

Prof. dr Suzana Bubić

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

OPŠTI TRENDVI U PROMOVISANJU NAJBOLJEG INTERESA DJETETA – USVOJENIKA

Autorica u radu razmatra rješenja prihvaćena u Evropskoj konvenciji o usvojenju djece (revidiranoj) i pravnim sistemima evropskih država, s težištem na državama u okruženju, te praksu Evropskog suda za ljudska prava u oblasti usvojenja. U tom istraživanju, ograničava se na uslove za zasnivanje usvojenja u čijem normiranju postoje veće razlike. S analiziranim rješenjima i stavovima zauzetim u evropskoj praksi poredi rješenja prihvaćena u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini. Pri tome, pažnju usmjerava na utvrđivanje (ne)poštovanja najboljeg interesa djeteta i (ne)usaglašenosti domaćih zakonskih rješenja s onim prihvaćenim u razmatranoj Konvenciji. Na osnovu rezultata istraživanja, dolazi do zaključka o potrebi i opravdanosti usaglašavanja domaćeg zakonodavstva s Konvencijom. U iznalaženju i predlaganju pravaca reforme u prvi plan stavlja potrebu poštovanja i osiguravanja najboljeg interesa djeteta, dajući mu apsolutnu prednost pred interesom, željama i zahtjevima usvojlaca. U tom smislu, prati trendove u promovisanja ovog interesa izražene u savremenom pravu.

Ključne riječi: Usvojenje; Konvencija o usvojenju; Najbolji interes djeteta; Uslovi za zasnivanje usvojenja.

1. UVOD

Pri uređenju svih oblasti porodičnog prava sva tri domaća zakonodavca (Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH) su, uglavnom, ispunila obaveze preuzete ratifikovanjem međunarodnih dokumenata o pravima djeteta. U tom smislu, priznali su djetetu prava normirana u ovim dokumentima i obavezala sve subjekte odgovorne za njihovu realizaciju na odgovarajuće ponašanje i na preduzimanje potrebnih

aktivnosti u postupku ostvarivanja i zaštite tih prava. Pri uređenju svih odnosa u kojim se kao subjekt pojavljuje dijete, u prvi plan su stavljena prava djeteta. To važi naročito za ustanovu usvojenja, s obzirom na njen značaj, na to da usvojenjem dijete zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos i dobija zamjenu za vlastite roditelje i porodicu.

U uređenju pojedinih pitanja vezanih za ustanovu usvojenja, u nacionalnim pravima postoje određene, veće ili manje razlike. Prisustvo, odnosno potreba za uklanjanjem ovih razlika je i bila razlog za donošenje nove Evropske konvencije o usvojenju djece (revidirane 2008. godine; u daljem tekstu Konvencija). Naime, cilj čije postizanje se htjelo osigurati donošenjem ove Konvencije jeste smanjenje teškoća izazvanih postojanjem pomenutih razlika i u promovisanju interesa djeteta. U njenoj Preambuli naglašena je mogućnost ostvarenja ovog cilja kroz prihvatanje zajedničkih revidiranih principa i prakse o usvojenju, a uz obavezno uzimanje u obzir razvoja koji se desio u ovoj oblasti tokom posljednjih decenija. Upravo zbog toga se pri uređenju ustanove usvojenja u ovoj Konvenciji znatno odstupilo od načina na koji je ona bila normirana u Konvenciji o usvojenju djece iz 1967. godine. Države članice je obavezala, radi postizanja harmonizacije nacionalnih prava, na usklađivanje nacionalnog zakonodavstva s njenim odredbama (član 2).

Razlike u normiranju ustanove usvojenja prisutne su i u tri domaća porodična zakona. One su nastale, uglavnom, unošenjem novih rješenja o uslovima za nastanak i punovažnost usvojenja u Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu PZ FBiH) i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu PZ BD), odnosno zadržavanjem u Porodičnom zakonu Republike Srpske (u daljem tekstu PZ RS) rješenja iz ranijeg Porodičnog zakona SR BiH. Postojanje različitih rješenja u ovoj izuzetno važnoj oblasti (zasnivanju i uređenju roditeljskopravnog odnosa), znači pravnu nesigurnost za građane Bosne i Hercegovine i izaziva teškoće koje bi se eliminisale ili bar ublažile uklanjanjem, odnosno smanjenjem ovih razlika. Ujednačavanjem domaćih zakonskih rješenja o usvojenju postigao bi se naprijed navedeni cilj postavljen u Konvenciji. Ako se, i pored prisutnih razlika u kulturi, običajima, tradiciji i praksi, različita rješenja mogu i treba da uklone iz prava pojedinih država članica Vijeća Evrope, onda se to brže i lakše može i mora postići u domaćem pravu, gdje ne postoje razlike na koje bi se zakonodavci eventualno mogli pozivati i na njima temeljiti različito uređenje ove ustanove. Ratifikacija Konvencije od Bosne i Hercegovine i harmonizacija rješenja domaćih porodičnih zakona s njenim odredbama, odnosno sa savremenim evropskim propisima o usvojenju, bit će prilika i za međusobno ujednačavanje domaćih zakona.

Standard „najbolji interes djeteta“, u oblasti usvojenja često zamijenjen standardima „dobrobit usvojenika“ i „najbolji interes usvojenika“, je osnovni kriterij za donošenje odluke o usvojenju. Odluka o obliku zaštite djeteta koje nema roditelje ili čiji roditelji nisu u stanju ili ne žele pravilno ostvarivati roditeljsko staranje i djetetu u vlastitoj porodici ne pružaju sigurnost, sreću i ljubav, zavisi od utvrđenja interesa djeteta, od toga koji će se od mogućih oblika zaštite utvrditi kao najadekvatniji sa stanovišta ovog interesa u konkretnom slučaju. Iako generalno najbolji oblik zaštite ovakve djece, usvojenje se neće zasnovati ako se pri ocjeni interesa djeteta utvrdi da je za njega bolji drugi oblik zaštite, makar se njime ne uspostavlja roditeljski, odnosno srodnički odnos. Ovakav pristup nadležnog organa osigurava da se interesu djeteta dâ prednost u odnosu na interese potencijalnog usvojioca. Pitanje koje se u posljednje vrijeme najčešće raspravlja i povodom kojeg se zauzimaju različiti stavovi i daju različiti odgovori u teoriji, zakonodavstvu i sudskoj praksi, jeste pitanje potrebe i opravdanosti priznavanja mogućnosti usvojenja osobama istog spola, koje žive bilo u braku bilo u zajednici, faktičkoj ili registrovanoj. Ako se, što je ispravnije, naglasak stavi na interes djeteta, pitanje bi trebalo da se formuliše ovako: da li je u interesu djeteta da bude usvojeno od istospolnih partnera?

U pogledu ostalih uslova čijim normiranjem se hoće zaštititi interes djeteta, razlike u zakonodavstvu, u pravilu, nisu tako velike. Bitno je, međutim, da se normiranjem uslova na strani potencijalnog usvojioca – njegovih svojstava, statusa, odnosa u kojem se nalazi s potencijalnim usvojenikom, osigurava interes djeteta – da bude usvojeno od osobe koja će moći uspješno ostvarivati roditeljsko staranje, izvršavati sve dužnosti i odgovornosti koje kao roditelj ima prema djetetu. Zahtjevu i želji za zasnivanjem roditeljskog odnosa nadležni organ neće udovoljiti ako utvrdi da ne postoje sve garancije za uspostavljanje i dalje razvijanje roditeljskog odnosa kakav postoji između roditelja i njihove vlastite djece, odnosno da neće biti osigurano poštovanje i zaštita prava djeteta i njegovog interesa. Najbolja potvrda za ovo je stav Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava zauzet u predmetu *Frete (Fretté)* p. Francuske (Odluka iz 2002. godine). U odluci, Sud se pozvao na navod francuske Vlade da se radi o konkurentnim interesima potencijalnih usvojlaca i usvojenika i na to da usvojenje znači „djetetu dati porodicu, a ne dijete porodici“ te da država treba da vodi računa o tome da osobe odabrane za usvoioce budu u stanju osigurati usvojeniku najpovoljnije uslove (para 42). Sud je podsjetio na svoje ranije stavove o tome da Konvencija ne garantuje pravo na usvojenje (para 32).¹

¹ *Affaire Fretté c. France*, Requête n° 36515/97, Arrêt 26 février 2002, http://denistourret.fr/eurodroits/arretCEDH_Frette.html, 10. april 2010.

Radi utvrđivanja (ne)usaglašenosti rješenja prihvaćenih u domaćem pozitivnom pravu s Konvencijom i potrebe za njihovom izmjenom i ujednačavanjem s evropskim pravom, u daljem tekstu će se izvršiti njihova analiza i međusobno poređenje. S ciljem predlaganja novih rješenja za neka od pitanja iz ove oblasti, analizirat će se i uporedno pravo, uglavnom zakonodavstva zemalja u okruženju. Pri tome, u središtu razmatranja stalno će biti najbolji interes djeteta, odnosno njegovo promovisanje kao standarda pri uređenju pojedinih aspekata ustanove usvojenja, kako u kontekstu Konvencije, uporednog i domaćeg prava, tako i prakse Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. Pri razmatranju pojedinih pitanja, prvo će se analizirati odredbe Konvencije, nakon toga uporedno pravo, iza čega slijede stavovi Evropskog suda zauzeti u relevantnim predmetima, te rješenja domaćeg prava.

2. NAJBOLJI INTERES DJETETA

Pojam djeteta u Konvenciji o usvojenju djece određen je uže nego u Konvenciji o pravima djeteta. Konvencijom o pravima djeteta djetetom se smatra svako ljudsko biće mlađe od 18 godina, osim ako se po zakonu koji se primjenjuje na dijete, punoljetstvo ne stiče ranije (čl. 1). Konvencija o usvojenju primjenjuje se na dijete koje nije navršilo 18 godina i nije dostiglo punoljetstvo, koje nije bilo niti je u braku ili u registrovanom partnerskom odnosu (čl. 1). U obje konvencije, međutim, najbolji interes djeteta istaknut je kao opšti princip (čl. 3, st. 1, odnosno čl. 4, st. 1).

Konvencija o usvojenju naglasila je značaj najboljeg interesa djeteta pri donošenju svih odluka u oblasti usvojenja.² Tako se u čl. 4 normira da će nadležni organ donijeti odluku o zasnivanju usvojenja samo ako će usvojenje biti u najboljem interesu djeteta (st. 1). Znači, najvažniji uslov i osnovni kriterij kojim se nadležni organ rukovodi pri donošenju odluke o zasnivanju usvojenja jeste da je ono u najboljem interesu djeteta. Radi se o pravnom standardu, čija se sadržina određuje u svakom konkretnom slučaju, uvažavanjem brojnih okolnosti. Međutim, nadležni organ se upućuje da pri ocjeni interesa djeteta posebnu pažnju pokloni i naglasak stavi na osiguranje djetetu stabilnog i harmoničnog doma, čime se u drugi plan stavlja materijalna situacija koju potencijalni usvojilac može osigurati usvojeniku.

Pravo na poštovanje porodičnog života pretpostavlja postojanje porodice i ne štiti samu želju za zasnivanjem porodice. Odbijanje aplikantovog zahtjeva za (odobrenje) ugovor(a) o usvojenju ne može se, samo po sebi, smatrati povredom njegovog prava na privatni život, naročito na njegov seksualni život (para 32).

² „Dobrobit za dijete“ je predviđena i u Haškoj konvenciji o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvojenju (1993) kao najvažniji uslov za međudržavno usvojenje.

Najbolji interes djeteta određen je kao najvažniji kriterij i za odlučivanje o poništenju i opozivu usvojenja (čl. 14) te u kontekstu probnog smještaja djeteta koji se određuje prije zasnivanja usvojenja (čl. 19).

U uporednom pravu ovaj uslov je prisutan bez izuzetka, a izričito je normiran i u domaćim zakonima, pri uređenju svih pitanja vezanih za usvojenje, od njegovog zasnivanja pa do prestanka.

Evropski sud za ljudska prava se u svim predmetima u kojim odlučuje o pitanjima vezanim za usvojenje poziva na najbolji interes djeteta. Tako je u već pomenutom predmetu vođenom protiv Francuske, nakon naglašavanja značaja interesa djeteta pri zasnivanju usvojenja, podsjetio na već ranije zauzet stav da, kada je već zasnovana porodična veza između roditelja i djeteta, „poseban značaj mora se dati najvišem interesu djeteta koji, prema svojoj prirodi i težini, može imati prednost pred interesom roditelja“.³

Domaći porodični zakoni normiraju interes djeteta kao poseban uslov za zasnivanje usvojenja (PZ FBiH, čl. 93, st. 1 i PZ BD, čl. 78) ili zahtijevaju da usvojenje mora biti u interesu usvojenika (PZ RS, čl. 146). Isto tako, ovaj interes je posebno naveden u okviru pojedinih uslova za zasnivanje usvojenja.

U postupku zasnivanja usvojenja, probni smještaj djeteta normiran je tako da služi utvrđenju najboljeg interesa djeteta, tj. usvojenika (PZ FBiH, čl. 110, st. 2 i PZ BD, čl. 93), odnosno da se pokaže „uspješnim s aspekta međusobne adaptacije usvojioca i usvojenika“ (PZ RS, čl. 167, st. 2) što posredno, opet, osigurava najbolji interes usvojenika. Interes usvojenika se uvažava i pri normiranju svih ostalih pitanja, makar on nije izričito naveden u zakonima.

Opravedani interesi maloljetnog usvojenika su odlučujući i za donošenje odluke o raskidu nepotpunog usvojenja (PZ FBiH, čl. 120; PZ BD, čl. 103 i PZ RS, čl. 171).

Navedeni propisi domaćih zakona, dakle, izričito su naglasili interes djeteta. Bolje bi bilo da više insistiraju na „najboljem interesu“, umjesto na „interesu“ ili „opravdanom interesu“.

³ Fretté c. France, supra note 1.

3. NADLEŽNOST ZA ZASNIVANJE USVOJENJA

Pravilno određenje nadležnosti za zasnivanje usvojenja izuzetno je važno za osiguranje najboljeg interesa djeteta, jer se time osigurava da priprema i donošenje odluke o zasnivanju usvojenja bude u nadležnosti organa osposobljenog za stručno vođenje postupka.

U Konvenciji je normirano da će usvojenje biti punovažno samo ako ga je odobrio sud ili upravni organ (čl. 3). Termin „odobrio“ upotrijebljen je da bi se učinilo jasnim da je na dozvolu ili odbijanje usvojenja ovlašten samo nadležni organ. Time se hoće spriječiti, što je obrazloženo i u Objašnjavajućem izvještaju o Konvenciji,⁴ da dijete bude usvojeno bez učešća državnih organa, samo privatnim ugovorom.⁵ Neučestvovanje državnih organa, čiji zadatak jeste utvrđivanje postojanja svih uslova za zasnivanje usvojenja, moglo bi imati za posljedicu zasnivanje usvojenja i onda kada ono nije u najboljem interesu djeteta.

Znači, Konvencija je ostavila mogućnost da nacionalni zakonodavci povjere nadležnost bilo sudu bilo upravnom organu, ili da je pak podijele između ova dva organa, ovlašćujući svakog od njih na provođenje određene faze u postupku zasnivanja usvojenja. Kako je to navedeno u Izvještaju, jedan od ova dva organa mogao bi ispitivati materijalne, a drugi formalne uslove za usvojenje, pa bi u nadležnosti ovog drugog bilo i donošenje odluke o zasnivanju usvojenja.

Pri prihvatanju ovakvog rješenja imalo se u vidu aktuelno stanje u većini nacionalnih prava, odnosno prihvatljivost ovog rješenja u njima. Naime, u dijelu zakonodavstva za usvojenje je nadležan upravni organ, u dijelu sud, a u nekim pravima u zasnivanju usvojenja učestvuju i sud i organ starateljstva, odnosno upravni organ. U pravnim sistemima u kojima je usvojenje u nadležnosti suda, radi se, uglavnom, o posebnim sudovima – starateljskim ili sudovima za maloljetnike.

Oba navedena organa su u postupak zasnivanja usvojenja uključena, na primjer, u austrijskom, francuskom i njemačkom pravu.⁶

⁴ *European Convention on the Adoption of Children (Revised) (CETS No. 202) Explanatory Report, tač. 23, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/202.htm>, 28. decembar 2011.*

⁵ U austrijskom pravu, usvojlac i usvojenik sklapaju ugovor o usvojenju, ali za to moraju dobiti odobrenje suda. Privatnim, ugovornim aranžmanima između prirodne porodice djeteta i usvojiteljske porodice usvojenje se zasniva u državama SAD.

⁶ Ovo rješenje je prihvaćeno i u slovenačkom Porodičnom zakonu usvojenom u junu 2011. godine. Međutim, Zakon nije dobio podršku na referendumu održanom u martu 2012. godine i bit će ponovo razmatran na Parlamentu u martu 2013. godine. U njemu je nadležnost za zasnivanje usvojenja podijeljena između centra za socijalni rad i suda. Centar

Prema Austrijskom građanskom zakonu, usvojenje se zasniva ugovorom između usvojioca i usvojenika, a ako je usvojenik maloljetan, ugovor potpisuje njegov staralac ili prirodni roditelj kojeg zastupa organ za dobrobit mladih (čl. 179, novi /1/1). Ugovor odobrava građanski sud, bilo posebni – starateljski, bilo okružni. Odobravanju ugovora prethodi postupak zasnivanja usvojenja pred državnim organima za dobrobit mladih, u okviru kojeg se ispituje postojanje uslova na strani potencijalnih usvojlaca. Sud postupa po pravilima vanparničnog postupka.⁷

U francuskom pravu nakon postupaka provedenih pred predsjednikom Generalnog savjeta departmana i Službe za socijalnu pomoć djeci, u okviru kojih se ispituje postojanje materijalnih uslova, postupak se, na zahtjev usvojioca, nastavlja pred višim sudom koji donosi odluku o usvojenju nakon provjeravanja da li postoje uslovi i da li je usvojenje u interesu djeteta (*Code civil*, čl. 353 i 362).⁸

U njemačkom pravu, odluku o zasnivanju usvojenja donosi starateljski sud, uz prethodno obavezno saslušanje agencije za usvojenje koja je uključena u postupak ili nadležnih lokalnih organa za dobrobit mladih (GZ, sec. 1752 (1) i Zakon o vanparničnom postupku, Sec. 49 (1) br. 1. 56d).

U holandskom pravu, odluku o zasnivanju usvojenja donosi građanski, okružni sud (Građanski zakon, čl. 1:227), a Vijeće za zaštitu djece provodi ispitivanje usvojiteljske porodice.

Kao primjer zakonodavstva koje normira nadležnost samo posebnog suda, navodimo italijanski Građanski zakon (Zakon br. 184/83)⁹. On na odlučivanje o usvojenju ovlašćuje Sud za maloljetnike, s tim da mu ostavlja mogućnost da, u slučaju usvojenja maloljetnika, neke poslove prenese na socijalne organizacije ili lokalne ustanove (ako je potrebno da se uključe u ispitivanju situacije u kojoj se nalazi dijete). Nakon toga sud objavlju-

za socijalni rad po prijemu pismene prijave treba da pripremi stručno mišljenje o podobnosti podnosioca prijave za usvojenje, da ga upiše u centralnu bazu podataka o kandidatima za usvojenje, da između svih mogućih kandidata odabere najpogodnijeg i da predloži usvojenje sudu. U nadležnosti suda je provjeravanje postojanja svih zakonom propisanih uslova za usvojenje i interesa usvojenika, te donošenje odluke o usvojenju u slučaju njihovog utvrđenja.

⁷ Koristeći ovlaštenje iz Saveznog zakona o dobrobiti mladih, u jednom broju austrijskih pokrajina vođenje ovog postupka je delegirano u nadležnost nevladinih organizacija za dobrobit mladih (Gornja Austrija, Salzburg i Beč).

⁸ *Code civil*, Version consolidée au 2 juin 2012, http://www.legifrance.gouv.fr/affich-Code.do?jsessionid=33D671D8C3E9E0DEE3C25562A8833E58.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150070&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120616, 25. juni 2012.

⁹ Legge 4 maggio 1983 n. 184, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_15.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=LEG48963, 10. avgust 2009.

je adaptabilnost djeteta i donosi odluku o zasnivanju usvojenja (Zakon br. 184/83, čl. 10/1).

U pravu UK odluku o usvojenju donosi sud (Zakon o usvojenju i djeci, čl. 46),¹⁰ a u postupak zasnivanja usvojenja uključena je i agencija za usvojenje.

U svim zemljama s područja bivše Jugoslavije usvojenje je u nadležnosti upravnog organa, bilo da je to centar za socijalno staranje (Obiteljski zakon RHrvatske /u daljem tekstu OZ ili OZ H/, čl. 135; Zakon o braku i porodičnim odnosima R. Slovenije /u daljem tekstu ZBPO ili ZBPO SI/, čl. 146) bilo organ starateljstva (Porodični zakon R. Srbije /u daljem tekstu PZ ili PZ Sr/, čl. 88; Porodični zakon Crne Gore /u daljem tekstu PZ ili PZ CG/, čl. 135).

Makedonski zakonodavac ima drugačije rješenje u odnosu na navedene zakone: ovlaštenja i obaveze u postupku zasnivanja usvojenja podijeljene su između centra za socijalni rad i Komisije sastavljene od 5 članova, po struci pravnik, pedagoga, psihologa i socijalnog radnika, imenovanih od Ministra za rad i socijalnu politiku (Zakon o porodici; u daljem tekstu ZoP ili ZoP M/, čl. 112 u vezi sa čl. 113.). U postupak se naizmjenično uključuju centar i Komisija, ispitivanjem podobnosti usvojioca, pravljenjem prijedloga za upis u Registar mogućih usvojilaca, određivanjem smještaja djeteta u porodicu usvojioca, utvrđivanjem uslova i donošenjem rješenja o zasnivanju usvojenja (čl. 126–133). Ovakvo uređenje nadležnosti ne čini se najboljim. Zanimljivo bi bilo utvrditi kakvo je iskustvo u praksi – da li ovakvo rješenje nepotrebno dovodi do odugovlačenja postupka zasnivanja usvojenja i da li zaista doprinosi donošenju kvalitetnijih odluka o usvojenju, odnosno potpunijoj zaštiti interesa djeteta. Nema mnogo razloga da se u to povjeruje, s obzirom na to da je Komisija sastavljena od stručnjaka istog profila kakvog su i oni koji rade u centru za socijalni rad. Jedina razlika može biti u njihovom iskustvu, s obzirom na to da je uslov za člana Komisije rad najmanje 15 godina u ovoj oblasti i da se istakao u radu.¹¹

U domaćem pravu, prihvaćeno je rješenje kakvo postoji u većini zemalja u okruženju: za donošenje odluke o zasnivanju usvojenja nadležan je upravni organ – organ starateljstva (PZ FBiH, čl. 105, st. 1; PZ RS, čl. 161, st. 2; PZ BD, čl. 88, st. 1). Interes djeteta se, uglavnom, dodatno osi-

¹⁰ Adoption and Children Act 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/section/47>, 20. juni 2012.

¹¹ Prema vijesti objavljenoj 7. 11. 2011. (Izvor: Večernje novosti), Komisija za usvajanje djece pri Ministarstvu za rad i socijalnu politiku je raspuštena zbog pokrenute istrage o prodaji djece radi usvojenja, http://www.bebac.com/index.php?show=news&part=display-&int_newsID=8715, 8. juni 2012.

gurava time što se ovaj organ obavezuje da po službenoj dužnosti pribavi mišljenje o postojanju uslova i podobnosti osobe koja želi usvojiti dijete od organa starateljstva prema prebivalištu te osobe i drugih odgovarajućih organizacija i stručnjaka (socijalni radnik, psiholog, ljekar, pedagog i drugi – PZ FBiH, čl. 106, st. 2; PZ RS, čl. 162, st. 2; PZ BD, čl. 89, st. 2).¹²

Rješenje prihvaćeno u našem pravu kojim je uređena nadležnost, drugačije nego u većem dijelu uporednog prava, u skladu je sa zahtjevom Konvencije. U našim zakonima, cjelokupan postupak zasnivanja usvojenja je u nadležnosti organa starateljstva, kao upravnog organa. Ovaj organ je nadležan i za sva ostala pitanja koja nastanu u vezi s usvojenjem, tako da sud nema nikakva ovlaštenja u ovoj oblasti. Ovakvo rješenje u našim uslovima je bolje i cjelishodnije, jer stručni tim organa starateljstva koji postoji i funkcioniše, odnosno treba da radi u ovom organu, garantuje svestrano i uspješno ispitivanje materijalnih i poštovanje formalnih uslova, a u okviru njih i kao poseban uslov, osiguranje najboljeg interesa djeteta. U postupku koji bi vodio sud ne bi bilo moguće ovo postići, pošto u našem pravosudnom sistemu ne postoje specijalizovani sudovi. Tek ukoliko bi se oni ustanovili moglo bi se razmišljati o prenošenju u njihovu nadležnost odlučivanja o zasnivanju usvojenja, pri čemu bi presudna bila njihova sposobnost uspješnog vođenja postupka i donošenja odluku koje će u najvećoj mjeri osigurati najbolji interes usvojenika.

4. MATERIJALNI USLOVI ZA USVOJENJE

Među uslovima za usvojenje, Konvencija kao i nacionalni zakonodavci normira uslove koji se odnose na potencijalne usvojioca, potencijalnog usvojenika i njegove roditelje. Pri poređenju rješenja sadržanih u Konvenciji, uporednom i domaćem pravu, posebno je zanimljivo, zbog postojanja međusobnih razlika, uređenje uslova na strani osoba koje žele usvojiti.

4.1. Uslovi na strani usvojioca

Što se tiče materijalnih uslova za usvojenje koji se tiču potencijalnog usvojioca, najvažniji među njima su lična svojstva usvojioca, jer od njih u najvećoj mjeri zavisi hoće li usvojlac uspješno ostvarivati roditeljsko staranje i osigurati najbolji interes usvojenika. S obzirom na to da je ovaj uslov u zakonodavstvu uređen na sličan način, nećemo ga ovdje razmatrati,

¹² Slična ovim su i rješenja prihvaćena u srpskom i crnogorskom pravu o uključenosti – ovlaštenju ili obavezi organa starateljstva da traži nalaze i mišljenje o podobnosti budućeg usvojioca i usvojenika od stručnjaka porodičnih savjetovališta ili drugih ustanova specijalizovanih za posredovanje u porodičnim odnosima, kao i od zdravstvenih ustanova (PZ RSr, čl. 314, st. 4; PZ CG, čl. 137, st. 2).

već će se pažnja usmjeriti na uslove u pogledu kojih postoje neujednačena rješenja. Oni se odnose na životnu dob usvojioca/laca, razliku u godinama koja treba da postoji između njih i usvojenika te na njihov bračni status.

4.1.1. Dob usvojioca i razlika u godinama između usvojioca i usvojenika

Konvencija je odredila minimalnu dob potencijalnog usvojioca, koje se države potpisnice moraju pridržavati u svojim zakonima. Ova dob je niža nego što je bila u ranijoj Konvenciji, sa 21 i 35, spuštena je na 18 i 30 godina.¹³ Naime, u Konvenciji se normira da minimalne godine usvojioca ne mogu biti niže od 18 niti više od 30 godina (čl. 9, st. 1). To znači, da nacionalni zakonodavci ne mogu minimalnu dob usvojioca odrediti ispod, već samo iznad 18 godina, ali ne iznad 30 godina. Svaka minimalna dob određena između 18 i 30 godina je u skladu sa zahtjevom Konvencije. Gornju granicu, odnosno maksimalne godine usvojioca Konvencija ne utvrđuje.

Pored minimalne dobi, Konvencija zahtijeva i postojanje odgovarajuće razlike u godinama između usvojioca i usvojenika, koja bi, imajući u vidu najbolji interes djeteta, trebalo da bude najmanje 16 godina. Od ovih zahtjeva dozvoljeno je odstupanje u najboljem interesu djeteta kada je usvojilac bračni ili registrovani partner djetetovog roditelja, ili zbog izuzetnih okolnosti (čl. 9, st. 1).

Što se tiče uporednog prava, većina evropskih pravnih sistema normira minimum godina usvojioca, fiksirajući ih između 18 i 30 godina. Tako je u francuskom pravu normirano da usvojioci moraju biti stariji od 28 godina, osim u slučaju usvojenja djeteta bračnog partnera (CC, čl. 343, 343-1 i 343-2). U pravu UK, ako par zajednički usvaja, obje osobe iz para moraju biti starije od 21 godine. Odstupanje od ovog uzrasta je predviđeno samo u slučaju kada je jedan od usvojilaca roditelj djeteta – on mora biti stariji od 18 godina, dok za drugog usvojioca važi pravilo o navršenoj 21 godini (Zakon o usvojenju i djeci, čl. 50, st. 1 i 2).

U italijanskom pravu, minimalna dob usvojioca je 18 godina (Zakon br. 184/83, čl. 6, st. 3), dok je u švajcarskom pravu određena na 35 godina (Građanski zakon, čl. 264b). Samo u manjem broju zemalja, poput Mađarske, Češke i Rumunije, ova dob nije određena.

Maksimalne godine usvojioca izričito predviđa mali broj zakonodavstava (na primjer, grčko, holandsko i portugalsko), određujući ih od 30 do 60 godina, uz mogućnost odstupanja u slučaju postojanja posebnih razlo-

¹³ Ovo smanjenje minimalne dobi je učinjeno, kako je navedeno i u pomenutom Izvještaju (para 50), zbog zauzimanja stava da je ona ranije bila previsoko određena, kao i zbog toga što je to u skladu s rješenjima većine nacionalnih prava.

ga. Najviša dob usvojioca nije normirana u pravu Belgije, Španije, Francuske, Rumunije, Irske, UK, Slovačke i Švedske, ali organi nadležni za usvojenje je uzimaju u obzir pri ispitivanju lične situacije usvojioca.¹⁴

U velikom broju pravnih sistema, normirana je minimalna razlika u godinama između usvojioca i usvojenika. Prema Francuskom građanskom zakoniku, usvojilac mora biti stariji od djeteta najmanje 15 godina, osim ako se usvaja dijete bračnog partnera, u kom slučaju razlika mora biti samo 10 godina. Međutim, zakonodavac je ostavio mogućnost zasnivanja usvojenja i u slučaju da je razlika manja od navedene, ukoliko postoje opravdani razlozi (čl. 344).

Belgijski Građanski zakon¹⁵ normira da usvojilac, odnosno usvojioci moraju imati 25 godina i da od usvojenika moraju biti stariji najmanje 15 godina (čl. 345). Od ovog pravila se odstupa kada se usvaja dijete ili usvojenik bračnog ili vanbračnog partnera, čak i umrlog, u kom slučaju je dob usvojioca određena na 18 godina, a razlika u godinama na 10 godina.

Minimalna razlika u godinama je normirana i u austrijskom, belgijskom, bugarskom, grčkom, holandskom, mađarskom, luksemburškom, malteškom, ruskom, španskom i turskom pravu, i to u rasponu od 14. do 21. godine.¹⁶ Tako, u holandskom pravu usvojilac, odnosno usvojioci moraju biti stariji od usvojenika najmanje 18 godina (CC, čl. 1:228). Samo manji broj zakona ne normira ovu razliku (na primjer, švajcarski).

U pravnim sistemima nekih zemalja ova razlika nije fiksirana, već se u zakonu normira da mora biti „odgovarajuća“, „ni previsoka ni premala“ ili „razumna“. Ovakvo rješenje je prihvaćeno u češkom, danskom, estonskom, finskom, irskom, njemačkom, portugalskom, rumunskom, slovačkom, švedskom, ukrajinskom i u pravu Ujedinjenog Kraljevstva.¹⁷

U jednom broju zakona normirana je maksimalna razlika u godinama. Tako je, naprimjer, u danskom, finskom i holandskom pravu ona određena na 40 godina, u italijanskom, mađarskom, malteškom i ukrajinskom na 45,

¹⁴ Podaci preuzeti iz Odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Švicgebel (*Schwizgebel*) p. Švajcarske, para. 28, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99288>, 1. juni 2012.

¹⁵ Građanski zakon Belgije, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10#LNK0002, 19. juni 2012.

¹⁶ Supra note 14, para 30.

¹⁷ *Ibid.*, para 31.

a u grčkom na 50 godina. Svi ovi zakoni dozvoljavaju odstupanje od normirane razlike.¹⁸

U zemljama u okruženju rješenja su različita. Tako je u crnogorskom pravu (PZ, čl. 126, st.1) određena donja i gornja životna dob – 30 i 50 godina, a u makedonskom (ZoP, čl. 118, st. 1) samo gornja, i to na 45 godina. Ukoliko je usvojlac stariji od 50, odnosno 45 godina, ovi zakoni normiraju da starosna razlika između usvojlaca i usvojenika ne smije biti veća od 50 (PZ, čl. 126, st. 3), odnosno 45 godina (ZoP, čl. 118, st. 3). Izvan ovih slučajeva ne zahtijeva se postojanje maksimalne razlike u godinama.

U srpskom pravu nije izričito normirana ni donja ni gornja dob, ali je gornja posredno određena. Ona proizlazi iz odredbe o maksimalnoj razlici u godinama koja mora postojati između usvojioca i usvojenika. Kako ova ne može biti veća od 45 godina (PZ, čl. 99, st. 1), to znači da usvojlac može imati najviše 63 godine (u situaciji kada usvojenik uskoro treba da navršiti 18 godina). Najmanja razlika je određena na 18 godina.¹⁹

Hrvatski zakonodavac normira samo donju životnu dob za usvojioca – on može biti osoba u dobi od najmanje 21 godine (OZ, čl. 126). Najmanju razliku u godinama odredio je na 18 godina.

Slovenački zakon ne određuje životnu dob usvojioca, već samo razliku u godinama: usvojlac mora biti stariji 18 godina od usvojenika (ZBPO, čl. 137, st. 1).

Međutim, u svim ovim zakonima od pravila o životnoj dobi usvojioca i razlici u godinama uglavnom je dozvoljeno odstupanje ako je to u najboljem interesu djeteta, ili ako postoje naročito opravdani razlozi, ili ako je usvojlac bračni partner djetetovog roditelja, ili ako usvajaju bračni partneri, ili se usvajaju brat ili sestra ranije usvojenog djeteta.

O maksimalnim godinama potencijalnog usvojioca, kao okolnosti koja se uvažava pri odlučivanju o zasnivanju usvojenja, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) zauzeo je stav u predmetu Švizgebel (*Schwizgebel*) p. Švajcarske.²⁰ Aplikantica je tvrdila da je povrijeđeno njeno pra-

¹⁸ *Ibid.*, para 32. U italijanskom pravu, dispencijacija ovog ograničenja je moguća ukoliko bi odbijanje usvojenja bilo štetno za dijete. Od ovog pravila su predviđena i tri izuzetka, tako da je usvojenje moguće ako je jedan bračni partner stariji od 45 godina od usvojenika, ali ne više od 10 godina (znači, razlika ne može biti veća od 55 godina), ili ako usvojioci već imaju biološku ili usvojenu djecu od kojih je bar jedno još maloljetno, ili su već usvojili biološkog brata ili sestru maloljetnika kojeg žele usvojiti (Zakon br. 184, čl. 6, st. 5–7).

¹⁹ Na to da se ovom odredbom hoće normirati godine usvojioca upućuje i njen naslov: „Starost usvojitelja“.

²⁰ Aplikacija br. 25762/07, Odluka od 10. juna 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99288>, 1. juni 2012.

vo na poštovanje privatnog i porodičnog života i da je diskriminisana odlukom švajcarskih organa koji su joj odbili pristup usvojenju zbog toga što ima 49 godina i što je od usvojenika starija 45 godina, što je ocijenjeno kao velika razlika u godinama. Sud je konstatovao da između rješenja zakona zemalja Vijeća Evrope postoji velika razlika u pogledu ovog uslova za usvojenje. Iako neke zemlje normiraju 60 godina kao maksimalne godine, stav Suda je da se iz tih izolovanih slučajeva ne može izvesti obaveza za Švajcarsku da dozvoli usvojenje u ovom slučaju. Pored toga, i nepredviđanje u Konvenciji maksimalnih godina za usvojioca naveo je kao argument u prilog tome da države imaju veliki stepen slobode procjene, uz obavezu zaštite najboljeg interesa djeteta i poštovanja principa proporcionalnosti. Prihvatajući razloge iznesene od švajcarske vlade kao objektivne i razumne, nije utvrdio povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava (u daljem tekstu: EKLJP).

Između domaćih zakona postoje razlike vezane za ovaj uslov, kao i razlike u odnosu na Konvenciju. Dok PZ RS ne normira životnu dob usvojioca kao uslov, PZ FBiH (čl. 96, st. 1) i PZ BD (čl. 81, st. 1) određuju ne samo donju, već i gornju granicu koju potencijalni usvojilac ne smije preći. Prema ovim zakonima, usvojiti može osoba koja je u životnoj dobi od 25 do 45 godina. Minimalne godine su znatno više od donjeg minimuma određenog Konvencijom, ali su ipak u propisanim okvirima. Što se tiče gornje dobi usvojioca, ova dva zakonodavca su je postavila rukovodeći se najboljim interesom djeteta: da bude usvojeno od osobe koja je u životnoj dobi u kojoj prirodnim putem može dobiti dijete i najuspješnije ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno osigurati najbolji interes djeteta. Od nje je predviđena mogućnost odstupanja u posebno normiranim slučajevima.²¹ Ovako određena gornja dob je preniska i sužava krug potencijalnih usvojilaca, čime se smanjuje broj usvojenja, odnosno broj djece kojoj se zaštita pruža na ovaj način. Pored ovoga, rješenju se može prigovoriti i zato što dob iznad normirane ne mora značiti da interes djeteta neće biti osiguran i da takvo usvojenje neće biti u najboljem interesu djeteta. Zbog toga, imajući u vidu potrebu zaštite djeteta i promovisanja njegovog interesa, ovaj uslov bi trebalo da se izostavi.

Ako se domaći zakonodavci opredijele za zadržavanje gornje životne dobi kao uslova za usvojioca, onda bi trebalo da izvrše izmjenu u smislu pomijeranja ove granice naviše i ostavljanja mogućnosti da roditeljima

²¹ Radi se o slijedećim slučajevima i odstupanjima: 1. kada usvajaju bračni ili vanbračni partneri, dovoljno je da jedan od njih ispunjava uslov koji se tiče životne dobi i razlike u godinama u odnosu na dijete (PZ FBiH, čl. 96, st. 2; PZ BD, čl. 81 st. 2); 2. usvojilac može biti stariji od 45 godina ako postoje naročito opravdani razlozi, ali dobna razlika između usvojioca i usvojenika ne smije biti veća od 45 godina (PZ FBiH, čl. 96, st. 3; PZ BD, čl. 81 st. 3).

postanu, zasnivanjem usvojenja, i starije osobe. Ipak, mislimo da bi najbolje bilo da se ova granica izostavi pri izmjenama zakona. Time bi se naše pravo uskladilo s Konvencijom i nacionalnim evropskim pravima, u kojim uglavnom gornja životna dob usvojioca nije određena. Eventualnu stariju životnu dob usvojioca dužan je, u svakom konkretnom slučaju, cijeniti i uvažiti nadležni organ pri ocjeni interesa usvojenika.

Što se tiče razlike u godinama između usvojioca i usvojenika, u našem pravu ona je određena na 18 godina. Ne postoji potreba za njenom izmjenom, imajući u vidu odstupanja koja zakoni normiraju, a rukovodeći se najboljim interesom djeteta.

4.1.2. Bračni status usvojioca

Drugi uslov na strani usvojioca odnosi se na njegov bračni status. U vezi sa ovom pretpostavkom, Konvencija je, u odnosu na raniju Konvenciju o usvojenju, znatno proširila krug osoba koje mogu usvojiti. U čl. 6, st. 1 normira se da dijete mogu usvojiti dvije osobe različitog spola i jedna osoba. Što se tiče prve mogućnosti, ona je predviđena za osobe različitog spola koje su u braku jedna s drugom ili su zajedno u registrovanoj partnerskoj zajednici, ukoliko je takva zajednica priznata, odnosno ako postoji kao institucija. U st. 2. ovog člana, ostavlja se sloboda državama da prošire djelokrug Konvencije na istospolne partnere koji su ili u braku jedan s drugim, ili su zajedno u registrovanoj istospolnoj zajednici. U istoj odredbi, data je mogućnost državama da prošire krug potencijalnih usvojlaca i na heteroseksualne i homoseksualne partnere koji žive zajedno u stabilnoj zajednici.

Između osoba koje mogu usvojiti, napravljena je, ipak, određena razlika. Za osobe različitog spola koje žive u braku ili u registrovanoj vanbračnoj zajednici, u Konvenciji se kaže da „će zakon dozvoliti da usvoje dijete“. Međutim, ako ove osobe žive u stabilnoj, znači neregistrovanoj zajednici, državama je ostavljena sloboda da prošire djelokrug Konvencije i na njih. Ista mogućnost data je državama i u slučaju da se radi o istospolnim partnerima, bilo da žive u braku, bilo u registrovanom partnerstvu (*registered partnership*), bilo u stabilnoj vezi, odnosno zajednici. Dakle, normiranje mogućnosti usvojenja za partnere istog spola, bez obzira na oblik zajednice u kojoj žive, i partnere različitog spola iz neregistrovane zajednice nije nametnuto kao obaveza država stranaka, već im je samo ostavljeno da odluče da li će u svojim zakonima predvidjeti ovu mogućnost. Na ovaj način, htjelo se pomiriti različite stavove prema ovom pitanju koji se zauzimaju u pojedinim državama članicama Vijeća Evrope te doprinijeti prihvatanju Konvencije od što većeg broja država.

Pri primjeni rješenja koja prihvate nacionalni zakoni, opredjeljujući se između mogućnosti ostavljenih u Konvenciji, nadležni organi će se rukovoditi interesom djeteta, pa će donijeti odluku o zasnivanju usvojenja ako će ono u konkretnom slučaju odgovarati najboljem interesu djeteta. Inače, o tome da li je u interesu djeteta da bude usvojeno od vanbračnih partnera različitog spola i od istospolnih partnera (bilo bračnih ili vanbračnih), kao što je već ranije pomenuto, postoje različiti stavovi i mišljenja.²²

Što se tiče stavova nacionalnih zakonodavaca u ovoj oblasti, status bračnog partnera je uglavnom dovoljan za zasnivanje usvojenja,²³ stalno se povećava broj onih koji priznaju mogućnost usvojenja istospolnim bračnim ili vanbračnim partnerima. Zakoni koji su ranije doneseni dozvoljavali su mogućnost samo jednom istospolnom partneru da usvoji dijete drugog partnera, a ne i mogućnost da oba istospolna partnera zajedno usvoje. Za ovu drugu mogućnost, zakonodavci se uglavnom opredjeljuju u novije vrijeme. Dansko zakonodavstvo se može navesti kao primjer za ovu evoluciju stavova zakonodavaca: 1999. godine ozakonjena je mogućnost pojedinačnog usvojenja i usvojenja partnerovog djeteta, 2010. godine istospolnim partnerima iz registrovane zajednice priznata je mogućnost zajedničkog usvojenja, a od juna 2012. ovu mogućnost imaju i istospolni bračni partneri.²⁴

Uz mogućnost usvojenja partnerovog djeteta, mogućnost zajedničkog usvojenja istospolnim partnerima priznata je u pravu Ujedinjenog Kraljevstva,²⁵ dok su holandski, belgijski, norveški, švedski, španski, islandski i danski zakonodavac priznali ovu drugu mogućnost i istospolnim bračnim partnerima, uglavnom uporedo s legalizacijom istospolnog braka. Od zakona koji su legalizovali istospolni brak, jedino portugalski ne dozvoljava mogućnost zajedničkog usvojenja istospolnim partnerima. Tako, belgijski

²² Različiti stavovi o ovom pitanju zauzimaju se i postoje i nakon uređenja ovog pitanja u Konvenciji. O njemu je raspravljano, između ostalog, i na Zajedničkoj konferenciji Vijeća Evrope i Evropske komisije, održanoj 30.11–1.12.2009. godine: „Izazovi postupcima usvojenja u Evropi: Osiguranje najboljeg interesa djeteta (Joint Council of Europe and European Commission Conference Challenges in adoption procedures in Europe: Ensuring the best interests of the child, 30 November – 1 December 2009 – Strasbourg, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brochure_conference_adoption_en.pdf, 22. juni 2012).

²³ U nekim pravnim sistemima se, međutim, zahtijeva određeno trajanje braka, odnosno vanbračne zajednice usvojlaca. U francuskom pravu, oni treba da su u braku duže od dvije godine (CC, čl. 343), a u belgijskom pravu usvojiti mogu bračni i vanbračni partneri koji žive zajedno najmanje 3 godine (CC, čl. 343, §1).

²⁴ Zakon broj 532, kojim je izmijenjen i dopunjen Zakon o zasnivanju i prestanku braka, legalizovao je istospolni brak. <https://www.retsinformation.dk/Forms/R071w.aspx?id=142-282&exp=1>, 20. juni 2012.

²⁵ Zakon o građanskom partnerstvu iz 2004. (Civil Partnership Act 2004), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/79>, 20. juni 2012.

Građanski zakon, nakon izmjena od 2006. godine, priznaje mogućnost usvojenja bračnim i vanbračnim partnerima, ne navodeći posebno heteroseksualne i homoseksualne partnere (čl. 343, §1). Homoseksualni partneri su obuhvaćeni pojmom „bračni partneri“, pošto ovaj zakon normira da brak mogu sklopiti dvije osobe različitog ili istog spola (čl. 143).²⁶

U pravu UK, nije posebno normirana mogućnost usvojenja za bračne, vanbračne ili istospolne partnere, već se predviđa da usvojiti može par. Pojam „par“ je široko određen. Prema Zakonu o usvojenju i djeci, pod njim se podrazumijeva bračni par ili dvije osobe, različitog ili istog spola, koje žive kao partneri u podnošljivom porodičnom odnosu (sect 144 (4)). Zakon o građanskom partnerstvu je proširio ovaj pojam na „dvije osobe koje su građanski partneri jedan drugom“ (sect. 79 (12)).

Mogućnost usvojenja partnerovog djeteta normirana je u njemačkom pravu *Novelama Zakona o registrovanom partnerstvu* iz 2005. godine.²⁷

U francuskom pravu, istospolnim partnerima koji žive u registrovanoj zajednici života (*PACS*) nije data mogućnost da usvoje ni zajednički, ni pojedinačno, niti jedan od njih može usvojiti dijete drugog partnera.

Švajcarski Zakon o registraciji partnerstva između osoba istog spola (*Zakon o partnerstvu*) zabranjuje usvojenje partnerovog djeteta.²⁸

Kao što je već navedeno, Konvencija je normirala i mogućnost da jedna osoba usvoji dijete (čl. 6, st. 1). Ovo rješenje je opšteprihvaćeno i u uporednom pravu, mada je uređeno na različit način. U većini zakonodavstava, dozvoljava se usvojenje osobi koja živi sama bez postavljanja dodatnih uslova. Svaka osoba, bez obzira na bračni status, može podnijeti

²⁶ Belgijski Ustavni sud je u julu 2012. godine odlučivao u predmetu u kojem je majka odbila dati suglasnost svojoj bivšoj bračnoj partnerici da usvoji njenu kćerku. U vrijeme rođenja djeteta, začetog medicinski pomognutom oplodnjom, kao i postavljanja zahtjeva za usvojenje, bile su u braku i postojala je efikasna porodična veza između njene partnerice i djeteta, a ona se zadržala i nakon njihovog razdvajanja. Sud je zauzeo stav da potencijalni interes djeteta za koristima iz duple veze pravnog srodstva ima, u principu, prednost pred pravom majke da odbije saglasnost za usvojenje ženi s kojom je bila u braku, a koja je s njom bila angažovana na projektu koroditeljstva prije i poslije rođenja djeteta, u okviru postupka usvojenja (para B14). U skladu s tim, Sud je odlučio da su zakonske odredbe koje normiraju saglasnost za usvojenje suprotne Ustavu, a vezano za čl. 8 i 14 EKLJP (Arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-093f.pdf>, 27. avgust 2012.

²⁷ Povodom zahtjeva za ispitivanje ustavnosti ovog rješenja izjasnio se Savezni ustavni sud. Podržao ga je ističući da biološko roditeljstvo nije ustavno jače od pravnog i socijalnog roditeljstva. (BVerfG, 1 BvL 15/09 vom 10.8.2009, Absatz-Nr. (1-16), para 14, http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk20090810_1bvl001509.html.

²⁸ Act on registered partnerships between persons of the same sex (Partnership Act), http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/eingetragene_partnerschaft/infoblatt-e.pdf (Zakon je stupio na snagu 1. 1. 2007), 24. juni 2012.

zahtjev za usvojenje u Belgiji, Češkoj, Estoniji, Finskoj Francuskoj, Holandiji, Irskoj, Mađarskoj, Malti, Portugalu, Rusiji, Španiji, Švedskoj, Turskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu.

U pravu UK, jedna osoba može usvojiti ako je navršila 21 godinu ukoliko nije u braku ili u građanskom partnerstvu, ili ako je partner roditelja djeteta, ili je u braku ili u građanskom partnerstvu, a sud utvrdi postojanje zakonom predviđenih okolnosti. Roditelj djeteta ne može usvojiti pojedinačno, osim ako sud utvrdi da se radi o zakonom normiranim slučajevima (Zakon o usvojenju i djeci, sect. 51, izmijenjen Zakonom o građanskom partnerstvu 2004, sect. 79).

U italijanskom pravu (Zakon br. 184), jedna osoba ne može usvojiti maloljetnika (zabrana se ne odnosi na punoljetnog usvojenika). Izuzetak je dozvoljen samo u posebnim slučajevima.²⁹

U belgijskom pravu, usvojiti može, pored bračnih i vanbračnih partnera (koji žive zajedno najmanje 3 godine), i jedna osoba (CC, čl. 343). Ova mogućnost je priznata i u francuskom pravu (CC, čl. 343, § 1a).

U dijelu uporednog prava propisuju se posebni uslovi koji se tiču osobe koja usvaja. Tako se, na primjer, u njemačkom pravu zahtijeva da usvojenje doprinese djetetovoj moralnoj i fizičkoj dobrobiti i da se može očekivati ustanovljenje efikasnog odnosa roditelj–dijete, dok se u slovačkom pravu ovakvo usvojenje dozvoljava samo ako se može dokazati da je ono u interesu djeteta.³⁰

Prema rješenju ovog pitanja – određivanju užeg ili šireg kruga osoba koje mogu usvojiti, zakoni zemalja u okruženju mogu se podijeliti u dvije grupe. Razlika se tiče (ne)predviđanja mogućnosti usvojenja za vanbračne partnere.

Zajedničko svim ovim zakonima jeste normiranje mogućnosti za bračne partnere da zajedno usvoje dijete. Uz to, svi oni mogućnost usvojenja predviđaju i za jednu osobu, bilo za bračnog partnera koji sam usvaja uz pristanak svog bračnog partnera (OZ H, čl. 133; PZ CG, čl. 132 – u slučaju nepotpunog usvojenja), bilo za bračnog partnera koji usvaja dijete svog bračnog partnera (ZBPO SI, čl. 138;³¹ PZ CG, čl. 132; ZoP M, čl. 119),

²⁹ Ako se utvrdi da je u interesu djeteta, dozvolit će se usvojenje jednom bračnom partneru u slučaju da u toku probnog perioda drugi bračni partner umre ili se rastave (čl. 25, st. 4 i 5); osoba može usvojiti dijete svog bračnog partnera (čl. 44, st. 1).

³⁰ Supra note 14, para 23 i 24.

³¹ Prema Porodičnom zakonu iz 2011. godine, samo zajedno mogu usvojiti bračni i vanbračni partneri, a jedan od njih može usvojiti dijete svog bračnog ili vanbračnog partnera. Partneri iz partnerske ili vanpartnerske zajednice (u kojoj žive dvije žene ili dva muškarca) ne mogu zajedno usvojiti dijete, već jedan od njih može usvojiti dijete drugoga, rođeno u njegovom prethodnom braku. Osoba koja ne živi ni u jednom od navedenih oblika

dijete bračnog ili vanbračnog partnera (PZ Sr, čl. 101), odnosno čiji je bračni partner roditelj ili usvojlac djeteta (OZ H, čl. 133). Svi ovi zakoni daju mogućnost usvojenja i osobi koja živi sama, pod uslovom da je to od posebne koristi za dijete (OZ H, čl. 133), odnosno uz dozvolu ministra nadležnog za porodičnu zaštitu, ako za to postoje naročito opravdani razlozi (PZ Sr, čl. 101), odnosno ako postoje naročito opravdani razlozi (PZ CG, čl. 134 – u slučaju nepotpunog usvojenja), ili bez postavljanja bilo kakvog ograničenja (ZoP M, čl. 120).

Krug usvojlaca je širi u crnogorskom i srpskom pravu, koji su mogućnost zajedničkog usvojenja predvidjeli i za vanbračne partnere. U crnogorskom pravu, ova mogućnost postoji pod uslovom da oni u vanbračnoj zajednici žive duže vrijeme (PZ CG, čl. 132 – potpuno usvojenje), odnosno da, ako u njoj žive kraće vrijeme, za usvojenje postoje naročito opravdani razlozi (PZ CG, čl. 134 – nepotpuno usvojenje). Srpski zakon ne postavlja nikakva posebna ograničenja za ovo usvojenje, ali, kako je vanbračna zajednica u smislu zakona trajnija zajednica života žene i muškarca (između kojih ne postoje bračne smetnje – PZ, čl. 4), to je ono moguće samo ako vanbračni partneri u zajednici žive duže vrijeme.

Evropski sud za ljudska prava je u nekoliko predmeta odlučivao po aplikacijama homoseksualno orijentisanih osoba, a u vezi sa usvojenjem. U dosadašnjoj praksi ovog Suda, kao i u uporednom pravu, izdiferencirale su se tri situacije u kojim ove osobe, odnosno samo jedna – lezbijka ili gej (*gay*) mogu zahtijevati usvojenje: 1. lezbijka ili gej traži usvojenje kao pojedinac, u državama čije pravo dozvoljava usvojenje osobi koja nije u braku; samo ta osoba stiče roditeljska prava (pojedinačno usvojenje); 2. jedan partner iz homoseksualnog para zahtijeva usvojenje djeteta svog partnera, tako da oba partnera imaju roditeljska prava prema djetetu; 3. oba partnera iz homoseksualnog para zahtijevaju zajedničko usvojenje i istovremeno dobijaju roditeljska prava prema djetetu (zajedničko usvojenje). U odlukama u predmetima koji se tiču prve dvije situacije, stav Suda je drugačiji od onog kojeg zauzima u predmetima proisteklim iz treće situacije.

Dok je u predmetima iz prve dvije situacije utvrđivao povredu čl. 8 i 12 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava (u daljem tekstu: EKLJP), do marta 2012. godine još nije donio odluku kojom bi utvrdio ovu povredu

zajednice, može usvojiti samo ako je to u interesu djeteta (čl. 217). Međutim, na referendumu održanom u martu 2012. godine građani Slovenije su odbili ovaj zakon. Glavni razlog organizovanja referenduma i nedavanja podrške ovom Zakonu bio je upravo dozvoljavanje istospolnom partneru da usvoji dijete svog partnera.

u predmetima vezanim za treću situaciju. Povreda je utvrđena samo u slučaju nedozvoljavanja pojedinačnog usvojenja – partnerici koja živi u istospolnoj zajednici, a samo ona usvaja. Najvažniji kriterij kojim se rukovodi u ovim predmetima jeste najbolji interes djeteta. Odlučivao je i po aplikaciji osobe homoseksualne orijentacije koja živi sama i želi usvojiti dijete, kao i homoseksualne osobe koja želi usvojiti dijete svog partnera, odnosno partnerice.

Po aplikaciji homoseksualca, Sud je odlučivao u predmetu *Frete* p. Francuske. Homoseksualni muškarac je tvrdio da su francuski nadležni organi odbili zahtjev za (pojedinačno) usvojenje zbog njegove seksualne orijentacije. Sud je zauzeo stav da ovdje nije učinjena povreda čl. 8 i 14 EKLJP, ocijenivši da su nadležni organi postupali u najboljem interesu djeteta i da su odbili dozvoliti usvojenje zbog utvrđenja da ono nije u najboljem interesu djeteta.³²

U predmetu *E. B.* p. Francuske (Odluka iz 2008.)³³ Sud je odlučivao po aplikaciji lezbijke koja je živjela u stabilnom homoseksualnom odnosu i zahtijevala pojedinačno usvojenje. Za razliku od prethodno navedenog, u ovom predmetu je zauzet stav da je odbijanjem dozvole za usvojenje, učinjeno zbog aplikantičine homoseksualne orijentacije, povrijeđen član 14 u vezi s članom 8 EKLJP. Sud je utvrdio da je francuski zakon dopustio samcu da usvoji dijete, pa je iz toga izveo zaključak da se mogućnost usvojenja otvara i homoseksualnom samcu.

Postupak u predmetu *Ga i Dibua (Gas & Dubois)* p. Francuske³⁴ (Odluka iz marta 2012.) pokrenule su aplikantice koje kao partnerice žive zajedno 18 godina, tvrdeći da su diskriminirane po osnovu seksualne orijentacije zato što u francuskom pravu ne postoji pravna mogućnost da jedan homoseksualni partner usvoji dijete drugog partnera (para 3). Po njima, francuski prvostepeni i drugostepeni sud su povrijedili čl. 8 i 14 EKLJP odbijanjem zahtjeva jedne partnerice za obično (nepotpuno) usvojenje jedanaestogodišnje kćerke druge partnerice, koju je ova začela vještačkom oplodnjom, a o kojoj su se one zajednički starale od njenog rođenja. Sud je najprije ocijenio da se čl. 365 CC, koji normira podjelu roditeljske vlasti u slučaju da je usvojilac bračni partner roditelja djeteta, ne može primijeniti na aplikantice, s obzirom na to da im je u francuskom pravu zabranjeno sklapanje braka (para 65). Nakon toga je zauzeo stav da se ne

³² Supra note 1.

³³ *E. B. v. France*, Application no. 43546/02, *Judgment 22. januar 2008*, http://www.asil.-org/pdfs/ilib080125_1.pdf, 13. april 2011.

³⁴ *Affaire Gas et Dubois c. France*, Requête no 25951/07, Arrêt 15 mars 2012, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571#{\"itemid\":\[\"001-109-571\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571#{\), 25. juni 2012.

može smatrati da se aplikantice nalaze u situaciji pravno uporedivoj s onom u kojoj su bračni parovi (para 68), već da je njihova situacija uporediva s onom u kojoj su vanbračni heteroseksualni partneri, kojim se, po zakonu, može odbiti zahtjev za obično usvojenje. Polazeći od ovoga, Sud nije utvrdio da su aplikantice zbog spolne orijentacije tretirane drugačije nego heteroseksualne osobe u *PACS-u /pacte civil de solidarité/* (para 69). Odlučio je da nije učinjena povreda čl. 14 i 8 EKLJP.

Po identičnom zahtjevu, pred Sudom je u toku postupak protiv Austrije.³⁵ Prva i treća aplikantica su žene koje žive u stabilnom odnosu, u zajedničkom domaćinstvu, zajedno se staraju o sinu (drugom aplikantu) treće aplikantice, kojeg je ona rodila van braka i kao majka ima pojedinačno staranje o njemu. Godine 2005, zaključile su ugovor o usvojenju, kojim je prva aplikantica usvojila sina partnerice, s namjerom da s njim zasnije pravni odnos, a bez istovremenog prekidanja odnosa između djeteta i treće aplikantice – njegove majke. Aplikanti, svjesni toga da bi se čl. 182, st. 2 AGZ mogao protumačiti tako da isključuje ovu mogućnost, obratili su se Ustavnom sudu tražeći da utvrdi da je ova odredba neustavna i diskriminirajuća (po osnovu seksualne orijentacije). Ovaj sud je odbio zahtjev kao nedopustiv i uputio ih na Okružni sud, koji je odbio odobriti ugovor o usvojenju s posljedicama kakve su zahtijevali aplikanti. Njegov stav je da, ako dijete bude usvojeno od osobe istog spola kojeg je i roditelj koji se stara o djetetu, roditeljsko staranje tog roditelja prestaje. To bi značilo da se majka djeteta, nakon odobrenja usvojenja, prestaje starati o djetetu i da staranje preuzima sama usvojiteljica, njena partnerica. Aplikanti su se žalili. Regionalni sud je u odluci naglasio da austrijski zakon roditeljima smatra dvije osobe različitog spola. U toku postupka je utvrdio da dijete održava kontakte s biološkim ocem i naglasio da u interesu djeteta oni ne treba da se prekinu, do čega bi došlo zasnivanjem usvojenja. Odbacio je žalbu, ističući da je primarni cilj odredaba o usvojenju osiguranje dobrobiti djeteta i da usvojenje u prvom redu treba da osigura zaštitu djeteta bez roditelja ili djeteta čiji roditelji nisu u stanju starati se o njemu, stavljajući ga u situaciju što je moguće sličniju prirodnoj porodici (o čemu se ovdje ne radi). Aplikanti su pokrenuli postupak pred Sudom, tvrdeći da je povrijeđen čl. 12 u vezi s čl. 8 EKLJP, da su diskriminirani po osnovu seksualne orijentacije. Istakli su da ne postoji razumno i objektivno opravdanje za omogućavanje da jedan partner usvoji dijete drugog partnera kada su u pitanju heteroseksualni partneri, dok se zabranjuje ovakvo usvojenje djeteta u slučaju

³⁵ *X and Others v. Austria*, Application no. 19010/07, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112158#{"itemid":\["001-112158"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112158#{), 4. februar 2012.

homoseksualnih parova. Sud će morati odgovoriti na pitanje da li su aplikantice diskriminirane po osnovu seksualne orijentacije, suprotno čl. 14 u vezi s čl. 8 EKLJP, zbog tumačenja relevantne odredbe koje su dali nadležni nacionalni sudovi.

U domaćim zakonima, pitanje bračnog statusa usvojioca je različito uređeno, s tim što je u svakom od njih ovaj posebni uslov drugačije normiran za slučaj zasnivanja potpunog i nepotpunog usvojenja. U federalnom i zakonu Brčko Distrikta, potpuno usvojiti mogu zajednički bračni partneri te vanbračni partneri koji žive u vanbračnoj zajednici najmanje pet godina, dok jedna osoba može usvojiti samo ako usvaja dijete svog bračnog partnera (PZ FBiH, čl. 102; PZ BD, čl. 86). U slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja, krug potencijalnih usvojlaca je širi: pored onih koji mogu potpuno usvojiti, nepotpuno može usvojiti i osoba koja nije u braku te jedan bračni partner uz pristanak drugog (PZ FBiH, čl. 104; PZ BD, čl. 87). Ako je usvojlac osoba koja živi sama ili su to vanbračni partneri, dodatni uslov za takvo usvojenje jeste postojanje naročito opravdanih razloga (PZ BD). U federalnom zakonu, napravljena je redakcijska greška koja se mora ispraviti: umjesto da se postojanje naročito opravdanih razloga zahtijeva u slučaju zasnivanja potpunog, to je učinjeno pri normiranju nepotpunog usvojenja (gore navedene odredbe). Porodični zakon RS dozvoljava usvojenje užem krugu osoba. Pored bračnih supružnika, koji mogu zajednički usvojiti i potpuno i nepotpuno, usvojiti može i samo jedna osoba: u slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja jedan od supružnika uz pristanak drugog, a kod potpunog usvojenja maćeha, odnosno očuh djeteta (čl. 153 i 154). Znači, ovaj zakon ne priznaje mogućnost usvojenja vanbračnim partnerima niti osobi koja živi sama, što je značajna razlika u odnosu na ostala dva zakona. Mislimo, da bi se ova razlika morala ukloniti, odnosno da bi se uređenje ovog uslova moralo ujednačiti. Imajući u vidu savremene trendove, izražene u Konvenciji i uporednom pravu, mislimo da bi to trebalo da se uradi proširenjem kruga usvojlaca u pravu Republike Srpske. Ovakvim usvojenjem se ne ugrožava interes usvojenika. Naprotiv, partneri iz stabilne vanbračne zajednice djetetu mogu osigurati uslove za pravilan razvoj i odrastanje identične onim koje stvaraju bračni partneri kao usvojioci. Tek sklopljeni brak između potencijalnih usvojlaca ne mora biti i nije veća garancija za zaštitu najboljeg interesa usvojenika u odnosu na vanbračnu zajednicu koja traje duže od pet godina. Istina, Konvencija ne obavezuje zakonodavca Republike Srpske na izmjenu postojećeg rješenja, pošto on nije normirao registrovanu vanbračnu zajednicu, kao ni ostala dva domaća zakonodavca.³⁶

³⁶ Na ovom mjestu, ne može se propustiti naglasiti potreba izmjene domaćih zakonskih rješenja u smislu legalizacije registrovane vanbračne zajednice, čime bi se otklonili

Za razliku od ovog uslova, čije uređenje se ne mora mijenjati, nakon ratifikacije Konvencije, Porodični zakon RS morat će drugačije urediti mogućnost usvojenja od samo jedne osobe. Naime, Konvencija je normirala da „će zakon dozvoliti da dijete bude usvojeno od jedne osobe“. Osoba koja živi sama može uspješno ostvarivati roditeljsko staranje, može s djetetom zasnovati sretnu, zdravu i uspješnu porodicu, pa ne treba da se isključi iz kruga usvojlaca. Istina, ako zahtjev za usvojenje jednog djeteta podnesu bračni ili vanbračni par i osoba koja živi sama, uz istovremeno postojanje svih uslova za zasnivanje usvojenja i na strani para i ove osobe, prednost bi trebalo da se da bračnim, odnosno vanbračnim partnerima, jer je u interesu djeteta da ima oba roditelja sposobna uspješno ostvarivati roditeljsko staranje. U prilog tome ide i postojanje ove mogućnosti u velikom broju nacionalnih prava. Svim ovim argumentima može se opravdati i dokazati potreba izmjena i porodičnog zakonodavstva Federacije BiH i Brčko Distrikta, u smislu normiranja ove mogućnosti i kod zasnivanja potpunog usvojenja. Bez obzira na to da li se radi o potpunom ili nepotpunom usvojenju, osobi koja živi sama mogućnost zasnivanja usvojenja trebalo bi da se ograniči postojanjem naročito opravdanih razloga, ili, kao što je to urađeno u njemačkom pravu, zahtijevanjem da ovakvo usvojenje doprinese djetetovoj moralnoj i fizičkoj dobrobiti i da se može očekivati ustanovljenje efikasnog odnosa roditelj–dijete.

Analiza bračnog statusa kao uslova za zasnivanje usvojenja, ukazala je na značajnu razliku između domaćeg i dijela uporednog prava, a u vezi sa (ne)normiranjem mogućnosti usvojenja za osobe istospolne orijentacije. O legalizaciji ove mogućnosti u našem pravu, mislimo da je još uvijek rano govoriti. Naime, u domaćem pravu nije legalizovan nijedan od oblika zajednice ovih osoba, uređenih u uporednom pravu, niti ima ikakvih naznaka da zakonodavac to planira uraditi. I pored toga što je ona sve prisutnija i prihvaćenija u uporednom pravu i što se stav organa Evropske unije i Vijeća Evrope prema njoj mijenja,³⁷ usvajanje zakona o istospolnoj zajednici u našoj zemlji se ne može očekivati u skorije vrijeme. Međutim, i onda kada ona bude legalizovana, sigurno se neće odmah dati mogućnost usvojenja partnerima iz te zajednice. I naše zakonodavstvo će, ako krene putem kojim idu ili koji su već prošla zakonodavstva jednog broja država članica Vijeća Evrope, prvo legalizovati istospolnu zajednicu, priznajući

problemi s kojim se susreću vanbračni partneri u praksi. U isto vrijeme, time bi se osigurao u većoj mjeri i najbolji interes njihove biološke i usvojene djece.

³⁷ Evropski sud za ljudska prava je u predmetu Šalk i Kof p. Austrije (*Schalk & Kopf v. Austria*) (Application no. 30141/04, Judgment 24 June 2010, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"dmdocnumber":\["870457"\],"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)), 5. mart 2012) zauzeo stav da odnos homoseksualnog para konstituše „porodični život“, isto kao i odnos heteroseksualnog para.

istospolnim partnerima neka prava koja imaju heteroseksualni partneri. Tek kasnije će je početi približavati, po ostalim pravnim dejstvima, heteroseksualnom braku, između ostalog i priznajući mogućnost usvojenja partnerima iz ove zajednice. Međutim, uskraćivanje podrške slovenačkom Porodičnom zakonu zbog toga što je u njemu priznata mogućnost istospolnom partneru da usvoji dijete svog partnera, najbolji je pokazatelj stanja svijesti, raspoloženja javnosti prema ovoj mogućnosti i spremnosti da se ona prihvati na ovim prostorima. Razlozi koji su u Sloveniji doveli do ovoga – između ostalog uticaj tradicije i religije, kod nas će biti još izraženiji. Teško je povjerovati da će na drugačiji stav zakonodavca u bližoj budućnosti uticati stavovi koji se u nauci, uporednom pravu i sudskoj praksi zauzimaju i iznose u prilog ovoj mogućnosti. S druge strane, u literaturi se navode i kontraargumenti, koji se podržavaju u dijelu nauke i prihvataju od jednog broja zakonodavaca i u sudskoj praksi većine država. Kao glavni argument protiv usvojenja od osoba istospolne orijentacije navodi se to da se legalizacijom ovakvog usvojenja daje prednost interesu ovih osoba u odnosu na najbolji interes djeteta.³⁸

Za ocjenu opravdanosti, ispravnosti i prihvatljivosti priznavanja mogućnosti usvojenja homoseksualnim parovima i osobama, jedini prihvatljiv kriterij je najbolji interes djeteta. Pri opredjeljenju kojim osobama priznati mogućnost da usvoje, zakonodavac treba da se rukovodi ovim interesom, a ne samo zahtjevima osoba homoseksualne orijentacije da im se proširi krug priznatih prava ili pak interesom države da se što većem broju djece bez roditeljskog staranja zaštita pruži usvojenjem.³⁹ To da li je ovakvo usvojenje u interesu usvojenika ili mu je suprotno, zakonodavac će riješiti uzimajući u obzir stavove stručnjaka (ljekara, psihologa, pedagoga) i rezultate istraživanja prakse Suda u Strazburu.

³⁸ U teoriji se ističe da zaštita interesa usvojenika „zasigurno podrazumijeva dvoroditeljsku obitelj za dijete, obitelj oca i majke, muškarca i žene. U ovom 'odnosu snaga' interes djece bi trebao biti pretpostavljen interesima odraslih osoba, a ne obrnuto, što, na žalost, predstavlja sveprisutnu pojava u recentnim europskim propisima.“ „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 dodijele prava i povlastice braka kakva uživaju heteroseksualni parovi. Treba nastaviti tradiciju po kojoj će djecu moći posvojiti ponajprije bračni drugovi, a tek onda, u iznimnim slučajevima (kada je to stvarno u najboljem interesu djeteta) samci za koje se temeljitom provjerom utvrdi da djetetu mogu pružiti *zdrav* dom, tj. riječnikom Nacrta Konvencije kazano, *siguran i stabilan* dom.“ (D. Jakovac-Lozić, „U susret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5, Mostar 2007).

³⁹ O tome šire vid. H. J. Langemak, “The "Best Interest of the Child": Is a Categorical Ban on Homosexual Adoption an Appropriate Means to This End?”, *83 Marq. L. Rev.* 825 (2000), <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol83/iss4/7/>.

4.2. Uslovi na strani usvojenika

U ovoj grupi su uslovi koji se odnose na dob usvojenika – minimalnu i maksimalnu, te posebno istaknuti uslov – njegov najbolji interes. Na ovom mjestu, nećemo razmatrati posljednji uslov, pošto je on obuhvaćen u prvom dijelu rada.

4.2.1. Najniža dob usvojenika

Konvencija ne normira izričito dob koju dijete mora dostići da bi moglo biti usvojeno. Najniža dob djeteta je posredno određena normiranjem vremena prije čijeg isteka neće biti punovažna saglasnost koju je dala majka djeteta. Tako se, u skladu s odredbom čl. 5, st. 5, ne može usvojiti dijete prije proteka određenog vremena od njegovog rođenja, koje ne može biti kraće od šest sedmica. Ukoliko to vrijeme nije propisano zakonom, usvojenje nije moguće prije proteka vremenskog perioda koji će, po mišljenju nadležnog organa, omogućiti majci da se dovoljno oporavi od posljedica porođaja. Cilj ove odredbe, kao što je to navedeno u Objasnjavajućem izvještaju o Konvenciji (para 37), jeste da se spriječe preuranjena usvojenja za koja je majka dala saglasnost prije rođenja djeteta pod pritiskom ili prije no što je, po rođenju djeteta, uspostavljeno njeno fizičko zdravlje i psihički balans. Za ovo vrijeme, majka djeteta će moći razmisliti o mogućnosti da zadrži dijete, bar dijelom će moći srediti situaciju u kojoj se nalazi, odnosno, ako odluči da ga da na usvojenje, to će biti njena promišljena, a ne ishitrena odluka.

U zakonima zemalja u okruženju, predviđen je vremenski period prije čijeg proteka dijete ne može biti usvojeno. U većini zakona ovaj rok se veže za moment rođenja djeteta, negdje za moment napuštanja djeteta, a negdje za moment u kojem su ispunjeni uslovi za usvojenje. Ovo posljednje rješenje je prihvaćeno u slovenačkom pravu, koje inače normira mogućnost usvojenja djeteta čiji su roditelji nepoznati, ili čije boravište je nepoznato godinu dana ili su dali saglasnost za usvojenje pred nadležnim organom. Usvojenje je moguće zasnovati tek po proteku godine dana od ispunjavanja ovih uslova, osim ako nadležni organ utvrdi da bi bilo u interesu djeteta da se usvoji prije isteka ovog roka (ZBPO, čl. 141, st. 1 i 2).

U hrvatskom pravu, uzrast djeteta koje se usvaja bitan je u nekoliko situacija. Tako, ako se radi o napuštenom djetetu nepoznatog porijekla, usvojenje je moguće tek kada prođe tri mjeseca od rođenja ili od napuštanja djeteta (OZ, čl. 132, st. 2). Zatim, u slučaju usvojenja djeteta čiji su roditelji maloljetni, usvojenje je moguće tek po proteku godine dana od rođenja djeteta, ukoliko nema izgleda da će se ono podizati u porodici roditelja ili bake i djeda, odnosno drugih bližih srodnika (čl. 125, st. 4). Iz

zakonske odredbe koja normira mogućnost davanja pristanka roditelja na usvojenje tek kada dijete napuni šest sedmica života, proizlazi nemogućnost usvojenja djeteta mlađeg od šest sedmica (čl. 137, st. 1).

Najniža dob usvojenika je viša u crnogorskom (PZ, čl. 124, st. 2), srpskom (PZ, čl. 90, st. 2) i makedonskom pravu (ZoP, čl. 139, st. 2): dijete se može usvojiti tek kada navršši tri mjeseca života. Crnogorski zakon uzrast djeteta normira na isti način kao i hrvatski, u slučaju usvojenje djeteta maloljetnih roditelja, dok početak roka od tri mjeseca za usvojenje napuštenog djeteta veže samo za ovo napuštanje (čl. 124, st. 2 i 3).

U domaćem pravu, rješenja su dijelom slična onim prihvaćenim u zakonima susjednih zemalja. Ovo se odnosi na porodične zakone Federacije BiH i Brčko Distrikta, dok je zakonodavac Republike Srpske ostao pri ranijem rješenju, ne propisujući najnižu dob djeteta kao uslov za usvojenje. Kao i crnogorski, srpski i makedonski zakonodavac, ostala naša dva zakonodavca su normirala nemogućnost usvojenja prije isteka tri mjeseca od djetetovog rođenja (PZ FBiH, čl. 94; PZ BD, čl. 79). Ova rješenja su u skladu s Konvencijom, tako da ih neće trebati mijenjati nakon njene ratifikacije: rok nije kraći od šest sedmica, koliko treba prema Konvenciji da prođe od davanja saglasnosti majke za usvojenje. Pošto ovaj rok nije određen, u Republici Srpskoj bi se mogla primijeniti odredba Konvencije koja je ovlastila nadležni organ da dà mišljenje o tome koliko je majci potrebno vremena za oporavak od posljedica porođaja, prije čijeg isteka usvojenje nije moguće.

U ovim zakonima normirana nemogućnost usvojenja djeteta prije navršenog određenog uzrasta, odnosno prije proteka navedenih rokova, ima za cilj, baš kao i normiranje dobi djeteta u Konvenciji, ostavljanje mogućnosti majci da se oporavi od porođaja, da razmisli, razmotri svoju cjelokupnu situaciju, mogućnost i sposobnost preuzimanja staranja o djetetu (eventualno zajedno s drugim djetetovim roditeljem) i donese razumnu odluku, zbog koje kasnije neće žaliti. Ako su roditelji napustili dijete, normiranje roka od tri mjeseca unutar kojeg dijete ne može biti usvojeno, također štiti interes djeteta, omogućavajući roditelju da preuzme staranje i pored ranije donesene odluke da ga napusti. Ovoj zaštiti služi i odredba koja normira usvojenje djeteta maloljetnih roditelja: godina dana od rođenja djeteta, unutar koje se dijete ne može usvojiti, omogućit će roditeljima da se pripreme i osposobe za staranje o djetetu, odnosno bliskim srodnici-ma njegovih roditelja da odluče i preuzmu staranje o djetetu u vlastitoj porodici.

4.2.2. Najviša dob usvojenika

Sljedeći uslov koji se tiče djeteta je njegova najviša dob, odnosno uzrast iznad kojeg se ono ne može usvojiti.

Iz odredbe čl. 1, st. 1 Konvencije koja normira njen djelokrug, proizlazi da usvojenik u vrijeme podnošenja zahtjeva za usvojenje ne može biti stariji od 18 godina. Ovaj maksimalni uzrast se, međutim, smanjuje ukoliko se radi o osobi koja je bila ili jeste u braku ili u registrovanom partnerskom odnosu te osobi koja je dostigla punoljetstvo. Normiranjem punoljetstva i 18 godina kao najvišeg uzrasta usvojenika, Konvencija je napravila odklon od dijela evropskih nacionalnih zakona, koji predviđaju mogućnost usvojenja i punoljetne osobe.⁴⁰ Osobi koja je bila ili jeste u braku ili partnerskom odnosu, ili je postala punoljetna, sposobna je starati se o sebi i nije joj potrebna zaštita putem usvojenja.

U uporednom pravu rješenja su uglavnom slična. U pravu UK, usvojiti se ne može osoba koja je ili je bila u braku te osoba koja je navršila 19 godina (Zakon o usvojenju i djeci, čl. 47, st. 8 i 9).

U belgijskom pravu, usvojiti se može osoba mlađa od 18 godina (CC, čl. 343 c). Isto je rješenje prihvaćeno u holanskom Građanskom zakonu (čl. 1:228).

Francuski građanski zakonik dozvoljava nepotpuno usvojenje bez obzira na dob usvojenika (čl. 360, ts. 1), dok je za potpuno usvojenje određena njegova najviša dob – 15 godina (čl. 345).

Zakoni svih zemalja u okruženju kao gornji uzrast određuju punoljetstvo, normirajući mogućnost usvojenja ili samo maloljetnog djeteta (PZ CG, čl. 133, st. 1; ZBPO Sl, čl. 134; PZ Sr, čl. 90, st. 1; ZoP M, čl. 111) ili do navršene 18. godine života (OZ H, čl. 132, st. 1). Ovaj uzrast je predviđen za zasnivanje potpunog usvojenja, bilo da je ono uređeno kao jedina vrsta usvojenja, bilo da postoji uz nepotpuno usvojenje. Makedonski zakonodavac maloljetstvo kao adoptivnu smetnju normira za obje vrste usvojenja, dok je u crnogorskom pravu ono predviđeno za nepotpuno usvojenje. Za potpuno usvojenje normiran je daleko niži uzrast: gornja dob usvojenika je ograničena na deset godina (PZ, čl. 131).

Rješenja domaćih zakona su u skladu s Konvencijom, s obzirom na to da sva tri porodična zakona normiraju kao uslov maloljetstvo (PZ FBiH, čl. 103, st.1; PZ RS, čl. 151, st. 1; PZ BD, čl. 87, st. 1). Ovaj uslov se poklapa s gornjim uzrastom normiranim u Konvenciji, pošto maloljetstvo prestaje s navršениh 18 godina. Mada kao adoptivnu smetnju naši zakoni izričito ne normiraju da je potencijalni usvojenik u braku ili da je bio u bra-

⁴⁰ Tako, na primjer, ograničenje uzrastom usvojenika nije normirano u austrijskom pravu.

ku to, ipak, ne znači da se ovaj maloljetnik može usvojiti. Ovakvo tumačenje bi bilo u suprotnosti s osnovnom svrhom usvojenja u našem pravu – zaštitom maloljetne djece koja nemaju roditelje ili odgovarajuće roditeljsko staranje. Maloljetnik sklapanjem braka stiče poslovnu sposobnost koju ne gubi u slučaju prestanka braka prije punoljetstva, tako da nad njim i biološki roditelji prestaju ostvarivati roditeljsko staranje, on je u stanju sam se starati o sebi, svojim pravima i interesima. Međutim, da bi se izbjegla mogućnost različitih tumačenja, bolje je ovo izričito normirati, kao što je to urađeno u Konvenciji. Isto tako, zakonodavac bi trebalo izričito da reguliše nemogućnost usvojenja maloljetnika koji je poslovnu sposobnost stekao sudskom emancipacijom, što doduše ni Konvencija nije normirala. Pravni položaj ovog maloljetnika je identičan položaju onoga koji je zakonski emancipovan, pa nema osnova za pravljenje razlike između njih ni u oblasti usvojenja. Jednostavnije rješenje od ovoga, a sa istim efektom, bilo bi normiranje nemogućnosti usvojenja maloljetnika koji je stekao potpunu poslovnu sposobnost, kao što je to učinjeno u srpskom pravu (PZ, čl. 90, st. 3). Ovim rješenjem obuhvataju se obe vrste emancipacije – i zakonska (brak – dok traje i nakon prestanka, što je smetnja za usvojenje u Konvenciji) i sudska. S obzirom na uslove i dejstva koja proizvodi vanbračna zajednica, izmjena zakona bi trebalo da se izvrši i normiranjem nemogućnosti usvojenja maloljetnika koji jeste ili je bio u vanbračnoj zajednici. Dostizanje punoljetstva, normiranog u Konvenciji kao adoptivna smetnja na strani usvojenika, u našem pravu ne treba da se normira, budući da se ono stiče s navršениh 18 godina, odnosno poklapa s propisanim uzrastom.

Sva tri domaća zakona normiraju dvije vrste usvojenja. Uzrast od 18 godina je maksimalan za zasnivanje nepotpunog usvojenja, dok je gornja dob usvojenika u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja određena na 10 (PZ FBiH, čl. 101; PZ BD, čl. 86, st. 1), odnosno na 5 godina (PZ RS, čl. 157). Pri izmjenama porodičnog zakonodavstva gornju dob bi i u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja trebalo pomjeriti naviše, pogotovo u pravu Republike Srpske jer su, s jedne strane, otpali razlozi za određivanje nižeg uzrasta, a s druge strane ovakvo rješenje u većoj mjeri štiti interes potencijalnih usvojenika – omogućava se većem broju djece da budu usvojena ovim oblikom usvojenja. Možda bi bilo najbolje odrediti i za potpuno usvojenje najviši uzrast od 18 godina, odnosno uzrast normirati kao zajednički uslov za obe vrste usvojenja.

5. ZAKLJUČAK

U savremenom pravu, pri uređenju ustanove usvojenja, kao i ostalih ustanova u kojima je, u većoj ili manjoj mjeri angažovan interes djeteta, izražena je tendencija osiguranja i zaštite najboljeg interesa djeteta. Među-

tim, još uvijek se dešava da zakonodavac i/ili nadležni organi pri primjeni zakonskih propisa, ne poklone dovoljno pažnje najboljem interesu djeteta, već da ovaj interes stave u drugi plan, rukovodeći se interesima i zahtjevima odraslih osoba, osoba koje žele usvojiti.

U domaćem pravu, interes djeteta se uvažava i štiti, usvojenju se pristupa imajući u vidu da je to ustanova koja postoji u prvom redu radi zaštite djeteta, a tek u drugom planu je potreba da se potencijalnim usvojiocima omogući zasnivanje porodice. Pri prihvatanju novih rješenja, odnosno harmonizaciji domaćeg prava s evropskim, mora se stalno imati u vidu da se time ne smije ugroziti ostvarenje interesa djeteta. Jednako odgovoran zadatak u osiguranju ovog interesa imaju i organi u čijoj nadležnosti je donošenje odluke o zasnivanju usvojenja. Oni bi morali efikasnije postupati i donositi odluke nakon postupka koji ne traje neopravdano dugo, čime će se osigurati da dijete što prije dobije novu porodicu i svu potrebnu njegu i brigu roditelja. Skraćenje postupka ne treba da se postigne nauštrb svestrane ocjene interesa djeteta ispitivanjem postojanja svih zakonom normiranih uslova.

Usvojenje nije pravo, odnosno ne bi trebalo da se shvati isključivo kao pravo usvojlaca. Ono kao takvo nije priznato Konvencijom o zaštiti ljudskih prava, niti je obuhvaćeno pravom na poštovanje privatnog i porodičnog života. Međutim, mislimo da se ono može izvesti iz prava na zasnivanje porodice, koje je, iako normirano zajedno s pravom na brak (čl. 12), ipak odvojeno i samostalno u odnosu na njega. Ukoliko se prihvati ovaj stav, pravo na usvojenje se ne može posmatrati kao apsolutno pravo usvojioca. Njegovo ostvarenje treba da bude uslovljeno istovremenim ostvarenjem najboljeg interesa usvojenika.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Jakovac-Lozić, Dijana, „U susret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5, Mostar 2007;
2. Langemak, H. J., “The “Best Interest of the Child”: Is a Categorical Ban on Homosexual Adoption an Appropriate Means to This End?” *Marq. L. Rev.* 825 (2000), <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol83/iss4/7/>;
3. *Joint Council of Europe and European Commission Conference Challenges in adoption procedures in Europe: Ensuring the best interests of the child*, 30 November - 1 December 2009 – Strasbourg;
4. http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brochure_conference_adoption_en.pdf.

Pravni propisi i korišteni internet izvori

1. Act on registered partnerships between persons of the same sex (Partnership Act), http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellsch-aft/gesetzgebung/eingetragene_partnerschaft/infoblatt-e.pdf;
2. Adoption and Children Act 2002, (UK);
3. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/section/47>;
4. Code civil, Version consolidée au 2 juin 2012;
5. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=33D671D8C3E9E0DEE3C25562A8833E58.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150070&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120616;
6. Legge 4 maggio 1983 n. 184;
7. http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_15.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=LEG48963;
8. Code civil (švajcarski);
9. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10#LNK0002;
10. Zakon broj 532;
11. <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=142282&exp=1>;
12. Zakon o građanskom partnerstvu iz 2004, UK, (Civil Partnership Act 2004);
13. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/79>;
14. European Convention on the Adoption of Children (Revised) (CETS No. 202) Explanatory Report, tač. 23, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/202.htm>.

Sudske odluke

1. Švicgebel (*Schwizgebel*) p. Švajcarske;
2. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99288>;
3. E. B. v. France, Application no. 43546/02, *Judgment 22. januar2008*, http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf;
4. *Affaire Gas et Dubois c. France*, Requête no 25951/07, Arrêt 15 mars 2012, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571#{"itemid":\["001-109571"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109571#{);
5. X and Others v. Austria, Application no. 19010/07;
6. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001112158#{"itemid":\["001-112158"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001112158#{);
7. *Schalk & Kopf v. Austria* (Application no. 30141/04, *Judgment 24 June 2010*, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"dmdocnumber":\["870457"\],"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{));

8. Odluka Ustavnog suda Belgije - Arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-093f.pdf>;
9. Odluka saveznog Ustavnog Suda Njemačke, (BVerfG, 1 BvL 15/09 vom 10.8.2009, Absatz-Nr. (1-16));
10. http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk20090810_1bvl001509.html;
11. http://www.bebac.com/index.php?show=news&part=display&int_news-ID=8715.

Professor Suzana Bubić, LL.D.

Faculty of Law,
University “Džemal Bijedić” Mostar

GENERAL TRENDS IN THE PROMOTION OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD – ADOPTEE

Summary

The author in this paper discusses the solutions adopted in the European Convention on the adoption of children (Revised) and legal systems of the European states, with a focus on countries in the region, as well as the practice of the European Court of Human Rights in the field of adoption. In this analysis, author limits research to conditions for adoption, where considerable differences are found in the legislation.

Author compares solutions adopted in family law in Bosnia and Herzegovina with the analyzed solutions and views in European practice. Author also focuses her attention on identifying the following: (dis)respect of the best interests of the child and (non)harmonization of the solutions of domestic legislation with those adopted in the considered Convention.

Based on the results of research author comes to a conclusion on the necessity and justification of harmonization of national legislation with the Convention. In the process of finding and proposing necessary direction in which the reform will be headed, author finds it important to put in the foreground the need to respect and ensure the best interests of the child, giving it an absolute priority over the interests, wishes and requirements of adoptive parents. Author observes and emphasizes trends in the promotion of these interests existing in modern law.

Key words: *Adoption; Convention on the adoption; The best interest of the child; The conditions for adoption.*