



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PRVO ODJELJENJE

PREDMET SCHWIZGEBEL protiv ŠVAJCARSKÉ

(Predstavka br. 25762/07)

PRESUDA
[Izvodi]

STRAZBUR

10. jun 2010.

U ovoj presudi može doći do redaktorskih izmjena.

© Savjet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2012. godina. Ovaj prevod urađen je uz pomoć Fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund) i nije obavezujući za Sud. Više informacija može se pronaći u punoj izjavi o autorskim pravima na kraju ovog dokumenta.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

U predmetu Schwizgebel protiv Švajcarske,

Evropski sud za ljudska prava (Prvo odjeljenje), zasjedajući u Vijeću u sastavu:

Christos Rozakis, *Predsjednik,*

Nina Vajić,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *sudije,*

i Søren Nielsen, *Sekretar odjeljenja,*

nakon vijećanja bez prisustva javnosti dana 20. maja 2010. godine,
donosi sljedeću presudu, usvojenu toga dana:

POSTUPAK

1. Predmet je pokrenut Predstavkom (br. 25762/07) protiv Švajcarske Konfederacije koji je dana 15. juna 2007. godine po članu 34 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) Sudu predala državljanka Švajcarske g-đa Ariane Schwizgebel (u daljem tekstu: Podnositeljka predstavke).

Podnositeljku predstavke zastupala je g-đa C. Nebel, advokat sa praksom u Ženevi. Vladu Švajcarske (u daljem tekstu: Vlada) zastupao je njen Zastupnik, g. F. Schürmann, Šef odjeljenja za ljudska prava i Savjet Evrope, Savezna kancelarija za pravdu.

2. Podnositeljka predstavke je navela, konkretno, da su joj švajcarske vlasti zabranile da usvoji drugo dijete zbog njene starosti.

3. Dana 17. februara 2009. godine Sud je odlučio da o predstavi obavijesti Vladu. On je takođe odlučio da u isto vrijeme odlučuje o prihvatljivosti i meritumu predstavke (član 29 stav 3 Konvencije).

ČINJENICE**I. OKOLNOSTI PREDMETA**

4. Podnositeljka predstavke rođena je 29. jula 1957. godine u Ženevi gdje i živi. Ona je neudata i ima stepen magistra muzike. Muzika je njen izvor prihoda.

5. Po riječima podnositeljke predstavke, kada je imala oko trideset godina, čovjek sa kojim je bila u vezi oko deset godina umro je u nesreći. Od tada ona nije željela da osnuje porodicu ni sa kim drugim. Međutim, vođena željom da odgaja djecu ona je nakon mnogo premišljanja odlučila da usvoji svoje prvo dijete.

6. Dana 16. aprila 1996. godine ona je tražila ovlaštenje Sektora za zaštitu djece Kantona Ženeve da dobije dijete sa ciljem da ga usvoji.

7. Podnositeljka predstavke objasnila je da je, nakon što je obavještena da će vjerovatno dobiti negativan odgovor zbog bračnog stanja, ona povukla svoj zahtjev dana 4. oktobra 1996. godine.

8. Nakon što se doselila u Delémont (Kanton Jura), ona je 1998. godine predala novi zahtjev za dozvolu da dobije dijete i zahtjev je prihvaćen na osnovu pozitivnog mišljenja koje je izdao Sektor za socijalno staranje (*Welfare Department*).

9. Dana 8. januara 2000. godine, ona je dobila malu djevojčicu, Violaine, rođenu u Vijetnamu 30. aprila 1999. godine

10. Na osnovu izvještaja o situaciji u njenom domu od 12. decembra 2001. godine, u kojem je data preporuka da se dijete usvoji, nadzorni organ Delémonta dozvolio je usvajanje 26. juna 2002. godine.

11. Dana 9. jula 2002. godine podnositeljka predstavke tražila je ovlaštenje da dobije drugo dijete sa ciljem da i njega usvoji.

12. Sektor za socijalno djelovanje (*Social Action Department*) Republike i Kantona Jura odbilo je taj zahtjev svojom odlukom od 5. septembra 2002. godine koja je potvrđena i po žalbi dana 7. novembra 2002. godine.

13. Administrativno odjeljenje Kantonalnog suda Kantona Jura potvrdilo je tu odluku o odbijanju zahtjeva dana 25. avgusta 2003. godine.

14. Dana 19. januara 2004. godine podnositeljka predstavke – koja se ponovo preselila u Ženevu 2003. godine – ponovo je tražila dozvolu da dobije drugo dijete sa ciljem usvojenja: dijete iz Južne Amerike starosti između jedne i tri godine.

15. U odluci od 19. jula 2004. godine Sektor za zaštitu djece odbio je njen zahtjev.

16. Podnositeljka predstavke žalila se protiv te odluke ali njenu je žalbu Sud pravde Kantona Ženeva proglasio nepravovremenom – i stoga neprihvatljivom- dana 28. septembra 2004. godine

17. Dana 25. januara 2005. godine ona je predala novi zahtjev za odobrenje da dobije dijete za svrhe usvojenja ali je taj zahtjev odbila Kancelarija za mlade Kantona Ženeve u odluci od 12. septembra 2005. godine.

18. Dana 7. decembra 2005. godine na pojedinačnoj raspravi pred vlastima Kantona, podnositeljka predstavke navela je da on želi da dobije dijete mlađe od pet godina i da bi voljela da to bude dijete iz Vijetnama, kao prvo dijete koje je usvojila iako bi prihvatila i mogućnost da usvoji dijete iz neke druge zemlje.

19. U odluci od 24. aprila 2006. godine Sud pravde Kantona Ženeve odbacio je žalbu podnositeljke predstavke i potvrdio odbijanje da se dozvoli privremeno smještanje djeteta kod nje sa ciljem usvojenja. Ovaj sud nije doveo u pitanje činjenicu da su prepoznate vaspitne kvalitete podnositeljke predstavke koje se baziraju na ljubavi, poštovanju i hrišćanskim vrijednostima. Nadalje, Sud je smatrao da je podnositeljka predstavke imala dovoljno sredstava jer je imala poslove na kojima je dobijala platu. Sud je bio mišljenja, međutim, da usvojenje drugog djeteta može nepravično da utiče na situaciju Vilaine. Štaviše, sud je našao da je podnositeljka predstavke potcijenila specifične teškoće usvojenja, a naročito usvojenja djeteta iz inostranstva. Sud je dalje izrazio određene rezerve po pitanju dostupnosti podnositeljke predstavke i mogućnosti da joj otac brat pomognu u brizi za drugo dijete. Zato je Sud zaključio da mu okolnosti u cjelini nisu omogućavale da predvidi da će usvojenje poboljšati dobrobit djeteta.

20. U presudi od 5. decembra 2006. godine koja je dostavljena zastupniku podnositeljke predstavke 22. januara 2007. godine, Savezni sud odbacio je upravno pravnu žalbu podnositeljke predstavke, našavši sljedeće:

“...

2.1 Po članu 264 Zakonika o građanskom postupku – u verziji koja je na snazi od 1. januara 2003. godine – dijete može da se usvoji ukoliko su se budući usvojitelji starali za njega i obezbjeđivali njegovo vaspitanje najmanje godinu dana i ako su sve okolnosti takve da se može predvidjeti da će uspostavljanje odnosa roditelj- dijete unaprijediti dobrobit djeteta a da neće nepravično uticati na situaciju bilo kog drugog djeteta roditelja usvojitelja. Svim usvojenjima mora da prethodi smještanje u porodicu i odnos hraniteljstva u određenom trajanju. Kao imperativni uslov za usvajanje, ova mjera služi da se opravda kasnije uspostavljanje odnosa roditelj-dijete, da bi se omogućio probni period za osobe na koje to na bilo koji način utiče, i da bi se dala mogućnost i sredstva da se obezbijedi da će se usvojenjem unaprijediti dobrobit djeteta (*ATF* [presuda Saveznog suda] 125 III 161 tačka 3a str. 162 i tu navedeni drugi izvori). Po članu 316 Građanskog zakonika, za smještanje djece kod hranitelja mora da se dobije ovlašćenje i mora da se vrši nadzor nadzornog organa ili nekog drugog organa zaduženog za prebivalište predmetnog roditelja, koji je određen pravom Kantona (stav 1); kada se dijete smjesti u neku porodicu sa ciljem da bude usvojeno, nadležan je samo jedan organ kantona (stav 1bis, na snazi od 1. januara 2003. godine); Savezni savjet propisuje uslove za implementaciju (stav 2).

U skladu sa članom 11b Naloga Saveznog savjeta od 19. oktobra 1977. godine kojim se uređuje smještanje djece sa ciljem da im se pruži podrška i da budu usvojena (*'OPEE'*; *RS* 211.222.338), koja je na snazi od 1. januara 2003. godine, ovlašćenje za smještanje djeteta daje se samo ako lične kvalitete, zdravstveno stanje i vaspitni kapaciteti budućeg usvojitelja i drugih lica koja žive u njegovom domaćinstvu, i stambeni uslovi, nude sve garancije da će dijete koje bude tu smješteno osjetiti dobro od odgovarajuće brige, vaspitanja i obrazovanja, te da će se sačuvati dobrobit druge djece koja žive u toj porodici (stav 1(a)), kada nema zakonskih prepreka budućem usvojenju i kada sve okolnosti zajedno, a naročito motivi budućeg usvojitelja, omogućuju da se predvidi da će usvojenje unaprijediti dobrobit djeteta (stav 1 (b)). Posebno mora da se uzme u obzir interes djeteta kada je razlika u starosti između

djeteta i usvojitelja veća od 40 godina (član. 11b § 3 (a) *OPEE*; v. o ovom pitanju, *ATF 125 III 161* tačka 7a p. 167/168).

Ovaj primarni uslov za usvojenje – dobrobit djeteta (član 264 Građanskog zakonika) – nije lako verifikovati. Vlasti moraju da utvrde da li je usvojenje zaista takvo da može da obezbijedi najbolji mogući razvoj ličnosti djeteta i poboljšanje njegove ili njene situacije; to pitanje mora da se ispita u svakom smislu (emotivnom, intelektualnom, fizičkom), a da se ne pripisuje pretjerana težina materijalnom faktoru (*ATF 125 III 161* tačka 3a *in fine* p. 163 i tu navedeni drugi izvori).

2.2 Po članu 264b stav 1 Građanskog zakonika, osoba koja nije u braku – bilo da nije sklapala brak, ili je udovac/udovica ili razvedena osoba – može sama da usvoji dijete ako ima najmanje 35 godina. U ovom obliku usvojenja odnos roditelj – dijete uspostavlja se sa jednim roditeljem. Kao rezultat te situacije, roditelj usvojitelj mora sam da preuzme dužnosti da zadovolji potrebe djeteta i da bude na raspolaganju da se stara o djetetu u mjeri koja je veća nego što se traži od svakog od roditelja koji zajedno usvajaju dijete. Shodno tome, vlast mora posebno da uzme u obzir interese djeteta kada podnosilac zahtjeva nije u braku ili kada on ili ona nije u stanju da usvoji dijete zajedno sa svojim supružnikom (član 11b stav 3 (b) *OPEE*). Namjera zakonodavca bila je da zajedničko usvojenje treba da bude pravilo, a usvojenje djeteta od strane samohranog roditelja da bude izuzetak (*ATF 111 II 233* tačka 2cc stranica 234/235). Može se zaista smatrati da se interes djeteta, koji je od najvećeg značaja, sastoji u principu od toga da živi sa cjelovitom porodicom. Ipak, zakon izričito dozvoljava usvojenje od strane lica koje nije u braku i ne uslovljava njega ili nju time da moraju da postoje “validni razlozi” – za razliku od lica koja žele da usvoje odraslu osobu ili lice lišeno poslovne sposobnosti. U svakom slučaju kada su ispunjeni uslovi koji omogućuju dobrobit djeteta, i usvajanje od strane lica koje nije u braku ispunjava sve uslove za ispunjenje i lični razvoj djeteta, takvo usvojenje se dozvoljava; u takvim slučajevima u fazi preliminarnog smještanja djeteta ispunjavaju se uslovi predviđeni članom 11b *OPEE* i mora se dati dozvola za smještanje djeteta (*ATF 125 III 161* tačka 4b p. 165 I drugi tu navedeni izvori).

3.1 Niži sud našao je da je lice koje je podnijelo žalbu imalo odgovarajuće vaspitne kvalitete. Ona je mogla i da računa na široku mrežu lica koja bi joj pomogla u njenom projektu i koja su obećala da će joj pomoći da se stara za djecu kada bude zauzeta. Od kada je njen zahtjev odbijen u Kantonu Jura (v. B.a ranije u tekstu), ona je promijenila organizaciju svog života tako što se preselila u Ženevu, gdje obavlja svoju profesionalnu djelatnost; od novembra 2004. godine iznajmljuje stambeni prostor u kraju koji je blizu crkvi u kojoj je ona *maître de chapelle* i to u zgradi u kojoj se takođe nalaze kancelarije i sekretarijat muzičkog festivala čiji je ona umjetnički direktor. I na kraju, njeni finansijski resursi su dovoljni (7.000 [švajcarskih franaka–CHF] mjesečno). Kada su ove stvari utvrđene, nije bilo potrebno da se one ponovo ispituju.

3.2 U svom zahtjevu od 19. januara 2004. godine podnositeljka žalbe tražila je ovlaštenje da dobije ‘drugo dijete iz Južne Amerike, starosti od jedne do tri godine’; po zahtjevu koji je predat naredne godine izgleda da se ti kriterijumi nisu promijenili. Međutim, kada se ona lično pojavila pred nadležnim organom Kantona 7. decembra 2005. godine ona je izjavila da želi da dobije dijete ‘starosti do pet godina’; ističući da je A (prvo dijete koje je usvojila) iz Vijetnama, ona je izrazila želju da joj se povjeri dijete koje je ‘rođeno u toj zemlji’, iako je ‘naravno otvorena za mogućnost da dobije dijete iz neke druge zemlje’.

Kako je ovaj Sud našao u jednom novijem predmetu, takav pristup ne može da se prihvatiti (v. presudu 5A.11/2005, 3. avgust 2005, tačka 3.1, u *FamPra.ch* 2006 str. 177). Izvještaj o situaciji u domu podnositelja zahtjeva (član 268a Građanskog zakonika i član 11d *OPEE*) sastavlja se u skladu sa starošću i porijeklom djeteta, što su faktori koje podnositelj zahtjeva mora da navede (član 11g stav 2 (a) i (c) *OPEE*). Kancelarija za mlade je zato prilično s pravom, u svojim nalazima po žalbi na nivou Kantona, utvrdila da je taj dokument ‘sastavljen na osnovu zahtjeva za usvojenje djeteta starosti između jedne i tri godine u vrijeme dolaska’. Svi nalazi koji bi ukazivali suprotno ukazivali bi na to da zahtjev može da se promijeni u zavisnosti od slučaja, tako da se smanji razlika u godinama u ovom slučaju. Slijedi da kritika suda Kantona što nije dao ‘ovlašćenje za starije dijete, da bi se smanjila razlika u godinama’ izgleda neosnovana. Činjenica da je Konvencija između Švajcarske i Vijetnama o saradnji u pitanjima usvojenja djece stupila na snagu dok se radilo na žalbi u ovom predmetu, tj. 9. aprila 2006. godine (*RO* 2006 p. 1767), nije bitna; nadalje, podnositeljka žalbe ne pokazuje da bi ispunila uslove koji su predviđeni tim sporazumom, ili čak – bez obzira na mišljenje predstavnika Kancelarije za mlade (v. evidenciju pojedinačnog saslušanja od 5. aprila 2006. godine) – da bi njen projekat bio izvodljiv.

3.3 Podnositeljka žalbe rođena je 1957. godine i trenutno ima 49 godina; u odnosu na dijete starosti od jedne do tri godine – ako i zanemarimo vrijeme čekanja u postupku usvojenja iz druge zemlje – razlika u godinama bila bi između 46 i 48 godina. U svjetlu sudske prakse Saveznog suda takva razlika je prevelika (v. presudu 5A.6/2004 od 7. juna 2004, tačka 3.2, objavljeno u *FamPra.ch* 2004 str. 710: lice koje nije u braku ‘staro gotovo 50 godina’ želi da usvoji ‘djevojčicu mlađu od pet godina’; v. takođe i izvore citirane u *ATF* 125 III 161 tačka 7a, p. 167/168).

Kako su vlasti Kantona ispravno istakle, čak i razlika od 45 godina je prevelika. U tom slučaju bi se podnositeljka žalbe sa 60 godina, našla u situaciji da je bez partnera roditelj dva tinejdžera koji bi, uz probleme koji se javljaju u tom životnom dobu, mogli da se suoče sa posebnim poteškoćama kao usvojena djeca (v. npr. presuda 5A.21/1999 od 21. decembra 1999. godine, stavka 3d, objavljeno u *FamPra.ch* 2000 p. 546), posebno pošto bi buduće dijete moglo da ima specifične potrebe. Podnositeljka žalbe nije u pravu kada se poziva na presudu Saveznog suda 125 III 161 (razlika u godinama između 44 i 46 godina), gdje se još uz to radilo o usvajanju jednog djeteta (v. tačku 3.4 u ovom tekstu).

3.4 Mišljenje suda koje slijedi, prema kome je podnositeljka žalbe potcijenila teret koji predstavlja drugo dijete, ne može da se ospori. Iako se može priznati, sa stanovišta teorije, da pristustvo sestre ili brata može da ima korisne efekte u emotivnom i socijalnom smislu (v. presuda 5A.25/1996 od 1. maja 1997. godine, tačka 6b, neobjavljeno, u *SJ* 1997 str. 597 et seq.), ta ocjena treba da se pažljivo donese kada je riječ o usvojenoj djeci. U izvještaju o situaciji u domu podnositeljke navodi se da postoji rizik da A., nakon uživanja potpune majčinske pažnje, doživi ‘reaktivirajući osjećaj da je napuštena’; pozitivni efekti novog usvojenja na njenu situaciju (član 264 *in fine* Građanskog zakonika, član 9(b) LF-ClaH (Savezni zakon o Konvenciji iz Haga), i član 11b stav 1(a), *in fine* *OPEE*) nisu stoga sigurni (v. generalno, Lücker-Babel, *Adoption internationale et droits de l'enfant*, Fribourg 1991, str. 44; ovaj autor navodi da je ‘upravo u porodicama koje imaju više usvojene djece ili više biološke djece (i samo jedno usvojeno dijete) stopa neuspjeha najviša’). Uz to ne može da se odbaci da bi drugo dijete moglo imati poteškoća vezanih za uskraćenost od koje pate djeca koja su napuštena (presuda 5A.9/1997 od 4. septembra 1997, tačka 4b, objavljena u *RDT* 1998 str. 118), i to može da komplikuje organizaciju koju je

napravila podnositeljka žalbe. Ovi nalazi konzistentni su sa nalazima Sektora za socijalno djelovanje kantona Jura koji se nalaze u njihovom dodatnom izvještaju od 11. juna 2003. godine.

Podnositeljka žalbe osporava tu ocjenu; ona potvrđuje, pozivajući se na izjave trećih lica, da bi drugo usvojenje bilo ‘korisno za A.’ i kritikuje sudije Kantona što su se upustili u ‘teoretska nagađanja’. Te kritike djeluju neopravdano. S obzirom na to da ovlaštenje za smještanje djeteta prethodi odluci o usvojenju, nadležni organ neizbježno mora dati prognozu. U svjetlu karakteristika usvajanja od strane samohranog roditelja i dramatičnih posljedica koje bi neuspjelo usvojenje imalo za dijete (v. na ovu temu, Lücker-Babel u *RDT* 1994. str. 86 et seq.), nižem sudu ne može se prigovoriti da je bio pretjerano temeljit i previše strog (v. Breitschmid, *op. cit.*, n. 19 ad član 264 Građanskog zakonika i citiranu literaturu), jer se zapravo ti u traži od tog suda članom 11b stav 3 OPEE (‘najkonkretnije’). Nije zadatak ovog Suda da zamijeni svoje poimanje dobrobiti djeteta poimanjem nadležnih organa Kantona i istražitelja (v. *FamPra.ch* 2006 p. 178, tačka 3.2, *in fine*, I tu navedeni drugi izvori), već samo da utvrdi da li su uzete u razmatranje relevantne okolnosti ili, zapravo, da li su se previdjeli ključni faktori. Bez obzora na kategorična poricanja podnositeljke žalbe, to ovdje nije slučaj.

3.5 Vlasti Kantona našle su da pomoć oca podnositeljke žalbe ne bi mogla da posluži kao rješenje za staranje o A. i drugom djetetu; prisustvo oca starog 85 godina u kući učinila bi upravo suprotno, bila bi hendikep u budućnosti jer bi njegova kćerka morala da mu pruža pomoć i podršku u određenom trenutku. Brat podnositeljke žalbe koji nema djece – a ne zna se da li njegova supruga ima nekih profesionalnih djelatnosti – mogao bi zaista da joj pomogne sa budućim djetetom, kao što već radi sa A.; međutim, njen brat živi u Lozani. Slično tome, lice koje treba da bude kum usvojenog djeteta živi u Lionu. I na kraju, pomoć susjeda u njenoj zgradi i veoma bliskih prijatelja, zajedno sa prisustvom kuma i kume A. ne mijenja na stvari, pošto je važan kriterijum dostupnost same podnositeljke žalbe; štaviše, vaspitanje djece obaveza je roditelja, a i lakše je izraziti namjeru da se pruži pomoć u nekom apstraktnom kontekstu postupka usvojenja, nego u svakodnevnom životu i u periodu od oko dvadeset godina.

Ovo je mišljenje u skladu sa sudskom praksom Suda i sa pravnom naukom (*FamPra.ch* 2006 p. 178 tačka 3.2; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, vol. I, 3rd ed., no. 263, sa drugim tu navedenim izvorima). Podnositeljka žalbe može da tvrdi štogod želi, ali nadležni organi Kantona nisu minimalizovali uključenost njene porodice i prijatelja priklonivši se ‘teoretskim tvrdnjama’. Sud je imao prilike da vidi ovakvu situaciju u jednom nedavnom predmetu u kome je, uprkos postojanju ‘šire porodice’ majka koja se prijavila za usvojenje drugog djeteta morala da povjeri svoju usvojenu kćerku susjedu kada je otišla u bolnicu (*FamPra.ch* 2006 *ibid*). Što se tiče mogućnosti da se mora brinuti za svog oca, podnositeljka žalbe navela je samo da bi njen brat ‘bio prisutan’, ali on sam nije potvrdio tu tvrdnju, a uz to bi on trebalo da nadomjesti nedostatke podnositeljke predstavke. Štaviše, interes djeteta ne može da se mjeri samo u smislu dostupnosti roditelja koji sam traži da usvoji dijete (Meier/Stettler, *ibid*). Ovdje izloženi osnovi su, u svakom slučaju, dovoljni da se potvrdi odluka na koju je uložena žalba.

4. I da zaključimo, s obzirom na diskreciona ovlaštenja koja uživaju organi za smještanje djece (*RDT* 1998 str. 118 tačka 4b), odluka nižeg suda ne može se kritikovati. Shodno tome, žalba se mora odbiti, a sudski troškovi moraju se dosuditi protiv podnositeljke žalbe (član 156(1) Zakona o sudskoj organizaciji).”

II. RELEVANTNO DOMAĆE, KOMPARATIVNO I MEĐUNARODNO PRAVO

A. Domaće pravo

21. Relevantne odredbe švajcarskog Građanskog zakonika glase:

Glava IV: Usvojenje

A. Usvojenje maloljetnika

Član 264 (Opšti uslovi)

“Dijete može biti usvojeno ukoliko su mu budući usvojitelji obezbjeđivali staranje I vaspitanje najmanje godinu dana i ukoliko, u svjetlu svih okolnosti, može da se predvidi da će uspostavljanje odnosa roditelj-dijete unaprijediti dobrobit djeteta, a da se u isto vrijeme ne utiče nepravično na situaciju druge djece usvojitelja.”

Član 264b (Usvojenje samohranog roditelja)

“1. Lice koje nije u braku može samo da usvoji dijete ako ima najmanje 35 godina.

...”

Član 268a (Ispitivanje)

“1. Usvojenje se ne dozvoljava ukoliko se ne obave ispitivanja svih suštinskih okolnosti, kada je potrebno i uz pomoć eksperata.

2. Ova ispitivanja moraju se odnositi, naročito, na ličnost i zdravlje roditelja usvojitelja i djeteta, da li roditelji usvojitelji i dijete odgovaraju jedni drugima, mogućnosti roditelja da podižu dijete, njihovu finansijsku situaciju, njihove motive, porodične okolnosti i razvoj hraniteljskog odnosa.

3. Kada roditelji usvojitelji imaju potomke, mišljenje potomaka mora se uzeti u obzir.”

Član 316 (Nadzor nad djecom koja su smještena kod hranitelja)

“1. Za smještanje djece kod hranitelja mora se dobiti ovlaštenje i obavljati nadzor nadzornog organa ili nekog drugog organa prebivališta hranitelja, u zavisnosti od toga kako je previđeno zakonima Kantona.

1bis. Kada je djete smješteno sa ciljem da bude usvojeno, odgovoran je jedan organ Kantona.

2. Savezni sud izdaje propise za implementaciju.”

22. Relevantne odredbe Uredbe saveznog vijeća kojima se reguliše smještanje djece da bi dobila podršku sa ciljem da budu usvojena (u daljem tekstu: OPPE) od 19. Oktobra 1977. godine glasi:

Član 11b (Uslovi za davanje ovlašćenja)

“Ovlašćenje može da se da kada:

- (a) lične kvalitete, zdravstveno stanje i vaspitni kapaciteti budućih roditelja usvojitelja i drugih lica koja žive u njihovom domaćinstvu, zajedno sa uslovima stanovanja, pružaju sve garancije da će dijete koje dobija hraniteljsko staranje dobiti odgovarajuće staranje, vaspitanje i obrazovanje i da će biti zaštićena dobrobit druge djece u porodici; i kada
- (b) nema zakonskih prepreka koje bi spriječile buduće usvojenje i uz uslov da se može predvidjeti, u svjetlu svih okolnosti, naročito motiva budućih roditelja usvojitelja, da će usvojenje unaprijediti dobrobit djeteta.

Kapaciteti budućih roditelja usvojitelja iziskuju posebnu pažnju ukoliko ima okolnosti koje mogu otežati njihov zadatak, a naročito:

- (a) kada se može pojaviti strah, s obzirom na starost djeteta, posebno ako je starije od šest godina, ili u smislu razvoja djeteta, da će biti poteškoća u uklapanju djeteta u njegovo novo okruženje;
- (b) kada je dijete fizički ili mentalno hendikepirano;
- (c) kada se u jednu istu porodicu smješta više od jednog djeteta;
- (d) kada porodica već ima više od jednog djeteta.

Nadležni organ uzeće u obzir naročito interese djeteta kada:

- (a) je razlika u godinama između djeteta i budućeg oca ili majke usvojitelja veća od 40 godina;
- (b) podnosilac zahtjeva nije u braku ili ne može da usvoji dijete zajedno sa svojim supružnikom.

Član 11g (Privremeno ovlašćenje da se dobije dijete koje je ranije živjelo u inostranstvu)

Kada budući roditelji usvojitelji ispunjavaju uslove predviđene članom 11b i 11c, stav 1, može se dati privremeno ovlašćenje da se dobije dijete koje je ranije živjelo u inostranstvu sa ciljem usvojenja, čak i kada još nije određeno koje će to dijete biti.

U svom zahtjevu, budući roditelji usvojitelji navode:

- (a) zemlju porijekla djeteta;

(b) službu ili lice u Švajcarskoj ili u inostranstvu čija će pomoć biti potrebna u pronalaženju djeteta;

(c) njihove uslove u pogledu starosti djeteta;

(d) kada je to prikladno, njihove uslove u vezi pola djeteta ili njegovog zdravstvenog stanja.

Privremeno ovlaštenje može se ograničiti vremenski i mogu se postaviti određene obaveze i uslovi.

Budući roditelji usvojitelji mogu dobiti dijete u Švajcarskoj tek kada se izda viza ili se obezbijedi boravišna dozvola.

Nakon što dijete uđe na teritoriju Švajcarske, nadležni organ donosi odluku o davanju stalnog ovlaštenja.”

B. Komparativno pravo

1. Usvojenje od strane samohranih lica

23. Većina evropskih zakona dozvoljavaju usvojenje od strane lica koja nisu u braku. Međutim, može se tu naći niz različitih situacija. Odredbe zakona i drugih propisa određenih država dozvoljavaju svakom licu, muškarcu ili ženi, sa ili bez preciznog navođenja bračnog stanja, da se prijave za usvojenje. Takav je slučaj, konkretno u sljedećim državama: Belgija, Republika Češka, Estonija, Finska, “Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija”, Francuska, Mađarska, Irska, Malta, Holandija, Portugal, Rusija, Španija, Švedska, Turska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Određene države, kao što su Njemačka i Letonija, dozvoljavaju usvojenje od strane samohranog lica uz ispunjavanje određenih uslova. U njemačkom zakonodavstvu usvojenje se smatra legitimnim kada doprinosi fizičkoj i moralnoj dobrobiti djeteta i kada se može očekivati uspostavljanje efektivnog odnosa roditelj-dijete.

24. Druge države uvode ograničenja na usvojenje djeteta od strane samohranih lica. Na primjer, u Slovačkoj i Hrvatskoj, usvojenje od strane samohranog roditelja i dalje predstavlja izuzetak. Ta mogućnost se može predvidjeti samo ukoliko se može pokazati da je usvojenje u interesu djeteta (u Slovačkoj i Hrvatskoj). U sličnom tonu, zakoni u Srbiji i Crnoj Gori dozvoljavaju usvojenje od strane samohranog lica samo ukoliko postoji dovoljno razloga da se ono opravda. Pravo u Luksemburgu pravi razliku između jednostavnog usvojenja (kojim se ne prekida veza sa porodicom porijekla) i potpunog usvojenja (kojim se prekidaju sve zakonske veze sa porodicom porijekla), propisujući da je za samohrana lica moguće samo jednostavno usvojenje, a ne i potpuno. Za razliku od Francuske i Belgije koje takođe prave razliku između te dvije vrste usvojenja, ali ipak

dozvoljavaju da samohrana lica usvoje djecu na oba ova načina, u Luksemburgu ili u Crnoj Gori nije moguće da se samohrana lica prijave za potpuno usvojenje.

25. Zakonodavstvo u Italiji slično je zakonodavstvu u Luksemburgu i Crnoj Gori, pošto samohrana lica mogu da dobiju dozvolu da usvoje maloljetnike samo u kontekstu “usvojenja u posebnim okolnostima”. Definicija “usvojenja u posebnim okolnostima” odgovara definiciji jednostavnog usvojenja, pošto omogućava usvojenom djetetu da zadrži pravne veze sa porodicom porijekla.

2. Uslovi za minimalnu i maksimalnu starost eventualnih usvojitelja

26. Većina zakona i drugih propisa država članica Savjeta Evrope propisuje minimalnu starost eventualnih usvojitelja. Ta granica se tokom dvadesetog vijeka kontinuirano pomijerala naniže. Većina evropskih pravnih sistema sada određuje minimalnu starost između osamnaest i trideset godina. Republika Češka, “Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija”, Mađarska i Rumunija nalaze se među rijetkim državama članicama koje ne propisuju minimalnu starost za lica koja žele da usvoje dijete.

27. Neka zakonodavstva, doduše mali broj, izričito predviđaju maksimalnu starost za eventualne usvojitelje. Na primjer, Hrvatska, “Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija”, Grčka, Crna Gora, Holandija i Portugal propisuju maksimalnu starost između trideset i pet i šezdeset godina (Grčka i Portugal konkretno ovu višu granicu). Specifičnim se razlozima može u izuzetnim slučajevima opravdati nepoštovanje pravila o maksimalnoj starosti. To je, na primjer, slučaj u Crnoj Gori i u Holandiji, gdje se izuzeće od poštovanja uslova o maksimalnoj starosti može dati kada ima dovoljno razloga da se opravda takav izuzetak ili specifične okolnosti. U Crnoj Gori i “Bivšoj Jugoslovenskoj Republici Makedoniji”, kada je moguće izuzeće od poštovanja pravila o maksimalnoj starosti usvojitelja, uvodi se dodatni uslov koji se odnosi na razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika.

28. U drugoj grupi država, gdje se ne propisuje maksimalna starost, nadležni državni organi u oblasti usvojenja ipak uzimaju u razmatranje starost lica koje želi da usvoji dijete kada ispituju njegovu ili njenu ličnu situaciju. To se može vidjeti u dostupnim materijalima o pravnim sistemima Belgije, Francuske, Irske, Rumunije, Slovačke, Španije, Švedske i Ujedinjenog Kraljevstva.

3. *Uslovi koji se odnose na razliku u godinama između usvojiteja i usvojenika*

29. Čini se da zakoni i drugi propisi u većini država članica takođe sadrže odredbe koje se odnose na razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika.

30. Niz pravnih sistema – Austrija, Belgija, Bugarska, Hrvatska, “Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija”, Francuska, Grčka, Mađarska, Italija, Luksemburg, Malta, Crna Gora, Holandija, Rusija, Srbija, Španija i Turska – propisuju minimalnu razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika. Ta razlika, kada je propisana, varira između četrnaest i dvadeset i jedne godine. Treba primijetiti, međutim, da zakoni i drugi propisi ovih država ne omogućavaju odstupanje od principa minimalne razlike u godinama u određenim situacijama.

31. U drugoj grupi pravnih sistema, uključujući naročito Republiku Češku, Dansku, Estoniju, Finsku, Njemačku, Irsku, Portugal, Rumuniju, Slovačku, Švedsku, Ukrajinu i Ujedinjeno Kraljevstvo, zakonom nije predviđena minimalna razlika u godinama. U tim slučajevima zakoni izričito predviđaju da razlika u godinama mora biti “odgovarajuća”, “ni prevelika ni previše mala” ili “razumna”.

32. Neke države u svom zakonodavstvu određuju maksimalnu razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika, naime, četrdeset godina u Danskoj, Finskoj i Holandiji (u Holandiji samo za usvojenje djeteta iz inostranstva), četrdeset i pet godina u Hrvatskoj, “Bivšoj Jugoslovenskoj Republici Makedoniji”, Mađarskoj, Italiji, Malti, Srbiji i Ukrajini i pedeset godina u Grčkoj; a takođe u izuzetnim okolnostima u Crnoj Gori i Portugalu. Međutim, odstupanja od odredbi koje se odnose na maksimalnu razliku u godinama moguća su u posebnim okolnostima, koja su umnogome ista kao ona koja se uzimaju u obzir kada je riječ o minimalnoj razlici u godinama.

C. Međunarodno pravo

33. Značajan broj instrumenata kojima se reguliše usvojenje, naročito sa ciljem da se zaštite interesi djeteta, predviđaju različite uslove. Međutim, mali je broj tekstova koji izričito predviđaju uslove koji se odnose na mogućnost usvojenja od strane samohranog lica ili uslove koji se odnose na starost usvojitelja ili razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika. Određeni međunarodni instrumenti koji se tiču usvojenja odnose se na primjenu pravila domaćeg prava država potpisnica predmetne konvencije.

1. *Evropska Konvencija o usvojenju djece, 24. april 1967. godine*

34. Evropska konvencija o usvojenju djece od 24. aprila 1967. godine, ostaje najznačajniji instrument Savjeta Evrope u oblasti usvojenja. On je

stupio na snagu 26. aprila 1968. godine. Do danas je osamnaest država članica, uključujući Švajcarsku, ratifikovalo ovu Konvenciju, a tri su je samo potpisale.

35. Prema prvom članu ovog instrumenta, države članice Savjeta Evrope, strane ugovornice Konvencije, preuzimaju obavezu da obezbijede da je njihovo pravo u skladu sa odredbama Dijela II Konvencije. U tom Dijelu izlaže se minimalan broj suštinskih principa za koje se države obavezuju da će ih sprovesti sa ciljem da se harmonizuju takvi principi i evropska praksa u pitanjima usvojenja.

36. Što se tiče lica kojima se dozvoljava da usvoje dijete, član 6 propisuje da pravo strane ugovornice može da dozvoli da dijete usvoji jedno lice. Međutim, od država koje dozvoljavaju da samo parovi usvajaju djecu ne traži se da donesu odredbe kojima će dozvoliti usvojenje od strane samohranog lica.

37. Što se tiče starosne granice za roditelje usvojitelje i razlike u godinama između njih i djece, član 7 predviđa da “dijete može biti usvojeno samo ukoliko je usvojitelj napunio minimalne godine starosti koje se propisuju za tu svrhu, a to ne smije biti manje od 21 ni više od 35 godina”. Međutim, “pravo može... da dozvoli da se odstupi od uslova minimalne starosti kada (a) je usvojitelj otac ili majka djeteta, ili (b) zbog posebnih okolnosti”.

38. Član 8 predviđa:

“1. Nadležni organ ne dozvoljava usvojenje ukoliko nije uvjeren da će usvojenje biti u interesu djeteta.

2. U svakom slučaju nadležni organ mora da obrati posebnu pažnju na to da je važno da usvojenje obezbijedi djetetu stabilan i harmoničan dom.

3. Po opštem pravilu, nadležni organ nije uvjeren u gore navedeno ukoliko je razlika u godinama između usvojitelja i djeteta manja od uobičajene razlike u godinama između roditelja i njihove djece.”

2. Evropska Konvencija o usvajanju djece (izmijenjena), 27. novembar 2008. godine

39. Promjene u pravu i u društvu koje su se desile u Evropi od prve Konvencije Savjeta Evrope o usvajanju djece dovele su do toga da je veliki broj država potpisnica izmijenio svoje zakone o usvajanju. Rezultat toga je da su određene odredbe Konvencije iz 1967. godine postepeno zastarjele. Zbog toga je sačinjena izmijenjena Konvencija koja je u skladu sa dešavanjima u društvu i u oblasti prava i koja uzima u obzir najbolje interese djeteta.

40. Evropska konvencija Savjeta Evrope o usvajanju djece (izmijenjena) koja je otvorena za potpis od 27. novembra 2008. godine, još nije stupila na

snagu; četrnaest država članica danas ju je potpisalo. Ona će, za strane ugovornice, zamijeniti Evropsku Konvenciju o usvajanju djece.

41. Po članu 7 izmijenjene Konvencije (uslovi za usvojenje), domaće pravo će “dozvoliti da dijete usvoji.... jedno lice”. Član 9 (minimalna starost usvojitelja) predviđa sljedeće:

“1. Dijete može biti usvojeno samo ukoliko je usvojitelj napunio minimalni broj godina propisan u zakonu za tu svrhu, a taj minimalni broj godina ne može biti ni manji od 18 ni veći od 30 godina. Između usvojitelja i djeteta mora da postoji odgovarajuća razlika u godinama, zbog najboljeg interesa djeteta, a najbolje bi bilo da to bude razlika od najmanje 16 godina.

2. Zakonom se može, međutim, dozvoliti da se ne ispuni uslov minimalne starosti ili razlike u godinama ukoliko je to u najboljem interesu djeteta:

a. kada je usvojitelj supružnik ili registrovani partner djetetovog oca ili majke; ili

b. zbog izuzetnih okolnosti.”

42. Ovaj član ne sprečava domaće pravo da uvede minimalnu starosnu dob usvojitelja od više od osamnaest godina. Svaka više postavljena granica za minimalnu starost ipak mora da poštuje princip usvajanja pohranjen u Konvenciji i, shodno tome, ta starost ne može da bude više od trideset godina. Gornja granica minimalne starosti usvojitelja koja je određena Konvencijom iz 1967. godine na trideset i pet godina, danas izgleda pretjerana; stoga je ona određena na trideset godina. Štaviše, Konvencija ne propisuje maksimalnu starost usvojitelja (v. Obrazloženje izmijenjene Konvencije, stavovi 50-52).

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 14 U VEZI SA ČLANOM 8 KONVENCIJE

43. Pozivajući se na član 12, u vezi sa članom 14 Konvencije, podnositeljka predstavke, neudata žena starosti četrdeset i sedam i po godina u vrijeme kada je podnijela zahtjev da dobije dijete sa ciljem usvojenja, žalila se da su joj švajcarske vlasti zabranile da usvoji drugo dijete zbog njenih godina. U vezi sa tim, ona je takođe konstatovala da je žrtva diskriminacije u odnosu na žene koje danas u tim godinama mogu da imaju biološku djecu. Član 14 glasi:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik,

vjeroispovjest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

44. Član 12 Konvencije predviđa:

“Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu sa unutrašnjim zakonima koji uređuju ostvarivanje ovog prava.”

45. Obavještenje o predavci dato je Vladi 17. februara 2009. godine. Oni su pozvani da predaju svoja zapažanja o mogućoj povredi člana 14, uzetog zajedno sa članom 8 Konvencije koji glasi:

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

2. Javne vlasti ne smiju se miješati u ostvarivanje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

...

B. Ocjena Suda

69. Sud je svjestan činjenice da se podnositeljka predstavke koja nije bila zastupana pred Sudom kada je podnijela ovu predstavku, pozvala na član 14 u vezi sa članom 12 Konvencije. Međutim, pošto Sud ima zadnju riječ kada je u pitanju karakterizacija koju treba dati u pravu činjenicama predmeta (v. na primjer, *Guerra i drugi protiv Italije*, 19. februar 1998. godine, stav 44, *Izvještaji o presudama i odlukama* 1998-I, i *Glor protiv Švajcarske*, br. 13444/04, stav 48, ECHR 2009), Sud smatra prikladnijim, u svjetlu svih okolnosti predmeta, da ovaj predmet ispita po članu 8.

...

2. Meritum

(a) Primjenjivi principi

76. Sud ponavlja da član 14 Konvencije pruža zaštitu od bilo kakve diskriminacije u uživanju prava i sloboda izloženih u drugim materijalnim odredbama Konvencije i protokola uz nju. Međutim, ne predstavlja svaka razlika u ophođenju automatski povredu tog člana. Mora se utvrditi da druga lica u analognoj ili relevantno sličnoj situaciji uživaju povoljniji tretman i da je ta razlika diskriminatorna (v. na primjer, *National & Provincial Building*

Society, Leeds Permanent Building Society i Yorkshire Building Society protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 23. oktobar 1997. godine, stav 88, *Izveštaji 1997-VII*, i *Zarb Adami protiv Malte*, br. 17209/02, stav 71, ECHR 2006-VIII).

77. Prema sudskoj praksi Suda, razlika u ophođenju je diskriminatorna u smislu člana 14 ukoliko nema objektivnog ili razumnog opravdanja. Postojanje takvog opravdanja mora se cijeliti u odnosu na cilj i efekte dotične mjere, uzimajući u obzir principe koji obično dominiraju u demokratskim društvima. Razlika u tretmanu u ostvarivanju prava predviđenih Konvencijom ne mora samo da ima legitiman cilj: član 14 je povrijeđen i kada se jasno utvrdi da nema razumnog odnosa srazmjernosti između korištenih sredstava i cilja koji se želio postići (v. na primjer, *Zarb Adami*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 72; *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 65731/01, stav 51, ECHR 2006-VI; i *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 8. jul 1986, § 177, Serija A br. 102).

78. Drugim riječima, pojam diskriminacije generalno pokriva one slučajeve kada je lice ili grupa tretirana bez pravog opravdanja, na nepovoljniji način od nekog drugog lica, čak i kada se povoljniji tretman ne traži Konvencijom (v. *Abdulaziz, Cabales i Baklandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. maj 1985. godine, stav 82, Serija A br. 94). Član 14 ne zabranjuje razliku u tretmanu koja je zasnovana na objektivnoj ocjeni suštinski različitih činjeničnih okolnosti i koja, pošto je zasnovana na javnom interesu, uspostavlja pravičnu ravnotežu između zaštite interesa zajednice i poštovanja prava i sloboda koje se štite Konvencijom (v. između ostalog, *G.M.B. i K.M. protiv Švajcarske* (dec.), br. 36797/97, 27. septembar 2001, i *Zarb Adami*, citirano ranije u tekstu ove presude, § 73).

79. Strane ugovornice uživaju određeno polje slobodne procjene u ocjeni da li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju razliku u tretmanu. Obim područja slobodne procjene variraće u zavisnosti od okolnosti, predmeta i konteksta. Jedan od relevantnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova između prava Strana ugovornica (v. između ostalog *Rasmussen protiv Danske*, 28. novembar 1984, § 40, Serija A br. 87; *Fretté protiv Francuske*, br. 36515/97, stav 40, ECHR 2002-I; *Stec i drugi*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 52; i *Inze protiv Austrije*, 28. oktobar 1987, stav 41, Serija A br. 126).

80. Pošto je Konvencija prvi i najznačajniji sistem za zaštitu ljudskih prava, Sud mora da uzme u obzir uslove koji se mijenjaju u tuženoj državi i u okviru strana ugovornica generalno i da reaguje, na primjer, na približavanje ciljevima koje treba postići. Postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova između pravnih sistema strana ugovornica može u vezi sa tim predstavljati relevantan faktor u određivanju obima polja slobodne procjene vlasti (v. *Rasmussen*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 40,

i, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 1)*, 26. april 1979. godine, stav 59, Serija A br. 30).

81. Konvencija i Protokoli uz nju moraju se takođe tumačiti u svjetlu sadašnjih uslova (v. *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 25. april 1978. godine, stav 31, Serija A br. 26; *Airey protiv Irske*, 9. oktobar 1979. godine, stav 26, Serija A br. 32; i *Vo protiv Francuske [GC]*, br. 53924/00, stav 82, ECHR 2004-VIII). I na kraju, Sud ponavlja dobro ustanovljen princip u svojoj sudskoj praksi da Konvencija ima za cilj da garantuje ne prava koja su teoretska ili iluzorna, već prava koja su praktična i djelotvorna (v. na primjer, *Artico protiv Italije*, 13. maj 1980, stav 33, Serija A br. 37).

(b) Primjena ovih principa na ovaj konkretan predmet

(i) Postojanje razlike u tretmanu između lica koja su u analognim situacijama

82. Podnosilac predstavke, neudata žena starosti četrdeset sedam i po godina u vrijeme kada je podnijela zahtjev da dobije dijete sa ciljem da ga usvoji, žalila se da su joj švajcarske vlasti zabranile da usvoji drugo dijete zbog njenih godina starosti. Ona je konkretno tvrdila da je žrtva diskriminacije u odnosu na žene koje danas mogu da imaju biološku djecu kada su njenih godina.

83. Vlada je, sa druge strane, konstatovala da nije bilo razlike u tretmanu od strane države u sličnim ili analognim situacijama, pošto država nije mogla da ima nikakav uticaj na mogućnost ili nemogućnost bilo koje žene da ima biološku djecu. Štaviše, Vlada je navela da se ne može zaključiti iz ovog predmeta da u Švajcarskoj postoji generalni diskriminatorni stav zasnovan na starosti lica koja žele da usvoje dijete. Sudska praksa Saveznog suda ilustruje suprotno, pošto u dva predmeta koji su ispitivani u ovom sudu nije utvrđeno da je prevelika razlika u godinama od četrdeset četiri ili čak četrdeset šest godina ...

84. Sud ne može da se složi sa mišljenjem podnositeljke predstavke da je ona žrtva diskriminacije u odnosu na žene koje danas mogu da imaju biološku djecu u tim godinama. Kao i Vlada, Sud nalazi da to ne predstavlja razliku u tretmanu od strane države u analognim ili sličnim situacijama. Kako je Vlada s pravom primijetila, država nema nikakav uticaj na mogućnost ili nemogućnost bilo koje žene da ima biološku djecu.

85. Sud je mišljenja, za razliku od toga, da podnositeljka predstavke može da smatra da je tretirana na drugačiji način od mlađe neudate žene, koja bi, u istim okolnostima, željela da dobije ovlašćenje da dobije drugo dijete sa ciljem usvojenja. Shodno tome podnositeljka predstavke može da tvrdi da je žrtva razlike u tretmanu lica koja su u analognim situacijama.

(ii) Postojanje objektivnog i razumnog opravdanja

86. Sud ne sumnja da je odbijanje da se da ovlašćenje da se dobije dijete sa ciljem usvojenja imalo barem jedan legitiman cilj: da se zaštite dobrobit i

prava djeteta (v. *mutatis mutandis*, *Fretté*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 38). Ostaje da se utvrdi da li je ispunjen i drugi uslov – postojanje opravdanja za različit tretman.

87. Sud napominje da je 1998. godine podnositeljka predstavke, tada stara četrdeset i jednu godinu, podnijela zahtjev za ovlaštenje da dobije prvo dijete i on je prihvaćen. U januaru 2000. godine dobila je malu djevojčicu rođenu u Vijetnamu. Usvojenje je finalizovano 26. juna 2002. godine (v. stav 10 ove presude).

88. Što se tiče kasnije procedure sa ciljem usvojenja drugog djeteta, Sud zapaža da domaće vlasti nisu ničim dovele u pitanje činjenicu da podnositeljka predstavke ima potrebne kapacitete da podiže dijete i finansijska sredstva da usvoji drugo dijete. Međutim, Savezni sud je našao da bi razlika u godinama između podnositeljke predstavke, koja u vrijeme donošenja njihove presude imala četrdeset i devet godina, i djeteta koje bi se usvojilo, bila između četrdeset i šest i četrdeset i osam godina, što je razlika koju je ovaj sud smatrao prevelikom i takvom da nije u najboljem interesu djeteta u okolnostima predmeta. Savezni sud je, kao I niži sud, dodao da je čak i ako se pretpostavi da se usvojenje odnosi na petogodišnje dijete, a ne na trogodišnje kako je podnositeljka predstavke prvobitno željela, razlika u godinama od četrdeset i pet godina u odnosu na dijete ipak izgledala prevelika.

89. Mora se konstatovati da ne postoji neka zajednička osnova u ovoj oblasti. U ovom predmetu podnositeljka predstavke željela je dijete da usvoji sama, kao samohrana majka. Na osnovu istraživanja koje je sprovedeno, Sud napominje da se takvo pravo ne jemči u svim državama članicama Savjeta Evrope, barem ne kao apsolutno. Neka zakonodavstva dozvoljavaju usvajanje od strane lica koje nije u braku kao izuzetak i samo ako se ispune određeni uslovi (stavovi 23 – 25 ove presude). Evropska konvencija o usvajanju djece, u svojoj verziji od 24. aprila 1967. godine, propisuje da zakoni strana ugovornica mogu da dozvole da dijete usvoji jedna osoba, ali ona ne uvodi obavezu da se to dozvoli (v. stav 36 ove presude), za razliku od izmijenjene Konvencije od 27. novembra 2008. godine, čiji će član 7 stav 1 (b) obavezati strane ugovornice te Konvencije, kada ona stupi na snagu, da ovlaste usvajanje od strane lica koje nije u braku.

90. Što se tiče godina starosti podnositeljke predstavke, koje su prema njenom mišljenju bile jedini kriterijum da se napravi razlika između nje i drugih, ne može se u pravnom sistemu strana ugovornica pronaći jedinstveni princip, ni za donju ni za gornju starosnu granicu za usvojitelja, ni za razliku u godinama između usvojitelja i usvojenog djeteta. Većina država članica Savjeta Evrope propisuje minimalnu starost za budućeg usvojitelja, starosnu granicu koja se tokom dvadesetog vijeka stalno pomjerala naniže (v. stav 26 ove presude). Uz to, član 264 (b) švajcarskog Građanskog Zakonika određuje starost od trideset i pet godina kao

minimalnu starost za lice koje kao samohrano želi da usvoji dijete (v. stav 21 ove presude), što je konzistentno sa članom 7 Evropske Konvencije o usvajanju djece od 24. aprila 1967. godine. Iz Obrazloženja uz izmijenjenu Konvenciju može se vidjeti da se ova granica čini previsokom i zato je u novoj verziji spuštena na trideset godina. Sud zapaža da ovakav razvoj događaja ne podriva stav Vlade u ovom predmetu, pošto se podnositeljka predstavke nije žalila da je zbog te minimalne starosti ona spriječena da usvoji drugo dijete.

91. Što se tiče maksimalne starosti za eventualne usvojitelje, Sud ponovo nalazi da je mnogo razlika u rješenjima koje su usvojili zakonodavci država članica. Zaista, neke države jesu odredile maksimalnu starost od šezdeset godina (v. stav 27 ove presude), ali Sud nalazi da iz tih izolovanih slučajeva ne može da proistekne nikakva obaveza za Švajcarsku. Treba takođe uzeti u obzir da ni Konvencija iz 1967. godine ni ona iz 2008. godine ne propisuju maksimalnu starost za usvojitelje. Sud napominje da se isto odnosi i na razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika. Sud želi da istakne da je u svjetlu svoje sudske prakse Savezni sud utvrdio da je u ovom konkretnom predmetu razlika između četrdeset i šest i četrdeset i osam godina prevelika. Po mišljenju Suda, takav zaključak nije sam po sebi nekompatibilan sa članom 14, iako neka zakonodavstva, doduše mali broj, dozvoljavaju čak i veću maksimalnu razliku u godinama (v. stav 32 ove presude). Konvencija iz 1967. godine ne predviđa nikakva fiksna pravila u vezi sa tim, a član 9, stav 1, Konvencije iz 2008. godine jednostavno predviđa da treba da postoji "prikladna razlika u godinama".

92. U svjetlu gorenavedenog, Sud je mišljenja da su, u odsustvu bilo kakvog konsenzusa u ovoj oblasti, švajcarske vlasti imale široko polje slobodne procjene i da su i domaće zakonodavstvo i njihove odluke jasno u okviru rješenja koje usvaja većina država članica Savjeta Evrope i, štaviše, u skladu su sa nadležnim međunarodnim pravom.

93. Sud smatra da je prilično prirodno da državne vlasti, čija je dužnost takođe da razmatraju u granicama svoje jurisdikcije interese društva u cjelini, treba da uživaju široku slobodu kada se od njih traži da donose odluke o takvim pitanjima. Pošto se delikatna pitanja koja se pokreću u ovom predmetu dotiču oblasti gdje je malo zajedničkih osnova među državama članicama Savjeta Evrope i, generalno gledano, pravo se u ovoj oblasti čini se nalazi u prelaznoj fazi, mora se vlastima svake države ostaviti široko polje slobodne procjene (v. *mutatis mutandis*, *Manoussakis i drugi protiv Grčke*, 26. septembar 1996, stav 44, *Izvještaji* 1996-IV, i *Cha'are Shalom Ve Tsedek protiv Francuske* [GC], br. 27417/95, stav 84, ECHR 2000-VII).

94. Ovo polje slobodne procjene ne treba, međutim, da se tumači kao da daje državi ovlašćenje da djeluje proizvoljno, a odluke vlasti podliježu reviziji Suda po pitanju usklađenosti sa uslovima iz člana 14 Konvencije.

95. Kako je Vlada navela, ovdje su u pitanju konkurentni interesi podnositeljke predstavke i djeteta. Država mora da se pobrine da lica koja su odabrana da usvoje dijete budu lica koja djetetu mogu da pruže najprikladniji dom u svakom smislu. I Sud ističe da je u vezi sa tim on već utvrdio da kada se uspostavlja porodična veza između roditelja i djeteta “naročita važnost mora da se prida najboljim interesima djeteta, koji, u zavisnosti od njihove prirode i ozbiljnosti, mogu da nadjačaju interese roditelja” (v. *E.P. protiv Italije*, br. 31127/96, stav 62, 16. novembar 1999. godine, i *Johansen protiv Norveške*, 7. avgust 1996. godine, stav 78, *Izveštaji 1996-III*).

96. Što se tiče ovog konkretnog predmeta, odluke domaćih vlasti uzimaju se u kontekstu akuzatorskih postupaka tokom kojih je podnositeljka predstavke imala mogućnost da iznese svoje argumente koje su vlasti propisno uzele u obzir. Te odluke sadrže detaljna obrazloženja i bazirane su naročito na detaljnim ispitivanjima koja su izvršile vlasti Kantona. Njih nisu inspirisali samo najbolji interesi djeteta koje bi bilo usvojeno, već i interesi djeteta koje je već usvojeno. Štaviše, sud nalazi da je vrijedno pomenuti da kriterijum razlike u godinama između usvojitelja i djeteta nije apstraktno određen švajcarskim zakonima, već ga fleksibilno određuje Savezni sud kada uzme u obzor okolnosti svakog predmeta. Konkretno, Sud ne smatra nerazumnim niti proizvoljnim argument domaćih organa da bi smještanje drugog djeteta, čak i slične starosti kao što je prvo predstavljalo dodatno opterećenje za podnositeljku predstavke. Sud ne može da se ne složi sa argumentum da su problem brojniji u porodicama u kojima ima više od jednog usvojenog djeteta (v. presuda Saveznog suda, tačka 3.4, stav 20 ove presude). Jasno je u ovoj vrsti predmeta da je potrebno koristiti statističke podatke i da je neizbježan određeni stepen špekulisanja.

97. Ako se uzme u obzir široko polje slobodne procjene koje je u ovoj oblasti dato državama i potreba da se zaštite najbolji interesi djece, odbijanje vlasti da smjeste drugo dijete kod podnositeljke predstavke ne kosi se sa principom proporcionalnosti.

98. Ukratko, opravdanje koje je dala Vlada čini se objektivnim i razumnim, a razlika u tretmanu na koju se podnositeljka predstavke žali nije diskriminatorna u smislu člana 14 Konvencije.

99. Shodno tome, nije bilo povrede člana 14 u vezi sa članom 8 Konvencije.

IZ TIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

...

2. *Nalazi* da nije bilo povrede člana 14 u vezi sa članom 8 Konvencije.

Sačinjeno na francuskom i dostavljeno u pisanoj formi dana 10. juna 2010. godine, po Pravilu 77 stavovi 2 i 3 Poslovnika Suda.

Søren Nielsen
Sekretar

Christos Rozakis
Predsjednik

© Savjet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2012. godina.

Zvanični jezici Evropskog suda za ljudska prava su engleski i francuski. Ovaj prevod urađen je uz pomoć Fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund). On nije obavezujući za Sud i Sud ne preuzima odgovornost za njegov kvalitet. Prevod se može preuzeti sa baze podataka o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) ili sa bilo koje druge baze podataka kojoj ga je Sud dostavio. Prevod se može reprodukovati za nekomercijalne svrhe pod uslovom da se navede puni naziv predmeta, sa gore navedenom izjavom o autorskim pravima i pominjanjem Fonda za ljudska prava. Ukoliko je namjera da se bilo koji dio ovog prevoda upotrijebi za komercijalne svrhe, molimo vas da se obratite na adresu publishing@echr.coe.int

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int