

УДК: 340.134:347.62-055.3(4-672EU)

341.231.14-053.2(4-672EU)

Biblid 1451-3188, 23 (2024)

Год XXIII, бр. 86, стр. 243–262

Изворни научни рад

Рад примљен 18. 4. 2024. године

Рад одобрен 15. 5. 2024. године

DOI: https://doi.org/10.18485/iipe_ez.2024.23.86.13

ПОЛОЖАЈ ДЕЦЕ ИЗ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У ПРАВУ ЕУ

Љубомир ТИНТОР*

Анстракт: У оквиру Европске уније (ЕУ) слобода кретања грађана представља један од „камена темељаца“ њеног правног поретка. Међутим, за ЛГБТ особе ово зајемчено право није у потпуности остварено. Различите законске регулативе о родитељским правима за истополне парове могу изазвати проблеме када се породице преселе у другу државу чланицу ЕУ која не препознаје истополну заједницу у свом законодавству. Деца из ових породица могу се наћи у неповољнијем положају, а правни статус родитеља може бити нејасан. Само мали број држава признаје пуна родитељска права за истополне заједнице. Овај рад испитује положај деце из истополних заједница у праву ЕУ, усмеравајући пажњу на њихово право на слободу кретања и спајање породице и остваривање породичних веза. У чланку се анализира пракса Суда ЕУ по овим питањима, а нарочита пажња придаје се случају В.М.А. који представља прекретницу у признању права деце из истополних породица да оба родитеља буду уписана у матичну књигу рођених. На крају анализе аутор указује на могуће даље правце реформе положаја деце из истополних заједница у комунитарном праву ЕУ и значају ове теме за Републику Србију.

Кључне речи: ЕУ, права детета, истополна заједница, слобода кретања, спајање породице, комунитарно право

1) УВОД

Један од камена темељаца ЕУ јесте слобода кретања њених грађана. Међутим, у стварности то није случај за многе ЛГБТ особе.

* Институт за упоредно право, Београд. Е-mail: lj.tintor@iup.rs, <https://orcid.org/0009-0005-7565-154X>

Родитељска права која истополни парови уживају према националном закону знатно се разликују широм ЕУ, с обзиром на то да положај истополних заједница спада у искључиву надлежност држава чланица. Иако грађани ЕУ имају право слободног кретања у било којој држави чланици без икакве дискриминације, када се оваква породица пресели у неку државу чланицу која не препознаје истополну заједницу и родитељска права за оба члана такве заједнице, тада могу настати озбиљне потешкоће у погледу признавања породичних веза између детета и једног од родитеља, што за собом носи додатне потешкоће. Деца из истополних заједница могу бити у значајно неповољнијем положају у односу на децу из традиционалних породица код којих су породичне везе неспорне и немају проблем са слободним кретањем на подручју ЕУ. Два милиона деце се тренутно може суочити са ситуацијом у којој њихови родитељи нису признати као такви у некој другој држави чланици. Једини доследан начин очувања полне неутралности брака, као темеља породичног устројства, јесте усвајање као правно признатог начина стицања статуса родитеља. Иако регулатива ЕУ већ захтева да родитељство буде признато у оквиру права детета у комунитарном праву, то није случај са правима детета према националним законима држава чланица.¹ Питање које се намеће јесте – да ли одбијање неких држава чланица да правно признају породичне везе међу члановима истополних породица, који се селе унутар граница ЕУ у остваривању права на слободно кретање ЕУ, представља кршење комунитарног права? Ово питање се намеће у системима у којима је усвојен приступ *ius sanguinis*, деца могу стећи држављанство једне земље само од лица која су призната у закону као родитељи детета, што код истополних породица може довести до апатридије. Ако родитељ који није законом признат за родитеља умре без тестаента, његова деца неће имати право да наследе његову имовину. Штавише, ако је законски родитељ тај који умре дете постаје сироче. У недостатку признања родитељског права дете правно остаје одсечено од дела породице. Ово су само неки проблеми са којима се суочавају деца из истополних бракова. Тренутно мали број држава чланица признало је пуна родитељска права. Само девет држава

¹ European Commission, "Recognition of parenthood between Member States". Интернет: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/recognition-parenthood-between-member-states_en 27.3.2024.

чланица аутоматски признаје статус родитеља за оба члана у истополним заједницама, док у 12 држава чланица уопште није могуће признање родитељских права. Заједничко усвајање чланова истополних заједница је слабо препознато.² Овај рад ће се фокусирати на положај деце из истополних заједница у којој је барем један члан држављанин ЕУ. Биће сагледано право детета у оваквим заједницама на слободу кретања и спајање породице унутар ЕУ. У раду ће бити сагледано и да ли комунитарно право може да наметне обавезу државама чланицама да препознају и правно признају породичне везе између деце и оба родитеља ако су они већ правно препознати у другим државама чланицама, а у ситуацијама кад постоји остваривање права на слободно кретање од стране истополних породица. Посебна пажња биће посвећена пракси Суда правде ЕУ (*Court of Justice of the European Union*), о правима деце из истополних заједница. Биће указани и могући правци реформе и даљег развоја у побољшању положаја ове категорије деце у комунитарном праву. На крају, у закључним разматрањима, биће указано на релевантност поменутог питања за Републику Србију у контексту хармонизације домаћег права са правом ЕУ.

2) СЛОБОДА КРЕТАЊА ДЕЦЕ ИЗ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА НА ТЕРИТОРИЈИ ЕУ

Када говоримо о деци, они своја права гарантована комунитарним правом могу стећи директно на основу чињенице да сами поседују држављанство државе чланице, или изведено на основу када им се признају изведена права кроз њихов однос са држављанином ЕУ који остварује права на слободно кретање. Постоје четири начина на које

² У Словачкој и Грчкој, на пример, само један од родитеља истог пола детета биће правно признат као родитељ. У Италији, истополни парови нису признати као заједнички родитељи детета. С друге стране, у Литванији је у судској пракси препознато право да се члану истополне заједнице призна привремени боравак ради спајања породице. На пример, у Румунији није јасна ситуација, иако се чини да породичне везе између детета и његових/њених истополних родитеља нису законски признате. Заједничко родитељство истополних парова такође није дозвољено по хрватском закону. Ипак, родитељу који је у (регистрованом) животном партнерству (у истополној вези) може бити одобрена родитељска одговорност за дете. Видети: Alyna Tryfonidou, Robert Wintimute, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, European Union, 2021, pp. 74–75.

деца могу имати користи од права на спајање породице према закону о слободном кретању ЕУ. С обзиром на законодавство ЕУ уочљива су четири начина како деца могу слободно да се крећу унутар ЕУ. Дете може искористити одредбе члана 2(2) Директиве 2004/38 да се придружи држављанину ЕУ у држави чланици домаћину, када је он „директан потомак“ држављанина ЕУ који остварује право на слободно кретање или супружника или регистрованог партнера тог грађанина Уније.³ Дете може да спада у ову категорију без обзира да ли је држављанин Уније, али само под условом да је млађе од 21 године. Треба нагласити да уколико су испуњени наведени услови држава нема поље слободне процене. Друго, према категорији члана 2(2)(д) Директиве 2004/38, ако је дете држављанин Уније и није зависно од свог једног или оба родитеља, али они зависе од њега, дете може на основу статуса издржаваоца користити право на спајање породице за своје родитеље или родитеља ако нису држављани ЕУ и стога не уживају сами права на слободно кретање.⁴ Ако су ови услови испуњени, дете ужива аутоматско право кретања у ЕУ. Треће, на основу праксе Суда ЕУ може се закључити да малолетници који су држављани ЕУ, и желе да користе ово своје право да се крећу и бораве на територији друге државе чланице по сопственом праву, могу то захтевати на основу члана 21. Уговора о функционисању ЕУ, те је омогућено да се малолетницима придруже њихови примарни неговатељи у држави домаћину, под условом да је породица економски самостална, тј. да не пада на социјални третман држава чланица.⁵ Ако дете не испуњава услове ни за једну од претходних ситуација оно се може ослонити на члан 3(2)(а) Директиве 2004/38 као издржавано лице од стране грађанина ЕУ. Алтернативно, ако је дете држављанин Уније може се ослонити на исту одредбу, и бити спонзор права на спајање породице, ако његови/њени родитељи могу доказати да јесу чланови децјег

³ “Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation” (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance). *OJ L* 158, 30.4.2004, pp. 77–123, art. 2 (2)

⁴ *Ibid.*, art.2 (2) d.

⁵ Case C-200/02 – Zhu & Chen v Secretary of State for the Home Department, ECJ Judgment of the Court of 19. 10. 2004, paras 26–34.

домаћинства у матичној држави чланици или издржавају дете. У обе ситуације држава чланица има обавезу само да олакша породични живот, тако да то спада у дискреционо право држава. Међутим, ова сва права се примењују код традиционалих породица, док су одређене „нетрадиционалне“ породице такође обухваћене Директивом 2004/38. Члан 2(2)(ц) Директиве признаје везу између родитеља и пасторка пошто изричито предвиђа да држављанин Уније има право да му се у држави домаћину придруже, између осталог, деца супружника или регистрованог партнера.⁶ Стога се такве породице могу осећати сигурним да њихова одлука да користе права ЕУ на слободно кретање неће довести до раздвајања породице. Положај деце у истополним заједницама није прецизно дефинисан, будући да Директива спомиње „директне потомке“ и „рођаке“ непрецизирајући ко се све подразумева под овом одредницом. Нејасноћа коришћених термина навела је неке државе чланице које не препознају истополне заједнице да имају одређено поље слободне процене при одлучивању. Новија тумачења од стране Европског суда правде говоре у корист да се термин потомак коришћен у Директиви мора тумачити широко и обухвата „сваки однос између родитеља и деце било биолошки или правни“.⁷ Ово тумачење је значајно за спајање породица истополних заједница, јер у овим заједницама однос између детета и једног родитеља није биолошки већ правни. Најбоље решење за ову ситуацију пружа члан 3(2) који говори о зависним особама што олакшава улазак и боравак деце из истополних заједница у државама које не препознају породичне везе у оваквим заједницама.⁸ С обзиром на то да о статусу истополних заједница у правним системима држава чланица, када се чланови „дугиних породица“ (истополне заједнице) преселе у неку другу државу, чланице њихове породице се суочавају са проблемом одржавања породичних веза. Нормативи ЕУ у погледу родитељских права не пружају тренутно никакве помоћи у побољшању положаја ових породица, јер је државама остављено значајно поље слободне процене ради очувања јавног поретка и морала. Питање породичних односа у ЕУ спада у надлежност држава чланица, док сама ЕУ има само

⁶ “Directive 2004/38/EC”, *op. cit.*, art. 2(2)(c)

⁷ *SM v. Entry Clearance Officer*, Case C-129/18, UK Visa Section Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 03, 2019 paras. 50–51.

⁸ Alina Tryfonidou, “EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God”, *Yearbook of European Law*, 2019, Vol. 38, p. 234.

ограничено овлашћење за усвајање мера хармонизације породичног права са прекограничним импликацијама.⁹ Иако у Европи не постоји судска пресуђена пракса по питању породичних односа родитеља и детета у истополним заједницама, европски суд за људска права већ је доносио одлуку у случајевима у којима је држава потписница Конвенције одбила да правно призна однос родитељ-дете који је успостављен у другој земљи. Додуше, у свим овим случајевима дете је било члан самохране породице или породице коју је створио пар супротног пола, тако да ова јуриспруденција може послужити за разјашњење и положаја детета у истополним заједницама на његова права на пуно уживање људских права.¹⁰ Први случај вредан помена је *Е.Б. против Француске*, у коме је подносилац представке била жена која је живела у истополној заједници која је поднела захтев за усвајање детета који је одбијен. С обзиром на то да је француски закон допуштао усвајање појединцама, те је из тог разлога ЕСЉП установио да је једини разлог одбијања захтева за усвајање сексуална оријентација и тиме је начињена повреда члана 8. (права на приватни и породични живот) и члана 14. (забрана дискриминације).¹¹ У овом случају, ЕСЉП је изричито приметио да Конвенција не гарантује ни право на усвајање ни право на заснивање породице, те државе имају широко поље

⁹ Helen Stalford, "For Better, For Worse: The Relationship between EU Citizenship and the Development of Cross-border Family Law" in: Michel Dougan, Niamh Nic Shuibhne, Eleanor Spaventa (eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, 2012, pp. 230–233.

¹⁰ Иако првобитни уговори Европске заједнице нису укључивали никакво упућивање на основна (људска) права, Суд ЕУ је утврдио да основна права чине део општих принципа права ЕУ. Иако је овај новоуспостављени систем заштите основних права био потпуно независан од одредби Европске конвенције о људским правима, Суд ЕУ је назначио да, иако ЕКЉП није инструмент ЕУ и није обавезујући за ЕУ, он ипак има посебан положај у правни поредак ЕУ. Након промена које је унео Уговор из Лисабона 2009. године, члан 6(2) Уговора о ЕУ предвиђа да ће ЕУ приступити ЕКЉП, иако то до данас није реализовано. Коначно, што се тиче Повеље ЕУ о фундаменталним људским правима и свом односу са ЕКЉП, постоји посебна одредба Повеље посвећена овом питању: она предвиђа да „Уколико ова Повеља садржи права која одговарају правима загарантованим ЕКЉП, значење и обим тих права биће исти као и они који су утврђени ЕКЉП“. Видети: Ивана Крстић, Бојана Чучковић, „Приступање ЕУ Европској конвенцији о људским правима као вид унапређења заштите људских права у Европи“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2016, 64(2), стр. 49–78.

¹¹ *E. B. v. France*, Application no. 43546/02 ECHR Judgment 22 January 2008 para. 41.

слободне процене при одређивању које категорије особа треба да имају право да усвоје. Ипак, када држава одлучује ко може усвојити, њена одлука не сме бити дискриминаторна. Овај став потврђен је и надograђен у случају *X и други против Аустрије*. Ова држава је дозволила усвајање од другог родитеља за невенчане особе супротног пола парове, док су искључени невенчани/нерегистровани истополни парови из могућности усвајања. Суд је сматрао да је била разлика у третману између истополних и невенчаних/нерегистрованих парова супротног пола у вези са правом на усвојење од другог родитеља.¹² Ове разлике довеле су до повреда породичног живота у оквиру истополне заједнице. Крајњи печат на уживање породичних права од стране истополних заједница је и случај *Гас и Дубоа против Француске*, у којем Суд јасно назначује да истополни пар и њихова деца могу заједно да уживају у „породичном животу“ онако како је гарантовано чланом 8. Конвенције.¹³ Ова одлука следи општи приступ ЕСЉП, према којем биолошке везе нису превасходни фактор у успостављању породичног живота и обично су потребни неки докази о стварној и сталној вези пре него што се таквим односима пружи заштита из члана 8. Конвенције.¹⁴ Тако партнер из истополне заједнице може се сматрати родитељем за потребе члана 8. ЕКЉП, уколико однос између њега и детета може да се уподоби односима нормалним за традиционалне породице. Иако је државама остављено широко поље слободне процене да ли ће у свом законодавству признати истополне бракове, али услед пресуда Суда у Стразбуру очигледно је да ће државе морати прихватити истополне породице настале у другим државама. Овај став Европског суда за људска права је битан и за уживање људских права

¹² *X and others v. Austria*, Application no. 19010/07, ECtHR, Judgment 19 February 2013. paras. 38–42.

¹³ *Gas and Dubois v. France*, no. Application no. 25951/07, Judgment 31 August 2010. para 37. Европски суд за људска права закључио је да члан 12. Конвенције (право на брак и породицу) не обавезује државе да легализују истополне бракове, а уколико одобре неку другу форму, нпр. регистровано партнерство, имају дискреционо право да одлуче која ће права, доступна брачним партнерима, бити призната партнерима у партнерству. Такође, Суд је стао на становиште да није било дискриминације на основу сексуалне оријентације, с обзиром на то да и невенчани хетеросексуални парови не могу да усвоје дете. Видети: Ана Човић, „Случај Гас и Дубоис против Француске у светлу усвајања закона 2013–404“, *Европско законодавство*, 2013, 45/46, стр. 377.

¹⁴ *J.R.M. v. the Netherlands*, Application No. 16944/90, ECtHR, Judgment of 8 February 1993.

под окриљем комунитарног права, јер члан 6(3) Уговора из Лисабона предвиђа да: „Основна права, гарантована ЕКЉП и уставним традицијама које су заједничке државама чланицама, представљају опште принципе права Уније.“¹⁵ Такође, члан 52. Повеље о фундаменталним правима гарантује да док су права која гарантују ЕКЉП и Повеља ЕУ идентичног значења и домашај тих права биће исти као значење које им даје поменута Конвенција, те је овим дефинисањем успостављен принцип минималних стандарда који обавезује да ЕУ не сме пружати мањи али може већи обим заштите од Конвенције.¹⁶ Имајући у виду ову чињеницу тумачење које је дао ЕСЉП примењиво је и на члан 7. Повеље о фундаменталним правима ЕУ. На крају овог дела треба споменути да и Конвенција о правима детета, иако сама ЕУ није страна уговорница овог битног међународног инструмента, има великог значаја за положај детета из истополних породица. Суд ЕУ је нарочито истакао да овај уговор представља један од основних инструмената, када се одлучује о примени принципа ЕУ.¹⁷ У овом духу, законодавни инструменти ЕУ који се односе на децу, готово без изузетка, експлицитно позивају на одредбе Конвенције о правима детета или имплицитније упућују да се поштује принцип најбољег интереса детета. Према самој Конвенцији о правима детета, државе су обавезне да предузму све одговарајуће мере како би осигурале да дете буде заштићено од свих облика дискриминације или кажњавања на основу статуса, активности, изражених мишљења или уверења родитеља или старатеља.¹⁸ Иако се сексуална оријентација нигде експлицитно не спомиње као дискриминишући основ, Комитет за права детета, у једном од својих Општих коментара, каже да деца имају право на уживање својих права „без обзира на сексуалну оријентацију својих родитеља“.¹⁹ У још једном општем коментару

¹⁵ “Charter of Fundamental Rights of the European Union” *OJ C 326*, 26.10.2012, pp. 391–407, art.6.

¹⁶ *Ibid.*, art. 52.

¹⁷ ЕУ се ослања на „општа начела права ЕУ“ (писана и неписана начела извучена из заједничких, уставних традиција држава чланица) да би допунила и усмеравала тумачења уговора ЕУ.

¹⁸ Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2016. p. 27.

¹⁹ “Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration”, 16 November 2017, para. 21.

наводи се да су деца заштићена од дискриминације у случају да су рођена изван брака, или под другим околностима која одударају од традиционалних вредности.²⁰ Очигледно да су употребљени изрази кориштени с разлогом, да обухвате широк спектар ситуација који обухватају и парове из истополних заједница. Конвенција о правима детета у члану 8. наводи такође да су државе дужне да поштују право детета да очува сопствени идентитет и породични однос са родитељима без противправног мешања државе у тај однос.²¹ Комитет за права детета је тумачећи одредбе флексибилно тумачио породичне односе. Приликом разматрања шта све спада под појам породичног окружења, Конвенција одражава различите породичне структуре које произилазе из различитих културних образаца и породичних односа у настајању. У том смислу Конвенција се односи на проширене породице и заједнице, и примењује се у ситуацијама нуклеарне породице, раздвојених родитеља, самохраних родитеља породица, ванбрачних породица и усвојитељских породица.²² Приметно је да приликом тумачења појма родитељ, неопходног за одржавање породичних односа, не постоји горња граница генеричног појма. Ова тумачења би требала да заштите децу из истополних бракова од било каквог облика дискриминације приликом уживања права на слободно кретање које се гарантује на основу грађанства ЕУ.

3) ПРАВО ДЕТЕТА НА СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ

Када говоримо о праву детета на спајање породице, тренутна регулатива, која се заснива на Директиви 2004/38, при дефинисању уједињења спомиње директне потомке и рођаке у узлазној линији без детаљнијег тумачења ових појмова. Осим тога, не постоји успостављена ЕУ дефиниција за речи 'родитељ', 'основни неговатељ' или 'дете', што значи да није јасно да ли је у сврху права ЕУ призната веза између детета и оба његова истополна родитеља. Због недовољно дефинисаних појмова тумачења ове Директиве иду у правцу да комунитарно право

²⁰ Committee on the Rights of the Child General Comment No. 7 (2005), "Implementing child rights in early childhood", 20 September 2006, para. 12.

²¹ UN General Assembly, "Convention on the Rights of the Child", 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3, art. 8 para. 1.

²² John Tobin, "Recognising Same-Sex Parents: Bringing legitimacy to the law", *Alternative Law Journal*, 2008, vol. 33, no. 36, pp. 37–38.

проширује обим права на поновно уједињење породице изван биолошких односа. То укључује усвојену или хранитељску децу, као и децу невенчаног партнера држављанина ЕУ који користи своје право на слободно кретање. Ипак остаје неизвесност, посебно у вези са породицама дугиних боја (породице са родитељима истог пола). Недостатак специфичних случајева пред Европским судом правде значи да нема дефинитивних одлука о томе да ли недостатак биолошке везе може утицати на признање односа родитељ-дете унутар породица истог пола. Сходно томе, када се породица дугиних боја квалификује као „породица“ за потребе ЕКЉП, она може да ужива заштиту која се нуди свим породицама без разлике. Принципи утврђени у судској пракси Суда ЕУ, нарочито у случају Жу (*Zhu*) и Чен (*Chen*), поставио је основ да се термини дете и његов родитељ потпуно идентично тумачи, било да се ради о хомосексуалној или хетеросексуалној породици.²³ На тај начин породице дугиних боја уживаће иста права на спајање породице према закону ЕУ за хетеросексуалне породице. Уколико држава не омогући спајање детета са оба своја родитеља зато што у свом правном систему не препознаје истополне заједнице, таквим потезима би кршила норму комунитарног права које омогућавају детету слободно кретање и боравак на целокупној територији ЕУ, а у исто време би био прекршен и члан 10. УН Конвенције о правима детета који гарантује право детета на спајање са родитељима који живе у другој држави, под условом да је то у најбољем интересу детета.²⁴ У правцу овог схватања иде и пресуда Суда правде ЕУ у случају Меток (*Metock*), која назначује да ако грађанима Уније није дозвољено да воде нормалан породични живот у држави чланици домаћину, остваривање слобода које су им гарантоване Уговором било би озбиљно ометано.²⁵ Препреке које се појављују у овом контексту не могу се оправдати дерогацијама Уговора или објективним оправдањима. Такве препреке крше основна људска права која су заштићена законима ЕУ, укључујући право на породични живот и заштиту од дискриминације. Конкретно, ове препреке укључују опште одбијање да се прихвате чланови породице других сексуалних

²³ *Zhu & Chen v Secretary of State for the Home Department*, Case C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 – Judgment of the Court (Full Court) of 19 October 2004, para. 42.

²⁴ “UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child”, *op. cit.*, art. 10.

²⁵ *Blaise Baheten Metock and Others v Minister for Justice*, Case C-127/08, Equality and Law Reform, ECLI:EU:C:2008:449 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 July 2008, para. 44.

оријентација, и то без обзира на њихово лично понашање. Овакво поступање је у супротности са захтевима члана 27(2) Директиве 2004/38, који наглашавају да се оцена боравка члана породице треба обавити на индивидуалној основи, узимајући у обзир све релевантне околности случаја. У пракси Европског суда за људска права први случај спајања родитеља и њихове деце, којим се бавио Европски суд за људска права, био је Гул (*Gul*) против Швајцарске 1994. године.²⁶ Ако сагледамо досадашњу праксу Европског суда за људска права није разматран случај спајања детета са истополним родитељима/старатељима. Основни параметар приликом одлучивања судова о спајању родитеља и деце морао би бити принцип „најбољег интереса детета“. Овај принцип предвиђа да у свим активностима која се тичу деце, без обзира на то да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета биће од првенственог значаја.²⁷ Све ово намеће обавезу и институцијама ЕУ да се приликом креирања законодавства, који се директно или индиректно тиче детета, руководе овим принципом. Приликом одлучивања о томе шта је најбољи интерес детета у ситуацији спајања родитеља узима се у обзир анализа емоционалних, физичких и социјалних, те економских потреба детета. Конвенција УН о правима детета признаје право детета колико год је то могуће да зна што више о свом идентитету и да се о њему брину родитељи, али се не може користити да се тврди да свако дете има апсолутно право да га они одгајају.²⁸ У међународном праву нагласак је на заштити породичних односа детета, а не на давању права да га одгајају само њихова биолошка мајка и отац. Дететово право на идентитет, иако је важно, јасно је и одвојено од питања ко о детету води бригу. Оно што је важно за добробит деце није само ко су им биолошки родитељи, већ квалитет бриге, подршке и сигурности коју добијају унутар заједнице у којој обитавају. На основу овог тумачења не би смеле постојати запрете за спајање детета са члановима породице у истополној заједници, без обзира да ли држава чланица ЕУ признаје родитељски статус једном или оба родитеља у оваквој заједници.

²⁶ *Gul v. Switzerland*, Application No. 23218/94, ECtHR, Judgment of 19 February 1996, paras. 36–43.

²⁷ UN General Assembly, “Convention on the Rights of the Child”, *op. cit.*, art. 3.

²⁸ *Ibid.*, art. 8

4) ПРАКСА СУДА ЕУ

Пракса Суда ЕУ по питању права детета из истополних заједница врло је рудиментарна. Доносећи одлуку у случају В.М.А. (V.M.A.) Суд ЕУ је зашао на врло непознату територију, будући да се први пут суочио са питањем родитељских права истополних заједница у праву ЕУ. Случај се тичао хомосексуалног пара Британке и Бугарке чија је ћерка рођена у Шпанији. Шпанске власти су издале извод из матичне књиге у коме су и В.М.А. и С.Д.К.А. назначене као мајке детета. В.М.А. је такође затражила од бугарских власти издавање извода из матичне књиге рођених за дете, што је био услов за издавање бугарских личних докумената. Бугарске власти су тражиле доказ родитељства и статус биолошке мајке. Након што В.М.А. није испунила услов, бугарске власти одбиле су захтев В.М.А. наводећи два основна разлога, а то су недостатак информација о идентитету биолошке мајке детета и чињеница да је навођење две мајке у матичним књигама у супротности са бугарским јавним поретком.²⁹ Овај случај доспео је пред Суд ЕУ, с обзиром на то да га је бугарски суд уступио тражећи одговор на питање да ли одбијање бугарских власти да издају извод из матичне књиге рођених за С.Д.К.А. крши чланове 20. и 21. Уговора о функционисању ЕУ, као и низ одредби Повеље ЕУ о основним правима.³⁰ У суштини, Управни суд у Софији је тражио појашњење да ли држава чланица мора издати извод из матичне књиге рођених у којем су наведене две жене као мајке, нарочито у случају када је једна мајка држављанин те државе чланице, док су обе жене већ признате као мајке на изводу из матичне књиге рођених који је издала друга држава чланица. Општи правобранилац Кокот (*Kokott*) формирао је став да се мора успоставити равнотежа између националног идентитета држава чланица и права на слободу кретања детета и његовог родитеља. Став општег правобраниоца је био да би непризнавање породичних односа у Бугарској створило озбиљне препреке за уживање у породичном животу у Бугарској и утицао на њен

²⁹ Суд је појаснио да неиздавање бугарског извода из матичне књиге рођених у овом случају „не представља одбијање бугарског држављанства“ пошто се бугарско држављанство додељује детету према члану 25(1) Устава Републике Бугарске када бар један од родитеља има бугарско држављанство. Видети: “Summary of the request for a preliminary ruling pursuant to Article 98(1) of the Rules of Procedure of the Court of Justice”, Case C-490/2, 2 October 2020, para 33.

³⁰ *Ibid.*

повратак у ту државу. Штавише, у случају да се утврди да је дете Бугарин, ефективно остваривање права детета на слободно кретање такође би било озбиљно угрожено ако то дете није имало важећи лични документ.³¹ Општи правобранилац Кокот је исправно нагласио да је признавање породичних односа успостављених у Шпанији искључиво у сврху коришћења права на слободу кретања која је гарантована грађанима ЕУ, стога у конкретном случају грађани не би мењали концепт родитељства или брака према бугарском породичном закону, па не би ни на који начин утицали на јавни поредак Бугарске. Сходно томе, општи правобранилац Кокот је утврдио да Бугарска у овом случају не може да одбије да призна родитељство детета, ради слободног кретања на основу тога што бугарски закон не предвиђа истополни брак или заједничко родитељство за особе истог пола.³² Одлука Суда ЕУ заснована је на претпоставци да С.Д.К.А. има бугарско држављанство по рођењу, будући да је једна од њених мајки бугарска држављанка – и стога је ЕУ грађанка.³³ Из тога је произашло да су бугарске власти обавезне, на основу члана 4. став 3. Директиве 2004/38, издати С.Д.К.А. личну карту или пасош у којем ће стајати њено држављанство и презиме како је наведено у шпанском изводу из матичне књиге рођених. Констатовано је да су регулисање брака и родитељства ствари које су у искључивој надлежност држава чланица, које су „на тај начин слободне да одлуче да ли ће или не дозволити брак и родитељство за особе истог пола према њиховом националном закону“.³⁴ Суд ЕУ се потпуно сагласио са мишљењем општег правобраниоца да је Бугарска дужна да изда извод из матичне књиге рођених. Суд ЕУ је установио повреду чланова 7. и 24. Повеље ЕУ о фундаменталним људским правима.³⁵ До повреде ових права долази ако је дете користећи се својим правом кретања унутар ЕУ онемогућено да одржава везе са другим родитељима, што није у складу са принципом „најбољег интереса детета“. Пресуда је револуционарна јер наглашава значај међусобног признања извода из матичне књиге рођених међу државама чланицама ЕУ. Пресудом је

³¹ *Opinion of Advocate General Kokott*, 2021 in Case C-490/20 V.M.A. v. Stolichna obshtina, EU:C:2021:1008

³² *Ibid.*, para. 115.

³³ *V.M.A. v. Stolichna*, Case C-490/20, para. 39.

³⁴ *Ibid.*, para. 56.

³⁵ *Ibid.*, paras. 59–62.

осигурано да малолетници који су грађани Уније могу бити у пратњи оба своја родитеља истог пола у било којој држави чланици ЕУ у коју одлуче да се преселе. Ова пресуда поставља важан преседан, који омогућава да се деца у таквим породицама третирају једнакоправно као и деца у традиционалним породицама када је у питању њихово право на слободно кретање унутар ЕУ. Овим се осигурава да права и слободе ових породица не буду ограничена преласком граница унутар ЕУ, пружајући им могућност да живе заједно као породица, без обзира на земљу чланицу у којој се налазе, што указује да законодавство ЕУ тежи да буде инклузивно и да се не ограничава на регулисање само традиционалне нуклеарне породице.³⁶ Такође, пресуда је значајна и услед експлицитног потврђивања да непрепознавање држава чланица односа између родитеља и детета може бити схваћено као кршење основних права која су заштићена Повељом ЕУ и Конвенцијом о правима детета. Ова ситуација не само што би могла неоправдано ограничити слободу кретања породица унутар ЕУ, већ би такође могла довести до дискриминације и кршења основних права детета на признавање и заштиту њихових породичних веза.³⁷ Не треба пренебрегнути чињеницу да иако се овом пресудом унапређује положај ЛГБТ популације, она се ипак своди на само један аспект признања породичних веза због слободе кретања, али многи аспекти права породица дугиних боја остали су у дискреционом домену појединачне државе чланице. Права наслеђивања детета које има истополне родитеље и даље у комунитарном праву остаје нерегулисано. Још један недостатак пресуде у случају В.М.А. јесте што не намеће обавезу држави чланици да детету призна статус грађанина ЕУ. Без обзира што један од родитеља поседује држављанство ЕУ, државама чланицама остављено је широко поље слободне процене да ли ће детету доделити пасош, нарочито ако је родитељство спорно или када та држава не признаје законско родитељство.³⁸ Ово произилази

³⁶ Alina Tryfonidou, "The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. ruling", *European Law Blog*: <https://europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjsv-m-a-ruling/>, 7.4.2024.

³⁷ Alina Tryfonidou, "EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God", *op. cit.*, pp. 259–262.

³⁸ Lydia Bracken, "Recognition of LGBTQI+ parent families across European borders", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, Vol. 29(3), p. 405.

из тога што је питање родитељства и питање националности у искључивој надлежности сваке државе чланице, што значи да свака држава има право да уреди ова питања на начин који јој одговара. Дакле, иако су један од родитеља или обоје држављани ЕУ, дете не мора бити аутоматски признато као држављанин ЕУ у свим случајевима. Недостатак ове пресуде огледа се и у чињеници да не пружа одговор ни на питање шта би се догодило у случајевима када извод из матичне књиге рођених, који признаје две особе истог пола као заједничке родитеље, није издат од стране државе чланице ЕУ. Другим речима, да ли ће се захтеви за међусобно признавање, прописани у овом контексту, примењивати и на изводе из матичне књиге рођених (или друге документе, укључујући судске пресуде) које су издале државе које нису чланице ЕУ?³⁹ Други случај који се бавио правима детета из „дугиних породица“, а који се појавио пред Судом ЕУ, је Рјечник (*Rzecznik Praw Obywatelskich*). Предмет се односи на одбијање шефа матичне службе да упише у пољски регистар цивилног статуса извод из матичне књиге рођених кћерке мајке К.С. и њене супруге С.В.Д., који су издале шпанске власти. Овај недостатак регистрације ометао је издавање пасоша, што је утицало на слободу кретања детета. Суд ЕУ је у светлу своје претходне судске праксе закључио да члан 21. Уговора о функционисању ЕУ гарантује сваком грађанину Уније право да се слободно креће и борави на територији држава чланица.⁴⁰ Будући да је СРС.-Д. (SRS.-D) пољска држављанка, Суд је приметио да су пољске власти дужне да издају личну карту или пасош у којима се наводе њена националност и презиме онако како се појављују на изводу из матичне књиге рођених који су саставиле шпанске власти. Члан 4(3) Директиве о правима грађана такође захтева од пољских власти да издају личну карту или пасош, без обзира на то да ли је шпански извод из матичне књиге рођених уписан у пољски регистар цивилног статуса.⁴¹ Стога се држава чланица не може позивати на своје национално право као оправдање за одбијање да сачини те документе.⁴² Суд ЕУ је експлицитно назначио да је понашањем пољских власти дошло до повреде права детета на породичан и приватан живот гарантован чланом 7. Повеље ЕУ, као и да је до повреде дошло услед

³⁹ Alina Tryfonidou, "The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. ruling", *op. cit.*

⁴⁰ *Rzecznik Praw Obywatelskich*, Case C-2/21, 24/06/2022 paras. 35–37.

⁴¹ *Ibid.*, paras. 38–39.

⁴² *Ibid.*

кршења најбољег интереса детета.⁴³ Иако ова пресуда потврђује стајалишта Суда ЕУ из претходног случаја он није допринео разјашњењу осталих отворених питања са којима се суочавају, како родитељи тако и деца из истополних заједница у оном делу где државе имају слободно поље процене. Сходно томе, у зависности од држава у којој они живе, држава може наставити да одбија да призна породичне везе успостављене у другим земљама. Досадашња пракса Суда ЕУ није дала експлицитан и недвосмислен одговор на питање – за које све сврхе и у ком обиму се морају признати односи родитеља и деце у истополним заједницама. Не треба пренебрегнути чињеницу да се тренутно води неколико случајева пред Европским судом за људска права, који одлучују у вези са издавањем извода из матичне књиге рођених који укључују два родитеља истог пола, или се одлучује о признавању извода из матичне књиге рођених у прекограничним ситуацијама.⁴⁴ Међутим, имајући у виду да Европски суд за људска права није прихватио представку у случају који је укључивао прекогранично признавање односа родитељ-дете, у случају који укључује истополни мушки пар који су постали родитељи помоћу сурогат мајчинства.⁴⁵

5) МОГУЋИ ПРАВЦИ РЕФОРМЕ ТРЕНУТНОГ ПОЛОЖАЈА ДЕЦЕ

ЕУ је лидер у доношењу законских аката против дискриминације, који укључује и заштиту од дискриминације на основу сексуалне оријентације. Ипак, ЕУ није донела ниједан закон који би посебно регулисао права „дугиних породица“. Ово кореспондира са недостатком надлежности ЕУ у области породичног права.⁴⁶ Подстакнути

⁴³ *Ibid.*, paras. 46–48

⁴⁴ R.F. and Others v. Germany Application no. 46808/16, lodged on 2 August 2016.

⁴⁵ *F.S.H. v. Poland* (application nos. 56846/15 and 56849/15) ECtHR, Judgment of 16 November 2021. Европски суд за људска права једногласно је прогласио захтев неприхватљивим. Одлука је коначна. Родитељи подносиоца представке су истополни пар који је имао децу зачету споразумом о сурогат мајчинству 2010. године. Подносиоци представке су потврђени као деца својих родитеља од стране Врховног суда Калифорније. Случај се тицао њиховог захтева за пољско држављанство (један од њихових родитеља је пољски држављанин). Суд је закључио да пошто подносиоци представке нису трпели никакве потешкоће, нити су остали у правном вакууму због одлуке пољских власти, пријава мора бити одбачена *ratione materiae*.

⁴⁶ Да будемо прецизни, ЕУ има ограничена овлашћења у погледу породичног права са прекограничним импликацијама као дела правосудне сарадње у грађанским стварима.

случајевима пред Судом ЕУ посланици Европског парламента, крајем 2023. године, предлажу да се ограничи могућност да земље ЕУ одбију да признају родитељство успостављено у другој држави чланици на основу заштите јавног поретка. Са 14 гласова за, четири гласа против и без уздржаних, Комитет за правна питања усвојио је своје мишљење о нацрту Уредбе којим се олакшава признавање родитељства широм ЕУ.⁴⁷ Ако и када предложена уредба буде усвојена представљаће несумњиво значајан корак напред у олакшавању прекограничних ситуација и учиниће правни систем ефикаснијим и приступачнијим за грађане.⁴⁸ Ова Уредба би олакшала и одржавање односа између родитеља и деце из „дугиних породица“, без обзира што је експлицитно назначено да предлог Уредбе не покрива признавање бракова или регистрованих партнерстава закључених у иностранству у држави чланици.⁴⁹ Предложена Уредба се неће примењивати на Данску и није јасно да ли ће Ирска искористити своју могућност искључења од примене.⁵⁰ Уредба има ограничен територијални опсег, јер искључује све ситуације у којима је родитељство успостављено у трећој земљи, не укључује никакве гаранције за заштиту права детета да зна своје порекло; и укључује изузетак из јавне политике.⁵¹ С обзиром на то да је неопходан консензус држава чланица тешко је очекивати скоро усвајање.⁵² Када чланови оваквих породица доспеју у државу чланицу која законски не признаје статус родитеља за обе особе, долази до низа потешкоћа за

Видети: Lenka Krickova, "Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship?", *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2023, Volume 37, Issue 1. Интернет: <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebad001> 10.4.2024, p. 5.

⁴⁷ European Parliament, "Recognition of parenthood in the EU: no discrimination against children's rights". Интернет: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231031IPR08715/recognition-of-parenthood-in-the-eu-no-discrimination-against-children-s-rights> 11.4.2024.

⁴⁸ Европска комисија је 7. децембра 2022. године усвојила предлог Уредбе Савета о надлежности, важећем праву, признавању одлука и прихватању аутентичних инструмената у питањима родитељства и о стварању европског сертификата о родитељству. *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Alina Tryfonidou, *Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU, European Union*, 2023, p. 106.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Добијање једногласног одобрења предлога од стране свих држава чланица у Савету – како то захтева изабрана правна основа на крају, може се показати немогућим.

одржавање породичних односа.⁵³ Управо из ових разлога неопходно је да државе чланице и саме институције ЕУ интензивно раде на усвајању родитељских сертификата, како би се омогућило да деца ефикасно и перманентно уживају у фундаменталним људским правима гарантованих Повељом ЕУ. Европска комисија би требало да изда Саопштење у којем појашњава да термини који се користе у Директиви 2004/38 односе се на децу и њихове родитеље.⁵⁴ Европска комисија треба да предузме мере за спровођење, или треба да подржи акцију цивилног друштва за спровођење или развој постојећег права ЕУ, или постојеће судске праксе ЕСЉП и Суда ЕУ. Неопходно је радити на омогућавању једнаких права родитеља у истополним заједницама у случају развода или смрти једног од партнера. Такође, треба олакшати поступак утврђивања родитељства за истополне парове који нису биолошки родитељи детета. ЕУ је предузела неке кораке ка реформи положаја деце из истополних заједница.

5) ИЗВОРИ

- Bracken, Lydia, "Recognition of LGBTQI+ parent families across European borders", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 29(3) 2022.
- Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2016.
- Човић, Ана, „Случај Гас и Дубоис против Француске у светлу усвајања закона 2013–404“, *Европско законодавство*, бр. 45/46, 2013.
- Krickova, Lenka, "Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship?", *International Journal of Law, Policy and The Family*, Volume 37, Issue 1, 2023. Интернет: <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebad001> 10.4.2024.
- Крстић, Ивана, Чучковић, Бојана, „Приступање ЕУ Европској конвенцији о људским правима као вид унапређења заштите људских права у Европи“, *Анали Правног факултета у Београду*, 64(2), 2016.

⁵³ На пример, ако један родитељ није законски признат као родитељ детета на својој територији, та особа неће моћи да путује сама са дететом, да пристане на лечење детета, нити да пријави дете у школу.

⁵⁴ "Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation" *ОЈ С 64*, 21.2.2023, pp. 46–48.

- Stalford, Helen, "For Better, For Worse: The Relationship between EU Citizenship and the Development of Cross-border Family Law" in Dougan Michel, Shuibhne, Niamh Nic, Spaventa Eleanor (eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, 2012.
- Tobin, John, "Recognising Same-Sex Parents: Bringing legitimacy to the law", *Alternative Law Journal*, vol. 33, no. 36, 2008.
- Tryfonidou, Alina, "EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God", *Yearbook of European Law*, Vol. 38, 2019.
- Tryfonidou, Alina, *Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU*, European Union, 2023.
- Tryfonidou Alyna, Wintimute Robert, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, European Union, 2021.
- Влашковић, Вељко, Арсић, Јелена, „Перспективе родитељства истополних партнера у Србији – између потреба и могућности“, *Правни записи*, vol. 13, бр. 1.

6) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

У Србији постоје озбиљне тежње да се изради и усвоји закон којим би се статус истополних заједница правно регулисао. У том контексту, посебно се истиче да би регулисање овог питања довело и до регулисања правног положаја деце у таквим заједницама. Нацрт Закона не пружа недвосмислен правни темељ за успостављање родитељског односа између једног од истополних партнера и детета чији је други партнер родитељ. Међутим, нацрт садржи неколико одредби које омогућавају истополном партнеру родитеља детета да обавља одређене дужности које произлазе из родитељских права.⁵⁵ Нацрт Закона предвиђа одређена права и дужности које један истополни партнер може имати у односу на дете другог партнера.⁵⁶ Према мишљењу аутора, иако је овај нацрт Закона о истополним заједницама приређен, до његовог усвајања реално неће доћи у скоријем времену. Међутим, као кандидат за приступање ЕУ, Република

⁵⁵ Вељко Влашковић, Јелена Арсић, „Перспективе родитељства истополних партнера у Србији – између потреба и могућности“, *Правни записи*, 2022, vol. 13, бр. 1, стр. 241.

⁵⁶ „Нацрт закона о истополним заједницама“. Интернет: <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, 4.4.2024.

Србија мораће да усклади предметну материју са директивама ЕУ и другим регулаторним актима како би се регулисао положај истополних заједница. Иако регулисање статуса истополних заједница спада у искључиву надлежност држава чланица, то не значи да ће Србија бити ослобођена дужности да у свој правни систем транспонује оне правне стандарде којима се гарантују права детета у оквирима оваквих заједница, а што спада у шири корупус усаглашавања домаћег законодавства са законодавством ЕУ. Иначе, унапређење права деце из истополних заједница спада у заштиту људских права и права мањина. Напредак на овом плану има одређени значај и за међународни углед Србије, због чега доследно регулисање ове материје заслужује свестрано ангажовање нашег друштва, будући да неправична решење могу утицати негативно на виталне интересе наше земље и њено позиционирање у процесу европских интеграција.

THE STATUS OF CHILDREN FROM SAME-SEX PARTNERSHIPS IN EUROPEAN UNION LAW

Ljubomir TINTOR*

Abstract: Within the European Union, the freedom of movement of citizens is one of the “cornerstones” of its legal order. However, for LGBT people, this guaranteed right has not been fully realized. Different legal regulations on parental rights for same-sex couples can cause problems when families move to another EU member state that does not recognise same-sex unions in its legislation. Children from these families may find themselves at a disadvantage, and the legal status of their parents may be unclear. Only a small number of states recognise full parental rights for same-sex unions. This paper examines the position of children from same-sex unions in EU law, focusing on their right to freedom of movement, family reunification, and family ties. The article analyses the practice of the Court of the European Union on these issues, and special attention is paid to the case of V.M.A., which represents a turning point in the recognition of the right of children from same-sex families to have both parents registered in the birth register. At the end of the analysis, the author indicates possible further directions for the reform of the position of children from same-sex unions in the communitarian law of the European Union and the importance of this topic for the Republic of Serbia.

Keywords: EU, child rights, same-sex union, freedom of movement, family reunification, community law.

* Institute of Comparative Law, Belgrade. E-mail: lj.tintor@iup.rs, <https://orcid.org/0009-0005-7565-154X>.