

УСВОЈЕЊЕ У НЕМАЧКОМ И АУСТРИЈСКОМ ПРАВУ

Апстракт

У раду ће бити анализирани одредбе Немачког грађанског законика и Аустријског грађанског законика које регулишу институт усвојења, са освртом на положај ЛГБТ популације у овој области. На међународном нивоу, ова област је регулисана Хашком конвенцијом о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу коју су Немачка и Аустрија ратификовале. Иако се заснивањем међудржавног усвојења мења држава порекла детета, уз могућност одређених злоупотреба у пракси, чињеница је да за децу, за коју се не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима, оно, често, представља најбољу опцију за збрињавање. Из тог разлога је занимљиво видети и какав је преовлађујући тренд када су у питању заснивања међудржавних усвојења у Немачкој и Аустрији.

Кључне речи: усвојење, право Немачке, право Аустрије, међудржавно усвојење, Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу.

1. Законска регулатива у области усвојења у праву Немачке

1.1. Општи услови за заснивање усвојења и његова дејства

Немачки грађански законик предвиђа усвојење малолетних и пунолетних лица. Потпуно усвојење, као једина форма усвојења, појављује се од 1977. године када је нови Закон о усвојењу предвидео ову форму као једину. Овај закон је инкорпориран у Немачки грађански законик, који је првобитно регулисао само непотпуно усвојење.²

¹ Научни сарадник, Институт за упоредно право у Београду, mail: tankosicana@yahoo.com

² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) донет је 1896. године. Установа усвојења је регулисана у параграфима 1741 – 1772., http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, 10.09.2014

Дете може усвојити појединац, а уколико је особа у браку, као усвојитељи се морају појавити оба брачна друга. Од овог правила постоје одређени изузеци, па је тако предвиђена могућност усвојења детета од стране једног брачног друга, уколико је други пословно неспособан или није навршио 21 годину, као и у ситуацији када један брачни друг усваја дете другог брачног друга.³ Једном усвојено дете не може бити накнадно усвојено за време трајања првобитно заснованог усвојења, осим у ситуацији када усвојено дете једног брачног друга усваја други брачни друг.⁴

Истополни бракови се не могу закључити, али је законом уређено регистровано партнерство. Закон о регистрованом партнерству ступио је на снагу 1. августа 2001. године.⁵ Истополним паровима призната су одређена права и обавезе и то наследна права, право на алиментацију, здравствено осигурање, јединствени имиграциони статус, болничке и затворске посете и промену имена. Године 2004., овај акт је измењен са циљем да се истополним паровима одобри усвојење, али само усвојење биолошког детета партнера.⁶ У фебруару 2013. године Савезни уставни суд Немачке пресудио је да истополни партнер може да усвоји и усвојено дете свог партнера (тзв. сукцесивно усвајање), али неопходне измене закона у том смислу још увек нису извршене.⁷

Минимална старосна граница за усвојитеље је 25 година. Уколико усвајају брачни партнери, довољно је да је један од њих напунио 25 година, а други 21 годину.⁸ Такође, уколико један супружник усваја дете другог супружника, захтева се да је напунио 21 годину. Закон не прописује горњу старосну границу за усвојитеље, али постоје одређене препоруке да старосна разлика између детета и усвојитеља не треба да буде већа од 40 година. Пробни смештај је обавезан, па се тако прописује да се одлука о заснивању усвојења доноси тек након што је усвојитељ бринуо о усвојенику одређено време, како би се са

³ §1741. BGB

⁴ §1742. BGB

⁵ До октобра 2004, 5.000 парова је регистровало своје партнерство. До 2007. овај број је порастао на 15.000, а две трећине чине мушки парови. До 2010. број је порастао на 23.000. Destatis Statistisches Bundesamt <https://www.destatis.de/DE/Startseite.html?nsc=true&https=1>, 12.09.2014.

⁶ Act on Registered Life Partnerships, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpart/englisch_lpartg.html, 05.09.2014.

⁷ Одлука Савезног уставног суда Немачке од 19. фебруара 2013, доступно на https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/1s20130219_1bv1000111.html, 15.09.2014.

⁸ § 1743. BGB

сигурношћу могло утврдити да је усвојење у интересу детета.⁹

Иако и Немачки грађански закон дозвољава усвојење, како особама без деце, тако и особама које имају биолошко потомство, интересантна је разлика у односу на наш Породични закон у погледу усвајања од стране лица са биолошком децом. Наиме, изричито се прописује да се усвојење неће дозволити, уколико је у супротностима са интересима биолошке деце или уколико ће интереси усвојеника бити доведени у питање због чињенице постојања биолошког потомства. Имовински интереси не треба да буду одлучујући.¹⁰

Уколико је дете млађе од 14 година, пристанак у његово име даје његов законски заступник, чији пристанак замењује одлука старатељског суда у ситуацијама када се он неоправдано не даје. Дете које је навршило 14 година даје пристанак за усвојење, који може опозвати до правоснажности одлуке о заснивању усвојења, а пристанак одобрава законски заступник. Одобрење старатељског суда је потребно и у ситуацији када су усвојитељ и усвојеник различитог држављанства, осим ако је меродавно немачко право.¹¹

Сагласност за усвојење биолошки родитељи не могу дати пре него што дете наврши осам недеља. Они могу дати бланко сагласност или се сагласити да дете усвоје тачно одређени усвојитељи. У Немачком грађанском законнику, детаљније је разрађена ситуација када сагласност даје ванбрачни отац, који исту може дати и пре рођења детета. Сврха ове одредбе је брже збрињавање детета без родитељског старања путем заснивања усвојења, благовременим стварањем услова за то. Ако ванбрачни отац изјави да жели да позакони или усвоји своје дете, о захтеву трећих лица се одлучује након што се одлучи о његовом захтеву. Она се може дати у форми јавне исправе, а могуће је и одрећи се права на позаконење и усвојење детета. Сагласност није потребна уколико су родитељи недоступни или им је пребивалиште и боравиште непознато.¹²

Законик прецизира у којим ситуацијама сагласност родитеља није потребна и тада његову сагласност замењује одлука старатељског суда. Да би се одлука донела, потребно је да прође три месеца, од дана када је родитељ упознат са овом могућношћу, а рокови не могу почети да теку пре него што дете наврши пет месеци. То су ситуације у којима:

⁹ §1744. BGB

¹⁰ §1745. BGB

¹¹ §1746. BGB

¹² §1747. BGB

1. родитељ према детету стално грубо крши обавезе или је својим понашањем показао да не брине о њему, а усвојење је у интересу детета;
2. повреда права није стална, али је велика, а дете изричито изјави да не жели старатељство тог родитеља;
3. родитељ показује равнодушност према детету, која не представља сталну и грубу повреду његових дужности, а претходно му је пружена потребна саветодавна помоћ;
4. родитељ болује од психичке болести или тешког душевног поремећаја, па је трајно неспособан за бригу о детету;¹³
5. дете усваја један супружник, а одлука старатељског суда замењује сагласност другог супружника, уколико усвојење није у супротности са интересима тог супружника или са интересима породице која усваја дете. За усвојење удате особе неопходна је сагласност њеног супружника.¹⁴

Сагласност за усвојење је неопозива и производи правно дејство од момента достављања старатељском суду. Интересантно је да се сагласност родитеља ограничава на период од три године, те уколико дете не буде усвојено у том периоду, она постаје непуноважна.¹⁵

Након давања сагласности за усвојење детета, родитељ губи могућност да остварује контакт са дететом. Уколико је сагласност престала да важи, старатељски суд преноси родитељско право родитељима онда када то није у супротности са интересима детета и у мери колико је неопходно.¹⁶

Одлуку о усвојењу доноси старатељски суд, након што утврди постојање формалних и материјалних услова, а захтев који не сме бити модификован условом или роком, подноси усвојитељ лично.¹⁷ Одлука о усвојењу не може бити донета после смрти усвојеника. Ако се одлука о заснивању усвојења доноси након смрти усвојитеља, она производи сва дејства као да је изречена пре његове смрти.¹⁸

¹³ §1748. BGB

¹⁴ §1749. BGB

¹⁵ §1750. BGB

¹⁶ §1751. BGB

¹⁷ §1752. BGB

¹⁸ §1753. BGB

Заснивањем усвојења прекидају се односи између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране, као и сва права и обавезе између њих. Изузетак је заснивање усвојења од стране супружника биолошког родитеља, у ком случају се односи прекидају само између детета и другог биолошког родитеља и његових сродника. Усвојење не утиче на права детета која су стечена пре заснивања усвојења, као што је, нпр. право на пензију иза умрлог родитеља.¹⁹ Ако се заснује сродничко усвојење, у другом или трећем степену крвног сродства, сроднички однос престаје само између усвојеника и његових потомака и природних родитеља. Такође, уколико усвојитељ усваја биолошко дете свог супружника, сроднички однос између детета и сродника другог родитеља неће престати, уколико је брак престао смрћу, а умрли родитељ је за живота издржавао дете.²⁰

Дете добија заједничко презиме усвојитеља. Ако супружници немају заједничко презиме, оно се одређује пре подношења захтева за усвојење, у изјави која се даје старатељском суду. Старатељски суд може детету да промени презиме или да му дода једно или више презимена, па и претходно презиме, уколико је то у његовом интересу, на предлог усвојитеља и уз сагласност детета.²¹ Дете аутоматски постаје немачки држављанин ако су и усвојитељи немачки држављани.²²

Прихвата се принцип тајности усвојења, међутим чињенице у вези са усвојењем и идентитетом биолошких родитеља, могу се открити на захтев усвојитеља и усвојеника старијег од 16 година.²³ Немачки Савезни уставни суд пресудио је да свака особа има право да зна своје биолошко порекло.²⁴ На значај биолошког порекла указује и природноправна природа родитељског односа. Родитељски однос се успоставља на основу чињенице рођења, постоји између тачно одређених лица, везан је за личност и не може се преносити, укидати, мењати или успостављати (генска и ДНК веза), чак ни у случају престанка вршења родитељског права и заснивања

¹⁹ § 1755. BGB

²⁰ § 1756. BGB

²¹ § 1757. BGB

²² Sec. 3 no. 3, Sec. 6 German Nationality Act, http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Gesetzestexte/EN/Staatsangehoerigkeitsgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile, 20.09.2014.

²³ Sec. 61 (2) I Personenstandsgesetz, <http://dejure.org/gesetze/PStG>, више у *Overview of German Adoption Law*, доступно на <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>, 20.09.2014.

²⁴ Decision of the German Constitutional Court, BVerfGE 79, 256 (268 ss).

усвојења.²⁵ Стога, ова судска одлука, несумњиво, представља корак напред у заштити основних права усвојеника и наводи на закључак да ће строго затворене процедуре усвојења, које су прихватале принцип тајности, у будућности бити на неки начин реформисане.

Усвојење је могуће поништити одлуком старатељског суда у следећим случајевима:

1. ако је засновано без захтева усвојитеља;
2. без сагласности родитеља;
3. без сагласности детета које је навршило 14 година;
4. по сили закона се укида уколико усвојитељ закључи брак са усвојеником или његовим потомком.

Изјаве неће производити дејство ако су дате под дејством принуде, преваре или у заблуди, или ако је лице било у бесвесном стању или стању душевне поремећености. Захтев за поништај се подноси у субјективном року од годину дана (од дана сазнања за разлог поништаја), али се свакако не може поднети након истека објективног рока од три године (од дана заснивања усвојења). Законик предвиђа могућност да се и у овим ситуацијама усвојење одржи на снази уколико је то у интересу детета. Одлука о усвојењу се поништава ако су други супружник или биолошки родитељ спремни да преузму бригу о детету или ако би након поништаја усвојења дошло до заснивања новог, а то је у интересу детета. Поништење усвојења важи за будућност, а усвојеник може да задржи презиме усвојитеља ако постоји нарочито оправдани интерес. Након тога, заснивају се поново сроднички односи између усвојеника и његових потомака и биолошких родитеља и њихових сродника. Изузетак је установљен у односу на родитељско старање, које се не враћа аутоматски, већ старатељски суд одлучује да ли је оно у интересу детета или евентуално стављање под старатељство.²⁶

Немачки грађански законик дозвољава усвојење пунолетних особа, на које се аналогно примењују прописи о усвојењу малолетника. Одлуку о усвојењу доноси старатељски суд на основу

²⁵ Човић, А., Човић, Д., *Избор концепта усвојења са аспекта заштите права детета на сазнање свог порекла*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 4/2013. (145), стр. 640. <http://www.maticasrpska.org.rs/wordpress/assets/Drustvene%20145%20kraj%20PRINT.pdf>, 20.09.2014.

²⁶ § 1759 – 1766. BGB

заједничког предлога усвојитеља и усвојеника, уколико је такво усвојење морално оправдано и уколико се између усвојитеља и усвојеника већ развио родитељски однос. Усвојење неће бити одобрено уколико није у складу са интересима деце усвојитеља и лица које треба да буде усвојено. Ово усвојење је специфично, јер су његова дејства непотпуна. Између усвојеника и усвојитељевих сродника и супружника не настаје сроднички однос.²⁷

Усвојење пунолетне особе може имати и потпуно дејство уколико старатељски суд донесе такву одлуку у следећим случајевима:

1. ако се истовремено усвајају браћа и сестре, а нека од њих су пунолетна;
2. ако се усваја особа коју је породица прихватила док је ова била малолетна;
3. ако усвојитељ усваја пунолетно дете супружника;
4. ако пунолетно лице које се усваја није било пунолетно у моменту када је поднет захтев за усвојење.²⁸

1.2. Међудржавна усвојења

Историја међудржавних усвојења у Немачкој сигурно није нешто чиме се Немци могу похвалити. Пре Првог светског рата у Немачкој се годишње реализовало око 100 усвојења годишње, и то најчешће сродничких. Након Другог светског рата, усвојење је трансформисано од стране нацистичког режима и расни критеријуми постају одлучујући за његово заснивање.²⁹ Закон о усвојењу из 1939. године успоставио је систем усвојења заснован на расној дискриминацији, па су тако Јевреји и остале ”подређене расе” биле искључене из адопције. Дуготрајан процес усвојења је гарантовао да су усвојитељ и усвојеник „расно чисти”.³⁰ Лебенсборн пројекат је обухватио киднаповање расно чисте деце из источних окупираних

²⁷ § 1767 – 1770. BGB

²⁸ § 1772. BGB

²⁹ Zagrebelsky Laura, *Adoption across identity borders and the right to cultural identity in context: the case of England, Germany and Italy*, The London School of economics and political science, 2012, 112; доступно на http://etheses.lse.ac.uk/451/1/Zagrebelsky_adoptions%20across%20identity%20borders.pdf, 01.09.2014

³⁰ *Ibid.*, 115

држава након 1939. године. Само из Пољске је украдено око 100 хиљада деце, а укупан број се процењује на 250 хиљада деце, од којих је 25 хиљада пронађено и враћено својим породицама.³¹

Данас је Немачка потписница Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења. Деца из Немачке се не појављују често као субјекти међудржавних усвојења, па је тако забележено да је само пет немачких сирочади добило усељеничке визе у САД од 2007. године. Стога у информатору за међудржавна усвојења, намењеном држављанима САД, пише да је сврха свих информација ”пружање помоћи у ретким случајевима усвајања из Немачке, која обухватају и усвајање деце од стране немачких рођака у САД и усвајање деце из трећих земаља од стране америчких грађана који живе у Немачкој”.³² Не постоји резиденцијални услов за усвојење детета из Немачке, нити ограничење у погледу националности или држављанства усвојиоца.³³ Свака од 16 савезних немачких држава има централну агенцију за усвајање која надгледа међудржавна усвојења. Агенције за усвајање могу бити јавне и приватне, квалификоване за пружање услуга у области међународних усвојења.³⁴ Агенција је одговорна за кључне аспекте процеса усвојења, укључујући и пружање информације старатељском суду о потенцијалним усвојитељима.

Анализом статистичких података о броју закључених међудржавних усвојења, долазимо до закључка да се Немачка, најчешће, појављује као држава пријема деце која су пореклом из мање развијених држава. Највећи број усвојене деце пореклом је из Руске федерације (1877), Тајланда (645), Украјине (504), Колумбије (445) и Пољске (402). У периоду од 2004 – 2011. године, дом у некој

³¹ *Ibid.* 149. Од 1935. програм „Лебенсборн“ је озваничен у Немачкој. Химлер је основао фабрике „више расе“, где су одабрани официри имали сексуалне односе са плавокосим аријевкама, у циљу стварања квалитетног потомства. Мајке су живеле у тим планинским кућама само до порођаја, када су им деца одузимања и одгајана под строгим државним надзором. Године 1945. амерички војници су пронашли стотине хиљада досијеа словенских малишана отетих од стране нациста. Американци су их саслушавали у намери да их врате кућама, али многи малишани се нису сећали своје прошлости, заборавили су матерњи језик и осећали су се као Немци. Бојали су се да их не одвоје од усвојитеља. Тим лекара и расних експерата одређивао је „расну вредност“ сваког детета по боји очију и косе, облику лобање, телесној грађи и добром здрављу. Малишани који нису прошли тријажу убијани су у гасним коморама, њих око 80%. Више на <http://www.srbijadanas.net/ss-projekat-lebensborn-stotine-hiljada-nemaca-su-u-stvari-rusi-cesi-srbi-poljaci/>, 01.09.2014.

³² Intercountry adoption – Germany, http://adoption.state.gov/country_information/country_specific_info.php?country-select=germany, 20.09.2014.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

од немачких породица нашло је 10.141 дете. Примећује се тенденција пада овако заснованих усвојења, са 1637 током 2004. године, на 1081 усвојење у 2011. години. Са друге стране, у периоду од 2001. године до 2013. године, само је 53 малишана немачког порекла удомљено у некој страниој држави. Земље пријема биле су високо развијене државе и то САД, Канада, Финска, Шведска и Швајцарска. У око 60% овако заснованих усвојења усвојитељи су били шведског порекла. Овај податак не изненађује, с обзиром на то да Шведска има највећи број заснованих међудржавних усвојења по глави становника.³⁵

³⁵ За Шведску је карактеристичан пораст међудржавних усвојења, што је последица смањеног броја заснованих домаћих усвојења, услед промене статуса неударних жена. Данас, Шведска има процентуално највећи број заснованих међудржавних усвојења по глави становника у свету. До 60 – их година прошлог века, положај самохраних мајки је био врло тежак, јер би рађањем детета ван брака, жена потврђивала да је ”лаког морала”, па је женама у таквој друштвеној клими било лакше да дају децу на усвајање. Међутим, последњих деценија, жене су у Шведској заступљеније на тржишту рада, а примарни субјекти заштите и мера социјалне политике су жене и деца. Резултат тога је чињеница, да се годишње у Шведској усвоји свега око стотину деце рођене Шведској. Од касних 60 – их година прошлог века, када је почео да се повећава број међудржавних усвајања, до данас је усвојено више од 40.000 деце рођене у иностранству и то претежно из Латинске Америке и Азије. У погледу интеррасних усвојења, постојали су одређени ставови да усвојење деце из Азије, Африке или Латинске Америке не може бити сврсисходно, уколико се узме у обзир светла пут, коса и очи становника Шведске, те да такво дете не би могло у потпуности да се инкорпорира у породицу усвојитеља. Међутим, у данашње време све је мање присталица оваквих теорија, полази се од тога да расна и религијска припадност нису од утицаја на процену подобности усвојитеља. Анализа праксе у области усвојења деце у Шведској је интересантна из разлога смањења броја усвојене домаће деце и највећег броја међудржавних усвојења по глави становника у свету. То указује на две ствари. Прво, разлог смањења броја деце без родитељског старања у Шведској, последица је високог животног стандарда и организованог система социјалне заштите, који у први план ставља жене и децу. То уједно даје и одговор на питање, шта једна држава треба да уради уколико заиста постоји жеља да се број деце без родитељског старања смањи. Друго, највећи број међудржавних усвојења у свету, поред тога што је показатељ малог броја деце без родитељског старања која су држављани Шведске, указује на однос људи према овом проблему, њихово стање свести, одсуство предрасуда и отвореност према другим културама и религијама, што је последица достигнутог културног нивоа, просвећености и информисаности. Више о томе *Overview of Swedish Adoption Law*, доступно на <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-sweden.pdf>, 15.09.2014.

Статистички подаци о броју усвојених немачких држављана
у периоду од 2001-2013. године

Земља пријема	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2002	2001	Укупно
Канада		2	1										3
Финска	1	1											2
Шведска					20		2	2	1	2	3	3	33
Швајцарска		1	4	6	2								13
САД					1	1							2
Укупно	1	4	5	6	23	1	2	2	1	2	3	3	53

Статистички подаци о броју и пореклу деце усвојене од стране
немачких држављана у периоду од 2004 – 2011. Године

Земља порекла	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	Укупно
Авганистан			5	11	7	13	13	10	59
Јерменија	2	7	5	4	1	8	5	9	41
Аустрија	32	2		8	1	3	11	6	63
Боливија	3		1		1	1	4	1	11
Босна и Херцеговина	4	8	9	9	24	17	21	37	129
Бразил	17	11	18	15	11	25	24	23	144
Бугарска	34	38	26	16	17	21	25	27	204
Камбоџа			2			1	2	2	7
Камерун	10	6	10	7	4	4	11	8	60
Чиле			6	5	9	8	1	5	34
Колумбија	4	59	74	92	89	44	44	39	445
Хрватска	5	7	1	4	9	8	21	23	78
Етиопија	64	99	73	50	30	33	21	22	392
Грчка	6		1	1	2	4	3	2	19
Гватемала	53		1	4	1	2	4	4	69
Индија	13	9	28	35	32	25	34	23	199
Израел		2	1	2			3	2	10

Италија	8	6	6	8	14	4	6	16	68
Јужна Кореја	3		2	3			1		9
Мексико		6	2	4	5	4	2	4	27
Мароко	7	9	5	2	12	12	16	20	83
Пакистан		7		2	6	3	3	10	31
Парагвај	6	2		1				1	10
Перу	54	3	5	9	9	7	9	4	100
Филипини	3	13	21	15	22	21	27	35	157
Пољска	4	34	38	51	53	69	53	100	402
Португалија			2		5	3		6	16
Румунија	14	22	25	20	34	35	42	71	263
Руска Федерација	165	168	202	247	327	256	257	255	1877
Србија и Црна Гора	9	12	8	19	25	23	43	31	170
Шпанија	3	2	1	3	2		4	3	18
Шри Ланка	13	5	5	12	12	8	13	19	87
Тајланд	7	77	72	85	73	115	110	106	645
Тунис	4			1	1	1	3		10
Турска	31	28	35	40	45	42	39	59	319
Украјина	41	41	57	56		98	109	102	504
САД	5	13	4	11	9	12	11	14	79
Вијетнам	67	20	18	22	26	22	27	39	241
Остале	390	264	256	377	408	436	431	499	3061
Укупно	1081	980	1025	1251	1326	1388	1453	1637	10141

Подаци преузети са Australian Intercountry Adoption Network, доступно на <http://www.aican.org/statistics.php?region=0>, 15.11.2014.

2. Законска регулатива у области усвојења у праву Аустрије

2.1. Општи услови за заснивање усвојења и његова дејства

Аустријски грађански законик из 1811. године регулише материју усвојења у оквиру поглавља који носи назив Односи слични правним односима између родитеља и деце.³⁶ Одредбе које се односе на усвојење су ревидиране у више наврата, а изворно је постојало

³⁶ ABGB, доступно на <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>, 21.09.2014.

само непотпуно усвојење од стране усвојитеља који су навршили 50 година и нису имали биолошко потомство.

Законик изједначава брачне парове и појединце у погледу могућности да усвоје дете и наводи ситуације у којима се може дозволити усвојење детета само једном супружнику. То је могуће уколико:

1. усвојитељ усваја дете свог супружника;
2. други супружник не испуњава услове у погледу година живота или пословне способности;
3. место боравка усвојитељевог супружника непознато је дуже од годину дана;
4. између усвојитеља и његовог супружника заједница живота не постоји дуже од три године;
5. постоје нарочито оправдани разлози.

Право на *de facto* истополну заједницу (нерегистровану кохабитацију) Аустрија је признала 2003. године, након што је Европски суд за људска права донео пресуду у случају *Kamern v. Austria*.³⁷ Од 1. јануара 2010. године на снази је Закон о регистрованим партнерствима, али истополни парови немају могућност да закључе брак и усвоје дете, као ни приступ вештачкој оплодњи. У фебруару 2013. године, у предмету *X. and others v. Austria* (представка бр 19010/07), Европски суд за људска права осудио је Аустрију због дискриминације невенчаних истополних парова. Њима није било признато право да усвоје дете свог невенчаног партнера, иако је такво право признато невенчаним хетеросексуалним паровима у истој ситуацији. Суд је навео да државе нису у обавези да дозволе усвајање деце невенчаним паровима, али уколико га дозвољавају, исто право морају признати свим невенчаним паровима, независно од њихове сексуалне оријентације.³⁸ У јулу 2013. године парламент је изменио закон и дозволио усвојење партнеровог детета од стране

³⁷ *Case Kamern v. Austria*, (no. 40016/98) од 24.07.2003. У овом случају мушкарац хомосексуалне оријентације није могао након смрти свог партнера да преузме уговор о закупу стана у којем су заједно становали. Суд није прихватио аргумент да је таква одлука била неопходна ради заштите породице. У одлуци је неведено постојање повреде чл. 14 (забрана дискриминације) у вези са повредом чл. 8 (право на поштовање приватног и породичног живота). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>, 22.09.2014.

³⁸ *Case X. and Others v. Austria*, no. 19010/07 од 19.02.2013. године. Доступно на <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>, 22.09.2014.

невенчаног истополног партнера.³⁹ Могућност заједничког усвојења детета од стране истополних партнера још увек не постоји.

Уколико старатељ жели да усвоји дете, претходно мора да положи рачун и докаже да је сачувао поверену имовину, како би био разрешен старатељске дужности.⁴⁰

Усвојење се заснива уговором који се закључује између усвојеника и усвојитеља и судским одобрењем. Ако законски заступник детета неоправдано одбије да да сагласност, његова сагласност се може заменити одлуком суда.⁴¹

Усвојитељи морају бити минимално 18 година старији од усвојеника, осим ако усвојитељ усваја дете супружника, када је довољна разлика 16 година. У односу на наше право, прописани су оштрији услови у погледу минималног узраста који усвојитељи морају да испуне уколико желе да усвоје дете. Мушкарац који жели да усвоји дете мора да има навршених 30, а жена 28 година, осим ако супружници усвајају заједно или један усваја дете другог супружника, када је дозвољено направити одступање, ако између усвојитеља и детета постоји успостављен однос који одговара односу детета и биолошких родитеља.⁴²

Усвојење се неће одобрити ако би се његовим заснивањем угрозили интереси биолошке деце усвојитеља, а посебно ако се процени да би било угрожено њихово васпитање или издржавање.⁴³

За заснивање усвојења неопходна је сагласност родитеља малолетног усвојеника, супружника усвојитеља и супружника усвојеника, осим уколико је родитељ у својству законског заступника усвојеника закључио уговор о усвојењу или је особа чија се сагласност тражи дужи временски период неспособна за расуђивање или непознатог боравишта дуже од шест месеци. У овим случајевима суд може да замени потребну сагласност.⁴⁴ Пре заснивања усвојења неопходно је саслушати дете које је навршило пет година живота, родитеље пунолетног усвојеника, хранитеље или

³⁹ ILGA Europe, Annual Review of The Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe, 2014, str. 39, <http://www.certidiritti.org/wp-content/uploads/2014/05/Annual-Review-2014-web-version.pdf>, 22.09.2014.

⁴⁰ §179. ABGB

⁴¹ §179a ABGB

⁴² §180. ABGB

⁴³ §180a ABGB

⁴⁴ §181. ABGB

управника установе у којој се дете налази и стручна лица надлежне службе овлашћене за бригу о младима. Изузетак је предвиђен за случај, да њихово саслушање није могуће или је повезано са знатним тешкоћама, као и у случају када су у својству законског заступника закључили уговор о усвојењу.⁴⁵

Заснивањем усвојења прекида се сроднички однос између усвојеника и његових малолетних потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране. Заснива се сроднички однос између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових потомака. Обавезе биолошких родитеља и њихових сродника које се односе на право на издржавање, мираз и опремање детета, остају на снази у односу на усвојеника и његове малолетне потомке. На снази остаје и обавеза усвојеника да издржава своје биолошке родитеље, која постоји истовремено са обавезом издржавања усвојитеља, осим у ситуацији када су природни родитељи грубо занемаривали своју обавезу издржавања усвојеника пре доношења одлуке о заснивању усвојења. Тада ни усвојеник нема обавезу њиховог издржавања. Заснивањем усвојења настају наследна права између усвојитеља и усвојеника, при чему усвојитељи са својим потомцима имају право првенства у односу на природне родитеље и њихове потомке. Заснивањем усвојења се не гасе међусобна наследна права између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране.⁴⁶

Суд може опозвати сагласност коју је дао на уговор о усвојењу, уколико је испуњен један од разлога предвиђених за поништај усвојења. Тако се усвојење може поништити ако је:

1. у моменту закључења уговора постојала пословна неспособност усвојитеља, а он ни накнадно није изјавио да жели да усвоји, када се усвојење поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;
2. уговор о усвојењу закључило пословно неспособно дете, а законски заступник детета се није накнадно са тим сагласио, усвојење се поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;

⁴⁵ §181a ABGB

⁴⁶ § 182, 182a, 182b ABGB

3. дете усвојено од стране више лица, а та лица нису била у браку, када се усвојење поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;
4. уговор о усвојењу склопљен из нечасних побуда, када усвојење престаје по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;
5. уговор о усвојењу склопљен, а да при том није поштована обавезна писмена форма, када усвојење престаје на захтев једне уговорне стране уколико се захтев постави у року од пет година од дана заснивања усвојења;
6. изјава о сагласности дата под утицајем преваре или принуде, усвојење престаје на захтев уговорне стране или лица које је дало сагласност, уколико се захтев постави у року од годину дана од дана престанка принуде или очавања преваре;
7. продужавање усвојења у супротности са интересима усвојеника, усвојење престаје по службеној дужности;
8. престао брак усвојитеља па усвојење није више у интересу усвојеника. Усвојење престаје на захтев усвојеника и то је једина ситуација када усвојење које се односи на оба супружника може престати само у односу на једног од њих;
9. може престати и на захтев усвојитеља и пословно способног усвојеника.⁴⁷

Престанком усвојења, аутоматски се успоставља сроднички однос између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и сродника са друге стране.⁴⁸

⁴⁷ § 184 – 184a ABGB

⁴⁸ § 185. ABGB

2.2. Међудржавна усвојења

На усвојење детета које је страни држављанин, примењују се исте законске одредбе као и у случају усвојења аустријског држављанина.⁴⁹⁵⁰ Аустрија је ратификовала Хашку конвенцију о саштити деце и сарадњи у области међудржавних усвојења. Њеном ратификацијом, сарадњом између надлежних органа држава и акредитовањем агенција и појединаца који могу учествовати у поступку усвојења, појачава се сигурност у поступцима међународних усвојења и смањује могућност злоупотреба, корупције, отмица и трговине децом. Конвенција гарантује и постадоптивну заштиту.

Заинтересовани усвојиоци подносе захтев централном органу државе у којој имају боравиште. Када се централни органи обе државе сагласе да се може прећи на фазу усвојења и када се утврди да потенцијални усвојиоци испуњавају све потребне услове, приступа се прибављању дозволе за дететово напуштање земље порекла и улазак и стални боравак у држави примаоца (чл. 14 – чл. 19). Највећи значај Конвенције се огледа у аутоматском признавању усвојења и његових дејстава у свим државама уговорницама. Признавање усвојења се односи на признавање правних последица заснивања усвојења и то на признавање: законског односа родитељ – дете између детета и усвојилаца; родитељског права усвојилаца и престанак претходног законског односа између детета и његових биолошких родитеља.

У складу са чланом 6 Хашке конвенције, централни орган у Аустрији је Савезно министарство правде. Постоје три акредитована еервиса за пружање услуга усвојења, а посао обављају у сарадњи са

⁴⁹ Brulard, Yves, Dumont, Letita, Comparative study relating to procedures for adoption among the member states of the EU, Final report – legal analysis, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_adoption_legal_analysis_en.pdf, 23.09.2014.

⁵⁰ Конвенција утврђује обавезу надлежних органа државе да прибаве сагласност за усвојење од лица, институција и органа чији је пристанак неопходан за усвајање и то у законом прописаној форми. Захтева се престанак мајке, али и сагласност детета које је способно, с обзиром на свој узраст, да схвати значај и дејства усвојења. Пристанци не смеју бити измамљени плаћањем или накнадом било које врсте (чл. 4). Надлежни органи државе пријема имају обавезу да утврде да ли усвојиоци испуњавају одговарајуће критеријуме, уколико је потребно да им пруже саветодавну помоћ као и да признају детету право да се стално настани у тој држави и стекне држављанство под олакшаним условима (чл. 5). Државе уговорнице имају обавезу да именују централни орган за извршење обавеза предвиђених Конвенцијом, а више од једног органа могу именовати савезне државе, државе са више правних система и оне које имају аутономне територијалне јединице. Називе и адресе ових тела, државе саопштавају Сталном бироу Хашке конференције за приватно међународно право (чл. 6 – 13). Контакт између потенцијалних усвојитеља и родитеља се забрањује, а надлежни органи се обавезују да чувају податке који се односе на порекло детета и идентитет биолошких родитеља. У складу са законом и након саветодавног разговора, дете може извршити увид у те податке (чл. 30 – 31).

агенцијама за социјалну заштиту младих. Њихов задатак је пружање пуне подршке подносиоцима захтева за усвојење током читавог трајања поступка међународног усвојења. Ангажман им престаје након протекла обавезног двогодишњег мониторинга заснованог усвојења. Дете не стиче аутоматски аустријско држављанство, али добија боравишну дозволу.⁵¹ Захваљујући изменама аустријског Закона о држављанству од 01. августа 2013. године, олакшана је и убрзана процедура за доделу држављанства усвојеном детету, па ће тако дете које још није навршило 14 година моћи да добије држављанство на захтев аустријског усвојитеља, уколико има афирмативан став према држави, додела држављанства не утиче на међународне односе Републике Аустрије и не представља опасност за јавну безбедност. Надлежни орган доноси одлуку у року од шест недеља.⁵² У последње четири године, ово је друга по реду измена закона која се односи на држављанство усвојене деце. До прве измене је дошло након што је Уставни суд Аустрије, у јуну 2008. године, донео одлуку бр. G16/08 којом је члан 12 Закона о држављанству проглашен неуставним, због кршења начела једнаког поступања.⁵³

Анализом статистичких података о закљученим међудржавним усвојењима, закључује се да је Аустрија, слично као и Немачка, чешће држава пријема деце која су пореклом из мање развијених држава, а ређе држава порекла деце коју усвајају страни држављани. Годишње се усвоји од 35 - 50 иностране деце, што указују на чињеницу да је у периоду од 2005 - 2009 године Аустрија имала мању стопу усвојења по глави становника у односу на Немачку. У периоду од 2002. године до 2011. године, 65 малишана аустријског порекла усвојено је у иностранству, и то по једно дете у Шведској и Швајцарској, док је у свим осталим случајевима земља пријема била Немачка.

⁵¹ <http://www.anidoadoption.org/en/programs/austria>, 23.09.2014.

⁵² § 11b. Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985 (NR: GP XXIV RV 2303 2539 S. 215. BR: AB 9057 S. 823.), https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2013_I_136/BGBLA_2013_I_136.pdf, 23.09.2014.

⁵³ На основу овог члана инострана деца, усвојена од стране аустријских држављана, нису могла добити држављанство уколико нису била настањена у Аустрији, чиме се, по мишљењу суда, кршило начело једнаког поступања у случајевима усвојења иностране деце од стране аустријских држављана који живе у иностранству. Допуњена верзија члана 12 ступила је на снагу у јануару 2010. године, предвиђајући изузетак од прописаног услова у ситуацији када родитељ може да докаже легално и трајно боравиште у иностранству у трајању од најмање годину дана. Decision No. G16/08 regarding adopted children of Austrian citizens, <http://eudo-citizenship.eu/caselawDB/docs/AT%20VfGH%20G1608.pdf>, 23.09.2014.

Статистички подаци о броју усвојених аустријских држављана у периоду од 2002-2011. године

Земља пријема	2011	2010	2008	2007	2006	2005	2004	2002	Укупно
Немачка	32	2	8	1	3	11	6		63
Шведска								1	1
Швајцарска	1								1
Укупно	33	2	8	1	3	11	6	1	65

Подаци преузети са Australian Intercountry Adoption Network, доступно на <http://www.aican.org/statistics.php?region=0>, 15.11.2014.

Статистички подаци о броју и пореклу деце усвојене од стране аустријских држављана

Земља порекла	2009	2008	2007	2006	2005	Укупно
Етиопија	11	2	1	10	10	34
Бразил	2					2
Бугарска	2	1		1		4
Гватемала	1		2			3
Индија	4	7	8	1	2	22
Камбоџа	3	7	1	13	21	45
Казахстан	1					1
Колумбија	1					1
Перу	1					1
Филипини	2	1	4			7
Русија	3	5		2	8	18
Сејшели	1					1
Јужна Африка	6	5	9	15	3	38
Тајланд	2		1		1	4
Чешка	1		2	1	2	6
Турска	1	2	1	1	2	7
САД	2					1
Словачка		2	4	1		7
Шри Ланка		2	1	1		4
Украјина		1				1
Литванија			1			1

Молдавија			1			1
Мађарска			2			2
Непал				1	2	3
Грузија					1	1
Укупно	44	35	38	47	52	216

Annual adoption statistics forms, доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010pd05_at.pdf, 16.11.2014.

3. Закључак

У буржоаском праву усвојење се заснивало са циљем продужења породице усвојитеља који није имао децу, када се, с обзиром на његове године живота, могло претпоставити да их неће ни имати. Половином 20. века старосна граница за усвојитеље се спушта и дозвољава се усвојење малолетних лица у циљу њихове заштите. Демократски модел усвојења је тако заменио дотадашњи патријархални модел. Најновије измене законодавстава у овој области крећу се у правцу изједначавања истополних и хетеросексуалних парова у свим правима и обавезама која су везана за заснивање и планирање породице, укључујући и усвојење деце. Истополни парови у Немачкој и Аустрији не могу да закључе брак, али могу да живе у регистрованим партнерствима, са свим правима и обавезама која су им на основу закона призната (у Немачкој од 2001. године, у Аустрији од 2010. године). Они не могу заједнички да усвајају дете, али могу да усвоје биолошко дете свог партнера (у Немачкој од 2004. године, у Аустрији од 2013. године). Аустрија у односу на Немачку касни у доношењу закона у овој области, што је последица конзервативније средине и јачег утицаја католичке цркве. С обзиром на европске законодавне трендове у последњој деценији и преузете међународне обавезе, српски законодавац ће, у скорије време, морати правно да уреди односе између истополних партнера. Међутим, није реално очекивати да ће се у конзервативној средини, попут Србије, одмах законом уредити и право ЛГБТ особа да усвајају децу, узимајући у обзир чињеницу да и између самих чланица ЕУ постоје значајна неслагања у погледу тога да ли таква усвојења треба одобрити и под којим условима. Може се рећи да право изненађење представља Малта, показујући у чему се заиста огледа демократски капацитет једне државе.

Анализа аустријског права у овој области је интересантна, између осталог, и због тога што је она задржала уговорни карактер усвојења, као и одређене обавезе биолошких родитеља, њихових сродника и усвојеника и након заснованог усвојења. Такође, заснивањем усвојења се не гасе међусобна наследна права између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране, што показује одступање од строго затворених процедура усвојења.

У аустријском и немачком праву дозвољено је усвојење пунолетних особа, а минимална старосна граница за усвојитеље је подигнута у односу на наше законодавно решење. Оправданом се чини намера законодавца да у одређеним случајевима дозволи усвојење пунолетних особа, нарочито у ситуацији када се усвајају браћа и сестре, а нека од њих су пунолетна. У вези са тим, интересантно је решење руског законодавства, по коме се рођена браћа и сестре не могу усвајати од стране различитих особа. Такође, минималне старосне границе за усвојитеље од 21 и 25 година у немачком праву и 28 и 30 година у аустријском праву, можда су у ближем додиру са реалношћу. Може се поставити питање да ли је особа од 18 година заиста зрела да заснује усвојење и обавезе се на потпуно давање себе у једном трајном, не само правном, већ и емотивном односу? Иако се законом стиче пословна способност са 18 година, та старосна граница не би нужно требала да се подудара са минималним узрастом потенцијалних усвојитеља. Ово су питања која би се могла размотрити у оквиру неких будућих измена породичног законодавства, у циљу унапређења постојећих решења.

Ana Čović, Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

GERMAN AND AUSTRIAN ADOPTION LAW

Summary

The paper will analyze the provisions of the German Civil Code and the Austrian Civil Code which governing institution of adoption, with reference to the position of LGBT people in this area. At the international level, this area is governed by the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in inter-country adoption which was ratified by Germany and Austria. Although basing intercountry adoption changes the state of origin of the child, with the possibility of some abuse in practice, the fact is that for children, when we can not find adopters among local citizens, it is often the best option . For this reason, it is interesting to see, what is the prevailing trend when it comes to establishing international adoptions in Germany and Austria.

Keywords: adoption, the law of Germany, the law of Austria, inter-country adoption, the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Inter-Country Adoption.