

UDK: 314.336.6-053.2(4)
Bibliid 1451-3188, 11 (2012)
Год XI, бр. 39–40, стр. 363–368
Изворни научни рад

Ана ЧОВИЋ¹
Драган ЧОВИЋ²

РЕВИДИРАНА ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О УСВОЈЕЊУ ДЕЦЕ

ABSTRACT

After four decades, Convention on the Adoption of Children (1967) has shown some weaknesses in terms of limitation of individual solutions. This is especially evident when comparing its solutions with the practice of the European Court of Human Rights. The revised European Convention on the Adoption of Children, adopted in 2008, has a primary aim to harmonize national legislation in this area, which would be reflected in a uniform law of the European Court of Human Rights. The authors analyse the provisions of the Convention in order to show the major new items and to what extent our national laws have to comply with its provisions in case our country ratifies the Convention.

Key words: Adoption of children, revised European Convention on the Adoption of Children, Convention on the Adoption of Children.

1) УВОД

До доношења Конвенције о усвојењу деце 1967. године, међу националним законодавствима постојале су значајне разлике у области усвојења. Доношење Конвенције о усвојењу деце, први је значајнији корак учињен у циљу хармонизације националних законодавстава у овој области. Ратификацијом, односно њеним потврђивањем од стране парламента или другог надлежног органа државе, Конвенција постаје обавезна као и сваки други закон, што значи да судије могу у доношењу својих пресуда да се позивају на Конвенцију и да је непосредно примењују

¹ Универзитет Унион – Никола Тесла у Београду.

² Универзитет Метрополитан у Београду.

и када је она у сукобу са неким законом. Ратификовани међународни уговори имају примат над унутрашњим изворима права у складу са принципом *pacta sunt servanda*. Конвенција није предвиђала могућност усвојења детета од стране ванбрачних и истополних партнера, што се и сматрало једним од разлога за доношење новог ревидираног нацрта Конвенције и сврставањем решења из ове Конвенције у ред „застарелих”. Наиме, данас се истиче да су се друштвени услови и односи у породици променили и да се породица, осим у свом традиционалном облику, појављује и у неким новим облицима, које правни поредак мора да уважи како не би дошло до раскорака између права и друштвене реалности. С обзиром на то да је Конвенција о усвојењу деце донета пре више од 40 година, у време када положај брачне и ванбрачне деце још није био у потпуности изједначен у погледу права и обавеза, интересантан је чл. 12 који предвиђа могућност да лице усвоји своје дете које није рођено у браку, уколико би се на тај начин побољшао положај детета. У данашње време, када брачна и ванбрачна деца уживају иста права, оваква одредба је сувишна. Предвиђање обавезног пробног смештаја представља разлику у односу на нови ревидирани текст Конвенције, који постојање таквог смештаја оставља на одлуку државама потписницама. Можда најинтересантније решење из ове Конвенције, јесте могућност постојања обавезе родитеља да издржавају усвојено дете и након заснивања усвојења, уколико усвојитељ не издржава дете. Та обавеза би стога била супсидијарна и постојала би само ако је државе потписнице предвиде у својим националним законодавствима. Иако Конвенција, с обзиром на дејства која усвојење производи, познаје само једну форму усвојења и то потпуно усвојење, нека њена решења више подсећају на институт непотпуног усвојења. Тако је нпр. предвиђено, да родитељ усвојеног детета које је рођено у браку, има право на уживање његове имовине. У том случају је право усвојитеља на уживање усвојеникове имовине ограничено. Иако усвојеник наслеђује усвојитеља као биолошко дете, усвојитељ нема право да наследи усвојеника. Основни циљ ове Конвенције, у моменту њеног доношења, била је хармонизација и уједначавање националних законодавстава у области усвојења. Она је свој задатак у већој мери испунила. Данас, више од четири деценије након доношења Конвенције о усвојењу деце, у времену када се друштво и породица суочавају са различитим изазовима модерног доба, било је неопходно и корисно усвојити ревидирани текст Конвенције, чија ће решења, у будућности, имати прилику да покажу своје предности и мане.

II) РЕВИДИРАНА ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА И ЊЕНА УСАГЛАШЕНОСТ СА ПОЈЕДИНИМ УПОРЕДНОПРАВНИМ РЕШЕЊИМА

Промене у погледу друштвених услова, породичне структуре, демографске политике и осталих чинилаца који утичу на динамичност института усвојења, утицале су на то да 2008. године буде усвојена Ревидирана конвенција. У 1. ставу члана 1 прецизно се наводи да се Конвенција примењује на усвојење детета које, у време када усвојилац подноси захтев за његово усвојење, нема 18 година, није, нити је раније било у браку или регистрованом партнерству, и још није пунолетно. На овај начин се отклањају досадашње дилеме, да ли је могуће усвојити малолетника који је стекао пословну способност пре пунолетства тако што је склопио брак. Међутим, Конвенција не даје одговор на питање, да ли је могуће усвојити малолетника који је стекао пословну способност на основу судске одлуке, због чињенице да је постао родитељ, или малолетника који живи у ванбрачној заједници, што не би могло бити искључено тумачењем овог текста Конвенције. Супротно овом решењу Конвенције, нека права познају и усвојење пунолетних особа. За разлику од Конвенције из 1967. године, ревидирана конвенција у чл. 5 ст. 1 предвиђа потребу прибављања сагласности за усвојење и од оца, брачног и ванбрачног, као и пристанак детета које је способно да схвати значај усвојења, с тим да национална законодавства прописују тачан узраст детета за пристанак, који не сме бити изнад 14 година. Такође, и када пристанак детета није неопходан, прописује се обавеза консултовања детета и узимања у обзир његовог мишљења и жеља у складу са његовим годинама живота и зрелашћу, што показује да је у процесном смислу положај детета ојачао. Конвенција у чл. 5 ст. 3 предвиђа могућност заснивања усвојења без пристанка родитеља, уколико би се нпр. радило о злонамерном недавању пристанка, а национална законодавства ближе уређују које су то ситуације када се пристанак родитеља неће тражити. Оно што је свакако новина, јесте предвиђање могућности проширења Конвенције у погледу услова за усвојење од стране држава потписница на истополне брачне партнере, истополне партнере који живе у регистрованом партнерству, као и истополне и двополне партнере који живе у стабилној вези, што је стандард који би требало свака држава потписница да дефинише. Конвенција предвиђа и могућност стављања резерве на члан 7. ст.1b, којим се појединцу допушта да усвоји дете. Наш Породични закон предвиђа могућност усвојења деце од стране ванбрачних

партнера, а у изузетним случајевима и могућност да дете усвоји појединац, те би у том смислу једино могло бити спорно усвојење од стране истополних парова. Брачна и ванбрачна заједница су изједначене у свим својим дејствима које производе. Међутим, поједини аутори сматрају да „у правном поретку није могућа потпуна изједначеност ванбрачних другова са брачним друговима, јер разлике које постоје одраз су потребе заштите неких виших вредности у друштву па би могућност да ванбрачни пар усвоји дете требало да *de lege ferenda* остане занемарена, оправдавајући такву ситуацију применом начела добробити детета”. Остаје нејасно које би више вредности биле заштићене уколико би се ванбрачним друговима онемогућило да усвоје дете. У члану 8 који говори о заснивању накнадног усвојења, поред ситуација када дете усваја супружник или регистровани партнер усвојиоца, претходни усвојилац више није жив или је усвојење поништено или престало на други начин, предвиђа се да је оно могуће и ако је оправдано по озбиљном основу, а претходно се по закону не може завршити. Овако широка и непрецизна формулација оставља простор за велику слободу приликом одлучивања шта је „оправдано по озбиљном основу” и препушта све дискреционој оцени надлежног органа, што може довести до правне несигурности и евентуалних злоупотреба. У члану 9 се прописује минимална законска старосна граница која не може бити нижа од 18 нити виша од 30 година, а такође се утврђује да би између усвојеника и усвојиоца требало да постоји одговарајућа разлика у годинама и то минимум 16 година. Горња граница за усвојиоце се не утврђује, па би државе потписнице својим националним законодавствима прецизирале ово питање. Приметна је тенденција подизања горње границе, јер се узима у обзир побољшање стандарда живота и продужење људског века, а нарочито непостојање гаранције да ће неко бити бољи и одговорнији родитељ само зато што је млађи и, можда, у бољој физичкој снази. Државама се даје могућност да одлуче да ли ће постојати пробни период или не (чл. 19). Иако постоје мишљења да је такав смештај непожељан због могућег додатног трауматизирања детета у случају негативног исхода истог, сматрам да је мање зло траума услед негативног исхода пробног смештаја, од трауме коју би дете имало уколико би провело живот, или део живота, са усвојитељима који нису адекватни и који не би могли да му пруже потпуне услове за срећно одрастање. Могућност стављања резерве предвиђена је и за 3. став члана 22 који се односи на приступ информацијама о пореклу, па се тако предвиђа да је, у ситуацијама када биолошки родитељи имају право да не обелодане свој идентитет, на надлежним органима да процене да ли ће,

упркос том њиховом праву, учинити доступним детету податке о његовом пореклу. Такође, прописано је да се релевантне информације о усвојењу чувају минимум 50 година од момента заснивања усвојења. Право детета да сазна истину о свом пореклу супротставља се праву усвојитеља да детету не саопште истину о његовом пореклу, јер их закон не обавезује да је усвојенику саопште. Због тога је ово питање које изазива највише полемика у стручној јавности. Оно је врло комплексно, са правног и моралног аспекта. Поставља се питање допуштености прекрајања нечије породичне историје, маскирања порекла, правно допуштене и законом подржане замене идентитета. Одређена законодавства предвиђају могућност анонимног порођаја и право родитеља да не обелодане свој идентитет, а о њему се говори и у тексту нацрта ревидиране Конвенције. Овакав поступак мајке поједини аутори описују као „мајчину егоистичну потребу бега од заборављеног”, па се оправдано закључује да ће овај чл. 22 ст. 3 ревидиране Конвенције створити арбитрарност у процени надлежних тела, треба ли детету омогућити приступ подацима или не, на који начин се умањује значај права детета на сазнање сопственог порекла.

III) ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА - ИЗАЗОВИ КОЈЕ НОСИ РАТИФИКАЦИЈА КОНВЕНЦИЈЕ

Уколико наша држава буде ратификовала ову Конвенцију, национално законодавство мораће да буде усклађено са решењима из Конвенције, у оној мери у којој тренутно постоје одступања о одређеним питањима. Одступања нису велика, али ће нека питања, попут могућности усвојења од стране истополних парова, изазвати бројне полемике. Ово је први пут да се једним међународним документом експлицитно признаје право истополних парова да реализују породицу путем усвојења. У Белгији, Данској, Холандији, Норвешкој, Шпанији, Шведској и Великој Британији, хомосексуалци могу да усвајају као појединци, са партнером, а дозвољено је да усвоје и дете свог партнера. У неким државама није дозвољено усвојење од стране истополних парова, док такве забране нема уколико се појединац хомосексуалац појављује у улози усвојитеља, независно да ли усваја дете свог партнера или неко друго дете без родитељског старања (Немачка, Словенија, Финска, Француска). У Италији и Литванији овакво усвојење није допуштено ни у једном облику. Наше становништво је врло хомофобично. Око 77% испитаника је против геј бракова, а тек сваки двадесети испитаник се слаже са могућношћу да се хомосексуалцима дозволи усвајање деце. Стога, није реално очекивати да ће се у скорјој

време законска регулатива у овој области променити и ускладити са решењима Конвенције у погледу услова који се односе на општу подобност усвојитеља.

IV) ИЗВОРИ

- ABGB, Интернет, www.ibiblio.org, 01/02/2012.
- Burgerlisches Gezezbuch (BGB), bundesrecht.juris.de.
- Европска конвенција о усвојењу (измењена), Савет Европе, Стразбур, 2008.
- Интернет, <http://www.pescanik.net/content/view/2787/58/>, Из бележнице за емисију од 06.03.2009, 01/02/2012.
- Интернет, http://en.wikipedia.org/wiki/LGBT_adoption, 01/02/2012.
- Кодекс родитељства и старатељства Шведске.
- Конвенција о усвојењу деце, Савет Европе, Стразбур, 1967.
- „Обитељски закон”, *Народне новине*, бр. 116/03.
- Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.
- Породични закон Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/07.
- Почуча, М., Шаркић, Н., *Породично право и породичноправна заштита*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, 2011.
- Семейный Кодекс Российской Федерации.
- Француски грађански законик; Интернет, www.legifrance.gouv.fr, 01/02/2012.
- Храбар, Д., „Посвојење на размеђи интереса посвојитеља и посвојеника”, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 5/2008, Универзитет у Загребу, Загреб, 2008.