

Ranka Vujović*

POLOŽAJ I PRAVA DETETA U ISTOPOLNOJ ZAJEDNICI: EVROPSKO PRAVO I PRAKSA

Apstrakt: Roditeljsko pravo je očigledno najspornije pitanje kod zakonskog regulisanja zajednice lica istog pola. To je i jedan od izazova koji se u ovom trenutku nalazi pred Republikom Srbijom i koji je potrebno svestrano razmotriti uoči najavljenog zakonskog uređenja istopolnih zajednica, te je ovaj rad usmeren ka tom cilju. U fokusu rada nije rasprava o tome kako seksualno opredeljenje roditelja utiče na kvalitet roditeljstva i dobrobit dece i da li je seksualni identitet roditelja bitan faktor efikasnog roditeljstva. Ovaj rad je rezultat istraživanja o tome kako se u evropskom pravnom prostoru, u državama članicama Saveta Evrope i Evropske unije, koje su zakonski uredile istopolne zajednice, načela jednakosti, vladavine prava i najboljeg interesa deteta reflektuju na pravni položaj dece i uživanje prava koja proizlaze iz porodičnog života. Pored različitih stanovišta iznetih u pravnoj literaturi, u radu su prikazani ključni stavovi i najnovije odluke Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde koje imaju konkretne implikacije na potrebu usklađivanja unutrašnjih propisa i pravnu praksu u državama članicama, a dat je i kritički prikaz jurisprudencije pojedinih stranih sudova najvišeg ranga u predmetima čiji ishodi mogu značajno uticati na promenu doktrina u sudskoj praksi tih država, ali i kao inspiracija drugim pravnim sistemima.

Ključne reči: dete, roditelji, istopolni partner, brak, istopolna zajednica, porodični život, lični odnosi, izdržavanje, usvojenje, hraniteljstvo.

1. UVOD

U savremenoj pravnoj teoriji nije sporno da prava lica drugačije seksualne orijentacije nisu nikakva specifična prava, već predstavljaju deo korpusa ljudskih prava, nezavisno od prihvaćenog političkog ili naturalističkog koncepta zaštite.¹ Pa ipak, do razumevanja da su pitanja polne

* Doktor pravnih nauka, pomoćnica direktora Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo, e-mail: ranka.vujovic@gmail.com

1 Vid. Husić, A., Nurkić, B., Poštivanje LGBTIQ prava u Bosni i Hercegovini – još jedan primjer slabe vladavine prava u Bosni i Hercegovini, u: Horvat Vuković, A., Kuzelj, V., Petričušić, A., (ur./eds.), 2022, *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba / Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*, Zagreb, str. 130.

orijentacije, rodnog identiteta, rodnog izražavanja i polnih karakteristika sastavni deo lične autonomije, samoodređenja i dostojanstva svakog pojedinca put je bio dug i nimalo lak. U svom višedecenijskom delovanju Evropski sud za ljudska prava je razvio široku praksu zaštite prava LGBTQIA+ lica i tom praksom odredio smer reformi država članica Saveta Evrope, između ostalog, na planu prava na privatni i porodični život iz člana 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.² Taj sud je još sredinom sedamdesetih godina XX veka stao na stanovište da se polje prostiranja člana 8. ECHR-a ne završava na terenu slobode od neželjenog publiciteta, već da ta pravna garancija podrazumeva „pravo pojedinca na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudima, posebno na emocionalnom planu, a s ciljem razvoja i zadovoljenja sopstvene ličnosti” (*X. v. Island*, no. 6825/74, Decision of 18 May 1976).³

Budući da je fokus ovog rada na pravima koja proizlaze iz porodičnog života, a tiču se roditeljstva, mogućnosti odgajanja i pravnog položaja dece u zajednicama lica istog pola, u radu će, u kratkim crtama, biti prikazan razvoj jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava u toj materiji kroz navođenje ključnih stavova iz odabranih i poznatih predmeta koji su snažno uticali na zakonodavstva brojnih zemalja članica Saveta Evrope, kao i najnovije odluke tog suda koje su izazvale posebnu pažnju stručne i opšte javnosti, jer predstavljaju doktrinu suprotstavljenu dosadašnjoj praksi. Kako su promene u razumevanju pravne prirode istopolnih zajednica i pravnog položaja dece u tim zajednicama vidljive i u najnovijim odlukama Evropskog suda pravde, ali i najviših sudova pojedinih država članica Evropske unije, poput Estonije i Hrvatske, analiziran je način rešavanja sporova u pojedinim predmetima, uključujući one koji se odnose na pitanja zasnivanja usvojenja i hraniteljstva od strane istopolnih partnera, koji, s obzirom na ishod, mogu inspirativno delovati na druge jurisprudencije i zakonodavstva. Pored toga, prikazana su i najnovija zakonska rešenja koja se odnose na pravni položaj dece u životnim zajednicama lica istog pola u Hrvatskoj i Crnoj Gori, državama sa kojima Republika Srbija deli istu pravnu tradiciju.

Zakonski modeli uređivanja prava na porodični život i roditeljstvo istopolnih parova u evropskim državama, naročito zapadnoevropskim, kreću se od apsolutnog izjednačavanja homoseksualnih i heteroseksualnih

2 Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, also known as the European Convention on Human Rights, *ETS*, No. 005, 4 November 1950 (u daljem tekstu: ECHR). Evropski sud za ljudska prava (European Court of Human Rights/ECtHR) je sudska institucija. Saveta Evrope, osnovana 1959, sa zadatkom da štiti prava i slobode koje garantuje ECHR.

3 Gajin, S., 2012, *Ljudska prava. Pravno-sistemska okvir*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, str. 56.

partnera u svim pravima iz porodičnog života, priznavanja prava na brak i na sticanje roditeljskog statusa putem biomedicinski potpomognute oplodnje, surogat majki, usvajanja deteta istopolnog partnera ili zajedničkog usvajanja tuđeg deteta, do priznavanja statusa približnog ili sličnog braku zajednicama lica istog pola. U nekim državama uvedena je zakonska mogućnost sticanja roditeljskog prava prema biološkom ili usvojenom detetu istopolnog partnera sistemom sudskih dozvola, dok druge priznaju minimalna prava istopolnom partneru roditelja deteta koja se iscrpljuju u svakodnevnoj brizi, donošenju hitnih, nužnih i neodložnih odluka u vezi sa zaštitom života deteta, te dužnosti izdržavanja.

Za razliku od zapadnoevropskih, većina država centralne i istočne Evrope, poput Mađarske, Poljske, Slovačke, ne dozvoljava sklapanje istopolnih brakova, pravdajući to ustavnom definicijom braka kao pravnog instituta porodičnog prava koji se temelji na različitosti polova, a i države koje su donele pravni okvir kojim su zakonski priznale homoseksualne zajednice, kao na primer Slovenija ili Hrvatska, ograničile su ili isključile mogućnost usvajanja dece od strane istopolnih partnera ili su naprosto izbegle da to pitanje zakonski uredе.

U literaturi se, kao kontraargumenti za zakonsko omogućavanje homoseksualcima da sklapaju brakove ili slične zakonski regulisane zajednice, obično navodi da oni ne mogu da imaju zajedničku decu (koja su po mnogima jedina ili bar glavna svrha braka). Ova linija argumentacije pretpostavlja uverenje da oni, i u slučaju da su biološki roditelji, ma kako da je do začeca došlo, ne bi smeli da imaju starateljstvo nad svojom decom, jer zbog svoje seksualne orijentacije navodno ne mogu da budu adekvatni roditelji, pa je za decu, navodno, vaspitno nepodobno da odrastaju u takvim „nenormalnim” uslovima.⁴ S druge strane, posebna ranjivost dece, za koju je opštepoznato da najveći broj kršenja prava doživljavaju upravo u porodicama u kojima žive, nezavisno od prirode porodične zajednice (roditeljska, hraniteljska, bračna, vanbračna, istopolna), pojačava potrebu za aktivnijim angažovanjem država na planu pravnog uređivanja položaja dece koja žive u istopolnim zajednicama, što je sve prisutniji fenomen. I dok se, sa jedne strane, donošenje takvih zakona pravda upravo okolnošću da se na taj način štite prava dece i jača uloga porodice u savremenom društvu, time što se većem broju ljudi omogućavaju pravna stabilnost i prednosti porodičnog života,⁵ s druge strane se i sâmo zakonsko uređivanje pravnog položaja dece u zajednicama lica istog pola kritikuje kao „rušilački pohod na brak

4 Mršević, Z., 2009, Istopolne zajednice i deca, *Stanovništvo*, 1, str. 36.

5 Vid. Obrazloženje Nacrta zakona o istopolnim zajednicama, (<https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>, 4. 7. 2022).

i porodicu”,⁶ kao čin kojim se narušava tradicionalno viđenje porodice, a porodica kao osnovna ćelija društva slabi.

Iz svega navedenog sledi zaključak da evropski pravni prostor nije jedinstven ni po pitanju izjednačavanja homoseksualnih zajednica sa porodičnim zajednicama lica različitog pola, ni po pitanju potrebe za uređivanjem, ni po pitanju modela vršenja roditeljskog prava u istopolnim zajednicama, te da na ovom planu nije moguće pronaći zajedničke principe u zakonodavstvima država starog kontinenta.

2. EVOLUCIJA U RAZUMEVANJU PRAVNE PRIRODE ISTOPOLNE ZAJEDNICE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropska konvencija o ostvarivanju ljudskih prava i osnovnih sloboda jemči svima pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, uz istovremenu zabranu javnim vlastima da se mešaju u uživanje tog prava, osim „ako je takvo mešanje u skladu sa zakonom i ako je to neophodno u demokratskom društvu”.⁷ Činjenica da pojmovi „privatnog” i „porodičnog” života samom konvencijom nisu definisani, ostavlja prostor da se kroz praktično delovanje organa nadležnih za njeno sprovođenje sadržina tih pojmova periodično revidira i utvrđuje, uzimajući u obzir stalne društvene promene. Upravo Evropski sud za ljudska prava i praksa koju je on uspostavio i razvio tokom svog višedecenijskog delovanja predstavlja najefikasniji i najsofisticiraniji međunarodnopravni instrument za ujednačavanje prakse i postupanja država članica u zaštiti ljudskih prava na dugom putu njihovog utvrđivanja u evropskom pravnom prostoru.⁸

Pravni pojmovi „porodice” i „prava na porodični život”, za koje bi se moglo reći da predstavljaju tradicionalne vrednosti i da imaju određeni nivo stalnosti, kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava tumače se izrazito dinamično. Do uspostavljanja prakse donošenja nacionalnih zakona koji su istopolnim zajednicama osigurali pravnu zaštitu po osnovu porodičnog života u više država starog kontinenta, Evropski sud za ljudska

6 Vid. Jakovac Lozić, D., „Rod” protiv „spola” – polazište na putu razaranja braka i obitelji”, Zbornik radova, 2017, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, str. 155.

7 ECHR, Art. 8.

8 Vujović, R., The Child’s Right to Dignity and Bodily Integrity – European Standards and Case Law, Pavlović, Z. (ed.), 2020, *Yearbook – Human Rights Protection, The Right to Human Dignity*, 3, Protector of Citizens – Ombudsman & Institute of Criminological and Sociological Research, Novi Sad, p. 78.

prava je životnim zajednicama parova istog pola priznavao pravnu zaštitu pozivanjem na pravo na poštovanje privatnog života ili na zabranu diskriminacije.⁹ Pre toga, postojala je potpuna zabrana homoseksualnih odnosa. Donošenjem presude *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22. oktobra 1981, menja se doktrinarni pristup ovom pitanju i promovise stav Suda prema kojem seksualna orijentacija čini „najintimnije područje privatnog života” i ističe da moraju postojati „posebno ozbiljni razlozi da bi mešanje od strane javnih vlasti bilo legitimno”.¹⁰ Sud je u navedenom predmetu presudio da kriminalizacija dobrovoljnih homoseksualnih odnosa između punoletnih lica predstavlja neopravdano mešanje u njihovo pravo na poštovanje privatnog života i kršenje člana 8. Konvencije. Ova presuda je navela britanski parlament da 1982. delimično dekriminalizuje polne činove između muškaraca u Severnoj Irskoj, ali je istovremeno, faktički, utrla put dekriminalizaciji homoseksualnosti u Evropi.¹¹

Pošto se porodica najčešće definiše kao osnovna ljudska zajednica, sasvim je izvesno da elementi na osnovu kojih je moguće razlikovati ono što je suštinsko i univerzalno u porodici i ono što se menja pod uticajem promena u društvu, ne potiče iz pravnih, već iz socioloških disciplina.¹² Upravo je javno mnjenje doprinelo pravnom uređivanju istopolnih zajednica u pojedinim evropskim državama, naročito nakon desete revizije Međunarodne statističke klasifikacije bolesti, povreda i uzroka smrti, 1990,¹³ kada je homoseksualnost i zvanično prestala da bude klasifikovana kao psihoseksualni poremećaj. Tamo gde je došlo do popuštanja socijalne stigmatizacije, pristupilo se pravnom regulisanju homoseksualnih zajednica, no budući da još uvek nema konsenzusa među državama članicama Saveta Evrope u pogledu izjednačavanja homoseksualnih zajednica sa porodičnim zajednicama lica različitog pola, Evropski sud za ljudska prava je u više svojih odluka konstatovao da nije moguće pronaći zajedničke principe u pravnom i socijalnom sistemu država članica po navedenom pitanju.¹⁴ Pa ipak, nezavisno od toga da li neku zajednicu smatrali „porodičnom” ili naprosto „privatnom”, sama činjenica da postoji i da se u

9 Vid. ECtH, *X. v. The United Kingdom*, no. 11716/85, Judgment of 14 May 1986; ECtHR, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, Judgment of 21 December 1999.

10 ECtH, *Dudgeon v. The United Kingdom*, no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981, para. 52.

11 Vid. Petričušić, A., Željko, D., Radović, B., „Pristup i aktivnosti Vijeća Evrope s ciljem dokidanja homofobije, bifobije, transfobije i diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta”, u: Horvat Vuković, A., Kuzelj, V., Petričušić, A., (ur./eds.), 2022, *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba/Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*, Zagreb, str. 190–191.

12 Golubović, Z., 1981, *Porodica kao ljudska zajednica*, Zagreb, str. 57.

13 *International Classification of Diseases [ICD-10]*, 1990.

14 Vid. ECtH, *Fretté v. France*, no. 36515/1997, Judgment of 26 February 2002.

njoj odvija zajednički život, već nameće potrebu uređivanja odnosa u toj zajednici. Drugo je pitanje da li se takva zajednica može nazvati „brakom”. Brojne države sveta i Evrope priznale su istopolnim zajednicama status i dejstva braka (Australija, Kanada, SAD, Argentina, Tajvan, Južnoafrička Republika, Francuska, Nemačka, Švajcarska, Belgija, Španija, Portugalija i dr.). Nasuprot tome, u velikom broju uporednih pravnih sistema brak je i dalje institut porodičnog prava rezervisan za lica različitog pola, čime se izražava i potvrđuje njegova biološka komponenta, dok se za označavanje zajednica lica istog pola, iako prevladava uverenje da i takvim zajednicama treba dozvoliti pravni okvir sličan onom koji važi za brak,¹⁵ ipak koriste drugi nazivi: istopolna partnerstva, istopolne zajednice, registrovane zajednice, građanske zajednice, životne zajednice lica istog pola i dr. Neke su zemlje odlučile da u svojim ustavima izričito isključe mogućnost sklapanja braka između lica istog pola, poput Slovačke, koja je 2014. izmenila svoj ustav i tako brakom definisala isključivo zajednicu muškarca i žene. Pre nje, to je uradila Letonija, ustavnim amandmanom iz 2005, kao i Litvanija, Mađarska, Poljska, Hrvatska, a istu ustavnu odredbu ima i Srbija.¹⁶

Prekretnicu u pravnom definisanju prirode istopolne zajednice predstavlja slučaj *Schalk and Kopf v. Austria*,¹⁷ u kom su podnosioci predstavlke tvrdili da su diskriminirani kao homoseksualni par, prvo, zbog toga što nemaju mogućnost zaključenja braka i, drugo, što ne postoji alternativno sredstvo zakonskog priznanja njihove zajednice. U međuvremenu je u Austriji, početkom 2010, stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, kojim je dozvoljeno istopolnim parovima da ostvare pravni status u najvećoj meri prilagođen statusu koji odgovara braku parova suprotnih polova. Ne poričući legitimitet stanovištu koje je branila država članica, u ovom slučaju Austrija, da se brakom može smatrati samo zakonom uređena zajednica između muškarca i žene, u svetlu novih socijalnih tendencija Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je nadalje neodrživo i da se „može smatrati veštačkim” stanovište prema kome, za razliku od heteroseksualnog para, homoseksualni par ne može ostvariti „porodični život” u smislu člana 8. ECHR-a. Prema stanovištu Suda koje je izneto u presudi, veza između podnosilaca predstavlke, homoseksualnog para koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* zajednici, spada pod pojam „porodični život”, isto kao što bi bila situacija sa vezom heteroseksualnog para. Mada je navedena odluka doneta tesnom većinom glasova članova sudskog veća (četiri prema tri), ona predstavlja prvu takvu interpretaciju Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na priznavanje prava

15 Guillod, O., 2003, Abortion, Registered Partnership and Other Matters, *The International Survey of Family Law*, Bristol, p. 419.

16 Vid. čl. 62. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06 i 16/22.

17 ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.

istopolnim partnerima na porodični život. Ovo stanovište potvrđeno je i u kasnijim odlukama. Tako je, u slučaju *Orlandi and others v. Italy*¹⁸ Sud utvrdio povredu člana 8. ECHR-a jer država Italija nije omogućila podnosiocima predstavke priznanje istopolnog braka sklopljenog u drugoj državi, uz isticanje ranije zauzetog stanovišta da država ima pravo da rezerviše brak samo za heteroseksualne parove, ali da, isto tako, ima obavezu da istopolnim zajednicama omogući sticanje pravnog statusa koji je isti ili sličan braku.

Iako praksa Evropskog suda i nadalje ostavlja državama članicama nešto šire *margin of appreciation* po pitanju izričitog priznavanja, odnosno uređivanja oblika istopolne zajednice, potreba da se pravno urede odnosi između istopolnih partnera i pravo na porodični život definitivno nisu više u sferi slobodne procene, već predstavljaju obavezu država članica. U jednoj od novijih odluka, u slučaju *Fedotova and 2 others v. Russia*¹⁹ Sud je utvrdio povredu prava na porodični život jer država Rusija podnosiocima predstavke nije omogućila formalnu registraciju istopolnog partnerstva.

Presude Evropskog suda za ljudska prava su „plodan izvor inspiracije za nacionalne i druge međunarodne sudove”,²⁰ ali su, takođe, i snažan pokretač zakonodavnih promena jer imaju ozbiljne implikacije na usklađivanje nacionalnih propisa sa sudskom praksom tog suda. Tako je stanovište da zakon treba da dozvoli istopolnim parovima pravni okvir za život sličan onome koji važi za brak prihvaćeno danas u velikom broju evropskih država, uključujući i one tradicionalno konzervativne, poput Italije ili Crne Gore.

Kada je o Srbiji reč, ECHR i praksa Evropskog suda za ljudska prava ostvaruju uticaj na nacionalni pravni sistem u dva glavna pravca – na zakonodavstvo i na sudsku praksu. Usvajanjem ECHR-a, Srbija je preuzela obavezu da svoje zakonodavstvo upodobi evropskim standardima, odnosno standardima koji su postavljeni samom konvencijom i njenim tumačenjem u praksi Evropskog suda za ljudska prava.²¹ Pa ipak, još uvek ne postoji pravni okvir koji istopolnim partnerima omogućava život sličan onome koji važi za brak. Drugi pravac uticaja ogleda se u nacionalnoj sudskoj praksi, odnosno kroz „pozivanje” stranaka (i/ili njihovih zastupnika) i nacionalnih sudova na konvencijske norme i praksu Evropskog

18 ECtHR, *Orlandi and others v. Italy*, nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12, Judgment of 14 December 2017.

19 Vid. ECtHR, *Fedotova and 2 others v. Russia*, no. 40792/10, Judgment of 13 July 2021, para. 49.

20 Petričušić, A. *et al.*, 2022, str. 179.

21 Ćorac, S., 2015, Ponavljanje postupka u parnici zbog odluke Evropskog suda za ljudska prava, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Vol. 87, br. 4, str. 210–211.

suda za ljudska prava.²² Pored toga, presude Evropskog suda za ljudska prava predstavljaju poseban osnov za ulaganje vanrednog pravnog leka, odnosno pružaju mogućnost za ponavljanje pravnosnažno okončanog parničnog postupka. Ova mogućnost stoji na raspolaganju stranki u postupku ako je odlukom Evropskog suda za ljudska prava utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke. Predlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 60 dana od dana kada je stranka mogla da upotrebi pravnosnažnu odluku Evropskog suda koja je razlog za ponavljanje postupka.²³

3. ISTOPOLNE ZAJEDNICE I RODITELJSTVO

Razlike u opsegu prava koje postoje između homoseksualnih i heteroseksualnih zajednica prvenstveno se odnose na položaj dece. U komparativnom zakonodavstvu o istopolnim zajednicama uglavnom su posebno uređena pojedina pitanja vezana za model realizacije roditeljskog i partnerskog staranja, način izdržavanja deteta, kao i pravo na ostvarivanje ličnih odnosa. Na ostala pitanja ostvarivanja prava i pravnog statusa dece primenjuju se norme porodičnog zakonodavstva ili posebnog zakonodavstva o deci. Sve češće je u upotrebi i termin „istopolno roditeljstvo”, kojim se označava sve aktuelniji oblik odgajanja dece u specifičnim uslovima koji nastaju usvajanjem dece od strane istopolnih parova, biomedicinski asistiranom reprodukcijom ili angažovanjem surogat majki.²⁴ Najveće razlike ispoljavaju se u pogledu mogućnosti usvajanja dece od strane istopolnih partnera. Dok su neka zakonodavstva potpuno izjednačila heteroseksualne i homoseksualne parove u pravu na usvajanje, druga, imajući u vidu delikatnost tog pravnog instituta, mahom izbegavaju da to pitanje zakonski urede, ostavljajući tako širok prostor različitim pravnim interpretacijama.

Za definisanje pravnog položaja dece iz istopolnih zajednica u državama članicama Evropske unije od istorijske važnosti je nedavno doneta odluka Evropskog suda pravde u predmetu *V.M.A. v. Sofia municipality, Pancharevo district, Bulgaria*,²⁵ povodom slučaja devojčice istopolnog para, rođene u Španiji 2019. godine, kojoj su bugarske vlasti odbile da priznaju bugarsko državljanstvo i izdaju izvod iz matične knjige rođenih

22 *Ibid.*

23 Čl. 426. st. 1. tač. 11) i čl. 428. st. 1. tač. 4) Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18 i 18/20.

24 Detaljnije: Sobotková, I., 2007, *Psychologie rodiny*, Praha, Portál.

25 CJEU, case C-490/20, *V.M.A. v. Sofia municipality, Pancharevo district, Bulgaria*, Judgment of 14 December 2021.

zbog toga što su kao roditelji deteta u španskom dokumentu o rođenju registrovane dve majke – jedna bugarskog, a druga britanskog državljanstva. Istopolni brak majki devojčice sklopljen je u Španiji, 2018. Dete je bilo u riziku da ostane bez državljanstva, jer špansko državljanstvo nije moglo da ostvari pošto nijedna od majki nije španskog porekla, a činjenica da je partnerka britanskog državljanstva rođena na Gibraltaru bila je formalna prepreka za sticanje britanskog državljanstva prema britanskom zakonodavstvu iz 1981. Bez državljanstva i putne isprave devojčica nije mogla da napusti zemlju prebivališta svoje porodice, Španiju, niti da izvadi lična dokumenta neophodna za ostvarivanje socijalnog osiguranja i pristup dečjim, zdravstvenim, obrazovnim i drugim ustanovama. Prema bugarskom zakonu o državljanstvu, lice je bugarski državljanin ako je najmanje jedan od roditelja bugarski državljanin, a prema važećem porodičnom zakonodavstvu, roditeljsko pravo pripada majci i ocu, a majka je žena koja je dete rodila te, prema tome, dete ne može da ima dve majke. Razmatrajući pitanja zaštite ustavnog poretka, nacionalnog identiteta i javnih politika, na koje se pozivala bugarska strana, Sud je u navedenoj odluci podsetio da je u više navrata izneo stanovište „da se koncept javne politike kao opravdanja za odstupanje od osnovne slobode mora striktno tumačiti, što rezultira time da svaka država članica ne može jednostrano odrediti njegov obim bez ikakve kontrole institucija EU. Iz toga proizlazi da se na javnu politiku može osloniti samo ako postoji istinska i dovoljno ozbiljna pretnja fundamentalnom interesu društva” (para. 55). U istoj odluci, Evropski sud pravde podsetio je da su prava zagarantovana članom 7. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije²⁶ istog značenja i istog obima kao ona garantovana članom 8. ECHR-a, te da istopolni roditelji i njihova deca moraju da budu priznati kao porodica u svim državama članicama, kako bi se i deci istopolnih roditelja omogućila sloboda kretanja i druga prava. S obzirom na to da je utvrđivanje roditeljstva, u smislu porodičnog prava, u isključivoj nadležnosti država članica, prema iznetom stanovištu Suda, „takva obaveza ne zahteva od države članice čiji je državljanin dotično dete da u svom nacionalnom zakonu obezbedi roditeljstvo lica istog pola, ili da prizna, u druge svrhe osim ostvarivanja prava koje za to dete proizlazi iz prava EU, odnos roditelj–dete između tog deteta i lica navedenih u izvodu iz matične knjige rođenih koji su sačinili organi države članice domaćina kao roditelji deteta” (para. 57). U slučaju da je dete državljanin Unije maloletno i da izvod iz matične knjige rođenih, izdat od nadležnih organa države članice domaćina, označava kao roditelje tog deteta dva lica istog pola, „država članica čiji je to dete državljanin je dužna: (1) da tom detetu izda ličnu kartu ili pasoš bez potrebe da nacionalni organi prethodno sači-

26 Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2007 C 303/01.

ne izvod iz matične knjige rođenih i (2) da prizna, kao i svaka druga država članica, dokument iz države članice domaćina koji dozvoljava tom detetu da koristi, sa svakim od ta dva lica, pravo deteta da se slobodno kreće i boravi na teritoriji država članica” (para. 69). Time je na nivou Evropske unije praktično doneto novo pravno pravilo i razjašnjenje da roditeljski odnos pravno uspostavljen u jednoj državi članici Evropske unije ne može biti nepriznat u drugoj.

Za razliku od gorepomenute Španije, koja je, kao treća evropska država (odmah posle Holandije i Belgije), izmenama Građanskog zakonika u delu koji uređuje brak, istopolnim parovima omogućila i sklapanje braka i usvajanje dece,²⁷ i na taj način ih, ne samo u ličnim i imovinskim već i u roditeljskim pravima potpuno izjednačila sa heteroseksualnim bračnim parovima, u jednom broju evropskih država u kojima je izvršena legalizacija istopolnih zajednica sa pravnim učincima na lična i imovinska prava partnera koji su gotovo identični pravnim dejstvima braka, pravni tretman odnosa dece i roditelja i istopolnog partnera roditelja ipak odlikuju određene specifičnosti.

Posebnu pažnju zaslužuje hrvatsko zakonsko rešenje, koje pored uobičajenih (majke i oca) uvodi „trećeg” roditelja, priznavanjem, pod određenim uslovima, pravnog položaja roditelja istopolnom partneru oca, odnosno majke. Hrvatski Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola iz 2014. godine²⁸ detaljno uređuje pravna dejstva sklopljenih (registrovanih) istopolnih zajednica na odnose sa decom, precizirajući da ista pravna dejstva na položaj dece u istopolnoj zajednici proizvode i neformalna životna partnerstva (neregistrovane zajednice), uz uslov da takva zajednica traje najmanje tri godine i od početka ispunjava uslove koji se traže za pravnovaljano sklapanje istopolne zajednice, to jest „životnog partnerstva”. Hrvatski zakonodavac je uredio dva modela staranja o detetu (koji se u suštini ne isključuju) – model roditeljskog staranja i model partnerskog staranja.

Model „roditeljskog staranja” primenjuje se kada su oba roditelja deteta zakonski utvrđena i kada oba ostvaruju roditeljsko pravo koje, radi potpunije zaštite dobrobiti deteta, žele da podele sa životnim partnerom jednog od njih. Dva su zakonom propisana načina na koji životni partner stiče pravni položaj roditelja, prema modelu roditeljskog staranja. Da bi ostvario položaj roditelja, životni partner treba da zatraži od suda da mu dozvoli da ostvaruje roditeljsko pravo „zajedno sa roditeljima ili umesto roditelja”. Dozvola suda omogućava životnom partneru roditelja da ostva-

27 Ley 13/2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157 de 02 de Julio de 2005.

28 Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Republika Hrvatska, *Narodne novine*, br. 92/14 i 98/19 (u daljem tekstu: ZŽPHR).

ruje sva prava iz sadržine roditeljskog prava, na način propisan zakonom koji uređuje porodične odnose.²⁹ Drugi način ostvarivanja roditeljskog prava po modelu roditeljskog staranja jeste na osnovu privremenog poveravanja. Oba roditelja zajedno, ili jedan koji samostalno vrši roditeljsko pravo, mogu vršenje roditeljskog prava (delimično ili u celini) privremeno poveriti životnom partneru roditelja deteta, ako životni partner ispunjava uslove za staratelja. Ako privremeno poveravanje traje duže od 30 dana, izjave roditelja moraju biti overene kod javnog beležnika. Roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo i njegov životni partner koji je izdejtstvovao sudsku dozvolu da vrši roditeljsko pravo – sva prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava prema detetu koje živi u njihovoj zajednici ostvaruju zajednički, a odluke koje su bitne za dete, odluke koje se odnose na zastupanje deteta u vezi sa ličnim i imovinskim pravima ili koje u značajnoj meri utiču na život deteta, kao i pristanke u vezi s tim odlukama, dužni su da donose sporazumno. U slučaju izostanka saglasnosti, kao i različitog pristupa navedenim pitanjima, nesporazum roditelja i životnog partnera razrešava se primenom pravila koja važe za rešavanje sporova između roditelja u vezi sa odlukama koje znatno utiču na život deteta, a koja su propisana zakonom koji uređuje porodične odnose.

Manjkavost ponuđenog koncepta „trećeg roditelja” u ovom slučaju ogleda se u činjenici da je uspostavljeni porodični odnos između deteta i partnera roditelja po modelu roditeljskog staranja ipak privremenog karaktera, iako mu zakon deklaratorno priznaje trajnost. Tako se, na primer, u slučaju dozvole/priznanja roditeljskog statusa životnom partneru roditelja po navedenom modelu, prenebregava mogućnost da se roditelji deteta predomisle u pogledu ranijeg dogovora i povuku saglasnost da roditeljsko pravo dele/ostvaruju zajedno sa životnim partnerom jednog od njih. Kako će sud postupiti u slučaju spora, budući da je propisano da se na ove sporove primenjuje zakon koji uređuje porodične odnose? Može li sud, rešavajući nastali spor, odlučiti da roditeljsko pravo, nezavisno od toga što dete ima oba roditelja koji žele da se o njemu zajednički ili samostalno staraju, nakon komparativne procene roditeljskih potencijala i najboljeg interesa deteta ipak dodeli životnom partneru da ga vrši „umesto roditelja”?³⁰ Može li sud ovakvu odluku doneti i povodom spora za poništenje ili raskid životne zajednice?

29 Porodične odnose u Republici Hrvatskoj uređuje Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19 (u daljem tekstu: OZHR). U hrvatskom porodičnom pravu zajedničko vršenje roditeljskog prava podrazumeva obavezu donošenja plana o načinu zajedničkog ostvarivanja roditeljskog prava. Elementi plana uređeni su zakonom (čl. 106. OZHR).

30 Čl. 40. st. 1. ZZPHR-a propisuje da životni partner roditelja deteta ima pravo da ostvaruje prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava zajedno s roditeljima ili

Osim toga, zakonodavac nije rešio da li u slučaju prestanka (poništenja, raskida) životnog partnerstva prestaju i pravna dejstva sudske dozvole o roditeljskom staranju životnog partnera roditelja deteta ili je s tim u vezi potrebna nova sudska odluka. Pošto se prema članu 30. ZŽPHR-a na sudske postupke koji se odnose na sporove o životnom partnerstvu primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju porodični odnosi, proizlazi da se u sporu da poništaj ili raskid životne zajednice adheziono može odlučivati i o daljem vršenju roditeljskog prava.

Drugi model, model „partnerskog staranja” predstavlja oblik staranja o maloletnom detetu koji ostvaruje životni partner nakon smrti svog životnog partnera koji je roditelj deteta, u svemu kao detetov roditelj. Osnovno pravilo jeste da u slučaju prestanka životnog partnerstva smrću roditelja deteta, preživeli životni partner roditelja može predložiti sudu da bude imenovan za partnera staratelja deteta, pod uslovom da ni drugi roditelj nije živ ili da mu je oduzeto roditeljsko pravo zbog zlostavljanja deteta. Partnersko staranje izuzetno se može uspostaviti i tokom trajanja životne zajednice, na zajednički predlog životnih partnera, od kojih je jedan roditelj deteta, kada drugi roditelj deteta nije poznat ili kada je drugi roditelj lišen roditeljskog prava zbog zlostavljanja deteta. Da bi bio imenovan za partnera staratelja, životni partner roditelja treba da ispunjava uslove koje zakon traži za staratelja. Odluku o imenovanju partnera staratelja, vodeći računa o najboljem interesu deteta, donosi opštinski sud, čija se mesna nadležnost određuje prema prebivalištu deteta, pošto prethodno pribavi nalaz i mišljenje centra za socijalni rad. U pripremi svog nalaza i mišljenja, centar za socijalni rad dužan je da na pogodan način utvrdi mišljenje i uzme u obzir želje deteta. Partner staratelj na osnovu sudske odluke stiče status roditelja i sva prava i dužnosti koji proizlaze iz tog statusa, a odluka suda se upisuje u matičnu knjigu rođenih za dete. Propisani pravni učinak sudske odluke o imenovanju partnera staratelja najsličniji je dejstvu koji je proizvodila odluka o zasnivanju nepotpunog usvojenja, prema ranije važećem zakonodavstvu. Naime, zasnivanjem partnerskog staranja između partnera staratelja, sa jedne strane, i deteta i njegovih potomaka, sa druge strane, zasnivaju se trajna prava i dužnosti koji po zakonu postoje između roditelja i dece i njihovih potomaka. Ovo se dejstvo proteže i na nasleđivanje – dete nad kojim je uspostavljeno partnersko staranje u pogledu naslednih prava izjednačeno je sa decom partnera staratelja.

Iako je odnos zasnovan sudskom odlukom o partnerskom staranju načelno trajnog karaktera, prigovor nedostatka garantija trajnosti se može staviti i u pogledu ovog modela vršenja roditeljskog prava. Član 48.

umesto roditelja, na osnovu sudske odluke, u skladu s odredbama posebnog zakona kojim se uređuju porodični odnosi.

ZŽPHR-a propisuje da se zasnivanjem partnerskog staranja između partnera staratelja, sa jedne strane, i deteta i njegovih potomaka, sa druge strane, zasnivaju „trajna” prava i dužnosti koji po zakonu postoje između roditelja i dece i njihovih potomaka, te da je dete nad kojim je uspostavljeno partnersko staranje u pogledu naslednih prava izjednačeno sa decom partnera staratelja. Stiče se utisak da su na ovaj način uspostavljeni porodični odnosi trajni jer se protežu i na potomke deteta i na nasleđivanje. Trajnost porodičnih odnosa uspostavljenih partnerskim staranjem, međutim, relativizovana je odredbama koje stranama u odnosu daju pravo da traže prestanak (raskid), bez propisivanja posebnih raskidnih razloga. Hrvatski zakonodavac predvideo je mogućnost prestanka partnerskog staranja na dva načina - podnošenjem zahteva i podnošenjem predloga sudu. Uslovi za prestanak tog specifičnog porodičnog odnosa bliže su definisani samo u pogledu prestanka iniciranog predlogom. Prema slovu zakona, odluku o prestanku partnerskog staranja donosi sud, na zahtev deteta i na zahtev partnera staratelja, kao i na predlog roditelja kome je sud vratio roditeljsko pravo. Pored toga, sudu je ostavljena mogućnost („sud može”) da odluči o prestanku partnerskog staranja: a) na predlog centra za socijalni rad - ako utvrdi da to zahtevaju opravdani interesi maloletnog deteta, kao i b) na sporazumni predlog partnera staratelja i deteta - ako je prestanak uspostavljenog porodičnog odnosa u interesu deteta. Iz navedenog proizlazi da je sudu ostavljena mogućnost da odbije predlog, to jest da ne utvrdi prestanak partnerskog staranja samo u dva slučaja: 1) ako sporazumni predlog partnera staratelja i deteta, prema oceni suda, nije u interesu deteta i 2) ako prestanak predlaže centar za socijalni rad koji nije dokazao da to zahtevaju opravdani interesi maloletnog deteta.

Zakonodavac nije rešio sudbinu porodičnog odnosa uspostavljenog partnerskim staranjem (koji je inače rezervisan za situacije kada nijedan od roditelja deteta nije u životu ili, izuzetno, kada drugi roditelj deteta nije poznat) ni za slučaj da se tokom njegovog trajanja pokrene postupak i bude priznato ili utvrđeno očinstvo/materinstvo za dete nad kojim partner staratelj vrši roditeljska prava.

Položaj deteta u istopolnoj zajednici kada ne postoji sudska odluka o vršenju roditeljskih prava od strane životnog partnera roditelja po jednom od navedenih modela odgovara modelu minimalnih prava i najpribližniji je odnosu pastorka sa očuhom/maćehom. Dete prema istopolnom partneru roditelja u tom slučaju ostvaruje dva prava - pravo na izdržavanje (prema pravilima koja se na osnovu zakona kojim se uređuju porodični odnosi primenjuju na izdržavanje maćehe ili očuha i pastorka),³¹ te pravo na

31 Čl. 39. st. 4. ZŽPHR-a i čl. 288. i 293. OZH-a.

lične odnose u slučaju uspostavljene bliskosti.³² S druge strane, životnom partneru roditelja priznato je samostalno zakonsko pravo na donošenje hitnih odluka o preduzimanju nužnih radnji radi zaštite dobrobiti deteta koje živi u zajednici (u slučaju iznenadne bolesti deteta, ozbiljne povrede i drugih situacija kada je ugrožena detetova dobrobit), kao i mogućnost donošenja svakodnevnih odluka u vezi s detetom (odvođenje deteta na sport i rekreaciju, odlazak na roditeljske sastanke i sl.), ako roditelj deteta za to da svoj pristanak.³³ Uz to, bivši životni partner koji nije roditelj deteta ima pravo da zahteva od suda da mu dozvoli održavanje ličnih odnosa sa detetom. Navedeno pravo bivši životni partner može da ostvari ako je duže vreme živeo sa detetom i kroz to vreme brinuo o detetu ili ako su između njega i deteta razvijeni emocionalni odnosi.

Model minimalnih prava, koji je u uporednom zakonodavstvu zastupljen u državama koje su se opredelile za postupno priznavanje prava i normiranje odnosa u istopolnim zajednicama, uspostavljen je u Crnoj Gori Zakonom o životnom partnerstvu lica istog pola.³⁴ Navedeni model obezbeđuje detetu, koje živi u zajednici sa roditeljem i njegovim istopolnim partnerom, pravo na izdržavanje od partnera roditelja. Pravna pravila koja su tim zakonom propisana za izdržavanje deteta sadržinski odgovaraju odredbama crnogorskog Porodičnog zakona kojima je uređena dužnost očuha/maćehe da izdržavaju maloletne pastorkе.³⁵ Istopolni partner roditelja je dužan da izdržava dete svog partnera ako dete nema srodnika koji su po zakonu koji uređuje porodične odnose dužni da ga izdržavaju ili srodnici nemaju mogućnosti za to. Obaveza partnera da izdržava dete drugog partnera postoji i posle smrti roditelja deteta, ako je do smrti tog roditelja između njegovog partnera i deteta postojala zajednica života. Ako je istopolna zajednica između roditelja deteta i njegovog životnog partnera poništena ili raskinuta, obaveza partnera da izdržava dete drugog partnera prestaje. Obrnuto, dužnost deteta da izdržava životnog partnera roditelja ako ga je ovaj duže izdržavao i starao se o njemu nije propisana, iako tu dužnost crnogorsko porodično zakonodavstvo propisuje za pastorka³⁶ iz čega proizlazi da je položaj deteta prema životnom partneru roditelja u pogledu izdržavanja povoljniji od položaja pastorka. Crnogorski zakon

32 Čl. 42. ZŽPHR-a i čl. 84. st. 4. OZHR-a.

33 Čl. 41. st. 3. i 4. ZŽPHR-a.

34 Zakon o životnom partnerstvu lica istog pola, Crna Gora, *Sl. list CG*, br. 67/20 (u daljem tekstu: ZŽPCG).

35 Upred. čl. 52. ZŽPCG-a i čl. 258. Porodičnog zakona, Crna Gora, *Sl. list RCG*, br. 1/07 i *Sl. list CG*, br. 53/16 i 76/20 (u daljem tekstu: PZCG).

36 Prema čl. 259. PZCG-a, pastorčad su dužna da izdržavaju svog očuha i maćehu ako su ih ovi duže izdržavali i starali se o njima. Ako očuh i maćeha imaju decu, ova obaveza je zajednička sa tom decom.

daje životnom partneru roditelja samostalno pravo donošenja hitnih odluka u vezi sa detetom kome prethodi neposredna opasnost po život i zdravlje (uz dužnost da o preduzetim neophodnim i neodložnim radnjama odmah obavesti partnera koji je roditelj deteta), kao i pravo da, uz pristanak partnera koji je roditelj deteta, donosi svakodnevne odluke u vezi sa detetom. Pravo deteta na lične odnose sa bivšim istopolnim partnerom roditelja nije posebno uređeno. Međutim, predviđena shodna primena zakona kojim se uređuju porodični odnosi na sporove za zaštitu prava deteta obezbeđuje mogućnost zaštite ovog prava ako je između deteta i istopolnog partnera roditelja uspostavljen odnos posebne bliskosti i ako je to u interesu deteta.

4. USVOJENJE I HRANITELJSTVO

Iako raste broj država koje istopolnim parovima priznaju pravo da sklope brak ili istopolnu životnu zajednicu, osetljivo pitanje i dalje ostaje njihovo pravo na usvajanje dece.³⁷ Jedan od ciljeva borbe za potpuno izjednačavanje homoseksualnih parova s parovima različitog pola jeste upravo vezan za pravo na usvajanje dece. Protivnici ideje priznavanja ovog prava istopolnim partnerima pitaju se „kakva je ljudskost društva koja daje odraslima pravo na decu, a uskraćuje detetu pravo da ima i majku i oca”, ističući da „čak ni biološki roditelji nisu vlasnici svoje dece, već su im roditeljska prava priznata da bi deci osigurali najbolje uslove za pravilan i potpun razvoj”.³⁸ Stoga i ne čudi što je u velikom broju zakonodavstava o istopolnim zajednicama izbegnuto da ta pitanja budu predmet zakonskog regulisanja.

Da se ova tema ne može izbeći prostim propuštanjem da se navedeno pitanje zakonski uredi, potvrđuje odluka Upravnog suda Hrvatske u predmetu *Kozić i Šegota*³⁹ doneta povodom odbacivanja zahteva istopol-

37 Pravo na usvajanje je još ograničenije, čak i u zemljama koje priznaju istopolne brakove, iako se broj država koje omogućavaju usvajanje postepeno povećava. Potpuno zajedničko usvajanje od strane istopolnih parova legalizovano je u 13 država Evropske unije: Holandija (od 2001), Švedska (2003), Španija (2005), Belgija (2006), Danska (2010), Francuska (2013), Malta (2014), Luksemburg (2015), Austrija (2016), Irska (2016), Portugallija (2016), Finska (2017) i Nemačka (2017). U Ujedinjenom Kraljevstvu, u Engleskoj i Velsu, potpuno zajedničko usvajanje je istopolnim parovima dopušteno od 2005, u Škotskoj od 2006, a u Severnoj Irskoj od 2013. U pojedinim državama koje ne dozvoljavaju potpuno usvajanje, poput Slovenije i Estonije, dozvoljeno je usvajanje pastorka – partner iz registrovane istopolne zajednice može usvojiti biološko, a u nekim slučajevima i usvojeno dete svog partnera. U Italiji, odluke donose sudovi, od slučaja do slučaja, dok u Grčkoj istopolni parovi u registrovanom građanskom partnerstvu mogu biti hranitelji, ali ne i usvojitelji deteta.

38 Kuby, G., 2013, *Svjetska seksualna revolucija. Uništenje slobode u ime slobode*, Zagreb, Naklada Benedikta, str. 269.

39 Upravni sud u Zagrebu, Uszp-43/20-7, presuda od 21. aprila 2021.

nog para od strane centra za socijalni rad (koje je potvrđeno drugostepenim rešenjem resornog ministarstva) za sprovođenje postupka za procenu opšte podobnosti za usvojenje. Zahtev je odbačen uz konstataciju da je u hrvatskom pravu usvojenje uređeno kao oblik porodičnogpravnog zaštite deteta bez roditeljskog staranja i da svi organi koji vode postupak u svrhu usvojenja moraju interes deteta pretpostaviti interesu ostalih učesnika u postupku, kao i da hrvatsko zakonodavstvo ne uređuje pravo istopolnih partnera na usvojenje niti na procenu opšte podobnosti, te da podnosioci stoga nisu imali pravni interes za podnošenje takvog zahteva. Tužiocima su u tužbi isticali povredu načela jednakosti pred zakonom usled okolnosti da su u pitanju partneri istog pola i pozvali se na domaći ustavnopravni sistem i sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava. Upravni sud u Zagrebu je u svojoj presudi ukazao na načela jednakosti, socijalne pravde, vladavine prava i poštovanje prava čoveka, i, polazeći od člana 37. stav 4. ZŽPHR-a, kojim se istopolnim partnerima garantuju jednaka procesna prava i status u svim sudskim i upravnim postupcima kao i bračnim drugovima, zaključio da su u konkretnom slučaju tužiocima bili lišeni prava na obrazloženu odluku, zbog čega je vratio predmet na ponovno postupanje.

Iako ova odluka u prvi plan ističe procesna prava stranaka i daje procesne razloge za ponovno postupanje u navedenom slučaju, njen je uticaj nesumnjiv na samo (supstancijalno) pravo istopolnih partnera na usvajanje dece. Naročito u svetlu u međuvremenu donete odluke Ustavnog suda Hrvatske povodom razmatranja zahteva za ocenu ustavnosti zakona koji uređuje materiju hraniteljstva (a koje je, kao i usvojenje, oblik zaštite dece bez roditeljskog staranja, pri čemu su i procedure i uslovi za procenu opšte podobnosti hranitelja i usvojitelja gotovo identični). Ocena ustavnosti Zakona o udomiteljstvu⁴⁰ zatražena je iz razloga što su iz njegovog sadržaja izostavljena lica istog pola koja žive u životnim i neformalnim životnim zajednicama. Iako Sud nije utvrdio da je taj zakon suprotan hrvatskom Ustavu,⁴¹ on je zaključio da osporene zakonske odredbe iz kojih je „svesnim odabirom zakonodavca izostavljena određena društvena grupa, proizvode generalne diskriminatorne učinke prema istopolno orijentisanim licima koja žive u životnim i neformalnim životnim partnerstvima, što je ustavnopravno neprihvatljivo”, kao i „da su sudovi odnosno druga nadležna tela koja u rešavanju pojedinačnih slučajeva neposredno odlučuju o pravima i obavezama građana dužni da tumače i primenjuju zakone u skladu s njihovim smislom i legitimnom svrhom i da odluke donose na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih izvora prava”.

40 Zakon o udomiteljstvu, Republika Hrvatska, *Narodne novine*, br. 115/18.

41 Činjenica da neko pitanje nije u zakonu uređeno ili da je nepotpuno uređeno, ne čini taj zakon neustavnim samo po sebi.

U konkretnom slučaju, to znači da su nadležni organi „osporene zakonske odredbe dužni tumačiti i primenjivati na način koji će svim licima pod jednakim uslovima omogućiti sudelovanje u javnoj usluzi hraniteljstva, nezavisno o tome da li potencijalni hranitelj živi u životnom ili neformalnom životnom partnerstvu”.⁴²

Polazeći od više puta ponovljenog stava Evropskog suda za ljudska prava da je različito postupanje prema licima istog pola diskriminatorno ako nema razumnog opravdanja, odnosno ako ne teži zakonitom cilju ili ako nema razumnog odnosa srazmernosti između sredstava i cilja koji se želi ostvariti⁴³ i uvažavajući činjenicu da hrvatsko zakonodavstvo o istopolnim zajednicama garantuje jednaka prava registrovanim istopolnim partnerima u sudskim i upravnim postupcima kakva su priznata i supružnicima, nakon navedenih odluka najviših hrvatskih sudova, postavlja se pitanje da li nadležni organ može *a priori* da uskrati pravo na sprovođenje postupka za procenu opšte podobnosti za usvojenje istopolnih partnera u svrhu njihovog upisa u odgovarajući registar potencijalnih usvojitelja i s kojim obrazloženjem. Zapravo je navedenim ostavljena otvorenom mogućnost partnerima istog pola da pokrenu, a potencijalno i da uspešno okončaju postupak usvojenja deteta bez roditeljskog staranja, iako zakon koji uređuje istopolne zajednice i zakon koji uređuje usvojenje, ne sadrže odredbe o tome.

Isto važi i za druge uporednopravne sisteme kojima su obaveza, oslonac i putokaz pravo i praksa Evropskog suda za ljudska prava, u kojima su navedena pitanja uređena na sličan način.

Tako je rezonovao i Vrhovni sud Estonije, kada je, 2018. godine, odlučivao po predlogu za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti zbog nedonošenja sprovedbenih akata za Zakon o registrovanom partnerstvu. Ocenu ustavnosti zatražio je Upravni sud u Talinu, povodom slučaja pokrenutog po tužbi jednog istopolnog partnera zbog nemogućnosti ostvarivanja prava na usvajanje, smatrajući da je parlament Estonije (*Riigikogu*) prekršio Ustav kada nije doneo propise za sprovođenje tog zakona. Članom 15. Zakona o registrovanom partnerstvu,⁴⁴ koji se u Estoniji primenjuje od 1. januara 2016, priznata je mogućnost usvojenja deteta od strane istopolnog partnera roditelja. Međutim, pošto parlament ni četiri godine od usvajanja tog zakona nije doneo propratne propise o njegovom

42 Ustavni sud Hrvatske, U-I-144/2019 i dr., odluka i rješenje od 29. januara 2020, tač. 29.1. i 29.3. Obrazloženja.

43 Vid. ECtHR, *Burden v. UK [GC]*, no 13378/05, Judgment of 29 April 2008, para. 60; ECtHR *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 96; ECtHR *Vallianatos and other v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, Judgment of 7 November 2013, para. 76.

44 Kooseluseadus, *Riigi teataja*, RT I, 16. 10. 2014, 1 (u daljem tekstu: ZRP).

sprovedenju, nastao je izvestan pravni vakuum, što je dovelo do brojnih tužbenih zahteva kojima su pojedinci pokušavali, a neki i uspevali da izdejavuju sudske odluke u vezi sa načelno priznatim pravima. Estonski Vrhovni sud, nadležan da odlučuje i o pitanjima ustavnosti, zaključio je da činjenica da odredbe zakona o sprovođenju ZRP-a još nisu usvojene nije dovoljna da se utvrdi postojanje neustavne praznine, pa je odlučio da ne pokreće postupak za ocenu ustavnosti. „To ne znači da sudovi nisu u obavezi da primenjuju zakon u pojedinačnim slučajevima, rešavanjem sukoba koji proizlaze iz pravnih normi, zasnivajući svoje odluke na opštim pravnim načelima. Sudovi moraju tumačiti zakon na način koji obezbeđuje ustavni rezultat.”⁴⁵ Sud je, naime, konstatovao da se ZRP ipak primenjuje i da su, oslanjajući se na mogućnosti koje postoje prema važećem zakonu i sudskoj praksi i koristeći tehnike tumačenja, notari počeli da sklapaju ugovore o registrovanom partnerstvu, da su organi uprave počeli da rešavaju pojedinačne zahteve istopolnih partnera, kao i da su sudovi počeli da rešavaju sudske sporove. Ipak, ukazao je da postoji obaveza države da otkloni nedostatak pravne jasnoće u vezi sa pitanjima koja nisu precizno regulisana u ZRP-u, među kojima i pitanje usvojenja, jer je „zbog nedovoljne zakonske regulative porodični život podnosioca predstavlja otežan i komplikovaniji i nezgodniji u odnosu na druge roditelje; zbog neregulisanosti, podaci koji proizlaze iz registrovanog partnerskog ugovora ne mogu da se unesu u postojeći registar stanovništva, tako da podnosiocu nedostaju socijalne garancije, uključujući pravo na roditeljsko odsustvo, porodičnu penziju, naknadu za slučaj smrti, da podnese zajedničku prijavu poreza na dohodak, a u slučaju zasnovanog usvojenja, roditeljsko pravo usvojitelja ne može se upisati u registar.”⁴⁶ Ukazao je i da su nižestepeni sudovi (koji su odbili da odlučuju po zahtevima) propustili da procene da li se nedostaci u zakonskoj regulativi mogu prevazići tumačenjem zasnovanim na Ustavu, a da pritom nisu dali razloge koji upućuju na to da postojeća regulativa ostaje ispod ustavno zahtevanog nivoa zaštite.

5. ZAKLJUČAK

Istopolne zajednice u Republici Srbiji, iako nisu zakonski uređene, *de facto* postoje, i to u sve većem broju, te su sve glasniji zahtevi za njihovo „ozakonjenje” i za njihovu „pravnu vidljivost”. Isto se odnosi i na pitanja roditeljstva, odnosno na pravno uređivanje odnosa u zajednicama lica drugačije seksualne orijentacije koja su se već ostvarila ili žele da se ostvare u ulozu roditelja. U kreiranju budućeg zakonodavnog okvira potrebno je,

45 Supreme Court of Estonia, EST-2018–1-001, *Case no. 5–17–42*, 10 April 2018, para. 38.

46 *Ibid.*, para. 37.

osim poznatih ustavnih ograničenja, imati u vidu obaveze koje za Republiku Srbiju proizlaze iz članstva u Savetu Evrope i drugim međunarodnim organizacijama koje se bave zaštitom ljudskih prava, kao i obaveze vezane za evrointegracije i transponovanje pravnih tekovina Evropske unije u domaće zakonodavstvo. Da bi se kreirala održiva rešenja, potrebno je, takođe, imati u vidu efekte propisanih i primenjenih rešenja u komparativnom pravu i praksi na pravni položaj dece koju odgajaju istopolni partneri.

Iz prikazanih modela vršenja roditeljskog prava može se zaključiti da u sistemima koji nude specifična, fleksibilna rešenja za uspostavljanje pravnog okvira koji istopolnim partnerima omogućava da vrše prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava prema detetu partnera, poput hrvatskog, postoje brojni nedostaci, a osnovni prigovor tiče se trajnosti uspostavljenog porodičnog odnosa. U zakonodavstvima koja istopolnoj zajednici priznaju minimalna dejstva na odnos deteta i istopolnog partnera roditelja, osnovni problem predstavlja nedostatak ustavnog i/ili zakonskog osnova za priznavanje roditeljskog statusa licu koje nije ni otac ni majka (ni usvojitelj) deteta. Stoga se minimalna prava, koja suštinski predstavljaju deo sadržine roditeljskih ovlašćenja, izvode iz osnovnih prava deteta koja proizlaze iz međunarodnih konvencija. Samostalno pravo istopolnog partnera roditelja na donošenje hitnih odluka u vezi sa detetom, kada su ugroženi njegov život i zdravlje, u funkciji je ostvarivanja prava deteta na život, opstanak i razvoj, koje je zagarantovano članom 6. Konvencije o pravima deteta.⁴⁷ Reč je, zapravo, o osnovnom konvencijskom principu koji nadilazi ne samo ostala prava deteta već i ostale principe i pretpostavka je ostvarivanja svih drugih prava deteta.⁴⁸ Osim što predstavlja pravo i dužnost roditelja, ovaj princip obavezuje državu da obezbedi sve uslove za njegovo ostvarivanje i da osigura zaštitu prava deteta iz njegove sadržine, u svim uslovima i u svakoj sredini gde dete boravi. Budući da je sadržaj ovog principa veoma složen i da obuhvata i povlači sa sobom i pitanja zdravlja, obrazovanja i porodičnog okruženja i da jasno ukazuje na potrebu svakodnevnne brige i savetovanja u vezi sa podizanjem i vaspitavanjem deteta,⁴⁹ logična su i rešenja iz uporednog zakonodavstva koja partneru roditelja deteta iz istopolne zajednice priznaju pravo na donošenje svakodnevnih odluka u vezi sa detetom, uz pristanak roditelja. Pravo na lične odnose, koje derivira iz prava na porodični život i koje dete može da ostvari po prestanku zajednice (ako je sa partnerom roditelja uspostavljena bliska relacija, dete to želi i u njegovom je najboljem interesu)

47 UN *Convention on the Right of the Child*, UN doc. General Assembly Resolution 44/25 (20 November 1989).

48 Vučković Šahović, N., Petrušić, N., 2015, *Prava deteta*, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, str. 95.

49 *Ibid.*, str. 97.

proizlazi iz člana 6. ECHR-a i garancije koje ta norma obezbeđuje pravima iz porodičnog života. Konačno, pravo deteta na izdržavanje od strane istopolnog partnera roditelja, kao samostalno pravo, predstavlja izraz načela porodične solidarnosti, koje u ovom slučaju ne počiva na odnosu srodstva i nadilazi i sam roditeljskopравни odnos.

LITERATURA

1. Ćorac, S., 2015, Ponavljanje postupka u parnici zbog odluke Evropskog suda za ljudska prava, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Vol. 87, br. 4, str. 207–218.
2. Gajin, S., 2012, *Ljudska prava. Pravno-sistemska okvir*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.
3. Guillod, O., 2003, Abortion, Registered Partnership and Other Matters, *The International Survey of Family Law*, Bristol.
4. Golubović, Z., 1981, *Porodica kao ljudska zajednica*, Zagreb.
5. Husić, A., Nurkić, B., Poštivanje LGBTIQ prava u Bosni i Hercegovini – još jedan primjer slabe vladavine prava u Bosni i Hercegovini, u: Horvat Vuković, A., Kuzelj, V., Petričušić, A., (ur./eds.), 2022, *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba / Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*, Zagreb, pp. 127–146.
6. Jakovac Lozić, D., 2017, „Rod” protiv „spola” – polazište na putu razaranja braka i obitelji, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 15, pp. 135–157.
7. Kuby, G., 2013, *Svjetska seksualna revolucija. Uništenje slobode u ime slobode*, Zagreb, Naklada Benedikta.
8. Mršević, Z., 2009, Istopolne zajednice i deca, *Stanovništvo*, 1, Beograd.
9. Petričušić, A., Željko, D., Radović, B., Pristup i aktivnosti Vijeća Europe s ciljem dokidanja homofobije, bifobije, transfobije i diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta, u: Horvat Vuković, A., Kuzelj, V., Petričušić, A., (ur./eds.), 2022, *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba/Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*, Zagreb, pp. 179–202.
10. Sobotková, I., 2007, *Psychologie rodiny*, Praha, Portál.
11. Vučković Šahović, N., Petrušić, N., 2015, *Prava deteta*, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
12. Vujović, R., The child’s right to dignity and bodily integrity – European standards and Case law, Pavlović, Z. (ed.), 2020, *Yearbook – Human Rights Protection*, The right to human dignity, No. 3, Provincial Protector of Citizens – Ombudsman & Institute of Criminological and Sociological Research, Novi Sad, pp. 75–92.

PROPISI

1. Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, also known as the European Convention on Human Rights (ECHR), *ETS*, No. 005 (4 November 1950).

2. European Union, Charter of Fundamental Rights of The European Union, *OJ* 2007 C 303/01.
3. International Classification of Diseases, (ICD-10).
4. Ley 13/2005, Spain, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157 de 02 de Julio de 2005.
5. Kooseluseadus, Estonia, *Riigi teataja*, RT I, 16. 10. 2014, 1.
6. Obiteljski zakon, Republika Hrvatska, *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19.
7. Porodični zakon, Crna Gora, *Sl. list RCG*, br. 1/07 i *Sl. list CG*, br. 53/16 i 76/20.
8. Zakon o životnom partnerstvu lica istog pola, Crna Gora, *Sl. list CG*, br. 67/20.
9. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Republika Hrvatska, *Narodne novine*, br. 92/14 i 98/19.
10. Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18 i 18/20.
11. Zakon o udomiteljstvu, Republika Hrvatska, *Narodne novine*, br. 115/18.
12. UN Convention on the Rights of the Child, (UN doc.) General Assembly resolution 44/25, 20 November 1989.
13. Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06 i 16/22.

SUDSKA PRAKSA

1. CJEU, case C-490/20, *V.M.A. v. Sofia municipality, Pancharevo district, Bulgaria*, Judgment of 14 December 2021, ECLI:EU:C:2021:1008.
2. ECtHR, *Burden v. UK [GC]*, no. 13378/05, Judgment of 29 April 2008.
3. ECtHR, *Fretté v. France*, no. 36515/1997, Judgment of 26 February 2002.
4. ECtHR, *Fedotova and 2 others v. Russia*, no. 40792/10, Judgment of 13 July 2021.
5. ECtHR, *Orlandi and others v. Italy*, nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12, Judgment of 14 December 2017.
6. ECtHR, *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, Judgment of 9 June 2009.
7. ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.
8. ECtHR, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, Judgment of 21 December 1999.
9. ECtHR *Vallianatos and other v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, Judgment of 7 November 2013.
10. ECtHR, *X. v. The United Kingdom*, no. 11716/85, Judgment of 14 May 1986.
11. ECtHR, *X. v. Island*, no. 6825/74, Decision of 18 May 1976.
12. ECtH, *Dudgeon v. The United Kingdom*, no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.
13. Supreme Court of Estonia, *EST-2018-1-001*, Case no. 5-17-42, Order of 10 April 2018.
14. Upravni sud u Zagrebu, *Uszp-43/20-7*, presuda od 21. aprila 2021.
15. Ustavni sud Hrvatske, *U-I-144/2019 i dr.*, odluka i rješenje od 29. januara 2020.

INTERNET IZVORI

1. Obrazloženje Nacrta zakona o istopolnim zajednicama, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>.

THE STATUS AND RIGHTS OF THE CHILD IN THE SAME-SEX UNION: EUROPEAN LAW AND PRACTICE

Ranka Vujović

ABSTRACT

Parental rights are obviously the most controversial issue in the legal regulation of same-sex unions. This is one of the challenges facing the Republic of Serbia at this moment and which needs to be comprehensively considered in order to meet the announced legal regulation of same-sex unions, and this work is directed towards that goal. The focus of the paper is not the discussion about how the sexual orientation of parents affects the quality of parenting and the well-being of children and whether the sexual identity of parents is an important factor in effective parenting. This work is the result of research on how in the European legal area, in the member states of the Council of Europe and the European Union, which have legally regulated same-sex unions, the principles of equality, the rule of law, and the best interests of the child are reflected on the legal position of children and the enjoyment of rights arising from family life. In addition to the various points of view presented in the legal literature, the paper presents key positions and the latest decisions of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, which have specific implications for the need to harmonize internal regulations and legal practice in the member states, and a critical review of jurisprudence is given of certain foreign courts of the highest rank in cases whose outcomes can significantly influence the change of doctrines in the judicial practice of those countries, but also as an inspiration to other legal systems.

Key words: child, parents, same-sex partner, marriage, same-sex unions, family life, personal relationships, alimantation, adoption, foster care.

Dostavljeno Uredništvu: 7. aprila 2022. godine

Prihvaćeno za objavljivanje: 25. novembra 2022. godine