

SEKSUALNA ORIJENTACIJA POSVOJITELJA I NAJBOLJI INTERES DJETETA

*“Potvrđivanje sebe može se pretvoriti u nasilje nad Drugim,
koji je ranjiv, a i naša je ranjivost izložena njemu.”*

E. Levinas¹

Prof. dr. sc. Dijana Jakovac-Lozić*
Ines Vétma**

UDK 347.62-055
347.633
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: ožujak 2006.

Poštovanje ljudskih prava započinje načinom kojim svako društvo posebno tretira svoju djecu. Razmatrajući kompleksnost standarda najbolji interes djeteta, autorice prosuđuju koliko je pretpostavka seksualne orijentacije potencijalnih posvojitelja (in)kompatibilna smislu i sadržaju navedenog pojma.

U tu svrhu u radu su prikazana poredbenopravna rješenja pojedinih država, a analizira se i jedan od rijetkih slučajeva na tu temu o kojem je rješavao Europski sud za ljudska prava (Fretté v. France, 2002.). Rad sadržava i kritički osvrt na pitanje pristupa pojedinih država ali i Europskog suda za ljudska prava tumačenju načela nediskriminacije glede seksualne orijentacije (posvojitelja) te odnosu tog načela s načelom najboljeg interesa djeteta (posvojenika).

Ključne riječi: aktivna adoptivna sposobnost, homoseksualac-posvojitelj, najbolji interes djeteta, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europski sud za ljudska prava

* Dr. sc. Dijana Jakovac-Lozić, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split

** Ines Vétma, studentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split

¹ Emmanuel Levinas, (1905.-1995.), litavski filozof koji je živio i radio u Francuskoj. Uz M. Bubera poznat je po svojoj filozofiji altruističke i humanističke kvalitete međuljudskih odnosa.

1. UVODNA RIJEČ

1. Danas je sve učestalija pojavnost nepotpune (monoparentalne) obitelji koje je karakteristika nepostojanje roditeljskog para. Ponekad je i posvojenje put koji vodi nastanku takve obitelji.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.)² uopće ne spominje posvojenje. Za razliku od nje, Europska konvencija o posvojenju djece (1967.)³ prepušta slobodu državama potpisnicama da uvedu u svoja nacionalna zakonodavstva mogućnost posvojenja od strane samca (čl. 6.).

Mnoge europske države iskoristile su mogućnost koju im pruža Konvencija o posvojenju djece i dopustile posvojenje samcima. Riječ je, primjerice, o Francuskoj, Austriji, Švicarskoj, Belgiji, Finskoj, Švedskoj, Njemačkoj, Poljskoj, Rumunjskoj, Bugarskoj, Portugalu i dr. I Hrvatska je svojim Obiteljskim zakonom⁴ normirala mogućnost posvojenja od osobe koja nije u braku (čl. 133. st. 2.), ako je to od osobite koristi za dijete. Takva, uvjetovana mogućnost posvojenja od strane samca karakterizira i glavninu poredbenopravnih sustava.

2. Prava djece postavljaju granice pravu pojedinca na “imanje” odnosno posvojenje djece. Pravno stjecanje mogućnosti posvojenja, u odnosu na podnositelja zahtjeva, ograničeno je u najboljem interesu djeteta. Posvojenje, na prosto, znači “pružiti djetetu obitelj, a ne obitelji dijete”, pri čemu se države moraju pobrinuti da za posvojitelje odaberu osobe koje djetetu mogu pružiti

² *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* stupila je na snagu 4. studenoga 1953., a za Hrvatsku je obvezujuća od 5. studenoga 1997. Vidi: *Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 6/1999). Originalni tekst Konvencije dostupan je, između ostalog, i na *web* stranici Ureda međunarodnih ugovora Vijeća Europe: *Note by the Treaty Office*, <http://conventions.coe.int>.

³ *Europska konvencija o posvojenju djece* donesena je 24. travnja 1967., a stupila je na snagu 26. travnja 1968. Do kraja 2005. godine Konvencija je “dobila” tri potpisa i osamnaest ratifikacija. Vidi: *European Convention on the Adoption of Children (No 058)*, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=1&CL=ENG&NT=058&NU=99> (valja istaknuti da Hrvatska nije ratificirala Konvenciju).

⁴ *Obiteljski zakon Republike Hrvatske* (Narodne novine, br. 116/03; Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona - Narodne novine, br. 17/04; Zakon o izmjeni Obiteljskog zakona - Narodne novine, br. 136/04).

najprikladniji dom u svakom smislu. A “najprikladnijim domom” za podizanje i odgoj djeteta, iz mnogih razloga (*v. infra*, 5.), zasigurno ne možemo smatrati sredinu u kojoj se o djetetu skrbi roditelj istospolne seksualne orijentacije.⁵

Ako već za djecu bez primjerene roditeljske skrbi želimo najbolje, djetetov interes treba uvijek biti ispred interesa odraslih. Niti jedno društvo ne može tvrditi da čini najbolje što može za svoju djecu ako ih pri tome ne prihvaća kao ljude, ako su njihova “dječja (ljudska) prava” manje “ljudska prava” od prava odraslih.⁶ Potrebe tih malenih i ranjivih bića društvo u kojem žive mora ispunjavati s osobitim obzirom.

2. NAJBOLJI INTERES DJETETA

3. Načelo *najboljeg interesa djeteta*, ishodište kojeg se nalazi u međunarodnom pravu, prihvaćeno je u obiteljskom zakonodavstvu mnogih država.

Primjerice, Konvencija UN-a o pravima djeteta (1989.),⁷ odredbom čl. 3. st. 1. i 2. propisuje:

“1. U svim djelima koje radi djece poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne skrbi, sudovi, upravne vlasti ili zakonodavna tijela, interesi djeteta trebaju imati prednost.

⁵ Pojedini sociolingvisti, iako svjesni da se i same homoseksualne udruge koriste tim nazivom uvodeći lekseme za pojedine pojmove, upozoravaju na potrebu izbjegavanja izričaja “seksualna orijentacija”, navodeći kako taj izraz uključuje i vlastitu volju, dok je ovdje, prema njihovu mišljenju, riječ o određenosti, determiniranosti, o nečemu što je izvan kontrole takvih osoba. Zauzimaju stajalište da se ovdje ne radi o jezičnom purizmu, već i o razumijevanju uzroka tog fenomena i stajališta prema pravu homoseksualaca na ponašanje sukladno s tom njihovom determiniranošću, koja je u svojoj osnovi endokrinološka, a ne voljna. Rađa li se netko kao homoseksualac ili ne, koliko je takvo ponašanje unutar ili izvan kontrole takvih osoba i koliko su snažne osnove prema kojima je opravdano govoriti upravo o “seksualnoj orijentaciji” takvih osoba, nije tema ovoga rada. Ali kazat ćemo da bezrezervno ne možemo podržati izneseno razmišljanje. Uostalom, o tome je svoje stajalište iznijela i znanost i vjera, pri čemu je odgovor vjere jedno, a odgovor znanosti drugo. No, koliko god da su ta dva odgovora na različitim razinama, ona u svakom slučaju nisu proturječna, nego se dopunjuju.

⁶ Zanimljiva razmišljanja o usklađivanju ljudskih prava i dječjih potreba vidi u: P. Leach, *Prvo djeca - što društvo ne čini, a trebalo bi, za današnju djecu*, Algoritam, Zagreb, 2003., str. 225-246.

⁷ *Konvencija o pravima djeteta* (Službeni list SFRJ, 15/1990., Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/1993, 20/1997).

2. Države ugovornice obvezuju se da će kroz odgovarajuće zakonodavne i upravne mjere osigurati zaštitu djeteta i skrb kakva je potrebna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i dužnosti roditelja, zakonskih zastupnika ili drugih osoba koje su pravno odgovorne za dijete.”

Takva je formulacija, zasigurno, najinovativnija, jer načelo pretače u posebnu obvezu različitih subjekata (institucija, službi za skrb ili zaštitu djece u nadležnosti države, ali i privatnih organizacija koje su izvan državne kontrole) koji su obvezni pridonijeti zaštiti djetetova najboljeg interesa.⁸

Načelo *najboljeg interesa djeteta* prvi put je istaknuto u Deklaraciji o pravima djeteta (1959.), (čl. 2.).⁹

To se načelo ne pojavljuje u obliku posebne odredbe u drugim međunarodnim konvencijama, ali čl. 3. st. 1. Konvencije o pravima djeteta nesumnjivo odražava duh i širi smisao sličnih odredbi pojedinih međunarodnih konvencija o ljudskim pravima. Tako, primjerice, u čl. 5. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1979.)¹⁰ ne koristi se doslovno izričaj *najbolji interesi djeteta*, ali njegov sadržaj upućuje na bitne elemente načela *najboljeg interesa*. Afrička povelja o pravima i dobrobiti djeteta (1990.)¹¹ također priznaje u čl. 4. pravo djeteta na ostvarivanje načela *najboljih interesa*.

⁸ O “*najboljem interesu djeteta*” vidi: M. Alinčić, A. Bakarić-Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 245-248; M. Freeman, *The Best Interests of the Child? Is The Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 11, 1997., No. 3, str. 360-389; J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, *Beyond The Best Interests of the Child*, The Free Press, A Division of Simon & Schuster Inc., New York, 1979.; J. Goldstein, A.J. Solnit, S. Goldstein, A. Freud, *The Best Interests of the Child*, the Free Press, New York, 1998.; W. Pintens & K. Vanwinckelen, *Casebook: European Family Law*, Leuven University Press, Leuven, 2001., str. 216-221, J. Fortin, *Children’s Rights and the Developing Law*, LexisNexis, Butterworths, London, 2003., str. 36-37 i dr.

⁹ “... *Dijete treba uživati posebnu zaštitu ... najbolji interesi djeteta trebaju imati prednost*,” čl. 2. Deklaracije, vidi: J. Hrženjak, *Međunarodni i evropski dokumenti o ljudskim pravima - čovjek i njegove slobode u pravnoj državi*, Informator, Zagreb, 1992., str. 34. Originalni tekst Deklaracije nalazi se na web stranici *Declaration of the Rights of the Child*, G.A. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 19, U.N. Doc. A/4354, <http://www.cirp.org/library/ethics/UN-declaration/> (podatak je preuzet s navedene stranice dana 7. veljače 2006.).

¹⁰ *Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena* (Službeni list SFRJ, br. 11/1981; Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/1993; *Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena*, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 3/2001).

¹¹ Vidi: *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entered into force Nov. 29, 1999, <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/afchild>.

4. U praksi Europske komisije za ljudska prava¹² i Europskog suda za ljudska prava¹³ nisu rijetkost pozivanja na *najbolji interes djeteta*, i to najviše u povodu čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.)¹⁴ koji se odnosi na pravo poštovanja obiteljskog života i privatnosti.

5. Konvencija o pravima djeteta donesena prije sedamnaest godina sadržava najpotpuniju formulaciju određenja *najboljeg interesa djeteta*, no unatoč tome još se uvijek polemizira o određivanju sadržaja tog pojma.

Čak i danas pojedini autori ograničavaju primjenu tog načela na određena prava kao što su ona vezana za odvajanje djeteta od obitelji (čl. 19.), roditeljsku odgovornost za dijete (čl. 18.), pitanja posvojenja i smještanja djeteta u drugu obitelj (čl. 20. i 21.) te položaj djeteta u odnosu prema policiji i pravosudnom sustavu (čl. 37. i 40.).¹⁵

Mislimo, a takvo stajalište zauzima i Odbor za prava djeteta (*Committee on the Rights of the Child*),¹⁶ da je to načelo bitan element u ostvarivanju svih drugih prava iz Konvencije.

htm. Osim čl. 4. Povelje, o *najboljem interesu djeteta* riječ je i u čl. 9. st. 2., 19. st. 1., 20. st. 1. t. a) te čl. 24-25.

¹² Primjera radi, u slučaju *Hendriks v. Netherlands* (5EHRR 223), (Appl. no. 8227/78, 10 December 1982.), u kojem danski državljani Hendriks ustaje protiv Nizozemske, Komisija se pozvala u svom razmatranju na "*interes djeteta*". Kako Hendriks nije bio zadovoljan stajalištem Komisije za ljudska prava, obratio se Odboru za ljudska prava, na osnovi Fakultativnog protokola donesenog uz Pakt o građanskim i političkim pravima UN-a (1966). Odbor je, razmatrajući podnesak Hendriksa, iznio mišljenje u kojem je razmatrao stajalište nizozemskog suda u povodu *najboljeg interesa djeteta*. Vidi: http://www.hrcr.org/safrica/dignity/hendriks_netherlands.html (podatak je preuzet dana 13. veljače 2006.).

¹³ Vidi predmete: *Monory v. Romania and Hungary* (Application no. 71099/01 [2005] ECHR 209, 5 April 2005); *Süss v. Germany (I)*, Application (40324/98 [2005], 10 November 2005); *Zawadka v. Poland* (Application no. 48542/99 [2005] ECHR 421, 23 June 2005) i dr.

¹⁴ Vidi bilješku 2.

¹⁵ P. Alston, *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 1994., str. 3.

¹⁶ Odbor za prava djeteta operativno je tijelo predviđeno Konvencijom o pravima djeteta kojemu su države članice Konvencije obvezne podnositi redovita izvješća i dopunske informacije koje su dužne obznaniti u vlastitoj zemlji kao i opće preporuke upućene od Odbora (v. čl. 44. i 45. Konvencije o pravima djeteta). O najnovijim aktivnostima Odbora za prava djeteta vidi: *Committee on the Rights of the Child*, www.unhcr.ch/html/menu2/6/crc/ (podatak preuzet s Interneta 18. svibnja 2005.).

Formulacija *najbolji interes djeteta* ima višestruku ulogu u pravima djeteta. Prvo, zajedno s ostalim člancima Konvencije podržava, osnažuje ili razjašnjava probleme koji se pojavljuju u svezi s primjenom Konvencije. Nadalje, služi kao vrlo pogodan instrument u slučaju sukoba prava. Najzad, u svim slučajevima u kojima prava definirana u Konvenciji ne mogu riješiti problem, načelo sadržano u čl. 3. st. 1. Konvencije služi kao osnova za razmatranje prava i prakse država članica.¹⁷

Interes djeteta je, dakle, neodređen, ali odrediv pravni pojam, koji u svakom pojedinom slučaju zahtijeva prepoznavanje određene potrebe djeteta i nastojanje da se ona na najbolji mogući način zadovolji. Pri tome postoji više kriterija pomoću kojih se interes djeteta može odrediti. To su potrebe djeteta, volja roditelja i standardno ponašanje.¹⁸

6. Članak 21. Konvencije propisuje da će se prilikom prepuštanja djeteta na posvojenje pridati najveća moguća pozornost dobrobiti djeteta. Naime, *najbolji interes djeteta* tu bi trebao biti od najvećeg značenja. Obveze država ugovornica na taj su način jasne i vrlo određene. Međutim, uvidom u recentne propise europskih i pojedinih izvan europskih država možemo zaključiti da te obveze, iako su jasno postavljene, nisu uvijek poštovane na najbolji mogući način (*infra*, 4.).

3. POSVOJENJE U SLUŽBI NAJBOLJEG INTERESA DJETETA - STAJALIŠTA *PRO ET CONTRA*

7. Kad je riječ o posvojenju, mnogi imaju svoje mišljenje, a isto tako i običaj pojednostaviti pitanje *najboljeg interesa djeteta*, koje je sve prije nego jednostavno.

Često se dešava da se osobni interesi ili interesi nekakve organizacije ili institucije kriju ispod zanosnih govora i riječi o potrebi zaštite tih najosjetljivijih i najranjivijih bića - djece, kao i zaštite njihovih prava.

8. "Posvojenje je katkad najbolje rješenje za zbrinjavanje djeteta, samim tim što mu obitelj u koju dolazi može pružiti sve ono što mu je potrebno,

¹⁷ P. Alston, op. cit., str. 19.

¹⁸ Opširnije o tome D. Hrabar, u: M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 247-248.

sveobuhvatnu skrb i bezgraničnu ljubav. No, katkad to i nije najbolje rješenje, posebno ako je riječ o međunarodnom posvojenju, jer je ono samo po sebi rizičnije iako pruža šire mogućnosti”, upozorava *Chantal Saclier*¹⁹, menadžerica s vrlo bogatim iskustvom i saznanjima stečenim na poslovima međunarodnog posvojenja, zaposlena pri *International Social Service*²⁰ u Ženevi.

9. Paradoksalna situacija nerijetko je obilježje naše stvarnosti. Prvo, na tisuće i tisuće djece živi u ustanovama u uvjetima koji su ozbiljno zabrinjavajući i imaju direktne posljedice na život djece (mnoge ustanove ne raspolažu adekvatnim prostorom za život, potrebnim osobljem, odjećom, hranom, postojeća medicinska skrb ne zadovoljava). K tome, u ustanovama je, čak i onda kad su materijalne pretpostavke prihvatljive, gotovo nemoguće razviti dostatno osobni i afektivni odnos između osoblja i djeteta. Zadovoljenje djetetovih materijalnih potreba nedovoljno je za njegov ispravan rast i razvoj. Rođenjem djeteta je osoba. Za humano odrastanje, ono treba mali broj odraslih koji se skrbe za njega na stalnoj i dugoročnoj osnovi; mora osjećati da je voljeno, prihvaćeno i posebno. Ono iz takvih postupaka odraslih prema sebi mora naučiti voljeti sebe, a to je nužan preduvjet da bi znalo voljeti i druge te da bi tako jednog dana osnovalo i svoju obitelj.

10. Dijete koje živi u ustanovi, općenito, ne dobiva nikakva objašnjenja u svezi sa svojom situacijom. Sve to za posljedicu može imati osjećaj vlastite bezvrijednosti u djeteta, nevoljenosti, neželjenosti i drugih destruktivnih osjećaja. Osjećaj može biti dodatno pogoršan u ustanovi u kojoj pretpostavljene posvojitelji odaberu jedno dijete za sebe: onom drugom djetetu koje nije odabrano vraća se osjećaj napuštenosti, neželjenosti.

Razlog što mnoga djeca ostaju u ustanovama je i to što u velikom broju zemalja ne postoji stvarna politička inicijativa za izmještanje djece iz ustanova i njihovo zbrinjavanje u obiteljskom okruženju (bilo u vlastitoj ili u zamjenskoj obitelji).

¹⁹ C. Saclier, *In the best interests of the child?*, in: P. Selman (ed.): *Intercountry Adoption - Developments, trends and perspectives*, British Agencies for Adoption and Fostering (BAAF), London, 2000., str. 53-54.

²⁰ *International Social Service* nevladina je organizacija utemeljena s ciljem pružanja pomoći kako pojedincima, tako i obiteljima s osobnim ili socijalnim problemima koji su nastali kao rezultat migracija ili međunarodnih preseljenja. Ta organizacija utemeljena je dvadesetih godina prošlog stoljeća, a pod tim nazivom djeluje od 1946. godine. Vidi: *International Social Service*, http://www.iss-ssi.org/About_ISS/body_about_iss.html (podatak je preuzet s navedene stranice 10. siječnja 2006.).

11. Drugo, posvojenje, poglavito međunarodno posvojenje, područje je s vrlo prijepornom praksom gdje dijete nije uvijek promatrano kao osoba s ljudskim pravima i sa sposobnošću osjećanja.

Međunarodno posvojenje u posljednja je dva desetljeća postalo jako traženo. Sve se češće u industrijaliziranim zemljama ono prepoznaje kao način na koji parovi bez djece mogu zadovoljiti svoju želju za djetetom. Sve je veća bojazan da se takvo posvojenje ne pretvori iz institucije koja postoji radi zbrinjavanja nezbrinute djece u sredstvo koje služi parovima koji ne mogu imati djecu. Iako je njihova potreba shvatljiva i trebalo bi im pružiti mogućnosti da je realiziraju, to, ipak, nikada i ni u kojem slučaju ne bi smjelo biti pod svaku cijenu i na štetu djetetova interesa.

12. Zamjetno je da raste broj djece koja su posvojena čak i kad nije bilo potrebe za zamjenskom obitelji: točnije, djece koja bi bez većih poteškoća mogla ostati uz svoje biološke roditelje, djece koja mogu ili ne moraju proći kroz ustanovu, djece koja su naprosto lišena kontinuiteta odrastanja u svojoj obitelji (npr. obitelji u kojoj postoji možebitna opasnost za pravilno podizanje djeteta pa je ono povjereno na čuvanje i odgoj ustanovi) i sl. Ponekad svesrdni i stručni angažman na saniranju postojećeg stanja u toj obitelji, primjerenije postupanje nadležnih tijela, temeljitije sagledavanje posljedica kojima može generirati pojedina odluka može spriječiti donošenje konačne odluke roditelja o prepuštanju djeteta na posvojenje.

13. No, s druge strane pitamo se što napraviti kako bismo spriječili da se posvojenje preokrene u tragediju za određeni broj djece, uključujući i njihove biološke obitelji. Razmišljanja o najboljem interesu djeteta u kontekstu posvojenja nužno podrazumijevaju: a) sprječavanje napuštanja djece i borbu za socijalnu pravdu (na nacionalnoj i međunarodnoj razini). Posvojenje je, možemo reći, nužno dobro. Ali zaista nužno. Ono bi se trebalo uzimati kao supsidijarno rješenje za dijete. Primarno bi bilo spriječiti situacije zbog kojih dolazi do napuštanja djeteta;²¹ b) traženje alternative uvriježenom smještanju djece u institucije koja odrastanjem u ustanovama imaju u kasnijem životu

²¹ Takve situacije bilo bi moguće spriječiti otvaranjem ustanova za majke i obitelji kojima bi se oni mogli obraćati sa svojim problemima, financijskom pomoći takvim obiteljima, edukacijom mladih, ali i starijih o planiranju obitelji, isticanjem odgovorne uloge oca u podizanju djeteta, upozoravanjem na prava i potrebe djeteta, promoviranjem prava žena i s tim u svezi jednakopravnosti u zapošljavanju.

poteškoća u osmišljavanju i stvaranju kvalitetnog života; c) razvijanje dobre prakse posvojenja i borbu protiv trgovine i zloporabe djece kako ona ne bi postala predmetom kupnje i prodaje ili žrtvom kojekakvih nastranih aktivnosti odraslih. Država treba biti posrednik između djeteta i obitelji u koju se ono ima udomiti.²² Također, sam postupak posvojenja mora se voditi odgovorno i savjesno, pri tome maksimalno pazeći na interes djeteta, a sve na temelju zakonskih propisa među kojima ne smije biti proturječna ako je riječ o međunarodnom posvojenju, a poglavito ako u tom posvojenju sudjeluje država koja nije potpisnica Haške konvencije o zaštiti djece i suradnji glede međunarodnog posvojenja (1993.)²³.

14. Činjenica je da se smještanju i boravku djeteta u instituciji upućuju mnogobrojni prigovori, iako bi takvo smještanje trebalo biti privremeno rješenje. No, zasigurno je ono nerijetko jedino moguće rješenje, rješenje na koje se teško može utjecati. Jedan od takvih prigovora je i nemogućnost razvoja osjećaja za pojedine vrijednosti i individualnu i osobnu ulogu muškarca i žene, roditelja i djece, kao i načina nastanka odnosa među njima samima, što može imati negativne učinke u formiranju djetetove osobnosti. No, s druge pak strane, mnoge države dopuštaju posvojenje samcima (i to bez ikakvog ograničenja i uvjetovanja), a i osobama koje žive u homoseksualnim zajednicama ili su homoseksualno orijentirane. Naše vrijeme, nerijetko, s pravom doživljavamo kao vrijeme suprotnosti, a suprotnosti stavljene jedna pored druge više se ističu (*opposita iuxta se posita eo magis elucescunt*).

²² Svi koraci koji se poduzimaju u pripremanju i provedbi posvojenja moraju biti povjereni stručnjacima i ustanovama ovlaštenim za obavljanje poslova dječje i obiteljske skrbi, poštujući pri tome etička pravila o ljudskim i dječjim pravima. Opširnije u: C. Saclier, op. cit., str. 64.

²³ *Haška konvencija o zaštiti djece i suradnji glede međunarodnog posvojenja (1993.)* predstavlja, kao i mnoge druge konvencije Haške konferencije, važan prilog ujednačavanju pravila međunarodnog privatnog prava. Opširnije o Konvenciji, točnije o tijeku događanja na XVII. zasjedanju Haške konferencije na kojem je i prihvaćen nacrt Konvencije, vidi u: N. Meyer-Fabre, *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, *Revue critique de droit international privé*, 1994., 2, str. 259.

4. POREDBENOPRAVNI PRISTUP PITANJU SEKSUALNE ORIJENTACIJE POTENCIJALNIH POSVOJITELJA PROMATRANE U KONTEKSTU AKTIVNE ADOPTIVNE SPOSOBNOSTI

15. Rasprava o toj temi trebala bi rasvijetliti pitanje razmjera zastupljenosti stajališta *pro et contra* posvojenja od strane osoba homoseksualne orijentacije u suvremenim pravnim sustavima.

Događanja se u tome, promatrano u svjetskim razmjerima, odvijaju velikom brzinom. Dok su, donedavno, mnoge države koje su legalizirale istospolne zajednice s manjom ili većom snagom njihove učinkovitosti, homoseksualcima uskraćivale pravo na posvojenje, sada je to već prošlost. Naime, tijekom vremena oni su se uspjeli izboriti za ozakonjenje mogućnosti posvojenja djeteta svoga partnera, da bi danas u nekoliko država Europske unije bila srušena i posljednja prepreka na putu posvojenja kakvo ostvaruju heteroseksualni partneri diljem svijeta.

16. Prisjetimo se: još prije nekih trinaestak godina, na XVII. zasjedanju Haške konferencije na kojem je i prihvaćen nacrt Haške konvencije o zaštiti djece i suradnji glede međunarodnog posvojenja (1993.) živu polemiku izazvala su upravo pitanja potencijalnih posvojitelja, poglavito kad je riječ o izvanbračnim (heteroseksualnim) parovima ili o homoseksualnim parovima. Većina delegata sporazumjela se o potrebi ograničavanja opsega konvencijske primjene na posvojenja inicirana od bračnih drugova ili samaca (vidi čl. 2. st. 1. Konvencije).²⁴

Međutim, recentna zakonodavstva europskih kao i ostalih država diljem svijeta potvrdila su opravdanost tvrdnje J. Golsworthyja²⁵: "Javno mišljenje uvijek je ispred zakona."

17. Trebalo je samo desetak godina od donošenja Konvencije, pa da krajem 2005. godine čitamo tekstove sljedećeg sadržaja: "Dvije godine nakon legalizacije istospolnog braka²⁶ belgijski parlament izjasnio se sa 77 glasova naprama 62 glasa u prilog razmatranja mogućnosti posvojenja od strane homoseksualnih parova. Ako Belgija dopusti takva posvojenja, ona će postati četvrta država

²⁴ N. Meyer-Fabre, op. cit., str. 264-265.

²⁵ John Golsworthy (1867.-1933.), engleski romansijer i dramski pisac.

²⁶ Belgija je 30. siječnja 2003. postala druga država u svijetu (nakon Nizozemske) koja je legalizirala brak istospolnih parova. Do kraja prosinca 2005. godine sklopljeno je 5.000 takvih "brakova". Vidi: *Belgium Approves Same-Sex Marriages*, Associated Press, 2003, January 30, na stranici: <http://www.cbsnews.com>, i T. Savage, *Belgium says "I do": The country becomes only the second in the world to grant legal recognition to same-sex marriage*, The Advocate, March 18, 2003.

unutar Europske unije, nakon Švedske, Španjolske i Nizozemske, koja je dopustila posvojenje homoseksualcima.”^{27,28}

Borci za prava homoseksualaca kažu da su trenutačno mnoga djeca na brizi i skrbi homoseksualnih parova, ali izvan adekvatne zakonske zaštite. Zakon koji bi trebao biti donesen jamčit će istospolnim partnerima jednaka prava kao i heteroseksualnim partnerima, priznavajući im i mogućnost posvojenja djece iz bilo koje države diljem svijeta. Konačno odobrenje parlamenta očekuje se u ožujku 2006. godine.

18. U Švedskoj je 1994. godine donesen *The Registered Partnership Act*²⁹ koji je stupio na snagu 1995. i primjenjuje se isključivo na homoseksualne partnere. Prema tom zakonu registrirani partneri nisu mogli posvojiti dijete ni pojedinačno, a niti zajednički.

Međutim, najnovije zakonske izmjene koje su stupile na snagu 1. veljače 2003. omogućuju homoseksualnom paru koji je registrirao svoju zajednicu života stjecanje određenih prava kakva imaju bračni drugovi koji kane posvojiti.^{30,31}

²⁷ BBC NEWS - *Belgium backs gay adoption plans*, <http://newsvote.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4491688.stm> (podatak je preuzet s navedene stranice 14. prosinca 2005.).

²⁸ Riječ je o državama koje dopuštaju zajedničko posvojenje istospolnih partnera, jer takav pravni pristup nužno je distingvirati od pravnog pristupa pojedinih europskih država koje dopuštaju isključivo posvojenje djeteta drugog partnera (neovisno o tome je li ono biološko ili posvojeno dijete tog drugog partnera). Takav je slučaj, primjerice, s Danskom, Norveškom, Islandom i dr.

²⁹ Act 1994:117, Decree 1994:1431.

³⁰ Četiri godine prije spomenutih zakonskih izmjena, točnije u veljači 1999. godine, imenovana je parlamentarna komisija (poznata pod nazivom *Komisija za djecu u homoseksualnim obiteljima*) koja je bila ovlaštena, slijedeći smjernice Vlade, riješiti pitanje pravnih razlika između homoseksualnih i heteroseksualnih partnera s obzirom na mogućnost posvojenja. Nakon dviju godina rada Komisija je podnijela izvješće pod nazivom *Djeca u homoseksualnim obiteljima*, u kojem navodi da se pravne razlike između homoseksualnih i heteroseksualnih partnera u svezi s posvojenjem ne mogu više smatrati opravdanima te se zahtijeva da se registriranim partnerima pruži pravna mogućnost zajedničkog posvojenja kakvu imaju bračni drugovi, i to pod istim pretpostavkama. Na temelju navedenog izvješća Vlada je izradila prijedlog koji je upućen u parlamentarnu proceduru i prihvaćen u svibnju 2002. godine. Opširnije vidi u: A. Saldeen, *Minor Amendments and Statutory Proposals: Brussels II, Same-Sex Adoption and Other Matters*, The International Survey of Family Law, 2003. (ed.), Jordan Publishing Ltd., Bristol, str. 413-416.

³¹ O posvojenju od strane homoseksualnih partnera vidi i: A. Saldeen, *The Children's Ombudsman, Adoption by Homosexual Partners, and Assisted Reproduction*, The International Survey of Family Law, 2004. (ed.), str. 440-444.

Drugim riječima, homoseksualni par koji je registrirao svoju zajednicu života može pristupiti posvojenju djeteta zajednički, a i jedan od partnera može posvojiti dijete drugog partnera, neovisno o tome je li to dijete biološko ili pak posvojeno dijete drugog partnera. Temeljni preduvjeti za posvojenje jesu da ono mora biti na dobrobit i u interesu djeteta (?!) te da su i svi drugi zakonski uvjeti zadovoljeni.³²

19. Španjolska je 30. lipnja 2005. dopustila istospolnim partnerima zasnivanje braka koji im omogućuje uživanje svih prava i odgovornosti kojima generira heteroseksualna bračna zajednica, dajući im i pravo na zajedničko posvojenje djece.³³ U toj državi događanja u vezi s pravima homoseksualaca očigledno su u posljednjih nekoliko godina ubrzano "napredovala". Prije samo godinu dana na saveznoj razini nije postojao propis kojim bi se zaštitile istospolne zajednice. Samo pojedine španjolske pokrajine donijele su takve propise (npr. provincije Aragon, Asturia, Catalonija, Navarra, Valencia).³⁴ Prema propisima pojedinih pokrajina (primjerice, Catalonije i Aragona, a slično je i s ostalim pokrajinama), homoseksualni parovi zahtijevali su poistovjećivanje s heteroseksualnim parovima glede prava skrbništva nad djecom, posvojenja, odgovornosti za dugove spram trećih osoba, prava na boravište i dr. Međutim, oni nisu mogli zajednički posvojiti dijete. Riječju, navedenim propisima učinci homoseksualne zajednice nisu bili izjednačeni s učincima heteroseksualne zajednice.³⁵ U pokrajini Navarra 2000. godine donesen je zakon koji prvi put dopušta posvojenje homoseksualnim parovima.³⁶ Dok je najvažniji argument zastupnika koji su podržali taj zakon bio taj da ako posvojiti mogu samci, osobe bez partnera, isto bi trebalo dopustiti i homoseksualnim parovima,

³² *Homosexual partnership and adoption*, Ministry of Justice, Sweden, March 2003., Article no. Ju 03.03e. Navedeni materijal preuzet je s *weba* 5. kolovoza 2005. (<http://www.sweden.gov.se/sb/d/2768/a/16217;jsessionid=awoLptL2eN5->).

³³ Vidi: *Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, Boletín Oficial de Las Cortes Generales, Congreso de los diputados, VIII legislatura, Seria A, 21 de enero de 2005., Núm. 18-1.

³⁴ Vidi: G. García Cantero, *De Facto Unions Revised*, The International Survey of Family Law, 2003. (ed.), str. 403-410.

³⁵ Opširnije: G. G. Cantero, *The Catalan Family code of 1998 and Other Autonomous Region Laws on De Facto Unions*, The International Survey of Family Law, 2001. (ed.), str. 397-404.

³⁶ *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*, Boletín Oficial de Navarra, 7 July 2000., 82. Vidi: <http://www.cfnavarra.es/BON/007/00707003.htm>

dotle se najvažniji argument protiv odnosio na psihološku štetu koja se takvim posvojenjem može počinuti djetetu.³⁷

Španjolska Katolička crkva pokrenula je široku kampanju protiv Prijedloga navedenog zakona iz 2005. godine, prvi put u posljednjih dvadeset godina javno prosvjedujući protiv takvih planova Vlade, ispravno ih karakterizirajući kao *nešto pogrešno* što će imati negativne posljedice za društveni život.

20. Za **Nizozemsku** su od osobite važnosti dva propisa: *Act of 21 December 2000 to open marriage to same-sex couples* i *Act of 21 December 2000 to make the adoption of Dutch children available to same-sex couples*.³⁸ Oba zakona stupila su na snagu 1. travnja 2001. i riječ je, zapravo, o propisu pod nazivom *Same-Sex Marriage Act, 2001*.³⁹

Nizozemska je bila prva država koje je istospolnim parovima dopustila sklapanje "braka". Jedina pravna razlika između osoba suprotnog i onih istog spola sada je samo u mogućnosti posvojenja djece iz inozemstva. Međutim, unutarnja (domaća) posvojenja su dopuštena.⁴⁰ Dakle, u Nizozemskoj homoseksualni parovi mogu zajednički posvojiti, ali i jedan od partnera može posvojiti dijete. Posvojenje se zasniva odlukom regionalnog suda i mora biti "u interesu djeteta". Ako je riječ o posvojenju po zajedničkom zahtjevu, uvjet je da zajednički život partnera traje najmanje tri godine u kontinuitetu do dana podnošenja zahtjeva za posvojenje te da su se partneri o djetetu skrbili najmanje godinu dana prije posvojenja. A ako dijete posvaja samac, potrebno je da se o djetetu prethodno

³⁷ C. Tobío, *Marriage, Cohabitation and the Residential Independence of Young People in Spain*, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 15, 2001., 1, str. 75-77.

³⁸ *Acts of 21 December 2000*, Staatsblad 2001, nos 9 and 10. Usp.: W. Schrama, *Reforms in Dutch Family Law During the Course of 2001: Increased Pluriformity and Complexity*, The International Survey of Family Law, 2002. (ed.), str. 277; M. Antokolskaia and K. Boele-Woelki, *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-Setting and Straggling Behind at the Same Time*, EJCL (Electronic Journal of Comparative Law), December 2002., Vol. 6.4.

³⁹ O pozadini donošenja tog zakona, sukobu među pojedinim stranačkim frakcijama, istupima određenih vjerskih (ponajprije protestantskih) frakcija i sl., više u: C. Forder, *To Marry or Not to Marry: That is the Question*, The International Survey of Family Law, 2001. (ed.), str. 301-304.

⁴⁰ O pojedinim pitanjima koja stoje u pozadini takve odluke vidi u: C. Forder, *An Undutchable Family Law: Partnership, Parenthood, Social Parenthood, Names and Some Article 8 ECHR Case Law*, The International Survey of Family Law, 1997. (ed.), str. 279-283, te u: C. Forder, *Opening up Marriage to Same Sex Partners and Providing for Adoption by Same Sex Couples, Managing Information on Sperm Donors, and Lots of Private International Law*, The International Survey of Family Law, 2000. (ed.), str. 239.

skrbio najmanje tri godine. Pretpostavke za posvojenje ponešto su drugačije ako je riječ o posvojitelju koji je partner djetetova roditelja.⁴¹

Glede posvojenja, i u Gornjem i u Donjem domu Parlamenta raspravljalo se o tome jesu li novom Zakonu temelj interesi i zaštita djece ili interesi istospolnih parova.⁴² No, kristalno je jasno, tim je postupkom zanemarena svrha i smisao *najboljeg interesa djeteta*. Takvim postupkom *najbolji interes djeteta* izgubio je bitku s nadmoćnijim interesom, interesom odraslih. Dio licemjerja kod takvog postupanja evidentan je i kroz vladino odbijanje prijedloga da se Zakon ekstenzivira i na područje međunarodnih posvojenja, tvrdeći da druge države neće dopustiti posvojenje djece od strane istospolnih parova. Takvo stajalište govori dovoljno samo za sebe. Progovara jasnim jezikom: Svjesni smo da to što činimo nije dobro za djecu, da glavnina svijeta to ne odobrava, ali od zaglušujuće tišine dječjih vapaja i blasfemičnih poklika (pojedinih) odraslih koji dopiru daleko, daleko, naprosto više nikoga i ništa ne čujemo (ili ne želimo čuti), ne razaznajemo (ili ne želimo razaznati) dobro od lošeg, budućnost od propasti.

21. U **francuskom** pravu od ključnog je značenja za ovo pitanje “građanski ugovor o solidarnosti” (*PACS - le pacte civil de solidarité*).⁴³ Riječ je o ugovoru sklopljenom između dviju punoljetnih fizičkih osoba, različitog ili istog spola, radi organiziranja zajednice života.⁴⁴ PACS ne sadržava nikakvu klauzulu koja bi se odnosila na posvojenje.⁴⁵ Iako PACS nisu ponajbolje primile mnoge homoseksualne udruge jer ga one smatraju vrlo ograničavajućim, treba kazati kako on ni na koji način ne diskriminira homoseksualne parove, ne oduzimajući im izrijeckom, između ostalog, ni pravo na posvojenje kao što to rade mnogobrojni drugi propisi o registriranim zajednicama. Da taj propis istinski doživljavaju diskriminirajućim, ne bi onda njihove izjave nakon donošenja PACS-a glasile: “S ovim papirom osjećamo se jači. Vjerujemo u snagu zakona.”⁴⁶

⁴¹ Potrebno je utvrditi da je obiteljska situacija dovoljno stabilna da djetetu osigura dobar dom te da se osobe tretiraju ravnopravno neovisno o njihovu spolu i seksualnosti.

⁴² Vidi opširnije: D. Jakovac-Lozić, *Zakon o istospolnim zajednicama - izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 41, (73-74), 2004, str. 17.

⁴³ O PACS-u kao “povijesnom događaju” za francusku pravnu stvarnost vidi: P. Krémer, *Les premiers récits des pacés de l’an I*, Le Monde, 29 novembre 1999, str. 6.

⁴⁴ *Loi no. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, art. 515-1.

⁴⁵ J. P. Tenoux, *Un couple de lesbiennes obtient l’agrément pour une adoption*, Le Monde, 26 Février 2000.

⁴⁶ P. Krémer, *Les premiers récits des pacés de l’an I*, Le Monde, 29 novembre 1999, str. 6.

U Francuskoj samo bračni drugovi, ali i samci mogu posvojiti; dakle, homoseksualni kao i heteroseksualni partneri u PACS-u nisu prihvatljivi za zajedničko posvojenje, ali jedan od partnera može postati *single-parent* u posvojenju.

Osim PACS-a, pripadnici homoseksualnih udruga doživljavaju diskriminirajućim i neke druge segmente francuske legislative (npr. Građanski zakonik, Zakonik o obitelji i socijalnoj skrbi). Međutim, mislimo da echo diskriminacije spram homoseksualno orijentiranih osoba nije osjetan ni u navedenim propisima. Taj sveprisutni osjećaj fobije, osjećaj zavjere cijelog svijeta protiv homoseksualaca, pozivanje na sveopću diskriminaciju u svim segmentima života, naturivanje osjećaja krivnje drugačijima, postaje konačno jasno da je i te kako nestvaran, lažan osjećaj i kod njih samih, svjesno korišten u agresivnom, galopirajućem pohodu na osvajanje teritorija "istovjetnosti".

22. U Njemačkoj je u kolovozu 2001. godine stupio na snagu Zakon o registriranom partnerstvu (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*). Sadržan je u čl. 1. Zakona o sprječavanju diskriminacije istospolnih zajednica (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (LPartG)*)⁴⁷. Tim zakonom regulirano je zasnivanje, pravni učinci i razvrgnuće registriranog partnerstva. Preduvjet za zasnivanje registriranog partnerstva je da su partneri osobe istoga spola.⁴⁸

Nama je posebno zanimljiva, s obzirom na temu rada, činjenica da registrirani partneri ne mogu zajednički posvojiti dijete, a donedavno niti jedan od njih nije mogao posvojiti dijete svoga partnera. Napominjemo: donedavno. Tako se do početka 2005. godine takva nemogućnost nadomještala primjenom tzv. *kleins Sorgerecht*⁴⁹, ustanove na temelju koje je registrirani partner koji nije roditelj djeteta stjecao određena roditeljska prava i dužnosti (kakva bi imao novi bračni drug /njegova/ roditelja).⁵⁰

⁴⁷ Bundesgesetzblatt (BGBl), 2001 I 266.

⁴⁸ Iako će registrirano partnerstvo zaista zasnivati uglavnom homoseksualno orijentirani partneri, takvo partnerstvo mogu zasnovati i dvije heteroseksualno orijentirane osobe istoga spola (dva prijatelja, dvije prijateljice). Vidi: D. Jakovac-Lozić, *Zakon o istospolnim zajednicama - izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji*, op. cit., str. 22.

⁴⁹ Ibid., str. 23.

⁵⁰ U Zakonu o registriranom partnerstvu ostala je neodređena situacija kada dijete nije plod prijašnje veze ili braka jednog od partnera, već je ono plod zajedničke odluke partnera da postanu roditeljima (npr. kad jedan od njih posvoji tuđe dijete ili kad jedan od njih dobi je dijete umjetnom oplodnjom - iako se ovo posljednje u Njemačkoj za sada ne dopušta).

Novelama Zakona o registriranom partnerstvu koje su stupile na snagu krajem siječnja 2005. godine⁵¹, iako su još uvijek nereguliranim ostala pojedina prava takvih partnera, neka njihova prava su ipak proširena. Između ostalog⁵², priznato im je i pravo na posvojenje partnerova djeteta.⁵³

23. U **Ujedinjenom Kraljevstvu** 2004. godine donesen je Zakon o građanskoj zajednici koji je stupio na snagu 5. prosinca 2005.^{54,55} Tim su zakonom normirane pretpostavke za zasnivanje registrirane istospolne zajednice, postupak registracije te njezini učinci. Kad je riječ o posvojenju djece, amandmanima na Zakon o posvojenju i djeci (2002)⁵⁶ priznato je pravo na (zajedničko) posvojenje osobama koje su takvu zajednicu registrirale.⁵⁷

N. Dethloff, profesorica Sveučilišta u Bonnu, smatra da bi u tom slučaju bilo u najboljem interesu djeteta dopustiti njegovo posvojenje od strane drugog partnera. Također, profesorica Dethloff upozorava na potrebu uređenja pitanja skrbi nad djetetom u slučaju raskida registriranog partnerstva, radi zaštite najboljeg interesa djeteta. N. Dethloff, *The Registered Partnership Act of 2001*, *The International Survey of Family Law*, 2002. (ed.), str. 177.

⁵¹ *Novelle des Lebenspartnerschaftsgesetzes passiert den Bundesrat*, (26.11.2004.), <http://www.stb-web.de/fachartikel/article.php/id/1685> (podatak je preuzet s navedene stranice 7. ožujka 2006.).

⁵² Osim tog prava, novelama Zakona priznato im je i pravo na uzdržavanje nakon raskida zajednice, detaljnije je propisano uređenje imovinskih odnosa, priznata im je mogućnost zaruka.

No, mnoga prava, kao što su primjerice i porezna prava, socijalna prava i sl., ostala su i dalje neregulirana. Nadalje, kao problem nameće se i pitanje aktualnog nezasnivanja partnerstva pred istim tijelima u svim pokrajinama (*Länder*). U praksi, taj dio posla u pravilu se povjerava matičnim uredima (jer oni uglavnom vode knjige s podacima koji se tiču osobnog statusa pojedinaca), no još uvijek je to u pojedinim pokrajinama posao bilježnika ili, pak, upravnih tijela. Vidi: R. Frank, *Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Entwicklung des Familienrechts*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2004., 1, str. 843.

⁵³ *Eingetragenen Lebenspartnerschaften die Möglichkeit zur Adoption geben*, (6.2.2006.), <http://www.stb-web.de/fachartikel/article.php/id/1685> (podatak je preuzet s navedene stranice 7. ožujka 2006.).

⁵⁴ *Civil Partnership Bill of November 18, 2004*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldbills/053/2004053.pdf> (stranica je posjećena 8. ožujka 2006.).

⁵⁵ O međunarodnoprivatnopravnom razmatranju pitanja priznavanja "istospolnih brakova" u prekomorskim državama, točnije o kritičnim elementima za priznavanje takvih "brakova" i o priznavanju registriranih istospolnih zajednica, vidi u: J. Murphy: *The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law*, *International Journal of Law Policy and Family*, 16, August 2002., 2, str. 181-201.

⁵⁶ *The Adoption and Children Act (2000)*, (c. 38).

⁵⁷ Početkom ožujka 2006. godine Metodistička crkva u Ujedinjenom Kraljevstvu postala je prva velika kršćanska crkva koja je ponudila obred za blagoslov istospolnih parova.

Točnije, u Zakonu je izrijekom navedeno: "Ako par želi zajednički posvojiti, oni moraju biti u braku ili živjeti kao partneri u stalnom (*enduring*) obiteljskom odnosu".⁵⁸ To uključuje i istospolnu vezu. Kada je par u odnosu koji nema obilježje "stalnosti", tada oni ne bi mogli zajednički posvojiti, no jedan od njih bi to mogao sam ostvariti.⁵⁹

24. Ako se osvrnemo na pitanje posvojenja djece od strane homoseksualaca na **američkom kontinentu**, zamjetno je da su i na tom području, u odnosu prema vremenu od prije desetak godina, zamjetne velike razlike. Primjerice: sredinom devedesetih godina prošlog stoljeća pojedine američke federalne jedinice (primjerice: Mississippi, Hawaii, Illinois) izrijekom su zahtijevale da posvojitelji budu *ispravne, časne osobe, osobe prirodnih sklonosti*, pri čemu je, ipak, ostajalo nejasnim misli li se pri tome isključivo na seksualnu orijentaciju budućih posvojitelja.⁶⁰ Jer u SAD-u ni tada nisu bili rijetkost propisi pojedinih saveznih država koji su čak i homoseksualnim partnerima, kao i samcima takvih sklonosti dopuštali posvojenje (to je vrijedilo za države: Alaska, California, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, New York, Oregon, Vermont, Washington). Države New Hampshire, Florida i Louisiana nisu dopuštale takva posvojenja.⁶¹

Danas samo dvije države zabranjuju posvojenje od strane homoseksualaca (Florida i Louisiana). Deset država dopušta homoseksualnim parovima zajedničko posvojenje (California, Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York, Ohio, Vermont, Washington, Wisconsin i District Columbia).

Alabama, Alaska, Minnesota, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Texas, Vermont, Washington i District Columbia dopuštaju posvojenje djeteta drugog partnera, uz odobrenje suda.⁶²

U SAD-u postoje dva shvaćanja glede posvojenja djece od strane homoseksualaca. Prema prvom shvaćanju homoseksualce se smatra jednako sposobnim voljeti, brinuti se i obvezivati se kako to čine i heteroseksualci.⁶³

⁵⁸ *Adoption and Children Act 2000*, s. 144(4). Vidi i: P. Marshall, *Comedy of adoption - when is a parent not a parent?*, *Family Law*, 33, 2003., str. 840.

⁵⁹ J. Herring, *Family Law*, Longman Law Series, Pearson Education Lim. (Second ed.), London, New York, Boston, San Francisco, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Hong Kong, Seoul, New Delhi, Cape Town, Madrid, Mexico City, Amsterdam, Munich, Paris, Milan, 2004., str. 592.

⁶⁰ Opširnije: D. Jakovac, *Posvojenje sa srodničkim učinkom*, disertacija obranjena na Pravnom fakultetu u Splitu, 1996., str. 143.

⁶¹ Vidi: D. Jakovac-Lozić, *Posvojenje*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2000., str. 65.

⁶² *Gay Adoption Basics*, <http://adoption.about.com/od/gaylesbian/a/gayadopt.htm> (podatak je preuzet s navedene adrese dana 19. siječnja 2006.).

⁶³ U prilog tom shvaćanju svjedoči i slučaj američke države Hawaii iz 1996. godine kad je i država pokušala dokazati kako nije dobro za društvo da homoseksualni parovi posvajaju

Prema drugom shvaćanju, kad je riječ o roditeljstvu, ističe se da ljubav i pažnja ni u kojem slučaju nisu dostatni da bismo kazali kako to posvojenje govori u prilog *najboljeg interesa* djeteta. Sadržajno i smisleno, roditeljstvo podrazumijeva mnogo više od onoga što stavljamo "pod kapu" ljubavi i pažnje. Taj pristup podržavaju brojni eksperti upravo iz područja obiteljskog prava, a među njima i profesor Lynn D. Wardle (Brigham Young University). Mišljenju upravo takvih stručnjaka, koji tom problemu pristupaju multidisciplinarno i kojih strukovno opredjeljenje naprosto obvezuje na prioritarnu zaštitu *najboljeg interesa djeteta*, moramo pristupati s respektabilitetom. Primjerice, profesor Wardle takvo roditeljstvo smatra "... opasnim za djecu i društvo".⁶⁴

25. Razvidno je, u svijetu je prisutna tendencija rušenja i posljednje prepreke na putu izjednačivanja homoseksualnih s heteroseksualnim (bračnim) partnerima - prava na zajedničko posvojenje djece. Ono što dodatno začuđuje jest i evidentna razlika u tretmanu istospolnih partnera i izvanbračnih (heteroseksualnih) drugova. Naime, strana zakonodavstva koja dopuštaju posvojenje vlastitog izvanbračnog djeteta, zakonodavstva koja dopuštaju tzv. srodnička (potpuna) posvojenja i sl., ne dopuštaju izvanbračnim drugovima da zajednički posvoje dijete. S druge strane, jasno je da glede ozakonjenja takve mogućnosti kad je riječ o istospolnim partnerima nije bilo većih dvojbi.⁶⁵

5. PITANJA KOJA OTVARA POSVOJENJE OD STRANE HOMOSEKSUAL(A)CA

26. Posvojenje od strane homoseksual(a)ca generira mnogobrojna pitanja tipa: koliko je uopće u interesu djeteta posvojenje od strane istospolnih partnera

djecu. Naime, na sud su bila pozvana četiri stručnjaka (i to od strane države) kako bi dali svoje mišljenje glede takvih posvojenja. Sva četvorica su zauzela istovjetno stajalište: homoseksualni parovi jednako su sposobni odgajati svoju djecu kao i heteroseksualni parovi. Takav konsenzus eksperata poslužio je nerijetko sudovima pri donošenju odluka kako je seksualna orijentacija nebitna u određivanju najboljeg interesa djeteta. I američka Akademija pedijataru podržava stajalište četvorice spomenutih stručnjaka. Vidi: C. A. Ball, *Morality of Gay Rights (An Exploration in Political Philosophy)*, Routledge, New York - London, 2003., str. 168-169.

⁶⁴ C. A. Ball, op. cit., str. 169-170.

⁶⁵ D. Jakovac-Lozić, *Zakon o istospolnim zajednicama - izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji*, op. cit., str. 38.

ili samaca homoseksualnih sklonosti? Može li, posebno, u potonjem slučaju, posvojenje poslužiti i kao paravan za nedoličan i nedopustiv odnos posvojitelja homoseksualca s djetetom (posvojenikom), utemeljen na trajnoj osnovi? Je li istina “kako djeca uče ono što doživljavaju”, u kakvom je odnosu dijete s očevim/majčinom partnerom/partnericom, koje dužnosti, odgovornosti i prava obilježavaju takav odnos, kako djetetu objasniti “zašto dva tate i gdje je mama”?

27. O tome koliko je za normalan rast i razvoj djeteta potrebna obitelj u kojoj postoje otac i majka, muškarac i žena, pisali su mnogi, i psiholozi, i sociolozi, i teolozi.

Češće se u literaturi raspravlja o majci i njezinu utjecaju na dijete nego o ocu. Otac kao da ostaje periferan sudionik događanja (u prvim godinama djetetova života), ali samo određeno vrijeme.⁶⁶ U prilog tom navodu iznosimo i stajalište E. Fromma koji je jednom prigodom kazao: “Majka je dom odakle smo došli, ona je priroda, zemlja, ocean. Otac ne predstavlja takav dom, on ima slab dodir s djetetom, pogotovo u prvim godinama života, te se važnost oca u tom periodu ne može usporediti s važnošću majke.”⁶⁷

Djetetu su, u svakom slučaju potrebna majčina bezuvjetna ljubav i briga, i psihološki i fiziološki. Djetetu su nakon šeste godine života znakovito potrebni i očeva ljubav, njegov autoritet i vodstvo. Majčina je uloga da usadi osjećaj sigurnosti, dok ga otac poučava i vodi kako bi se moglo suočiti s problemima koje mu zadaje društvo u kojem se rodilo.⁶⁸

Mislimo da je upravo doživljaj majčinske i očinske ljubavi temelj na kojem se gradi stabilna i čvrsta zgrada osobnosti i cjelovitosti života djeteta. Majčinsku bezuvjetnu ljubav, koju ne moramo ničim zaslužiti, dopunjuje očinska ljubav i briga.

Kako otac predstavlja svijet vanjskih vrijednosti, zakona, reda, discipline, pustolovina, dijete s njime razvija socio-ekonomsku strukturu svog duha. Ta ljubav pripravlja dijete za životne borbe i želju za neovisnošću. Dijete koje

⁶⁶ E. Fromm, *Umijeće ljubavi*, Naprijed, Zagreb, 1982., str. 43-44; A. Stojić, *Odgojne potrebe djece i mladih*, Obnovljeni život, 1992., 6, str. 533; D. Brodzinsky-M. Schechter, *The Psychology of Adoption*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1990., str. 295-316; C. C. Barbeau: *Glava obitelji - kršćansko očinstvo u suvremenom svijetu*, Verbum, Split, 2005. Ovo posljednje djelo s područja obiteljske tematike upućeno je svima koji žele znati više o tome što bi otac trebao biti.

⁶⁷ E. Fromm, *Umijeće ljubavi*, Naprijed, Zagreb, 1982., str. 43-44.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 44.

bi zadržalo samo majčinsku svijest ljubavi riskira rasudnu snagu, probitačnu moć osvajanja života i ovladavanja njime. Dijete koje bi zadržalo samo očevu svijest ljubavi postalo bi gruba priroda, odana zakonu i disciplini, s manjkom sposobnosti primiti bezuvjetnu ljubav.⁶⁹ Za cjelovit psihički rast i razvoj djeteta od iznimne je važnosti da njegovu obitelj čine dva roditelja - otac i majka, posvojitelj i posvojiteljica.

28. Kršćanski institut (*The Christian Institute*⁷⁰) koji se bavi utjecajima kršćanstva na svjetovni život i suvremeno društvo, 2002. godine proveo je istraživanje koje se dijelom odnosilo i na posvojenja od strane homoseksualaca. Rezultati do kojih se došlo takvim istraživanjem mogli bi se sažeti ovako: ponajprije, *pro-gay* studije o istospolnom roditeljstvu pokazuju da između 8% i 33% djece s homoseksualnim roditeljima kasnije, kao odrasle osobe, prihvate homoseksualni način života. To je iznimno velik postotak ako znamo da se, primjerice, u Velikoj Britaniji samo 3,6% ljudi (u dobi od 16-59 godina) izjasnilo da su imali istospolni odnos tijekom svoga života. U SAD-u se na taj način izjasnilo 5,5% ljudi. *Pro-gay* istraživači kažu da je to zato što su takva djeca podizana u ozračju poštovanja i prihvaćanja "istospolne seksualne privlačnosti" kao nečeg pozitivnog što isključuje predrasude.

Nadalje, djeca homoseksualnih partnera nerijetko pate od konfuzije glede spola i pitanja odnosa među spolovima.⁷¹ U jednoj studiji⁷² 40% sinova majki lezbijki pokazivalo je većinom ženske osobine, dok je 50% njihovih kćeri pokazivalo muške osobine. Suprotno tome, među djecom heteroseksualnih majki to nije bio slučaj.

U drugoj studiji 60% djece lezbijskih majki i nešto više od 20% djece *gay* očeva imalo je probleme u odnosima s drugim ljudima zbog saznanja da su im roditelji homoseksualci. Autor te studije smatra da je to bila posljedica straha i zbunjenosti koju su ta djeca osjećala.⁷³

⁶⁹ A. Stojić, *Odgojne potrebe djece i mladih*, Obnovljeni život, 1992., 6, str. 533.

⁷⁰ O Institutu vidi opširnije na *webu*: <http://www.christian.org.uk/>

⁷¹ J. Stacey, T. J. Biblarz, (*How*) *does the Sexual Orientation of Parents Matter?*, *American Sociological Review*, 66, 2001., str. 163.

⁷² P. A. Belcastro, *A Review of Data Based Studies Addressing the Affects of Homosexual Parenting on Children's Sexual and Social Functioning*, *Journal of Divorce and Remarriage*, 20, 1993., 1-2, str. 111-112.

⁷³ N. L. Wyers, *Homosexuality in the Family: Lesbian and Gay Spouses*, *Social Work*, 32, 1987., 2, str. 146.

Zanimljiva su i zapažanja djelatnika u školama koja pokazuju da djeca koja žive s roditeljima homoseksualcima, u pravilu, izbjegavaju uključivanje u grupne i izvanškolske aktivnosti i učitelji ih doživljavaju kao introvertirane, sklone osamljivanju. No, to se ne može pripisati isključivo homofobnoj kulturi. Naime, često sama djeca imaju mnogo konzervativnija stajališta od svojih homoseksualnih roditelja.

29. Do danas ne postoji još niti jedna komparativna studija o učincima "homoseksualnog posvojenja". Tako zagovornicima *gay* i lezbijskih posvojenja ostaje jedino mogućnost citiranja studija o homoseksualnom roditeljstvu.⁷⁴

No, neprijeporno je, samo majka i otac (žena i muškarac) mogu biti čvrsti stubovi na koje se oslanja i oko kojih se ovija mladica života. Oni, u svojoj različitosti, nasušna su potreba za cjelovit i kvalitetan razvoj osobnosti djeteta.

Ne možemo se oteti dojmu ispravne prosudbe R. Fulghama⁷⁵ koji je jednom prigodom kazao: "Život kojim djeca doista žive i život kojim vi (roditelji) zamišljate da žive nisu isti životi". No, zasigurno je ta nit različitostih poimanja stvarnog života djece mnogo tanja kad je riječ o heteroseksualnom roditeljstvu.

6. STAJALIŠTE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA GLEDE ZAHTJEVA HOMOSEKSUALACA ZA POSVOJENJEM S POSEBNIM OSVRTOM NA ODLUKU DONESENU U PREDMETU *FRETTÉ V. FRANCE* (2002.)

30. U slučajevima posvojenja od strane homoseksualaca ne možemo još govoriti o *praksi* Europskog suda za ljudska prava iz jednostavnog razloga što je riječ o suvremenijoj tematici s kojom Sud još nije bio u prilici češće se suočavati. Stoga možemo govoriti eventualno o stajalištu koje je Sud zauzeo u pojedinom predmetu. Naime, u posljednjih osam godina, predmeti u kojima su se pojavljivali zahtjevi u svezi s osobama istospolne orijentacije ticali su se uglavnom

⁷⁴ Tipičan primjer *homoseksualnog roditeljstva* jest kad udana žena napusti muža s kojim ima zajedničku djecu te ih učini dijelom svog novog, zajedničkog homoseksualnog života s nekom ženom.

⁷⁵ R. Fulgham rođen je 1937. godine u Teksasu. Sedam njegovih bestselera objavljeno je na 27 jezika u 103 države. Najpoznatiji od njih je upravo *All I Really Need to Know I Learned in Kindergarten* u kojem se i nalazi navedena misao.

(ne)dopuštenosti seksualnih odnosa odraslih s adolescentima odnosno prijepornog pitanja životne dobi za pristanak na homoseksualni odnos⁷⁶ ili, pak, pitanja isključivanja iz oružanih snaga pojedinaca zbog homoseksualnosti.⁷⁷

31. U predmetu *Fretté v. France*⁷⁸ radilo se upravo o zahtjevu homoseksualca koji je smatrao da je odluka o odbijanju njegove molbe za posvojenje rezultirala iz upletanja u njegov privatni i obiteljski život (na to se odnosi čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁷⁹), glede seksualne orijentacije.

Također je istaknuo kako nije bio obaviješten o raspravi održanoj pred Državnim vijećem (*Conseil d'état*⁸⁰) te da mu se prije saslušanja nije omogućio pristup

⁷⁶ Vidi predmete: *Sutherland v. United Kingdom* (Appl. no. 25186/94, Judgment of 27 March 2001), *L. and V. v. Austria* (Appl. no. 39392/98 i 39829/98, Judgment of 9 January 2003), *S. L. v. Austria* (Appl. 45330/99, Judgment of 9 January 2003), *B.B. v. United Kingdom* (Appl. no. 53760/00, Judgment of 10 February 2004), *Woditschka and Wilfling v. Austria* (Appl. no. 69756/01 i 6306/02, Judgment of 21 October 2004), *Lander v. Austria* (Appl. no. 18297/03, Judgment of 3 February 2005), *Wolfmeyer v. Austria* (Appl. no. 5263/03, Judgment of 26 May 2005), *H.G. and G.B. v. Austria* (Appl. no. 11084/02 i 15306/02, Judgment of 2 June 2005).

⁷⁷ Vidi predmete: *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* (Appl. no. 31417/96 i 32377/96, Judgment of 27 September 1999), *Smith and Grady v. United Kingdom* (Appl. no. 33985/96 i 33986/96, Judgment of 27 September 1999), *Perkins and R. v. United Kingdom* (Appl. no. 43208/98 i 44875/98, Judgment of 22 October 2002), *Beck, Coop and Bazeley v. United Kingdom* (Appl. no. 48535/99, 48536/99 i 48537/99, Judgment of 22 October 2002), *Brown v. United Kingdom* (Appl. no. 52770/99, Judgment of 29 July 2003).

⁷⁸ Application no. 36515/97.

⁷⁹ Čl. 8. Konvencije glasi: "(1) Svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog života, svog doma i dopisivanja.

(2) Javna vlast neće se miješati u ostvarivanje ovoga prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobrobiti zemlje te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih."

⁸⁰ *Conseil d'état* savjetodavno je tijelo francuske vlade. Ono provjerava nacрте zakona i provedbenih propisa prije nego se podnesu Vijeću ministara (*Conseil des ministres*). Vlada ga može konzultirati o svim pravnim pitanjima i problemima. Svake godine Državno vijeće podnosi izvješće predsjedniku Republike, koji ga predlaže vladi. Ono je, ujedno i najviše nadležno upravno tijelo koje odlučuje u predmetima koji se vode između građana i upravnih tijela. Opširnije vidi: http://www.conseil-etat.fr/ce/outils/index_ou08.shtml (podatak je preuzet s navedene stranice 7. veljače 2006.).

bilješkama vladina predstavnika, što je kršenje čl. 6.⁸¹ i čl. 13.⁸² Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Sredinom 2001. godine Sud je proglasio njegov zahtjev djelomično utemeljenim.

32. Naime, krajem 1991. g. Fretté uputio je molbu nadležnim tijelima u Francuskoj (*Službi socijalne skrbi* u Parizu i *Odjelu za dobrobit i zdravlje djece*) u kojoj je izrazio svoju želju za posvojenjem djeteta. Nadležna su tijela u povodu toga započela postupak kako bi se što temeljitije upoznala sa životnim prilikama podnositelja molbe. Podnositelj molbe je u razgovoru s psihologom Odjela otkrio svoju seksualnu orijentaciju izjasnivši se kao homoseksualac.

33. Sredinom 1993. godine *Služba socijalne skrbi* u Parizu donijela je odluku kojom je odbila (*rejected*) molbu za odobrenje posvojenja. Razlozi koji su prethodili takvoj odluci temeljili su se na nemogućnosti podnositelja molbe da ponudi stabilan majčinski uzor djetetu te na određenim poteškoćama koje je imao u predočivanju praktičnih posljedica koje bi nastupile tijekom nagle promjene uzrokovane dolaskom djeteta u njegov život.

U odluci je bilo navedeno kako se g. Fretté doima kao osjećajan i pažljiv čovjek koji pokazuje dosta brižljivosti za ljude oko sebe. Zamijećeno je da govori o svom emocionalnom životu i svojoj homoseksualnosti s velikom iskrenošću i jednostavnošću. G. Fretté ujedno je i pomoćni skrbnik (*auxiliary guardian*⁸³) djeteta preminulog muškarca s kojim je bio duže vrijeme u vezi. Iz molbe g. Frettéa razvidno je njegovo stajalište da bi ključni elementi za uspjeh odnosa trebali biti ljubav i briga za dijete.

⁸¹ Čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tiče se prava na pravično i javno suđenje. Sudska praksa Suda u Strasbourgu pokazuje da Sud smatra sebe nadležnim da pomno ispita kako domaća tijela vlasti tumače i primjenjuju čl. 6. Konvencije. O domašaju čl. 6. vidi opširnije: P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, u suradnji s A. W. Hering (et al.), *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo, 2001., str. 366-450.

⁸² Čl. 13. Konvencije glasi: "Svatko čija su prava i slobode, priznate ovom Konvencijom, narušena, ima pravo na pravni lijek pred nacionalnim vlastima, čak i onda kada su povrede ovih prava i sloboda učinile osobe u vršenju svoje službene dužnosti."

⁸³ Pomoćni (zamjenski) skrbnik imenuje se u svim slučajevima skrbništva u francuskom pravu, sa zadatkom kontroliranja individualnog skrbnika i zastupanja šticećenika onda kad su njegovi interesi u suprotnosti s interesima skrbnika te da o pogreškama skrbnika, neposredno nakon što ih uoči, obavijesti skrbničkog suca (čl. 420. C.c.).

Činjenica jest da je njegova želja za djetetom istinska, ali postoje određene poteškoće u predočivanju praktičnih posljedica naglih promjena koje bi bile uzrokovane dolaskom djeteta u njegov život. Tijekom razgovora g. Fretté je pitan kako bi se nosio s ulogom oca u društvu, na što nije imao konkretnog odgovora.

34. I u postupku ponovljenog razmatranja ovog predmeta od socijalnih službi odlučeno je da se njegov način života ne pokazuje prikladnim te da nije dostatan da ponudi dovoljna jamstva djetetu, da mu omogući prikladan dom, odgovarajući odgoj i psihološku perspektivu, ističući kako takvo posvojenje ne bi bilo u najboljem interesu djeteta.

35. Nakon toga podnositelj zahtjeva se obratio Upravnom sudu (*the Paris Administrative Court*), tražeći da se odluka o odbacivanju njegova zahtjeva za posvojenje poništi.

Pariški Upravni sud poništio je odluke koje odbijaju dozvolu za posvojenje, navodeći kako su glavni razlozi koji su prethodili odluci koja je rezultirala odbijanjem molbe za posvojenje utemeljeni na stajalištu da podnositelj molbe ne može ponuditi stabilan majčinski uzor te da ima poteškoća u predočivanju praktičnih posljedica naglih promjena koje bi bile uzrokovane dolaskom djeteta u njegov život. Prvi razlog odnosio se na status g. Frettéa kao osobe bez bračnog druga, i taj razlog pravno može biti u prilog sumnjive odluke. Međutim, nije postojao nikakav dokaz koji bi podržao drugi navedeni razlog, koji se samim tim činio netočnim u pogledu izvješća socijalnih službi.

36. Kako se moglo i očekivati, socijalna služba žalila se na odluku Upravnog suda Državnom vijeću (*Conseil d'état*). Iznoseći stavove *pro et contra* odluka i socijalne službe i Upravnog suda, Državno vijeće istaknulo je da je najnepobitniji i najjači argument koji je Upravni sud iznio bio taj da su velike zakonodavne reforme u materiji posvojenja, koje datiraju od 7. srpnja 1966., omogućile osobama bez bračnog druga, bilo muškarcima ili ženama, da budu potencijalni posvojitelji. Odluka na temelju koje neoženjeni homoseksualac nema dovoljno kvaliteta s psihološkog i obiteljskog stajališta da bi posvojio dijete jest diskriminiranje kandidata za posvojenje utemeljeno na njegovu privatnom životu. Drugi argument u prilog odluci Upravnog suda jest taj da osobno pravo na seksualni život ne smije biti osporavano. To je jedan od ključnih elemenata prava na poštovanje privatnog života zajamčenih člankom 8. Konvencije te člankom 9. Građanskog zakonika⁸⁴. Stoga, ne bi trebale postojati nikakve diskriminacije

⁸⁴ Čl. 9. francuskog Građanskog zakonika glasi: "Odluka za odbijanje odobrenja za posvojenje mora biti potkrijepljena razlozima koji su navedeni u Zakonu. Dob podnositelja

u vezi s homoseksualcima, zaključuje Državno vijeće. Treće, uvidom u sudsku praksu redovitih sudova koja se odnosi na dodjeljivanje skrbi razvedenim roditeljima i uopće na izvršavanje sadržaja roditeljske skrbi, pokazalo se da se navedeni sudovi ne susprežu, u slučajevima kad to situacija zahtijeva, dodijeliti homoseksualnim roditeljima prava ili im zajamčiti roditeljsku skrb.

Usprkos tome, zbog mnogih je razloga vladina zastupnica smatrala da socijalna služba u Parizu nije počinila nikakvu pogrešku iznoseći da g. Fretté ne pruža dovoljna jamstva koja su potrebna da bi se ostvario djetetov najbolji interes. Naime, pravo svih ljudi na slobodnu seksualnu orijentaciju ne bi se smjelo miješati s hipotetičnim pravom na djecu.

Postoje različita mišljenja o odgovoru na to pitanje, no ako i postoji određeni stupanj slaganja, on je u saznanjima da prava djeteta postavljaju granice na pravo da netko uopće ima djecu i da djetetov najbolji interes mora biti ostvaren bez obzira na okolnosti. Dakle, Državno vijeće je odbilo odluku Upravnog suda te time i molbu g. Frettéa za odobrenje posvojenja.

37. Podnositelj zahtjeva je, kako smo vidjeli, tvrdio da je odbijanje njegove molbe za odobrenje posvojenja bilo utemeljeno isključivo na njegovoj seksualnoj orijentaciji. Istaknuo je da odluka kojom se odobrava posvojenje djeteta osobi bez bračnog druga odnosno neoženjenom potencijalnom posvojitelju zapravo odbacuje svaku mogućnost posvojenja kategoriji ljudi koja se definira prema seksualnoj orijentaciji, dakle homoseksualcima i biseksualcima bez uzimanja u obzir njihovih osobnih kvaliteta i urođenog talenta za odgoj djeteta.

Slično kao u predmetu *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*⁸⁵, podnositelj zahtjeva smatrao je potrebnim upozoriti na sadržaj članka 14.⁸⁶ Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Naveo je da je bio žrtva diskriminacije koja se temeljila na njegovoj seksualnoj orijentaciji u skladu s čl. 14. i čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁸⁷

zahtjeva, njegov bračni status ili postojanje djece u njegovu domu ne mogu predstavljati jedini razlog za odbijanje zahtjeva.”

⁸⁵ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (Appl. no. 33290/96, ECHR 1999-IX).

⁸⁶ Čl. 14. Konvencije odnosi se na zabranu diskriminacije i glasi:

“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, pripadnost nekoj nacionalnoj manjini, imovno stanje, rođenje ili drugi status”.

⁸⁷ Inače, u predmetu *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* Europski sud je utvrdio diskriminaciju vezanu za povredu prava na poštovanje obiteljskog života učinjenu biološkom ocu

38. Sud dosljedno smatra da čl. 14. upotpunjuje (dopunjuje) druge odredbe Konvencije i njezinih protokola. Čl. 14. ne postoji neovisno zbog toga što utječe samo na odnos prema “uživanju ljudskih prava i temeljnih sloboda” koja su zaštićena odredbama Konvencije. Čl. 14. može se primijeniti samo onda kad činjenice slučaja spadaju pod jednu ili više odredbi Konvencije.

39. Podnositelj zahtjeva predočio je da je odbijanjem njegove molbe za posvojenje prekršeno pravo na poštovanje njegova privatnog života (čak i da nije bilo nikakve diskriminacije na temelju njegove seksualne orijentacije).

Ističući da je seksualna orijentacija “najintimniji dio privatnog života pojedinca”⁸⁸, g. Fretté je spomenuo da praktički svaka razlika u postupanju utemeljena na seksualnoj orijentaciji zapravo ometa privatni život homoseksualca jer od njega zahtijeva da bira između poricanja svoje seksualne orijentacije ili toga da bude uskraćen u svom zahtjevu. Privatni život pojedinca nije poštovan ako je podvrgnut tome da odustane od nečega što je dostupno svakom heteroseksualcu - samcu u Francuskoj, točnije da odustane od želje i potrebe postati roditeljem ako želi ostati dosljedan svojoj seksualnoj orijentaciji. Sve okolnosti na kojima je g. Fretté temeljio svoj zahtjev spadaju u okvir čl. 8. Konvencije.⁸⁹ Dodao je da je posvojenje obiteljski život kojeg očekuje i koji može spadati pod čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajedno s čl. 14.

Suprotno tome, Vlada je navela da slučaj ne spada pod okrilje Konvencije. Čl. 8. Konvencije nije zaštitio *želju* za stvaranjem obitelji. Odbijanje osobi odobrenja za moguće posvojenje nije odluka koja ometa privatni život osobe i stoga ne spada pod okrilje čl. 8. Dok poštovanje privatnog života, također, znači “do određenog stupnja pravo uspostavljanja i razvijanja odnosa s dru-

djeteta, kojem dijete nije povjereno nakon razvoda braka isključivo zbog njegove seksualne orijentacije, tj. života u homoseksualnoj zajednici. Značenje te odluke je u tome što je Sud u njoj prvi put postavio kao načelo zabranu diskriminacije zasnovane na seksualnoj orijentaciji u uživanju prava priznatih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U dvjema odlukama iz 2003. godine Sud je ocijenio da bi se samo iz *naročito ozbiljnih razloga* mogla opravdati razlika u tretmanu zasnovana na seksualnoj orijentaciji. Vidi predmete: *L. and V. v. Austria* (Appl. no. 39392/98; 39829/98 [2003] ECHR 20, 9 January 2003) i *S.L. v. Austria* (Appl. no. 45330/99 [2003] ECHR 22, 9 January 2003).

⁸⁸ Vidi predmet: *Smith and Grady v. the United Kingdom* (Appl. no. 33985/96 i 33986/96, ECHR 1999-VI).

⁸⁹ Usp.: *Thlimmenos v. Greece (GC)* (Appl. no. 34369/97, ECHR 2000-IV).

gim ljudskim bićima”⁹⁰, pravo na posvojenje nije uključeno u prava zajamčena Konvencijom.

U ovom slučaju Sud je morao odrediti spadaju li činjenice pod čl. 8. i čl. 14. Konvencije.

40. Sud je iznio da Konvencija ne jamči pravo na posvojenje.⁹¹ Naime, pravo na poštovanje obiteljskog života pretpostavlja postojanje obitelji te se ne odnosi na samu želju za osnivanjem obitelji. U ovom slučaju, odluka o odbacivanju molbe za posvojenje nije se smatrala kršenjem prava podnositelja zahtjeva na slobodu izražavanja ili na bilo kakvu povredu privatnog života dotične osobe, osobito ne na njegov seksualni život.

41. Sud osporava da su razlozi koje su navele francuske vlasti za njihovu odluku bili utemeljeni na “životnom stilu” podnositelja molbe. Europski sud za ljudska prava odredio je diskriminaciju kao različito postupanje, protivno odredbi čl. 14. Konvencije, ako “nema objektivno i razumno opravdanje, a to je ako ne slijedi legitimnu svrhu ili ako ne postoji razumna razmjerna veza između iskorištenih sredstava i cilja koji se pokušava postići.”⁹²

Čak i da je odluka o odbijanju dozvole bila isključivo utemeljena na fakturu njegove seksualne orijentacije, ne bi bilo diskriminacije spram njega jer bi se i tada odlučilo jednako, i to prema interesu koji je najbolji za dijete. Opravdanje

⁹⁰ “... to certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings”. Vidi: *Niemietz v. Germany* (Appl. no. 13710/88 [1992], ECHR 80 (16 December 1992)).

⁹¹ Europska komisija je 10. srpnja 1997. odbacila kao neprihvatljiv zahtjev gospođe *Di Lazzaro*, talijanske državljanke, koja se pozvala na povredu čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima od strane talijanskog zakonodavca budući da on ne predviđa posvojenje od strane samca, osim u iznimnim slučajevima, kao što su: smrt jednog od partnera tijekom postupka zasnivanja posvojenja, razvod bračnih drugova tijekom pretposvojiteljskog (pre-adoptivnog) smještaja, postojanje srodstva do šestog stupnja između te osobe i djeteta, posvojenje djeteta koje je teško bolesno ili hendikepirano. Odbijajući zahtjev, Komisija je naglasila da Italija nije unijela u svoje zakonodavstvo mogućnost takvog posvojenja jer na to i nije bila obvezna. Istodobno, Komisija podsjeća da ne postoji pravo na posvojenje kao takvo, zagarantirano Europskom konvencijom o ljudskim pravima. Pritom se još dodaje: “... čl. 12. Konvencije koji jamči punoljetnom muškarcu i ženi pravo na zasnivanje obitelji podrazumijeva par i ne može biti tumačeno kao pravo jedne osobe na posvojenje”. Vidi opširnije: *D. Di Lazzaro v. Italy* (Appl. no. 31924/96, Commission’s decision of 10 July 1997, DR 90, p. 134).

⁹² Vidi: A. Korać, *Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55, 2005., 3-4, str. 812.

odluke leži u mjerodavnosti najboljeg interesa za dijete, koja je formirala osnove za cjelokupno zakonodavstvo koje se odnosi na posvojenje. Prava djece postavljaju granice prava na "imanje" (posvojenje) djece. Pravo stjecanja mogućnosti posvojenja, u odnosu na podnositelja ovog zahtjeva, ograničeno je u najboljem interesu djeteta.

Kriterij odabran za tu svrhu jest i objektivan i razuman. Vlada je ispravno zaključila da nije prekršen čl. 14. Konvencije kad se uzme zajedno s čl. 8.

42. Po mišljenju Suda, nema sumnje u to da su odluke da se odbace zahtjevi kandidata za odobrenje posvojenja slijedile zakonit cilj - onaj da se zaštititi zdravlje i da se zaštite prava djece koja bi mogla biti uključena u postupak posvojenja. Još treba utvrditi je li drugi uvjet, i to onaj postojanja opravdanosti razlike u postupanju, također zadovoljen.

Vlada je utvrdila da je riječ o sukobljenim interesima kandidata i djece koja su prikladna za posvojenje. Sama činjenica da nijedno određeno dijete nije identificirano kada se radi molba za odobrenje ne implicira nužno da nema sukoba interesa. Posvojenje znači "pružiti djetetu obitelj, a ne obitelji dijete", a države se moraju pobrinuti da se za posvojenje izaberu osobe koje djetetu mogu pružiti najprikladniji dom u svakom smislu.

Postoje znatne razlike u nacionalnom i internacionalnom mišljenju, a i činjenica je da nema dovoljno djece za posvojenje da bi se zadovoljili svi zahtjevi. Nacionalne vlasti, a posebno Državno vijeće, koje je svoju odluku utemeljilo na promišljenom i detaljnom prijedlogu vladina predstavnika, imale su zakonsko i razumno pravo zaključiti da je pravo na posvojenje na koje se podnositelj molbe oslanjao prema čl. 343-1. Građanskog zakonika bilo ograničeno interesima djece koja su prikladna za posvojenje, unatoč kandidatovim zakonitim aspiracijama i bez dovođenja u pitanje njihova osobnog izbora.

Ako se uzme u obzir široka granica procjene koja se prepušta državama u ovom području i potreba da se zaštite interesi djece, odbijanje odobrenja za posvojenje nije narušilo načelo proporcionalnosti.

Ukratko, opravdanje koje je dala Vlada čini se objektivnim i razumnim te razlika u tretiranju nije diskriminacijska u okviru značenja čl. 14. Konvencije.

43. S obzirom na sve navedene okolnosti, Sud je ispravno zaključio s četiri glasa prema tri da nije bilo kršenja čl. 14. Konvencije koji se uzima u sprezi s čl. 8. Konvencije.

7. PROBLEMATIČAN PRISTUP EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PITANJU DISKRIMINACIJE NA OSNOVI SEKSUALNE ORIJENTACIJE KOD POTENCIJALNIH POSVOJITELJA

44. Moramo jasno kazati da seksualna orijentacija nije izrijeком navedena ni u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a ni u Protokolu br. 12 donesenom uz Konvenciju kao osnova diskriminacije.

45. No, iz prakse Europskog suda vidi se da je Sud proširio shvaćanje o primjeni čl. 14. Konvencije i na seksualnu orijentaciju, kako u slučaju *Fretté v. France*, tako i u prije spomenutom slučaju *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* kad se pružila zaštita i na temelju osnove koja nije eksplicitno navedena u čl. 14. Konvencije, jer je u tom predmetu Sud seksualnu orijentaciju tretirao kao osnovu diskriminacije, iako ona nije inkludirana u odredbu čl. 14. Konvencije.

Valja spomenuti i slučaj *Karner v. Austria*⁹³ u kojem je Sud pružio zaštitu homoseksualcu kojeg su austrijske vlasti onemogućile u realizaciji prava da kao nasljednik svog partnera, s kojim je živo pet godina u iznajmljenom stanu, ostane i dalje živjeti u istom stanu. Iako tekst odredbe čl. 14. austrijskog Zakona o najmu ne definira "supruga, životnog partnera" (*Lebensgefährte*), austrijski sudovi zauzimaju tradicionalno stajalište da zakonodavac samo heteroseksualne parove podvodi pod kategoriju titulara spomenutog prava.⁹⁴ Iako u ovom predmetu nije pružena zaštita u kontekstu prava na poštovanje obiteljskog života, već prava na dom, ta je odluka važna jer je u njoj utvrđeno postojanje diskriminacije glede seksualne orijentacije, točnije diskriminacije između heteroseksualnih i homoseksualnih partnera.

46. Odredba čl. 14. Konvencije navodi kao jednu od osnova diskriminacije - spol. No, kako vidimo, Europski sud, nadležnost kojeg se proteže na sve predmete glede tumačenja i primjene Konvencije i dodatnih protokola,⁹⁵ proširio je shvaćanje o primjeni čl. 14. Europske konvencije o ljudskim pravima i na spolnu orijentaciju, jer do različitog postupanja ne dolazi zbog toga što je

⁹³ *Karner v. Austria* (Appl. no. 40016/98, Judgment of 24 July 2003). Vidi: <http://www.hrw.org/lgbt/pdf/karner.pdf> (podatak je preuzet s navedene stranice 20. veljače 2006.).

⁹⁴ Opširnije o tom slučaju vidi u: D. Jakovac-Lozić, *Zakon o istospolnim zajednicama - izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 41, 2004., (73-74), str. 25-26.

⁹⁵ Vidi čl. 32. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

netko muškarac ili žena, već zbog toga što je osoba istospolne (ili biseksualne) orijentacije.⁹⁶

47. Ovdje moramo upozoriti i na značenje Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Protokol br. 12 usvojen je u Rimu 2. studenoga 2000.,⁹⁷ otvoren je za potpisivanje 11. travnja 2000.,⁹⁸ a stupio je na snagu u Republici Hrvatskoj 1. travnja 2005.⁹⁹

Odredba čl. 1. st. 1. Protokola propisuje *opću zabranu diskriminacije*.¹⁰⁰ Riječ je, zapravo, o identičnoj odredbi kakva je i odredba čl. 14. Konvencije, osim što je stavkom 2. člankom 1. Protokola područje njegove primjene prošireno i na zabranu diskriminacije “na bilo kojoj osnovi” pred tijelima s javnim ovlastima.

Dakle, ni Protokol br. 12, upravo kao ni Konvencija, ne navodi izričito *seksualnu orijentaciju* kao osnovu diskriminacije. Međutim, sasvim je jasno da se zaštita osobama homoseksualne orijentacije može pružiti na osnovi načela nediskriminacije “po bilo kojoj osnovi”, što jasno proizlazi iz formulacije navedene odredbe čl. 14. Konvencije i čl. 1. Protokola, koje pored prethodno navedenih osnova, propisuje i “drugi status” kao okolnost koja podrazumijeva nediskriminirajuće ponašanje.

48. Kao što smo već kazali, Sud je proširio shvaćanje o primjeni čl. 14. Europske konvencije o ljudskim pravima i na spolnu orijentaciju. Kad je riječ o mnogim sferama života (socijalnim, radnim, zdravstvenim, mirovinskim i sl.), takav pristup treba dočekati s aklamacijom. No, ono što pomalo zabrinjava jest pristup tog istog suda pitanju roditeljstva homoseksualnih osoba i povjerenja tim osobama roditeljske skrbi. Rekli bismo da je to još uvijek područje

⁹⁶ A. Korać, *Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55, 2005., 3-4, str. 812.

⁹⁷ *Zakon o potvrđivanju Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 14/2002).

⁹⁸ Vidi: <http://www1.umn.edu/humanrts/euro/z31prot12.html> (stranica posjećena 20. veljače 2006.).

⁹⁹ Vidi: Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 9/2005.

¹⁰⁰ “Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.” Stavkom 2. istog članka određeno je da “.. nitko ne smije biti diskriminiran od strane javnih tijela na bilo kojoj osnovi kako je navedeno u st. 1.”

u kojem Sud za ljudska prava pokazuje skanjivanje glede interveniranja u nacionalna zakonodavstva. Na takav pristup tom problemu zasigurno utječe osim okolnosti nepostojanja "europske zajedničke osnove" još više i svijest o osjetljivosti sintagme "najbolji interes djeteta" u kontekstu takvog roditeljstva. No, to ga ne opravdava.

49. Europski sud za ljudska prava trebao bi i zauzeti jasno stajalište o tom pitanju. Pri tome bi morao voditi računa da mu se ne upućuju prigovori tipa *malitiosa iuris interpretatio*. Naprosto, trebao bi odbacivanjem bezrezervnog ekstenzivnog tumačenja odredbe čl. 14. Konvencije te njezinim neprimjenjivanjem na ama baš sve društvene skupine spriječiti zlo. Kako profesorica D. Hrabar na jednom mjestu ispravno zaključuje: "Diskriminacija je ponekad naprosto nužna, a kadikad služi ostvarenju nekih viših ciljeva".¹⁰¹ A postoje li viši i plemenitiji ciljevi od onih koji se tiču zaštite *najboljeg interesa* djece? Zaštita tog interesa zasigurno podrazumijeva dvoroditeljsku obitelj za dijete, obitelj oca i majke, muškarca i žene. U tom "odnosu snaga" interes djece trebao bi biti pretpostavljen interesima odraslih osoba, a ne obrnuto, što je nažalost, sveprisutna pojava u recentnim europskim propisima.

Europski sud u osnovi svog postojanja i djelovanja ima nešto što jamči, obećava, daje nadu. To nešto proizlazi već iz samog naziva Suda - Sud za ljudska prava. Stoga institucija takvog formata ni u jednom trenutku ne bi smjela zanemariti činjenicu da su ti "mali ljudi" ljudi sa svojim pravima, da su ta naša djeca ujedno i naše sutra, naša budućnost i da im stoga treba pružiti zaista najbolje, a ne se povoditi za kojekakvim pomodarskim, izvitoperenim i nastranim htijenjima manjinskih skupina te ekstenzivnim tumačenjem odredaba Konvencije poticati nacionalne sustave na ozakonjenje "moralnog nereda" i davati svoj placet na gušenje prava djeteta. Takav čin izravno kolidira s brojnim međunarodnim dokumentima, pa i s onim najjačim, Konvencijom UN-a o pravima djeteta, koji obvezuje suvremeno društvo na poštovanje interesa i dobrobiti djeteta kao *prioritetnih interesa*. Odrasli moraju biti svjesni da nam djeca to neće reći, ali će njihov nijemi prijekor upućen nama - "imate uši, ali ne čujete" - biti mračna sjena i breme naše budućnosti. Budimo im, stoga, Arijadnina nit, svijetao put izlaska iz zamki suvremene civilizacije.

¹⁰¹ D. Hrabar: *Marginalije uz proturječnosti i pravne praznine pojedinih obiteljskopравnih instituta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55, 2005., 3-4, str. 659.

8. UMJESTO ZAKLJUČKA

50. Živimo u vremenu radikalnog shvaćanja individualnih prava i sloboda. Takva shvaćanja kroz proces demokratizacije i prakse rješavanja problema pojedinih interesnih skupina ponekad "manjinska prava" pretpostavljaju "većinskim pravima". Takav pristup može poprimiti zabrinjavajuće razmjere ako tu većinu k tome čine djeca, taj najvulnerabilniji dio čovječanstva. Vidjeli smo da je u zakonodavnoj praksi pojedinih europskih država homoseksualni odnos upodobljen braku i svim posljedicama koje je tradicionalno pravo vezivalo za brak (primjerice, roditeljstvo, pa i ono zasnovano posvojenjem).

Mislimo da je do toga dovelo različito definiranje i diferencijacija ljudskih prava. Gubi se jasan kontekst prava i dovode u vezu pojedina osobna prava kao što je, primjerice, pravo na zasnivanje obitelji i sloboda mišljenja ili izražavanja mišljenja (kao što je to slučaj s "modernim" shvaćanjem prava homoseksualaca). Tome na ruku ide i nerijetko formalna primjena načela nediskriminacije.

51. Koliko je s *najboljim interesom djeteta* (in)kompatibilna praksa posvojenja od strane homoseksualaca, poželjno je sagledati i na ovaj način: ako je interes djeteta pojam koji u svakom pojedinom slučaju zahtijeva prepoznavanje *određene potrebe djeteta* i nastojanja da se ona *na najbolji mogući način zadovolji*, onda treba razmotriti i kriterije pomoću kojih se interes djeteta može odrediti (potrebe djeteta, volja roditelja i standardno ponašanje).

a) Jedna od temeljnih *potreba djeteta* o kojoj će ovisiti ostvarenje mnogobrojnih drugih potreba jest - život u stabilnom i trajnom roditeljskom okruženju, dvoje roditelja, različitog spola. Stabilnost roditeljskog odnosa ključ je za odgoj emocionalno i mentalno zdravog djeteta. Djeca imaju potrebu za uzorom, za modelom identifikacije, i to muškim i ženskim. Raznim istraživanjima takva je teza potvrđena. Uz mnoge prije navedene dokaze u prilog toj tezi, kažimo da su i dvije eminentne engleske znanstvenice S. Golombok i F. Tasker u svojoj studiji *Razvojna psihologija*¹⁰² utvrdile da roditelji imaju i te kakav utjecaj na djetetovu seksualnu orijentaciju, bilo kao heteroseksualca ili, pak, homoseksualca. Društveni interes glede zaštite djece treba nužno podrazumijevati zabranu posvojenja djece od strane homoseksualaca. Pritiske homoseksualno orijentiranih osoba (parova) treba doživljavati kao njihovu strategiju da im se

¹⁰² S. Golombok, F. Tasker, *Do parents influence the sexual orientation of their children? Findings from a longitudinal study of lesbian mothers*, in: *Development Psychology*, 32, 1996., str. 3-11.

dodijele prava i povlastice braka kakva uživaju heteroseksualni parovi. Također, heteroseksualnim izvanbračnim partnerima ne bi trebalo dopustiti posvojenje jer se logično nameće pitanje kako bi oni mogli posvetiti živote djetetu kad se odbijaju posvetiti jedno drugom kroz instituciju braka. Pitanje *te potrebe djeteta* ne trpi dvojbe. Treba nastaviti tradiciju po kojoj će djecu moći posvajati ponajprije bračni drugovi, a tek onda, u iznimnim slučajevima (kad je to stvarno u najboljem interesu djeteta) samci za koje se temeljitom provjerom¹⁰³ utvrdi da djetetu mogu pružiti *zdrav dom*.

b) *Volja roditelja* nikako ne smije biti jedino odlučujuća u prosudbama je li za njegovo dijete posvojenje najbolje rješenje i kakvo je posvojenje najbolje rješenje. P. Leach, jedna od najcjenjenijih britanskih eksperata za dječju razvojnu psihologiju, u knjizi *Prvo djeca*¹⁰⁴ kazala je: "Interesi same djece neće biti potpuno zastupljeni, niti će prioritetni položaj biti osiguran njihovoj budućoj djeci i unucima, sve dok ih budemo smatrali prvenstveno predmetom roditeljske brige," "...djeca su ljudi kojima treba priznati ista ljudska prava kao i svima ostalima; prava koja im sama po sebi pripadaju kao pojedincima, a ne kao privjescima roditelja ili skrbnika koji ih imaju pravo posjedovati". Dakle, volja roditelja jest bitna, ali mora postojati transparentnost i istodobno djelovanje roditelja, nadležnih tijela za zaštitu interesa djeteta, kao i samog djeteta (ovisno o njegovoj dobi i stupnju zrelosti).

c) *Standardno ponašanje* kriterij je prosječnog, uobičajenog i poželjnog postupanja koje se temelji na idealnim premisama.¹⁰⁵ Prema njemu interes djeteta određuje se prema mjerilima određenog društva, zajednice ili obitelji kako je to tradicijski ili kulturološki prihvatljivo. A pitanje pasivne adoptivne sposobnosti, temeljeno na idealnim premisama, ne trpi dvojbe glede tradicijske i kulturološke prihvatljivosti načela kojim djetetu dugujemo ono najbolje, a to su dva roditelja različitog spola. Takav *standardni* (hrvatski) *model ponašanja* poželjeli bismo i *de lege ferenda*, a to bi zapravo značilo da bi hrvatsko (obiteljsko) pravo ostalo vjerno recentnom modelu posvojenja u kojem posvojitelji ne mogu biti osobe homoseksualne orijentacije. Naravno, takvo "dobro" trebaju sva djeca diljem svijeta.

¹⁰³ Prema podacima koje iznose S. Golombok i F. Tasker, za djecu podizanu u homoseksualnom domu četiri puta je veća vjerojatnost da će se i ona upustiti u homoseksualnu vezu nego kod djece odgojene u jednoroditeljskoj (heteroseksualnoj) obitelji.

¹⁰⁴ P. Leach, *Prvo djeca - što društvo ne čini, a trebalo bi, za današnju djecu*, Algoritam, Zagreb, 2003., str. 225-226.

¹⁰⁵ D. Hrabar, u: M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 248.

52. Predmet *Fretté v. France* primjer je iz prakse Europskog suda za ljudska prava koji upozorava na nespojivost posvojenja od strane homoseksualaca s interesima djeteta.

Primjedba koja bi se najprije mogla uputiti francuskom zakonodavcu (g. Fretté je francuski državljanin) jest ta da dok se u teoretskim raspravama institucijama i boravku djeteta u njima prigovara nemogućnost razvoja osjećaja za pojedine vrijednosti i individualnu i osobenu ulogu muškarca (koji u ustanovama često nedostaje) i žene, roditelja i djece, kao i načina nastanka odnosa među njima samima, s druge se strane dopušta posvojenje od strane samca (i to bez ikakvog ograničenja i uvjetovanja). Ostalo je na francuskim nadležnim tijelima da opravdaju ispravnost svojih postupaka i odluka o tome kako "seksualna orijentacija" podnositelja zahtjeva nije bila ključna okolnost zbog koje je njegova molba odbijena te kako načelo nediskriminacije na osnovi seksualne orijentacije nije povrijeđeno.

Inače, pravo na nediskriminaciju u uživanju prava koja jamči Konvencija prekršeno je kad se države bez objektivnog i razumnog opravdanja ne uspiju različito odnositi prema osobama kojih su situacije bitno drugačije. Ipak, države uživaju određenu granicu slobode procjene u utvrđivanju opravdavaju li i u kojoj mjeri razlike među inače sličnim situacijama različit tretman po zakonu. Doseg granice u procjeni varirao će prema okolnostima, predmetu i pozadini, pa jedan od važnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničke osnove među zakonima država.

Nema zajedničke osnove za to pitanje. Većina država ne zabranjuje izričito homoseksualcima posvojenje. Sud smatra kako je prirodno da nacionalne vlasti, kojih je dužnost u demokratskom društvu, u granicama njihove jurisdikcije, razmatrati interese društva u cjelini, uživaju široku granicu procjene kad se od njih traži da donesu odluku o takvim pitanjima. Prema pravu njihova direktnog i kontinuiranog kontakta s vitalnim snagama njihovih zemalja, nacionalne vlasti u načelu su u boljem položaju od internacionalnog suda u procjeni lokalnih potreba i uvjeta. S obzirom na to da osjetljivi problemi u ovom slučaju dodiruju područja u kojima ima malo zajedničke osnove među državama Vijeća Europe, mora se ostaviti široka granica procjene vlastima svake države.

Ta granica procjene ipak ne bi smjela biti protumačena kao dodjela državama proizvoljne moći - i odluka vlasti ostaje podložna reviziji Suda za usklađivanje sa zahtjevima čl. 14. Konvencije (*v. supra*, 6.).

53. Nadalje, iz tog je predmeta razvidno da "talent i osobne kvalitete" (na čemu je g. Fretté temeljio svoj zahtjev, ali i francuski Upravni sud svoju odluku) poten-

cijalnih posvojitelja za podizanje djece ne mogu biti jedini kriterij za dopuštanje posvojenja. Dijete treba nešto puno više od "talenta" posvojitelja-roditelja za zdravo i uspješno odrastanje. Čak je Upravni sud bio neumoljiv u svom stajalištu kako "... niti jedan raspoloživi dokument u ovom slučaju nije mogao poslužiti da se utvrdi ili barem pretpostavi da životni stil g. Frettéa upućuje na bilo kakav manjak morala ili emocionalne stabilnosti ili, pak, rizik da bi on mogao iskoristiti posvojenje te da bi njegov plan mogao biti opasnost za dijete koje bi posvojio." S pravom se pitamo mora li uopće postojati nekakva "opipljiva" opasnost. Nije li "opasnost" takvo posvojenje već samo po sebi? Zar nije dovoljno da ono nije u *najboljem interesu djeteta* iz nebrojenih drugih razloga? Između ostalog, na pitanje kako zamišlja nositi se s ulogom oca u društvu, g. Fretté nije imao konkretnog odgovora.

54. Homoseksualci, uz ostalo, nikada neće moći pružiti dovoljna jamstva koja su potrebna da bi se ostvario djetetov najbolji interes, pa se pravo svih ljudi na slobodnu seksualnu orijentaciju ne bi smjelo miješati s hipotetičnim pravom na djecu.

55. Kako ne bi ostalo dvojbeno, nužno je pojasniti i jedan navod u predmetu *Fretté* u kojem se ističe da se uvidom u sudsku praksu redovitih sudova, koja se odnosi na dodjeljivanje skrbi razvedenim roditeljima i uopće izvršavanje sadržaja roditeljske skrbi, pokazalo da se navedeni sudovi ne susprežu, u slučajevima kad to situacija zahtijeva, dodijeliti homoseksualnim roditeljima prava ili im zajamčiti roditeljsku skrb.

Međutim, moramo kazati da je svrha određivanja skrbništva nad djecom ili dodjeljivanja roditeljske skrbi ipak ograničena. Navedeni primjeri odnose se samo na prethodno već uspostavljene obiteljske odnose ili na odnose kojih su stvarni akteri krvni srodnici. Jedno je sačuvati vezu između djeteta i roditelja koji su razvedeni ili onih koji žele potvrditi svoju vezu s djetetom, a sasvim je drugo dopustiti obiteljsku vezu između djeteta i odrasle osobe koji nisu ni u kakvoj vezi. To više ako znamo da posvojena djeca imaju veću potrebu za stabilnom i ispunjenom obiteljskom okolinom zato što dolaze iz institucija ili iz vlastitih obitelji gdje su ionako već puno propatili, zbog čega je najvažnije da se ne susreću s kakvim daljnjim problemima unutar svojih posvojiteljskih obitelji (tj. da ih se ne dovodi u vezu s odraslom osobom koja im ne može ponuditi prikladan odnos s ocem ili majkom, drugim riječima koja im ne može ponuditi očekivani model seksualne različitosti).

Zadaća Suda bila je osigurati prava zajamčena Konvencijom. Morao je nadgledati uvjete pod kojima se primjenjuje čl. 14. i razmatrati je li postojala

razumna, proporcionalna veza u danom slučaju između metoda koje su se upotrijebile - potpuna zabrana posvojenja od strane homoseksualca samca - i cilja koji se slijedio - da se zaštite djeca. Međutim, o tome što još očekujemo od nacionalnih zakonodavstava, kao i od Suda, već je bilo riječi (*v. supra*, 5. i 7.). U svakom slučaju, uloga Suda ne bi se trebala iscrpljivati samo kroz “nadgledanje” i “razmatranje”.

53. I naposljetku, da se osvrnemo na pristup Republike Hrvatske tom problemu. Hrvatska je u pogromu legalizacije prava homoseksualaca koja uzimaju sve više prostora u svjetskoj legislativi pozitivan primjer uređenja zaštite najboljeg interesa djeteta u kontekstu posvojenja.

Kad je riječ o odnosima roditelja i djece, odredbama hrvatskog Ustava¹⁰⁶, između ostalog, jasno je propisano: “Roditelji su odgovorni osigurati pravo djeteta na potpun i skladan razvoj njegove osobnosti” (čl. 63. st. 2.); “Republika osobitu skrb posvećuje maloljetnicima bez roditelja i onima za koje se ne brinu roditelji” (čl. 63. st. 5.) te “Dužnost je svih da štite djecu ...” (čl. 64. st. 1.). *Potpun i skladan razvoj osobnosti* moguć je upravo kroz doživljaj i majčinske i očinske ljubavi. Djetetu su potrebna oba roditelja. I to je ono što hrvatsko (obiteljsko) zakonodavstvo preferira. Istina, dijete može u Hrvatskoj posvojiti i osoba koja nije u braku, ali samo ako je to od osobite koristi za dijete.¹⁰⁷ Mnoga istraživanja svjedoče o ispravnosti takvog (uvjetovanog) pristupa.¹⁰⁸ Točnije, dokazano je da posvojenici u obiteljima s jednim roditeljem iskuse više emocionalnih problema i problema s ponašanjem nego djeca koja su se razvijala i rasla u obiteljima s dva roditelja. *Dužnost je svih da štite djecu* opominje na činjenicu da su upravo djeca budućnost života te da su na savjesti kako međunarodne zajednice, tako i svake države posebno. Poštovanje prava čovjeka započinje načinom kojim svako društvo posebno štiti svoju djecu.

54. Nadalje, Zakon o ravnopravnosti spolova¹⁰⁹ u odredbi čl. 6. st. 2., istina, zabranjuje diskriminaciju na temelju bračnog ili obiteljskog statusa i spolne

¹⁰⁶ *Ustav Republike Hrvatske* (Narodne novine, br. 41/2001 - pročišćeni tekst; 55/2001 - Ispravak Ustava /pročišćeni tekst/).

¹⁰⁷ *Obiteljski zakon* (čl. 133. st. 2.).

¹⁰⁸ Vidi: V. Groze, J. Rosenthal, *Single parents and their adopted children: A psychosocial analysis*, *Families in Society*, 72, 1991., 2, str. 67-77; W. Feigelman, A. R. Silverman, *Single parent adoption*, in: *The Handbook for Single Adoptive Parents*, Chevy Chase, MD: National Council for Single Adoptive Parents, 1997., str. 123-129.

¹⁰⁹ *Zakon o ravnopravnosti spolova* (Narodne novine, br. 116/2003).

orijentacije. No, ponovo naglašujemo da je diskriminacija ponekad nužna. Tu nužnost produciraju neki viši interesi i ciljevi. U ovom slučaju, riječ je o interesima djece - *Maxima debetur puero reverentia*.¹¹⁰ Hrvatska je donijela i Zakon o istospolnim zajednicama¹¹¹, kojim uređuje pitanja uzdržavanja, imovinskih odnosa i uzajamnog pomaganja partnera koji ispunjavaju određene pretpostavke. I tim zakonom propisana je zabrana diskriminacije (čl. 21.-22.), no na taj segment Zakona možemo reagirati analogno Zakonu o ravnopravnosti spolova. Valja istaknuti da istospolna zajednica u Hrvatskoj nije ustavna kategorija i nije osnova obitelji.

55. Riječju, hrvatsko obiteljsko pravo i, uopće, hrvatsko zakonodavstvo ovim vremenima izazova uspješno odolijeva i istinski nastoji očuvati obitelj kao jezgru društva. Za sada, ono je očigledno znalo postaviti granice do kojih može i treba ići da pri tome bude suvremeno, ali ne i autodestruktivno.

Summary

Dijana Jakovac-Lozić *

Ines Vetma **

ADOPTIVE PARENTS' SEXUAL ORIENTATION AND THE CHILD'S BEST INTEREST

Respect for human rights begins with the way in which each particular community treats its children. Analysing the complexity of the child's best interest principle, the authors assess to what extent tentative adoptive parents' sexual orientation is (in)compatible with the sense and contents of the said notion.

For this purpose, the paper presents comparative legislative solutions practiced by particular states, and also analyses one of the few cases in which the European Court of Human Rights tried on this issue (Fretté v. France, 2002). The paper also presents a brief critical comment on the matter of approach by particular states, but also by the

¹¹⁰ "Djetetu se duguje najveće poštovanje" (Juvenalis - S. 14, 47).

¹¹¹ *Zakon o istospolnim zajednicama* (Narodne novine, br. 116/2003).

* Dijana Jakovac-Lozić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, Split

** Ines Vetma, Student, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, Split

European Court of Human Rights, to interpretation of the principle of nondiscrimination with regard to sexual orientation (of the adoptive parents), and the relation of this principle to the child's best interest principle (of the adoptees).

Key words: ability to adopt, homosexual adoptive parents, child's best interest, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights

Zusammenfassung

Dijana Jakovac-Lozić *

Ines Vetma **

DIE SEXUELLE ORIENTIERUNG DER ANNEHMENDEN UND DAS BESTE KINDESINTERESSE

Die Achtung der Menschenrechte beginnt mit der Art und Weise, wie die jeweilige Gesellschaft ihre Kinder behandelt. In der Erwägung der Komplexität des Standards des besten Kindesinteresses beurteilen die Autorinnen, inwieweit die Voraussetzung der sexuellen Orientierung potentieller Annehmender dem Sinn und Inhalt des oben genannten Begriffs (in)kompatibel ist.

Zu diesem Zweck werden in dieser Arbeit rechtsvergleichend Lösungen einzelner Staaten dargestellt und einer der wenigen einschlägigen Fälle analysiert, über den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden hat (Fretté v. France, 2002). Die Arbeit nimmt auch kritischen Bezug auf den Ansatz, den einzelne Staaten, aber auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Auslegung des Prinzips der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (der Annehmenden) und bei der Gegenüberstellung dieses Prinzips und des Prinzips des besten Kindesinteresses wählen.

Schlüsselwörter: aktive Adoptionsfähigkeit, homosexueller Annehmender, bestes Kindesinteresse, Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

* Dr. Dijana Jakovac-Lozić, Professorin an der Juristischen Fakultät in Split, Domovinskog rata 8, Split

** Ines Vetma, Studentin an der Juristischen Fakultät in Split, Domovinskog rata 8, Split