



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

PREDMET E.B. protiv FRANCUSKE

(Aplikacija broj 43546/02)

PRESUDA

STRAZBUR

22. januar 2008. godine

Ova presuda je konačna, ali može biti predmet redakcijskih izmjena.

U predmetu E.B. protiv Francuske,

Evropski sud za ljudska prava, u Velikom vijeću koga čine:

Christos Rozakis, *Predsjednik*,

Jean-Paul Costa,

Nicolas Bratza,

Boštjan Zupančič,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Loukis Loucaides,

Ireneu Cabral Barreto,

Riza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Elisabeth Steiner,

Elisabet Fura-Sandström,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Sverre Erik Jebens, *sudije*,

i Michael O'Boyle, *Zamjenik Registrara*,

Nakon vijećanja u dane 14. marta 2007. godine i 28. novembra 2007. godine,

Donosi sljedeću presudu, izrečenu posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

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

2. Aplikantica navodi da je u svakoj fazi njenog zahtjeva za odobrenje usvojenja trpjela diskriminatorski tretman koji je bio zasnovan na njenoj seksualnoj orijentaciji i da se tako miješalo u pravo na poštovanje privatnog života.

3. Aplikacija je dodijeljena Drugom Odjelu Suda (Pravilo 52. stav 1. Pravila). Dana 19. septembra 2006. godine, vijeće tog Odjela, u sastavu sudija: Ireneu Cabral Barreto, *Predsjednica*, Jean-Paul Costa, Riza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, *sudije*, i Sally Dollé, Registrar Odjela, prosljedilo je

predmet na nadležnost Velikom vijeću, a da nijedna od strana nije tome prigovorila (Član 30. Konvencije i Pravilo 72.). Prije prosljeđivanja, Vijeće je primilo pismene komentare profesora R. Wintemute-a u ime četiri NVO – *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 Usvojenje (“*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 u spise predmeta proslijeđenom Velikom vijeću.

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

5. Aplikantica, ali ne i Vlada, je dostavila pismeni komentar o meritumu predmeta.

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

Pred Sudom su učestvovali:

(a) *u ime Vlade*

Gđa E. BELLIARD, Direktor pravnih poslova,
Ministarstvo vanjskih poslova, *Agent,*
Gđa A.-F. TISSIER, Šef Sekcije za ljudska prava,
Gđa M.-G. MERLOZ, Sekretar za prijedloge,
Sekcija za ljudska prava,
Gđa L. NELIAZ, Administrativni asistent, Biro za djecu i porodicu,
Ministarstvo zapošljavanja i socijalnog ujedinjenja i domaćinstvo,
Gđa F. TURPIN, Sekretar za prijedloge, Kancelarija za pravna i Sporna
pitanja, Ministarstvo pravde *Savjetnici;*

(b) *u ime aplikantice*

Gđa C. MÉCARY, Advokatska komora Pariz, *Advokat,*
Gdin R. WINTEMUTE, profesor Ljudskih prava,
King’s College, Univerzitet u Londonu,
Gdin H. YTTBERG, Ombudsman protiv diskriminacije
na osnovu seksualne orijentacije u Švedskoj,
Ggdin A. WEISS, *Savjetnici.*

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

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

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

8. Od 1985. godine, nastavnik je u školi za medicinske sestre, a od 1990. godine je u stabilnoj vezi sa ženom, gđom R., koja je psiholog.

9. Dana 26. februara 1998. godine, aplikantica je Odjelu za socijalnu službu Jura podnijela zahtjev za dozvolu usvojenja djeteta. Željela je ispitati mogućnost usvojenja u inostranstvu, naročito u Aziji, Južnoj Americi i Madagaskaru. Navela je svoju seksualnu orijentaciju i vezu sa partnerkom, gđom 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., iako zabrinuta zbog zahtjeva njene partnerke za usvojenje djeteta, se ne osjeća obaveznom..

Gđa B. smatra da će morati igrati ulogu oca i majke, i da njena partnerka ne polaže nikakvo pravo prema djetetu, ali da će pomoći u slučaju potrebe...

Gđa B. nastoji usvojiti dijete, jer je odlučila da ne rađa.

Više bi željela da djetetu objasni da je ono imalo oca i majku i da je ono što ona želi da ga učini sretnim, 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 predoči u ličnostima njenog rođenog oca i zeta. Isto tako, navodi da će dijete moći da izabere oca – surogata u svom vlastitom okruženju (srodnici prijatelja, učitelj, drug ...).

...

ZAKLJUČAK

“U vezi njene ličnosti i zanimanja, gđa B. je dobar sagovornik, širokoumna i kulturna, emocionalno prijemčiva. 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 omogućí sliku, posmatrajući okone parove roditelja, takvu da bi se obezbijedio stabilan i dobro prilagođen razvoj djeteta.

Zadržavamo mišljenje u pogledu odobrenja za usvojenje djeteta.”

11. Dana 28. avgusta 1998. godine, ispitujući zahtjev, u izvještaju o razgovorima sa aplikanticom, psiholog je predložila odbijanje zahtjeva sljedećim riječima:

“ ...

Gđa [B.] ima mnogo ličnih kvaliteta. Entuzijasta je i velikog srca i spremna da zaštiti druge..

Njene ideje o odgoju 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.

Ne pokušava li ona da izbjegne “nasilje” rađanja i genetsku odbojnost prema biološkom djetetu?

Idealizacija djeteta i potcjenjivanje teškoća pripisivih obezbjeđenja nekome doma: ne fantazira li ona da je sposobna da potpuno izmijeni prošlost djeteta?

Koliko sigurni možemo biti da će dijete naći stabilnu referencu na odgovornog roditelja?

Mogućnosti identifikacije sa modelom uloge oca su donekle nejasne. Ne zaboravimo da djeca patvore njihov identitet sa likom oba roditelja. Djeci su potrebni odrasli, koji će prihvatiti njihovu rodileljsku funkciju: ako je roditelj sam, kakav to efekat stvara na razvoj djeteta?

...

Ni na koji način ne želimo umanjiti uvjerenje gđe [B.] u samu sebe, još manje da insinuiramo da će ona biti štetna po dijete; ono što govorimo je da sve studije roditeljstva pokazuju da dijete treba svoja oba roditelja.

Štaviše, upitana da li bi više voljela da ju je odgojio samo jedan od njenih roditelja, gđa B. je odgovorila negativno.

...

Preostaju brojne sive zone, u odnosu na iluziju postojanja direktne percepcije njene želje za djetetom: ne bi li 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 aplikantica nije dovoljno promislila 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 izvodiva. Službenik se takođe zapitao o prisutnosti gđe R u životu aplikantice, zapažajući da su one odbile da se smatraju parom te da gđa R.

nikada nije bila uključena u namjeru usvajanja. Razlozi mišljenja završavaju kako slijedi:

“Suočio sam se sa mnogo nejasnoća o bitnim okolnostima psihološkog razvoja djeteta koje je već iskusilo napuštanje i kompletnoj promjeni 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 aplikantice izložilo dijete određenom riziku u vezi formiranja njegove ličnosti. Između ostalog, pozvao se na činjenicu da aplikantica živi sa partnerkom, ali se ne smatraju parom, što ukazuje na najasniju 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 lične situacije, koja još nije riješena u vezi sa ulogom djetetovog roditelja, koju (aplikantica) izgleda želi ostvariti (*vis-à-vis* jedne od njenih sestara, zaštita njenih roditelja), i zasnovani su na emocionalnim teškoćama. Da li to ukazuje na osjećaj beznačajnosti i beskorisnosti koju ona želi prevazići time što bi postala majka?

Neuobičajen stav prema muškarcima je u tome da ih odbacuje.

Ekstremno gledano, kako to da se odbacivanje figure muškarca ne odnosi na odbacivanje vlastitog lika djeteta (Dijete sposobno za usvajanje ima biološkog oca čije se simbolično postojanje mora očuvati, no 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 državnim 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, mada 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..

Stoga smatram neophodnim, u interesu djeteta, da postoji čvrsta ravnoteža između “adoptivne majke” i “adoptivnog oca” kada se suoči sa usvojenjem.. ...”

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:

“ ... Ukazuje se nemogućim osnovati porodicu i odgojiti dijete bez potpune potpore tog partnera [R.]. Izvještaji psihologa i socijalne službe pokazuju njenu jasnu nezainteresovanost za namjeru gđe [B.] ...

Dalja alternativa je da nisu ispunjeni materijalni uslovi obezbjeđenja odgovarajućeg doma djetetu. Biće neophodno promijeniti dom, riješiti pitanje kako podijeliti troškove među partnerima, 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

“Gđa [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 raznovrsna obilježja porodice, neophodna za njegovu dobrobit i razvoj njegove ličnosti.”

17. Pismom od 26. novembra 1998. godine, odluka predsjednika vijeća za *département*, kojim se odbija odobrenje usvojenja je uručena aplikantici. Između ostalih, dati su i sljedeći razlozi::

“... ispitujući svaki zahtjev za odobrenje usvojenja, moram voditi računa o interesima djeteta samostalno i osigurati postojanje svih zaštitnih elemenata.

Vaša namjera usvojenja pokazuje nedostatak modela uloge oca ili uzora oca, sposobnog za odgoj dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta..

Štaviše, mjesto koje bi Vaš partner zauzeo u životu djeteta nije dovoljno jasan: 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 osiguravaju da će dijete imati dovoljno formirani porodični okvir u kome bi napredovalo. ...”

18. Dana 20. januara 1999. godine, aplikantica je od predsjednika vijeća za *département* zatražila preispitivanje odbijanja odobrenja za usvojenje.

19. Dječija socijalna služba je od kliničkog psihologa zatražila psihološku ocjenu. U svom izvještaju od 7. marta 1999. godine, sačinjenog nakon razgovora sa aplikanticom, psiholog je zaključila da je “gđa B. imala dovoljno da djetetu obezbijedi dom (strpljivost-vrijednosti-kreativnost-vrijeme)”, no smatra usvojenje preuranjenim obzirom na brojne problematične okolnosti (konfuzija između indirektnog i *laissez-faire* stava, nezainteresovanost za efekte uključanje 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 aplikantica 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 proveden postupak nadzora po njenom zahtjevu za odobrenje usvojenja.

Istakla je da je mnogo osoba uključenih u taj proces uopšte nisu vidjeli, uključujući i psihologa iz odbora za usvojenje.

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 odgoj dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta” kao i na “mjesto koje bi [njen] partner zauzeo u životu djeteta”. Citirani razlozi samo po sebi nisu dovoljni za opravdanje odbijanja odobrenja za usvojenje. Dokumenti iz spisa predmeta pokazuju da gđa B., koja posjeduje nesporne lične kvalitete i sposobnost za odgajanje djeteta, te koja je po profesiji nastavnik u školi za medicinske sestre i dobro integrisana u socijalno okruženje, pruža dovoljno jemstava – iz porodične, odgojne i psihološke perspektive – da bi obezbijedila odgovarajući dom usvojenom djetetu. ... U okolnostima ovog predmeta, gđa B. opravdano zahtijeva poništenje odluka o odbijanju odobrenja za usvojenje...”

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 kod toga da nije upućena na test 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 onemogućiti 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 predmet i bez usmenih navoda aplikantice, postupak nadzora po zahtjevu aplikantice za odobrenje usvojenja 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 usvojenja, su odsustvo “identifikacijskih obilježja” obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili uzora oca i podvojenost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu. Iz isprava u spisima predmeta, te naročito iz dokaza izvedenih u ispitivanju prijave gđe B., vidljivo je da obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, ona nije ponudila neophodna jemstva – iz porodične, odgojne i psihološke perspektive – za usvojenje djeteta...;

... suprotno od navoda gđe B., predsjednik vijeća za *département* nije odbio odobrenje na temelju njegovog stanovišta o njenom izboru stila života. Prema tome i u svakom slučaju, aplikantica neosnovano navodi povreduzahtjeva iz članova 8. i 14. Konvencije”.

25. Aplikantica je podnijela zahtjev za vanredno preispitivanje. Dana 5. juna 2002. godine, *Conseil d’Etat* je odbio zahtjev, dajući ove razloge:

“... U vezi osnova za odbijanje odobrenja gđi B.:

...

Prvo, činjenica da je zahtjev za odobrenje usvojenja podnijela neudata osoba, što je moguće prema odredbi člana 343. stav 1. Građanskog zakonika, ne sprečava upravno tijelo da utvrđuje - u svjetlu odgoja i psiholoških faktora koji unapređuju razvoj ličnosti djeteta- da li potencijalni roditelj usvojilac 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 usvojenje nalazi u stabilnoj vezi sa drugom ženom od koje će se neminovno zahtijevati da doprinosi stabilnom domu djeteta u svrhu gorenavedenih odredaba- da li ta činjenica sprečava vlast da utvrđuje – čak i ako takva veza nije zakonski obavezujuća – da li se ponašanjem ili ličnošću trećeg lica, cijenjeno na osnovu objektivnih utvrđenja, može provesti obezbjeđenje odgovarajućeg doma. Shodno tome, Apelacionu upravni sud nije pogrešno primijenio pravo, smatrajući da dva osnova po kojima je odbijena aplikacija gđe [B.] kao samice - naime, „ nepostojanje identifikacionih obilježja obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili projekcije muškarca” i „podvojenosti opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu”- su dovoljni za opravdanost odbijanja odobrenja, a prema gore navedenom obrazloženju odluke od 1. septembra 1998. godine.

Drugo, uzimajući u obzir tvrdnje gđe [B.] da je Apelacioni upravni sud odbijanje zahtjeva za odobrenje usvojanja 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 aplikantice, 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 gđa [B.], “obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, nije ponudila neophodna jemstva – iz porodične, odgojne i psihološke perspektive – za usvojenje djeteta”, Apelacioni upravni sud nije zanemario elemente koji joj idu u korist, a nije ni izmijenio sadržaj spisa predmeta;

Iz gore navedenog slijedi da gđa [B.] neosnovano traži ukidanje te presude, koja sadrži valjane 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 usvojenje, 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 inostranom djetetu obezbijediti dom u smislu njegovog usvojenja, 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 usvojenja djeteta pod starateljstvom države*

28. Relevantne odredbe Uredbe glase, kako slijedi:

Član 1

“Svaka osoba koja želi ishoditi odobrenje za usvojenje 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, odgojne i psihološke perspektive.

U tom smislu, on će narediti ispitivanje okolnosti aplikanta ...”

Član 5

“Nakon konsultacija sa odborom za usvojenje, predsjednik vijeća nadležnog *département*-a donosi odluku ...”

B. Međunarodne konvencije

1. *Nacrt Evropske Konvencije o usvojenju djece*

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

Član 7 – Uslovi usvojenja

“1. Na osnovu zakona dijete mogu usvojiti:

a. dvije osobe različitog pola

i. koji su u braku, ili

ii. koji su zajedno stupili 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 konvencijena 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 i koja je 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, usvojenje 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 usvojenje djeteta odobravaju samo nadležni organi koji utvrduju, u skladu sa odgovarajućim zakonima i postupkom i na osnovu svih relevantnih i pouzdanih informacija, da je usvojenje 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 usvojenjem nakon upoznavanja sa svim bitnim činjenicama, a na osnovu stručnih mišljenja u mjeri kojoj su ona nužna;

(b) priznati da se međudržavno usvojenje 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 usvojenje uživa svu zaštitu i standarde jednake onima koji postoje u slučaju nacionalnog usvojenja;

(d) preduzeti sve odgovarajuće mjere da obezbijedi da u međudržavnom usvojenju 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 sprovode nadležne vlasti ili organi....”

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

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

Član 5

“Usvojenje u smislu ove Konvencije će nastupiti samo ukoliko nadležne vlasti države primateljice:

- 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 ovlašteno ili će biti ovlašteno da stupi i trajno prebiva u toj državi.”

Član 15

“1. Ukoliko centralno tijelo vlasti države primateljice utvrdi da su podnosioci zahtjeva podobni i imaju mogućnost usvjenja, priprema izvještaj koji uključuje informacije o njihovom identitetu, podobnostima i mogućnostima usvojenja, porijeklu, porodičnoj i medicinskoj historiji, socijalnom okruženju, razlozima usvajanja, sposobnosti za međudržavno usvojenje, kao i karakteristike djeteta za koje su oni kvalifikovani da se staraju.

2. Izvještaj se prosljeđuje centralnim vlastima države porijekla.”

PRAVO

32. Aplikantica navodi da je trpjela diskriminirajući tretman koji je bio zasnovan na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je 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 spol, 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. Aplikantica

33. Aplikantica navodi da homoseksualno usvojenje 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 kom slučaju bilo koji pojeidnačni partner ne mora steći roditeljsko pravo kao rezultat usvojenja (individualno usvojenje); drugo, jedan član istopolnog para može namjeravati usvojenje djeteta drugog partnera, tako da oba partnera imaju roditeljsko pravo *prema* djetetu (usvojenje 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 usvojenje). Pojašnjava da je zahtijevala individualno usvojenje, što je jednostavnija pravna mogućnost.

34. Naglašava značaj dobijanja odobrenja, koje je u praksi preduslov usvojenja u Francuskoj ili u inostranstvu.

35. Aplikantica nije zahtijevala pravo na usvojenje, koje – neovisno od seksualne orijentacije mogućeg usvojioca – ne postoji. Bilo kako bilo, navodi da je član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. primjenjiv u ovom predmetu. Prvo, mogućnost ili šansa da se zahtijeva odobrenje za usvojenje spada pod pojam člana 8. u pogledu “privatnog života”, jer se tiče kreacije novog odnosa sa drugim pojedincem, a u pogledu “porodičnog života”, jer je to bio pokušaj uspostave porodičnog života sa usvojenim djetetom. Drugo, seksualna orijentacija osobe, što je aspekt njenog privatnog života, takođe potpada u domašaj člana 8.

2. Vlada

36. Vlada je istakla da je aplikacija neprihvatljiva, jer je žalba aplikantice 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 aplikantice i stoga nije moglo uticati na direktnu ili indirektnu diskriminaciju zasnovanu na njenoj homoseksualnosti.

37. Pojedinačni interesi djeteta su diktirali odbijanje odobrenja i temeljili su se na dva osnova: nepostojanje uzora oca i podvojenost opredjeljenja partnerke aplikantice prema njenoj namjeri usvajanja.

38. U vezi sa nepostojanjem uzora oca, Vlada 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 markera koji bi djetetu omogućili konstrukciju njegovog identiteta prema figuri oca. Kao potvrdu svojih navoda, Vlada je citirala odluke domaćih sudova da bi se bilo koji drugi heteroseksualni aplikant, čiji najbliži krug porodice i prijatelja ne uključuje člana suprotnog pola, suočio sa odbijanjem iz istog osnova.

39. U vezi sa drugim osnovom, Vlada inicijalno navodi da je utvrđena činjenica nepostojanja opredjeljenja kod aplikanticine partnerke. Zapaža da aplikantica nastavlja negirati značaj te činjenice, premda je legitimno voditi računa o ponašanju najužeg kruga porodice i prijatelja potencijalnog usvojioca, tamo gdje postoji namjera obezbjeđenja doma djetetu. Neovisno od nepostojanja pravnih posljedica za partnera, dolazak djeteta bi izmijenio balans između para –primatelja 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 partnerom aplikantice, za njeno vrijeme i pažnju. Prema stanovištu Vlade, za taj osnov se ne može reći da je u vezi sa seksualnom orijentacijom aplikantice, kako je to iznijeto u odlukama domaćih sudova.

40. Kako to Vlada vidi, okolnosti ovog predmeta se veoma razlikuju od onih iz predmeta *Fretté* (gore citiran) pa treba naglasiti da su sudske i administrativne vlasti Francuske iznijele najvažnije razloge o tome šta je od najboljeg interesa za dijete. Ti najbolji interesi za dijete su okosnica mnogih međunarodnih instrumenata obavezujućih za Francusku. Ne postoji pravo na dijete ili pravo na ovlaštenje za usvojenje. Usvojenje je mjera zaštite djeteta i kreirana je da mu omogući porodicu. Jedina svrha postupka odobrenja je identifikovati, među brojim 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 aplikantica zasniva aplikaciju na čkanu 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, Sud, ponavlja da odredba člana 8. ne garantuje bilo pravo na osnivanje porodice, bilo pravo na usvojenje (vidi *Fretté*, gore citirana, stav 32). Nijedna od stranaka ovo ne osporava. Pravo na poštovanje “porodičnog života” ne osigurava puku želju za osnivanje porodice; ono pretpostavlja postojanje porodice (vidi *Marckx protiv Belgije*, presuda od 13. juna 1979. godine, Serija A broj 31, stav 31), ili makar potencijalnu vezu između, npr. vanbračnog djeteta i njegovog prirodnog oca (vidi *Nylund protiv Finland* (odluka), broj 27110/95, ECHR 1999-VI), ili odnos nastao iz izvornog braka, čak ukoliko porodični život još nije u potpunosti uspostavljen (vidi *Abdulaziz, Cabales I Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. maja 1985. godine, Serija A broj 94., stav 62.), ili odnos nastao iz zakonitog i izvornog usvojenja (vidi *Pini i Ostali protiv Rumunije*, brojevi 78028/01 i 78030/01, stav 148., ECHR 2004-V).

42. Pravo na usvojenje 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 usvojenju (vidi gore stavove 30.-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 uspostavu i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima (vidi *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, Serija A broj 251-B, strana 33., stav 29.), pravo na “lični razvoj” (vidi *Bensaid protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 44599/98, stav 47., ECHR 2001-I) ili pravo na samoodređenje kao takvo (vidi *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 2346/02, stav 61., ECHR 2002-III). Ono obuhvata takve elemente kao što su imena (vidi *Burghartz protiv Švajcarske*, presuda od 22. februara 1994. godine, Serija A broj 280-B, strana 28., stav 24.), rodno opredjeljenje, polnu orijentaciju i polni život, koji spadaju u ličnu sferu zaštićenu članom 8. (vidi, npr., *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. oktobra 1981. godine, Serija A broj 45, strane 18.-19., stav 41., i *Laskey, Jaggard i Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 19. februara 1997. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-I, strana 131., stav 36.), te pravo na poštovanje odluka obe osobe da imaju ili da nemaju dijete (vidi *Evans protiv Ujedinjeneog Kraljevstva* [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007-...).

44. Zaista, u ovom slučaju, predmet postupka nije usvojenje djeteta kao takvo, već zahtjev za odobrenje usvajanja. Prema tome, predmet otvara pitanje postupka dobijanja odobrenja za usvojenje, a ne pitanje usvajanja

samo za sebe. No, stranke ne osporavaju da je odobrenje, u praksi, preduslov za usvojenje djeteta.

45. Takođe, nužno je zapaziti da je aplikantica tvrdila da je bila diskriminisana na osnovu njene priznate homoseksualnosti, što da je rezultiralo povredom odredaba člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

46. Na Sudu je dakle, da odluči da li pravo na usvojenje, vodeći računa o, *inter alia*, razvitku zakonodavstva u Evropi i činjenici da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u svjetlu današnjih okolnosti (vidi naročito, *Johnston i Ostali protiv Irske*, presuda od 18. decembra 1986. godine, Serija A broj 112, strane 24.-25., stav 53.), spada ili ne spada u obim člana 8. Konvencije, posmatran samostalno.

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

48. Zabrana diskriminacije, zajamčena članom 14. se prostire 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 (vidi predmet "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.; *Abdulaziz, Cabales i Balkandali*, gore citirana, stav 78.; i *Stec i Ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka) [GC], brojevi 65731/01 i 65900/01, stav 40., ECHR 2005-X).

49. Ovaj predmet se ne tiče usvojenja koje želi učiniti par ili istopolni partner biološkog roditelja, već samo usvojenja 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 usvojenja i u tom pravcu propisuje postupak. Stoga, Sud nalazi da činjenice ovog predmeta nedvojbeno spadaju u domen člana 8. Konvencije. Posljedično, kada je u obezbjeđivanju prava država djelovala šire od svojih obaveza iz člana 8. – što je mogućnost data joj članom 53. Konvencije – u primjeni tog prava ne može preduzimati diskriminatorne mjere u smislu sadržaja člana 14. (vidi, *mutatis mutandis*, predmet "Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji", gore citiran).

50. U ovom predmetu aplikantica navodi da je u ostvarivanju njenih prava prema domaćem pravu, bila diskriminisana na osnovu njenog seksualnog opredjeljenja. Potonje je koncept koji obuhvata član 14. Konvencije (vidi *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, broj 33290/96, stav 28., ECHR 1999-IX). Sud takođe ukazuje da se u predmetu *Fretté protiv Francuske* (gore citiran), na koji se stranke direktno pozivaju, aplikant žalio da je odbacivanje njegovog zahtjeva za odobravanje usvojenja 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 predmetu.

52. Usljed tih okolnosti, Sud odbija preliminarne prigovore Vlade. Takođe, u svjetlu navoda stranaka, smatra da ova žalba otvara kompleksna pitanja činjenica i prava koji se u ovoj fazi ispitivanja aplikacije ne mogu razriješiti, što zahtijeva ispitivanje merituma predmeta. Slijedi da se žalba ne može proglasiti očigledno neosnovanom u smislu sadržaja odredbe člana 35. stav 3. Konvencije. Nisu 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. Aplikantica

53. Aplikantica ostaje kod tvrdnje da je odbijanje da joj se odobri usvojenje zasnovano na njenom "stilu života", drugim riječima-na njenoj homoseksualnosti. Prema njenom stanovištu, to direktno proizlazi iz ispitivanja njenog zahtjeva i mišljenja odbora za usvojenje. Takođe smatra da je dio presude *Conseil d'Etat*-a dat istovjetno sadržaju presude iz predmeta *Fretté* (gore citirana), koja pokazuje da se *Conseil d'Etat* opredijelio za diskriminatorски pristup.

54. U vezi sa osnovom utemeljenim na nepostojanju uzora oca, navodi da dok većina francuskih psihoanalitičara vjeruje da je djetetu potreban zajedno i majčinski i očinski uzor, ne postoji empirijski dokaz za to uvjerenje, te da je to sporno među mnogim psihoterapeutima. Štaviše, u ovom predmetu Vlada nije predočila postojanje prakse isključenja heteroseksualne žene samice, koja nema muškog partnera.

55. U vezi argumenta zasnovanog na položaju njene partnerke i stavu o namjeri aplikantice da usvoji dijete, aplikantica navodi da je to bio

nezakoniti osnov. Članovi 343. i 343.-1. Građanskog zakonika propisuju da usvojiti mogu bračni parovi i samci: partneri nisu obuhvaćeni i prema tome nisu stranke u postupku usvojenja, niti imaju bilo kakav pravni status nakon usvajanja djeteta. Vodeći računa o pravu da se prema njoj postupa u skladu sa predvidivim pravnim pravilima, aplikantica osporava osnov odbacivanja zahtjeva, za što da nije postojao zakonski osnov.

56. Aplikantica ponovo naglašava da su se ona i njena partnerka susrele sa socijalnim radnikom, a da potom razni službenici, uključeni u postupak ispitivanja odobrenja, nikad nisu 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. Aplikantica 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 predmetu 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 predmetu *Fretté* i u ovom predmetu propustila dokazati postojanje konsenzusa u naučnoj zajednici, to je zato što nema poznate studije o ovom predmetu.

59. Aplikantica osporava postojanje "legitimnog cilja", jer ovdje nije riječ o zdravlju djeteta i *Conseil d'Etat* nije objasnio kako ono može biti ugroženo. Navodi da su uopšteno citirana tri cilja: prvo, prejudicirajući je stav o navodnom riziku da će dijete postati homoseksualac, što, sasvim suprotno od činjenice da nema ništa vrijedno pokude o takvoj mogućnosti i da većina homoseksualaca ima heteroseksualne roditelje; drugo, da će dijete biti izloženo riziku nastanka i razvoja psiholoških problema: takav rizik nikad nije dokazan i skorašnje studije pokazuju da odgojeno u homoroditeljskoj zajednici ne određuje djetetu bilo kakav poremećaj; pored toga, pravo na usvojenje, 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 nekonzistentna, jer neki *départements* homoseksualnim pojedincima više ne odbijaju odobrenje za usvojenje. Navodi, takođe, da građanski sudovi istopolnom partneru izvornog roditelja dozvoljavaju usvojenje.

61. Od presude *Fretté* (gore citirana, stav 41) u Evropi je na snazi stalan razvoj prava u prilog usvojenja istopolnih parova, a sada deset evropskih država to i dozvoljava. Aplikantica se poziva i na evropski konsenzus u prilog omogućavanja omoseksualcima samcima u zemljama članicama Vijeća Evrope, koji samcima omogućava usvojenje, za razliku od

Francuske, gdje se odluke donose na diskriminatorskoj osnovi. Ovako je i izvan Evrope, gdje razvoj sudske prakse o usvojenju ide u prilog homoseksualcima, a u interesu djeteta kome je potreban dom.

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

2. Vlada

63. Vlada je istakla da odobrenje za usvojenje na lokalnom nivou izdaje predsjednik *département*-a, a ne na nacionalnom nivou, nakon pribavljenog mišljenja odbora za usvojenje, opet na nivou *département*-a. U 2005.-oj 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.-oj godini, relevantne vlasti su usvojenoj djeci-strancima izdale 4,000 viza. Vlada navodi da ne može predočiti statističke podatke o seksualnoj orijentaciji aplikantice, jer francusko zakonodavstvo zabranjuje prikupljanje i obradu ličnih podataka o seksualnom životu osobe.

64. Alternativno, Vlada navodi da se ovaj predmet ne odnosi na kontrolu utvrđenja Suda u presudi *Fretté* (gore citirana), jer se današnji uslovi nisu 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 usvojenju od strane istopolnog para, dok neke zemlje ne dozvoljavaju usvojenje samcima ili ga dozvoljavaju pod strožijim uslovima nego je to slučaj u Francuskoj. Štaviše, ovaj navod treba cijeliti obzirom 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. Propust predočavanja studije kojom se identifikuju problemi razlika u razvoju djece koju odgajaju homoseksualni parovi, Vlada 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 nisu naznačavale profil porodice usvojitelja samca. 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. Vlada potvrđuje da je realnost to da broj zahtjeva za usvojenje prevazilazi broj djece podobne za usvojenje. Međunarodne obaveze Vlade, naročito članovi 5. i 15. Haške Konvencije, nagnale su vlasti da izaberu

kandidate na osnovu kriterija 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 usvojenje. Prema tome, međunarodno usvojenje za homoseksualce može ostati čisto teoretska 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 usvojenja imale legitimni cilj, tj. zaštitu zdravlja i prava djeteta koje bi moglo biti uključeno u postupak usvojenja (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 nacionalne vlasti treba da imaju široku marginu slobodne ocjene kada odlučuju o ovakvim predmetima, a što je podložno kontroli Suda (stav 41). Imajući u vidu konkurentne interese aplikantice i djeteta podobnog za usvojenje, te prevlast 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 internacionalnog stanovišta, te da nema dovoljno djece za usvojenje da bi se zadovoljile potrebe (stav 42). Vodeći računa o širokoj margini ocjene koja se u ovoj oblasti ostavlja državama, te o potrebi zaštite najboljeg interesa djeteta u pravcu postizanja željenog cilja, Vijeće je smatralo da odbijanje odobrenja za usvojenje nije ugrozilo princip proporcionalnosti, te stoga se opravdanje koje daje Vlada ukazuje objektivnim i razumnim, a različito postupanje nije bilo diskriminatorско u smislu značenja člana 14. Konvencije (stavovi 42. i 43.).

71. Sud zapaža da se ovaj predmet takođe odnosi na pitanje kako riješiti zahtjev za odobrenje usvojenja; u brojnim aspektima ono se ipak razlikuje od gore citiranog predmeta *Fretté*. Naročito, Sud zapaža da dok je u oba predmeta primjetan osnov nepostojanja projekcije osobe drugog pola, domaće upravne vlasti se nisu-makar direktno – pozvale na “izbor stila života” gđe E.B. (vidi *Fretté*, gore citirana, stav 32.). Nadalje, vlasti navode kvalitete aplikantice, njen emocionalni kapacitet i kapacitet za odgoj djeteta, za razliku od predmeta *Fretté*, gdje se za aplikanta smatralo da ima problema u suočavanju sa praktičnim posljedicama preokreta zbog dolaska djeteta (stavovi 28. i 29.). Štaviše, u ovom predmetu su domaće vlasti vodile računa o ponašanju partnerke gđe E.B., za koga je ova navela da se s njom nalazi u stabilnoj i stalnoj vezi, što da je faktor koji se ne pojavljuje u aplikaciji gđina *Fretté*.

72. U ovom predmetu, Sud zapaža da su domaće upravne vlasti i sudovi, koji su ispitali žalbu aplikantice, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva za odobrenje usvojenja 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 usvojenje, Sud nalazi da to neminovno ne otvara problem, sam za sebe. Međutim, pod okolnostima ovog predmeta, po ovom osnovu je dozvoljeno ispitati meritum, čiji je konačni efekt zahtjev prema aplikantici da uspostavi postojanje lika suprotnog pola iz najužeg kruga njene porodice ili prijatelja, čime se rizikuje prikazivanje neefikasnim pravo samca da zahtijeva odobrenje. Ta okolnost je ovdje prikladna, jer se predmet ne tiče zahtjeva za odobrenje usvojenja koji je podnio bračni ili vanbračni par, već samac. Prema stanovištu Suda, ovaj osnov može voditi ka arbitrarnom odbijanju i ujedno služiti kao izgovor za odbacivanje zahtjeva aplikantice na osnovu njene homoseksualnosti.

74. Osim toga, Sud zapaža da Vlada- na kojoj leži teret dokazivanja (vidi, *mutatis mutandis*, *Karner protiv Austrije*, broj 40016/98, stavovi 41.-42., ECHR 2003-IX), nije mogla predočiti statističke podatke o učestalosti pouzdanja u taj osnov prema-utvrđenoj ili poznatoj-seksualnoj orijentaciji osobe koja zahtijeva usvojenje, što samostalno može dati tačnu 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 aplikanticine partnerke, zahtijeva drugačiji pristup. Iako je trajna i potvrđena partnerka aplikantice, gđa R. se nije priklonila zahtevu aplikantice za usvojenje. Vlasti, koje na ovo stalno ukazuju – direktno i dajući razloge – zaključuju da aplikantica nije dala neophodno obezbjeđenje za usvojenje djeteta

76. Na prvom mjestu treba zapaziti, suprotno od navoda aplikantice, 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 jemstava prije nego se dijete dovede u porodicu. Prema tome, kada je podnosilac zahtjeva-muškarac ili žena, neoženjen ili neudata-već formirao dom sa 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 ispitivanjem a u interesu djeteta. Štaviše, 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, štaviše zapaža da član 4. Uredbe od 1. septembra 1998. godine (vidi gore stav 28.) zahtijeva da se predsjednik vijeća relevantnog *département*-a uvjeri da uslovi pod kojima aplikant predlaže obezbjeđenje doma djetetu, zadovoljavaju potrebe usvojenog djeteta za porodicom, njegov odgoj, te psihološku perspektivu. Značaj ovih jemstava - kojima vlasti moraju biti zadovoljne prije nego daju ovlašćenje za usvojenje djeteta – se takođe mogu zapaziti u međunarodnim instrumentima i to u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine, Haškoj Konvenciji od 29. maja 1993. godine ili u nacrtu Evropske Konvencije o usvojenju djece (vidi gore stavovi 29.-31.).

78. Prema stanovištu Suda, nema dokaza za tvrdnju da se ovaj osnov temelji na seksualnoj orijentaciji aplikantice. Suprotno tome, Sud smatra da je taj osnov, koji nema ništa sa bilo kakvim razmatranjem u vezi seksualne orijentacije aplikantice, zasnovan na prostoj analizi poznate, *de facto* situacije i njenim posljedicama po usvojenje djeteta.

79. Stoga, za aplikanticu 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 aplikantice. Kod takvog stanja stvari, Sud smatra da ih se ne treba posmatrati alternativno, već kumulativno. Stoga, nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu nevaljanost 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 (vidi gore stav 17.).

82. U pogledu sudske faze, Apelacioni upravni sud Nancy je zapazio da se odluka temelji na dva osnova: nepostojanje uzora oca i ambivalentnost opredjeljenja svakog člana domaćinstva. Sud je dodao da dokumenti iz spisa predmeta i zaključci usvojeni nakon ispitivanja zahtjeva pokazuju da stil života aplikantice ne pruža neophodna jamstva za usvojenje djeteta, ali je osporio da je predsjednik vijeća *département*-a odbio odobrenje za usvojenje na podlozi stanovišta o izboru stila života aplikantice, tj. njene homoseksualnosti (vidi gore stav 24.).

83. Potom, *Conseil d'Etat* je utvrdio da su oba osnova iz kojih je odbijen zahtjev aplikantice za odobrenje usvojenja bili u skladu sa zakonskim odredbama. Takođe je našao da se pozivanje na “stil života” aplikantice može objasniti dokumentima iz spisa predmeta dostavljenih sudovima, a koji pokazuju da je aplikantica, u vrijeme podnošenja zahtjeva bila u trajnoj i stabilnoj homoseksualnoj vezi, ali da se to ne može smatrati odlukom zasnovanom na stanovištu o njenoj seksualnoj orijentaciji ili kao bilo kakva forma diskriminacije (vidi gore stav 25.).

84. Stoga, Sud zapaža da su upravni organi široko odlučivali iako su vodili računa o seksualnoj orijentaciji aplikantice, a to nije bio osnov za spornu odluku i nije cijenjeno iz neprijateljskih pricipa.

85. Međutim, prema mišljenju Suda, značajna je činjenica da je homoseksualnost aplikantice široko naglašena u razlozima odluka domaćih vlasti. Pored stanovišta o “životnom stilu” aplikantice, vlasti su povrh svega potvrdile odluku predsjednika vijeća *département*-a. Sud ističe da je ta odluka donijeta u svjetlu mišljenja odbora za usvojenje, čiji su se različiti članovi izjasnili pismeno, uglavnom preporučujući, dajući razloge preporuke u pravcu da zahtjev treba odbiti na temelju ta dva sporna osnova. Sud dalje zapaža da način na koji su data izvjesna mišljenja, zaista otkriva da je homoseksualnost aplikantice 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 [aplikantice] prema muškarcima, tako da ih odbacuje” (vidi gore stav 13.).

86. Sud primjećuje da je u to vrijeme aplikantica bila sama, što da je bio osnov odbijanja odobrenja za usvojenje, premda je zakonskom odredbom direktno propisano pravo samca da zahtijeva odobrenje za usvojenje. To potpuno jasno proizlazi iz zaključaka psihologa, koja u svom izvještaju o razgovorima sa aplikanticom, od 28. avgusta 1998. godine, navodi, direktno ukazujući na predmet aplikantice a ne kao generalni stav– započinjući svoje zapažanje izjavom da ne želi umanjiti povjerenje aplikantice u samu sebe ili insinuirati da će biti štetna po dijete – da “sve studije o roditeljstvu ukazuju da djetetu trebaju oba roditelja” (vidi gore stav 11.). Dana 28. oktobra 1998. godine, predstavnik odbora za usvojenje 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)” (vidi gore stav 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 usvojenja od strane ledične osobe. Činjenica što je legitimno ovaj faktor uzeti u obzir, ne znači da u ovom predmetu Sud treba da pređe preko prekomjernog pozivanja na njega.

88. Odatle, uprkos oprezu Apelacionog Upravnog suda Nancy i *Conseil d’Etat*, u opravdavanju pozivanja na “stil života” aplikantice, 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 aplikantice bilo ako ne izričito, tada makar prećutno. Uticaj naglašene homoseksualnosti aplikantice prilikom ocjene njenog zahtjeva je utvrđen, te vodeći računa o prethodno navedenom, bio je i odlučujući, vodeći faktor za odbijanje odobrenja za usvojenje (vidi, *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirano, stav 35.).

90. Otuda, aplikantica je 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 diskriminatorско 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" (vidi, *inter alia*, *Karlheinz Schmidt*, gore citirano, stav 24.; *Petrović*, gore citirano, stav 30.; i *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirano, stav 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. (vidi, *mutatis mutandis*, *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96 i 33986/96, stav 89., ECHR 1999-VI; *Lustig-Prean i Beckett protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 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 svjetlu današnjih uslova (vidi, *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 aplikantice, tada to prema Konvenciji predstavlja diskriminaciju (vidi *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirana, stav 36.).

94. Sud naglašava da francuski zakon dozvoljava samcima da usvoje dijete (vidi gore stav 49.), čime nesporno otvara mogućnost homoseksualnom samcu za usvojenje. Suprotno pravnoj pozadini odredaba domaćeg propisa, Sud nalazi da se razlozi Vlade ne mogu smatrati naročito uvjerljivim i važnim da bi se opravdalo odbijanje odobrenja aplikantici

95. Na kraju, Sud zapaža da relevantne odredbe Građanskog zakonika ne propisuju ništa o nužnosti da je osoba-uzor suprotnog pola, što u svakom slučaju ne bi ovisilo o seksualnoj orijentaciji samca usvojioca. Štaviše, u tom slučaju, razlozima obrazloženja presude *Conseil d'Etat* aplikantica je predočila "nesumnjive lične kvalitete i sposobnost za podizanje djece", što je nesumnjivo u najboljem interesu djeteta, i ključni pojam relevantnih međunarodnih instrumenata (vidi gore stavove 29.-31.).

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

97. Stoga, 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 dijelomičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.”

A. NAKNADA ŠTETE

100. Aplikantica ukazuje da joj je bez odbijenog odobrenja bilo nemoguće usvojiti strano dijete i u praksi-nemoguće usvojiti dijete-fransuskog državljanina. Čak i da je Vlada Francuske hitno djelovala dajući joj odobrenje, diskriminatorsko odugovlačenje vremena bi bilo između devet i deset godina. To odugovlačenje nije bilo samo nepravično i psihološka napetost, već joj je umanjilo šansu za usvojenje zbog njenih godina života; bilo joj je trideset sedam godina starosti kada je podnijela zahtjev za usvojenje, 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. Vlada nije izrazila svoje stanovište.

102. Sud nalazi da je aplikantica 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. Aplikantica je zahtijevala iznos od 14.352,00 eura na ime troškova njenog advokata počev od podnošenja aplikacije 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. Vlada nije izrazila svoje stanovište.

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

C. Kamata

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

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. *Proglašava* jednoglasno da je aplikacija prihvatljiva;
2. *Utvrdjuje* sa deset prema sedam glasova da je prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije;
3. *Utvrdjuje* sa jedanaest glasova prema šest
 - (a) da tužena država isplati aplikantici 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 (četnaest 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 nvedene iznose, po stopi jednakoj kamatnoj stopi Evropske Centralne Banke, uvećanu za tri procentna poena;
4. *Odbija* jednoglasno ostatak zahtjeva aplikantice za pravičnu naknadu.

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

Michael O'Boyle
Zamjenik Registrara

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 sudija 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 TÜRMEŃ, UGREKHELIDZE I JOČIENĚ

(Prijevod)

1. U ovakvom predmetu, od Velikog vijeća (kome je nadležnost ustupljena odlukom Vijeća na osnovu člana 30. Konvencije) se očekuje da dâ 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 za u ovom specifičnom predmetu miješanje tužene države dokazano da je suprotno tom principijelnom shvatanju ili inkompatibilno sa odredbama Konvencije. Pokušaću objasniti na šta mislim.

3. U vezi sa pitanjem principa, okosnica razloga većine – uz naročito pozivanje na raniju odluku Suda u predmetu *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala (Reports 1999-IX)* – se zasniva na navodnoj diskriminaciji aplikantice jer je njen zahtjev za izdavanje odobrenja za usvojenje djeteta navodno odbijen na osnovu njene homoseksualne orijentacije, a ona tu diskriminaciju smatra neopravdanom.

U predmetu *Fretté protiv Francuske (Reports 2002-I)*, koju ova presuda preinačava (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 iz kojih su francuske vlasti odbacile zahtjev homoseksualne aplikantice za odobrenje usvojenja (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 usvojenje (međutim Vijeće se nije saglasilo sa razlozima o ovoj okolnosti, usljed čega se ovim više neću baviti-*perseverare diabolicum*).

U mome saglasnom mišljenju kojem su se pridružile kolege sudije Jungwiert i Traja, istakao sam da (počev od 1966. godine) francuski Građanski zakonik dozvoljava samcu usvojenje i ni na koji način to ne zabranjuje homoseksualcu (ili, čime se dolazi do iste stvari, ne zahtijeva da aplikant bude heteroseksualan). Stoga sam mislio – i ne vidim razlog da sada mijenjam mišljenje – da bi odbijanje odobrenja za usvojenje, zasnovano na isključivo priznatoj ili utvrđenoj homoseksualnosti aplikantice, 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, no –ispravno ili pogrešno – naš Sud, čija je dužnost prema Konvenciji da je interpretira i konačno je primjenjuje, smatra da se osobi više ne može odbiti odobrenje za usvojenje na temelju homoseksualnosti, već da se roditeljska odgovornost oduzima po tom osnovu (*Salgueiro da Silva Mouta*). Saglasan sam.

4. Ako se, međutim, odmaknemo od teoretske oblasti, i usredsredimo na specifični slučaj aplikantice – koji je čak u presudi istaknut kao vodeći, dužnost je suda da to prvenstveno učini - ja se ne saglašavam. 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 sumirati kako slijedi. Prvo, nema muškog ili “očinskog” uzora u krugu porodice i prijatelja gđe E.B. Drugo, žena s kojom je ona u stabilnoj vezi, u vrijeme podnošenja zahtjeva, nije se osjetila vezanom za namjeru njene partnerke za usvojenje; iako je moguće da se tome stvarno nije protivila ili bila neprijateljski raspoložena, zasigurno je bila indiferentna.

5. Prema mom mišljenju, prvi od ovih osnova je nezakonit prema francuskom pravu, jer ako zakon dozvoljava samcu usvojenje, protivno je zakonu od te osobe zahtijevati, bila ona muškarac ili žena, da u krugu porodice i prijatelja ima pripadnika suprotnog pola koji može biti “uzor” (da upotrijebim birkokratsko-psihološki žargon). Od samca se ne može zahtijevati da vještački “stvari” dom u srhu sposobnosti izvršavanja zakonom definisanog subjektivnog prava; da li samac mora biti samac samo prema nazivu, u ime mogućnosti usvojenja?

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. Stoga nije jasno da li je taj bizarni razlog utemeljen na seksualnoj orijentaciji aplikantice 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 štaviše – 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 usvojenje, nije za vjerovati da bi zahtjevi iz francuskog zakona (sa “porodične, odgojne i psihološke” perspektive – vidi stav 28. presude), u najboljem interesu djeteta, bili ispunjeni – i za Sud zasigurno nisu - 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 diskriminatorski, makar kad je riječ o seksualnoj orijentaciji aplikantice)? Da li je dovoljan da “kontaminira” spornu upravnu odluku? Nije li realnije smatrati, obzirom na specifični zahtjev osobe u specifičnoj situaciji, da su vlasti bile ovlašćene ocijenti sve faktore te situacije? Kao što naš Sud nije sud četvrte instance, to nije ni kasacioni sud koji cijeni osnovanost izvjesnog osnova, a on nalazi da nije neophodno razmatrati drugi osnov i zadovoljava se valjanošću utvrđenja prvog osnova za ukidanje odluke i vraćanje predmeta. 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 gđe 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 temeljiti na homoseksualnosti a da se ne krše članovi 14. i 8., te tako donijeti važnu vodeću presudu, jer za odbijanje zahtjeva gđe E.B. u ovom predmetu razlog nije bila njena homoseksualnost koja ju je onemogućila u dobijanju odobrenja. To bi, kako ja vidim, bliže odgovaralo realnosti predmeta, makar načinu kako sam ga ja razumio.

9. Zato—u ovom predmetu—ne mogu slijediti razloge većine, te smatram da Francuska nije prekršila Konvenciju.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE ZUPANČIČA

Ključna okolnost je zamaskirana u izvjesnom smislu, ali ključno pitanje ovog predmeta je - diskriminacija – na temelju seksualne orijentacije aplikantice – u pogledu privilegije usvajanja djeteta. To što je to privilegija je odlučno za ispitivanje predmeta, slijedi – a većina je tako prepoznala – da se ne bavimo pravom aplikantice u smislu člana 8.

Odlučna je razlika između privilegije i prava. 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.

Najjednostavnije rečeno, teoretski princip prema kojem je pravo predmet postupka i prema kome 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 aplikant koji želi postati sudija ili notar, ili je bio kandidat za sličnu poziciju, ali je iz bilo kojeg razloga odbijen. Čak i u takvoj situaciji, za Sud bi bilo neuobičajeno da podrži odbijanje pružanja privilegije kao nešto što je predmet diskriminatorskih kriterija.

U ovom predmetu, prethodno pitanje od suštinskog značaja je utvrđenje da li je privilegija usvojenja djeteta predmetom diskriminatorskih kriterija iz člana 14. Kako je gore naglašeno, većina nije naklonjena da privilegiju usvojenja djeteta smatra pravom.

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

S druge strane, da li je moguće zamisliti da Komitet Nobelove nagrade bude optužen za diskriminaciju jer Nobelovu nagradu nije nikada dodijelio naučnicima određene rase ili nacionalnosti? Takvo bi utvrđenje, naravno, zahtijevalo statističku potvrdu. Statistički pokazatelji su preovlađujući u diskriminaciji u zapošljavanju i sličnim predmetima. Drugim riječima, ukoliko bi u ovakvoj određenoj situaciji Evropski sud za ljudska prava utvrdio da francuske upravne vlasti sistematski diskriminiraju lezbijke 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 je u Francuskoj opšti diskriminatorni stav protiv homoseksualaca koji žele da usvoje dijete. U ovom predmetu, pitanje sistematske diskriminacije nije istraženo, niti bi čak bilo moguće prihvatiti statistički dokaz u prilog navoda o diskriminaciji. Kada bi to bilo moguće, ishod predmeta bi sasvim drugačiji od onoga s kojim se sada suočavamo.

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

U istom smislu, posebno je pitanje da li je postupak, okončan negativnom odlukom za lezbijku, bio takav da na vidjelo iznosi 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 (materijalnopravni aspekt), te na razumnom odlučivanju (procesnopravni 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, preciznije - ova vrsta “kontaminacije” suštine postupkom, u centru kontroverze. Ovdje se ne mogu na tome zadržavati¹, ali se pitanje može ovako postaviti. Ako davanje privilegija nije stvar prava, nije li tada istina da je davalac privilegije ovlašten – *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 usvojenje djeteta, biti u krugu kandidata za javnu funkciju, itd. Zacijelo, ukoliko je u taj proces privilegija potencijalnog “nastanka prava” uključena arbitrarnost, tada treba primijeniti predrasudu i ispraznost logike diskriminacije.

¹ Ovim sam se detaljno bavio u *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, Chapter 14, pp. 413-28.

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, je dijete čiji se budući najbolji interesi štite. Kada se sukobe apsolutna prava djeteta, blijede sva druga prava i privilegije. Ako u materiji starateljstva podržavamo da je najbolji interes djeteta ono što treba da bude iznad svega - nego prava bioloških roditelja – koliko više snage takva tvrdnja nosi u predmetima kao što je ovaj, gdje je riječ o privilegiji potencijalnog roditelja- usvojioca?

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJA LORENZEN-a I JEBENS-a

Sa većinom smo glasali za utvrđenje kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, te se možemo u široj mjeri saglasiti sa razlozima presude koji vode tom zaključku. Međutim, željeli bismo pojasniti naše glasanje, kako slijedi.

U ovom predmetu, odbijajući odobrenje usvojenja domaće vlasti su se pozvale na dva osnova koje su u žalbenom postupku francuski sudovi prihvatili kao legitimne: prvi, nepostojanje uzora oca u domaćinstvu aplikantice i drugi, indiferentni stav partnerke aplikantice. Potpuno smo saglasni sa razlozima presude (stavovi 75.-78.) da je drugi osnov relevantni faktor koji se uzima u obzir kod odlučivanja o aplikaciji. U pogledu prvog osnova, ne smatramo ga irelevantnim ili diskriminatorским samim po sebi, u predmetima gdje je zahtjev za usvojenje podnio samac. Međutim, to je moguće ukoliko se upotrijebi u kombinaciji sa direktnim ili indirektnim pozivanjem na seksualnu orijentaciju aplikanta. 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" aplikantice, 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 predmeta, bio nezakonit, i time diskriminatorски u svjetlu Konvencije.

Posljedično, u ovom predmetu je utvrđeno kršenje Konvencije jer je odbijanje usvojenja 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 indiferentni 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.

U svjetlu pretežno proceduralnog karaktera kršenja prava, smatrali bismo da utvrđenje kršenja prava ili manja novčana naknada predstavljaju dovoljnu pravičnu naknadu u pogledu bilo kakve nematerijalne štete koju trpi aplikantica, no nismo našli neophodnim da suprotno glasamo.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE LOUCAIDES-a

Nisam saglasan sa većinom u ovom predmetu. Smatram da je odluka domaćih vlasti da odbiju zahtjev aplikantice za izdavanje odobrenja da usvoji dijete bila legitimna i unutar margine slobodne ocjene.

Odluka domaćih vlasti se zasniva na glavna osnova.

Prvi, “izostanak ‘identifikacijskih 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 usvojenje, što je pravo koje je priznato francuskim zakonima, pa da ga stoga treba odbaciti kao neprimjenjivo u ovom predmetu.

Drugi osnov je stav gđe R., partnerke aplikantice, koja se bez obzira na činjenicu da je njena trajna i potvrđena partnerka, ne osjeća obaveznom prema zahtjevu aplikantice za usvojenje. Taj osnov, sam po sebi, bi mogao opravdati odluku domaćih vlasti. Većina ovo nije suštinski osporila. No, 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 aplikantice, od prividno do izričito navedena u razlozima jednog od osnova, bila stvarni osnov odbijanja odobrenja, ne vidim zašto su vlasti morale navoditi drugi osnov.

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.

Organ vlasti se nisu pozivali na seksualnu orijentaciju aplikantice kao razlog odbijanja. No, suprotno mom stanovištu, većina nalazi da je “poziv na homoseksualnost aplikantice bio ako ne eksplicitan, tada implicitan”, te da “je utvrđen uticaj priznate homoseksualnosti aplikantice na ocjenu zahtjeva i ...bio je odlučni faktor za odluku o odbijanju odobrenja za usvojenje”. Čitajući presudu većine, čini mi se da postoji konstatni napor interpretacije odluka domaćih organa vlasti kao da su zasnovane na seksualnoj orijentaciji aplikantice, 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 svjetlu seksualne orijentacije aplikantice”.

Bilo to tako, čak i ako je seksualna orijentacija aplikantice bila faktor odbijanja odobrenja za usvojenje, 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 predmeta.. 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 predmet *Ismailova protiv Rusije*, presuda Prvog Odjela donijeta dana 29. novembra 2007. godine. U tom predmetu, aplikantica 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 aplikaciju, Sud se pozvao na izvjesne incidente koji su nastali usljed vjerskih obreda aplikantice 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 nisu pozivali na pripadnost njihove majke Jehovininim svjedocima, već na aplikantičino vršenje vjerskih obreda, u koje je ona uključivala djecu, propuštajući 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 predmetu, odlučujući šta je od najboljeg interesa za dijete koje se ima usvojiti, nalazim da domaće vlasti mogu zakonito uzeti u obzir seksualnu orijentaciju i stil života aplikantice kako su činjenično prikazani, tj. činjenicu da aplikantica 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 cijeniti kao negativni faktor u okruženju u kome 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 aplikant ne živi sa svojim partnerom ili partnerkom. U ovom drugom slučaju, ja bih lično ovo 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 kakvog 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 aplikantice jedan od razloga koji su imali uticaj na cjelokupnu odluku o odbijanju odobrenja, nalazim da u svjetlu posebnih činjenica i okolnosti predmeta, legitimitet ovopredmetnog odbijanja ni u kom slučaju nije upitan. Vjerujem da je postojao razuman odnos proporcionalnosti i upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kome se težilo.

Konačno i uzgred moram zabilježiti da ova presuda preinačava presudu *Fretté protiv Francuske* (broj 36515/97). Napori da se ovaj predmet izdvoji od predmeta *Fretté* su prema mom mišljenju neuspješni i nepotrebni time utoliko što je u oba predmeta centralno pitanje isto, obzirom na način pristupa većine.

Stoga, mišljenja sam da u ovom predmetu nema kršenja (Konvencije).

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE MULARONI

(Prijevod)

Ne dijelim mišljenje većine u ovom predmetu.

U POGLEDU PRIHVATLJIVOSTI

U pogledu prihvatljivosti aplikacije, nalazim važnim direktno naglasiti da aplikaciju 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 uznapredovala interpretacija člana 8. Vrlo skoro, u dvije aplikacije koje se tiču tehnika vještačke oplodnje, Sud je izričito naveo da ta odredba štiti pravo na poštovanje "odluke" imati ili nemati djecu (vidi *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007-..., i *Dickson protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 44362/04, stav 66., ECHR 2007...).

Zaista, oba se predmeta tiču odluke imati "biološko" dijete. Međutim, ne mogu zaboraviti da je vijekovima usvojenje, 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 usvojenje 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 usvojenje 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 odredaba Konvencije one aplikacije koje su podnijele osobe kojima domaći zakon dozvoljava da podnesu zahtjev za odobrenje usvojenja djeteta. Prema mom mišljenju, sve aplikante 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 aplikacija prihvatljiva smatram prilično slabim; njima se ponavljaju razlozi već iznijeti u predmetu *Fretté* (presuda od 26. februara 2002. godine, broj 36515/97, stavovi 30.-33.).

Kako je to pravilno naglašeno u stavu 47. presude, da bi član 14. bio primjenjiv, činjenice predmeta moraju biti u domenu makar nekog od članova Konvencije - ovdje je to član 8. Ukoliko Sud nije spreman da

izmijeni staru praksu koju i danas primjenjuje, a prema kojoj sve faze prije sudskog odobrenja usvojenja prema domaćem zakonu, spadaju izvan nadležnosti Suda (o tome vidi, pored drugih 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 zahtijevati odobrenje za usvojenje “nesumnjivo” spada u domen člana 8. Konvencije (vidi stav 49. presude).

Prema mom viđenju, ne treba da postavljamo – i da ne damo odgovor – na pogrešno pitanje, tj. da li “pravo” na usvojenje treba ili ne treba da spada u okvir člana 8. Konvencije samostalno (vidi stav 46. presude). Domaće pravo ni međunarodni instrumenti ne priznaju pravo na usvojenje, niti su to stranke osporavale. S druge strane, treba da utvrdimo – a to moramo jasno učiniti – da li domaćim zakonom data mogućnost usvojenja djeteta spada ili ne spada u okvir člana 8. Konvencije. Ukoliko je odgovor negativan, nerazumljiv mi je zaključak, kako sam naprijed navela, da pravo zahtijevati odobrenje “nesumnjivo” spada u okvir člana 8. i da je prema tome, prihvatljiv člana 14. u vezi sa članom 8. Iskreno, takav zaključak mi se ukazuje nelogičnim.

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

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

U POGLEDU KRŠENJA PRAVA

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

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

U pogledu prvog osnova, koji se temelji na nepostojanju uzora oca u domaćinstvu aplikantice, priznajem da imam ozbiljnih sumnji u kompatibilnost sa članom 14. Konvencije. Ovaj se predmet tiče zahtjeva za odobrenje usvojenja, koju je podnio samac, a ne par. Prema mom mišljenju, odluka da li samcu odobriti mogućnost usvojenja je u margini slobodne ocjene 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 aplikanticine partnerke, zahtijeva drugačiji pristup. Gđa R., iako potvrđena i stalna partnerka aplikantice i koja s njom živi u zajednici, jasno se distancirala od zahtjeva za izdavanje odobrenja za usvojenje. Vlasti, koje se neprestano pozivaju na ovu okolnost - direktno i davanjem razloga- zaključile su da aplikantica nije dala potrebna obezbjeđenja za usvojenje 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 aplikant predlaže obezbjeđenje 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 (vidi stavove 28.-31. presude).

Štaviše, u domaćem zakonodavstvu i u svim međunarodnim instrumentima krovni je najbolji interes djeteta (*ibid.*), kako to naš Sud uvijek prihvata i naglašava u svim predmetima koji se tiču maloljetnika. Kao i *Conseil d'Etat*, smatram da se tamo gdje samac koji nastoji usvojiti dijete nalazi u stabilnoj vezi sa drugom osobom, od koje se neminovno traži da doprinese obezbjeđenju odgovarajućeg doma djetetu, upravne vlasti su ovlaštene i dužne su osigurati – čak i ako predmetna veza nije pravno obavezujuća – da ponašanje ili ličnost trećeg lica, posmatrano na osnovu objektivnih kriterija, bude prijemčivo u smislu obezbjeđenja odgovarajućeg doma. Na vlastima je obaveza osiguranja da 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 usvojenje. Otuda ne pristajem na teoriju “kontaminacije” koju je većima promovisala u stavu 80. presude, i dalje. U tom smislu dijelom mišljenje sudije Loucaides-a. Radije ću se prikloniti pravu pravnih sistema koje dobro poznajem, prema kojima ako se odluka temelji na više osnova, za jedan od njih je dovoljno da bude valjan pa da i odluka u cjelini bude valjana.

Dodala bih da nalazim većinsku interpretaciju zaključaka domaćih sudova neopravdanom: iako domaći sudovi konstantno potvrđuju da homoseksualnost aplikantice nije bio osnov odbijanja odobrenja, većina smatra da je poziv na njenu homoseksualnost bio ako ne direktan, tada makar indirektan, te da je utvrđen uticaj tog shvatanja na ocjenu njenog zahtjeva i bio je odlučan faktor (vidi stav 89. presude).

Štaviše, aplikantica 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 aplikantice i njenu vezu. Ne bi li bilo značajno pozvati se na ličnost heteroseksualnog partnera koji sa mogućim usvojiocem živi u stabilnoj zajednici, te na njegov ili njen stav namjeri usvojenja? Ne nalazim nijedan valjan razlog za stav da vlasti ne bi trebalo da se pozivaju na ove faktore, pa ni u najmanjoj mjeri. Dijete pristiže u domaćinstvo koga 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 aplikantice bio odlučujući faktor, budući da su suprotno od predmeta *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, domaće vlasti uvijek naglašavale da seksualna orijentacija aplikantice nije osnov odbijanja zahtjeva za odobrenje usvojenja.

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