

## ISTOPOLNO RODITELJSTVO U ODLUKAMA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### Apstrakt

*Među postupcima koji su vođeni pred Evropskim sudom za ljudska prava, a tiču se zaštite prava dece, veliku pažnju javnosti privlače oni u kojima se postavilo pitanje prava homoseksualaca da usvajaju decu i najboljem interesu dece u tim situacijama. Oni su posebno delikatni, imajući u vidu specifičnost porodičnih odnosa i uslovljenost porodičnihopravnih normi istorijom, kulturom i tradicijom država. Kao pitanje u ovim postupcima postavlja se i pravo lezbejskih parova na medicinski asistiranu prokreaciju, ali i pravo istopolnih parova na zajedničko vršenje roditeljskog prava u situacijama kada jedan od partnera ima svoje biološko dete. U radu će biti analizirane značajnije presude Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti.*

*Ključne reči:* istopolno roditeljstvo, LGBT parovi, Evropski sud za ljudska prava, prava deteta, usvojenje.

### UVOD

Neke evropske države priznaju istopolno partnerstvo zakonima koji omogućavaju da se istopolni parovi venčaju ili da registruju svoje zajednice, iako se ovi zakoni razlikuju od zemlje do zemlje i pružaju različite nivoe zaštite i prava. Druge evropske zemlje zakonski ne priznaju istopolne partnerske zajednice, a neke su uvele i zakonske odredbe koje isključuju mogućnost istopolnih parova da zakluče brak. Problem predstavlja i činjenica da većina zemalja EU ne priznaje zakone drugih država u ovoj oblasti, pa se može desiti da par venčan u jednoj državi svoja prava, odgovornosti i zaštitu može ostvariti samo u zemaljama EU koje trenutno priznaju njihov brak. Nedostatom uzajamnog priznavanja dovodi se u pitanje sloboda kretanja ljudi kao jedan od osnovnih principa EU.

Preživeli partneri u LGBT vezama mogu ostati i bez finansijske podrške nakon smrti partnera, budući da mnogi penzioni fondovi ne prepoznaju ove partnere i poro-dice kao ravnopravne tradicionalnim porodicama, koje uživaju sva zakonska prava, zbog čega se često ističe da seksualna orijentacija ili rodni identitet postaju osnov za

\* Viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu. e - mail: a.covic@iup.rs.

\*\* Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu. e - mail: b.stjepanovic@iup.rs.

Bogdana Stjepanović se zahvaljuje dr Ani Čović, višem naučnom saradniku Instituta za uporedno pravo, za pomoć koju joj je pružala savetima kao komentor, tokom izrade doktorske disertacije pod nazivom "Sadržina bračnog ugovora", odbranjene na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 30. 6. 2021. godine, pod mentorstvom prof. dr Slobodana Panova.

diskriminaciju u različitim sferama života - kako u pogledu porodičnog života, tako i u pogledu ekonomskih prava. Takođe, parovi suprotnog pola imaju pristup bezbednoj i medicinski potpomognutoj veštačkoj oplodnji, dok se lezbejskim parovima često uskraćuje takva mogućnost.

Sloboda rađanja podrazumeva pravo na brak i zasnivanje porodice, pravo na planiranje porodice, pravo na reproduktivno zdravlje, pravo na jednakost i zabranu diskriminacije, pravo na informaciju i obrazovanje i pravo na privatnost i porodičan život. Pravo na planiranje porodice nije eksplicitno garantovano nijednim međunarodnim dokumentom, a osnovu za njegovu zaštitu mogu predstavljati član 23. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (posebna zaštita porodice i deteta), član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima (pravo na brak) i član 16. UN Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, koji predviđa obavezu država da obezbede jednakost muškaraca i žena i u oblasti planiranja porodice (Čović, 2017, p. 25).

U Ustavu Republike Srbije član 63. utvrđuje "pravo svakoga da odlučuje o rađanju dece" („Službeni glasnik RS“, 98/2006). Član 5. Porodičnog zakona utvrđuje da žena slobodno odlučuje o rađanju („Službeni glasnik RS“, 18/2005). Zakon o zabrani diskriminacije usvojen u maju 2009. godine, zabranjuje diskriminaciju zasnovanu na polu, rodu i seksualnoj orijentaciji i kvalifikuje ih kao teške oblike diskriminacije („Službeni glasnik RS“, 22/2009). U međunarodnom pravu od značaja je Rezolucija Evropskog parlamenta koja u članu 6 propisuje da se zabranjuje diskriminacija zasnovana na seksualnoj orijentaciji, a u članu 56. i 57. se pozivaju sve države članice da garantuju jednoroditeljskim porodicama, nevenčanim parovima i istopolnim parovima prava koja imaju i tradicionalni parovi, kao i da podnesu amandmane na postojeće zakone u cilju registracije istopolnih parova (Rezolucija Evropskog parlamenta br. A5-0050/2000 od 16. marta 2000). Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije u članu 21. ističe da je zabranjen bilo koji vid diskriminacije, pa tako i onaj zasnovan na seksualnoj orijentaciji. Međutim, istopolni parovi pravo na brak ne mogu da ostvare sve dok se ne promeni ustav, jer se brak u članu 62. Ustava Republike Srbije definiše kao zajednica života muškarca i žene. U Povelji o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama iz 2003. godine, govorilo se o ravnopravnosti supružnika, bez navođenja pola („Službeni list SCG, 6/03).

U nekim presudama Evropski sud za ljudska prava presudio je da je uskraćivanje roditeljskog staranja nad biološkim detetom samo na osnovu seksualne orijentacije diskriminatorno i da kao takvo krši Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, kao i isključivanje lezbejki, homoseksualaca i biseksualnih osoba iz zahteva za usvajanje deteta.

## USVOJENJE DECE OD STRANE ISTOPOLNIH PAROVA - PRIMERI IZ SUDSKE PRAKSE

Usvojenje od strane istopolnih parova, može se pojaviti u tri oblika: usvojenje od strane homoseksualnog para, usvojenje biološkog deteta jednog partnera od strane drugog partnera homoseksualca, ali i usvojenje od strane homoseksualca pojedinca.

U pogledu bračnog statusa usvojitelja, naš Porodični zakon propisuje da usvojiti mogu supružnici ili vanbračni partneri zajedno, ali i lice koje je supružnik ili vanbračni

partner roditelja deteta. U određenim situacijama, ministar nadležan za porodičnu zaštitu može dozvoliti uvojenje i licu koje živi samo, pod uslovom da za to postoje naročito opravdani razlozi (član 101. PZ). Usvojenje se zasniva odlukom organa starateljstva kada je to u najboljem interesu deteta (član 89. PZ). Prema tome, tumačeći slovo zakona, može se zaključiti da bi se u poslednjem slučaju, kada se kao potencijalni usvojitelj pojavljuje lice koje živi samo, moglo dogoditi da se kao kriterijum za (ne) podobnost za ulogu usvojitelja pojavi i njegova seksualna orijentacija, ukoliko bi se ispostavilo da je podnosilac zahteva za usvojenje homoseksualno opredeljen. Kako bi se u tom slučaju mogao okončati postupak pred nacionalnim organima, ali i pred Evropskim sudom za ljudska prava, biće ilustrovano slučajem *Frette protiv Francuske*.

Do donošenja Konvencije o usvojenju dece 1967 godine, među nacionalnim zakonodavstvima postojale su značajne razlike u oblasti usvojenja. Donošenje Konvencije o usvojenju dece (Savet Evrope, 1967) prvi je važniji korak učinjen u cilju harmonizacije nacionalnih zakonodavstava u ovoj oblasti. Ratifikacijom, odnosno njenim potvrđivanjem od strane parlamenta ili drugog nadležnog organa države, Konvencija postaje obavezna kao i svaki drugi zakon, pa sudije mogu u donošenju svojih presuda da se pozivaju na Konvenciju i da je neposredno primenjuju i kada je ona u sukobu sa nekim zakonom. Ratifikovani međunarodni ugovori imaju primat nad unutrašnjim izvorima prava u skladu sa principom *pacta sunt servanda*. Konvencija nije predviđala mogućnost usvojenja deteta od strane vanbračnih i istopolnih partnera, što se i smatralo jednim od razloga za donošenje novog revidiranog nacrtu Konvencije. Naime, danas se ističe da su se društveni uslovi i odnosi u porodici promenili i da se porodica, osim u svom tradicionalnom obliku, pojavljuje i u nekim novim oblicima, koje pravni poređak treba da uvaži kako ne bi došlo do raskoraka između prava i društvene realnosti. S obzirom na to da je Konvencija o usvojenju dece doneta u vreme kada položaj bračne i vanbračne dece još uvek nije bio u potpunosti izjednačen u pogledu prava i obaveza, interesantan je član 12 koji predviđa mogućnost da lice usvoji svoje dete koje nije rođeno u braku, ukoliko bi se na taj način poboljšao položaj deteta. Međutim, u današnje vreme, kada bračna i vanbračna deca uživaju ista prava, ovakva odredba je nepotrebna.

Revidirana konvencija o usvojenju iz 2008. godine ima za cilj usaglašavanje nacionalnih zakonodavstava u oblasti usvojenja, što bi za posledicu imalo i ujednačeniju praksu Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti. Jedna od novina je predviđanje mogućnosti proširenja Konvencije, u pogledu uslova za usvojenje od strane država potpisnica, na istopolne bračne partnere, istopolne partnere koji žive u registrovanom partnerstvu, kao i istopolne i dvopolne partneri koji žive u stabilnoj vezi, što je standard koji bi trebalo svaka država potpisnica da definiše. To je prvi put da se jednim međunarodnim dokumentom eksplicitno priznaje pravo istopolnim parovima da realizuju porodicu putem usvojenja.

Evropska konvencija o ljudskim pravima propisuje uslove pod kojima se ovlašćeni subjekti mogu obratiti ovom sudu i zahtevati pokretanje postupka za zaštitu ljudskih prava, pa tako član 35 propisuje da "Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lekovi, u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava, i u roku od šest meseci od dana kada je povodom njega doneta pravosnažna presuda" ("Službeni list SCG - Međunarodni ugovori", 9/03). Predstavka ne može biti suštinski ista sa predstavkom koju je sud već razmatrao, potrebno je da je država protiv

koje se podnosi predstavka ratifikovala Konvenciju, a povreda treba da je nastupila nakon ratifikacije i na teritoriji države potpisnice.

Treba napomenuti da Konvencijom o pravima deteta nije predviđen poseban sistem podnošenja individualnih predstavi u slučaju da dete ili njegov zakonski zastupnik smatraju da je neko pravo prekršeno, zbog čega ne postoji mogućnost da se kroz sistem peticija obezbedi efikasnija zaštita od one koja se postiže podnošenjem državnih izveštaja, a postojeći mehanizmi, kao što su oni u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima, nisu dovoljni jer obezbeđuju pravno i geografski ograničenu zaštitu prava deteta. Evropski sud za ljudska prava se poziva na odredbe Konvencije o pravima deteta i kada se zaštita prava traži preko ugovora, kao što su na primer Evropska konvencija o ljudskim pravima ili Pakt o građanskim i političkim pravima.

U većini odluka koje je Evropski sud za ljudska prava doneo u ovoj oblasti, smatra se da dugotrajni homoseksualni odnosi nisu obuhvaćeni pravom na poštovanje porodičnog života koji je zaštićen članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Oko ovog pitanja ne postoji konsenzus između država članica Saveta Evrope. U današnje vreme kada su homoseksualni odnosi sve češće priznati nacionalnim zakonodavstvima, bilo u obliku braka ili registrovanog partnerstva, pojavile su se sudske odluke koje odstupaju od dosadašnje prakse.

### *Slučaj Frette protiv Francuske*

Odeljenje za socijalnu zaštitu, dečju zaštitu i zdravlje u Parizu pokrenulo je postupak o zahtevu za odobrenje usvajanja deteta koje je podneo gospodin Frette u oktobru 1991. godine. Tokom razgovora sa psihologom, podnosilac zahteva je otkrio da je homoseksualac, a u svom konačnom izveštaju, stručnjaci iz socijalne službe otkrili su da iako „gospodin Frette ima nesumnjive lične kvalitete i sposobnost za vaspitanje dece, postavlja se pitanje da li mu se kao slobodnom homoseksualnom muškarcu može poveriti dete”. Odlukom od 3. maja 1993. godine, odbijen je njegov zahtev za odobrenje usvajanja deteta, a 15. oktobra 1993. odbijen je i zahtev da se preispita odluku u kojoj se, između ostalog, navodi da „izbor načina života“ podnosioca zahteva ne pruža garancije da bi se detetu obezbedio odgovarajući dom. Gospodin Frette je podneo zahtev za sudsko preispitivanje te odluke Upravnom sudu u Parizu, koji je presudom od 25. januara 1995. godine ukinuo odluke kojima se odbija zahtev za usvajanje. Upravni sud je presudio da nije bilo dokaza da „način života gospodina Frettea odražava nedostatak moralnosti ili emocionalne stabilnosti, niti rizik da će zloupotrebiti postupak usvojenja, niti bilo koje drugo ponašanje koje predstavlja rizik za dete koje bi mogao usvojiti“. Socijalna služba u Parizu žalila se protiv te presude Državnom savetu. Odlukom Državnog saveta od 9. oktobra 1996. godine, ukinuta je presuda Upravnog suda.

U svojim podnescima Evropskom sudu za ljudska prava (dalje u tekstu: Sud), podnosilac zahteva je tvrdio da je odluka o odbacivanju njegovog zahteva za odobrenje usvajanja deteta predstavljala proizvoljno mešanje u njegov privatni i porodični život u smislu člana 8. Konvencije, i da se zasnivala isključivo na nepovoljnoj predradi u vezi njegove seksualne orijentacije.

Evropski sud za ljudska prava je, postupajući po predstavi gospodina Frettea protiv Francuske, zaključio da ne postoji zajednički stav država članica Saveta Evrope u pogledu prava homoseksualaca da usvajaju decu (*Case of Frette v. France*, No. 36515/97, 26. 02. 2002). Sud je primetio da Konvencija ne garantuje pravo na usvajanje kao takvo, naglasivši da pravo na poštovanje porodičnog života pretpostavlja postojanje porodice, te ne štiti samu želju za njenim osnivanjem. Sud je utvrdio da, iako se francuski administrativni i sudski organi nisu izričito pozivali na homoseksualnost podnosioca zahteva, pozivanje na „izbor načina života“ nesumnjivo je učinilo homoseksualnost podnosioca zahteva presudnim faktorom. Shodno tome, član 14 Konvencije, u vezi sa članom 8, jeste primenljiv.

Sud je zaključio da nacionalne vlasti treba da procene lokalne potrebe, iako je homoseksualni odnos uvek u praksi Suda bio zaštićen pozivanjem na pravo na poštovanje privatnog života ili na zabranu diskriminacije. Ovakav stav Suda jeste u skladu sa članom 21. Konvencije o pravima deteta kojim se države obavezuju da usvojenje bude izvedeno u skladu sa najboljim interesom deteta, uz saglasnost nadležnih vlasti i uz mere zaštite deteta. Uslove i postupak zasnivanja usvojenja određuju države svojim nacionalnim zakonodavstvom.

### *Slučaj E. B. protiv Francuske*

Evropski sud za ljudska prava je 22. januara 2008. godine u slučaju *E.B. protiv Francuske* zauzeo suprotan stav u odnosu na stav koji je imao u slučaju *Frette protiv Francuske*.

Gospođa E.B. je bila vaspitačica, koja je živela sa svojom partnerkom od 1990. godine. Želela je da usvoji dete i u februaru 1998. godine je aplicirala da bude usvojitelj, a odbijena je zbog svoje seksualne orijentacije. U izveštaju socijalne službe navedeno je da partnerka gospođe E. B. ne pokazuje interesovanje za partnerkinu želju koja se odnosi na usvojenje deteta, pa stoga nije jasno kakva bi bila njena uloga u životu usvojenog deteta. Psiholog je predložila odbijanje zahteva, a u izveštaju je napisala i sledeće:

“Gospođa (E.B.) ima mnogo ličnih kvaliteta. Entuzijasta je i velikog srca i spremna da zaštiti druge. Njene ideje o podizanju deteta deluju veoma pozitivno. Međutim, nekoliko pitanja, kontekst u kome će se dete vaspitati i njena želja za detetom, ipak ostaje. Ne pokušava li ona da izbegne “nasilje” rađanja i genetsku odbojnost prema biološkom djetetu? Idealizacija deteta i potcenjivanje teškoća: ne fantazira li ona da je sposobna da potpuno izmeni prošlost deteta?”

U junu 2002. godine, najviši administrativni sud u Francuskoj je potvrdio tu odluku. Uprkos francuskom zakonodavstvu koje izričito daje pravo usvojenja samcima, odbor za usvojenje preporučio je odbijanje prijave, a u svom obrazloženju, Upravni sud i Državni savet razmatrali su „način života“ podnositeljke zahteva i njegov uticaj na proces usvajanja i buduće dete, iako su kasnije poricali da je odbijanje davanja odobrenja zasnovano na seksualnoj orijentaciji E.B., te da stoga ne može predstavljati diskriminaciju. Umesto toga, navedeno je da se odbijanje zasniva samo na interesima deteta, a nedostatak očevog uzora naveden je kao presudan, s obzirom na to da „mnogi profesionalci smatraju da je model seksualne razlike“ važan faktor u identitetu deteta.

Oslanjajući se na članove 8. i 14. Konvencije (koji štite pravo na privatnost i nediskriminaciju), E.B. se žalila Evropskom sudu za ljudska prava, tvrdeći da je, koristeći svoje pravo prema francuskom zakonu, koji dopušta usvojenje dece pojedincima, pretrpela diskriminatorski tretman zbog svoje seksualne orijentacije, što je predstavljalo mešanje u njeno pravo na poštovanje privatnog života.

Kao odgovor na argument nedostatka očinskog uzora, Sud je smatrao da bi zahtevanje ispunjenja takvih kriterijuma učinili neefikasnim francusko zakonodavstvo koje dozvoljava usvajanje od strane samaca, te je odbacio preveliki značaj koji su ovom faktoru pridale francuske vlasti. Takođe, Sud je utvrdio da je razmatranje domaćih vlasti o „načinu života“ E.B. bez sumnje pokazalo da je njena seksualna orijentacija „odlučujući faktor koji je doveo do odluke da se odbije davanje odobrenja za usvajanje.“ U zaključku, većina je utvrdila da je E.B. u ovom slučaju diskriminisana na osnovu njene seksualne orijentacije, pa joj je dosuđeno pravo na isplatu 10.000 EUR na ime nematerijalne štete i 14.528 EUR na ime troškova postupka. Sud je prilikom donošenja odluke uzeo u obzir više različitih aspekata, uključujući i činjenicu da je gospođa E.B. sa svojom partnerkom imala stabilnu vezu.

Može se zaključiti da je Evropski sud za ljudska prava u ovom slučaju stao na stanovište da francuske vlasti uskraćivanjem prava homoseksualcima, biseksualcima i lezbejkama da usvoje decu, sprovode diskriminatorsku praksu u odnosu na pojedince, koji takođe imaju pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Sud je smatrao da su francuske vlasti povredile član 8 i član 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima, kao i francuski zakon koji propisuje da pored parova i pojedinci mogu aplicirati za usvojenje dece, budući da francuski zakon nije spominjao da je nužno da usvojeno dete ima i model uloge suprotnog pola, a francuski sudovi su čak navodili da podnosilac ima „nesumnjive lične kvalitete i podobnost za odgajanje dece“ (*Case of E. B. v. France*, No. 43546/02, 22. 01. 2008).<sup>1</sup>

### *Slučaj Gas i Dubois protiv Francuske*

Legalizovanju istopolnih brakova prethodilo je zakonsko regulisanje registrovanog partnerstva koje važi samo u državi u kojoj je sklopljeno i čiji ga zakoni odobravaju, a najmanje jedan partner mora imati državljanstvo te države.

Registrovano partnerstvo u Francuskoj dozvoljeno je 1999. godine, ali istopolni parovi nisu mogli da usvajaju decu (LOI no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité). Godine 2013, Francuska je postala četrnaesta zemlja u svetu i deveta u Evropi koja je legalizovala istopolne brakove.<sup>2</sup> Zakon je podelio javno

<sup>1</sup> „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javna vlast se neće mešati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili dobiti zemlje, te sprečavanja javnog nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja, morala i sloboda drugih“ (član 8).

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji obezbediće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, bez obzira pol, rasu, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno poreklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovinu ili drugu okolnost“ (član 14).

<sup>2</sup> Dana 23. aprila 2013. godine, parlament je odobrio predlog zakona kojim se istopolnim parovima omogućava sklapanje braka i usvajanje dece, sa 331 glasom za i 225 protiv. Zakon je 17. maja potpisao predsednik Francuske, a objavljen je u Službenom glasniku dan kasnije (LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples

mnjenje i izazvao protivljenje jednog dela građana i političkih stranaka. Opozicioni konzervativci i predstavnici centra podneli su zahtev francuskom Ustavnom savetu da ospori usaglašenost zakona br. 2013-404 sa francuskim Ustavom, a zahtev se odnosio na karakter braka, usvajanje, roditeljstvo i prenošenje prezimena roditelja na decu, u slučaju istopolnih parova. Isticali su da usvajanje dece od strane istopolnih parova ugrožava jednak tretman usvojene dece na taj način što im se uskraćuje pravo da imaju i oca i majku, kao i da će se njegovim usvajanjem omogućiti medicinski potpomognuto rađanje i vantelesna oplodnja u lezbejskim vezama. Predstavnici vlade su isticali da Ustav ne jemči pravo na brak isključivo heteroseksualnim parovima i 17. maja 2013. Ustavni savet Francuske doneo je odluku da nacrt zakona br. 2013 - 404 ne krši francuski Ustav (Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013). Ovim Zakonom je izvršena radikalna reforma u oblasti porodičnih prava u francuskom pravu.<sup>3</sup>

Zakon je omogućio istopolnim parovima zajedničko vršenje roditeljskih ovlašćenja, ukoliko su venčani i dete je usvojeno od strane jednog od supružnika. Do tada, parovi istog pola nisu mogli da usvajaju decu, iako nije postojala zakonska prepreka da se u ulozi usvojitelja pojavi gej muškarac ili lezbejka. Zakon ne dozvoljava medicinski asistiranu prokreaciju u lezbejskim parovima, pa ona ostaje dostupna samo heteroseksualnim parovima u slučajevima kada je medicinski dijagnostikovana neplodnost ili ukoliko postoji opasnost od prenošenja teškog genetskog poremećaja na dete.

U svetlu donošenja ovog zakona interesantna je presuda Evropskog suda za ljudska prava *Gas i Dubois protiv Francuske*, doneta godinu dana pre njegovog usvajanja (*Case Gas and Dubois v. France*, No. 25951/07, 15.03.2012). Ova presuda je u javnosti tumačena kao veliki poraz gej lobija.

Valeri Gas i Natali Dubois živele su u vanbračnoj zajednici, a od 2002. godine u registrovanom partnerstvu. Natali Dubois je rodila ćerku 2000. godine, nakon vantelesne oplodnje, spermom anonimnog donatora u Belgiji. Partnerke su zajedno brinule o detetu i gospođa Gas je podnela zahtev za usvojenje devojčice, uz saglasnost svoje partnerke. Sud je odbio zahtev na osnovu člana 365. Francuskog građanskog zakonika, jer bi prema navedenom članu, usvajanjem deteta od strane gospođe Gas, biološka majka ostala bez roditeljskih ovlašćenja, što ne bi bilo u interesu deteta. Ukoliko dete usvoji supružnik biološkog roditelja, oni zajednički vrše roditeljska ovlašćenja, ali u

---

de personnes de même sexe). Uredba br. 2013-429 o sprovođenju Zakona doneta je 28. maja, a prvi istopolni par se venčao 29. maja. Čović, 2013, p. 376.

<sup>3</sup> Članom 1 ovog zakona menjaju se odredbe Francuskog građanskog zakonika koje se odnose na brak, tako da sada brak mogu zaključiti osobe različitog ili istog pola (član 143 Francuskog građanskog zakonika). Ovim članom se menjaju i članovi 202-1 i 202-2 Građanskog zakonika, koji se odnose na pravila međunarodnog privatnog prava koja se primenjuju na priznavanje braka između dva lica koja nisu državljani Francuske. Tako, dve osobe istog pola mogu sklopiti brak ako pravo države, u kojoj je bar jedan partner rođen ili u njoj boravi, to dozvoljava. Član 3 predviđa zamenu reči "čoveka i žene" sa "supružnik" u članovima 74 i 165 Građanskog zakonika. Član 6 utvrđuje član 171-9 koji predviđa da lica istog pola mogu da zaključe brak u Francuskoj i kada žive u državi čiji zakoni ne dozvoljavaju takav brak, pod uslovom da je bar jedan od njih francuske nacionalnosti. Članovi 7 i 8 prave izuzetak od principa zabrane uzastopnog usvajanja (čl. 345-1 i 360 Građanskog zakonika), a član 9 menja član 371-4. Član 10 predviđa da svaki supružnik koristi ime supružnika, bilo da zameni svoje prezime ili ga njemu doda, po redosledu koji sam odabere (čl. 225-1 Građanskog zakonika). Član 21 predviđa retroaktivno priznavanje istopolnih brakova zaključenih u inostranstvu pre stupanja na snagu ovog zakona. U oblasti radnog prava značajan je član 19 kojim se menja Zakon o radu i stvara član L.1132-3-2 koji predviđa da nijedan zaposleni ne može biti sankcionisan, otpušten ili diskriminisan ukoliko odbije da bude prebačen u državu koja inkriminiše homoseksualnost. Istopolni parovi će od ovog zakona imati koristi i kada je u pitanju broj kvartala koji se uzimaju u obzir prilikom izračunavanja penzije, budući da se broj kvartala uvećava za parove koji su usvojili decu. *Ibid.*, 378.

ovom slučaju sud partnerke nije mogao da kvalifikuje kao supružnike, jer je prema članu 144. Francuskog građanskog zakonika zaključenje braka bilo dozvoljeno samo između žene i muškarca.

Oštećene su podnele predstavku Evropskom sudu za ljudska prava pozivajući se na članove 8. i 14. Evropske konvencije. Francuska vlada je tvrdila da član 8 ne garantuje pravo na roditeljstvo, a da u skladu sa tim, ne postoji ni povreda člana 14, koji sam po sebi ne postoji nezavisno. Francuska vlada je isticala da je brak stabilnija veza od bilo kog drugog oblika zajednice, negirajući da je član 365. diskriminatorski, s obzirom na to da se odnosi i na heteroseksualne parove. Vlada je negirala i postojanje posredne diskriminacije ističući da homoseksualni parovi mogu da uživaju porodični život i bez braka i roditeljstva. Međunarodna federacija za ljudska prava, britansko Udruženje za usvojenje i starateljstvo i LGBT udruženja, podneli su zajednički podnesak Sudu u kome su istakli da se davanjem roditeljskih ovlašćenja i drugom partneru bolje štite interesi dece.

Sud je je zaključio da član 12. Konvencije (pravo na brak i porodicu) ne obavezuje države da legalizuju istopolne brakove, a ukoliko odobre neku drugu formu, npr. registrovano partnerstvo, imaju diskreciono pravo da odluče koja će prava, dostupna heteroseksualnim bračnim partnerima, biti priznata istopolnim partnerima. Takođe, Sud je stao na stanovište da nije bilo diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije, imajući u vidu da i nevenčani heteroseksualni parovi ne mogu usvojiti dete. Presuda je doneta sa šest glasova za i jednim glasom protiv.

Francuski zakon dozvoljava veštačku oplodnju sa anonimnim donatorom isključivo neplodnim heteroseksualnim parovima, ali je Sud istakao da ni u tom smislu ne postoji diskriminacija, jer je po francuskom zakonu cilj tretmana prevazilaženje neplodnosti koja je medicinski dijagnostikovana ili sprečavanje prenošenja teškog oboljenja na dete, što u slučaju neplodnosti homoseksualnih parova ne postoji kao razlog. Njihova neplodnost nije posledica patoloških faktora, a funkcija medicine nije da svima realizuje želju za dobijanjem potomstva.

Predsednik Kosta je u svom izdvojenom mišljenju rekao da “postoje oblasti u kojima je nacionalni zakonodavac u boljoj poziciji od evropskog sudije da promeni neke institucije koje se tiču porodice, te da sud ne treba radikalno da ga cenzuriše”.

### *Slučaj X i drugi protiv Austrije*

Slučaj *X and Others v. Austria* (No. 19010/07, 19. 02. 2013) odnosio se na pitanje da li je austrijska vlada diskriminisala austrijske državljane koji su bili u istopolnim vezama, budući da formulacija Austrijskog građanskog zakonika nije dozvoljavala pojedincima da usvoje decu svog nevenčanog istopolnog partnera, dok je takva mogućnost bila dostupna nevenčanim heteroseksualnim parovima. Međunarodni pravници smatraju da je presuda u ovom slučaju prvo priznanje prava vanbračnim istopolnim parovima na usvajanje deteta svog vanbračnog partnera, u evropskim državama koje su potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima. Sud je naveo da države nisu u obavezi da dozvole usvajanje dece nevenčanim parovima, ali ukoliko ga dozvoljavaju, isto pravo moraju priznati svim nevenčanim parovima, nezavisno od njihove seksualne orijentacije.



Austrijski građanski zakonik izjednačava bračne parove i pojedince u pogledu mogućnosti da usvoje dete i navodi situacije u kojima se može dozvoliti usvojenje deteta samo jednom supružniku. To je dozvoljeno kada usvojitelj usvaja dete svog supružnika, ali i u nekim drugim slučajevima.<sup>4</sup> Usvojenje se zasniva ugovorom koji se zaključuje između usvojenika i usvojitelja i sudskim odobrenjem, a ukoliko zakonski zastupnik deteta neopravdano odbije da da saglasnost, njegova saglasnost se može zameniti odlukom suda (§179a ABGB). Pravo na *de facto* istopolnu zajednicu (neregistrovanu kohabitaciju) Austrija je priznala 2003. godine, nakon što je Evropski sud za ljudska prava doneo presudu u slučaju *Karner v. Austria*.<sup>5</sup> Zakon o registrovanim partnerstvima primenjuje se od 1. januara 2010. godine. Istopolni brakovi u Austriji legalni su od 1. januara 2019. godine, nakon odluke Ustavnog suda od 4. decembra 2017. godine (VfGH G 258/2017), čime je Austrija postala prva država u Evropi koja je prepoznala i primenila bračnu ravnopravnost kao ljudsko pravo.

Slučaj *X and Others v. Austria* (No. 19010/07) pokrenut je protiv Republike Austrije od strane tri austrijska državljana, na osnovu člana 34. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Prvi podnosilac predstavke i treći podnosilac predstavke bile su dve žene koje su živеле u stabilnoj vezi, a drugi podnosilac predstavke je sin trećeg podnosioca predstavke i rođen je van braka. Njegov otac je priznao očinstvo i majka je imala isključivo starateljstvo nad njim. Podnosioci predstavke živeli su u zajedničkom domaćinstvu od momenta kada je dečak imao pet godina, i od tada su njegova majka i njena partnerka zajednički brinule o njemu.

Dana 17. februara 2005. godine prvi podnosilac predstavke i drugi podnosilac predstavke, koga je zastupala njegova majka, zaključili su sporazum o usvojenju sa namerom da stvore pravni odnos koji odgovara njihovoj vezi, bez prekida odnosa sa majkom deteta, odnosno trećim podnosiocem predstavke. Podnosioci zahteva, svesni da se član 182. stav 2. Građanskog zakonika može tumačiti kao isključenje mogućnosti usvajanja deteta od strane istopolnog partnera roditelja, zatražio je od Ustavnog suda da tu odredbu proglasi neustavnom, kao diskriminatornu zbog njihove seksualne orijentacije. U slučaju heteroseksualnih parova, član 182. stav 2. Građanskog zakonika dozvolio je usvajanje deteta od strane vanbračnog partnera roditelja.

Ustavni sud je 14. juna 2005. godine odbacio zahtev kao neprihvatljiv prema članu 140. Saveznog ustava. Primetio je da bi nadležni Okružni sud, odlučujući da li će odobriti sporazum o usvojenju, morao ispitati da li član 182. stav 2. Građanskog zakonika dozvoljava usvajanje partnerovog deteta u slučaju heteroseksualne veze. Ako bi Okružni sud odbio da odobri sporazum o usvajanju, podnosioci predstavke bi mogli da podnesu svoje argumente u vezi sa navodnom neustavnošću te odredbe apelacionim sudovima, koji bi onda mogli da iznesu pitanje pred Ustavnim sudom ukoliko bi delili mišljenje podnosioca predstavke.

<sup>4</sup> Ako drugi supružnik ne ispunjava uslove u pogledu godina života ili poslovne sposobnosti; mesto boravka usvojiteljevog supružnika nepoznato je duže od godinu dana; između usvojitelja i njegovog supružnika zajednica života ne postoji duže od tri godine; postoje naročito opravdani razlozi.

<sup>5</sup> *Case Karner v. Austria*, (no. 40016/98) od 24.07.2003. U ovom slučaju muškarac homoseksualne orijentacije nije mogao nakon smrti svog partnera da preuzme ugovor o zakupu stana u kojem su zajedno stanovali. Sud nije prihvatio argument da je takva odluka bila neophodna radi zaštite porodice. U odluci je nevedeno postojanje povrede čl. 14 (zabrana diskriminacije) u vezi sa povredom čl. 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>.

Nakon toga, 26. septembra 2005. godine, podnosioci predstavke su tražili od Okružnog suda da odobri sporazum o usvojenju. U svojim podnescima partnerke su istakle da su razvile bliske emotivne odnose i da je sin jedne od njih imao koristi od života u domaćinstvu sa dve odrasle osobe koje su o njemu adekvatno brinule. Cilj im je bio da dobiju pravno priznanje svoje faktičke porodične jedinice, čime bi vanbračna partnerka majke dečaka zamenila njegovog oca. Navedeno je da otac dečaka nije pristao na usvojenje, ne navodeći nikakve razloge za svoj stav, kao i da je pokazao veliku netrepeljivost prema porodici, zbog čega sud ne treba da uzme u obzir njegovo odbijanje davanja pristanka, na osnovu člana 181. stav 3. Građanskog zakonika, budući da je usvojenje bilo u najboljem interesu deteta. U prilog ovim argumenatima, priložen je izveštaj Kancelarije za zaštitu mladih u kome je potvrđeno da su partnerke delile svakodnevne zadatke koji se odnose na brigu o detetu i ukupnu odgovornost za njegovo vaspitanje, zbog čega je zaključeno da bi bila poželjna dodela zajedničkog starateljstva.

10. oktobra 2005. godine Okružni sud je odbio da odobri sporazum o usvojenju, smatrajući da član 182. stav 2. Građanskog zakonika ne predviđa bilo koji oblik usvojenja koji bi imao efekat koji su želeli podnosioci predstavke. Član 179. Građanskog zakonika predviđa usvajanje od strane jedne osobe ili bračnog para, a samo pod određenim strogim uslovima oženjeno lice može usvojiti dete samostalno. Prema drugoj rečenici člana 182. stav 2. Građanskog zakonika, pravni odnos u porodičnom pravu prestaje samo u odnosu na biološkog oca (biološku majku) i njegovu (njenu) rodbinu, ako dete usvaja samo muškarac (ili žena). Član 182. Građanskog zakonika poslednji put je izmenjen 1960. godine (Savezni list 58/1960). Na osnovu nedvosmislene formulacije ove odredbe i namera zakonodavca u to vreme, može se pretpostaviti da, u slučaju usvajanja deteta, pravni odnos sa biološkim roditeljem koji je istog pola kao i usvojitelj prestaje da postoji, dok odnos sa roditeljem suprotnog pola i dalje postoji. Zbog toga aranžman koji su tražili podnosioci predstavke, kojim bi dete usvojila žena i nakon čega bi prestao odnos sa njegovim biološkim ocem, ali ne i sa njegovom biološkom majkom, nije u skladu sa zakonom. Prvostepeni sud je odbio prijavu, smatrajući da član 182. Građanskog zakonika odražava jasnu nameru zakonodavca da, u slučaju usvojenja treba očuvati odnos sa roditeljem suprotnog pola. Prema sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, države članice su imale posebno široku slobodu procene u sferi usvajanja od strane homoseksualaca, jer su ta pitanja bila podložna društvenim promenama. Pitanje da li je država članica obezbedila mogućnost da dve osobe istog pola ravnopravno stvore pravni odnos sa detetom bilo je pitanje o kome će sama država odlučiti, podležući ograničenjima utvrđenim članom 8. stav 2. Konvencije. Aranžman koji su tražili podnosioci predstavke nije bio moguć po austrijskom zakonu. Apelacioni sud je podržao odluku prvostepenog suda.

Podnosioci predstavke su se žalili. Pozivajući se na članove 8. i 14. Konvencije, tvrdili su da je član 182. stav 2. Građanskog zakonika diskriminatoran. Evropski sud za ljudska prava je presudio da je došlo do kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije i da su podnosioci predstavke diskriminirani u odnosu na nevenčane heteroseksualne partnere. Sud im je dosudio iznos od 10.000 EUR na ime nematerijalne štete i 28.420,88 EUR na ime troškova postupka.

U julu 2013. godine parlament Austrije je izmenio zakon, čime je dozvoljeno da se usvoji dete vanbračnog istopolnog partnera (ILGA Europe, 2014, p. 39). Danas,

postoji mogućnost da istopolni partneri zajednički usvajaju decu u Austriji, a lezbejskim parovima je dostupna usluga veštačke oplodnje.

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U poslednjoj deceniji dostupni su rezultati određenog broja istraživanja čiji je cilj bio da utvrde, da li se i na koji način život i razvoj dece usvojene od strane istopolnih parova, i dece u planiranim lezbejskim porodicama, razlikovao od dece u heteroseksualnim tradicionalnim porodicama. Postavljala su se sledeća pitanja: da li ova deca pokazuju znakove psihološke neprilagođenosti; da li su žigosani od vršnjaka; da li su u riziku od seksualnog zlostavljanja od strane roditelja; da li će se i sami identifikovati kao LGBT kada dostignu zrelost (Čović, 2015, p. 400).

U većini savremenih istopolnih porodica, deca su začeta za vreme trajanja heteroseksualnih veza, a nova istraživanja se posebno bave planiranim porodicama realizovanim kroz donatorsko osemenjivanje, pa se zaključuje da istopolni parovi biraju jednu od nekoliko potencijalnih mogućnosti za realizaciju roditeljstva: donator inseminaciju (DI, za žene), usvajanje ili surogat materinstvo, a takođe se navodi da roditelji u istopolnim vezama još uvek doživljavaju diskriminaciju u zdravstvenim ustanovama u perinatalnom periodu, kao i diskriminatorske stavove profesionalaca koji se bave usvojenjem dece (Ibid.) Autori Goldberg & Smith navode da se procenjuje da oko 59% biseksualnih žena i 32% biseksualnih muškaraca prijavljuje da su imali decu, u poređenju sa 31% lezbejki i 16% gej muškaraca, što znači da su oko 64% ili dve trećine LGB roditelja biseksualci (Čović, 2015, p. 410).

Da li se pravo homoseksualaca na planiranje porodice putem usvojenja direktno suprotstavlja najboljim interesima deteta, ili je pak moguće da se najbolji interesi deteta realizuju u istopolnoj porodici, pitanje je na koje će teorija i praksa dati odgovor, a presude Evropskog suda za ljudska prava će, bez sumnje, imati značajnu ulogu u ovoj oblasti i u budućnosti. Osim autora koji dosadašnju praksu Suda vide kao “korak po korak u pravcu jednakosti i fundamentalno važne pobeđe” (Scherpe, 2013, p. 91), postoje i mišljenja da iako “jasan konsenzus o nekom pitanju i dalje ostaje važan pokazatelj za Sud pri određivanju objektivnih standarda u skladu sa njegovim evolutivnim tumačenjem Konvencije, pronalaženje konsenzusa bi trebalo biti ograničeno na slučajevne gde postoji veliki ili značajan konsenzus država” (Nozawa, 2013, p. 73).

## LITERATURA:

- Čović, A. 2013. Slučaj Gas i Dubois protiv Francuske u svetlu usvajanja zakona 2013-404. *Evropsko zakonodavstvo*, 45-46/2013, pp. 375-380.
- Čović, A. 2015. Iskustva LGBT roditelja i njihove dece – rezultati longitudinalnih studija. *Sociološki pregled*, 4/2015, pp. 399 – 418. DOI: 10.5937/socpreg1504399C
- Čović, A. 2017. *Prava deteta - evolucija, realizacija i zaštita*, Beograd: Institut za uporedno pravo.
- ILGA Europe. 2014. *Annual Review of The Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*. <http://www.certidiritti.org/wp-content/uploads/2014/05/Annual-Review-2014-web-version.pdf>

- Nozawa, J. 2013. Drawing the Line: Same-Sex Adoption and the Jurisprudence of the ECtHR on the Application of the “European Consensus” Standard under Article 14. *Mercurious - Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29/77, pp. 66-75. DOI: <http://doi.org/10.5334/ujjel.bx>
- Scherpe, J. 2013. The Legal Recognition of Same - Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights. *The Equal Rights Review*, Vol. 10, pp. 83 - 96.

### Pravni izvori

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>
- Evropska konvencija o ljudskim pravima, Savet Evrope, 1950. (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/03).
- Konvencija o pravima deteta, UN, 1989. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 15/1990 i *Službeni list SRJ*, 4/96 i 2/97).
- LOI no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.
- LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, 18/2005, 72/2011, 6/2015.
- Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama, *Službeni list SCG*, 6/2003.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 98/2006.
- Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, 22/2009.

### Sudske presude

- Case of Karner v. Austria*, (no. 40016/98), 24. 07. 2003. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>
- Case of E. B. v. France*, No. 43546/02, 22. 01. 2008. <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/EB-protiv-Francuske.pdf>
- Case of Frette v. France*, No. 36515/97, 26. 02. 2002. <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf>
- Case of Gas and Dubois v. France*, No. 25951/07, 15. 03. 2012. <https://ordoiuris.hr/predmet-gas-i-dubois-protiv-francuske/>
- Case of X and Others v. Austria*, No. 19010/07, 19. 02. 2013. [https://fidh.org/IMG/pdf/xvaustria\\_ecthrjudgment\\_19feb2013\\_en\\_.pdf](https://fidh.org/IMG/pdf/xvaustria_ecthrjudgment_19feb2013_en_.pdf)
- Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2013/2013669DC.htm>
- VfGH G 258/2017. [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT\\_20171204\\_17G00258\\_00](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_20171204_17G00258_00)