da niso neplodne. V tej zvezi opozarja na primere, ko je bila neplodnost ali genetska indikacija medicinsko ugotovljena v postopku OBMP, pa zaradi smrti moža tega že začetega postopka ni bilo mogoče dokončati. Zato naj bi drugi odstavek 5.

člena ZZNPOB protiustavno odrekal pravice iz 34., 35., 51., 53. in 55. člena Ustave (najprej) vsem ženskam, ki so neplodne, pa ne živijo v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti. Ne iz mednarodnopravnih instrumentov ne iz Ustave in domače zakonodaje naj ne bi izhajalo, da je za otroka bolje, da se sploh ne rodi, kot pa da se rodi v enostarševsko družino ali skupnost, ki je ne tvorita moški in ženska, ki živita v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti.

15. Ustavno sodišče je ustrezno mnenje Vlade vročilo predlagateljema. O mnenju Vlade se je kratko izjavil drugi predlagatelj. Navaja, da mu Vlada smiselno pritrjuje.

B. – I.

Procesne predpostavke in obseg presoje Ustavnega sodišča

16. Prvi predlagatelj med drugim izpodbija 42. člen ZZNPOB. Ta določba ne velja več in se ne uporablja. Prvi odstavek 302. člena DZ določa, da z njegovo uveljavitvijo prenehata veljati 41. in 42. člen ZZNPOB, uporabljata pa se do začetka uporabe tega zakonika. Glede na 305. člen DZ je ta začel veljati 15. 4. 2017, uporabljati pa se je začel (z za ta primer nepomembnimi izjemami) dve leti pozneje. Ustavno sodišče praviloma presoja le veljavne predpise. Na podlagi 47. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo, 109/12, 23/20 in 92/21 – v nadaljevanju ZUstS) lahko Ustavno sodišče presoja tudi neveljavne predpise, če vlagatelj izkaže, da niso bile odpravljene posledice protiustavnosti ali nezakonitosti, vendar po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča skupina poslank in poslancev Državnega zbora pravovarstvene potrebe za presojo neveljavnega predpisa ne more izkazati.¹

17. Drugi predlagatelj med drugim izpodbija drugi stavek tretjega odstavka 2. člena in drugi stavek četrtega odstavka 3. člena ZPZ. ZPZ ne velja več, saj je prenehal veljati z dnem uveljavitve Zakona o spremembah Družinskega zakonika (Uradni list RS, št. 5/23 – v nadaljevanju DZ-B).² Drugi stavek četrtega odstavka 3. člena ZPZ, ki je določal, da partnerja neskljenjene partnerske zveze nista upravičena do postopkov OBMP, ne velja več in se ne uporablja.³ Drugi stavek tretjega odstavka 2. člena ZPZ, ki je določal, da partnerja (sklenjene) partnerske zveze nista upravičena do postopkov OBMP, prav tako ne velja več. Glede na specifično zasnovo preoblikovanja takih partnerskih zvez v

¹ Glej sklepe Ustavnega sodišča št. U-I-59/06 z dne 6. 3. 2008 (Uradni list RS, št. 30/08, in OdlUS XVII, 9), št. U-I-105/12 z dne 26. 9. 2012, št. U-I-190/13 z dne 10. 4. 2014 in št. U-I-152/20 z dne 17. 3. 2022.

² Glej prvi odstavek 3. člena DZ-B, ki določa še, da se ZPZ uporablja še šest mesecev po uveljavitvi DZ-B (ki je bil uveljavljen 31. 1. 2023).

³ Glej tudi 4. člen DZ-B, ki določa, da se z dnem njegove uveljavitve neskljenjene partnerske zveze štejejo za zunajzakonske skupnosti po DZ.

zakonske zveze oziroma njihovega prenehanja iz 3. člena DZ-B pa se zastavlja vprašanje, ali se še uporablja. Šesti odstavek 3. člena DZ-B namreč omogoča obstoj partnerskih zvez tudi po prenehanju ZPZ, če so podani upravičeni razlogi, da partnerja partnerske zveze nista podala izjave o preoblikovanju partnerske zveze v zakonsko zvezo. ZPZ se v takem primeru uporablja še tudi po preteku roka iz prvega odstavka 3. člena DZ-B. Drugi predlagatelj ni posredoval podatkov o tem, ali obstajajo partnerske zveze, ki so na opisani podlagi "preživele" prenehanje veljavnosti ZPZ, in se torej glede njih ZPZ še uporablja. V teh okoliščinah lahko Ustavno sodišče sklene le, da se tudi neveljavni drugi stavek tretjega odstavka 2. člena ZPZ ne uporablja več. Drugi predlagatelj praviloma ne more izkazati pravovarstvene potrebe za nadaljevanje postopka zoper neveljavni (ali spremenjeni) zakon.⁴ V konkretnem primeru niti ne poskuša utemeljiti morebitne izjeme od tega načelnega pravila.

18. Obe zahtevi za oceno ustavnosti je – upošteva je tudi, da za oceno ustavnosti ZPZ niso podane procesne predpostavke – razumeti, da odpirata vprašanja protiustavne diskriminacije pri dostopu do OBMP treh skupin: (a) samskih žensk (žensk brez partnerja ali partnerke); (b) žensk v istospolni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti po DZ; (c) žensk v t. i. neformalnih zvezah (o tem v 19. točki obrazložitve). Zahtevi ne problematizirata nedostopnosti OBMP samskemu moškemu ali istospolnemu moškemu paru (ki je v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti). Ustavno sodišče je upoštevalo, da sta bili obe zahtevi za oceno ustavnosti vloženi pred sprejetjem in uveljavitvijo DZ-B, ki je sklenitev zakonske zveze in zunajzakonske skupnosti omogočil tudi istospolnim parom.⁵ Ustavno sodišče je zato navedbe predlagateljev o protiustavnem izključevanju iz OBMP žensk v partnerskih zvezah in "druge vrste življenjskih skupnosti" v današnjem pravnem kontekstu razumelo tako, da se nanašajo na ženske v istospolnih zakonskih zvezah in zunajzakonskih skupnostih.

19. Ker imata oba predlagatelja po ZUstS privilegirani dostop do Ustavnega sodišča, je utemeljeno pričakovanje, da bodo njune zahteve strokovno in kvalitetno obrazložene, očitki pa natančni in razumljivi.⁶ Zahtevi temu ne zadostita v celoti. Ustavno sodišče je

⁴ Sklepa Ustavnega sodišča št. U-I-469/20 z dne 30. 3. 2023, 11. točka obrazložitve, in št. U-I-806/21 z dne 11. 10. 2023, 5. točka obrazložitve.

⁵ Prvi odstavek 3. člena DZ se glasi: "Zakonska zveza je življenjska skupnost dveh oseb, katere sklenitev, pravne posledice in prenehanje ureja ta zakonik." Prvi odstavek 4. člena DZ se glasi: "Zunajzakonska skupnost je dalj časa trajajoča življenjska skupnost dveh oseb, ki nista sklenila zakonske zveze, in ni razlogov, zaradi katerih bi bila zakonska zveza med njima neveljavna. Taka skupnost ima v razmerju med njima enake pravne posledice po tem zakoniku, kakor če bi sklenila zakonsko zvezo; na drugih pravnih področjih pa ima taka skupnost pravne posledice, če zakon tako določa."

⁶ Primerjaj z odločbami Ustavnega sodišča št. U-I-92/07 z dne 15. 4. 2010 (Uradni list RS, št. 46/10, in OdlUS XIX, 4), 72. točka obrazložitve, št. U-I-246/14 z dne 24. 3. 2017 (Uradni list RS, št. 16/17, in OdlUS XXII, 7), 17. točka obrazložitve, št. U-I-223/16 z dne 23. 4. 2020 (Uradni list

zato obravnavalo le tiste očitke predlagateljev, ki so bili dovolj določni, jasno in artikulirano obrazloženi ter ustavnopravno relevantni in niso bili očitno neutemeljeni.⁷ Očitki, s katerimi prvi predlagatelj zatrjuje nedopustno diskriminacijo neformalnih parov (natančneje žensk v neformalnih parih), niso taki. Iz njih namreč ni mogoče jasno izluščiti niti, na katero skupino oseb se nanašajo. Na prvi pogled se zdi, da ima prvi predlagatelj v mislih pare, ki niso niti poročeni niti ne živijo v zunajzakonski skupnosti. Vendar prvi predlagatelj na več mestih poudarja tudi, da je odločilno, da gre za osebe, ki ne živijo skupaj. Po ustaljeni sodni praksi⁸ pa lahko zunajzakonska skupnost v določenih primerih nastane tudi, če ni izpolnjen pogoj skupnega življenja v smislu prebivanja v skupnem stanovanju. Navedeni sklop očitkov prvega predlagatelja torej ni dovolj razumljiv in dosledno obrazložen, da bi ga bilo mogoče vsebinsko obravnavati.⁹

20. Procesna legitimacija drugega predlagatelja pred Ustavnim sodiščem obsega uveljavljanje neskladja s prvim odstavkom 14. člena Ustave v zvezi s katerokoli človekovo pravico in temeljno svoboščino ter neskladja z drugim odstavkom 14. člena Ustave, če razlikovanje temelji na osebnih okoliščinah. Predlagatelj ni upravičen uveljavljati neskladja z določbami Ustave, ki človekovih pravic ne zagotavljajo.¹⁰ Navedb drugega predlagatelja o neskladju z 2. členom Ustave zato Ustavno sodišče ni obravnavalo.

21. Ustavno sodišče je v okviru dopustnih očitkov predlagateljev ocenilo ustavnost 5., 6., 8., 12., 22., 23. in 24. člena ZZNPOB. Ker mora poznati pravo po uradni dolžnosti (*iura novit curia*), pri subsumpciji pravnih trditev predlagateljev pod posamezne določbe Ustave oziroma EKČP ni vezano na stališča predlagateljev.

B. – II.

RS, št. 65/20, in OdiUS XXV, 7), 15. točka obrazložitve, in št. U-I-191/19 z dne 18. 5. 2023 (Uradni list RS, št. 63/23), 20. točka obrazložitve.

⁷ Primerjaj npr. z odločbama Ustavnega sodišča št. U-I-191/19, 20. točka obrazložitve, in št. U-I-130/22 z dne 21. 3. 2024 (Uradni list RS, št. 30/24), 29. točka obrazložitve.

⁸ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča št. II Ips 37/2010 z dne 24. 11. 2011 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani št. I Cp 1079/2021 z dne 14. 9. 2021.

⁹ Dodaten razlog, da Ustavno sodišče teh očitkov ne obravnava vsebinsko, je tudi očitno majhen praktični učinek opisane "izključitve" neformalnih parov iz postopkov OBMP. K. Zupančič, Pojasnila k Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, v: K. Zupančič, B. Novak, Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008, str. 284, navaja, da je ugotavljanje obstoja zunajzakonske skupnosti precej ohlapno. Pomagalo naj bi se ženski in moškemu, ki zatrjujeta, da živita skupaj. Zdravnik naj bi se s tem zadovoljil, saj naj od njega ne bi bilo mogoče zahtevati, da ugotavlja obstoj zunajzakonske skupnosti po pravilih civilnega prava med njima.

¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-16/21, U-I-27/21 z dne 18. 11. 2021 (Uradni list RS, št. 202/21, in OdiUS XXVI, 35), 15. in 16. točka obrazložitve.

Izodbijane določbe ZZNPOB in glavne značilnosti postopkov OBMP v slovenskem pravnem sistemu

22. Predlagatelja izpolnjujeta procesne predpostavke za odločanje o ustavnosti 5., 6., 8., 12., 22., 23. in 24. člena ZZNPOB.

23. ZZNPOB ureja zdravstvene ukrepe, s katerimi se ženski in moškemu pomaga pri spočetju otroka in se jima tako omogoči uresničevati svobodo odločanja o rojstvih svojih otrok (1. člen ZZNPOB). Vsakdo ima pravico do zdravljenja neplodnosti na način in pod pogoji, ki jih določa ZZNPOB (prvi odstavek 2. člena ZZNPOB). Člen 3 ZZNPOB določa, da je zdravljenje po tem zakonu ugotavljanje vzrokov neplodnosti ali zmanjšane plodnosti in odpravljanje teh vzrokov s strokovnim svetovanjem, z zdravili ali s kirurškimi posegi, pa tudi odvzem in shranjevanje semenskih celic moškega ali jajčnih celic ženske, kateremu oziroma kateri grozi po dognanjih in izkušnjah medicinske znanosti, da bo postal neploden oziroma neplodna.¹¹

24. Postopki OBMP so postopki oploditve ženske, ki se s pomočjo biomedicinske znanosti izvajajo z namenom zanositve na drug način kot s spolnim odnosom. Opredeljeni so v 4. členu ZZNPOB: (a) postopki znotrajtelesne oploditve (*in vivo*) in (b) postopki zunajtelesne oploditve (*in vitro*). Pomembna je tudi delitev na postopke OBMP, pri katerih se uporabijo spolne celice ženske in moškega, ki se vključita v postopek OBMP (homologna oploditev), in postopke OBMP, pri katerih spolno celico (jajčno ali semensko) daruje tretja oseba (heterologna oploditev).¹² Pri heterolognih postopkih OBMP ni dovoljena hkratna uporaba darovanih jajčnih celic in darovanih semenskih celic (tretji odstavek 8. člena ZZNPOB). Naštevanje postopkov v ZZNPOB sicer ni izčrpno in zakon ne zapira možnosti izvajanja drugih postopkov, ki jih že razvija ali jih bo še razvila biomedicinska znanost v prihodnje.¹³

25. ZZNPOB prepoveduje biomedicinsko pomoč pri izvedbi nadomestnega materinstva. Do OBMP ni upravičena ženska, ki namerava otroka po rojstvu odplačno ali neodplačno prepustiti tretji osebi (7. člen ZZNPOB). Slovenija torej sodi v krog držav, ki nadomestnega materinstva s postopki OBMP ne omogočajo.

¹¹ Glej tudi v drugem odstavku 5. člena ZZNPOB definicijo upravičencev do postopkov OBMP kot moškega in ženske, ki "glede na izkušnje medicinske znanosti ne moreta pričakovati, da bi dosegla zanositev s spolnim odnosom, in jima ni mogoče pomagati z drugimi postopki zdravljenja neplodnosti".

¹² U. Vrtačnik, Pravni vidiki biomedicinske pomoči pri spočetju, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2018, str. 37.

¹³ V. Žnidaršič Skubic, Civilno medicinsko pravo, izbrane teme, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018, str. 131.

26. Postopki OBMP se na podlagi 15. člena ZZNPOB opravljajo v okviru javne zdravstvene službe, v centrih za OBMP, ki imajo za to dejavnost posebno dovoljenje, pri čemer je za izvedbo vsakega prvega postopka OBMP potrebno poprejšnje soglasje strokovnega posvetovalnega telesa centra. O pritožbi zoper njegovo odločitev odloči Državna komisija za OBMP, ustanovljena pri ministrstvu, pristojnem za zdravstvo.¹⁴ Za postopke OBMP s spolnimi celicami darovalke ali darovalca je potrebno tako soglasje strokovnega posvetovalnega telesa centra za OBMP kot tudi dovoljenje Državne komisije za OBMP (prvi odstavek 12. člena ZZNPOB).¹⁵

27. Pravila o določanju očetovstva in materinstva pri otrocih, spočetih z biomedicinsko pomočjo, so urejena v 133. in 134. členu DZ. Če je mati v postopek OBMP privolila po predpisih, ki urejajo postopke OBMP, njenega materinstva ni dovoljeno izpodbijati. Če je bil otrok spočet z biomedicinsko pomočjo z jajčno celico darovalke, njenega materinstva ni dovoljeno ugotavljati. Za očeta otroka, ki je bil spočet z biomedicinsko pomočjo, velja materin mož ali njen zunajzakonski partner, ob pogoju, da sta v postopek privolila po predpisih, ki urejajo postopke OBMP. Tako določenega očetovstva ni dovoljeno izpodbijati, razen ob zatrjevanju, da otrok ni bil spočet po postopku OBMP. Če je bil otrok spočet z biomedicinsko pomočjo s semensko celico darovalca, njegovega očetovstva ni dovoljeno ugotavljati.

28. Iz predstavljenе ureditve izhaja, da je zakonodajalec izhajal iz t. i. koncepta medicinske neplodnosti. Določil je, da je medicinsko neplodnost mogoče ugotavljati le pri raznospolnem paru (ženski in moškem). Posledično ZZNPOB omogoča dostop do določenih postopkov OBMP le heteroseksualnemu paru – ženski in moškemu, ki živita v medsebojni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti.¹⁶ Ugotoviti je torej možno, da je v 5., 6., 8., 12., 22., 23. in 24. členu ZZNPOB določena prepoved nudenja postopkov OBMP samskim ženskam in lezbičnim parom, ki živijo v medsebojni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti.

B. – III.

Presoja očitkov predlagateljev na podlagi prvega odstavka 14. člena Ustave v zvezi s 55. členom Ustave

¹⁴ Sestavo in naloge Državne komisije za OBMP urejajo 19. do 21. člen ZZNPOB.

¹⁵ Centri za OBMP morajo pri svojem delu upoštevati tudi nekatere določbe Zakona o kakovosti in varnosti človeških tkiv in celic, namenjenih za zdravljenje (Uradni list RS, št. 61/07 – ZKVČTC), in celo Zakona o pridobivanju in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (Uradni list RS, št. 56/15 – ZPPDČT); glej podrobneje pri U. Vrtačnik, nav. delo, str. 54–75.

¹⁶ Da so do OBMP v Republiki Sloveniji upravičeni samo pari različnega spola, je jasno sprejeto tudi v V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 132.

29. Prvi odstavek 14. člena Ustave določa, da so v Republiki Sloveniji vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerokoli drugo osebno okoliščino. V bistvenem enako določa 14. člen EKČP.¹⁷ Skladno z ustaljeno presojo Ustavnega sodišča je treba pri presoji očitka o diskriminatornem obravnavanju odgovoriti na naslednja vprašanja: 1) ali se zatrjevano različno obravnavanje nanaša na zagotavljanje oziroma uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine; 2) če se, ali obstaja različno obravnavanje pobudnika in tistega, s katerim se pobudnik primerja; 3) ali sta dejanska položaja, ki ju pobudnik primerja, v bistvenem enaka in torej razlikovanje temelji na okoliščini iz prvega odstavka 14. člena Ustave; ter 4) če gre za razlikovanje na podlagi okoliščine iz prvega odstavka 14. člena Ustave in torej za poseg v pravico do nediskriminatornega obravnavanja, ali je ta poseg ustavno dopusten.¹⁸ Podoben test opravi v okviru 14. člena EKČP tudi ESČP.¹⁹

30. Prvi odstavek 14. člena Ustave se torej, enako kot 14. člen EKČP, nanaša le na enakost v človekovih pravicah oziroma temeljnih svoboščinah. Vendar je Ustavno sodišče domet prvega odstavka 14. člena Ustave razširilo s tem, ko je (po vzoru ESČP pri razlagi 14. člena EKČP) zavzelo pristop, po katerem se za obravnavo na podlagi te ustavne določbe ne zahteva predhoden izkaz posega v določeno človekovo pravico oziroma temeljno svoboščino, ampak za obravnavo z vidika ustavne prepovedi diskriminatornega obravnavanja zadošča že obstoj določene povezave s človekovo pravico.²⁰ Povedano drugače, za presojo izpodbijane ureditve z vidika prepovedi diskriminacije po presoji Ustavnega sodišča in ESČP zadošča, da presojana pravna ureditev sodi v polje učinkovanja določene človekove pravice oziroma temeljne svoboščine.²¹

¹⁷ Ta se glasi: "Uživanje pravic in svoboščin, določenih s to Konvencijo, je zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine."

¹⁸ Glej odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (Uradni list RS, št. 55/09, in OdlUS XVIII, 29) 7. točka obrazložitve, št. U-I-212/10 z dne 14. 3. 2013 (Uradni list RS, št. 31/13, in OdlUS XX, 4), 7. točka obrazložitve, št. U-I-68/16, Up-213/15 z dne 16. 6. 2016 (Uradni list RS, št. 49/16), 10. točka obrazložitve, št. U-I-91/21, Up-675/19 z dne 16. 6. 2022 (Uradni list RS, št. 94/22), 35. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev), in št. U-I-486/20, Up-572/18 z dne 16. 6. 2022 (Uradni list RS, št. 94/22), 25. točka obrazložitve.

¹⁹ Glej sodbo ESČP v zadevi *Gas in Dubois proti Franciji* z dne 15. 3. 2012, 37. in 38. ter 58. točka obrazložitve.

²⁰ Glej odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-146/07 z dne 13. 11. 2008 (Uradni list RS, št. 111/08, in OdlUS XVII, 59), 14. točka obrazložitve, št. U-I-425/06, 8. točka obrazložitve, in št. U-I-91/21, Up-675/19, 36. točka obrazložitve.

²¹ Tako med drugim v odločbah Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 36. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev), in št. U-I-486/20, Up-572/18, 33.

31. Jedro obeh zahtev²² so očitki predlagateljev o protiustavni diskriminaciji na podlagi osebnih okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave oziroma 14. člena EKČP, zato je Ustavno sodišče oceno skladnosti izpodbijane ureditve z Ustavo opravilo s tega vidika. Pri tem je moralo najprej odgovoriti na vprašanje, pri uživanju katere (če sploh katere) človekove pravice naj bi bili izpostavljeni kategoriji slabše obravnavani. Predlagatelja sta (dovolj konkretizirano) navedla različne človekove pravice, urejene v Ustavi in EKČP, in sicer pravico do zasebnosti iz 35. člena Ustave, pravico do zdravstvenega varstva iz prvega odstavka 51. člena Ustave, pravico do družinskega življenja iz tretjega odstavka 53. člena Ustave, pravico do svobodnega odločanja o rojstvih otrok iz 55. člena Ustave ter pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP.

32. Člen 55 Ustave vsebuje človekovo pravico do svobodnega odločanja o rojstvih otrok. Iz navedene ustavne določbe izhaja, da je odločanje o rojstvih svojih otrok svobodno, da država zagotavlja možnosti za uresničevanje te svoboščine in ustvarja razmere, ki omogočajo staršem, da se odločajo za rojstva svojih otrok. Teorija ugotavlja, da prvi odstavek 55. člena Ustave posamezniku zagotavlja svobodno odločanje o tem, ali bo za časa svojega življenja imel otroke ali ne, kdaj se bo odločil postati starš in koliko otrok bo imel,²³ oziroma svobodno uveljavljanje svoje volje o tem, ali bo imel otroke, kdaj in koliko jih bo imel.²⁴ S pomočjo zgodovinske metode razlage Ustave je mogoče ugotoviti, da človekova pravica iz 55. člena Ustave zajema najmanj pravico človeka do ugotavljanja in zdravljenja zmanjšane plodnosti, do preprečevanja zanositve, kar obsega kontracepcijo in sterilizacijo, ter pravico žensk do umetne

točka obrazložitve. Primerjaj tudi s stališčem velikega senata ESČP v sodbi v zadevi *E. B. proti Franciji* z dne 22. 1. 2008, 47. in 48. točka obrazložitve, da za uporabo 14. člena EKČP zadošča, da dejstva v zadevi spadajo v področje uporabe ene ali več konvencijskih pravic; ter da prepoved pred diskriminacijo velja za vse tiste dodatne pravice, ki sodijo v splošno polje katerekoli konvencijske pravice, za katere se je država prostovoljno odločila, da jih bo zagotavljala.

²² Glej 18. in 19. točko obrazložitve te odločbe.

²³ A. Dežman v: M. Avbelj (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije, Del 1: človekove pravice in temeljne svoboščine*, Nova univerza in Evropska pravna fakulteta, Ljubljana 2019, str. 476.

²⁴ M. Končina Peternel v: L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije*, Ljubljana 2002, str. 576. Avtorica dodaja, da je država dolžna posamezniku zagotoviti takšne pogoje, da se bo lahko svobodno odločil, da ustvari družino (na področju zdravstvenega in socialnega varstva, vzgoje in izobraževanja, zaposlovanja, delovnopravnega varstva in stanovanjskega gospodarstva), pri čemer ne sme posegati v svobodo odločanja o rojstvih otrok zaradi uveljavljanja določene prebivalstvene politike.

prekinitve nosečnosti. Pri tem mora država zagotavljati dostopnost zdravstvenih in drugih storitev za uresničevanje teh pravic.²⁵

33. Ustavno sodišče je v 11. točki obrazložitve odločbe št. Up-459/17, U-I-307/19 z dne 21. 1. 2021 (Uradni list RS, št. 42/21, in OdlUS XXVI, 2) sprejelo stališče, da ZZNPOB ureja zdravstvene ukrepe, s katerimi se ženski in moškemu pomaga pri spočetju otroka in se jima tako omogoči uresničevati svobodo odločanja o rojstvih njunih otrok, ki jo zagotavlja 55. člen Ustave. Zakonodajalec je pravico do zdravstvenega varstva, kolikor ta obsega zdravstvene ukrepe, ki naj parom omogočijo spočetje otroka (zdravljenje neplodnosti in OBMP) in s tem uresničitev pravice iz 55. člena Ustave, uredil z ZZNPOB.²⁶ Da je ZZNPOB temeljnega pomena za uresničevanje pravice iz 55. člena Ustave, izhaja tudi iz pravne teorije.²⁷ Glede na to Ustavno sodišče šteje, da pravna ureditev OBMP, vključno s krogom upravičencev do OBMP, sodi na področje 55. člena Ustave.

34. Tudi v praksi ESČP človekova pravica do zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP obsega pravico para, da spočne otroka s postopkom OBMP oziroma da za ta namen uporabi tehnike, ki jih je razvila medicinska znanost.²⁸ ESČP pri ugotavljanju, ali je država pri urejanju tega hitro razvijajočega se ter moralno in etično občutljivega področja (še) ujela pravično ravnotežje med javnim interesom in interesi naslovnikov norme, državam priznava razmeroma široko polje proste presoje.²⁹

²⁵ Glej razlago Komisije Skupščine Republike Slovenije za ustavna vprašanja, sprejeto na njeni 41. seji 19. 12. 1991 (glej Predlog Ustave Republike Slovenije [dodatek], Poročevalec Skupščine Republike Slovenije, Ljubljana, 17. januar 1992, str. 23). Na razlago te t. i. ustavne komisije glede pravice do prekinitve nosečnosti kot sestavine 55. člena Ustave se sklicuje tudi teorija, ki obenem pojasnjuje, da v slovenskem pravu ne velja, da je plod ali zarodek samostojno človeško bitje, oseba, ki ima kot taka avtonomne pravice, zlasti tudi absolutno pravico do življenja (glej pri K. Zupančič, Nekaterne temeljne pravice družinskopravne narave in vprašanja svobode odločanja o rojstvih otrok, v: M. Pavčnik, A. Polajnar-Pavčnik in D. Wedam-Lukić (ur.), Temeljne pravice, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, str. 192 in 202).

²⁶ Odločba Ustavnega sodišča št. Up-459/17, U-I-307/19, 12. točka obrazložitve.

²⁷ M. Končina Peternel, nav. delo, str. 576, navaja, da se svoboda odločanja o rojstvih otrok uresničuje tudi s pomočjo zdravstvenih ukrepov, ki jih urejata dva zakona: Zakon o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok (Uradni list SRS, št. 11/77 in 42/86 – ZZUUP) in ZZNPOB. Primerjaj z V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 129–130.

²⁸ Glej sodbe ESČP v zadevah *S.H. in drugi proti Avstriji* z dne 3. 11. 2011, 82. in 88. točka obrazložitve, *Knecht proti Romuniji* z dne 2. 10. 2012, 54. točka obrazložitve, in *Pejřilová proti Češki republiki* z dne 8. 12. 2022, 25. in 47. točka obrazložitve.

²⁹ Sodbe ESČP v zadevah *S.H. in drugi proti Avstriji*, 97. in 106. točka obrazložitve, *Knecht proti Romuniji*, 59. točka obrazložitve, ter *Baret in Caballero proti Franciji* z dne 14. 9. 2023, 80. točka obrazložitve.

35. Pravici do svobodnega odločanja o rojstvih otrok iz 55. člena Ustave stoji nasproti pozitivna obveznost države, da posameznicam, posameznikom in parom omogoči uporabo zanesljivih tehnik, ki jih na področju OBMP razvija medicinska znanost. Zakonodajalec pri urejanju področja OBMP uživa določeno polje proste presoje. Ustava ne vsebuje pozitivne obveznosti zakonodajalca, da vsakomur omogoči (v določenem trenutku po stanju znanosti in stroke) vse biomedicinsko izvedljive postopke OBMP. Člen 8 EKČP in 55. člen Ustave namreč ne zagotavljata "pravice do otroka". Vendar pa mora zakonodajalec pri zakonskem urejanju OBMP spoštovati načelo enakosti in prepoved diskriminacije, varstvo človekovega dostojanstva ter varstvo največje koristi otroka.³⁰

36. Iz 55. člena Ustave ne izhaja zahteva, da morajo biti postopki OBMP dostopni zgolj osebam ali parom, ki so medicinsko neplodni. Te določbe niti na podlagi jezikovne niti namenske in sistemske razlage ni mogoče razumeti tako, da omejuje dostopnost postopkov OBMP širšemu krogu oseb, kot to velja na podlagi ZZNPOB. Izrecni cilj ustavne pravice do svobodnega odločanja o rojstvih otrok je zagotavljanje možnosti in razmer, ki staršem omogočajo, da se odločajo za rojstva svojih otrok (drugi odstavek 55. člena Ustave). Po dosegljivih podatkih³¹ so postopki OBMP v številnih evropskih državah dostopni tako samskim ženskam (Belgija, Bolgarija, Hrvaška, Ciper, Danska, Estonija, Finska, Francija, Nemčija, Grčija, Madžarska, Islandija, Irska, Latvija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Romunija, Španija, Švedska in Združeno kraljestvo) kot tudi lezbičnim parom (Avstrija, Belgija, Danska, Finska, Francija, Nemčija, Islandija, Irska, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Španija, Švedska, Švica in Združeno kraljestvo).³²

37. Predlagatelja zatrjujeta diskriminatorno obravnavo glede na osebni okoliščini spolne usmerjenosti (za ženske v lezbičnih parih)³³ in zakonskega stanu (za samske

³⁰ V odločbi št. U-I-486/20, Up-572/18, 33. točka obrazložitve, je Ustavno sodišče poudarilo, da 53. člen Ustave ne daje izrecnega odgovora na vprašanje, ali lahko zakonsko zvezo skleneta le osebi različnega spola ali tudi osebi istega spola. To pomeni, da ima zakonodajalec določeno polje proste presoje. Ustavno sodišče je hkrati poudarilo, da mora pri pravnem urejanju zakonske zveze zakonodajalec poleg zahtev, ki izhajajo iz 53. člena Ustave, upoštevati tudi prepoved diskriminacije iz prvega odstavka 14. člena Ustave in argument človekovega dostojanstva, ki je temelj človekovih pravic.

³¹ Glej Fertility Europe in Forum Evropskega parlamenta za spolno in reproduktivno zdravje: European Atlas of Fertility Treatment (december 2021), dostopno na: https://fertilityeurope.eu/wp-content/uploads/2021/12/FERTIL-Atlas_EN-2021-v10.pdf, in ILGA-Europe – the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Rainbow Europe, dostopno na: <https://www.rainbow-europe.org/#0/8682/0>.

³² Tem državam je morebiti treba prišteti še Bolgarijo, Estonijo, Latvijo in Romunijo (glede teh držav se podatki iz dveh zgoraj omenjenih virov razhajajo).

³³ Spolna usmerjenost je ena izmed osebnih okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave in tudi iz 14. člena EKČP (glej na primer 12. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-

ženske).³⁴ Tako spolna usmerjenost kot zakonski stan sta okoliščini iz prvega odstavka 14. člena Ustave.³⁵

38. Ustavno sodišče ugotavlja, da ni dvoma o tem, da pri dostopnosti do postopkov OBMP obstaja različno obravnavanje samskih žensk in žensk v lezbičnih parih v primerjavi z ženskami v raznospolnih parih. Postopki OBMP niso omogočeni niti samskim ženskam niti ženskam v lezbičnih parih. Ustavno sodišče se mora zato opredeliti do vprašanja, ali so dejanski položaji, ki jih predlagatelja primerjata (samske ženske in ženske v lezbičnih parih na eni strani ter ženske v raznospolnih parih na drugi strani), v bistvenem enaki in torej razlikovanje temelji na okoliščini iz prvega odstavka 14. člena Ustave. Ta korak presoje očitkov o diskriminatornem obravnavanju je Ustavno sodišče opravilo ločeno za samske ženske in za ženske v lezbičnih parih.

Presoja primerljivosti položajev žensk v (neplodnih) raznospolnih in istospolnih (lezbičnih) parih z vidika dostopa do OBMP

39. V ustavnosodni presoji je ustaljena razlaga, da so za oceno enakosti primerjanih položajev pomembne tako dejanske kot tudi pravne pravine. Ustavno sodišče je že v več primerih ugotovilo, da se primerjana položaja raznospolnih in istospolnih partnerskih skupnosti sama po sebi ne razlikujeta.³⁶ V odločbah Ustavnega sodišča št. U-I-425/06, št. U-I-212/10 in št. U-I-68/16, Up-213/15 je bilo tako stališče sprejeto, ko je šlo za pravico do dedovanja, torej za premoženjskopravne posledice enako stabilne (bodisi formalne bodisi neformalne) partnerske skupnosti, ne glede na to, ali jo tvorita istospolno ali raznospolno usmerjeni osebi, oziroma za vprašanje, ali je mogoče med osebe, ki lahko štejejo za družinske člane prosilca za mednarodno zaščito, uvrstiti tudi istospolne partnerje. V temelju je šlo v navedenih zadevah za vprašanje, ali lahko istospolni pari enako kot raznospolni pari ustvarjajo trajna, stabilna in ljubeča partnerska razmerja.

I-91/21, Up-675/19, ki je obravnavala vprašanje skupne posvojitve s strani istospolnih partnerjev).

³⁴ Za namene te odločbe je kot "samsko žensko" treba razumeti žensko, ki ne živi v nobeni pravno priznani zvezi po družinskem pravu.

³⁵ Podobno ESČP pri razlagi 14. člena EKČP v več odločitvah. Glej npr. sodbo v zadevi *Şerife Yiğit proti Turčiji* z dne 2. 11. 2010, 80. točka obrazložitve (razlikovanje glede na civilno ali versko naravo zakonske zveze), sodbo v zadevi *Petrov proti Bolgariji* z dne 22. 5. 2008, 52. točka obrazložitve (razlikovanje med soprogo iz zakonske zveze in partnerko iz dolgoročnega *de facto* življenjskega razmerja), sodbo v zadevi *Muñoz Díaz proti Španiji* z dne 8. 12. 2009, 51. točka obrazložitve (slabša obravnava soproge iz zakonske zveze po običajih romske skupnosti).

³⁶ Glej med drugim odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-425/06, 12. točka obrazložitve, št. U-I-212/10, 11. točka obrazložitve, št. U-I-91/21, Up-675/19, 44. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev), in št. U-I-486/20, Up-572/18, 36. točka obrazložitve.

40. V odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 je Ustavno sodišče ugotovilo, da sta istospolna partnerja v primerljivem položaju z raznospolnima partnerjema z gledišča možnosti vzpostavitve pravnega starševstva s skupno posvojitvijo otroka. Za presojo Ustavnega sodišča je bilo odločilno, da je z vidika pravne ureditve možnosti skupne posvojitve zakonska zveza (oziroma od uveljavitve DZ tudi zunajzakonska skupnost) primerljiva z najbolj formalizirano obliko istospolne partnerske skupnosti, ki jo je pravni red tedaj dajal na razpolago istospolnima partnerjema, to je (sklenjeno) partnersko zvezo, katere pravne posledice so bile v času sprejemanja navedene odločbe že zelo podobne pravnim posledicam zakonske zveze.³⁷ V odločbi št. U-I-486/20, Up-572/18 je Ustavno sodišče sprejelo tudi stališče, da sta istospolna partnerja v primerljivem položaju z raznospolnima partnerjema, ko gre za sklenitev zakonske zveze. Po značilnostih partnerskega razmerja naj bi bili raznospolni in istospolni partnerji v bistveno enakem pravno upoštevnem dejanskem položaju.³⁸

41. Lezbični partnerki brez uporabe darovanih semenskih celic ne moreta spočeti otroka, zato medicinske neplodnosti (ene ali druge partnerke ali obeh) praviloma niti ni mogoče ugotoviti.³⁹ Vendar Vlada utemeljeno opozarja na primere, ko je bila neplodnost ali genetska indikacija pri ženski, ki živi v lezbični zvezi, medicinsko že ugotovljena v postopku OBMP. Temu je mogoče dodati primere, ko je pri eni ali obeh ženskah, ki živita v medsebojni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti, ugotovljen jasen in nesporen medicinski vzrok neplodnosti. Ženske, ki živijo v lezbičnih zvezah, v katerih sta ena ali obe partnerki medicinsko neplodni, so torej v bistveno enakem položaju kot ženske, ki živijo v raznospolnih parih, v katerih je medicinska neplodnost prisotna pri enem ali drugem ali pri obeh partnerjih.

42. Vendar se analiza primerljivosti ne more ustaviti na tej točki. Pri presoji primerljivosti položajev žensk v lezbičnih in raznospolnih parih z vidika OBMP je treba upoštevati tudi naslednje razloge. Prvič, niti ženska v lezbičnem niti ženska v neplodnem raznospolnem paru otroka ne more spočeti po naravni poti, brez pomoči OBMP. Drugič, istospolne družine (istospolni par z otrokom/otroki) so po svojih bistvenih značilnostih in z vidika varstva otrokove koristi primerljive s heterospolnimi.⁴⁰ Tretjič, postopke OBMP iz drugega odstavka 4. člena ZZNPOB ("postopki oploditve ženske, ki se s pomočjo biomedicinske znanosti izvajajo z namenom zanositve na drug način kot s spolnim odnosom") je glede na biološke danosti in glede na veljavno zakonsko

³⁷ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 49.–51. točka obrazložitve.

³⁸ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-486/20, Up-572/18, 37.–39. točka obrazložitve.

³⁹ K. Zupančič, Pojasnila k Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, v: K. Zupančič, B. Novak, nav. delo, str. 278, navaja, da ZZNPOB odreka pravico do OBMP ženski, ki živi v skupnosti z drugo žensko in nima trajnejšega razmerja z moškim. Za tako žensko naj ne bi bilo mogoče vedeti, ali je neplodna; take diagnoze naj ji celo po naravi stvari ne bi bilo mogoče postaviti.

⁴⁰ Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 61. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev).

ureditev, ki dopušča heterologno oploditev z darovanimi semenskimi celicami, mogoče izvesti tudi pri ženski v lezbičnem paru.⁴¹

43. Po drugi strani je, če kot merilo sprejmemo t. i. medicinsko neplodnost, mogoče utemeljiti tudi različnost položajev žensk v lezbičnem in neplodnem raznospolnem paru. Ker se medicinska neplodnost (kot jo pojmuje ZZNPOB) lahko ugotavlja le pri raznospolnih parih, ženske v lezbičnem paru že pojmovno ne morejo biti neplodne. Merilo medicinske neplodnosti namreč že v izhodišču dostop do postopkov OBMP omeji izključno na heterospolne pare. Vendar pa medicinska neplodnost ne more imeti odločilne teže pri presoji primerljivosti položajev žensk v lezbičnem in neplodnem raznospolnem paru, ker kot merilo dostopnosti do postopkov OBMP ni ustavna zahteva (36. točka obrazložitve).

44. Ob upoštevanju 42. in 43. točke obrazložitve Ustavno sodišče ugotavlja, da je ženska v lezbičnem paru glede dostopnosti do OBMP v bistvenem v enakem položaju kot ženska v raznospolnem paru iz drugega odstavka 5. člena ZZNPOB.

45. Razlikovanje v presojani zakonski ureditvi temelji na spolni usmerjenosti, ki je ena izmed okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave. Izpodbijane določbe ZZNPOB posegajo v pravico do nediskriminatorne obravnave istospolno usmerjenih oseb ženskega spola (lezbični par) pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvih otrok (prvi odstavek 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave).

Presoja primerljivosti položajev žensk v (neplodnih) raznospolnih parih in samskih žensk (žensk brez partnerja ali partnerke) z vidika dostopa do OBMP

46. Teorija navaja, da ni mogoče vedeti, ali je samska ženska neplodna, ker nima trajnejšega razmerja z moškim.⁴² Vendar Vlada utemeljeno opozarja, da to vselej ne

⁴¹ Drugače velja za moškega v istospolnem ali raznospolnem paru. Moški v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti tako zaradi bioloških kot zaradi veljavnih pravnih omejitev (prepoved OBMP z namenom nadomestnega materinstva) ni v enakem položaju kot ženska v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti.

⁴² K. Zupančič, Pojasnila k Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, v: K. Zupančič, B. Novak, nav. delo, str. 278. Podobno, s poudarkom, da naj bo neplodnost (v smislu medicinske indikacije) pogoj za upravičenost do postopkov OBMP, v: K. Zupančič, Spočetje z biomedicinsko pomočjo – problemi pri uveljavljanju nove pravne ureditve, v: Medicina in pravo: izbrana poglavja, konferenčni zbornik, Maribor 2004, str. 97–103. Glej tudi K. Zupančič, Spočetje z biomedicinsko pomočjo in pravo, Pravna praksa, št. 18 (2001), str. 5–9, ki med drugim sprejema stališče, da je osnovni koncept ZZNPOB, da naj se s postopki OBMP pomaga samo ljudem, ki zaradi neplodnosti ne morejo imeti otrok. Za žensko, ki nima (trajnejšega) razmerja z moškim, pa ni mogoče vedeti, ali je neplodna. ZZNPOB naj bi bil predpis s področja zdravstva; zdravstvo pa naj bi bilo dolžno človeku pomagati samo, če so

drži. Dokazano neplodna samska ženska je v bistveno enakem položaju kot ženska, ki živi z moškim v neplodnem raznospolnem paru.

47. Poleg tega se tudi glede samskih žensk presoja primerljivosti položajev z ženskami v raznospolnih parih z vidika OBMP ne more ustaviti na tej točki. Ustavno sodišče mora pri svoji presoji izhajati iz človekovega dostojanstva kot središčnega načela ustavnega reda Republike Slovenije in upoštevati naslednje razloge. Prvič, niti samska ženska niti ženska v neplodnem raznospolnem paru otroka ne moreta spočeti po naravni poti, brez pomoči OBMP. Zahtevati, da ženska za dostop do OBMP (najprej) poišče partnerja, osnuje zakonsko zvezo ali zunajzakonsko skupnost in poskuša doseči zanositev po naravni poti, bi bilo namreč v očitnem nasprotju z njenim dostojanstvom in zasebnostjo. Drugič, enostarševske družine z otroki so tretji najpogostejši tip družine v Republiki Sloveniji in so po svojih temeljnih značilnostih glede skrbi za otroka primerljive z dvostarševskimi družinami.⁴³ Tretjič, postopke OBMP iz drugega odstavka 4. člena ZZNPOB ("postopki oploditve ženske, ki se s pomočjo biomedicinske znanosti izvajajo z namenom zanositve na drug način kot s spolnim odnosom") je glede na biološke danosti in glede na veljavno zakonsko ureditev, ki dopušča heterologno oploditev z darovanimi semenskimi celicami, mogoče izvesti tudi pri samski ženski.⁴⁴

48. Po drugi strani je, če kot merilo sprejmemo t. i. medicinsko neplodnost, mogoče utemeljiti tudi različnost položajev ženske v neplodnem raznospolnem paru in samske ženske. Ker se medicinska neplodnost (kot jo pojmuje ZZNPOB) ugotavlja le pri raznospolnih parih, samska ženska že pojmovno ne more biti neplodna. Merilo medicinske neplodnosti namreč že v izhodišču dostop do postopkov OBMP omeji izključno na heterospolne pare. Vendar pa medicinska neplodnost ne more imeti odločilne teže pri presoji primerljivosti položajev žensk v neplodnem raznospolnem paru in samskih žensk, ker kot merilo dostopnosti do postopkov OBMP ni tudi ustavna zahteva (36. točka obrazložitve).

podani zdravstveni razlogi (indikacije) za pomoč. V primeru biomedicinske pomoči pri spočetju naj bi bil tak razlog neplodnost.

⁴³ Statistični urad Republike Slovenije, dostopno na: <https://stat.si/StatWeb/news/Index/9973>. Med vsemi družinami jih je bilo 23 odstotkov, med družinami z otroki pa 33 odstotkov. Glavnina takih družin so bile matere z otroki (80 odstotkov). Gre za razmeroma visoke številke. Po stanju na dan 1. 1. 2021 so v Republiki Sloveniji živele 109.303 družine, ki jih je tvorila mati z otroki (povprečno 1,36 otroka na družino), in 26.918 družin, ki jih je tvoril oče z otroki (povprečno 1,30 otroka na družino). Upoštevati je treba tudi, da Statistični urad Republike Slovenije za družino (kot drugi najštevilnejši tip družine) šteje tudi zakonski par brez otrok (kar sicer ne ustreza zakonski definiciji družine iz 2. člena DZ).

⁴⁴ Drugače velja za samskega moškega. Samski moški tako zaradi bioloških kot zaradi veljavnih pravnih omejitev (prepoved OBMP z namenom nadomestnega materinstva) ni v enakem položaju kot samska ženska.

49. Ob upoštevanju 47. in 48. točke obrazložitve Ustavno sodišče ugotavlja, da je samska ženska glede dostopnosti do postopkov OBMP v bistvenem v enakem položaju kot ženska v raznospolnem paru iz drugega odstavka 5. člena ZZNPOB.

50. Razlikovanje v presojeni zakonski ureditvi temelji na samskosti ženske kot njenem zakonskem stanu, ki je ena izmed okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave. Izpodbijane določbe ZZNPOB zato neposredno posegajo v pravico do nediskriminatorne obravnave samskih žensk pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvih otrok (prvi odstavek 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave).

Presoja ustavne dopustnosti posega v pravico do nediskriminatornega obravnavanja

51. Skladno s tretjim odstavkom 15. člena Ustave je človekove pravice mogoče omejiti samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa Ustava. Ustavno sodišče to določbo ustaljeno razlaga tako, da je človekove pravice mogoče omejiti le v primerih, ki jih določa Ustava, zaradi varstva pravic drugih ali javne koristi.⁴⁵ Predpogoj za ustavno dopustnost posega je torej, da poseg zasleduje ustavno dopusten cilj (t. i. test legitimnosti oziroma ustavne dopustnosti). Če je zakonodajalec zasledoval ustavno dopusten cilj, Ustavno sodišče preizkusi še, ali je poseg skladen z načeli pravne države (2. člen Ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje prekomerne posege države (splošno načelo sorazmernosti). Oceno skladnosti izpodbijane ureditve s splošnim načelom sorazmernosti opravi Ustavno sodišče na podlagi t. i. strogega testa sorazmernosti, ki obsega presojo treh vidikov posega, tj. presojo primernosti, nujnosti in sorazmernosti posega v ožjem smislu.⁴⁶ Le če poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine prestane oba testa, je po ustaljeni ustavnosodni presoji dopusten. Iz ustaljene ustavnosodne presoje, ki se nanaša na oceno skladnosti zakonske ureditve z ustavno prepovedjo diskriminacije, izhaja še, da lahko razlikovanje na podlagi spolne usmerjenosti utemeljijo le posebej tehtni razlogi.⁴⁷

52. Ustavno sodišče je moralo najprej presoditi, ali se z izpodbijano ureditvijo zasleduje kakšen ustavno dopusten cilj. Iz zakonodajnega gradiva izhaja, da je zakonodajalec

⁴⁵ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013 (Uradni list RS, št. 39/13, in OdlUS XX, 5), 47. točka obrazložitve.

⁴⁶ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003 (Uradni list RS, št. 108/03, in OdlUS XII, 86), 25. točka obrazložitve, in odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 55. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev), in št. U-I-486/20, Up-572/18, 42. točka obrazložitve.

⁴⁷ Glej odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-212/10, 20. točka obrazložitve, št. U-I-68/16, Up-213/15, 22. točka obrazložitve, št. U-I-91/21, Up-675/19, 55. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev), in št. U-I-486/20, Up-572/18, 42. točka obrazložitve.

skušal preprečiti, da bi otrok, spočet z OBMP, odraščal brez očeta.⁴⁸ Zakonodajalec je torej ocenil, da otroku nikoli ni v korist, če odrašča sam z materjo ali v istospolni družini; v korist mu je le, če odrašča z materjo in očetom.

53. Varstvo koristi otroka samo po sebi je ustavno dopusten cilj omejitve človekovih pravic, ki je vsebinsko povezan z ureditvijo postopka OBMP.⁴⁹ Korist otroka je temeljno vodilo pri vseh dejavnostih in postopkih v zvezi z otrokom, za uresničitev katere morajo skrbeti ne le starši, pač pa tudi vsi državni organi, izvajalci javnih služb, nosilci javnih pooblastil, organi lokalne skupnosti ter druge pravne in fizične osebe (glej 3. člen Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah, Uradni list SFRJ – MP, št. 15/90, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, Uradni list RS, št. 35/92, MP, št. 9/92 – KOP, in 7. člen DZ).

54. Korist otroka v primeru izpodbijanih zakonskih določb je zakonodajalec primarno utemeljil z oceno, da otroku, spočetemu z OBMP, ne more biti v korist, če odrašča sam z materjo ali v istospolni družini. Otrokova korist je varovana le, če odrašča v t. i. tradicionalni družini (mati, oče, otrok). Tako utemeljen cilj izpodbijane ureditve po presoji Ustavnega sodišča ni ustavno dopusten niti glede žensk v istospolnih zvezah niti glede samskih žensk.

⁴⁸ Obrazložitev (tedaj še tako poimenovanega) Predloga zakona o postopkih umetne oploditve in ravnanju s človeškimi zarodki (ZPUOCZ), Poročevalec DZ, št. 4, z dne 27. 1. 1999, EPA: 681-II, str. 16: "Prvi odstavek 6. člena določa, kdo je upravičen do postopkov umetne oploditve. To sta moški in ženska, ki sta v času postopka živela v medsebojni zakonski zvezi ali v zunajzakonski skupnosti. Tudi privolitev za izvedbo postopka umetne oploditve morata dati oba zakonca ali zunajzakonska partnerja. S to določbo se poskuša preprečiti, da bi, v primeru, da bi se umetno oplodila samska ženska, otrok, spočet v postopku umetne oploditve, odraščal brez očeta [...]" K. Zupančič, Pojasnila k Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, v: K. Zupančič, B. Novak, nav. delo, str. 281, navaja, da otroku ni v največjo korist, če se rodi samski ženski in je malo verjetnosti, da bo kdaj imel očeta. Naravnega nikoli, ker očetovstva darovalca semenske celice ni dovoljeno ugotavljati. Avtor se sklicuje na mnenja psihiatrične stroke, da so otroci brez očeta prikrajšani, saj naj bi imel oče odločilni pomen pri otrokovem življenjskem zorenju, njegova odsotnost pa naj bi pogosto vplivala na razvoj motenj pri rasti osebnosti.

⁴⁹ Primerjaj z odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 58. točka obrazložitve (skupna posvojitve s strani istospolnih partnerjev). M. Končina Peternel, nav. delo, str. 577, navaja, da so posegi v svobodo odločanja o rojstvu otrok zaradi varstva otroka pred rojstvom dopustni; veliko držav naj bi s predpisi varovalo koristi še nerojenega otroka, zlasti tudi pri uporabi umetnih metod reprodukcije. Tudi pri oblikovanju določb novega ZZNPOB naj bi zakonodajalec upošteval koristi otroka pred rojstvom, tudi med drugim z določbo, po kateri so do postopkov OBMP upravičeni le zakonci oziroma zunajzakonski pari oseb različnega spola v primerni starosti za opravljanje starševskih dolžnosti.

55. Ustavno sodišče je že v odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 sprejelo stališče, da Vladi ni uspelo izkazati, da odraščanje otroka z istospolnima partnerjema, ki živita v stabilni partnerski zvezi, negativno vpliva na njegov razvoj in s tem na njegovo največjo korist v primerjavi z otroki iz tradicionalnih družin (mati, oče, otrok). Trditve Vlade iz navedenega postopka so v veliki meri ostale na ravni pavšalnih sklicevanj na pomen tradicionalne družine ter na določene splošne domneve, ki pa niso mogle utemeljiti absolutne izključitve istospolnih partnerjev iz skupne posvojitve.⁵⁰

56. Ustavno sodišče je nadalje v 67. točki obrazložitve odločbe št. U-I-91/21, Up-675/19 o skupni posvojitvi s strani istospolnih partnerjev pojasnilo, da aktualna ureditev po DZ sicer daje prednost skupni posvojitvi, a kot izjemo dopušča tudi t. i. enostransko posvojitve.⁵¹ Glede na to ni mogoče prepričljivo zagovarjati, da življenje samo z materjo otroku nikoli ni v korist. Da vsi otroci, ki odraščajo zgolj z materjo, niso avtomatično prikrajšani že zgolj zato, ker odraščajo brez očeta, je nadalje mogoče sklepati tudi iz podatka o razširjenosti enostarševskih družin, ki jih v največjem deležu sestavljajo prav matere z otroki.⁵² To je pomembno zato, ker bi v kontekstu obravnavanega izključevanja samskih žensk iz OBMP argument odraščanja v tradicionalni družini v skrajni izpeljavi svoje logike v bistvu pomenil, da je za otroka bolje, da se sploh ne rodi, kot da bi se rodil samski materi.

57. Vendar pa Ustavno sodišče ne more spregledati, da izpodbijane določbe, kolikor onemogočajo OBMP samskim ženskam, korist otroka zasledujejo tudi s tem, da ima otrok, spočet s pomočjo OBMP, dva starša, ne le enega. Ustavno sodišče se strinja, da je korist otrok načeloma (še) bolj varovana, če starševsko skrb izvršujeta dve osebi, kot če jo izvršuje ena oseba. Čeprav drži, da tudi otroci, spočeti s pomočjo OBMP, zaradi različnih življenjskih okoliščin (smrt, razveza, zapustitev otroka) lahko odraščajo v enostarševskih družinah ali brez staršev, ni mogoče spregledati, da izpodbijana ureditev zagotavlja najmanj to, da sta nosilca starševske skrbi v pravnem pogledu tako oče kot mati. V tem pogledu je tako opredeljena korist otrok, spočetih z OBMP, lahko legitimni cilj ureditve, ki oploditev omogoča le (istospolnim ali raznospolnim) parom, ne pa samskim osebam.

58. Glede na navedeno izpodbijana prepoved dostopa do OBMP samskim ženskam in ženskam v lezbičnih parih zasleduje ustavno dopusten cilj v primeru samskih žensk, ne pa tudi v primeru lezbičnih parov.

59. Če zakonodajalec zasleduje ustavno dopusten cilj, Ustavno sodišče preizkusi še, ali je poseg skladen z načeli pravne države (2. člen Ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje prekomerne posege države (splošno načelo sorazmernosti).

⁵⁰ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19, 65. točka obrazložitve.

⁵¹ Drugi odstavek 213. člena DZ določa, da lahko izjemoma otroka posvoji tudi ena oseba, če ta ni v zakonski zvezi ali v zunajzakonski skupnosti, če je to v otrokovo korist.

⁵² Opomba št. 43 te odločbe.

Oceno skladnosti izpodbijane ureditve s splošnim načelom sorazmernosti opravi Ustavno sodišče na podlagi t. i. strogega testa sorazmernosti, ki obsega presojo treh vidikov posega, tj. presojo primernosti, nujnosti in sorazmernosti posega v ožjem smislu.⁵³ Iz ustaljene ustavnosodne presoje, ki se nanaša na oceno skladnosti zakonske ureditve z ustavno prepovedjo diskriminacije, izhaja še, da lahko razlikovanje na podlagi spolne usmerjenosti utemeljijo le posebej tehtni razlogi.⁵⁴ Enako velja za razlikovanje na podlagi zakonskega stana.

60. Glede na to se mora v nadaljevanju Ustavno sodišče opredeliti do tega, ali neenaka obravnava samskih žensk glede dostopa do OBMP prestane strogi test sorazmernosti.

61. Dokazno breme glede sorazmernosti zakonskega ukrepa, ki posega v človekovo pravico do nediskriminatornega obravnavanja iz prvega odstavka 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave, je na zakonodajalcu in Vladi.⁵⁵ V zadevi št. U-I-91/21, Up-675/19 o skupni posvojitvi s strani istospolnih partnerjev je Ustavno sodišče poudarilo, da je že za presojo nujnosti posega ključno, ali je Vlada izkazala, da ima za svoje trditve o tem, da lahko le tradicionalna družina poskrbi za dobrobit otroka, zadostno podlago v dejstvih, denimo v mnenjih stroke, oziroma ali utemeljenost njenih trditev potrjujejo kakršnikoli drugi dokazi.⁵⁶ Ustavno sodišče ugotavlja, da Vlada v svojem mnenju niti ne zatrjuje, da je v otrokovo korist izključno odraščanje v dvostarševski družini. Vendar pa iz zakonodajnega gradiva leta 2000 sprejetega ZZNPOB izhaja ocena, da odraščanje otroka, spočetega v postopku umetne oploditve, brez očeta ni v njegovo največjo korist.⁵⁷ Ustavno sodišče ocenjuje, da zgolj s to trditvijo zakonodajalec dokaznemu bremenu glede nujnosti in (ožje) sorazmernosti izpodbijane ureditve za doseg največje otrokove koristi ni zadostil.⁵⁸ V primerih neenake obravnave samskih oseb mora namreč zakonodajalec s strokovnimi argumenti (npr. študijami o vplivu različnih vrst družin na otrokovo korist) absolutno prepoved dostopa do OBMP ženskam brez partnerja (partnerke) vsebinsko utemeljiti in pojasniti, zakaj je le na tak način mogoče zagotoviti otrokovo največjo korist. Zgolj trditev, da mora otrok vselej odraščati z očetom, takšni zahtevi ne zadosti.

⁵³ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-18/02, 25. točka obrazložitve.

⁵⁴ Glej odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-212/10, 20. točka obrazložitve, in št. U-I-68/16, Up-213/15, 22. točka obrazložitve. Tako tudi ESČP v sodbah v zadevah *Schalk in Kopf proti Avstriji* z dne 24. 6. 2010, 96. in 97. točka obrazložitve, ter *Gas in Dubois proti Franciji*, 59. točka obrazložitve.

⁵⁵ Ustavno sodišče Avstrije je v sodbi št. G 16/2013 z dne 10. 12. 2013 med drugim navedlo, da morajo (tudi po praksi ESČP) za neenako obravnavanje na podlagi spola in spolne usmerjenosti obstajati posebno resni razlogi, pri čemer ima v primeru dvoma prednost enaka obravnava in ne diskriminacija (glej 46. točko obrazložitve navedene sodbe).

⁵⁶ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19 (o skupni posvojitvi s strani istospolnih partnerjev), 60. točka obrazložitve.

⁵⁷ Opomba št. 48 te odločbe.

⁵⁸ Prim. sodbo Ustavnega sodišča Avstrije št. G 16/2013, 46. točka obrazložitve.

62. Ustavno sodišče se je – ob molku Državnega zbora, ki ni odgovoril na zahtevi – moralo pri iskanju argumentov zakonodajalca za izpodbijano ureditev opreti na 25 let stara zakonodajna gradiva. Iz teh izhaja, da naj bi bila otrokova korist zagotovljena samo, če odrašča v tako imenovani tradicionalni družini (z materjo in očetom). Pojem družine je v praksi ESČP (družinsko življenje varuje 8. člen EKČP) predmet dinamične razlage, po kateri se krog oseb, med katerimi obstajajo posebej tesne osebne vezi, ki tvorijo družino, vselej ugotavlja na podlagi dejanskih okoliščin konkretnega primera.⁵⁹ Družinsko življenje ni več omejeno na tradicionalno jedrno družino, sestavljeno iz bioloških staršev in njihovih otrok. Iz novejše sodne prakse ESČP izhaja, da so lahko predmet varstva pravice do družinskega in zasebnega življenja tudi razmerja med istospolnimi partnerji,⁶⁰ vezi med starimi starši in vnuki⁶¹ ter istospolne družine z otroki, ki so biološki otroci enega od partnerjev.⁶² Tudi Ustavno sodišče je v odločbi št. U-I-486/20, Up-572/18, v kateri je obravnavalo pravico do sklenitve zakonske zveze med istospolnimi partnerji (42. točka obrazložitve), pojasnilo, da argument tradicije ne more utemeljiti diskriminacije in da uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine istospolno usmerjenih oseb ne more biti pogojevano s tem, da jo podpira večina prebivalcev. K temu Ustavno sodišče dodaja, da mora pravo in v njegovem okviru razlaga pravnih norm ohraniti stik z nenehno spreminjajočimi se družbenimi okoliščinami. Pretirano toga in nespremenljiva razlaga pravnih norm bi lahko ogrozila pravni in na splošno družbeni razvoj.⁶³

63. Kriteriji upravičenosti do OBMP iz 6. člena ZZNPOB predvidevajo, da so upravičenci sposobni opravljati starševske dolžnosti v otrokovo korist. Do postopkov OBMP sta namreč upravičena le tista (neplodna) zakonca ali zunajzakonska partnerja, ki sta polnoletna, rzsodna in v primerni starosti za opravljanje starševskih dolžnosti ter v takem psihosocialnem stanju, v skladu s katerim se lahko utemeljeno pričakuje, da bosta sposobna opravljati starševske dolžnosti v korist otroka (posebej je določeno tudi, da mora biti ženska v starostni dobi, ki je primerna za rojevanje). Navedena varovalka lahko v konkretnih postopkih zagotavlja varovanje največje koristi otroka tudi v primeru samskih žensk in lezbičnih parov.

⁵⁹ Sodba ESČP v zadevi *K. in T. proti Finski* z dne 12. 7. 2001, 150. točka obrazložitve.

⁶⁰ Stabilna razmerja istospolnih parov spadajo pod pojem družinskega in zasebnega življenja enako kot razmerja raznospolnih parov (sodbe ESČP v zadevah *Vallianatos in drugi proti Grčiji* z dne 7. 11. 2013, 73. in 74. točka obrazložitve, *X in drugi proti Avstriji* z dne 19. 2. 2013, 95. točka obrazložitve, *P. B. in J. S. proti Avstriji* z dne 22. 7. 2010, 30. točka obrazložitve, *Schalk in Kopf proti Avstriji*, 92. do 94. točka obrazložitve).

⁶¹ Sodbi ESČP v zadevah *Marckx proti Belgiji* z dne 13. 6. 1979, 45. in 46. točka obrazložitve, ter *Scozzari in Giunta proti Italiji* z dne 13. 7. 2000, 221. točka obrazložitve.

⁶² Sodba ESČP v zadevi *X in drugi proti Avstriji*, 96. točka obrazložitve.

⁶³ Glej A. Galič, Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, *Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), št. 1 (2003), str. 44–56.

64. Glede na navedeno izpodbijana ureditev, ki ženskam v lezbičnih parih in samskim ženskam ne omogoča dostopa do OBMP, ni v skladu s pravico do nediskriminatorne obravnave pri uživanju človekove pravice do svobodnega odločanja o rojstvih otrok iz prvega odstavka 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave. Glede žensk v lezbičnih parih ni ustavno dopustnega cilja za poseg, glede samskih žensk pa nista izkazani sorazmernost in nujnost posega v navedeno pravico. Členi 5, 6, 8, 12, 22, 23 in 24 ZZNPOB kršijo prepoved diskriminacije.

Ugotovitev ustavne neskladnosti presoјane zakonske ureditve in način izvršitve

65. Glede na vse navedeno Ustavno sodišče ugotavlja, da so izpodbijane določbe ZZNPOB v neskladju s pravico partnerk istospolne zakonske zveze in zunajzakonske skupnosti ter samskih žensk do nediskriminatorne obravnave iz prvega odstavka 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave, ker jim prepovedujejo dostop do postopkov OBMP izključno zaradi osebnih okoliščin spolne usmerjenosti in zakonskega stanu. Ker zaradi ugotovljene protiustavne pravne praznine razveljavitev ZZNPOB ni mogoča, je Ustavno sodišče na podlagi prvega odstavka 48. člena ZUstS sprejelo ugotovitveno odločbo (1. točka izreka). Na podlagi drugega odstavka 48. člena ZUstS je zakonodajalcu naložilo, naj ugotovljeno neskladje v ZZNPOB odpravi v roku enega leta po objavi odločbe v Uradnem listu Republike Slovenije (2. točka izreka).

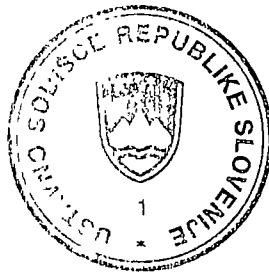
66. Ustavno sodišče lahko na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS določi način izvršitve svoje odločbe. V idealnem primeru bi bilo mogoče s takim načinom izvršitve v času do odprave ugotovljenega neskladja z Ustavo zagotoviti tako začasno ureditev postopkov OBMP, ki za samske ženske in ženske v lezbičnih parih ne bi bila diskriminatorna. Ustavno sodišče tega v tem primeru ni moglo narediti. Zadevno področje namreč zahteva kompleksno pravno urejanje, v katerem se prepletajo vprašanja s področja več strok oziroma znanosti. Zato je Ustavno sodišče – da bi se izognilo nastanku protiustavne pravne negotovosti, ki bi ohromila odločanje o postopkih OBMP – odločilo, da se do odprave ugotovljenega neskladja še naprej v nespremenjenem besedilu uporabljajo 5., 6., 8., 12., 22., 23. in 24. člen ZZNPOB (3. točka izreka).

67. Na podlagi razlogov, navedenih v 17. točki obrazložitve te odločbe, je Ustavno sodišče zavrglo zahtevo drugega predlagatelja za oceno ustavnosti izpodbijanih določb ZPZ (4. točka izreka).

68. Na podlagi razlogov, navedenih v 16. točki obrazložitve te odločbe, je Ustavno sodišče zavrglo zahtevo prvega predlagatelja za oceno ustavnosti 42. člena ZZNPOB (5. točka izreka).

C.

69. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi 48. člena, drugega odstavka 40. člena in prvega odstavka 25. člena ZUstS v sestavi: predsednik dr. Matej Accetto ter sodnici in sodniki dr. Rok Čeferin, dr. Rajko Knez, dr. Špelca Mežnar, Marko Šorli in dr. Katja Šugman Stubbs. Sodnica Kogovšek Šalomon je bila pri odločanju v tej zadevi izločena. Ustavno sodišče je 1., 2. in 3. točko izreka sprejelo s petimi glasovi proti enemu. Proti je glasoval sodnik Šorli. Ustavno sodišče je 4. in 5. točko izreka sprejelo soglasno. Sodnici Mežnar in Šugman Stubbs ter sodnika Accetto in Knez so dali pritrđilna ločena mnenja. Sodnik Šorli je dal delno odklonilno ločeno mnenje.



dr. Matej Accetto
predsednik



Številka: U-I-418/20-21
U-I-847/21-22
Datum: 15. 11. 2024

**DELNO ODKLONILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA MARKA ŠORLIJA K ODLOČBI
ŠT. U-I-418/20, U-I-847/21 Z DNE 16. 10. 2024**

Kaj naj pretehta, največja korist otroka ali želja imeti otroka?

1. Vprašanje, ali so do oploditve z biomedicinsko pomočjo upravičene ženske, ki živijo v istospolni zakonski zvezi ali zunaj zakonski skupnosti, in samske ženske, ni samo vprašanje pravice žensk do svobodnega odločanja o rojstvu otrok ter pravice do upoštevanja zasebnega in družinskega življenja, ampak tudi (predvsem) vprašanje največje koristi otroka.
2. Zakon (ZZNPOB) ureja zdravstvene ukrepe, s katerimi se ženski in moškemu pomaga k spočetju otroka in se jima tako omogoči uresničiti svobodo odločanja o rojstvu svojih otrok. Zakon določa, da je medicinsko neplodnost mogoče ugotavljati pri raznospolnem paru (ženski in moškem) oziroma heterospolnem paru (ženski in moškemu, ki živita v medsebojni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti). Takšna ureditev torej upošteva korist otroka tako, da mu omogoča, da odrasča v družini z materjo in očetom.
3. Nesporen je pomen družine za otrokov emocionalni razvoj, za razvoj socialnih veščin, komuniciranje, za spoznavne sposobnosti in kreativnost, za moralni razvoj, sprejemanje vrednot in otrokovo identiteto. Različna pa so učenja in stališča, v kakšni družini je otroku to (najbolje) omogočeno.
4. Ob tradicionalni strukturi družine (oče, mati, otrok) soobstajajo še drugi tipi družin (npr. enostarševske, razširjene, istospolne družine, družine starih staršev itd.). Vprašanje največje koristi otroka zato ni za vse primere rešeno vnaprej. Medtem ko za tradicionalno družino velja, da otrokove interese najbolje uresničuje, to ni samoumevno za druge tipe družin. Pri vprašanju, v kakšno družino naj bo otrok rojen, je zato treba opraviti presojo njegove največje koristi.

5. Načelo največje koristi za otroka mora biti upoštevano pri vseh odločitvah in postopkih v zvezi z otrokom (tako 3. člen Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah). Ob tem je treba upoštevati, da med pravicami otroka in odraslih, ki želijo otroka, obstaja določena napetost oziroma so njihovi interesi deloma nasprotujoči. Prav to pri odločanju o vprašanjih v zvezi z otrokom, in za takšno odločanje gre v obravnavani zadevi, zahteva skrbno in natančno tehtanje nasprotujočih interesov.

6. Takšno tehtanje pri odločitvi, ki jo je sprejela večina, ni bilo opravljeno. Presoja v tej zadevi, tako izhaja iz obrazložitve odločbe, temelji le na ugotovitvi o pravici ženske do svobodnega odločanja o rojstvih otrok, ne glede na to, v kakšni skupnosti živi in v kakšno skupnost bo rojen otrok. Takšno odločanje daje neutemeljeno prednost pravicam odraslih, zaradi česar ima lahko v posameznem primeru otrok le vlogo oziroma položaj objekta. Odločitve o neskladju členov 5, 6, 8, 12, 22, 23 in 24 ZZNPOB z Ustavo zato nisem mogel podpreti.


Marko Šorli
Sodnik



Številka: U-I-418/20-22
U-I-847/21-23
Datum: 15. 11. 2024

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNICE DR. KATJE ŠUGMAN STUBBS
K ODLOČBI ŠT. U-I-418/20, U-I-847/21 Z DNE 16. 10. 2024**

ŽENSKA BREZ MOŠKEGA IN NJENA ŽELJA PO DRUŽINI

V celoti se strinjam tako z izrekom kot z obrazložitvijo odločbe, s katero je bilo odločeno, da so (v izreku navedene) določbe Zakona o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (ZZNPOB) v neskladju z Ustavo, kolikor do oploditve z biomedicinsko pomočjo (OBMP) niso upravičene ženske, ki živijo v istospolni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti, in samske ženske. V ločenem mnenju želim nasloviti argumente, ki me še dodatno prepričajo v pravilnost odločitve, in opozoriti na nekatera vprašanja, ki se utegnejo pojaviti pri snovanju nove zakonske ureditve.

I. "Problem – ženska brez moškega"

Vprašanji spočetja in splava sta ultimativno ženski vprašanji. Do današnjega dne velja neizpodbitno dejstvo, da lahko zanosi samo ženska in da lahko otroka donósi samo ženska. Morda bo v prihodnosti drugače (npr. umetne maternice),¹ danes pa nesporno veljata zgornja aksioma. Moški k vsemu temu procesu prispevajo samo semenčico.

¹ Glej E. Kingma, S. Finn, Neonatal incubator or artificial womb? Distinguishing ectogestation and ectogenesis using the metaphysics of pregnancy, *Bioethics* (2020), str. 354–363. Dostopno na [Neonatal incubator or artificial womb? Distinguishing ectogestation and ectogenesis using the metaphysics of pregnancy](#), S. K. Singh, A. Dey, S. Putatunda, M. K. Singh, *Artificial Womb Technology: A Roadmap to a changing Medico-Legal Landscape*, *Journal of Experimental Biology and Agricultural Sciences*, let. 10, št. 1 (2022), str. 201–210.

Plodna ženska lahko vedno pride do otroka, z vednostjo ali brez vednosti oploditelja, tako kot lahko noseča ženska z vednostjo ali brez vednosti oploditelja splavi.²

Do obstoja umetne oploditve se večina vprašanj, na katera smo morali odgovoriti v tej odločbi, sploh ni mogla zastaviti. Ženska je lahko zanosila samo v heterospolnem spolnem odnosu; ženska, ki ni imela takšnih odnosov, pač ni mogla zanositi.³ Za spočetje človeškega bitja sta bila torej potrebna plodna ženska in ploden moški. Od obstoja OBMP naprej pa je plodni ženski za oploditev potrebnih samo še nekaj moških spolnih celic in medicina; moški pač ne. Tako ima temeljno vprašanje zadeve implicitno ideološko podstat: ali dovolimo, da lahko otroka spočne, donosi (in kasneje vzgaja) **ženska brez moškega**.

Vprašanje se v luči zgodovine izkaže za tako ironično, da bi bilo lahko komično, če ne bi imelo tragičnih razsežnosti. Zgodovina je polna zapuščenih, zaničevanih in zanemarjanih žensk, ki so same vzgojile otroke.⁴ Pankrti, sirotki, reveži brez očeta – vsakodnevni prizori prezira skozi stoletja. Samska ženska z otrokom je zgodovinska stalnica. Do potrebe po zamejevanju tega pojava pa je prišlo takrat, ko je ženska lahko dobila kontrolo nad željo po tem, da bi imela otroka. Sama. Brez moškega. Pod svojimi pogoji. In odločba govori o tem. Govori skozi jezik diskriminacije, ki je primerno pravno orodje za analizo tega problema.

II. Problem zakonskega pogoja "zdravljenja neplodnosti"

Drugi odstavek 5. člena ZZNPOB določa, da sta do postopkov OBMP upravičena moški in ženska, ki živita v medsebojni zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti in ki glede na izkušnje medicinske znanosti ne moreta pričakovati, da bi dosegla zanositev s spolnim odnosom, in jima ni mogoče pomagati z drugimi postopki zdravljenja

² V državah, kjer je splav dovoljen, varno, sicer pa ne-varno.

³ Zanimivo pa je, da je zgodovina umetne oploditve daljša, kot se morda na prvi pogled zdi. V sedemdesetih letih 18. stoletja je bila dokumentirana prva umetna oploditev pri človeku, pri živalih pa že bistveno prej. Leta 1322 naj bi jo Arabci že uporabljali pri razplodu konjev, leta 1784 pa je dokumentirana prva uspešna umetna oploditev pasje samice. Raziskovalci pa menijo, da so te postopke opravljali že v 15. stoletju. Glej W. Ombelet, J. Van Robays, History of human artificial insemination, Facts, Views and Vision in ObGyn, 2010, str. 1–5, in P. Sharma, D. Arya, A. Arya, S. Doultani, K. K. Hadiya, L. B. George, H. N. Highland, An Overview of Artificial Insemination: A Journey from Past to Present, Journal of Scientific Research and Reports, let. 30, št. 6 (2024), str. 449–458.

⁴ L. Gordon, Pitied but Not Entitled: Single Mothers and the History of Welfare 1890–1935, Harvard University Press, Cambridge MA, 1998, P. Thane, T. Evans, Sinners? Scroungers? Saints? Unmarried motherhood in twentieth century England, Oxford University Press, Oxford 2012, T. Evans, "Unfortunate Objects": London's Unmarried Mothers in the Eighteenth Century, Gender & History, let. 17, št. 1 (2005), str. 127–153.

neplodnosti. Zakon torej omejuje dostop do OBMP z dvema kumulativnima pogojeva:⁵ (1) namenjena je samo heteroseksualnim parom, (2) ki so medicinsko ugotovljeno neplodni.

Takšna logika se izkaže za ustavno sporno, hkrati pa tudi nelogično.

Prvič, glede pogoja (ne)plodnosti: nikakršnega razloga ni, da bi lahko bile neplodne samo ženske v heteroseksualnih parih. Prav tako so lahko medicinsko dokazano neplodne samske ženske ali ženske v lezbičnih parih. Vsem tem se je do zdaj odrekalo dostop do OBMP, čeprav so lahko bile dokazano neplodne.

Drugič, glede pogoja (ne)plodnosti: nekateri ženske (in seveda tudi moški, samo da se z njimi naša odločba ne ukvarja) živijo takšno spolno življenje, da ne morejo vedeti, ali so plodni ali ne. Lahko da so neplodne, pa to pod pogoji, ki jih postavlja zakon, ne more biti ugotovljeno, ker ne živijo (spolnega) življenja na tak način, da bi lahko zanosile.

Tretjič, glede pogoja heterospolnega para: tudi pri heteroseksualnih parih medicina lahko ne najde razlogov za neplodnost, pa se nadalje ne vtika v vprašanje, zakaj ne pride do oploditve. Predpostavlja torej, da imajo pari različnega spola takšno spolno življenje, ki bi lahko privedlo do oploditve. Heteroseksualnim parom nihče ne gleda v spalnico. Samo dejstvo, da sta partnerja različnega spola, pa čeprav ne vemo nič o njunem spolnem življenju, ju kvalificira za OBMP. Vendar obstajajo različne vrste heteroseksualnih parov in obstajajo tudi številni razlogi, zakaj se določen moški in ženska odločita živeti skupaj, pa njuno spolno življenje ni takšno, da bi lahko privedlo do spočetja otroka.⁶ Takšni pari obstajajo in si lahko tudi želijo otroke. Na zunaj jih nič ne razlikuje od parov, ki so spolno dejavni na način, ki lahko privede do oploditve, v

⁵ Pogojev je sicer še več, vendar pa drugih v tej odločbi nismo presojali. Tako recimo glej odločbo št. Up-459/17, U-I-307/19 z dne 21. 1. 2021, s katero je Ustavno sodišče ugotovilo, da so Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja s 37. členom parom, v katerih je ženska dopolnila 43 let, brez izrecnega zakonskega pooblastila omejila dostop do te pravice. S tem so prekoračila okvir ustavno dopuščenega podzakonskega urejanja človekove pravice do zdravstvenega varstva. Drugi odstavek 37. člena Pravil obveznega zdravstvenega zavarovanja je v navedenem obsegu zato razveljavilo.

⁶ Kot primer lahko navedemo pare, pri katerih se pri enem od njiju pojavi motnja seksualne averzije. Pogosto se ta motnja, ki preprečuje spolnost, ki bi lahko vodila do spočetja, pojavlja tudi pri ljudeh, ki so v stabilnih partnerskih zvezah. Pri ženskah je incidenca okrog 30 % (vsaj v nekem obdobju v življenju), kot stabilna motnja pa se pojavlja pri 4 % žensk in 2,4 % moških. C. Borg, S. Both, M. M. Ter Kuile, P. de Jong, *Sexual Aversion*, v: (K. S. K. Hall, Y. M. Binik) *Principles and Practice of Sex Therapy*, 6. izdaja, The Guilford Press, New York, 2020, str. 224–238. S tem pa primeri še niso izčrpani: niso tako redki pari, ki izberejo na videz heteroseksualno obliko življenja, čeprav sta oba v paru istospolno usmerjena.

primerjavi z istospolnimi pari pa imajo (glede na obstoječi zakon) ta privilegij, da jim je preprosto samo zato, ker so različnega spola, omogočena OBMP.

Če povzamem: pogoja za OBMP, kot sta zastavljena v ZZNPOB, sta nelogična in favorizirata heteroseksualne pare, pri katerih (se vsaj na prvi pogled) zdi, da je neplodnost mogoče medicinsko ugotavljati.⁷ Tako zakon odreka OBMP dokazano neplodnim ženskam, ki ne živijo v tradicionalni heteroseksualni zvezi, in hkrati favorizira ženske, ne glede na njihovo spolno orientacijo, če le pripeljejo s seboj moškega partnerja.

Predvsem pa pogoja, dodana na zakonski ravni, nedopustno zožujeta pravico iz 55. člena Ustave. Ustava pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok iz 55. člena nikjer ne pogojuje z vprašanjem plodnosti oziroma neplodnosti niti z vprašanjem heteroseksualnosti, homoseksualnosti ali kakšne druge oblike seksualnosti.

Vsi, ki so bili na podlagi teh pogojev izključeni, so bili prisiljeni iskati pot do otroka drugje: praviloma so odšli na OBMP v tujino ali pa so uporabili kakšne druge metode oploditve, ki prav tako delujejo, pa so lahko čustveno zapletene ali pa ponižujoče. Ne vidim nobenega pravno prepričljivega razloga, kaj šele razloga človečnosti, da bi morale samske ali istospolno usmerjene ženske svojo željo po otroku uresničevati na zanje ponižujoče načine ali pa plačevati te postopke v tujini.

III. Istospolni pari in samske ženske

Argumenti v prid pravici do umetne oploditve žensk v istospolnih zvezah in tisti, ki utemeljujejo takšno oploditev samskih žensk, niso enaki.

Kolikor se sprejeta odločba nanaša na vprašanja umetne oploditve žensk, ki živijo v lezbični zvezi, predstavlja odločitev še zadnji korak k izenačitvi vseh pravnih položajev heterospolnih in istospolnih parov. V tem smislu Ustavno sodišče logično sledi svojim prejšnjim odločbam na temo pravic istospolnih parov. V odločbi št. U-I-486/20, Up-572/18 je Ustavno sodišče sprejelo stališče, da sta istospolna partnerja v primerljivem položaju z raznospolnima partnerjema, ko gre za sklenitev zakonske zveze.⁸ V odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da sta istospolna partnerja v primerljivem položaju z raznospolnima partnerjema z gledišča možnosti vzpostavitve pravnega starševstva s skupno posvojitvijo otroka.

Kot izhaja iz obrazložitve odločbe št. U-I-91/21, Up-675/19, je na podlagi raziskav in strokovnih mnenj mogoče ugotoviti, da med otroci, ki odraščajo v družinah, kjer sta starša različnega spola, ali tistih, v katerih sta starša enakega spola, ni razlik. Ne obstajajo torej prepričljivi znanstveni dokazi, ki bi kazali na to, da odraščanje v družini,

⁷ Glej 28. točko obrazložitve odločbe.

⁸ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-486/20, Up-572/18, 37.–39. točka obrazložitve.

kjer sta starša istospolna, otrokom škoduje. Tako ni videti nobenega pravnega razloga, ki bi lahko utemeljeval, da lezbični pari niso upravičeni do postopkov OBMP.

V kolikor pa se sedanja odločba nanaša na umetno oploditev samskih žensk, pa so pravni argumenti, na katere se naslanja, drugačni. Postavlja se namreč vprašanje, ali ima morda zakonodajalec, zasledujoč največjo korist otroka, pravico določiti, da je bolje, da se otrok (ki ga še ni) rodi v zvezo dveh oseb (kateregakoli spola) kot samo eni materi. Najbrž je razumno stališče, da je za otroka bolje, da zanj skrbi več kot ena oseba: tako s stališča varnosti, zaščite, materialne preskrbljenosti kot čustvenih potreb. Verjetno je še boljše, če zanj skrbi več oseb (tete, strici, babice, dedki, prijatelji ...). Ali pa je to lahko argument, da odrekamo možnost materinstva eni sami ženski brez partnerja ali partnerice? Po mojem mnenju ne.

Enostarševske družine so bile in so sposobne zagotoviti stabilno in zdravo življenjsko okolje za številne otroke. So tudi tretje najbolj pogoste družine v Slovenije.⁹ Sporočilo, da je za otroka bolje, da se sploh ne rodi, kot da se rodi samski materi, je že načeloma problematično. Še posebej pa je žaljivo in ponižujoče do vseh že obstoječih enostarševskih družin. Hkrati pa ni dokazov, da so otroci, ki odraščajo v takih družinah, kakorkoli drugačni kot tisti, ki živijo v dvostarševskih družinah. Zaželen, ljubljen otrok zanesljive, stabilne, tople in varne matere ima vse pogoje za zdrav vstop v odraslo življenje.

IV. "Pravica do otroka" in pravica moškega do otroka

Odločba ne vzpostavlja pravice do otroka,¹⁰ ugotavlja pa, da 55. člen Ustave svojemu učinkovanju ne postavlja nobenih dodatnih pogojev: ne pogoja neplodnosti ne pogoja, da je ženska, ki želi umetno oploditev, v heteroseksualnem paru. Če 55. člen Ustave zagotavlja določene nesporne pravice (pravico do ugotavljanja in zdravljenja zmanjšane plodnosti, do preprečevanja zanositve, kar obsega kontracepcijo in sterilizacijo, ter pravico žensk do umetne prekinitve nosečnosti),¹¹ jih ne sme omejevati na podlagi osebnih okoliščin. Če je postopek OBMP dostopen neplodnim heteroseksualnim parom, potem mora biti dostopen tudi plodnim ženskam, ki živijo v drugačnih oblikah razmerij ali so samske.

Ugotovitve iz predmetne odločbe Ustavnega sodišča se ne raztezajo na pravice moških. Če bi se pred Ustavnim sodiščem pojavilo vprašanje diskriminacije moških, ker 55. člen Ustave prav tako pravic iz tega člena ne zamejuje samo na ženske, se bo pojavil cel sklop novih argumentov, ki jih bo morala razrešiti takratna sestava.

⁹ Med družinami z otroki je takšnih družin kar 23 %. Seveda ne gre samo za družine, kjer je ta en roditelj mama; lahko gre tudi za očete. Gospodinjstva in družine, Slovenija, 1. januar 2021

¹⁰ Pri tem opozarjam tudi na 30.–32. točko obrazložitve odločbe.

¹¹ Država mora zagotoviti dostopnost zdravstvenih in drugih storitev za uresničevanje teh pravic. Glej 32. točko obrazložitve odločbe.

Argumentov naslovne odločbe se pač ne da raztegniti tudi na moške. Za pravico moškega do otroka je nujno sodelovanje ženske, kar pomeni odpiranja celega seta novih kolizij pravic med pravicami in dostojanstvom nadomestne matere, moškega, ki želi otroka, in otrokovih pravic. Na vse te dileme odločba ne odgovarja, ker to niti ni predmet njene presoje.

V. Posebni problemi

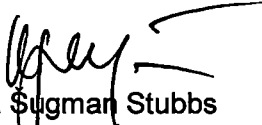
Rada bi opozorila na dva problema, o katerih bo moral razmisliti zakonodajalec, ko bo urejal to področje. Prvo je vprašanje, ki se bo postavljalo pri neplodnih samskih ženskah, ki ne bodo mogle zanositi s svojim jajčecem. Sedanji zakon namreč preprečuje oploditev, pri kateri bi bili donirani tako ženska kot moška spolna celica. Ženska, ki ne bo mogla zanositi s svojimi spolnimi celicami, bi morala torej uporabiti tuje ženske in moške spolne celice, kar po sedANJI ureditvi ni mogoče.

Drugo vprašanje, ki ga bo treba razrešiti, pa je problem oploditve s spolnimi celicami pokojnika. To vprašanje, ki je v tujini že dodobra razdelano,¹² odpira številna pravna in etična vprašanja (npr. predsmrtno soglasje), na katera ne bo lahko odgovoriti.

VI. Sklepno

Odločba torej podeljuje pravico do postopkov OBMP samskim ženskam in ženskam, ki živijo v istospolnih zvezah. Do zdaj so se takšne ženske morale napotiti v tujino ali pa se znajti na druge načine. Končno jim ne bo treba iskati obvozov, ampak bodo lahko pravico do OBMP uresničile tudi doma, tako kot ženske, ki živijo v heteroseksualnih razmerjih.

In končno ter morda najpomembneje: tudi ta odločba nas uči, kako pomembno je, da pravice žensk podpirajo moški. Zato *kudos* vsem moškim kolegom, ki so podprli to odločbo!


dr. Katja Šugman Stubbs
Sodnica

¹² Glej recimo A. Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, *North Carolina Law Review*, let. 75, št. 3 (1997), str. 901–965, S. Simana, *Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?*, *Journal of Law and the Biosciences*, let. 5, št. 2 (2018), str. 329–354.



RS

REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**Številka:** U-I-418/20-23

U-I-847/21-24

Datum: 15. 11. 2024

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. ŠPELCE
MEŽNAR K ODLOČBI ŠT. U-I-418/20, U-I-847/21-24
Z DNE 16. 10. 2024**

Ker bo tokratna odločitev Ustavnega sodišča, ki od zakonodajalca zahteva, da omogoči dostop do umetne oploditve tudi samskih ženskam in lezbičnim parom, v javnosti zbudila veliko pozornosti, tudi gneva in ogorčenja, naj začnem z ugotovitvijo, da odločba zagovarja življenje, otroke ter družine. Dostop do umetne oploditve se širi, s postopki OBMP bo lahko rojenih več otrok kot doslej, več bo tudi (istospolnih in enostarševskih) družin.¹ Seveda pa jo bo mogoče razumeti tudi kot podrtje še enega izmed (zadnjih?) branikov tradicionalne (tega pridevnika ne uporabljam pejorativno) Slovenije pred pretirano "prebujenostjo" (woke).

Spoštujem tradicionalno družino (oče, mati, otrok) in ljudi, ki verjamejo, da je najboljša za otroke. Tudi sama živim v tradicionalni družini. Vendar ne verjamem, da so vse tradicionalne družine za otroke dobre; predvsem pa ne verjamem, da je vsaka istospolna ali enostarševska družine za otroka "slabša" od tradicionalne družine. Družine, ki jih ne sestavljata mati, oče in otrok/ci, nas, ki živimo v tradicionalnih družinah, ne ogrožajo. Zaradi omejevanja in oteževanja družinskega življenja istospolnim parom ne bo nastalo več tradicionalnih družin. Povečujejo se le napetosti v družbi.

Prvo pomembno (vendar ne novo²) sporočilo Ustavnega sodišča torej je, da ni problematično, če ima otrok istospolne starše. Tudi istospolne družine lahko zagotovijo otroku kvalitetno in dobro življenje. K temu, da se noben otrok v družbi ne bo čutil nesprejetega samo zato, ker živi z dvema očetoma ali z dvema mamama, lahko s svojim odnosom do (vseh) otrok prispeva vsak izmed nas. Zaveznanje za tradicionalne družine in spoštovanje istospolnih družin se ne izključujeta. Enako velja za spoštovanje

¹ Stopnja rodnosti (povprečno število živorojenih otrok na eno žensko) v Sloveniji v letu 2023 je znašala 1,51, vir: Statistični urad RS, <https://stat.si/StatWeb/Field/Index/17/95>.

² Stališče, da korist otrok v istospolnih družinah ni ogrožena, je Ustavno sodišče zavzelo že v zadevi št. U-I-91/21, Up-675/19.

pravice do splava in zavzemanje za več rojstev: prav nič shizofreno ni, če podpiramo oboje.³

Ustavno sodišče s tokratno odločitvijo nadalje sporoča, da matere, ki (po svoji odločitvi ali spletu okoliščin) same vzgajajo svoje otroke, niso slab(š)ji starši samo zato, ker v družini ni moškega (očeta). Seveda velja enako tudi za moške: očetje, ki sami vzgajajo otroke, niso slabši starši zgolj zato, ker v družini ni ženske (matere). Noben otrok v Sloveniji ni manj zaželen ali manjvreden samo zato, ker nima dveh staršev različnega spola.

Ne gre pa spregledati niti tretjega pomembnega sporočila tokratne odločbe: ko gre za umetno oploditev, je nedopustna neenaka obravnava žensk, ne pa neenaka obravnava žensk in moških. Ustavno sodišče ne zahteva, da zakonodajalec pravico do umetne oploditve omogoči samskim moškim ali gejevskim parom. Takšno pravico Ustava daje le ženskam – samskim ženskam in tistim v lezbičnih razmerjih – in to zato, ker jo že imajo ženske v heterospolnih razmerjih. Kako je to mogoče? Je prav, da imajo dostop do umetne oploditve le samske ženske, ne pa tudi samski moški; le lezbični, ne pa tudi gejevski pari? Je Ustavno sodišče s tem ustvarilo novo diskriminacijo ali celo naredilo prvi korak na poti do uvedbe nadomestnega materinstva? Ne.

Razloga za različen položaj in posledično dopustno različno pravno ureditev dostopa do OBMP za ženske in moške (ne glede na njihov osebni status ali spolno usmerjenost) sta dva: prvi je biološki, drugi pa pravni.

Postopki OBMP se lahko izvajajo izključno na/v ženskih telesih, samo ženska lahko zanosi, donosi in rodi otroka. Mehanizem človeške reprodukcije, ki večino (težkega) dela nalaga ženskam, je torej razlog za dopustno neenakost tudi, ko gre za dostop do umetne oploditve. Neenakost, utemeljena na bioloških razlikah med spoloma, sicer v veljavni zakonodaji obstaja na več področjih. Le ženska ima pravico do umetne prekinitve nosečnosti.⁴ Po drugi strani je na primer dostop do postopkov umetne oploditve po določenem trenutku ženskam onemogočen,⁵ medtem ko starostne

³ Slovenija upravičeno slovi kot ena izmed do reproduktivnih pravic žensk najbolj prijaznih držav na svetu. Kljub spremenjenim družbenim razmeram (bi bilo danes sploh mogoče sprejeti slavni 55. člen Ustave?), v katerih je enakopravnost žensk, ki stoji in pade prav na ustavno zagotovljeni pravici do splava, občasno postavljena pod vprašaj, zaenkrat živimo v državi, ki omogoča in spodbuja ljudi, da se odločajo za rojstva otrok (delujoča zdravstvena oskrba vključno s postopki umetne oploditve, plačan porodniški dopust, odlično predšolsko varstvo v vrtcih, relativno majhna razlika v plačah med ženskami in moškimi, visoka zaposlenost žensk, dober dostop do izobrazbe, enakopravnost zakoncev, pravna urejenost zunajzakonske skupnosti), hkrati pa ženskam v stiski učinkovito in brezplačno (v okviru pravic iz obveznega zdravstvenega zavarovanja) zagotavlja dostop do varne in sodobne medicinske prekinitve nosečnosti. Več o razvoju reproduktivnih pravic v Sloveniji, ki se je začel že v nekdanji državi, glej Kralj A., Renar T., Leskošek V., Mencin Čeplak M., Ule M., Pravica do abortusa, Založba FDV, Ljubljana 2021.

⁴ To je pomembno v dveh pogledih: (i) za splav ne potrebuje soglasja moža/partnerja; (ii) splava ne more (namesto ženske) zahtevati mož/partner.

⁵ Ženska mora biti v starostni dobi, ki je primerna za rojevanje, kar v praksi pomeni, da so ženske po 43. letu le izjemoma upravičene do OBMP.

omejitve za moške ni. Ženske imajo pravico do materinskega dopusta, ki se začne 28 dni pred predvidenim porodom, moški pa pravico do (krajšega) očetovskega dopusta. Zaposlene ženske imajo pravico do odmora za dojenje med delovnim časom. Razlikovanje med pravicami žensk in moških, kadar to izhaja iz bioloških razlik med spoloma, torej ni nič novega.

Obstaja pa tudi razlika v pravnem položaju žensk in moških. Oploditev žensk (tudi samskih) je v Sloveniji že danes medicinsko možna z uporabo obstoječih postopkov OBMP (darovanje moških spolnih celic). Moški (samski ali geji) z uporabo obstoječih postopkov OBMP ne morejo ustvariti družine. Obstaja sicer način, ki tudi samskim moškim in gejem omogoča, da dobijo otroka s pomočjo OBMP. To je nadomestno materinstvo, ki pa v Sloveniji ni dovoljeno. Ustavno sodišče je zakonsko prepoved nadomestnega materinstva štelo za razumno. Drugače povedano: Ustavno sodišče ni zahtevalo, da bi zato, ker je odprlo dostop do OBMP samskim ženskam in lezbičnim parom, zakonodajalec moral enako ravnati tudi glede samskih moških in gejevskih parov in omogočiti nadomestno materinstvo.

S to odločbo se najverjetneje zaokrožuje ustavna presoja dalj časa spornih predpisov s področja družinskega in medicinskega prava z vidika enakosti in reproduktivnih pravic. V sedanji sestavi je tako Ustavno sodišče že ugotovilo, da ureditev, ki istospolnim parom ni omogočala sklenitve zakonske zveze⁶ in kandidiranja za posvojitev otroka⁷, krši ustavno načelo prepovedi diskriminacije. Zdaj je na seznam nedovoljene diskriminacije istospolno usmerjenih oseb dodalo še omejevanje dostopa do OBMP za lezbične pare. Za reproduktivne pravice žensk je bila vsaj simbolno pomembna odločitev o razveljavitvi zgornje starostne meje žensk za umetno oploditev, ki so jo strožje od zakona določala Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja.⁸ S tokratno odločitvijo Ustavno sodišče samske ženske kot potencialne matere tudi na ustavni ravni izenačuje z ženskami, ki so se odločile za partnersko življenje in si prizadevajo ustvariti družino. Člen 14 Ustave državi ne daje pravice, da od (samskih) žensk za dostop do postopkov OBMP zahteva, da si poiščejo moškega. Ker ni mogoče trditi, da so enostarševske družine *a priori* škodljive za otroke, takšno pogojevanje pomeni nedovoljeno vtikanje v izbiro (samskega) življenjskega sloga in s tem v dostojanstvo in zasebnost žensk. Ustavno sodišče je tokrat prvič izrecno zavarovalo pravice žensk s sklicevanjem tako na svobodo odločanja o rojstvih otrok kot na njihovo osebno dostojanstvo.

Od zdaj naprej se odpira nov, ne več samo ustavnopravni, a vsaj enako zahteven izziv: kako zagotoviti, da se v Sloveniji ne ponovi razpita zgodba z ameriškega Vrhovnega

⁶ Glej odločbo št. U-I-486/20, Up-572/18.

⁷ Glej odločbo št. U-I-91/21, Up-675/19.

⁸ Glej odločbo št. Up-459/17, U-I-307/19. Odločitev je sicer temeljila na načelu legalitete in razmerju med zakoni ter podzakonskimi akti.

sodišča.⁹ Ali sme Ustavno sodišče v drugačni sestavi odpraviti obstoječe ustavne pravice določene skupine – ki so bodisi izrecno vsebovane v Ustavi (pravica žensk do splava v 55. členu) bodisi jih je v svoji praksi samo ustvarilo (prepoved diskriminacije pri posvojitvah, umetnih oploditvah in porokah)? Prepoved tovrstne sodne regresije¹⁰ je enako kot dojetanje EKČP kot živega instrumenta v rokah ESČP¹¹ vgrajena v samo bistvo človekovih pravic.¹² Nemogoče si je na primer predstavljati, da bi ESČP odstopilo od skoraj 50 let starega stališča, da je telesno kaznovanje otrok v sodnem postopku nezdržljivo z EKČP.¹³ Se lahko zanesemo, da bo to načelo obveljalo tudi v našem ustavnem redu? To je izziv za prihodnje generacije ustavnih sodnic in sodnikov.

dr. Špelca Mežnar
Sodnica



⁹ V zadevi *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) je Vrhovno sodišče odpravilo temeljno pravico do splava na zvezni ravni.

¹⁰ Ukinitve že pridobljenih ustavnih pravic je treba razlikovati od tehtanja dveh kolidirajočih pravic, kjer se postavljajo meje eni ali drugi. Oscilacije v postopkih tehtanja (npr. obdobja, ko sodišča svobodo izražanja pojmujejo širše oziroma ožje) so običajne in inherentne ustavnosodni presoji.

¹¹ V praksi ESČP in teoriji je široko uveljavljena dinamična (evolutivna) razlaga konvencije, ki pomeni, da se konvencijske pravice, pojmi in instituti razvijajo in razlagajo skladno z duhom časa in spremenjenimi družbenimi okoliščinami. To zagotavlja fleksibilnost sodniškega odločanja in preprečuje, da bi se konvencijske določbe razumele kot fiksirane v času, ko so nastale. Nujen del dinamične razlage je iskanje t. i. evropskega konsenza. Ko večina držav članic Sveta Evrope sprejme določeno ureditev (npr. sklepanje zakonskih zvez uredi tudi za istospolne pare), je to lahko odločilno znamenje za ESČP za spremembo lastne sodne prakse. Prim. K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, let. 12, št. 10 (2011), str. 1730–1745.

¹² ESČP še nikoli ni izrecno spremenilo svojega stališča v smer, ki bi bila omejujoča oziroma bi zoževala do tedaj pridobljene človekove pravice (regresivno). Spreminjanje stališč v korist širšega varstva pravic posameznikov je seveda običajno (progresiven razvoj, dinamična razlaga). Glej L. R. Helfer, E. Voeten, *Walking Back Human Rights in Europe?*, *European Journal of International Law*, let. 31, št. 3 (2020), str. 797–827. Avtorja hkrati opozarjata, da je mogoče na regresivne trende sklepati iz opozoril sodnikov in sodnic na ESČP, ki jih ti podajajo v ločenih mnenjih. Mnenj s temi opozorili naj bi bilo v zadnjih letih več – zlasti na področju mednarodne zaščite.

¹³ Sodba v zadevi *Tyrer proti Združeno kraljestvo* z dne 25. 4. 1978.



Številka: U-I-418/20-25
U-I-847/21-26
Datum: 20. 11. 2024

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DR. MATEJA ACCETTA
K ODLOČBI ŠT. U-I-418/20, U-I-847/21 Z DNE 16. 10. 2024**

1. Moja podpora odločbi je bila v enem oziru zelo enostavna, v enem pa nekoliko težavnejša. V tem ločenem mnenju pojasnujem svoje razloge za glasovanje, kolikor niso razvidni že iz same odločbe, pa tudi nekatera sorodna vprašanja, ki jih samo besedilo odločbe sicer ne naslavlja, a jih sam vendarle štejem za do te mere povezana z vsebino odločitve, da jih pri svoji odločitvi nisem mogel prezreti.

O primerljivosti položajev

2. Odločba poudarja, da so z vidika dostopnosti postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo (OBMP) ženske v istospolnih zvezah in samske ženske v bistvenem v enakem položaju z ženskami v raznospolnih zvezah. Temu koraku presoje sem, kolikor naslavlja ustavnopravno upošteveno pravico do svobodnega odločanja o rojstvu otrok iz 55. člena Ustave, brez zadržkov lahko pritrdil.

3. Gotovo že v tem oziru odločba posredno preizprašuje nekatere tradicionalne družbene vzorce in predstave o oblikovanju družine ter pomenu krvnega sorodstva med družinskimi člani; da je tovrstna potreba v različnih političnih skupnostih zaradi razvoja novih (ali vsaj na novo priznanih) oblik družin prisotna že nekaj desetletij,¹ teže te ugotovitve ne zmanjšuje. Toda obstoj tovrstnih tradicionalnih družbenih predstav ne more in ne sme pomeniti, da bi preprečevali vsakršen razvoj ali uveljavitev ustavnopravnih standardov varstva temeljnih pravic, ki bi – pa čeprav le deloma in v bistvenem oziru morda le na videz – zahtevali njihovo prilagoditev.

¹ Glej denimo K. R. Daniels, *The Best Interests of the Child in Assisted Human Reproduction: The Interplay between the State, Professionals, and Parents. Politics and the Life Sciences*, letnik 19, št. 1 (2000), str. 39.

4. Pri tem je gotovo treba hkrati izhajati tudi iz pomembne ugotovitve, da je, najprej pred zakonodajalcem, v primeru ustavnopravne presoje zakonodajnih ukrepov pa tudi pred Ustavnim sodiščem, težavna naloga iskanja ustreznega ravnovesja med razvojem pravne ureditve in drugimi upoštevnimi platmi družbenega razvoja, v konkretnem primeru oblikovanja družine s pomočjo postopkov OBMP tako razvoja dejanskih pojavnih oblik družin kot z njimi povezanega tehnološkega razvoja, kjer prvo slednjim ne sme zgolj slepo slediti, ampak jih mora tvorno sooblikovati. V vsakem primeru pa je to naloga, ki se ji pravo ne more in ne sme izogniti.

5. To velja tudi za ureditev postopkov OBMP. Tudi ti, čeprav so praktično pogojeni z razvojem biomedicinske znanosti, niso nekaj povsem novega. Morda je v luči obravnavane zadeve upošteвно omeniti, da naj bi do prvega "sodobnega" primera oploditve z medicinsko pomočjo prišlo vsaj pred približno 140 leti, ko je bila v ZDA uporabljena moška spolna celica darovalca za oploditev ženske, katere mož je bil neploden, pri čemer je ta primer po objavi požel ogorčenje javnosti.² Ko je po rojstvu, v letu 1978, prvega otroka v Združenem kraljestvu, spočetega z zunajtelesno oploditvijo (*in vitro*), posebej imenovani vladni odbor leta 1984 predstavil svoje mnenje o postopkih OBMP, je v njem skušal iskati prave meje dopustnosti tovrstnih posegov v luči in prek pravne ureditve, ki bi odražala, kolikor je to mogoče, tudi upošteveni moralni in etični odnos do dopustnosti možnih praks.³ Vendar v tem mnenju, razen v določenih vidikih razhajanj članov odbora glede vprašanj nadomestnega materinstva (ki mu večinsko mnenje ni bilo naklonjeno) in uporabe zarodkov za namene raziskav,⁴ za moje oči že ni več mogoče prepoznati načelnih dvomov o uporabi postopkov OBMP nasploh. Gotovo je danes, še štirideset let kasneje, na splošno – in tudi v Sloveniji – že docela preseženo stališče, da postopki OBMP sploh ne bi smeli biti na voljo.

6. Sicer je tudi danes v različnih družbah še vedno prisoten različen odnos do nekaterih postopkov OBMP, kot denimo do možnosti uporabe postopkov nadomestnega materinstva, ki je ponekod sicer prepoznano tudi kot izraz ustavne pravice do prokreacije,⁵ drugod pa ga veljavne pravne ureditve (ne glede na to, ali bi šlo za odplačno ali tako imenovano altruistično nadomestno materinstvo) ne dopuščajo. Tudi v tovrstnih pravnih redih nadomestno materinstvo lahko odpira pomembna in težavna vprašanja, kadar se njihovi državljani poslužijo možnosti nadomestnega materinstva v drugih državah, ki to možnost dopuščajo, kjer se zaplete že pri opredeljevanju upoštevnih pravnih starševskih vezi v razmerju do biološke ali genetske matere,

² Glej M. M. Peterson, Assisted Reproductive Technologies and Equity of Access Issue. *Journal of Medical Ethics*, letnik 31, št. 5 (2005), str. 280.

³ M. Warnock in dr., Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology. Her Majesty's Stationery Office, London 1984, str. 1–3.

⁴ Prav tam, str. 46–47 in 87–94.

⁵ Glej denimo *J. R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268, str. 1277 (D. Utah 2002), navedeno v W. Mi, State Shopping for a Baby: A Call for Federal Surrogacy Legislation. *Columbia Journal of Gender and Law*, letnik 44, št. 2 (2024), str. 317–318.

nadomestne matere in namenjene matere.⁶ Pri tem je obenem gotovo, da tehnološki razvoj, ki bo spet zahteval odziv pravnega reda, še zdaleč ni končan: tako je že mogoče govoriti o novih tehnologijah, kot denimo presaditvi maternice, tehnologiji umetne amnijske vrečke in placente (kot nekakšna delna ektogeneza), v prihodnosti pa tudi o razvoju umetne placente, ki bi v celoti omogočala potek nosečnosti zunaj telesa (popolna ektogeneza), torej o tehnologijah, ki bi še dodatno in poudarjeno problematično preizpraševale ustaljene predstave o temeljnih zakonitostih razvoja zarodka, rojstva in starševstva.⁷

7. V obravnavani zadevi se s temi težavnimi vprašanji ni bilo treba ukvarjati. Tu je šlo za enostavnejše vprašanje: ali je, ko je zakonodajalec določene postopke OBMP enkrat že predvidel kot ustrezne za udejanjanje pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok iz 55. člena Ustave,⁸ ustavnopravno dopustno, da je iz kroga oseb, ki so jim ti postopki na voljo, izvzel ženske v istospolnih zvezah in samske ženske. Najprej pa, kot rečeno, za vprašanje, ali sta omenjeni kategoriji v upoštevno enakem položaju z ženskami v raznospolnih parih, za katere zakonodaja že predvideva možnost uporabe postopkov OBMP.

8. Tako kot v obrazložitvi odločbe je tudi moj odgovor na to vprašanje pritrdilen. Položaj vseh treh kategorij žensk, ki želijo uporabiti postopke OBMP, je v upoštevnom oziru primerljiv: gre za ženske, ki si želijo otroka, pa do njega ne morejo priti po naravni poti, brez uporabe postopkov OBMP. To velja tako za ženske v istospolnih parih kot tudi za samske ženske, ne da bi se denimo tu bilo treba opredeljevati do splošnejših vidikov upoštevnosti pravnega položaja samske ženske oziroma samske osebe kot posebne statusne kategorije, ki je tradicionalno bila – in delno še vedno je – v različnih pogledih deležna drugačne, pogosto manj (in včasih bolj) ugodne obravnave od oseb v partnerskih zvezah.⁹ Da bi v tem oziru bili postopki OBMP na voljo zgolj tistim ženskam

⁶ O tem glej denimo D. Henrich, *Surrogate Mother, Co-mother, Biological or Genetic Mother, Legal or Social Mother: Which of These is Real?*. V M. Accetto, K. Škrubej in J. H. H. Weiler (ur.), *Law and Revolution: Past Experiences, Future Challenges*, Routledge: Abingdon in New York 2024, str. 236–249.

⁷ O tem glej denimo E. C. Romanis, "The Law is Very, Very Outdated and Not Keeping up with the Technology": *Novel Forms of Assisted Gestation, Legal Challenges, and Perspectives of Reproductive Rights Advocates in England and Wales*. *Journal of Law and the Biosciences*, letnik 10, št. 2 (2023), str. 2 in nasl.

⁸ V tem oziru zadeva tudi ne naslavlja vprašanja, ali naj bi torej Ustava uvajala nekakšno pravico do otroka, po kateri bi, če nekoliko karikiram, ko si neka posameznica zaželi imeti otroka, država to za vsako ceno morala omogočiti. Gre za izvajanje pozitivne obveznosti države pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok, ki jo je zakonodajalec že uvedel za določene raznospolne pare, in v tem oziru za vprašanje dopustnosti razlikovanja med njimi in ženskami v istospolnih zvezah oziroma samskimi ženskami.

⁹ O tem denimo glej na splošno N. R. Cahn, *Reflections on Singlehood*. *Washington University Journal of Law & Policy*, letnik 72 (2023), str. 34–41.

v istospolnih zvezah ali samskim ženskam, pri katerih bi bilo z gotovostjo ali zadostno verjetnostjo mogoče ugotoviti medicinsko oziroma klinično neplodnost na enak način kot v primeru raznospolnega para,¹⁰ pa tudi po moji oceni ne bi bilo dopustno ne z vidika varstva pravice do človekovega dostojanstva ne z vidika primerjave s tistimi raznospolnimi pari, pri katerih je medicinska neplodnost ugotovljena pri moškem partnerju in kjer torej ženska partnerka sama ni medicinsko neplodna, pa zaradi neplodnosti partnerja brez darovane moške spolne celice vendarle ne more zanositi.

9. Ob tem dodajam, da se v obravnavani zadevi prav tako ni bilo treba opredeliti do še enega težavnejšega vprašanja: ali in pod kakšnimi pogoji bi bilo vprašanje neutemeljenega razlikovanja na enako upošteven način lahko zastavljeno tudi v zvezi s samskimi moškimi ali moškimi v istospolnih zvezah. To vprašanje po moji oceni sicer ne bi bilo težavno v tem prvotnem oziru, torej glede vprašanja, ali so tudi moški v navedenih položajih v bistvenem v upošteveno enakem izhodiščnem položaju. Moj odgovor na to vprašanje je brez dvoma pritrdilen. Apriorno in popolno izključevanje *kot tako* samskih moških in moških v istospolnih zvezah iz kroga možnih uporabnikov postopkov OBMP bi bilo ustavnopravno problematično. Vendar pa je to vprašanje težavnejše, ker bi moški v takih položajih drugače kot v primeru žensk za udejanjanje svoje pravice potrebovali postopek OBMP s pomočjo nadomestnega materinstva, ki ga slovenska ureditev ne pozna oziroma ne dovoljuje. Vsekakor velja, da tak postopek OBMP v primerjavi s postopki znotrajtelesne in zunajtelesne oploditve ženske odpira dodatna pravna in etična vprašanja, posledično pa bi bilo težavnejše nasloviti tudi vprašanje, ali ustavna zahteva po enaki obravnavi takih moških lahko zahteva tudi uvedbo tega postopka OBMP. Tu bi se tehtanje sorazmernosti posega kaj lahko izšlo tudi drugače kot v obravnavanem primeru. Če bi zakonodajalec nadomestno materinstvo sicer dopustil in ne bi bilo spoznano za protiustavno kot tako, a možnost uporabe tega postopka OBMP spet predvidel le za raznospolne pare, pa bi se po moji oceni ponovno približali položaju iz obravnavane zadeve.

O ustavni dopustnosti posega

10. V predhodni točki mnenja sem se delno že dotaknil drugega koraka presoje: ali je različno obravnavanje omenjenih kategorij žensk, ki želijo uporabiti postopke OBMP, mogoče utemeljiti kot ustavno dopusten in sorazmeren poseg v pravico do enake obravnave iz prvega odstavka 14. člena Ustave v zvezi z udejanjanjem pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok iz 55. člena Ustave. Tu navajam še nekaj razmislekov glede tega dela presoje iz obrazložitve odločbe.

¹⁰ Čeprav je, kot ugotavlja tudi odločba v 23.–28. točki obrazložitve, tudi slovenski zakonodajalec izhajal iz koncepta medicinske neplodnosti in čeprav so se podobna vprašanja, ali naj torej bodo do postopkov OBMP upravičene zgolj tiste ženske, ki so dokazano klinično neplodne, še nedolgo nazaj zastavljala tudi drugod – glej Peterson, nav. delo, str. 282–283.

11. Najprej se v dveh ozirih dotikam vprašanja ustavno dopustnega cilja. Odločba iz zakonodajnega gradiva kot cilj ureditve izlušči varstvo koristi otroka, saj da je zakonodajalec skušal preprečiti, da bi otrok, spočet s postopki OBMP, odraščal brez očeta oziroma drugače kot v tradicionalni družini z materjo in očetom. To po moji oceni drži v tem smislu, da je zakonodajalec z ureditvijo res zasledoval otrokovo korist oziroma skušal uresničevati načelo največje koristi otroka. Vendar pa sem v tem kontekstu zadržan do uporabe tega načela, ko gre za urejanje postopkov OBMP.

12. V luči načrtovanega oziroma potencialnega bodočega otroka, katerega obstoj je usodno odvisen od uporabe postopkov OBMP, je pomen načela največje koristi otroka bistveno drugačen kot v primeru že obstoječega živega otroka, kjer je vedno pred očmi konkretni otrok in je mogoče ugotavljati njegove konkretizirane (kolikor že ugotovljive) največje koristi. Če je ureditev ključno posvečena ravno odločitvi o tem, ali se bo določeni otrok sploh lahko rodil, jo je težko utemeljevati z interesi natanko tega otroka, katerega obstoj bo torej morda preprečila.¹¹ Zato pri uporabi načela največje koristi načrtovanega otroka po moji oceni ne gre za koristi tega konkretnega otroka, ampak za tovrstno ubeseditev javnega interesa o tem, kakšne okoliščine rojstva in odraščanja otrok so po oceni zakonodajalca družbeno (in pravno) sprejemljive.

13. V skladu s tako oceno zato sam argumentov s sklicevanjem na načelo največje koristi otroka ne bi vključil v presojo v klasični obliki tega načela, kot je povzeta v 53. točki obrazložitve, ampak bi ga v okoliščinah obravnavane zadeve opredelil vsaj kot posebno in pomembno drugačno različico tega načela, saj v takih primerih še ni mogoče govoriti o pravno varovanem interesu nerojenega otroka, ki ga bi moral pravni red ustrezno zaščititi, ampak zgolj o javnem interesu, ki se lahko oblikuje ob hipotetični predstavi okoliščin rojstva in odraščanja načrtovanih otrok.

14. Po drugi strani se sprašujem, ali pri iskanju ustavno dopustnega cilja ne bi poleg – kakorkoli že opredeljene – največje koristi otroka kazalo prepoznati tudi kakega (drugega) javnega interesa, kot denimo uresničevanje oziroma varovanje javne morale, vključno z vprašanji regulacije OBMP in preprečitve prelahkotnega odločanja za rojstvo otroka s pomočjo OBMP. Vlada je v obrazložitvi predloga zakona, sicer resda pred petindvajsetimi leti, namreč med drugim poudarjala, da je namen zakona "preprečiti popolnoma samostojno, na nikakršen pravno določen pogoj vezano presojo izvajalcev OBMP glede različnih vprašanj izvajanja postopkov OBMP" ter da zunajtelesna oploditev povečuje "nevarnost zlorab in različnih pojavov, ki so moralno-etično nesprejemljivi".¹²

¹¹ O tem glej I. G. Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*. *Minnesota Law Review*, letnik 96, št. 2 (2011), str. 437 in nasl., ki se pri tem opira na tako imenovani "problem neidentitete" Dereka Parfita, po katerem težko govorimo o tem, da otrokom škodujemo s tem, ko jih imamo, razen če jim ne damo življenja, ki ga ni vredno živeti.

¹² Poročevalec DZ, št. 24, z dne 16. 4. 1999, EPA: 767-II, str. 11.

15. Res pa po moji oceni tudi ta drugi cilj in ustrezneje opredeljeni cilj največje koristi načrtovanega otroka ne bi uspela utemeljiti ustavnoskladne sorazmernosti presojane ureditve. V tem primeru bi bila moja presoja nekoliko drugačna od te v obrazložitvi odločbe. Kolikor je načelo največje koristi načrtovanega otroka lahko sprejemljiva ubeseditev za poimenovanje upoštevne javnega interesa, ki želi naslavljati zelene oziroma dopustne okoliščine rojstva in odraščanja načrtovanih otrok, je v izhodišču sicer lahko ustavno dopustni cilj, in to glede urejanja pravice do uporabe postopkov OBMP tako v primeru žensk v istospolnih zvezah kot tudi v primeru samskih žensk. Vendar pa ukrep izključitve žensk v istospolnih zvezah, če se najprej posvetim temu položaju, iz kroga možnih uporabnic postopkov OBMP ni primeren ukrep za doseg tega cilja. Ne temelji namreč zgolj v izhodišču, da je treba zasledovati največjo korist načrtovanega otroka, temveč tudi na zmotni predpostavki, da v primeru odraščanja v takih družinah te koristi ne bo mogoče uresničiti. Te predpostavke namreč ne potrjujejo vse številčnejše študije, ki kažejo, da odraščanje otrok v družinah lezbičnih partnerk za dobrobit otroka ne prinaša drugačnih (slabših) rezultatov kot odraščanje v družinah z raznospolnima partnerjema, med temi starševskimi zvezami pa tudi ni večjih razlik v starševskem slogu in veščinah.¹³

16. Priznam, da sem sam malo več zadržkov za tak sklep vendarle prepoznal pri samskih ženskah. Kot (v 57. točki obrazložitve) ugotavlja tudi odločba, je neodvisno od spola obeh staršev za koristi otroka ob nezamisljivih bremenih starševske skrbi načeloma lažje skrbeti v primeru dveh staršev, v tem oziru pa tudi zakonska ureditev, ki med drugim v prvem odstavku 6. člena presojanega zakona zahteva, da sta oba partnerja sposobna opravljati starševske dolžnosti v korist otroka, vsaj načeloma lahko služi varstvu večje koristi načrtovanega otroka. Vendar pa v tem oziru pride do izraza poudarek, da je načelo največje koristi načrtovanega otroka treba razumeti drugače kot klasično načelo največje koristi obstoječega otroka, pri katerem bi se denimo odločali, ali naj ga posvoji par ali samska oseba. Po moji oceni je težko sprejeti stališče, da je v otrokovo večjo korist, da se sploh ne rodi, kot pa da bi se rodil samski materi, prav tako pa v sodobnem času tudi razlogi javne morale oziroma drugega morebitnega javnega interesa ne morejo vplivati na ta zaključek. K temu dodajam, kot že tudi odločba v 56. točki obrazložitve, da je že zakonodajalec sam ocenil, da je v določenih primerih enostarševska družina lahko celo v največjo korist obstoječega otroka, saj pri ureditvi posvojitve kot izjemo dopušča tudi enostransko posvojitve. Če to velja v primeru posvojitve, vsaj načeloma še toliko bolj v primeru prizadevanja samske ženske za otroka s pomočjo postopkov OBMP.

17. Končno pa, kot že rečeno, tudi drugače opredeljeni javni interes (recimo preprečitve neurejenega prelahkotnega odločanja za rojstvo otrok ali zlorab), kolikor ga je mogoče razbrati iz obrazložitve predloga zakona, ne more utemeljiti izključitve presojanih

¹³ Tako že pred več kot dvajsetimi leti T. Dower, *Redefining Family: Should Lesbians Have Access to Assisted Reproduction?*. Melbourne University Law Review, letnik 25, št. 2 (2001), str. 471–472.

kategorij žensk iz kroga upravičencev do postopkov OBMP, saj vsaj sam ne morem razbrati razumnih razlogov, ki bi v primeru samskih žensk ali žensk v istospolnih zvezah prišel v poštev drugače ali bolj kot v primeru raznospolnih zvez.¹⁴ V tem oziru se v družbi oziroma javnosti nemara še lahko pojavlja prepričanje, da je za otroka najboljša ali celo edina res zaželena tradicionalna družina, a zakonodajalec pri svojem delovanju ne sme prezreti spoznanj stroke, da sposobnost za starševstvo ni odvisna od spolne usmerjenosti,¹⁵ ter z neutemeljeno neenako obravnavo istospolnih oseb te neustrezne predstave še perpetuirati.



dr. Matej Accetto
Sodnik

¹⁴ Ob tem puščam ob strani vprašanje, ali postopki OBMP že sicer po postopkovni in vsebinski plati sploh lahko dopuščajo prelahkotno odločanje za tovrstno pot do zelenega rojstva otroka.

¹⁵ Tako je denimo že pred časom odbor za etiko Ameriškega združenja za reproduktivno medicino poudaril, da bi z vidika etike morali samske osebe ter gejevske in lezbične istospolne zveze obravnavati enako pri ugotavljanju, katere storitve jim omogočati, in se pri tem pridružil tudi drugim stanovskim organizacijam v misli, da bi razlikovanje na podlagi spolne usmerjenosti položaj istospolnih oseb še globlje prizadelo, v tem primeru s krepitvijo znanstveno nepodprte predstave, da je od spolne usmerjenosti odvisna tudi sposobnost za starševstvo – glej The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons: A Committee Opinion. *Fertility and Sterility*, letnik 100, št. 6 (2013), str. 1526.



Številka: U-I-418/20-24
U-I-847/21-25
Datum: 20. 11. 2024

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. U-I-418/20, U-I-847/21 Z DNE 16. 10. 2024

O dostopnosti postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo za istospolne ženske pare in samske ženske

I. Uvod

1. V družbenem razvoju, ko nam ne bi smelo biti več oddaljeno razmišljanje o različnih oblikah družin in kjer so tudi čustvene vezi nekega razmerja lahko močnejše od krvnih vezi ter tudi tradicionalno dožemanje družine ne bi smelo biti razumljeno kot omejevanje ali celo odrekanje sprejemanja drugih oblik enako ali celo še močnejših povezav (socialno starševstvo), je dožemanje družine večplastno. Sovpada z več svobode oblikovanja skupnosti, v kateri posameznik lahko doživlja vse podobne občutke kot v tradicionalni družini in kjer je enako doživljanje tudi pripadnosti (nekomu). Prav slednja je za posameznika eno temeljnih čustev. Tvori element posameznikovega obstoja in razvoja.¹

2. Podobno, tudi razlogi, zakaj je nekdo samski, so lahko zelo različni: osebna prepričanja, profesionalna usmerjenost, osebna narava in prepričanje o osebni identiteti drugačnega smisla in ciljev kot v skupnem življenju, osebno samozadovoljstvo posameznika, varnostni ščit pred razočaranji, ki so spremljevalci zvez in skupnosti,

¹ V pogledu svobode posameznikovega razvoja je pomenljiva že leta 1957 sprejeta odločitev BVerG, *Lüth*, BVerfGE 7, 198. V tej precedenčni odločbi je nemško Zvezno ustavno sodišče glede varstva osebnega razvoja odločilo, da je svoboda različnih oblik izražanja bistvenega pomena za demokratični proces in sposobnost posameznika, da se svobodno razvija. Spoštovati pravice drug drugega in spodbujati uravnoteženo okolje za osebno svobodo je uvrstilo ne le v vertikalne (oblastne) odnose, temveč tudi v odnose med posamezniki.

Temeljne pravice delujejo kot krovne vrednote in tako vplivajo na zakonodajno raven. Odločitev v zadevi *Lüth* je ena najbolj citiranih in precedenčnih odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča.

zavestna odločitev, da se posameznik dovolj izpolni v drugačnih zvezah, svoboda v neodvisnosti in samozadostnosti, sledenje nekonvencionalnim ciljem, popoln nadzor nad svojim osebnostnim razvojem, slabe pretekle izkušnje in sledenje notranjemu miru, ki ga kdo lažje najde v samskem življenju oziroma lahko pomeni tudi izpolnitev načina življenja ali pa posameznik osamljenost doživlja kot izpolnitev samega sebe. Tišina samskosti prav tako lahko izpopolni prepričanja posameznika in mu prinaša mir.

II. Stališča v odločbi, s katerimi se strinjam

3. Ko prenehamo dojemati družino ozko, le kot izrazito tradicionalno, se odprejo številni drugačni pogledi in vprašanja. Prav tako se istočasno pojavi dojemanje meja teh drugačnih dojemanj. Njihov diapazon namreč nikakor ni neskončen. Odločanje o mejah nikakor ni črno-belo. Je zelo težavno, subtilno in za družbo senzibilno. Te meje v pravniškem jeziku zariše test presoje podobnosti položajev, ki ga uporabimo za presojo prvega odstavka 14. člena Ustave, ki prepoveduje različno obravnavo posameznikov zaradi osebnih stanj (poudarki R. K.).

14. člen

(enakost pred zakonom)

V Sloveniji so vsakomur zagotovljene **enake človekove pravice** in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, **spol**, jezik, vero, politično ali **drugo prepričanje**, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerokoli **drugo osebno okoliščino**.

Vsi so pred zakonom enaki.

To je osnova. Prvi odstavek 14. člena Ustave je odsev pluralnosti družbe, ustavne demokracije, kjer večina ne prevlada na manjšino. Od to naprej je treba graditi. Od tod naprej je treba pluralnost živeti in zarisati tudi meje, če se poseže v koristi drugih (npr. otrok).

4. Test presoje podobnosti položajev je le prvi korak (drugi je presoja, ali se različni položaji lahko obravnavajo enako, enaki pa različno). To se preveri s testom legitimnosti in nato še s pogoji strogega testa sorazmernosti. Odločba omenjeni prvi korak opravi, sklicujoč se tudi na podobno presojo v odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 (da smejo istospolni pari kandidirati za posvojitev otrok). Tudi to odločbo se podprl in zame ni sporna. Drugačna presoja bi glede presoje primerljivosti položajev istospolnih parov s raznospolnimi pari pomenila tudi odmik (kar zasuk) od te odločbe.

5. Ustavno sodišče se pri primerjavi istospolnih parov z raznospolnimi pari opre torej na že preteklo prakso, ki je v osrčju imela kriterij, ali lahko istospolni pari enako kot raznospolni pari ustvarjajo trajna, stabilna in ljubeča partnerska razmerja (39. točka obrazložitve odločbe). Nadalje je Ustavno sodišče ugotovilo tudi, da so ženske, ki živijo v lezbičnih zvezah, v katerih sta ena ali obe partnerki medicinsko neplodni, v bistveno enakem položaju kot ženske, ki živijo v raznospolnih parih, v katerih je medicinska neplodnost prisotna pri enem ali drugem ali pri obeh partnerjih (41. točka obrazložitve odločbe). Prav tako, da so istospolne družine (istospolni par z otrokom/otroki) po svojih bistvenih značilnostih in z vidika varstva otrokove koristi primerljive z raznospolnimi; pri tem se sklicujem na že omenjeno odločbo št. U-I-91/21, Up-675/19 in njeno 61. točko obrazložitve (skupna posvojitev s strani istospolnih partnerjev).²

6. Podobno enako presojo (podobnosti položajev) je Ustavno sodišče zavzelo pri samskih ženskah: v 47. točki obrazložitve odločbe Ustavno sodišče zapiše podlago:

"Ustavno sodišče mora pri svoji presoji izhajati iz človekovega dostojanstva kot središčnega načela ustavnega reda Republike Slovenije in upoštevati naslednje razloge. Prvič, niti samska ženska niti ženska v neplodnem raznospolnem paru, otroka ne moreta spočeti po naravni poti, brez pomoči OBMP. Zahtevati, da ženska za dostop do OBMP (najprej) poišče partnerja, osnuje zakonsko zvezo ali zunajzakonsko skupnost in poskuša doseči zanositev po naravni poti, bi bilo namreč v očitnem nasprotju z njenim dostojanstvom in zasebnostjo."

Prav tako Ustavno sodišče zapiše:

"[...] enostarševske družine z otroki so tretji najpogostejši tip družine v Republiki Sloveniji in so po svojih temeljnih značilnostih glede skrbi za otroka primerljive z dvostarševskimi družinami."

7. Seveda se Ustavno sodišče ne sme ustaviti zgolj pri (a) primerjavi položajev raznospolnih in istospolnih parov ter (b) položajev žensk v (neplodnih) raznospolnih parih in samskih žensk. Teh primerjav ne more opraviti samostojno, temveč le skupaj s tistim subjektom, ki je posledica oploditve z biomedicinsko pomočjo (OBMP); to je otrok. Vprašanje otrokove največje koristi je treba postaviti znotraj omenjenih meja širšega (oziroma manj omejenega) dojemanja družine. Čeprav je otrokova največja korist pogosto vprašanje od primera do primera, jo je v konkretni abstraktni presoji treba abstrahirati na ustavno raven. S presojo se namreč (močno) odpro vrata; več kot pri

² Glej 42. točko obrazložitve odločbe, h kateri dajem ločeno mnenje.

možnosti istospolnih parov, da posvojijo otroke (omenjena odločba št. U-I-91/21, Up-675/19).

8. To presojo Ustavno sodišče opravi znotraj strogega testa sorazmernosti, pred tem pa še ustavno dopustnost cilja (test legitimnosti). V ta test, torej že v prvem koraku – pri ustavni dopustnosti cilja – vključi varstvo koristi otroka (53. točka obrazložitve odločbe). V 55. in 56. točki obrazložitve odločbe pa pojasni, da je Ustavno sodišče že v odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 sprejelo stališče, da Vladi ni uspelo izkazati, da bi odraščanje otroka z istospolnima partnerjema, ki živita v stabilni partnerski zvezi, negativno vplivalo na njegov razvoj in s tem na njegovo največjo korist v primerjavi z otroki iz tradicionalnih družin.

9. Presoja otrokovih koristi v odločbi torej ni opravljena samostojno, ampak je vpeta v test presoje upravičenosti posega – razlikovanja med podobnimi položaji. Zato odločba istočasno opravlja test legitimnosti in varstva otrokovih pravic. V tem delu bi sam pristopil in izgradil odločbo nekoliko drugače. Presoja položaja otrok je težji del presoje. Kako drugače, bom lahko pojasnil šele kasneje, ko opravim s predstavitvijo pristopa in zgradbe iz odločbe. Sicer ne morem pojasniti razlike v pristopu.

III. Presoja položaja otrok

10. Najprej moram pojasniti, kako razumem test legitimnosti in nato še test stroge sorazmernosti, kot ga je opravilo Ustavno sodišče v odločbi. Izpodbijana ureditev prepovedi OBMP testa legitimnosti ne prestane v primeru lezbičnih parov. V 57. točki obrazložitve Ustavno sodišče pojasni (poudarki R. K.):

"57. Vendar pa Ustavno sodišče ne more spregledati, da izpodbijane določbe, kolikor onemogočajo OBMP samskim ženskam, korist otroka zasledujejo tudi s tem, da ima otrok, spočet s pomočjo OBMP, dva starša, ne le enega. Ustavno sodišče se strinja, da je korist otrok načeloma (še) bolj varovana, če starševsko skrb izvršujeta dve osebi, kot če jo izvršuje ena oseba. Čeprav drži, da tudi otroci, spočeti s pomočjo OBMP, zaradi različnih življenjskih okoliščin (smrt, razveza, zapustitev otroka) lahko odraščajo v enostarševskih družinah ali brez staršev, ni mogoče spregledati, da izpodbijana ureditev zagotavlja najmanj to, da sta nosilca starševske skrbi v pravnem pogledu tako oče kot mati. **V tem pogledu je tako opredeljena korist otrok, spočetih z OBMP, lahko legitimen cilj ureditve, ki oploditev omogoča le (istospolnim ali raznospolnim) parom, ne pa samskim osebam.**"

11. Pri istospolnih parih torej izpodbijana ureditev "pade" že na testu legitimnosti. Nadaljnji strogi test sorazmernosti ni potreben. Drugače pa je pri samskih ženskah (kjer je vprašanje dostopa do OBMP bolj oddaljeno) in treba je bilo nadaljevati presojo (ker je test legitimnosti za prepoved izpolnjen). Za nadaljnjo presojo pogojev strogega testa sorazmernosti, je Ustavno sodišče iskalo argumente o tem, ali je v primeru otrok, spočetih z OBMP pri samskih ženskah, varovanje največjih koristi otrok zagotovljeno. Točki 61 in 62 obrazložitve odločbe pojasnita pot do argumentov (poudarki R. K.) in sta verjetno ključni – pojasnita, da je bilo Ustavno sodišče soočeno s pomanjkanjem argumentov:

"61. Dokazno breme glede sorazmernosti zakonskega ukrepa, ki posega v človekovo pravico do nediskriminatornega obravnavanja iz prvega odstavka 14. člena v zvezi s 55. členom Ustave, je na zakonodajalcu in Vladi.³ V zadevi št. U-I-91/21, Up-675/19 o skupni posvojitvi s strani istospolnih partnerjev je Ustavno sodišče poudarilo, da je že za presojo nujnosti posega ključno, ali je Vlada izkazala, da ima za svoje trditve o tem, da lahko le tradicionalna družina poskrbi za dobrobit otroka, zadostno podlago v dejstvih, denimo v mnenjih stroke, oziroma ali utemeljenost njenih trditvev potrjujejo kakršnikoli drugi dokazi.⁴ Ustavno sodišče ugotavlja, da Vlada v svojem mnenju niti ne zatrjuje, da je v otrokovo korist izključno odraščanje v dvostarševski družini. Vendar pa iz zakonodajnega gradiva leta 2000 sprejetega ZZNPOB izhaja ocena, da odraščanje otroka, spočetega v postopku umetne oploditve, brez očeta ni v njegovo največjo korist.⁵ Ustavno sodišče ocenjuje, da zgolj s to trditvijo zakonodajalec dokaznemu bremenu glede nujnosti in (ožje) sorazmernosti izpodbijane ureditve za doseg največje otrokove koristi ni zadostil.⁶ V primerih neenake obravnave samskih oseb mora namreč zakonodajalec s strokovnimi argumenti (npr. študijami o vplivu različnih vrst družin na otrokovo korist) absolutno prepoved dostopa do OBMP ženskam brez partnerja (partnerke) vsebinsko utemeljiti in pojasniti, zakaj je le na tak način

³ Ustavno sodišče Avstrije je v sodbi št. G 16/2013 z dne 10. 12. 2013 med drugim navedlo, da morajo (tudi po praksi ESČP) za neenako obravnavanje na podlagi spola in spolne usmerjenosti obstajati posebno resni razlogi, pri čemer ima v primeru dvoma prednost enaka obravnava in ne diskriminacija (glej 46. točko obrazložitve navedene sodbe).

⁴ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-91/21, Up-675/19 (odločitev Ustavnega sodišča, da smejo istospolni pari kandidirati za posvojitev), 60. točka obrazložitve.

⁵ Opomba št. 48 te odločbe.

⁶ Prim. sodbo Ustavnega sodišča Avstrije št. G 16/2013, 46. točka obrazložitve.

mogoče zagotoviti otrokovo največjo korist. Zgolj trditev, da mora otrok vselej odraščati z očetom, takšni zahtevi ne zadosti."

"62. Ustavno sodišče se je – ob molku Državnega zbora, ki ni odgovoril na zahtevi – moralo pri iskanju argumentov zakonodajalca za izpodbijano ureditev opreti na 25 let stara zakonodajna gradiva. Iz teh izhaja, da naj bi bila otrokova korist zagotovljena samo, če odrašča v tako imenovani tradicionalni družini (z materjo in očetom). Pojem družine je v praksi ESČP (družinsko življenje varuje 8. člen EKČP) predmet **dinamične razlage**, po kateri se krog oseb, med katerimi obstajajo posebej tesne osebne vezi, ki tvorijo družino, vselej ugotavlja na podlagi dejanskih okoliščin konkretnega primera.⁷ **Družinsko življenje ni več omejeno na tradicionalno jedrno družino, sestavljeno iz bioloških staršev in njihovih otrok. Iz novejše sodne prakse ESČP izhaja, da so lahko predmet varstva pravice do družinskega in zasebnega življenja tudi razmerja med istospolnimi partnerji,⁸ vezi med starimi starši in vnuki⁹ ter istospolne družine z otroki, ki so biološki otroci enega od partnerjev.¹⁰** Tudi Ustavno sodišče je v odločbi št. U-I-486/20, Up-572/18, v kateri je obravnavalo pravico do sklenitve zakonske zveze med istospolnimi partnerji (42. točka obrazložitve), pojasnilo, da argument tradicije ne more utemeljiti diskriminacije in da uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine istospolno usmerjenih oseb ne more biti pogojevano s tem, da jo podpira večina prebivalcev. **K temu Ustavno sodišče dodaja, da mora pravo in v njegovem okviru razlaga pravnih norm ohraniti stik z nenehno spreminjajočimi se družbenimi okoliščinami. Pretirano toga in nespremenljiva razlaga pravnih norm bi lahko ogrozila pravni in na splošno družbeni razvoj.¹¹**"

⁷ Sodba ESČP v zadevi *K. in T. proti Finski* z dne 12. 7. 2001, 150. točka obrazložitve.

⁸ Stabilna razmerja istospolnih parov spadajo pod pojem družinskega in zasebnega življenja enako kot razmerja raznospolnih parov (sodbe ESČP v zadevah *Vallianatos in drugi proti Grčiji* z dne 7. 11. 2013, 73. in 74. točka obrazložitve, *X in drugi proti Avstriji* z dne 19. 2. 2013, 95. točka obrazložitve, *P. B. in J. S. proti Avstriji* z dne 22. 7. 2010, 30. točka obrazložitve, *Schalk in Kopf proti Avstriji*, 92. do 94. točka obrazložitve).

⁹ Sodbi ESČP v zadevah *Marckx proti Belgiji* z dne 13. 6. 1979, 45. in 46. točka obrazložitve, ter *Scozzari in Giunta proti Italiji* z dne 13. 7. 2000, 221. točka obrazložitve.

¹⁰ Sodba ESČP v zadevi *X in drugi proti Avstriji*, 96. točka obrazložitve.

¹¹ Glej A. Galič, Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, *Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), št. 1 (2003), str. 44–56.

Ustavno sodišče torej – ob molku zakonodajalca – rzsodi, da je treba Ustavo razlagati kot živ, razvijajoč, instrument (podobno kot to trdi ESČP za EKČP), ki mora upoštevati družbeni razvoj. Ker drugačnih argumentov (dokazov) za ustavnost izpodbijane ureditve ni, tudi ni izpolnjen pogoj nujnosti in sorazmernosti in strogega testa sorazmernosti.¹² Zanimivo, v podobnem položaju se je znašlo avstrijsko Ustavno sodišče, ki je odločilo, da (podobne omejitve kot pri slovenski izpodbijani ureditvi) pomenijo poseg v področje varstva 14. člena v povezavi z 8. členom EKČP v zvezi z željo po otrocih žensk, ki živijo v istospolnih partnerskih zvezah. Odločilo je, da poseg ni utemeljen z dovolj tehtnimi razlogi in je zato nesorazmeren, ker na splošno izključuje to skupino oseb iz raznospolne OBMP.¹³

IV. Drugačen pristop

12. Sam bi pristopil drugače. Ko se razreši vprašanje primerljivosti položajev in zahteve po enakopravni obravnavi, to ne poda odgovora na dve pomembni vprašanji: skladnosti z načelom otrokovih največjih koristi in uporabe OBMP za samske ženske, ki pa bi (morda) lahko imele otroke. To sta dve vprašanji, ki bi ju sam strukturiral in vgradil v odločbo kot nastavek, ločeno in poglobljeno ter šele nato uporabil pri testu legitimnosti in testu stroge sorazmernosti.¹⁴

13. Najprej glede položaja otroka in njegovih koristi. Menim namreč, da je odločba pristopila, lahko bi temu rekel, vertikalno, ker se najprej opredeli do položaja istospolnih ženskih parov in samskih žensk, nato pa temu nesamostojno podredi položaj otroka – vključni ga v test legitimnosti. Sam bi pristopil bolj horizontalno, kajti pravice otrok morajo sobivati s pravicami staršev. Le skupaj pravice otroka in staršev/starša tvorijo celoto. Pravica starša je odvisna od pravice otroka in obratno. Zato ne gre za vprašanje staršev in ali je želja po otroku ustavna pravica, kot so se glasili očitki iz manjšine, ampak je osredotočenje presoje v vprašanju sožitja med pravicami staršev in otrok, sinergije, ustrezne vzajemnost, kohezivnosti – s tem pa položaja otroka. Ne presojamo (kot npr.

¹² Tako 64. točka obrazložitve odločbe, h kateri dajem ločeno mnenje.

¹³ Ustavno sodišče Avstrije v sodbi št. G 16/2013 z dne 10. 12. 2013. Glej tudi K. Rajgelj, Ali ima polnoletna in rzsodna samska ženska pravico do izbire?, Pravna praksa, št. 26 (2014), str. 15–16.

¹⁴ Razlika v pristopih odločbe in tukaj opisanim ni usodna. Še vedno je presoja koristi otrok opravljena. Ali znotraj testa legitimnosti ali izven njega, v resnici ni tako pomembno. Po poti, ki jo zagovarjam sam, bi iz zgradbe bilo pojasnjeno, da želja po otroku ni povzdignjena na ustavno raven in da ne moremo govoriti o tem, da odločba uvaja pravico do otroka oziroma da je želja do otroka preoblikovana v ustavno pravico do otroka.

pri praktični konkordanci), do kod sega pravica enega in se s tem omejuje pravico drugega, ampak ali obe pravici sobivata na način, da bi bile koristi otrok spoštovane.

14. Drugi, morda pomembnejši razlog za drugačen pristop je v presoji položaj otroka – in ne le pravic. Položaj otroka je sicer odvisen od pravic, ki mu grede, a to ni vse. Položaj otroka je treba gledati širše. Ustavno sodišče, kot opisano zgoraj, se je s tem le omejeno ukvarjalo. Zakonodajalec pa argumentov, ki bi dokazovali slabši položaj otrok v takšnih oblikah družin, ne ponudi;¹⁵ (pomembno je tudi, da Vlada ni zavzela stališč, ki bi nasprotovali zahtevama – tudi zato je Zagovornik načela enakosti v repliki zavzel stališče, da mu Vlada smiselno pritrjuje¹⁶). V tem pogledu lahko Ustavno sodišče pristopi manj ekstenzivno, saj ni odgovorov oziroma ni dialoga z zakonodajalcem. Prav tako pa *a priori* tudi ni mogoča ocena, da otrokove dobrobiti že zgolj zaradi drugačnih vezi, kot so v tradicionalni družini, ni mogoče zasledovati. To je Ustavno sodišče res odgovorilo tudi že v odločbi št. U-I-91/21, Up-675/19 (da smejo istospolni pari kandidirati za posvojitev otrok). In tudi, kdor si na to vprašanje odgovori drugače, hkrati zanika tudi vse družbene poglede na drugačne oblike družine kot le tradicionalne. Prav tako zanika popolno družbeno sprejemljivost razpadlih družin, mater in očetov samohranilcev, družine, kjer eden od staršev nima ali ne izvršuje starševskih dolžnosti in pravic, ali kjer enega od staršev ni zaradi drugačnih okoliščin (npr. smrt), itd.. Prav nič ni sporno, da imamo *de iure* in *de facto* družine, ki niso tradicionalne in lahko imajo otroke oziroma posvojene otroke. Omenjeno zanikanje bi bilo sprenevedanje, kot bi tudi bilo sprenevedanje, če materi – samski ženski, ki bi imela otroka s pomočjo postopka OBMP – dodamo etiketo družbene nesprejemljivosti, ki jo materi samohranilki iz razpadlega zakona ne. Tudi pogoste enostarševske družine družba ne sme (ne bi smela) etiketira(ti). Ali je odločujoče, kako pride oziroma kako nastane enostarševska

¹⁵ Argumentov za takšno razlikovanje zakonodajalec ni ponudil. Ponudil ni prav ničesar. Popolna odsotnost stališč zakonodajalca je pri vprašanih, kot so ta, o katerih je odločalo Ustavno sodišče v tej zadevi, ali vredna kritike ali pomenljiva. Ne gre namreč prezreti, da je leta 2001 ljudska volja (na naknadnem zakonodajnem referendumu) nasprotovala zakonodajalčevi. Ne glede na to se le težko strinjam s stališči sodnikov, da je mogoče zakonodajalca razumeti, kadar ne odgovarja na zahteve ali pobude, ki sprožajo vprašanje ustavnosti zakonov. Še posebej ne v takšnih primerih, kjer gre za vprašanja zorenja neke družbe in njenega razvoja.

Obžalujem lahko tudi, da je o odločbi glasovalo le šest sodnikov. Toliko bolj lahko pričakujem, da bo lahko v javnosti razumljena, podobno kot v preteklosti odločitve glede zakonskih zvez istospolnih parov in posvoitev ali o zakonu o RTV, (namreč, da je odločitev (politično) nazorska), ustavnopravna utemeljitev tega težkega ustavnopravnega vprašanja pa bo v ozadju ali povsem spregledana. Pričakovati je lahko ostre kritike, podobne odmevom po odločitvah v zadevah št. U-I-91/21-25, Up-675/19 in št. U-I-486/20-19, Up-572/18 (odločitev Ustavnega sodišča, da smeta v Sloveniji zakonsko zvezo skleniti tudi ženski ali moški par - ne le ženska in moški) in, da smejo istospolni pari kandidirati za posvojitev), npr. da gre za sramotno odločitev Ustavnega sodišča, s prižnic pa, da je odpovedal razum in zdrava pamet.

¹⁶ Glej 15. točko obrazložitve odločbe.

družina? Ali z razpadom neke zveze, na primer tradicionalne družine (torej *ex post*) ali od vsega začetka (*ex ante*) – z rojstvom otroka samski ženski s postopkom OBMP? Odgovora na to vprašanje v diskusiji, sicer prežeti z vprašanje varstva otrokovih koristi, nisem slišal. Ali je molk dal vedeti, da odgovora ni? Tudi v mnenju Vlade ga ni.

15. Kot odločba pojasnjuje v 65. točki obrazložitve, bi si Ustavno sodišče ob odsotnosti zakonodajalčevega odgovora in sumarnosti Vladinega mnenja, lahko pomagalo le še s 25 let starimi pavšalnimi stališči zakonodajalca ob sprejemanju zakona. Tudi teoretični diskurzi (citirani v 48. opombi odločbe) tistega obdobja zahtevajo rezervirano branje zaradi omenjenega družbenega razvoja, ki nudi v družbi ne vključenemu, težje vključenemu ali pa celo ranljivemu posamezniku več varstva. Ustava je, se pridružujem tako mislečim, razvijajoč instrument, ki ne sme zaustaviti kolesja časa in družbenega razvoja. Še posebej ne takrat, kadar prinaša za posameznike, manjšino v družbi, razvoj, ki lajša njihovo sobivanje z večino. Ustava in njena razlaga tako zahtevata strpnost večine do manjšine, do drugačnih in dopuščanje takšnih pravic, kot jih imajo slednji. To je zahteva ustavne demokracije. Zato na dojemanje tradicionalne družine ne gre gledati z vidika ljudske demokracije – vladavino večine.

16. Glede družbene sprejemljivosti je pomembno opozoriti tudi na primerjalne vidike. Analiza teh je pri tovrstnih družbeno občutljivih vprašanjih več kot dobrodošla. Zato bi celo bolj kot to stori 36. točka obrazložitve odločbe poudaril primerjalno ureditev (poudarki R. K.).

"36. Iz 55. člena Ustave ne izhaja zahteva, da morajo biti postopki OBMP dostopni zgolj osebam ali parom, ki so medicinsko neplodni. Te določbe niti na podlagi jezikovne niti namenske in sistemske razlage ni mogoče razumeti tako, da omejuje dostopnost postopkov OBMP širšemu krogu oseb, kot to velja na podlagi ZZNPOB. Izrecni cilj ustavne pravice do svobodnega odločanja o rojstvih otrok je zagotavljanje možnosti in razmer, ki staršem omogočajo, da se odločajo za rojstva svojih otrok (drugi odstavek 55. člena Ustave). **Po dosegljivih podatkih¹⁷ so postopki OBMP v številnih evropskih državah dostopni tako samskim ženskam (Belgija, Bolgarija, Hrvaška, Ciper, Danska, Estonija, Finska, Francija, Nemčija, Grčija, Madžarska, Islandija, Irska, Latvija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Romunija, Španija, Švedska in Združeno kraljestvo) kot tudi lezbičnim parom (Avstrija, Belgija, Danska, Finska, Francija, Nemčija,**

¹⁷ Glej Fertility Europe in Forum Evropskega parlamenta za spolno in reproduktivno zdravje: European Atlas of Fertility Treatment (december 2021), dostopno na: https://fertilityeurope.eu/wp-content/uploads/2021/12/FERTIL-Atlas_EN-2021-v10.pdf, in ILGA-Europe – the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Rainbow Europe, dostopno na: <https://www.rainbow-europe.org/#0/8682/0>.

Islandija, Irska, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Španija, Švedska, Švica in Združeno kraljestvo).¹⁸

17. Ustavno sodišče je samo pripravilo primerjalno analizo, a tudi Zagovornik načela enakosti je v zahtevi ponudil podrobno analizo za Avstrijo, Hrvaško, Italijo, Belgijo, Dansko, Francijo, Veliko Britanijo in pregled sodne prakse ESČP. Iz izvedenih analiz je razviden trend širjenje kroga upravičencev do OBMP. Dostop do OBMP se omogoča tudi samskim ženskam, kar je posledica spremenjenega razumevanja koncepta družine. Ali torej OBMP kot izsledek znanosti smemo uporabiti tudi v primeru istospolnih ženskih parov in samskih žensk, kjer vprašanje neplodnosti ni dokazano? OBMP je res dognanje medicinske znanosti, katerega *ratio* v osrčju je zdravljenje neplodnosti, vendar sta Ustava in ustavna presoja (upoštevajoč mednarodni prostor – EKČP) tista, ki na koncu pojasnita, ali se nekaj lahko uporabi in kako, za koga itd. Menim, da je odgovor na gornje vprašanje – podobno, kot v številnih drugih državah – pritrdilen; pod siceršnjimi pogoji, ki veljajo za OBMP postopke iz zakona tudi za raznospolne pare, kjer je neplodnost tista, ki preprečuje spočetje otroka.

V. Omejenost dostopa do OBMP

18. K dobrobiti otroka spada tudi vprašanje omejenosti OBMP postopkov na zakonski ravni. To ni neposreden predmet ustavnopravne presoje, a je Ustavno sodišče v 63. točki obrazložitve odločbe na to ustrezno opomnilo.

"63. Do postopkov OBMP sta upravičena zakonca ali zunajzakonska partnerja, ki sta polnoletna, razsodna in v primerni starosti za opravljanje starševskih dolžnosti ter v takem psihosocialnem stanju, v skladu s katerim se lahko utemeljeno pričakuje, da bosta sposobna opravljati starševske dolžnosti v korist otroka."

Ustavna odločba torej ne posega v zakonske omejitve, ki so potrebne pri presoji dobrobiti otroka z vidika primernosti staršev oziroma starša. Tako kot pri raznospolnih parih je tudi za istospolne in samske ženske na mestu določitev pogojev za dostop. Z drugimi besedami, tovrstne situacije za dostop do OBMP se razlikujejo do svobodnega odločanja o rojstvu otrok raznospolnim parom, ki OBMP ne potrebujejo. Tam je odločitev za otroka prosta, medtem ko je OBMP lahko podvržena (vsaj – do meje testa

¹⁸ Tem državam je morebiti treba prišteti še Bolgarijo, Estonijo, Latvijo in Romunijo (glede teh držav se podatki iz dveh zgoraj omenjenih virov razhajajo).

sorazmernosti¹⁹) omejitvam, ki jih že zdaj poznamo v 6. členu Zakona (ki ga povzema 63. točka obrazložitve odločbe). Da je to način, s katerim se lahko doseže varstvo otroka (z milejšimi sredstvi), je v predlogu zagovarjal tudi Zagovornik načela enakosti.

VI. Vprašanje surogatstva

19. Razlika med istospolnimi ženskimi in moškimi pari, je še eno vprašanje, povsem mimo katerega Ustavno sodišče ni moglo. Predvsem je to vprašanje v ospredju v primerjavi z moškimi istospolnimi pari, a tudi samskimi moškimi. OBMP je mogoče izvesti pri ženski, ne pa tudi pri moškem v istospolnem (ali raznospolnem) paru. Moški v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti tako zaradi bioloških kot zaradi veljavnih pravnih omejitev (prepoved OBMP z namenom nadomestnega materinstva) ni v enakem položaju, kot je ženska v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti ali samski ženski. A je odločba zadržana, ko omenja surogatstvo pri OBMP postopkih.²⁰ OBMP postopki so za razliko od nadomestnega materinstva precej drugačni; pri nadomestnem materinstvu, predvsem pri tistem, ki ni altruistično, bo mati lahko prizadeta pri odvzemu otroka. Pri OBMP postopkih pa tega vprašanja ni, ker se po rojstvu otroka ne odda. OBMP je popolnoma v cilju imeti otroka, pri surogatstvu pa se mora mati otroku odreči. Čeprav je njena odločitev prostovoljna, je velikokrat posledica težkih življenjskih situacij (razen pri altruističnem nadomestnem materinstvu), ki na odločitev o surogatstvu vplivajo. Ustavno sodišče surogatstva ni presoјalo. Odločba do tega vprašanja ne seže. Dodajam, da je surogatstvo tudi prepovedano po kodeksu zdravniške etike (24. člen).

VII. Zaključek


20. Zagovornik načela enakosti je v svoji zahtevi zapisal: "Sedanja pravna ureditev je nastala kot politični in hkrati ustavnopravni neustrezen odziv na družbeno situacijo. Pravice vseh žensk do zdravljenja zmanjšane plodnosti in postopkov OBMP, ki so veljale vse od leta 1977, so bile z izpodbijanim zakonom samskim ženskam odvzete, v nasprotju z urejanjem dostopa do OBMP v Evropi. Novela zakona iz leta 2001, ki je samskim ženskam ponovno omogočila pravico do postopkov OBMP, je bila na naknadnem zakonodajnem referendumu zavrnjena. Zato trenutno veljavna ureditev ne vsebuje potrebnih ustavnopravnih varovalk, ki bi zagotavljale, da ustavne in zakonske pravice žensk, ki niso v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti, s to ureditvijo ne bi

¹⁹ Tudi vprašanje financiranje postopkov OBMP lahko zakonodajalec uredi na zakonski ravni. V to vprašanje odločba Ustavnega sodišča ne posega.

²⁰ Glej 25. točko, 41 in 44. opombo obrazložitve odločbe.

bile kršene." Ustavno sodišče je torej zahtevi, tako skupini poslancev kot Zagovornika načela enakosti, sledilo. Ker je v Republiki Sloveniji ustavna demokracija tista, ki preprečuje voljo večine nad manjšino, Ustavno sodišče tudi ni vezano na rezultat naknadnega zakonodajnega referendumu. Treba je presoditi – z razlago Ustave –, ali določene človekove pravice nekemu pripadajo ali ne. Na raven načela prepovedi diskriminacije povzdignjen prvi odstavek 14. člena Ustave odpira vrata tudi takšnemu varstvu človekovih pravic, ki ga večinska javnost ne želi. Ko se ta vrata enkrat odpro (beri: ko se enakopravna obravnava zahteva tudi za tiste z drugačnimi osebnimi okoliščinami), je pomembna presoja pravic tretjih – v tem primeru varstva otrokovih koristi. V odsotnosti zakonodajalčevega oporekanja očitkom in zahtev in smiselnem pritrdjevanju zahtevam s strani Vlade, je Ustavno sodišče vseeno, kot je to običajno in potrebno, preučilo položaj otroka v primeru dovoljevanja postopkov OBMP istospolnim ženskim parom in samskim ženskam. Sam bi sicer raje videl, kot pišem zgoraj, drugačen pristop, ki bi v nastavku pojasnil potrebo po (horizontalnem) sobivanju pravic, vendar, kot navajam v 14. opombi zgoraj, to ne bi spremenilo mojega glasu v podporo odločbi.

21. Več kot dve desetletji staro večinsko zanikanje pravic do OBMP v postopku za istospolne ženske pare in samske ženske je, upam, z razvojem družbe in večjim zavedanjem moči in pomena ustavne demokracije, s to odločbo preseženo. V odsotnosti vsebinskih in analitičnih argumentov, ki bi dokazovali, da bi se s tem povzročala škoda otrokom in ob hkratnem notornem dejstvu številnih različnih oblik družin, v katerih lahko otrok prav tako čuti pripadnost, skrb in ljubezen za bližnjega, drugače nisem mogel glasovati.


dr. Rajko Knez
Sodnik