

SLUČAJ E.B. PROTIV FRANCUSKE

(Predstavka broj 43546/02)

PRESUDA

Strasbourg, 22. januar 2008. godine

U slučaju **E.B. protiv Francuske**, Evropski sud za ljudska prava, zasijedajući u Velikom vijeću u sastavu: Christos Rozakis, predsjednik, Jean-Paul Costa, Nicolas Bratza, Boštjan Zupančič, Peer Lorenzen, Françoise Tulkens, Loukis Loucaides, Ireneu Cabral Barreto, Riza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabeth Steiner, Elisabet Fura-Sandström, Egbert Myjer, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, Sverre Erik Jebens, sudije i Michael O'Boyle, Zamjenik Sekretara, poslije razmatranja slučaja dana 14. marta 2007. godine i dana 28. novembra 2007. godine, donosi sljedeću presudu, usvojenu posljednjeg pomenutog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran na osnovu predstavke, broj 43546/02, koju je, protiv Republike Francuske, dana 2. decembra 2002. godine, na osnovu člana 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ("Konvencija"), podnijela francuska državljanka, gospođa E.B. (u daljem tekstu "podnositeljka predstavke"). Predsjednik Velikog vijeća je prihvatio njen zahtjev da joj se ime drži u tajnosti (Pravilo 47. stav 3. Pravila Suda).

2. Podnositeljka predstavke navodi da je u svakoj fazi njenog zahtjeva za odobrenje usvajanja trpjela diskriminatorni tretman koji je bio zasnovan na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je tako došlo do miješanja u pravo na poštovanje privatnog života.

3. Predstavka je dodijeljena Drugom Odjeljenju Suda (Pravilo 52. stav 1. Pravila). Dana 19. septembra 2006. godine, vijeće tog Odjeljenja, u sastavu sudija: Ireneu Cabral Barreto, predsjednica, Jean-Paul Costa, Riza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, sudije, i Sally Dollé, sekretar odjeljenja, prosljedilo je slučaj na nadležnost Velikom vijeću, a da nijedna od strana nije dala prigovor na to (član 30. Konvencije i Pravilo 72.). Prije prosljeđivanja, Vijeće je primilo pismene komentare profesora R. Wintemute-a u ime četiri nevladine organizacij – Međunarodna Federacija Lige za ljudska prava ("Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme -FIDH"); Evropska Regija Međunarodne Asocijacije Lezbejki i Homoseksualaca ("European Region of the International Lesbian and Gay Association -ILGA-Europe"); Britanska Asocijacija za Usvajanje ("British Association for Adoption and Fostering -BAAF"); i Asocijacija Homoseksualaca i Lezbijki - Roditelja i Budućih Roditelja ("Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens -APGL") – kao treća strana-intervenijenti (Pravilo 44. stav 2.). Ti komentari su priloženi uz spise slučaja a koje su prosljeđene Velikom vijeću.

4. Sastav Velikog vijeća je određen u skladu sa odredbama člana 27. stavovi 2. i 3. Konvencije i Pravila 24.

5. Podnositeljka predstavke, ali ne i Država, je dostavila pismeni komentar o meritumu slučaja.

6. Javna rasprava je održana u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 14. marta 2007. godine (Pravilo 59. stav 3.).

Pred Sudom su učestvovali:

a. U ime Države: gospođa E. BELLARD, Direktor pravnih poslova, Ministarstvo vanjskih poslova, agent, gospođa A.-F. TISSIER, Šefica Sekcije za ljudska prava, gospođa M.-G. MERLOZ,

sekretarka za prijedloge, Sekcija za ljudska prava, gospođa L. NELIAZ, administrativna asistentkinja, Biro za djecu i porodicu, Ministarstvo zapošljavanja i socijalnog ujedinjenja i domaćinstvo, gospođa F. TURPIN, Sekretar za prijedloge, Kancelarija za pravna i Sporna pitanja, Ministarstvo pravde, kao savjetnici;

b. U ime podnositeljke predstavke: gospođa C. MÉCARY, Advokatska komora Pariz, advokat, gospodin R. WINTEMUTE, profesor ljudskih prava, King's College, Univerzitet u Londonu, gospodin H. Ytterberg, Ombudsman protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u Švedskoj, gospodin A. WEISS, kao savjetnici.

Sud je saslušao izlaganje gospođe C. Mécary i gospođe E. Belliard.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

7. Podnositeljka predstavke je rođena 1961. godine i živi u Lons-le-Saunier.

8. Od 1985. godine, nastavnica je u školi za medicinske sestre, a od 1990. godine je u stabilnoj vezi sa ženom, gospođom R., koja je psihološkinja.

9. Dana 26. februara 1998. godine, podnositeljka predstavke je Odjeljenju za socijalnu službu Jura podnijela zahtjev za dozvolu usvajanja djeteta. Željela je da ispita mogućnost usvajanja u inostranstvu, naročito u Aziji, Južnoj Americi i Madagaskaru. Navela je svoju seksualnu orijentaciju i vezu sa partnerkom, gospođom R. R.

10. U izvještaju od 11. avgusta 1998. godine, socio-obrazovni asistent i pedijatrijska sestra je, između ostalih, navela i ove okolnosti: "Gđa B. i gđa R. sebe ne smatraju parom, a gđa R. se, iako zabrinuta zbog zahtjeva njene partnerke za usvajanje djeteta, ne osjeća obaveznom. Gđa B. smatra da će morati da igra ulogu oca i majke, i da njena partnerka ne polaže nikakvo pravo prema djetetu, ali da će pomoći u slučaju potrebe...Gđa B. nastoji da usvoji dijete, jer je odlučila da ne rađa. Više bi željela da objasni djetetu da je ono imalo oca i majku i da ono što ona želi jeste da ga učini srećnim, prije nego da mu objašnjava da ne želi živjeti sa muškarcem...Gđa B. razmišlja o ocu kao o stabilnoj, uvjerljivoj i figuri na koju se može osloniti. Predlaže da usvojenom djetetu tu figuru oca nadomjesti ličnostima njenog rođenog oca i zeta. Isto tako, navodi da će dijete moći da izabere oca – surogata u svom vlastitom okruženju (rođaci prijatelja, učitelj, drug ...).... Zaključak: "U vezi njene ličnosti i zanimanja, gđa B. je dobar sagovornik, širokoumna i kulturna, emocionalno dopadljiva. Takođe, cijenimo njen jasan pristup analiziranju problema i kapacitete podizanja djece i emotivnosti. Međutim, imajući u vidu njen sadašnji stil života: neudata i u zajednici sa ženskim partnerom, nemamo mogućnosti da ocijenimo njene sposobnosti da djetetu omogući uzor, koji se vrti oko roditeljstva, takav da bi se obezbijedio stabilan i dobro prilagođen razvoj djeteta. Zadržavamo mišljenje u pogledu odobrenja za usvajanja djeteta".

11. Dana 28. avgusta 1998. godine, ispitujući zahtjev, u izvještaju o razgovorima sa podnositeljkom predstavke, psihološkinja je predložila odbijanje zahtjeva sljedećim riječima: "...Gospođa B. ima mnogo ličnih kvaliteta. Entuzijasta je velikog srca i spremna da zaštiti druge.. Njene ideje o vaspitanju djeteta se ukazuju veoma pozitivnim. Međutim, nekoliko pitanja o broju faktora njenog porijekla, kontekst u kome će se dijete vaspitati i njena želja za djetetom, ipak ostaje. Da li ona pokušava da izbjegne "nasilje" rađanja i genetsku odbojnost prema biološkom djetetu? Idealizacija djeteta i potcjenjivanje teškoća u obezbjeđivanju doma za nekoga: da li ona umišlja da je sposobna da potpuno izmijeni prošlost djeteta? Koliko možemo biti sigurni da će dijete naći stabilnu referencu na odgovornog roditelja? Mogućnosti identifikacije sa modelom uloge oca su donekle nejasne. Ne zaboravimo da djeca poistovjećuju njihov identitet sa likom oba roditelja. Djeci su potrebni odrasli, koji će prihvatiti njihovu rodilejsku funkciju: ako je roditelj sam, kakav to efekat stvara na razvoj djeteta?... Ni na koji način ne želimo da umanjimo samopouzdanje

gospođe B., još manje da insinuiramo da će ona biti štetna po dijete; ono što govorimo je da sve studije roditeljstva pokazuju da su djeteu potrebna oba roditelja. Dodatno, na pitanje da li bi više voljela da ju je podigao samo jedan od njenih roditelja, gospođa B. je odgovorila negativno... Preostaju brojne sive zone, u odnosu na iluziju postojanja direktne percepcije njene želje za djetetom: zar ne bi bilo mudrije ovo pitanje ostaviti po strani dok se ne obavi detaljnija analiza raznih, kompleksnih, aspekata njene situacije?.”

12. Dana 12. septembra 1998. godijne, tehnički službenik socijalnog dječijeg centra je preporučio da se odobrenje odbije, napominjući da podnositeljka predstavke nije dovoljno razmislila o pitanju uloge modela roditelja i muškarca, smatrajući da se ona lako može uživjeti u ulogu oca i majke, dok je pominjala moguću ulogu njenog oca i _ili zeta, koji žive na velikoj udaljenosti, što nažalost znači da će ta okupljanja sa djetetom biti teško izvodljiva. Službenik se takođe zapitao o prisutnosti gospođe R u životu podnositeljke predstavke, zapažajući da su one odbile da se smatraju parom te da gospođa R. nikada nije bila uključena u namjeru usvajanja. Obrazloženje mišljenja se završava ovako: “Suočio sam se sa mnogo nejasnoća o bitnim okolnostima psihološkog razvoja djeteta koje je već iskusilo napuštanje i kompletnu promjenu kulture i jezika...”

13. Dana 12. oktobra 1998. godine, psiholog iz socijalnog dječijeg centra, koji je ujedno i član odbora za usvajanje, preporučio je odbijanje odobrenja na osnovu toga što bi ostavljanje djeteta kod podnositeljke predstavke izložilo dijete određenom riziku u vezi formiranja njegove ličnosti. Između ostalog, pozvao se na činjenicu da podnositeljka predstavke živi sa partnerkom, ali se ne smatraju parom, što ukazuje na nejasnu ili čak na neizrečenu situaciju dvosmislenosti i rizika da će dijete imati samo model majčinstva. Psiholog je nastavio sljedećim komentarima: “...Kao što je rečeno, razlozi želje za djetetom potiču iz komplikovane personalne situacije, koja još nije riješena u vezi sa ulogom djetetovog roditelja, koju (podnositeljka predstavke) izgleda želi da ostvari (vis-à-vis jedne od njenih sestara, zaštita njenih roditelja), i bazirani su na emocionalnim teškoćama. Da li to ukazuje na osjećaj beznačajnosti i beskorisnosti koju ona želi da prevaziđe time što bi postala majka? Neuobičajen stav prema muškarcima ogleda se u tome da ih odbacuje. Ekstremno gledano, kako to da se odbacivanje figure muškarca ne odnosi na odbacivanje vlastitog lika djeteta (Dijete podobno za usvajanje ima biološkog oca čije se simbolično postojanje mora očuvati, ali da li će to biti u (njenoj) moći?)...”

14. Dana 28. oktobra 1998. godine predstavnik Odbora za usvajanje iz Porodičnog vijeća za asocijaciju djece, trenutno ili prethodno pod državnom zaštitom je predložio odbijanje odobrenja na sljedeći način: “...Iz mog ličnog iskustva života sa usvojilačkom porodicom, sada sam sa mogućnošću intuicije, u prilici da ocijenim značaj mješovitog para (muškarac i žena) u cilju obezbjeđenja doma djetetu. Uloga “adoptivne majke” i “adoptivnog oca” u svakodnevnom podizanju djeteta se nadopunjuju, iako su različite. To je ravnoteža koju će dijete poremetiti u mjeri da ponekad može varirati u intenzitetu prema tome koliko ono očekuje ostvarenje i prihvatanje istine o svom porijeklu i istoriji... Zato smatram neophodnim, u interesu djeteta, da postoji čvrsta ravnoteža između “adoptivne majke” i “adoptivnog oca” kada se suoči sa usvajanjem... ..”

15. Dana 4. novembra 1998. godine predstavnik Odbora iz Porodičnog vijeća, prisutan u ime unije asocijacije porodica za département (UDAF), pozivajući se na Konvenciju o pravima djece, od 20. novembra 1989. godine, preporučio je odbijanje odobrenja na osnovu nepostojanja uzora oca, dodajući: “ ...Djeluje nemoguće osnovati porodicu i podići dijete bez potpune podrške tog partnera (gospođa R.).Izveštaji psihologa i socijalne službe pokazuju njenu jasnu nezainteresovanost za namjeru gospođe B. ... Dalja alternativa je da nijesu ispunjeni materijalni uslovi pružanja odgovarajućeg doma djetetu. Biće neophodno promijeniti dom, riješiti pitanje kako podijeliti troškove među partnerkama, čiji se planovi makar u ovome razlikuju.”

16. Dana 24. novembra 1998. godine, šef socijalne službe za djecu je takođe preporučio odbijanje odobrenja, jasno ukazujući da “Gospođa B. živi sa partnerkom za koju proizlazi da nije učesnica tog plana. Uloga koju bi taj partner igrao u životu usvojenog djeteta nije jasno definisana. Nema prostora za uzor muškarca koji bi stvarno bio prisutan u djetetovom životu.

U tim okolnostima, postoji rizik da u tom domaćinstvu dijete ne bi našlo različite karakteristike porodice potrebne za njegovu dobrobit i razvoj njegove ličnosti.”

17. Pismom od 26. novembra 1998. godine, odluka predsjednika Vijeća za département, kojim se odbija odobrenje usvajanja, dostavljena je podnositeljki predstavke. Između ostalih, dati su i sljedeći razlozi: “... ispitujući svaki zahtjev za odobrenje usvajanja, moram voditi računa o interesima djeteta samostalno i osigurati postojanje svih zaštitnih elemenata. Vaša namjera usvajanja pokazuje nedostatak modela uloge oca ili uzora oca, sposobnog za vaspitanje dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta... Dodatno, mjesto koje bi Vaša partnerka zauzela u životu djeteta nije dovoljno jasno: iako se ona ne protivi Vašoj namjeri, izgleda da nije u nju uključena, što bi predstavljalo poteškoću za dijete u pronalaženju svoga mjesta. Prema tome, svi gore navedeni faktori ne obezbjeđuju da će dijete imati dovoljno formirani porodični okvir u kome bi napredovalo. ...”

18. Dana 20. januara 1999. godine, podnositeljka predstavke je od predsjednika vijeća za département zatražila preispitivanje odbijanja odobrenja za usvajanje.

19. Dječija socijalna služba je od kliničkog psihologa zatražila psihološku procjenu. U svom izvještaju od 7. marta 1999. godine, sačinjenog nakon razgovora sa podnositeljkom predstavke, psiholog je zaključila da je “gospođa B. imala dovoljno da djetetu obezbijedi dom (strpljivost, vrijednosti, kreativnost, vrijeme)”, ali smatra usvajanje preuranjenim obzirom na brojne problematične okolnosti (konfuzija između indirektnog i laissez-faire stava, nezainteresovanost za efekte uključivanja trećeg lica u kreiranju doma).

20. Dana 17. marta 1999. godine, predsjednik vijeća za département Jure je potvrdio odbijanje odobrenja.

21. Dana 13. maja 1999. godine podnositeljka predstavke se obratila Upravnom sudu Besançon, tražeći poništenje upravnih odluka od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine. Osporila je, takođe, način na koji je sproveden postupak nadzora, po njenom zahtjevu, za odobrenje usvajanja. Istakla je da je mnogo osoba uključenih u taj proces uopšte nijesu vidjeli, uključujući i psihologa iz odbora za usvajanje.

22. Presudom od 24. februara 2000. godine, Upravni sud je poništio odluke od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine, odlučujući, kako slijedi: “... predsjednik vijeća za Jura département je zasnovao svoju odluku na “nedostatku modela uloge oca ili uzora oca, sposobnog za pružanje dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta” kao i na “mjesto koje bi, njen, partner zauzeo u životu djeteta”. Citirani razlozi samo po sebi nijesu dovoljni za opravdanje odbijanja odobrenja za usvajanje. Dokumenti iz spisa slučaja pokazuju da gospođa B., koja posjeduje neosporne lične kvalitete i sposobnost za odgajanje djeteta, te koja je po profesiji nastavnica u školi za medicinske sestre i dobro integrisana u socijalno okruženje, pruža dovoljno garancija, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive – da bi obezbijedila odgovarajući dom usvojenom djetetu. ... U okolnostima ovog slučaja, gospođa B. opravdano zahtijeva poništenje odluka o odbijanju odobrenja za usvajanje...”

23. Jura département se žalio. Presudom od 21. decembra 2000. godine, Apelacioni upravni sud Nancy je ukinuo nižestepenu presudu. Našao je, prvo, da “B. ostaje pri tome da nije podvrgnuta testu ličnosti, ali nije navela da je tražila ispravu i da joj je taj zahtjev odbijen” te da stav 4. člana 63. Zakona o porodici i socijalnoj zaštiti “nema posljedicu da onemoguću sačinjavanje izvještaja na temelju sažetka bitnih navoda iz drugih dokumenata. Usljed činjenice da je psiholog sačinila izvještaj samo na osnovu informacija dobijenih od drugih osoba uključenih u slučaj i bez usmenih navoda podnositeljke predstavke, postupak nadzora po zahtjevu podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja nije bio nezakonit”.

24. Sud je nastavio, nalazeći da “... razlozi za odluke od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine, donijete po zahtjevu za preispitivanje odluke predsjednika vijeća Jura département-a o odbijanju zahtjeva gđe B. za odobrenje usvajanja, su odsustvo “identifikacionih obilježja” obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili uzora oca i podijeljenost opredjeljenja

svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu. Iz isprava u spisima slučaja, te naročito iz dokaza navedenih u ispitivanju prijave gospođe B., vidljivo je da s obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, ona nije ponudila neophodne garancije – iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive – za usvajanje djeteta...; ... suprotno od navoda gospođe B., predsjednik Vijeća za département nije odbio odobrenje na osnovu njegovog stajališta o njenom izboru stila života. Prema tome i u svakom slučaju, podnositeljka predstavke neosnovano navodi povredu ...zahtjeva iz člana 8. i 14. Konvencije”

25. Podnositeljka predstavke je podnijela zahtjev za vanredno preispitivanje. Dana 5. juna 2002. godine, Državni savjet je odbio zahtjev, dajući ove razloge: “... U vezi osnova za odbijanje odobrenja gospođi B.: ... Prvo, činjenica da je zahtjev za odobrenje usvajanja podnijela neudata osoba, što je moguće prema odredbi člana 343. stav 1. Građanskog zakonika, ne sprječava upravno tijelo da utvrđuje, u kontekstu vaspitanja i psiholoških faktora koji unapređuju razvoj ličnosti djeteta, da li potencijalni roditelj usvojlac može obezbijediti, u njenom krugu porodice i prijatelja, model “očinske uloge ili uzora oca” a zahtjev je podnijela žena ...; niti kada se samica koja želi usvajanje nalazi u stabilnoj vezi sa drugom ženom od koje će se neminovno zahtijevati da doprinosi stabilnom domu djeteta u svrhu gore navedenih odredbi, da li ta činjenica sprječava vlast da utvrđuje, čak i ako takva veza nije zakonski obavezujuća, da li se ponašanjem ili ličnošću treće osobe, gledano na osnovu objektivnih činjenica, može sprovesti pružanje odgovarajućeg doma. Shodno tome, Apelacioni upravni sud nije pogrešno primijenio pravo, smatrajući da su dva osnova po kojima je odbijena predstavka gospođe B. kao samice - naime, “nepostojanje identifikacionih obilježja obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili projekcije muškarca” i “podijeljenost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu”, dovoljni za opravdanost odbijanja odobrenja, prema gore navedenom obrazloženju odluke od 1. septembra 1998. godine. Drugo, uzimajući u obzir tvrdnje gospođe B. da je Apelacioni upravni sud odbijanje zahtjeva za odobrenje usvajanja zasnovao na njenom “životnom stilu”, čime se implicitno izjasnio o njenoj seksualnoj orijentaciji, iz dokumenata dostavljenih sudu se može utvrditi činjenica da je u vrijeme ispitivanja njenog zahtjeva bila u stabilnoj homoseksualnoj vezi. Pošto se ta veza mora uzeti u obzir zbog potreba i interesa usvojenog djeteta, sud svoju odluku nije zasnovao na principijelnom stanovištu u vezi sa seksualnom orijentacijom podnositeljke predstavke, niti je povrijedio kombinovane zahtjeve iz člana 8. i 14. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.; nije povrijedio ni odredbe člana L. 225-2 Krivičnog zakonika, koji zabranjuje seksualnu diskriminaciju; Treće, ocjenjujući da gospođa B., “obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, nije ponudila neophodne garancije, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive, za usvajanje djeteta”, Apelacioni upravni sud nije zanemario elemente koji joj idu u korist, a nije ni izmijenio sadržaj spisa slučaja; Iz gore navedenog slijedi da gospođa B. neosnovano traži ukidanje te presude, koja sadrži osnovane razloge ...”.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Domaće pravo

1. Građanski zakonik

26. U relevantno vrijeme, odgovarajuće odredbe, glase kako slijedi:

Član 343: “Usvojiti može bračni par koji nije sudski rastavljen i koji je u braku duže od dvije godine ili su oboje navršili dvadeset osam godina starosti.”

Član 343-1: “Takođe, usvojiti može bilo koja osoba starija od dvadeset devet godina. ...”

2. Zakon o porodici i socijalnoj zaštiti

27. U relevantno vrijeme, odgovarajuće odredbe, glase kako slijedi:

Član 63: “Djecu pod starateljstvom države mogu usvojiti osobe kojima je služba za socijalnu zaštitu odobrila starateljstvo kada uspostavljene emocionalne veze opravdavaju takvu mjeru ili osobama kojima je odobreno usvajanje ...

Po prijemu mišljenja odbora za usvajanje, predsjednik vijeća za relevantni département, izdaje odobrenje usvojenja u roku od devet mjeseci od dana podnošenja zahtjeva, sa rokom važenja od pet godina ...”

Član 100-3: “Osobe koje žele stranom djetetu obezbijediti dom u smislu njegovog usvajanja, podnose zahtjev za odobrenje iz člana 63. ovog Zakonika”

3. Uredba broj. 98-771 od 1. septembra 1998. godine kojom se određuju aranžmani za ocjenu zahtjeva za odobrenje usvajanja djeteta pod starateljstvom države.

28. Relevantne odredbe Uredbe glase, kako slijedi:

Član 1: “Svaka osoba koja želi dobiti odobrenje za usvajanje iz stava 1. člana 63. i člana 100-3 Zakon o porodici i socijalnoj zaštiti, moraju zahtjev podnijeti predsjedniku Vijeća département-a u mjestu svog prebivališta...”

Član 4: “Prije izdavanja odobrenja, predsjednik Vijeća relevantnog département-a se mora uvjeriti da uslovi u kojima aplikant traži da djetetu obezbijedi dom zadovoljavaju potrebe i interese djeteta, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive. U tom smislu, on će narediti ispitivanje okolnosti aplikanta ...”

Član 5: “Nakon konsultovanja odbora za usvajanje, predsjednik Vijeća nadležnog département-a donosi odluku ...”

B. Međunarodne konvencije

1. Nacrt Evropske Konvencije o usvajanju djece

29. Relevantne odredbe nacrta Konvencije, trenutno na ispitivanju pred Komitetom Ministara Savjeta Evrope, inter alia, propisuju:

Član 7 – Uslovi usvajanja: “ (1). Na osnovu zakona dijete mogu usvojiti: (a) dvije osobe različitog pola (i). koje su u braku, ili (ii). koje su zajedno stupile u zajednički registrovani partnerski odnos, tamo gdje takva institucija postoji; (b) jedna osoba. (2). Države su slobodne da prošire obim ove konvencije na istopolne parove koji su u zajedničkom braku ili koji su stupili u zajednički registrovani partnerski odnos. One su takođe slobodne da prošire obim ove konvencije na parove suprotnog ili istog pola koji zajedno žive u stabilnoj vezi.”

2. Međunarodna konvencija o pravima djeteta

30. Relevantne odredbe Konvencije o pravima djeteta, koju je 20. novembra 1989. godine usvojila Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, stupila na snagu 2. septembra 1990. godine, glase kako slijedi:

Član 3: “(1)U svim aktivnostima koje se tiču djece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela, najbolji interesi djeteta biće od prvenstvenog značaja. (2)Strane ugovornice se obavezuju da djetetu obezbijede takvu zaštitu i brigu koja je neophodna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i obaveze njegovih roditelja, zakonskih staratelja ili drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete i u tom cilju će preduzeti sve odgovarajuće zakonodavne i administrativne mjere. (3) Strane ugovornice će obezbijediti da se institucije, službe i ustanove odgovorne za brigu ili zaštitu djece prilagode standardima koje su utvrdili nadležni organi, posebno u oblasti sigurnosti, zdravlja, u pogledu broja i podobnosti osoblja, kao i stručnog nadzora.”

Član 4: “Strane ugovornice će preduzeti sve potrebne zakonodavne, administrativne i ostale mjere za ostvarivanje prava priznatih u ovoj Konvenciji. U pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, Strane ugovornice će preduzeti takve mjere maksimalno koristeći svoja raspoloživa sredstva, a gdje je to potrebno, u okviru međunarodne saradnje.”

Član 5: “Strane ugovornice će poštovati odgovornosti, prava i dužnosti roditelja ili, gdje je takav slučaj, članova šire porodice ili zajednice, kako je predviđeno lokalnim običajima, zakonskih staratelja ili drugih osoba zakonski odgovornih za dijete, da bi se omogućilo, na način koji je u skladu sa razvojnim mogućnostima djeteta, odgovarajuće usmeravanje i savetovanje u ostvarivanju prava priznatih ovom Konvencijom.”

Član 20: “ (1) Djetetu koje je privremeno ili stalno lišeno porodične sredine ili kojem u njegovom najboljem interesu ne može biti dopušteno da u takvoj sredini ostane, imaće pravo na posebnu zaštitu i pomoć države. (2) Strane ugovornice će u skladu sa svojim nacionalnim zakonima obezbijediti alternativnu brigu za takvo dijete. (3) Takva briga može da uključi, između ostalog, smještaj u drugu porodicu, kafalah prema islamskom pravu, usvajanje ili, ako je neophodno, smještaj u odgovarajuće ustanove za brigu o djeci. Pri razmatranju rješenja, dužna pažnja će se posvetiti potrebi uspostavljanja kontinuiteta u podizanju djeteta kao i etničkom, religioznom, kulturnom i jezičkom porijeklu djeteta.”

Član 21: “Strane ugovornice koje priznaju i/ili dozvoljavaju sistem usvajanja će obezbijediti da najbolji interesi djeteta budu od prevashodne važnosti i one će: (a) obezbijediti da usvajanje djeteta odobravaju samo nadležni organi koji utvrđuju, u skladu sa odgovarajućim zakonima i postupkom i na osnovu svih relevantnih i pouzdanih informacija, da je usvajanje dopušteno s obzirom na status djeteta u odnosu na roditelje, rodbinu i zakonske staratelje i da su se, ukoliko je tako propisano, zainteresovana lica saglasila sa usvajanjem nakon upoznavanja sa svim bitnim činjenicama, a na osnovu stručnih mišljenja u mjeri kojoj su ona nužna; (b) priznati da se međudržavno usvajanje može smatrati alternativnim načinom brige o djetetu, ukoliko se dijete ne može smjestiti u drugu porodicu ili biti usvojeno ili se o djetetu ne može na pogodan način voditi briga u zemlji njegovog porijekla; (c) obezbijediti da dijete na koje se primjenjuje međudržavno usvajanje uživa potrebnu zaštitu i standarde jednake onima koji postoje u slučaju nacionalnog usvajanja; (d) preduzeti sve odgovarajuće mjere da obezbijedi da u međudržavnom usvajanju smještaj nema za posljedicu neopravdanu finansijsku korist za one koji u tome učestvuju; (e) unaprijediti, kada je to pogodno, ciljeve ovog člana zaključivanjem bilateralnih ili multilateralnih dogovora ili sporazuma i nastojati da se u tom okviru obezbijedi da smještanje djeteta u drugu zemlju sprovede nadležne vlasti ili organi...”

3. Haška Konvencija od 29. maja 1993. godine o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvajanju

31. Relevantne odredbe Haške Konvencije od 29. maja 1993. godine propisuju:

Član 5: “Usvajanje u smislu ove Konvencije će nastupiti samo ukoliko nadležne vlasti države primateljke: a) utvrde da su mogući roditelji usvojioci podobni i imaju mogućnosti za usvajanje; b) obezbijede savjetovanje mogućim roditeljima što je više potrebno; i c) utvrde da je dijete ovlašćeno ili će biti ovlašćeno da stupi i trajno boravi u toj državi.”

Član 15: “(1) Ukoliko centralno tijelo vlasti države primateljke utvrdi da su podnosioci zahtjeva podobni i imaju mogućnost usvajanja, priprema izvještaj koji uključuje informacije o njihovom identitetu, podobnostima i mogućnostima usvajanja, porijeklu, porodičnoj i medicinskoj istoriji, socijalnom okruženju, razlozima usvajanja, sposobnosti za međudržavno usvajanje, kao i karakteristike djeteta za koje su oni kvalifikovani da se staraju. (2). Izvještaj se prosljeđuje centralnim vlastima države porijekla.”

PRAVO

32. Podnositeljka predstavke navodi da je doživjela diskriminaciju koja je bila zasnovana na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je taj tretman uticao na njeno pravo na poštovanje privatnog života. Pozvala se na član 14. Konvencije u vezi sa članom 8., koji propisuju:

Član 8:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.”

Član 14:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

I. PRIHVATLJIVOST

A. Podnesci stranaka

1. Podnositeljka predstavke

33. Podnositeljka predstavke navodi da homoseksualno usvajanje spada u tri potpuno različite kategorije: prvo, moguće je da samac namjerava usvojiti u državi članici gdje je to dozvoljeno samcima (čak i izuzetnim slučajevima), u tom slučaju bilo koji pojedinačni partner ne mora steći roditeljsko pravo kao rezultat usvajanja (individualno usvajanje); drugo, jedan član istopolnog para može namjeravati usvajanje djeteta drugog partnera, tako da oba partnera imaju roditeljsko pravo prema djetetu (usvajanje od strane drugog partnera); i konačno, oba člana istopolnog para mogu namjeravati da zajedno usvoje dijete bez prethodne veze prema bilo kom od partnera, tako da oba partnera istovremeno stiču roditeljsko pravo prema djetetu (zajedničko usvajanje). Podnositeljka predstavke pojašnjava da je zahtijevala individualno usvajanje, što je jednostavnija pravna mogućnost.

34. Ona naglašava značaj dobijanja odobrenja, koje je u praksi preduslov usvajanja u Francuskoj ili u inostranstvu.

35. Podnositeljka predstavke nije zahtijevala pravo na usvajanje, koje, nezavisno od seksualne orijentacije mogućeg usvojioca, ne postoji. Ipak, navodi da je član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. primjenjiv u ovom slučaju. Prvo, mogućnost ili šansa da se zahtijeva odobrenje za usvajanje spada pod članom 8. u pogledu “privatnog života”, jer se tiče uspostavljanja novog odnosa s drugim pojedincem, a u pogledu “porodičnog života”, jer je to bio pokušaj da se uspostavi porodični život sa usvojenim djetetom. Drugo, seksualna orijentacija osobe, što je aspekt njenog privatnog života, takođe spada u pod članom 8.

2. Država

36. Država je istakla da je predstavka neprihvatljiva, jer je žalba podnositeljke predstavke izvan domena člana 8. Konvencije, te, posljedično i člana 14. U svakom slučaju, za razliku od Fretté (Fretté protiv Francuske, broj 36515/97, stav 32., ECHR 2002-I), odbijanje izdavanja odobrenja nije bilo zasnovano, direktno ili indirektno, na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke i stoga nije moglo uticati na direktnu ili indirektnu diskriminaciju zasnovanu na njevoj homoseksualnosti.

37. Pojedinačni interesi djeteta su odredili odbijanje odobrenja i zasnivali su se na dva osnova: nepostojanje uzora oca i podijeljenost opredjeljenja partnerke podnositeljke predstavke prema njenoj namjeri usvajanja.

38. U vezi sa nepostojanjem uzora oca, Država ističe da mnogi stručnjaci nalaze da je model seksualnog razlikovanja važan faktor u identitetu djeteta i da je potpuno shvatljivo da

je socijalna služba *département*-a trebalo da uzme u razmatranje nepostojanje obilježja koji bi djetetu omogućili konstrukciju njegovog identiteta prema figuri oca. Kao potvrdu svojih navoda, Država je citirala odluke domaćih sudova da bi se bilo koji drugi heteroseksualni podnosilac predstavke, čiji najbliži krug porodice i prijatelja ne uključuje člana suprotnog pola, suočio sa odbijanjem iz istog osnova.

39. U vezi sa drugim osnovom, Država inicijalno navodi da je utvrđena činjenica nepostojanja opredjeljenja kod partnerke podnositeljke predstavke. Zapaža da podnositeljka predstavke nastavlja negirati značaj te činjenice, premda je legitimno voditi računa o ponašanju najužeg kruga porodice i prijatelja potencijalnog usvojioca, tamo gdje postoji namjera da se obezbijedi dom djetetu. Nezavisno od nepostojanja pravnih posljedica za partnera, dolazak djeteta bi izmijenio balans između para – primaoca i porodične zajednice, a porijeklo usvojenog djeteta sve to čini još više značajnim u ocjeni osnovanosti nastojanja usvojilačkog para za usvajanjem. Stoga, pored činjenice da bi se R. neophodno uključivala u svakodnevni život djeteta, nedostatak njenog uključivanja je moguće ocijeniti izvorom nesigurnosti djeteta sa rizikom da bi se ono osjetilo kao u trci sa partnerkom podnositeljke predstavke, za njeno vrijeme i pažnju. Premapolazištu Države, za taj osnov se ne može reći da je u vezi sa seksualnom orijentacijom podnositeljke predstavke, kako je to iznijeto u odlukama domaćih sudova.

40. Kako to Država vidi, okolnosti ovog slučaja se veoma razlikuju od onih iz slučaja *Fretté* (gore citiran) pa treba naglasiti da su sudske i administrativne vlasti Francuske iznijele najvažnije razloge o tome šta je najbolji interesa djeteta. Ti najbolji interesi za dijete su centralni za mnoge međunarodne instrumente obavezujuće za Francusku. Ne postoji pravo na dijete ili pravo na ovlaštenje za usvajanje. Usvajanje je mjera zaštite djeteta i kreirana je da mu omogući porodicu. Jedina svrha postupka odobrenja je identifikovati, među brojnim kandidatima, osobu koja djetetu može obezbijediti najuodobniji dom u svakom smislu. Stoga, želja za djetetom ne može prevladati interese djeteta.

B. Ocjena Suda

41. Zapažajući da podnositeljka predstavke zasniva pritužbu na članu 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, Sud, ponavlja da odredba člana 8. ne garantuje pravo na osnivanje porodice, niti pravo na usvajanje (vidjeti gore slučaj *Fretté*, stav broj 32.). Nijedna od stranaka ovo ne osporava. Pravo na poštovanje “porodičnog života” ne obezbjeđuje puku želju za osnivanjem porodice; ono pretpostavlja postojanje porodice (vidjeti slučaj *Marckx* protiv Belgije, presuda od 13. juna 1979. godine, Serija A broj 31, stav 31.), ili makar potencijalnu vezu između, na primjer vanbračnog djeteta i njegovog prirodnog oca (vidjeti slučaj *Nylund* protiv Finske (odluka), broj 27110/95, ECHR 1999VI), ili odnos nastao iz izvornog braka, čak ukoliko porodični život još nije u potpunosti uspostavljen (vidjeti *Abdulaziz, Cabales i Balkandali* protiv UK, presuda od 28. maja 1985. godine, Serija A broj 94., stav 62.), ili odnos nastao iz zakonitog i izvornog usvajanja (vidjeti slučaj *Pini i Ostali* protiv Rumunije, brojevi 78028/01 i 78030/01, stav 148., ECHR 2004V).

42. Pravo na usvajanje nije propisano u domaćem zakonodavstvu, niti u drugim međunarodnim instrumentima, kao što su Konvencija o pravima djeteta, koju je usvojila Generalna Skupština Ujedinjenih nacija dana 20. novembra 1989. godine, ili Haška Konvencija od 29. maja 1993. godine o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvajanju (vidjeti gore stavove broj 30. i 31.).

43. Međutim, Sud je prethodno zaključio da je pojam “privatnog života” u smislu značenja člana 8. Konvencije, širok koncept koji, inter alia, obuhvata pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima (vidjeti *Niemietz* protiv Njemačke, presuda od 16. decembra 1992. godine, Serija A broj 251B, strana 33., stav 29.), pravo na “lični razvoj” (vidjeti *Bensaid* protiv UK, broj 44599/98, stav 47., ECHR 2001I) ili pravo na samoodređenje kao takvo (vidjeti *Pretty* protiv UK, broj 2346/02, stav 61., ECHR 2002III). Ono obuhvata takve elemente kao što su imena (vidjeti *Burghartz* protiv Švajcarske, presuda od 22. februara 1994. godine, Serija A broj 280B, strana 28., stav 24.), rodno opredjeljenje, seksualnu orijentaciju i seksualni život, koji spadaju u ličnu sferu

zaštićenu članom 8. (vidjeti, na primjer slučaj Dudgeon protiv UK, presuda od 22. oktobra 1981. godine, Serija A broj 45, strane 18. i 19., stav 41., i slučaj Laskey, Jaggard i Brown protiv UK, presuda od 19. februara 1997. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-I, strana 131., stav 36.), te pravo na poštovanje odluka obije osobe da imaju ili da nemaju dijete (vidjeti Evans protiv UK [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007...).

44. Zaista, u ovom slučaju, predmet postupka nije usvajanje djeteta kao takvo, već zahtjev za odobrenje usvajanja. Prema tome, slučaj otvara pitanje postupka dobijanja odobrenja za usvajanje, a ne pitanje usvajanja samo za sebe. Ipak, stranke ne osporavaju da je odobrenje, u praksi, preduslov za usvajanje djeteta.

45. Takođe, neophodno je zapaziti da je podnositeljka predstavke tvrdila da je bila diskriminisana na osnovu njene priznate homoseksualnosti, što da je proizvelo povredu odredbi člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

46. Na Sudu je dakle, da odluči da li pravo na usvajanje, vodeći računa o, inter alia, razvoju zakonodavstva u Evropi i činjenici da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u kontekstu današnjih okolosti (vidjeti posebno slučaj Johnston i Ostali protiv Irske, presuda od 18. decembra 1986. godine, Serija A broj 112, strane 24. i 25., stav 53.), spada ili ne spada u domen člana 8. Konvencije, posmatran samostalno.

47. U vezi člana 14, o kome je riječ u ovom slučaju, Sud ponavlja da je on samo kompatibilan s drugim suštinskim odredbama Konvencije, i Protokolima uz nju. On ne djeluje samostalno jer mu je dejstvo u odnosu na "izvršavanje prava i sloboda" koje se garantuju tim odredbama (vidjeti, pored drugih izvora, slučaj Sahin protiv Njemačke [GC], broj 30943/96, stav 85, ECHR 2003VIII). Primjena člana 14. nužno ne pretpostavlja kršenje nekog od suštinskih prava zaštićenih Konvencijom. Za činjenice slučaja je potrebno, ali i dovoljno da budu "u okviru" jednog ili više članova Konvencije (vidjeti presudu Abdulaziz, Cabales i Balkandali, gore citirana, stav 71.; slučaj Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, presuda od 18. jula 1994. godine, Serija A broj 291B, stav 22.; i slučaj Petrović protiv Austrije, presuda od 27. marta 1998. godine, Izvještaji 1998II, stav 22.).

48. Zabrana diskriminacije, zajamčena članom 14. prostire se šire od izvršavanja prava i obaveza, za koje Konvencija i Protokoli zahtijevaju od svake države da ih obezbijedi. Primjenjuje se i na ona dodatna prava koja spadaju u opšti domen svakog člana Konvencije, za koja se država samoinicijativno odlučila da ih obezbijedi. Ovaj princip je dobro razrađen u praksi Suda (vidjeti slučaj "Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji" protiv Belgije (Meritum), presuda od 23. jula 1968. godine, Serija A broj 6, stav 9.; presuda Abdulaziz, Cabales i Balkandali, gore citirana, stav 78.; i presuda Stec i Ostali protiv UK (odluka) [GC], brojevi 65731/01 i 65900/01, stav 40., ECHR 2005X).

49. Ovaj slučaj se ne tiče usvajanja koje želi učiniti par ili istopolni partner biološkog roditelja, već samo usvajanja koje želi učiniti samac. Dok član 8. Konvencije ne govori ništa o tom pitanju, Sud zapaža da francusko zakonodavstvo izričito daje pravo samcima da zahtijevaju odobrenje usvajanja i u tom pravcu propisuje postupak. Stoga, Sud nalazi da činjenice ovog slučaja nedvosmisleno spadaju u domen člana 8. Konvencije. Shodno tome, kada je u obezbjeđivanju prava država djelovala šire od svojih obaveza iz člana 8. – što je mogućnost koja joj je pružena članom 53. Konvencije – u primjeni tog prava ne može preduzimati diskriminatorne mjere u smislu sadržaja člana 14. (vidjeti, mutatis mutandis, slučaj "Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji", gore citiran).

50. U ovom slučaju podnositeljka predstavke navodi da je u ostvarivanju njenih prava prema domaćem pravu, bila diskriminisana na osnovu njenog seksualnog opredjeljenja. Posljednje je koncept koji obuhvata član 14. Konvencije (vidjeti Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, broj 33290/96, stav 28., ECHR 1999-IX). Sud takođe ukazuje da se u slučaju Fretté protiv Francuske (gore citiran), na koji se stranke direktno pozivaju, podnosilac predstavke žalio da je odbacivanje njegovog zahtjeva za odobravanje usvajanja implicitno bilo zasnovano jedino na njegovoj seksualnoj orijentaciji. Vijeće je utvrdilo da je primjenjiv član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. (stav 33.).

51. Prema tome, član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. je primjenjiv u ovom slučaju.

52. Usljed tih okolnosti, Sud odbija preliminarne prigovore Države. Takođe, u kontekstu navoda stranaka, smatra da ova pritužba otvara kompleksna pitanja činjenica i prava koji se u ovoj fazi ispitivanja predstavke ne mogu razriješiti, što zahtijeva ispitivanje merituma slučaja. Slijedi da se žalba ne može proglasiti očigledno neosnovanom u smislu sadržaja odredbe člana 35. stav 3. Konvencije. Nijesu utvrđeni drugi osnovi za proglašavanje neprihvatljivom. Prema tome, mora se proglasiti prihvatljivom.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14. KONVENCIJE U VEZI SA ČLANOM 8.

A. Navodi stranaka

1. Podnositeljka predstavke

53. Podnositeljka predstavke ostaje pri stavu da je odbijanje da joj se odobri usvajanje zasnovano na njenom "stilu života", drugim riječima - na njoj homoseksualnosti. Prema njenom stavu, to direktno proizlazi iz ispitivanja njenog zahtjeva i mišljenja odbora za usvajanje. Takođe smatra da je dio odluke Državnog savjeta formulisan na isti način kao presuda iz slučaja Fretté (gore citirana), koja pokazuje da se Državni savjet opredijelio za diskriminatorni pristup.

54. U pogledu osnova zasnovanog na nepostojanju uzora oca, navodi da, dok većina francuskih psihoanalitičara vjeruje da je djetetu potreban zajedno i majčinski i očinski model uzora, ne postoji empirijski dokaz za to uvjerenje, te da je to sporno među mnogim psihoterapeutima. Dodatno, u ovom slučaju Država nije predstavila postojanje prakse isključenja heteroseksualne žene samice, koja nema muškog partnera.

55. U vezi argumenta zasnovanog na položaju njene partnerke i stavu o namjeri podnositeljke predstavke da usvoji dijete, podnositeljka predstavke navodi da je to bio nezakoniti osnov. Članovi 343. i 343.-1. Građanskog zakonika propisuju da mogu usvojiti bračni parovi i samci: partneri nijesu obuhvaćeni i prema tome nijesu stranke u postupku usvajanja, niti imaju bilo kakav pravni status nakon usvajanja djeteta. Uzimajući u obzir pravo da se prema njoj postupa u skladu sa predviđenim pravnim pravilima, podnositeljka predstavke osporava osnov odbacivanja zahtjeva zbog nepostojanja zakonskog osnova.

56. Podnositeljka predstavke ponovo naglašava da su se ona i njena partnerka susrele sa socijalnim radnikom, a da potom razni službenici, uključeni u postupak ispitivanja odobrenja, nikad nijesu tražili susret sa njenom partnerkom. Po tom osnovu je bilo neophodno preduzeti druge korake u pravcu saslušanja njene partnerke, koji bi u stvarnosti poslužili kao prethodnica odbacivanja njenog zahtjeva, isključivo na osnovu njene seksualne orijentacije.

57. Podnositeljka predstavke navodi da različito postupanje prema njoj nema objektivnog ni razumnog opravdanja. Za opravdanost različitog postupanja zbog seksualne orijentacije, zahtijevaju se naročito ozbiljni razlozi. U ovom slučaju takvih razloga nema.

58. U pogledu podjele u naučnoj zajednici (Fretté, stav 42.), za opravdanje različitog postupanja prema homoseksualcima, zahtijevaju se naročito ozbiljni razlozi. Na Vladi je teret dokazivanja postojanja bilo kakvog razloga, pa ukoliko je u slučaju Fretté i u ovom slučaju propustila dokazati postojanje konsenzusa u naučnoj zajednici, to je zato što nema poznate studije o ovom slučaju.

59. Podnositeljka predstavke osporava postojanje "legitimnog cilja", jer ovdje nije riječ o zdravlju djeteta i Državni savjet nije objasnio kako ono može biti ugroženo. Navodi da su uopšteno citirana tri cilja: prvo, stav o navodnom riziku da će dijete postati homoseksualac, što, sasvim suprotno od činjenice da nema ništa vrijedno osude te mogućnosti i da većina homoseksualaca ima heteroseksualne roditelje, predstavlja pojam predrasude; drugo, da će dijete biti izloženo riziku nastanka i razvoja psiholoških problema: takav rizik nikad nije dokazan i novije studije

pokazuju da podizanje u homoroditeljskoj zajednici ne određuje djetetu bilo kakav poremećaj; pored toga, pravo na usvajanje, koje postoji u nekim demokratskim zemljama pokazuje da za dijete nema rizika. Konačno, nema dugoročnog rizika da će dijete patiti zbog homofobnih predrasuda prema roditeljima, te, u svakom slučaju, predrasude seksualne većine ne predstavljaju dovoljno opravdanje.

60. Ističe da je praksa administrativnih vlasti u Francuskoj nedosljedna, jer neki départements homoseksualnim pojedincima više ne odbijaju odobrenje za usvajanje. Navodi, takođe, da građanski sudovi istopolnom partneru izvornog roditelja dozvoljavaju usvajanje.

61. Od presude Fretté (gore citirana, stav broj 41.) u Evropi je na snazi stalan razvoj prava u prilog usvajanja istopolnih parova, a sada deset evropskih država to i dozvoljava. Podnositeljka predstave se poziva i na evropski konsenzus u prilog omogućavanja usvajanja homoseksualcima samcima u zemljama članicama Savjeta Evrope, koji samcima omogućava usvajanje, za razliku od Francuske, gdje se odluke donose na diskriminatornoj osnovi. Ovako je i izvan Evrope, gdje razvoj sudske prakse o usvajanju ide u prilog homoseksualcima, a u interesu je djeteta kome je potreban dom.

62. Konačno, osporava argument postojanja nedovoljnog broja djece podobne za usvajanje, čemu se Sud priklonio u presudi Fretté (gore citirana, stav broj 42.), obrazlažući da broj djece podobne za usvajanje u svijetu prelazi broj mogućih roditelja-usvojičaca, te da pravna mogućnost ne bi trebalo da zavisi od stvarne mogućnosti ostvarivanja ovog prava.

2. Država

63. Država je istakla da odobrenje za usvajanje na lokalnom, a ne na državnom, nivou izdaje predsjednik département-a, nakon pribavljenog mišljenja odbora za usvajanje na nivou département-a. U 2005. godini, podnijeto je 13,563 novih zahtjeva, od kojih je jedva 8% bilo nezadovoljavajućih (sa manje od 6% odbijenih zahtjeva i oko 2% povučenih zahtjeva). U 2006. godini, relevantne vlasti su usvojenoj djeci-strancima izdale 4,000 viza. Država navodi da ne može predstaviti statističke podatke o seksualnoj orijentaciji podnosioca jer francusko zakonodavstvo zabranjuje prikupljanje i obradu ličnih podataka o seksualnom životu osobe.

64. Kao alternativu, Država navodi da se ovaj slučaj ne odnosi na kontrolu utvrđenja Suda u presudi Fretté (gore citirana), jer se današnji uslovi nijesu suštinski promijenili da bi opravdali odstupanje od tog presedana.

65. U pogledu nacionalnih zakona, o ovome nema evropskog konsenzusa, sa samo devet od četrdeset šest država članica koje idu ka usvajanju od strane istopolnog para, dok neke zemlje ne dozvoljavaju usvajanje samcima ili ga dozvoljavaju pod strožijim uslovima nego je to slučaj u Francuskoj. Dodatno, ovu konstataciju treba posmatrati u odnosu na prirodu tih zakona i uslova koji se moraju ispuniti.

66. I danas je valjan zaključak Suda iz presude Fretté o podjeli u naučnoj zajednici. Nepružanje studije kojom se identifikuju problemi razlika u razvoju djece koju odgajaju homoseksualni parovi, Država opravdava činjenicom da je nepoznat broj djece koju su odgojili homoseksualni parovi i da procijenjene brojke jako variraju. Osim kompleksnosti različitih situacija s kojima se mogu suočiti, postojeće studije su bile nedovoljno detaljne jer su zasnovane na nedovoljno velikom uzorku, uz propust detaljnog pristupa, a nijesu naglasile profil porodice samca usvojioca. Dječiji psihijatri ili psihoanalitičari brane različite teorije, a većina njih tvrdi da je neophodna zajednička referenca majčinstva i očinstva.

67. Nakon presude Fretté (gore citirana, stav 42.) još uvijek postoje velike razlike u javnom mišljenju.

68. Država potvrđuje da je realnost to da broj zahtjeva za usvajanje prevazilazi broj djece podobne za usvajanje. Međunarodne obaveze Država, naročito članovi 5. i 15. Haške Konvenci-

je, primorale su vlasti da izaberu kandidate na osnovu kriterijuma sposobnosti obezbjeđivanja djetetu odgovarajućeg doma.

69. Konačno, ističe da nijedna od šezdeset i više država iz kojih su francuski državljani usvajali djecu, istopolnim parovima ne odobrava usvajanje. Prema tome, međunarodno usvajanje za homoseksualce može ostati čisto teorijska mogućnost, uprkos činjenici što to domaći zakon dozvoljava.

B. Ocjena Suda

70. Sud zapaža da je u presudi Fretté protiv Francuske (gore citirana) Vijeće našlo da su odluke o odbacivanju zahtjeva za odobrenje usvajanja imale legitimni cilj, tj. zaštitu zdravlja i prava djeteta koje bi moglo biti uključeno u postupak usvajanja (stav 38). Na pitanje da li je razlika u postupanju bila opravdana, a nakon ocjene da među državama članicama nema zajedničkih osnova pravnih sistema, Vijeće je našlo potpuno prirodnim da javne vlasti treba da imaju široku marginu slobodne ocjene kada odlučuju o ovakvim slučajevima, što je podložno kontroli Suda (stav 41.). Imajući u vidu konkurentne interese podnositeljke predstavke i djeteta podobnog za usvajanje, i primat djetetovih najboljih interesa, zapaženo je da je naučna zajednica podijeljena oko mogućih posljedica po dijete koje usvaja jedan ili više homoseksualnih roditelja, tako da postoje velike razlike između nacionalnog i međunarodnog pogleda, te da nema dovoljno djece za usvajanje da bi se zadovoljile potrebe (stav 42.). Vodeći računa o širokoj margini ocjene koja se u ovoj oblasti ostavlja državama, kao i o potrebi zaštite najboljeg interesa djeteta u pravcu postizanja željenog cilja, Vijeće je smatralo da odbijanje odobrenja za usvajanje nije ugrozilo princip proporcionalnosti, tako da opravdanje koje daje Država djeluje objektivno i razumno, a različito postupanje nije bilo diskriminatorno u smislu značenja člana 14. Konvencije (stavovi 42. i 43.).

71. Sud zapaža da se ovaj slučaj takođe odnosi na pitanje kako riješiti zahtjev za odobrenje usvajanja; u brojnim aspektima ono se ipak razlikuje od gore citiranog slučaja Fretté. Naročito, Sud zapaža da dok je u oba slučaja primjetan osnov nepostojanja projekcije osobe drugog pola, domaće upravne vlasti se nijesu, makar direktno, pozvale na "izbor stila života" gđe E.B. (vidjeti Fretté, gore citirana, stav broj 32.). Nadalje, vlasti navode kvalitete podnositeljke predstavke, njen emocionalni kapacitet i kapacitet za odgoj djeteta, za razliku od slučaja Fretté, gdje se za podnositelja predstavke smatralo da ima problema u suočavanju sa praktičnim posljedicama preokreta zbog dolaska djeteta (stavovi 28. i 29.). Štaviše, u ovom slučaju su domaće vlasti vodile računa o ponašanju partnerke gđe E.B., za koju je ova navela da se s njom nalazi u stabilnoj i stalnoj vezi, što da je faktor koji se ne pojavljuje u predstavi gđina Fretté.

72. U ovom slučaju, Sud zapaža da su domaće upravne vlasti i sudovi, koji su ispitali žalbu podnositeljke predstavke, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva za odobrenje usvajanja na dva ključna osnova.

73. U vezi sa osnovom na koji se domaće vlasti pozivaju- nedostatak očinskog ili majčinskog lika u domaćinstvu osobe koja traži odobrenje za usvajanje, Sud nalazi da to neminovno ne otvara problem, sam za sebe. Međutim, pod okolnostima ovog slučaja, po ovom osnovu je dozvoljeno ispitati meritum, čiji je konačni efekt zahtjev prema podnositeljki predstavke da uspostavi postojanje lika suprotnog pola iz najužeg kruga njene porodice ili prijatelja, čime se rizikuje prikazivanje prava samca da zahtjeva odobrenje neefikasnim. Ta okolnost je ovdje prikladna, jer se slučaj ne odnosi na zahtjev za odobrenje usvajanja koji je podnio bračni ili vanbračni par, već samica. Prema stanovištu Suda, ovaj osnov može voditi ka arbitrarnom odbijanju i ujedno služiti kao izgovor za odbacivanje zahtjeva podnositeljke predstavke na osnovu njene homoseksualnosti.

74. Osim toga, Sud zapaža da Država, na kojoj je teret dokazivanja (vidjeti, mutatis mutandis, Karner protiv Austrije, broj 40016/98, stavovi 41.-42., ECHR 2003IX), nije mogla predstaviti statističke podatke o učestalosti pouzdanja u taj osnov prema utvrđenoj ili poznatoj seksualnoj

orijentaciji osobe koja zahtijeva usvajanje, što samostalno može dati realnu sliku upravne prakse i potvrditi nepostojanje diskriminacije u slučaju odlučivanja po tom osnovu.

75. Prema stanovištu Suda, drugi osnov na koji se pozivaju domaće vlasti, zasnovan na stavu partnerke podnositeljke predstavke, zahtijeva drugačiji pristup. Iako je partnerka podnositeljke predstavke trajna i potvrđena, gđa R. se nije priklonila zahtevu podnositeljke predstavke za usvajanje. Vlasti, koje na ovo stalno ukazuju, direktno i dajući razloge, zaključuju da podnositeljka predstavke nije dala neophodne garancije za usvajanje djeteta.

76. Na prvom mjestu treba zapaziti, suprotno od navoda podnositeljke predstavke, da pitanje stava njene partnerke, za koju navodi da se nalaze u stabilnoj i trajnoj vezi, nije bez značaja za odluku o njenom zahtjevu. Vlasti imaju legitimitet da utvrde postojanje svih potrebnih garancija prije nego se dijete dovede u porodicu. Prema tome, kada je podnosilac zahtjeva - muškarac ili žena, neoženjen ili neudata - već zasnovao dom s partnerom, stav tog partnera i uloge koju će on ili ona svakodnevno i neminovno imati u životu djeteta koje se uključuje u taj dom, zahtijeva detaljno ispitivanje u interesu djeteta. Dodatno, bilo bi krajnje iznenađujuće ukoliko bi se relevantne vlasti, znajući za postojanje de facto para, ponašale kao da ne znaju za tu činjenicu kada cijene uslove u kojima se djetetu obezbjeđuje dom i o njegovom budućem životu u tom novom domu. Pravni status osobe koja nastoji usvojiti nije inkompatibilan sa ispitivanjem njene aktuelne situacije i utvrđenjem da u domaćinstvu postoji ne jedna, već dvije odrasle osobe.

77. Sud, dodatno zapaža da član 4. Uredbe od 1. septembra 1998. godine (vidjeti gore stav broj 28.) zahtijeva da se predsjednik Vijeća relevantnog département-a uvjeri da uslovi pod kojima podnosilac predstavke predlaže pružanje doma djetetu, zadovoljavaju potrebe usvojenog djeteta za porodicom, njegovo vaspitanje kao i psihološku perspektivu. Značaj ovih garancija, kojima vlasti moraju biti zadovoljne prije nego što daju ovlaštenje za usvajanje djeteta, takođe se mogu zapaziti u međunarodnim mehanizmima i to u Konvenciji UN-a o pravima djeteta, od 20. novembra 1989. godine, Haškoj Konvenciji, od 29. maja 1993. godine, ili u nacrtu Evropske Konvencije o usvajanju djece (vidjeti gore stavove od 29. do 31.).

78. Prema stajalištu Suda, nema dokaza za tvrdnju da se ovaj osnov zasniva na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke. Suprotno tome, Sud smatra da je taj osnov, koji nema ništa sa bilo kakvim razmatranjem u vezi seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, zasnovan na jednostavnoj analizi poznate, de facto situacije i njenim posljedicama po usvajanje djeteta.

79. Stoga, za podnositeljku predstavke se ne može smatrati da je bila diskriminisana na osnovu njene seksualne orijentacije.

80. Bez obzira na sve, ova dva osnova čine dio sveobuhvatne ocjene situacije podnositeljke predstavke. Kod takvog stanja stvari, Sud smatra da ih ne treba posmatrati alternativno, već kumulativno. Stoga, nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu ugrožavanje kompletne odluke.

81. U pogledu upravne faze, Sud zapaža da predsjednik Vijeća département-a svoju odluku nije isključivo ili primarno zasnovao na drugom osnovu, već na "svim" okolnostima – što su oba osnova – bez mogućnosti ocjene da je jedan od njih bio dominantan ili da je neki od njih sam za sebe bio dovoljan za odbijanje odobrenja (vidjeti gore stav broj 17.).

82. U pogledu sudske faze, Apelacioni upravni sud Nancy je zapazio da se odluka zasniva na dva osnova: nepostojanje uzora oca i ambivalentnost opredjeljenja svakog člana domaćinstva. Sud je dodao da dokumenti iz spisa slučaja i zaključci usvojeni nakon ispitivanja zahtjeva pokazuju da stil života podnositeljke predstavke ne pruža neophodne garancije za usvajanje djeteta, ali je osporio da je predsjednik Vijeća département-a odbio odobrenje za usvajanje na osnovu mišljenja o izboru stila života podnositeljke predstavke, tj. njene homoseksualnosti (vidjeti gore stav 24.).

83. Potom, Državni savjet je utvrdio da su oba osnova iz kojih je odbijen zahtjev podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja bili u skladu sa zakonskim odredbama. Takođe je našao da se pozivanje na "stil života" podnositeljke predstavke može objasniti dokumentima iz spisa slučaja dostavljenih sudovima, a koji pokazuju da je podnositeljka predstavke, u vrijeme

podnošenja zahtjeva bila u trajnoj i stabilnoj homoseksualnoj vezi, ali da se to ne može smatrati odlukom zasnovanoj na stanovištu o njenoj seksualnoj orijentaciji ili kao bilo kakva forma diskriminacije (vidjeti gore stav broj 25.).

84. Stoga, Sud zapaža da su upravni organi široko odlučivali iako su vodili računa o seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke, ali da to nije bio osnov za spornu odluku niti je razmatrano iz neprijateljskih razloga.

85. Međutim, prema mišljenju Suda, značajna je činjenica da je homoseksualnost podnositeljke predstavke široko naglašena u razlozima odluka domaćih vlasti. Pored stava o “životnom stilu” podnositeljke predstavke, vlasti su prvenstveno potvrdile odluku predsjednika Vijeća département-a. Sud ističe da je ta odluka donijeta u kontekstu mišljenja odbora za usvajanje, čiji su se različiti članovi izjasnili pismeno, uglavnom preporučujući, dajući razloge preporuke u pravcu da zahtjev treba odbiti na osnovu ta dva sporna osnova. Sud dalje zapaža da način na koji su data izvješna mišljenja, zaista otkriva da je homoseksualnost podnositeljke predstavke bio odlučujući faktor. Sud posebno zapaža da u mišljenju od 12. oktobra 1998. godine psiholog socijalne službe za djecu, predlaže odbijanje odobrenja, pozivajući se, pored drugih stvari, na “neuobičajen stav (podnositeljke predstavke) prema muškarcima, time što ih odbacuje” (vidjeti gore stav broj 13.).

86. Sud primjećuje da je u to vrijeme podnositeljka predstavke bila sama, što da je bio osnov odbijanja odobrenja za usvajanje, premda je zakonskom odredbom direktno propisano pravo samca da zahtjeva odobrenje za usvajanje. To potpuno jasno proizlazi iz zaključaka psihologa, koja u svom izvještaju o razgovorima sa podnositeljkom predstavke, od 28. avgusta 1998. godine, navodi, direktno ukazujući na slučaj podnositeljke predstavke a ne na generalni stav, započinjući svoje zapažanje izjavom da ne želi umanjiti samopouzdanje podnositeljke predstavke niti insinuirati da će biti štetna po dijete, da “sve studije o roditeljstvu ukazuju da djetetu trebaju oba roditelja” (vidjeti gore stav broj 11.). Dana 28. oktobra 1998. godine, predstavnik odbora za usvajanje iz Porodičnog vijeća za asocijaciju djece, trenutno ili prethodno pod državnom zaštitom je predložio odbijanje odobrenja na osnovu toga da usvojilačku porodicu mora činiti “mješoviti par (muškarac i žena)” (vidjeti gore stav broj 14.).

87. U vezi sa sistematskim pozivanjem na nepostojanje “uzora oca”, Sud ne spori potrebu ocjene ove okolnosti, već značaj koji ovome daju domaće vlasti u kontekstu usvajanja od strane osobe koja je samac. Činjenica da je legitimno da ovaj faktor bude uzet u obzir, ne znači da u ovom slučaju Sud treba da pređe preko prekomjernog pozivanja na njega.

88. Odatle, uprkos oprezu Apelacionog Upravnog suda Nancy i Državnog savjeta, u opravdanju pozivanja na “stil života” podnositeljke predstavke, neizbježan je zaključak da je njena seksualna orijentacija stalno bila u centru odlučivanja i sveprisutna u svakoj fazi upravnog i sudskog postupka.

89. Sud nalazi da je pozivanje na homoseksualnost podnositeljke predstavke bilo ako ne izričito, onda makar prećutno. Uticaj naglašene homoseksualnosti podnositeljke predstavke prilikom ocjene njenog zahtjeva je utvrđen, ali vodeći računa o prethodno navedenom, bio je i odlučujući, vodeći faktor za odbijanje odobrenja za usvajanje (vidjeti gore citirano, *mutatis mutandis*, Salgueiro da Silva Mouta, stav broj 35.).

90. Otuda je, podnositeljka predstavke trpjela različito postupanje. Mora se voditi računa o cilju koji se krije iza tog različitog postupanja, te ukoliko je cilj bio legitiman, da li je to različito postupanje bilo opravdano.

91. Sud ponavlja da je u svrhu člana 14., različito postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, što znači da ne slijedi “legitimni cilj” ili da nema “razumne proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići” (vidjeti gore citirano, *inter alia*, Karlheinz Schmidt, stav broj 24.; Petrović, gore citirano, stav broj 30.; i Salgueiro da Silva Mouta, gore citirano, stav broj 29.). Tamo gdje je riječ o seksualnoj orijentaciji, postoji potreba za naročito uvjerljivim i važnim razlozima za opravdanje različitog postupanja u pogledu prava iz domena člana 8. (vidjeti, *mutatis mutandis*, Smith i Grady protiv UK, brojevi 33985/96 i 33986/96, stav 89., ECHR 1999-VI; Lustig-Prean i Beckett protiv UK, brojevi

31417/96 i 32377/96, stav 82., 27. septembar 1999. godine; te S.L. protiv Austrije, broj 45330/99, stav 37., ECHR 2003-I).

92. U vezi s time sud zapaža da je Konvencija živi instrument, koji se tumači u kontekstu današnjih uslova (vidjeti, inter alia, Johnston i Ostali, gore citirana, stav 53.).

93. Prema shvatanju Suda, ako su razlozi u prilog takvog različitog postupanja zasnovani jedino na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, tada to prema Konvenciji predstavlja diskriminaciju (vidjeti Salgueiro da Silva Mouta, gore citirana, stav broj 36.).

94. Sud naglašava da francuski zakon dozvoljava samcima da usvoje dijete (vidjeti gore stav broj 49.), čime nesporno otvara mogućnost homoseksualnom samcu za usvajanje. Suprotno pravnoj pozadini odredbi domaćeg propisa, Sud nalazi da se razlozi Države ne mogu smatrati naročito uvjerljivim i važnim da bi se opravdalo odbijanje odobrenja podnositeljki predstavke.

95. Na kraju, Sud zapaža da relevantne odredbe Građanskog zakonika ne propisuju ništa o nužnosti da je osoba - model uzor suprotnog pola, što u svakom slučaju ne bi zavisilo od seksualne orijentacije samca usvojioca. Dodatno, u tom slučaju, razlozima obrazloženja presude Državnog savjeta podnositeljka predstavke je predstavila "nesumnjive lične kvalitete i sposobnost za podizanje djece", što je nesumnjivo u najboljem interesu djeteta, i ključni pojam relevantnih međunarodnih mehanizama (vidjeti gore stavove od 29. do 31.).

96. Imajući u vidu gorenavedeno, Sud ne može a da ne zapazi da su odbijanjem zahtjeva podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja, domaće vlasti napravile razliku zasnovanu na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, koja je prema Konvenciji neprihvatljiva (vidjeti gore citiranu Salgueiro da Silva Mouta, stav 36.).

97. Stoga, s obzirom na utvrđenje iz gorenavedenog stava 80., Sud nalazi da sporna odluka nije saglasna sadržaju odredbe člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

98. Prema tome, postoji povreda člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

III. PRIMJENA ČLANA 41. KONVENCIJE

99. Član 41. Konvencije propisuje: "Kada Sud utvrdi kršenje Konvencije ili Protokola uz nju, a unutrašnje pravo visoke strane ugovornice omogućava samo dijelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani."

A. Naknada štete

100. Podnositeljka predstavke ukazuje da je bez odbijenog odobrenja bilo nemoguće usvojiti strano dijete i u praksi, nemoguće usvojiti dijete, francuskog državljanina. Čak i da je Vlada Francuske hitno djelovala dajući joj odobrenje, diskriminatorno odugovlačenje vremena bi bilo između devet i deset godina. To odugovlačenje nije bilo samo nepravilno i predstavljalo psihološku napetost, već joj je umanjilo šansu za usvajanje zbog njenih godina života; bilo joj je trideset sedam godina starosti kada je podnijela zahtjev za usvajanje, a imala bi najmanje četrdeset sedam godina starosti kada bi odobrenje konačno bilo dato. Stoga, zahtijeva naknadu nematerijalne štete u iznosu od 50.000,00 eura.

101. Država nije izrazila svoje mišljenje.

102. Sud nalazi da je podnositeljka predstavke trpjela nematerijalnu štetu koja se ne nadoknađuje jedino utvrđenjem povrede člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije. Stoga, odlučujući po principu jednakosti, kao pravičnu naknadu Sud joj dodjeljuje iznos od 10.000,00 eura.

B. Troškovi i izdaci

103. Podnositeljka predstavke je zahtijevala iznos od 14.352,00 eura na ime troškova njenog advokata počev od podnošenja predstavke pa do okončanja postupka (šezdeset sati rada po

200,00 eura/sat bez uračunatog PDV), te dodatnih 176,00 eura na ime troškova prevoza i smještaja, nastalih u vezi sa javnom raspravom pred Velikim vijećem, što ukupno iznosi 14.528,00 eura.

104. Država nije izrazila svoje mišljenje.

105. Sud zapaža da se prema kriterijumima ustanovljenih u njegovoj sudskoj praksi, mora utvrditi da li su troškovi i izdaci bili stvarni, potrebni i da li su razumni s obzirom na njihovu visinu (pored drugih izvora, vidjeti slučaj Öztürk protiv Turske [GC], broj 22479/93, stav 83., ECHR 1999-VI). Primjenjujući te kriterijume na ovaj slučaj, zahtjev podnositeljke predstavke za isplatu iznosa od 14.528,00 eura Sud nalazi razumnim, pa joj taj iznos i dodjeljuje.

C. Kamata

106. Sud smatra odgovarajućim da kamata treba da se zasniva na stopi Evropske Centralne Banke, na koju treba dodati tri procentna poena.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. Proglašava jednoglasno da je predstavka prihvatljiva;
2. Utvrđuje sa deset prema sedam glasova da je prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije;
3. Utvrđuje sa jedanaest glasova prema šest
 - (a) da tužena država isplati podnositeljki predstavke iznos od 10.000,00 eura (deset hiljada) u roku od tri mjeseca na ime naknade nematerijalne štete, te iznos od 14.528,00 eura (četrnaest hiljada petstotina dvadesetosam) na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos poreza koji bi se mogao zaračunati;
 - (b) da po isteku gore navedena tri mjeseca, pa do isplate, obračuna i isplati kamatu na gore navedene iznose, po stopi jednakoj kamatnoj stopi Evropske Centralne Banke, uvećanu za tri procentna poena;
4. Odbija jednoglasno ostatak zahtjeva podnositeljke predstavke za pravičnu naknadu.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 22. januara 2008. godine.

Michael O'Boyle
Zamjenik Sekretara

Christos Rozakis
Predsjednik

Na osnovu člana 45. stav 2. Konvencije i Pravila 74. stav 2. Pravila Suda, ovoj presudi se prilažu sljedeća izdvojena mišljenja:

(a) suprotno mišljenje sudije Costa, kojem se pridružuju sudije Türmen, Ugrekhelidze and Jočienè;

(b) suprotno mišljenje sudije Zupančiča

(c) saglasno mišljenje sudija Lorenzen-a i Jebens-a;

(d) suprotno mišljenje sudije Loucaides-a;

(e) suprotno mišljenje sudije Mularoni.

C.L.R.

M.O'B.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE COSTA-E, KOME SE PRIDRUŽUJU SUDIJE TÜR-MEN, UGREKHELIDZE I JOČIENĚ

1. U ovakvom slučaju, od Velikog vijeća (kome je nadležnost ustupljena odlukom Vijeća na osnovu člana 30. Konvencije) se očekuje da donese vodeću presudu o "ozbiljnom pitanju" koje ima uticaja na interpretaciju Konvencije, u ovom slučaju člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

2. Do sada je Sud zauzeo principijelno shvatanje koje mislim da mogu prihvatiti, no nisam u potpunosti siguran da je u ovom specifičnom slučaju miješanje tužene države dokazano da je suprotno tom principijelnom shvatanju ili inkompatibilno sa odredbama Konvencije. Pokušaću da objasnim na šta mislim.

3. U vezi sa pitanjem principa, glavni način rezonovanja većine, uz posebno pozivanje na raniju odluku Suda u slučaju Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije (Reports 1999-IX), zasniva se na navodnoj diskriminaciji podnositeljke predstavke jer je njen zahtjev za izdavanje odobrenja za usvajanje djeteta navodno odbijen na osnovu njene homoseksualne orijentacije, a ona tu diskriminaciju smatra neopravdanom. U slučaju Fretté protiv Francuske (Reports 2002-I), koju ova presuda mijenja (što Veliko vijeće naravno može), većina članova Vijeća je smatralo da taj osnov nije suprotan članovima 14. i 8., ili, da budem precizniji, da su opravdani razlozi zbog kojih su francuske vlasti odbacile zahtjev homoseksualne podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja (u najboljem interesu djeteta koje bi se usvojilo). Nisam se priklonio takvim razlozima, premda sam glasao sa većinom u prilog utvrđenja da nema kršenja; to je bilo zato što smatram da nema mjesta primjeni članova Konvencije o kojima je riječ, jer ona ne garantuje pravo na usvajanje (međutim Vijeće se nije saglasilo s razlozima o ovoj okolnosti, usljed čega se ovim više neću baviti - *perseverare diabolicum*). U mojem saglasnom mišljenju kojem su se pridružile kolege sudije Jungwiert i Traja, istakao sam da (od 1966. godine) francuski Građanski zakonik dozvoljava samcu usvajanje i ni na koji način to ne zabranjuje homoseksualcu (ili, čime se dolazi do iste stvari, ne zahtijeva da podnosilac predstavke bude heteroseksualan). Zato sam mislio, i ne vidim razlog da sada mijenjam mišljenje, da bi odbijanje odobrenja za usvajanje, zasnovano na isključivo priznatoj ili utvrđenoj homoseksualnosti podnositeljke predstavke, bilo suprotno Građanskom zakoniku i Konvenciji. Jednako sam uvjeren da je jasna poruka koju naš Sud šalje državama članicama: ne može se spriječiti osoba koja nastoji usvojiti, samo na osnovu njegove ili njene homoseksualnosti. Možda ovo stanovište svi ne dijele, iz dobrih ili ne tako dobrih razloga, ali, ispravno ili pogrešno, naš Sud, čija je dužnost prema Konvenciji da je tumači i primjenjuje, smatra da se osobi više ne može odbiti odobrenje za usvajanje na osnovu homoseksualnosti, već da se roditeljska odgovornost oduzima po tom osnovu (Salgueiro da Silva Mouta). Saglasan sam.

4. Ako se, međutim, udaljimo od teoretske oblasti, i usredsredimo na specifični slučaj podnositeljke predstavke, koji je čak u presudi istaknut kao vodeći, dužnost je suda da to prvenstveno učini, ja se ne slažem. Spisi domaćeg upravnog i sudskog postupka, po mom mišljenju nesumnjivo pokazuju da je odobrenje odbijeno (i da je odbijanje bilo zakonito) iz dva razloga koji se mogu rezimirati kako slijedi. Prvo, nema muškog ili "očinskog" uzora u krugu porodice i prijatelja gdje E.B. Drugo, žena s kojom je ona u stabilnoj vezi, u vrijeme podnošenja zahtjeva, nije se osjetila vezanom za namjeru njene partnerke za usvajanje; iako je moguće da se tome stvarno nije protivila ili bila neprijateljski raspoložena, ali je sigurno bila ravnodušna.

5. Prema mom mišljenju, prvi od ovih osnova je nezakonit prema francuskom pravu, jer ako zakon dozvoljava samcu usvajanje, protivno je zakonu od te osobe da zahtijeva, bila ona muškarac ili žena, da u krugu porodice i prijatelja ima pripadnika suprotnog pola koji može biti "uzor" (da upotrijebim birokratsko - psihološki žargon). Od samca se ne može zahtijevati da vještački "stvari" dom u svrhu sposobnosti izvršavanja zakonom definisanog subjektivnog prava; da li samac mora biti samac samo prema nazivu, u ime mogućnosti usvajanja? Zapažam, međutim, da ma koliko nezakonit bio prvi osnov, ne treba ga miješati sa homofobnom diskriminacijom.

Bez obzira da li je gđa E.B. bila homoseksualna ili nije, Vijeće département-a bi joj ipak odbilo odobrenje, ili još uvijek može odbiti, na osnovu nepostojanja “uzora” drugog pola. Dakle, nije jasno da li je taj bizarni razlog utemeljen na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke ili to je samo za sebe dovoljno za zaključak većine, makar u smislu datih razloga.

6. U svakom slučaju, drugi osnov, za mene nije nerazuman ili neproporcionalan. Činjenica je da je gđa E.B. živjela sa drugom osobom. Bez obzira na pol ili seksualnu orijentaciju te osobe, utvrđeno je i dodatno, nije ozbiljno osporeno da ta osoba ne podržava namjeru usvajanja. U takvim okolnostima, da je odobrenje izdato i da su građanski sudovi potom gđi E.B. dozvolili usvajanje, nije za vjerovati da bi zahtjevi iz francuskog zakona (sa “porodične, odgojne i psihološke” perspektive, vidjeti stav 28. presude), u najboljem interesu djeteta, bili ispunjeni, i za Sud zasigurno nijesu, ukoliko se on ne smatra četvrtom instancom, da bi se drugačije odlučilo.

7. Prema tome, ovdje se javlja delikatan pravni problem. Da li je odlučan prvi osnov (za koji sam upravo naveo da nije diskriminatorni, makar kad je riječ o seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke)? Da li je dovoljan da “obesmisli” spornu upravnu odluku? Nije li realnije smatrati, obzirom na specifični zahtjev osobe u specifičnoj situaciji, da su vlasti bile ovlašćene da ocijene sve faktore te situacije? Kao što naš Sud nije sud četvrte instance, to nije ni kasacioni sud koji razmatra osnovanost izvjesnog osnova, a on nalazi da nije neophodno razmatrati drugi osnov i zadovoljava se valjanošću utvrđenja prvog osnova za ukidanje odluke i vraćanje slučaja. To je ono što je u suštini učinjeno presudom. U vezi s tim, moje mišljenje je blisko mišljenju kolegice sudije Mularoni, koja u svom suprotnom mišljenju kritikuje većinu u pogledu utvrđenja da je homoseksualnost gospođe E.B. bila odlučni osnov odbijanja odobrenja. Kao i ona, takvo utvrđenje u izvjesnoj mjeri smatram neutemeljenim.

8. Prema mom mišljenju, Veliko vijeće je moglo dostojanstveno utvrditi da se odbijanje takve vrste ne može zasnivati na homoseksualnosti i da se ne krše članovi 14. i 8., pa tako donijeti važnu vodeću presudu, jer za odbijanje zahtjeva gospođe E.B. u ovom slučaju razlog nije bila njena homoseksualnost koja joj je onemogućila dobijanje odobrenja. To bi, kako ja vidim, više odgovaralo realnosti slučaja, makar načinu na koji sam ga ja shvatio.

9. Zato, u ovom slučaju, ne mogu slijediti razloge većine, pa smatram da Francuska nije prekršila Konvenciju.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE ZUPANČIČA

Ključna okolnost je zamaskirana u izvjesnom smislu, ali ključno pitanje ovog slučaja je, diskriminacija, na osnovu seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, u pogledu privilegije usvajanja djeteta. To što je to privilegija je odlučno za ispitivanje slučaja, a to znači, kao što je većina tako prepoznala, da se ne bavimo pravom podnositeljke predstavke u smislu člana 8.

Razlika između privilegije i prava je odlučujuća. Diskriminacija, u smislu nejednakog tretmana, je primjenjiva na situacije koje uključuju prava; neprimjenjiva je na situacije koje se u suštini tiču privilegija. To su situacije u kojima odobravanje vel non privilegije daje legitimitet tijelu koje odlučuje, u ovom slučaju upravnom tijelu, da iskoristi diskreciono pravo bez straha da će se povrijediti pravo osobe.

Najprostije rečeno, teoretski princip prema kojem je pravo slučaj postupka i prema kojem povreda tog prava zahtijeva pravni lijek, ne primjenjuje se na situacije u kojima se daje privilegija. Preuveličani primjer takve situacije bi bila privilegija dobijanja odlikovanja ili nagrade, ili druga situacija posebnog tretmana, rezervisana za one osobe koje to naročito zaslužuju.

Drugim riječima, bilo bi “bizarno” za svakoga da tvrdi da je mogao dobiti određenu nagradu, odlikovanje ili privilegiju.

Postoje, naravno i srednja rješenja, kao što je prijava za određeno radno mjesto za koje je osoba kandidat. Može se, na primjer, zamisliti situacija u kojoj podnosilac predstavke koji želi postati sudija ili notar, ili je bio kandidat za sličnu poziciju, ali je iz nekog razloga odbijen. Čak i

u takvoj situaciji, za Sud bi bilo neuobičajeno da podrži odbijanje pružanja privilegije kao nešto što je predmet diskriminatornih kriterijuma.

U ovom slučaju, prethodno pitanje od suštinskog značaja je utvrđenje da li je privilegija usvajanja djeteta slučaj diskriminatornih kriterijuma iz člana 14. Kako je gore naglašeno, većina nije naklonjena da privilegiju usvajanja djeteta smatra pravom.

Prema tome, nedosljedno je smatrati da ovdje postoji bilo kakva povreda sve dok Sud istrajava (opravdano!) na svojoj poziciji prema kojoj mogućnost usvajanja djeteta nedvosmisleno nije pravo i, u najboljem slučaju je privilegija. Potom je pitanje koju vrstu diskrecije upravno tijelo može izvršavati, kada donosi odluku o privilegiji usvajanja djeteta.

S druge strane, da li je moguće zamisliti da Komitet Nobelove nagrade bude optužen za diskriminaciju jer Nobelovu nagradu nikada nije dodijelio naučnicima određene rase ili nacionalnosti? Takvo bi utvrđenje, naravno, zahtijevalo statističku potvrdu. Statistički pokazatelji su preovlađujući u diskriminaciji u zapošljavanju i sličnim slučajevima. Drugim riječima, ukoliko bi u ovakvoj određenoj situaciji Evropski sud za ljudska prava utvrdio da francuske upravne vlasti sistematski diskriminiraju lezbejke koje žele da usvoje dijete, situacija bi bila mnogo jasnija.

No, mi se ovdje bavimo individualnim predmetom u kome se diskriminacija navodi jedino na osnovu jednog događaja. Kao što sam istakao, to ne dozvoljava Sudu da zaključi da u Francuskoj vlada opšti diskriminatorni stav protiv homoseksualaca koji žele da usvoje dijete. U ovom slučaju, pitanje sistematske diskriminacije nije istraženo, niti bi čak bilo moguće prihvatiti statistički dokaz u prilog navoda o diskriminaciji. Kada bi to bilo moguće, ishod slučaja bi bio sasvim drugačiji od onoga s kojim se sada suočavamo.

Da li je, prema tome, Sud dužan da ekstrapolira dosljedan način obrazlaganja od svoje početne pozicije, prema kojoj privilegija usvajanja u svakom slučaju djeteta nije pravo.

U istom smislu, posebno je pitanje da li je postupak, okončan negativnom odlukom za lezbejku, bio takav da ukazuje i čini vidljivom diskriminaciju. Ovo je pitanje razlikovanja na kojem se zasnivaju razlozi većine.

Pitanje koje se izdvaja od takvih razloga je da li postupak, čak i kada se daje privilegija, a ne pravo, može biti bez diskriminacije. Možda se u smislu pojmova upravnog prava, razlikovanje nalazi između odluke koja je legitimno u nadležnosti upravnih tijela i njihove legitimne diskrecije, s jedne strane, te odluke koja spada u polje arbitrarnog odlučivanja.

Odluka je arbitrarna kada se ne zasniva na razumnom osnovu (materijalno - pravni aspekt), te na razumnom odlučivanju (procesno - pravni aspekt), već se donosi na osnovu predrasude, u ovom slučaju predrasude prema homoseksualcima. U pravnoj teoriji je valjano razrađeno da se logika diskriminacije ne primjenjuje na privilegije, ali da se može primijeniti na postupak u kome je predmet davanje ili nedavanje privilegije.

Navodi se da je postupak u francuskom upravnom pravu bio diskriminatorni protiv te određene homoseksualne žene, no tada se postavlja pitanje da li je ipak takva vrsta diskriminatornog postupka saglasna sa legitimnom diskrecijom koju je primijenilo upravno tijelo.

Bojim se da je u većini slučajeva, upravo ovakva vrsta "kontaminacije" suštine od strane postupka u centru kontroverze. Ovdje se ne mogu na tome zadržavati⁷⁴, ali se pitanje može postaviti na sljedeći način. Ako davanje privilegija nije stvar prava, zar nije onda istina da je davalac privilegije ovlašćen, argumento a majori ad minus, ne samo na diskreciju, već i na diskriminaciju u smislu suštine i postupka? Kratki odgovor na ovo je da u javnoj sferi, suprotno od čisto privatne sfere nagrada, priznanja i slično, postoje izvjesne privilegije koje su podobne da postanu prava, kao što je usvajanje djeteta, biti u krugu kandidata za javnu funkciju, itd. Svakako, ukoliko je u taj proces privilegija potencijalnog "nastanka prava" uključena arbitrarnost, tada treba primijeniti predrasudu i lakomisenost logike diskriminacije.

74 Ovim sam se detaljno bavio u *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, Poglavlje 14, strane 413-28. www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=219298

Ostalo je pitanje činjenica. Kao i sudija Loucaides, ne pridružujem se teoriji osmotske kontaminacije koju je većina podržala.

Postoji još jedno konačno razmatranje. Treća strana, čiji interesi apsolutno treba da prevagnu u ovakvom postupku, jeste dijete čiji se budući najbolji interesi štite. Kada se sukobe apsolutna prava djeteta, blijeđe sva druga prava i privilegije. Ako u pitanjima starateljstva podržavamo da je najbolji interes djeteta ono što treba da bude iznad svega, iznad prava bioloških roditelja, koliko više snage takva tvrdnja nosi u slučajevima kao što je ovaj, gdje je riječ o privilegiji potencijalnog roditelja - usvojioca?

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJA LORENZEN I JEBENS

S većinom smo glasali za utvrđenje kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, pa se možemo u široj mjeri saglasiti sa razlozima presude koji vode tom zaključku.

Međutim, željeli bismo pojasniti naše glasanje, kako slijedi.

U ovom slučaju, odbijajući odobrenje usvajanja domaće vlasti su se pozvale na dva osnova koje su u žalbenom postupku francuski sudovi prihvatili kao legitimne: prvi, nepostojanje uzora oca u domaćinstvu podnositeljke predstavke i drugi, ravnodušan stav partnerke podnositeljke predstavke. Potpuno smo saglasni sa razlozima presude (stavovi 75.-78.) da je drugi osnov relevantni faktor koji se uzima u obzir kod odlučivanja o predstavki. Što se tiče prvog osnova, ne smatramo ga beznačajnim ili diskriminatornim samim po sebi, u slučajevima gdje je zahtjev za usvajanje podnio samac. Međutim, to je moguće ukoliko se upotrijebi u kombinaciji sa direktnim ili indirektnim pozivanjem na seksualnu orijentaciju podnosioca predstavke. U tom smislu, još jednom se saglašavamo sa većinom da bez obzira na nastojanje domaćih sudova da objasne šta se mislilo ili nije mislilo pozivom na "stil života" podnositeljke predstavke, nije moguće zaključiti da njena seksualna orijentacija nije bila od stvarnog značaja za taj osnov. Odbijanje odobrenja je prema tome bilo zasnovano na jednom zakonitom osnovu, dok je drugi, prema okolnostima slučaja, bio nezakonit, i time diskriminatoran prema Konvenciji.

Shodno tome, u ovom slučaju je utvrđeno kršenje Konvencije jer je odbijanje usvajanja bilo djelimično zasnovano na nezakonitim razlozima. To naravno ne znači da odobrenje ne bi moglo biti odbijeno iz osnova koji je u saglasnosti sa Konvencijom, na primjer ravnodušan stav njene partnerke, sam po sebi. Mišljenje je manjine da je odbijanje bilo opravdano po tom osnovu samostalno, a mi ne isključujemo tu mogućnost. Međutim prema našem mišljenju, a to je okolnost o kojoj se mi ne saglašavamo sa manjinom, nije na Sudu da sudi o tom pitanju, već isključivo na francuskim sudovima.

S obzirom na pretežno proceduralan karakter kršenja prava, smatrali bismo da utvrđenje kršenja prava ili manja novčana naknada predstavljaju dovoljnu pravičnu naknadu u pogledu bilo kakve nematerijalne štete koju trpi podnositeljka predstavke, ali nismo našli neophodnim da suprotno glasamo.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE LOUCAIDES

Nijesam saglasan sa većinom u ovom slučaju. Smatram da je odluka domaćih vlasti da odbiju zahtjev podnositeljke predstavke za izdavanje odobrenja da usvoji dijete bila legitimna i unutar margine slobodne ocjene.

Odluka domaćih vlasti se zasniva na dva glavna osnova.

Prvi, "izostanak 'identifikacionih markera' zbog nepostojanja uzora oca" te drugi, "ambivalentnost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu". U vezi sa prvim osnovom, saglasan sam sa većinom da je on u nesaglasnosti sa pravom samca da zahtijeva odobrenje za usvajanje, što je pravo koje je priznato francuskim zakonima, pa da ga stoga treba odbaciti kao neprimjenjivo u ovom slučaju.

Drugi osnov je stav gđe R., partnerke podnositeljke predstavke, koja se bez obzira na činjenicu da je njena trajna i potvrđena partnerka, ne osjeća obaveznom prema zahtjevu podnositeljke predstavke za usvajanje. Taj osnov, sam po sebi, bi mogao opravdati odluku domaćih vlasti. Većina ovo nije suštinski osporila. Međutim, ono što većina nalazi nepravilnim je činjenica, kako navode, “nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu nevaljanost odluke.”

Lično, ne prihvatam takvu teoriju kontaminacije, teoriju koja je prikladnija medicinskoj nauci, iz prostog razloga što svaki od osnova koji je doveo do odluke je zaseban i autonoman i njegova efektivnost ne zavisi, niti je vezana za drugi.

Prvo, ukoliko su domaće vlasti smatrale da oba osnova treba zajedno primijeniti, trebalo je da to i navedu. Drugo, ukoliko je - kao što je većina utvrdila - seksualna orijentacija podnositeljke predstavke, navodno izričito navedena u razlozima jednog od osnova, bila stvarni osnov odbijanja odobrenja, ne vidim zašto su vlasti morale navoditi drugi osnov.

S obzirom da razmatramo odluke francuskih upravnih vlasti, mogao bih dodati i to da je osnovni princip francuskog upravnog prava to da ako se odluka zasniva na više osnova, dovoljno je da je jedan od njih zakonit da bi odluka bila pravno valjana.

U svakom slučaju nalazim da su razlozi domaćih vlasti u cjelini bili u saglasnosti sa Konvencijom.

Organi vlasti se nijesu pozivali na seksualnu orijentaciju podnositeljke predstavke kao razlog odbijanja. No, suprotno mom stanovištu, većina nalazi da je “poziv na homoseksualnost podnositeljke predstavke bio ako ne eksplicitan, onda implicitan”, te da “je utvrđen uticaj priznate homoseksualnosti podnositeljke predstavke na ocjenu zahtjeva i ...bio je odlučujući faktor za odluku o odbijanju odobrenja za usvajanje”. Čitajući presudu većine, čini mi se da postoji konstatni napor interpretacije odluka domaćih organa vlasti kao da su zasnovane na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke, iako ništa u tom smislu nije rečeno, a vlasti su u više navrata učinile jasnim da odbijanje odobrenja nije zasnovano na “poziciji stava o njenom izboru stila života” ili “u kontekstu seksualne orijentacije podnositeljke predstavke”.

Bilo to tako, čak i ako je seksualna orijentacija podnositeljke predstavke bila faktor odbijanja odobrenja za usvajanje, smatram da se za to odbijanje ne može reći da je suprotno članu 8. u vezi sa članom 14. Konvencije, kada se vodi računa o svim relevantnim okolnostima, značenju i efektima tog faktora u vezi sa pitanjem o kome se moralo odlučiti.

Tačno je da član 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u izvršavanju prava propisanih Konvencijom po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, udruživanje sa nacionalnim manjinama, imovina, rođenje ili drugi status. Svakako, seksualna orijentacija je različita od pola, no čak uz pretpostavku da je ona sadržana u konceptu pojma “statusa” (za šta smatram da nije ispravno), moram ovo pojasniti, jer je prema mom mišljenju neophodno za svrhu ovog slučaja. Moguće su situacije gdje je neophodan drugačiji tretman po osnovu pola, vjere itd. ili drugog statusa, ukoliko su posljedice određenog statusa od uticaja na pitanja o kome se raspravlja. Primjera radi, vjersko opredjeljenje osobe može otvarati pitanja izražavanja ili radnji čiji su efekti suprotni interesima djeteta te osobe, što je činjenica koja se zakonito može uzeti u obzir kada je riječ o dobrobiti djeteta. Tipični primjer ovoga je je skorašnji slučaj Ismailova protiv Rusije, presuda Prvog Odjeljenja donijeta dana 29. novembra 2007. godine. U tom slučaju, podnositeljka predstavke se žalila da su odluke domaćih sudova o davanju starateljstva ocu nad njeno dvoje djece u suprotnosti sa članom 8. u vezi sa članom 14. Konvencije, jer su zasnovane na diskriminaciji zbog njene vjere. Odbacujući predstavku, Sud se pozvao na izvjesne incidente koji su nastali usljed vjerskih obreda podnositeljke predstavke u vezi sa njenom pripadnošću izvjesnoj vjerskoj organizaciji, te koji su imali negativni uticaj na djecu. Sud je naveo sljedeće:

“Razlozi koje su dali domaći sudovi pokazuju da su se usredsredili jedino na interese djece. Sudovi se nijesu pozivali na pripadnost njihove majke Jehovinim svjedocima, već na vršenje vjerskih obreda podnositeljke predstavke, u koje je ona uključivala djecu, ne uspijevajući da ih

zaštiti. Prema shvatanju domaćih sudova, to je vodilo ka socijalnim i psihološkim posljedicama po djecu. Sudovi su smatrali da bi to imalo negativni uticaj na podizanje djece.... Usljed takvih okolnosti, Sud ne može a da ne zaključi da postoji razumni odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kojem se težilo..”

Slično u ovom slučaju, odlučujući šta je od najboljeg interesa za dijete koje treba usvojiti, nalazim da domaće vlasti mogu zakonito uzeti u obzir seksualnu orijentaciju i stil života podnositeljke predstavke kako su činjenično prikazani, tj. činjenicu da podnositeljka predstavke živi u zajednici sa istopolnim partnerom. Mogu dodati da – na podlozi pristupa većine, koja se bavi sa dva osnova, koje su vlasti dale kao jedan – partnerka čak nije ni zainteresovana da bude učesnik u namjeri usvajanja.

Uvjeren sam da se erotski odnos sa neminovnim manifestacijama i ponašanjem para jednog prema drugom u domu, može legitimno smatrati negativnim faktorom u okruženju u kojem se očekuje da dijete živi. Zaista, usljed takvih okolnosti, postojao je realni rizik iskrivljenja modela i slike porodice u kojem kontekstu bi dijete živjelo i razvijalo svoju ličnost. Takva situacija se suštinski razlikuje od one u kojoj homoseksualni podnosilac predstavke ne živi sa svojim partnerom kom. U ovom drugom slučaju, ja bih lično ovoj materiji najvjerovatnije pristupio na drugačiji način.

Čvrsto sam uvjeren da niko se ne može pozivati na svoju vjeru, pol ili bilo koji drugi status da bi računao na zabranu diskriminacije kao osnov izuzeća od diskvalifikacije u pogledu određene aktivnosti u smislu negativnih posljedica koje takav status može imati u vezi sa nekom određenom stvari.

Homoseksualci, kao i bilo ko drugi, imaju pravo biti “svoji” i ne biti meta diskriminacije ili nekog drugog negativnog tretmana zbog njihove seksualne orijentacije. Međutim, kao i svaka druga osoba sa izvjesnim neobičnostima, moraju prihvatiti da se ne mogu kvalifikovati za izvjesne aktivnosti, koje su po prirodi stvari i usljed određenih okolnosti nespojive sa njihovim stilom života i neobičnošću.

Stoga, postupajući po pretpostavci koju je većina prihvatila da je seksualna orijentacija podnositeljke predstavke jedan od razloga koji su imali uticaj na cjelokupnu odluku o odbijanju odobrenja, nalazim da u kontekstu posebnih činjenica i okolnosti slučaja, legitimitet odbijanja ovog slučaja ni u kom slučaju nije osporiv. Vjerujem da je postojao razuman odnos proporcionalnosti i upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kojem se težilo.

Konačno i uzgred moram registrovati da ova presuda preinačava presudu Fretté protiv Francuske (broj 36515/97). Napori da se ovaj slučaj izdvoji od slučaja Fretté su prema mojem mišljenju bezuspješni i bespotrebni zato što je u oba slučaja centralno pitanje isto, prema načinu pristupa većine.

Stoga, smatram da u ovom slučaju nema kršenja (Konvencije).

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE MULARONI

Ne dijelim mišljenje većine u ovom slučaju.

U pogledu Prohvatljivosti:

U pogledu prihvatljivosti predstavke, smatram da je važno direktno naglasiti da predstavku smatram prihvatljivom, ali iz razloga drugačijih od razloga koje su dale moje kolege.

U stavu 43. presude Sud ponavlja da je pojam privatnog života, koji obuhvata mnoga prava i mogućnosti, veoma širok. Veoma je napredovalo tumačenje člana 8. Nedavno, u dvije predstavke koje se tiču tehnika vještačke oplodnje, Sud je izričito naveo da ta odredba štiti pravo na poštovanje “odluke” imati ili nemati djecu (vidjeti slučaj Evans protiv UK [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007-..., i slučaj Dickson protiv UK [GC], broj 44362/04, stav 66., ECHR 2007...).

Zaista, oba se slučaja tiču odluke imati “biološko” dijete. Međutim, ne mogu zaboraviti da je vjekovima usvajanje, veoma stara procedura poznata u skoro svim zemljama svijeta, bila jedino sredstvo kojim parovi bez svoje djece, mogu zasnovati porodicu sa djetetom. Iako je nesporno

da član 8. ne garantuje pravo na formiranje porodice, takvo pravo je međutim, garantovano članom 12. Konvencije. Dok "pravo" na usvajanje ne postoji, u svjetlu naše prakse koja s godinama donosi sve više i više prava i mogućnosti u okviru člana 8., smatram da je došlo vrijeme da Sud prihvati da mogućnost podnošenja zahtjeva za usvajanje djeteta prema domaćem zakonu spada u domen člana 8. Stoga bi član 14. bio primjenjiv.

Moj bi pristup stoga bio prestati proglašavati neprihvatljivima *ratione materiae* u smislu odredbi Konvencije one predstavke koje su podnijele osobe kojima domaći zakon dozvoljava da podnesu zahtjev za odobrenje usvajanja djeteta. Prema mom mišljenju, sve podnosiocje predstavke koji su u istoj ličnoj situaciji, bilo da ne mogu ili da im je ekstremno teško da začnu, treba Konvencijom zaštititi na isti način, u pogledu njihove legitimne želje da postanu roditelji, bez obzira da li su odlučili da se podvrgnu tehnikama vještačke oplodnje ili nastoje usvojiti dijete saglasno odredbama domaćeg zakona. Ne vidim nikakve jake argumente u prilog različitog postupanja.

Uz svo poštovanje prema mojim kolegama, iz razloga koje dalje navodim, pravne razloge u prilog utvrđenja da je predstavka prihvatljiva smatram prilično slabim; njima se ponavljaju razlozi već iznijeti u slučaju *Fretté* (presuda od 26. februara 2002. godine, broj 36515/97, stavovi od 30. do 33.).

Kako je to pravilno naglašeno u stavu 47. presude, da bi član 14. bio primjenjiv, činjenice slučaja moraju biti u domenu makar nekog od članova Konvencije, a ovdje to je član 8. Ukoliko Sud nije spreman da izmijeni staru praksu koju i danas primjenjuje, a prema kojoj sve faze prije sudskog odobrenja usvajanja prema domaćem zakonu, spadaju izvan nadležnosti Suda (o tome vidjeti, između ostalih izvora, *Pini i Ostali protiv Rumunije*, brojevi 78028/01 i 78030/01, stavovi 140.-42., ECHR-2004, i *Wagner i J.M.W.L. protiv Luksemburga*, presuda od 28. juna 2007. godine, broj 76240/01, stavovi 121.-22.), teško mi je razumjeti kako se može suprotno zaključiti da pravo zahtijevanja odobrenja za usvajanje "nesumnjivo" spada u domen člana 8. Konvencije (vidjeti stav 49. presude).

Prema mojem viđenju, ne treba da postavljamo, i da ne damo odgovor, na pogrešno pitanje, tj. da li "pravo" na usvajanje treba ili ne treba da spada u domen člana 8. Konvencije samostalno (vidjeti stav 46. presude). Domaće pravo kao ni međunarodni mehanizmi ne priznaju pravo na usvajanje, niti su to stranke osporavale. S druge strane, treba da utvrdimo, a to moramo jasno učiniti, da li domaćim zakonom data mogućnost usvajanja djeteta spada ili ne spada u domen člana 8. Konvencije. Ukoliko je odgovor negativan, nerazumljiv mi je zaključak, kako sam gore navela, da pravo na zahtijevanje odobrenja "nesumnjivo" spada u domen člana 8. a da je pritom, član 14. u vezi sa članom 8., primjenjiv. Iskreno, takav zaključak mi djeluje nelogično.

Dodala bih da je pristup primijenjen u presudi *Fretté* imao praktični efekt za prethodnu fazu postupka usvajanja djeteta, prihvatanjem predstavki kao prihvatljivih, koje su podnosili homoseksualci prema članu 14. u vezi sa članom 8., dok one predstavke koje su podnosili heteroseksualci, pozivom na član 8. samostalno, su odbacivane kao neprihvatljive *ratione materiae* sa odredbama Konvencije.

Zaista, zadnjih godina Sud je napredovao u interpretaciji člana 14. Međutim, smatram da interpretacija koja vodi utvrđenju primjenjivosti a koja generiše diskriminaciju a *contrario* u postupanju po predstavkama, ne odgovara duhu i rječniku člana 14.

U pogledu kršenja prava:

U vezi sa meritumom slučaja, ne dijelim razloge, niti zaključke većine.

Sud zapaža da su domaći upravni organi i sudovi, koji su odlučivali u slučaju, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva podnositeljke predstavke na dva glavna osnova: nepostojanje uzora oca i ambivalentnost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu.

U pogledu prvog osnova, koji se zasniva na nepostojanje uzora oca u domaćinstvu podnositeljke predstavke, priznajem da imam ozbiljnih sumnji u kompatibilnost sa članom 14. Konvencije. Ovaj se slučaj odnosi na zahtjev za odobrenje usvajanja, koju je podnio samac, a ne par.

Prema mom mišljenju, odluka da li samcu odobriti mogućnost usvajanja je na margini slobodne procjene države; ako se ta mogućnost odobri, tada zahtijevati od samca da uspostavi uzor drugog pola u njegovom ili njenom neposrednom krugu porodice ili prijatelja, nosi rizik nastanka neefektivnosti prava samca da traži odobrenje.

Međutim, smatram da drugi osnov na kome su domaći organi zasnovali svoje odluke, a koje se temelje na stavu partnerke podnositeljke predstavke, zahtijeva drugačiji pristup. Gospođa R., iako potvrđena i stalna partnerka podnositeljke predstavke i koja s njom živi u zajednici, jasno se distancirala od zahtjeva za izdavanje odobrenja za usvajanje. Vlasti, koje se neprestano pozivaju na ovu okolnost, direktno i davanjem razloga, zaključile su da podnositeljka predstavke nije dala potrebne garancije za usvajanje djeteta.

Član 4. Uredbe broj 98-771 od 1. septembra 1998. godine, nalaže predsjedniku vijeća relevantnog *département*-a da se uvjeri u postojanje uslova u kojima podnosilac predstavke predlaže pružanje doma, ispunjavaju potrebe djeteta za porodicom, odgoj i psihološku perspektivu. Značaj ovih mjera – u čije postojanje se vlasti moraju uvjeriti prije izdavanja odobrenja za usvajanje djeteta, se takođe može vidjeti u relevantnim međunarodnim instrumentima, i to u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine, Hačkoj Konvenciji, od 29. maja 1993. godine ili u nacrtu Evropske Konvencije o usvajanju djece (vidjeti stavove od 28. do 31. presude).

Dodatno, u domaćem zakonodavstvu i u svim međunarodnim mehanizmima najvažniji je interes djeteta (ibid.), kako to naš Sud uvijek prihvata i naglašava u svim slučajevima koji se tiču malodobnika. Kao i Državni savjet smatram da se tamo gdje samac koji hoće usvojiti dijete nalazi u stabilnoj vezi sa drugom osobom, od koje se neminovno traži da doprinese pružanju odgovarajućeg doma djetetu, upravne vlasti su ovlašćene i dužne da osiguraju, čak i ako predmetna veza nije pravno obavezujuća, da ponašanje ili ličnost treće osobe, posmatrano na osnovu objektivnih kriterijuma, bude pogodna u smislu pružanja odgovarajućeg doma. Na vlastima je obaveza obezbjeđenja uslovi u kojima se djetetu obezbjeđuje dom, koje je u prošlosti vrlo često iskusilo velike patnje i teškoće, idu u najvećoj mogućoj mjeri u prilog djeteta.

Stoga smatram da je drugi osnov, sam za sebe, dovoljan i relevantan razlog odbijanja odobrenja za usvajanje. Otuda ne pristajem na teoriju “kontaminacije” koju je većima promovisala u stavu 80. presude, i dalje. U tom smislu dijelim mišljenje sudije Loucaidesa. Radije ću se prikloniti pravu pravnih sistema koje dobro poznajem, prema kojima, ako se odluka zasniva na više osnova, za jedan od njih je dovoljno da bude valjan pa da i odluka u cjelini bude valjana.

Dodala bih da smatram većinsko tumačenje zaključaka domaćih sudova neopravdanim: iako domaći sudovi konstantno potvrđuju da homoseksualnost podnositeljke predstavke nije bio osnov odbijanja odobrenja, većina smatra da je poziv na njenu homoseksualnost bio ako ne direktan, onda makar indirektan, i da je utvrđen uticaj tog shvatanja na ocjenu njenog zahtjeva kao i da je bio odlučujući faktor (vidjeti stav 89. presude).

Dodatno, podnositeljka predstavke je ta koja se izjasnila kao homoseksualac, obzirom da je u vrijeme postupanja po njenom zahtjevu bila u stabilnoj homoseksualnoj vezi. Ne nalazim ništa diskriminatorno u pozivanju nacionalnih vlasti na potvrđenu homoseksualnost podnositeljke predstavke i njenu vezu. Zar ne bi bilo značajno pozvati se na ličnost heteroseksualnog partnera koji sa mogućim usvojioцем živi u stabilnoj zajednici, te na njegov ili njen stav po pitanju namjere usvajanja? Ne nalazim nijedan valjan razlog za stav da vlasti ne bi trebalo da se pozivaju na ove faktore, pa ni u najmanjoj mjeri. Dijete dolazi u domaćinstvo koje čine dvije osobe: stoga, vlasti moraju uzeti u obzir ličnost i stav te dvije osobe.

Ne razumijem ni na kojoj osnovi se može zaključiti da je uticaj homoseksualnosti podnositeljke predstavke bio odlučujući faktor, budući da su suprotno slučaju Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, domaće vlasti uvijek naglašavale da seksualna orijentacija podnositeljke predstavke nije osnov odbijanja zahtjeva za odobrenje usvajanja.

Iz svih gore iznijetih razloga, smatram da nema kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.