

Odmowa zgody na adopcję dziecka partnerki homoseksualnej

X i inni przeciwko Austrii (wyrok – 19 lutego 2013r., Wielka Izba, skarga nr 19010/07)

Skarżącymi były dwie kobiety żyjące w ustabilizowanym związku homoseksualnym oraz syn jednej z nich. Urodził się on poza małżeństwem i matka sprawowała nad nim wyłączną opiekę. Mieszkali razem, a obie kobiety wspólnie opiekowały się dzieckiem. Chcąc stworzyć więź prawną między partnerką matki i dzieckiem, bez zerwania jego związku z matką, spisały w lutym 2005 r. umowę o adopcji i przedstawiły ją do zatwierdzenia przez właściwy sąd rejonowy. Świadome tego, iż przepisy kodeksu cywilnego wykluczały adopcję dziecka jednego z partnerów pary tej samej płci bez zrywania związku z naturalnym rodzicem, skarżące zwróciły się do Trybunału Konstytucyjnego o uznanie ich za niekonstytucyjne z powodu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Trybunał Konstytucyjny odrzucił skargę jako niedopuszczalną, bo toczyło się wtedy postępowanie przed sądem rejonowym.

W październiku 2005 r. sąd rejonowy odmówił zatwierdzenia umowy adopcyjnej stwierdzając, że zgodnie z kodeksem cywilnym w przypadku adopcji przez jedną osobę rodzic adopcyjny zastępował rodzica naturalnego tej samej płci, z którym związek dziecka ulegał zerwaniu. W tym przypadku adopcja dziecka doprowadziłaby do zerwania jego więzi prawnej z matką, ale nie z ojcem. Sąd okręgowy oddalił odwołanie skarżących. Dodał on do uzasadnienia sądu rejonowego, że prawo austriackie, chociaż nie precyzuje terminu „rodzice”, w pełni obejmuje nim również dwie osoby tej samej płci. W sytuacji, gdy - tak jak w tej sprawie - dziecko ma oboje rodziców, nie ma potrzeby zastępowania jednego z nich przez rodzica adopcyjnego. Sąd odnotował, że dziecko utrzymywało regularne kontakty ze swoim ojcem. Nie zajął się kwestią, czy – jak twierdziły skarżące – były podstawy do uznania, iż istniały wyjątkowe okoliczności pozwalające na nieuwzględnienie odmowy ojca zgody na adopcję. We wrześniu 2006 r. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną twierdząc, że adopcja dziecka przez żeńską partnerkę jego matki jest prawnie niemożliwa. Uważał, że przepisy kodeksu cywilnego w tym zakresie nie były niekonstytucyjne.

W skardze do Trybunału znalazł się zarzut dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (art. 14 w połączeniu z art. 8 Konwencji) z powodu braku rozsądnego i obiektywnego uzasadnienia zezwolenia na adopcję dziecka jednego z partnerów przez drugiego w przypadku par heteroseksualnych, niezależnie od tego, czy byli związani małżeństwem, a równocześnie zakazu podobnej adopcji w przypadku par homoseksualnych.

Jako strony trzecie wystąpiło w tej sprawie wiele rozmaitych organizacji i instytucji, wśród nich prokurator generalny Irlandii Północnej.

W związku z kwestią stosowania art.14 Konwencji w połączeniu z art.8 Trybunał przypomniał, że rozpatrzył wiele spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w sferze życia prywatnego i rodzinnego. Niektóre, rozpatrywane wyłącznie na podstawie art.8, dotyczyły zakazu w prawie karnym stosunków homoseksualnych między dorosłymi oraz usunięcia homoseksualistów z sił zbrojnych. W innych wchodził w grę art.14 w połączeniu z art.8. Chodziło o różnicowanie w prawie karnym wieku zgody na stosunki homoseksualne, przyznanie praw rodzicielskich, zgodę na adopcję dziecka, prawo do wejścia w stosunek najmu mieszkania po

zmarłym partnerze, prawo do ubezpieczenia społecznego a także kwestii dostępu pary tej samej płci do małżeństwa lub alternatywnej formy uznania prawnego.

W tej sprawie skarżący sformułowali swój zarzut na podstawie art.14 w połączeniu z art.8, twierdząc, że cała trójka wspólnie prowadziła życie rodzinne. Rząd nie kwestionował stosowania obu tych artykułów a Trybunał nie miał powodu do odmiennego podejścia. Potwierdził, że relacje żyjącej ze sobą razem pary tej samej płci w stabilnym faktycznym związku mieszczą się w pojęciu “życie rodzinne” podobnie, jak związek pary odmiennej płci w takiej samej sytuacji.

W tym przypadku obie kobiety były ustabilizowaną parą tej samej płci. Żyły ze sobą razem przez wiele lat, a dziecko dzieliło z nimi dom. Jego matka z partnerką wspólnie się nim zajmowały. Trybunał uznał więc, że relacje między całą trójką oznaczały życie rodzinne w rozumieniu art.8 Konwencji. Tak więc art.14 w połączeniu z art.8 Konwencji miał zastosowanie.

Orientacja seksualna jest objęta ochroną art.14. Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że podobnie jak ze względu na płeć, różnice wynikające z orientacji seksualnej wymagają na swoje uzasadnienie szczególnie poważnych racji albo - jak czasami stwierdzał - szczególnie przekonujących i ważkich powodów. Jeśli powodem różnicy traktowania jest płeć lub orientacja seksualna, margines swobody państwa jest wąski. Na podstawie Konwencji nie da się zaakceptować różnic dyktowanych wyłącznie względami orientacji seksualnej.

W kontekście adopcji przez homoseksualistów można wyróżnić trzy typy sytuacji. Po pierwsze, dana osoba może chcieć adoptować dziecko sama (adopcja indywidualna). Po drugie, jeden z partnerów pary tej samej płci może chcieć zaadoptować dziecko drugiego partnera tak, aby obaj partnerzy czy obie partnerki posiadały prawnie uznany status rodzicielski (adopcja dziecka partnera (partnerki)). Wreszcie, para tej samej płci może chcieć wspólnie zaadoptować dziecko (adopcja wspólna).

Dotychczas Trybunał rozpatrywał dwie sprawy dotyczące indywidualnej adopcji przez homoseksualistów oraz jedną dotyczącą adopcji dziecka partnera (partnerki) w parze tej samej płci.

W sprawie *Fretté v. Francja* (wyrok z 26 lutego 2002r.) władze odmówiły zgody na adopcję stwierdzając, że ze względu na jego “styl życia” (w znaczeniu jego homoseksualności) skarżący nie dawał gwarancji wymaganych przy adopcji dziecka. Trybunał stwierdził, że prawo francuskie umożliwiało każdej niezamężnej osobie – mężczyźnie lub kobiecie – wystąpienie o zgodę na adopcję. Władze francuskie odmówiły skarżącemu z powodu – chociaż w sposób dorozumiany - jego orientacji seksualnej. Zdaniem Trybunału decyzje władz realizowały uprawniony cel, a więc ochrony zdrowia i praw dzieci, których mogła dotyczyć procedura adopcyjna. Przy ocenie, czy różnica traktowania była usprawiedliwiona, Trybunał odnotował w szczególności, iż w tej dziedzinie istniała niewielka wspólna płaszczyzna między państwami Rady Europy. Prawo znajduje się w nich - jak się wydaje - w stadium przejściowym. W takich sprawach władze krajowe powinny korzystać z szerokiego marginesu swobody. W związku z konkurującymi ze sobą interesami skarżącego i dzieci przygotowanych do adopcji, Trybunał odnotował, że społeczność naukowa jest podzielona w sprawie możliwych konsekwencji wychowywania dzieci przez jednego lub więcej partnerów seksualnych i zwrócił szczególną uwagę na ograniczoną liczbę badań naukowych na ten temat opublikowanych w owym czasie. Trybunał uważał więc,

że odmowa władz zgody na adopcję nie naruszyła zasady proporcjonalności i w rezultacie, zarzucona różnica traktowania nie była dyskryminująca w rozumieniu art.14 Konwencji.

W wyroku Wielkiej Izby w sprawie E.B. v. Francja (z 22 stycznia 2008r.) Trybunał – ponownie badając sprawę na podstawie art. 14 w połączeniu z art.8 - zajął odmienne stanowisko. Przeanalizował szczegółowo argumentację władz francuskich, które odmówiły zgody na adopcję przez skarżącą żyjącą z inną kobietą w stabilnym związku tej samej płci. Trybunał zauważył, że władze krajowe oparły swoje decyzje na dwóch głównych podstawach, braku “wzorca ojcowskiego” w domu wnioskującej o adopcję lub bliskim kręgu jej rodziny i przyjaciół oraz braku przywiązania ze strony jej partnerki. Dodał, że obie te podstawy stanowiły część ogólnej oceny sytuacji skarżącej. Chociaż druga podstawa nie była nieuzasadniona, pierwsza w sposób dorozumiany wiązała się z homoseksualnością skarżącej. Powołanie się władz na nią było zbyt daleko idące w kontekście wniosku pojedynczej osoby o zgodę na adopcję. W podsumowaniu Trybunał stwierdził, że jej orientacja seksualna była w tym wypadku stale w centrum debaty i miała rozstrzygające znaczenie dla decyzji o odmowie zgody na adopcję. Trybunał stwierdził, że jeśli powody przemawiające za zróżnicowanym traktowaniem wynikały wyłącznie z orientacji seksualnej, oznaczało to dyskryminację na podstawie Konwencji. Zauważył, że w prawie francuskim osoba samotna mogła adoptować dziecko. Bezsporne było, że otwierało to możliwość adopcji również przez samotną osobę homoseksualną. Przez odmowę zgody na adopcję władze francuskie dokonały zróżnicowania ze względu na orientację seksualną, którego nie dało się zaakceptować na podstawie Konwencji. W rezultacie Trybunał stwierdził naruszenie art.14 w połączeniu z art.8.

Sprawa Gas i Dubois (wyrok z 15 marca 2012r.) dotyczyła dwóch kobiet tworzących parę tej samej płci, która zawarła partnerstwo cywilne zgodnie z prawem francuskim. Jedna z nich była matką dziecka poczętego w drodze wspomaganej prokreacji. Zgodnie z prawem francuskim była ona jedynym rodzicem dziecka. Skarżące zarzuciły na podstawie art.14 w połączeniu z art.8 Konwencji brak możliwości adopcji przez jednego partnera dziecka drugiego. Chciały one uzyskać zgodę na zwykłą adopcję, aby stworzyć więź rodzic – dziecko między dzieckiem i partnerką jego matki z możliwością dzielenia się przez nie odpowiedzialnością rodzicielską. Sądy krajowe odmówiły twierząc, że oznaczałoby to przeniesienie praw rodzicielskich z matki dziecka na jej partnerkę, co nie leżało w jego interesie. Trybunał zbadał tę sytuację w porównaniu z parą związaną małżeństwem. Zauważył, że w razie zwykłej adopcji wyłącznie pary małżeńskie mogły zgodnie z prawem francuskim dzielić prawa rodzicielskie. W sytuacji, gdy państwa Konwencji nie musiało zapewnić dostępu do małżeństwa parom tej samej płci, oraz biorąc pod uwagę szczególny status małżeństwa, sytuacji prawnej skarżących nie można było porównać do pary małżeńskiej. W przypadku niezwiązanym małżeństwem par odmiennej płci, żyjących - podobnie jak skarżący - w partnerstwie cywilnym, Trybunał zauważył, że również w nich nie można było adoptować dziecka partnera (partnerki) . Tak więc nie istniała różnica traktowania ze względu na orientację seksualną. Trybunał uznał więc, że nie było naruszenia art.14 w połączeniu z art.8.

Czy skarżące były w sytuacji istotnie podobnej do pary małżeńskiej płci odmiennej, w której jeden z małżonków chciałby adoptować biologiczne dziecko drugiego z nich?

Trybunał odpowiedział ostatnio negatywnie na to pytanie we wspomnianej sprawie Gas and Dubois. W sprawie X. uznał za właściwe powtórzenie i potwierdzenie tamtych wniosków. Art.12

Konwencji nie nakłada na państwa Konwencji obowiązku umożliwienia parom tej samej płci zawarcia małżeństwa. Prawa do małżeństwa między osobami tej samej płci nie można również wywieść z art.14 w połączeniu z art.8. Jeśli państwo decyduje się przyznać parze tej samej płci alternatywne środki uznania prawnego, ma pewną swobodę wyboru szczegółów takiego statusu. Trybunał systematycznie potwierdzał, że małżeństwo przyznaje specjalny status osobom, które je zawierają. Korzystanie z prawa do małżeństwa jest chronione przez art.12 Konwencji i rodzi konsekwencje społeczne, osobiste i prawne.

W kwestii adopcji prawo austriackie tworzy w istocie specjalny system prawny dla par małżeńskich. Wyłącznie one mogą uzyskać zgodę na wspólną adopcję. Z kolei, adopcja przez pary małżeńskie może być co do zasady wyłącznie wspólna. Adopcja dziecka partnera (partnerki) dziecka drugiego małżonka jest możliwa, ale tylko wyjątkowo.

Z tych względów Trybunał uznał, że para skarżących nie była w istotnie podobnej sytuacji do pary małżeńskiej w związku z kwestią adopcji dziecka partnera (partnerki). W rezultacie nie doszło do naruszenia art. 14 w połączeniu z art.8 (jednogłośnie).

Skarżące podkreśliły, że zgodnie z prawem austriackim adopcja dziecka partnera (partnerki) była możliwa nie tylko przez pary związane małżeństwem, ale również nie związane nim pary heteroseksualne, natomiast było to prawnie niemożliwe w przypadku par tej samej płci.

Przy ocenie, czy skarżące znajdowały się w istotnie podobnej sytuacji Trybunał zauważył, że w przeciwieństwie do małżeństwa, nie twierdziły one, że istniał specjalny status prawny odróżniający nie związane małżeństwem pary heteroseksualne od par tej samej płci. Trybunał zgodził się, że skarżące, które chciały stworzyć więź prawną między jedną z nich i dzieckiem, były w istotnie podobnej sytuacji do pary heteroseksualnej, w której jeden z partnerów chce adoptować dziecko drugiego.

Przy ocenie, czy doszło do różnicy traktowania ze względu na orientację seksualną Trybunał zauważył, że prawo austriackie zezwala na adopcję dziecka partnera (partnerki) przez nie związaną małżeństwem parę heteroseksualną. W kategoriach ogólnych, jednostki mogą adoptować na podstawie art. 179 kodeksu cywilnego, a nie w art. 182 ust. 2 k.c., który reguluje skutki adopcji nie stoi na przeszkodzie, aby jeden z partnerów w nie związanej małżeństwem parze heteroseksualnej adoptował dziecko drugiego z nich bez zerwania więzi prawnych między tym partnerem i dzieckiem. Nie jest to natomiast prawnie możliwe w przypadku pary homoseksualnej. Wynika to z art. 182 ust. 2 k.c., zgodnie z którym każda osoba adoptująca zastępuje biologicznego rodzica tej samej płci. W tej sprawie, w sytuacji, gdy wchodziła w grę kobieta, adopcja przez nią dziecka partnerki mogła jedynie zerwać jego związek z matką będącą jej partnerką homoseksualną. Adopcja nie mogła więc służyć budowaniu w tym przypadku relacji rodzic – dziecko jako uzupełnienia jego związku z matką. Neutralny na pierwszy rzut oka, art. 182 ust. 2 k.c. wykluczał adopcję dziecka partnera (partnerki) w parze tej samej płci.

Trybunał zauważył, że od wejścia w życie 1 stycznia 2010r. ustawy o zarejestrowanym partnerstwie pary tej samej płci mogą zawrzeć taki związek. Skarżące z tego nie skorzystały. Niczego by to jednak nie zmieniło, bo art. 8(4) tej ustawy wyraźnie zakazuje adopcji dziecka jednego z partnerów przez drugiego.

Tak więc nie było wątpliwości, iż ustawodawstwo wchodzące w grę prowadziło do różnicy między nie związanymi małżeństwem parami odmiennej i tej samej płci w związku z adopcją dziecka partnera (partnerki). Zgodnie z obowiązującym prawem w przypadku skarżących adopcja dziecka partnera (partnerki) była i nadal jest niemożliwa. Byłoby tak również, gdyby ojciec biologiczny dziecka zmarł, był nieznan albo istniały powody nieuwzględnienia odmowy przez niego zgody na adopcję. Byłoby to niemożliwe nawet, gdyby ojciec dziecka na nią się zgodził.

Rząd jednak twierdził, że nie było dyskryminacji. Uważał, że skarżące domagały się od Trybunału abstrakcyjnej kontroli prawa. Biorąc pod uwagę treść decyzji sądów krajowych Trybunał nie zgodził się z argumentem rządu. Przede wszystkim sądy krajowe wyraźnie stwierdziły, że wnioskowana adopcja nie była możliwa. Sąd rejonowy wskazał wyłącznie brak możliwości prawnej. Nie przeprowadził żadnego badania okoliczności tej sprawy. W szczególności nie zajął się kwestią, czy ojciec dziecka zgodził się na adopcję lub czy istniały jakiegokolwiek podstawy do nieuwzględnienia jego odmowy.

Podobnie uczynił sąd okręgowy, który wziął jednak pod uwagę również niektóre inne czynniki. Wyraził wątpliwości, czy w postępowaniu adopcyjnym dziecko mogło być reprezentowane przez matkę, biorąc pod uwagę możliwy konflikt interesów. Stwierdził jednak, że kwestia ta nie wymagała rozstrzygnięcia, bo sąd rejonowy prawidłowo odmówił zgody na adopcję bez żadnego dalszego postępowania. Z niczego nie wynikało, iż sąd okręgowy przesłuchał kogokolwiek z zainteresowanych. Ograniczył się do stwierdzenia - na podstawie akt - że ojciec utrzymywał regularne kontakty z synem. Nie zajął się kwestią, czy istniały podstawy do nieuwzględnienia odmowy ojca.

Przeciwnie, dużo miejsca poświęcił na fakt, iż pojęcie “rodzice” w austriackim prawie rodzinnym oznaczało dwie osoby odmiennej płci. Zwrócił uwagę również na interes dziecka zachowania kontaktu z obojgiem rodziców odmiennej płci, co jego zdaniem wyraźnie przemawiało przeciwko zgodzie na adopcję dziecka przez partnera płci tej samej, co jedno z jego rodziców. Zbadał również, czy obowiązujące prawo dotyczące adopcji dyskryminowało partnerów tej samej płci.

Innym ważnym elementem do rozważenia był fakt, że sąd okręgowy uznał skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego za dopuszczalną, ponieważ nie istniało w tym zakresie żadne orzecznictwo. Zdaniem Trybunału, było to całkowicie sprzeczne z twierdzeniem rządu, że w tym przypadku brak prawnej możliwości adopcji dziecka partnera (partnerki) w parze tej samej płci nie odgrywał żadnej roli.

Sąd Najwyższy potwierdził, że na podstawie art. 182 ust.1 k.c. adopcja dziecka przez partnerkę jego matki biologicznej była prawnie niemożliwa. Uważał, że przepis ten był zgodny z art.14 w połączeniu z art.8, bo mieścił się w granicach swobody państwa. Potwierdził również, że ze względu na brak prawnej możliwości wnioskowanej adopcji, nie było potrzeby badać, czy zostały spełnione warunki do wyjątkowego nieuwzględnienia odmowy ojca.

W rezultacie Trybunał oddalił argument rządu, iż skarżący nie zostali dotknięci zróżnicowaniem prawnym wynikającym z art. 182 ust. 2 k.c. Zdaniem Trybunału brak możliwości prawnej wnioskowanej adopcji był przez cały czas w centrum rozważań sądów. Fakt ten uniemożliwiał sądom krajowym zbadanie w jakikolwiek rozsądny sposób, czy adopcja pozostawała w interesie

dziecka. W rezultacie, nie zbadały one szczegółowo okoliczności tej sprawy. Ponadto, nie oceniły, czy istniały jakiegokolwiek powody mogące usprawiedliwić nieuwzględnienie odmowy ojca. Rząd twierdził, że skarżące nie poparły wystarczająco zarzutu, iż istniały takie powody i podkreślił, że nie domagały się one w tym zakresie żadnej formalnej decyzji. Trybunał ograniczył się do odnotowania, że sądy krajowe nie oddaliły twierdzeń skarżących na żadnej z tych podstaw.

Gdyby skarżące były nie związaną małżeństwem parą heteroseksualną, sądy krajowe nie mogłyby co do zasady odmówić uwzględnienia wniosku o zgodę na adopcję. Musiałyby zbadać, czy adopcja służyła interesowi dziecka. Gdyby ojciec dziecka nie wyraził na nią zgody, sądy musiałyby ocenić, czy istniały wyjątkowe okoliczności, które usprawiedliwiałyby nieuwzględnienie jego odmowy.

W rezultacie skarga nie była w żadnym sensie *actio popularis*. Skarżące były bezpośrednio dotknięte zarzuconymi przepisami. Ich badanie nie odbywało się w sposób abstrakcyjny: blankietowy zakaz wchodzący w grę, ze względu na samą swoją naturę, wyłączał okoliczności faktyczne tej sprawy spod zakresu badania zarówno przez sądy krajowe jak i Trybunał.

Trybunał dodał, że na pierwszy rzut oka mogło się wydawać, że różnica traktowania dotyczyła głównie skarżącej traktowanej inaczej niż partner w parze heteroseksualnej nie związanej małżeństwem chcący adoptować dziecko drugiego partnera. Jednak wszyscy troje skarżących prowadzili wspólne życie rodzinne, a wniosek o zgodę na adopcję miał umożliwić uzyskanie jego prawnego uznania. W rezultacie wszyscy troje byli bezpośrednio dotknięci zróżnicowanym traktowaniem wchodzącym w grę i mogli uważać się za pokrzywdzonych zarzuconym naruszeniem.

Rząd podniósł na koniec inny argument – a więc, że brak prawnej możliwości zgody na adopcję nie był dyskryminujący, bo nie wynikał z orientacji seksualnej obu kobiet. Trybunał nie zgodził się z tym. Uznał, że doszło do różnicy traktowania między skarżącymi i parą heteroseksualną nie związaną małżeństwem, w której jeden z partnerów starał się adoptować dziecko drugiego partnera. Różnica ta nierozdzielnie wiązała się z faktem, że obie panie stanowiły parę tej samej płci, a więc była oparta na ich orientacji seksualnej.

Sprawa różniła się więc od sprawy Gas and Dubois, w której Trybunał stwierdził, że w prawie francuskim nie istniała różnica traktowania ze względu na orientację seksualną między parami heteroseksualnymi i homoseksualnymi, bo adopcja dziecka partnera (partnerki) nie była dostępna żadnej z nich.

Chociaż wynikało to z wcześniejszych wywodów, Trybunał uważał za stosowne podkreślenie, że sprawa ta nie dotyczyła kwestii, czy wniosek skarżących o zgodę na adopcję powinien być w danych okolicznościach uwzględniony. W rezultacie, nie miała znaczenia rola ojca dziecka lub powody nieuwzględnienia jego odmowy. Wszystkie te kwestie należałyby do sądów krajowych, gdyby mogły merytorycznie zbadać przedmiot wniosku o adopcję.

Kwestia, jaka stała przed Trybunałem, dotyczyła faktu, że adopcja dziecka przez partnerkę homoseksualną matki dziecka była niezależnie od wszystkiego prawnie niemożliwa zgodnie z art. 182 ust. k.c. Gdyby jednak chodziło o adopcję dziecka przez partnera (partnerkę) w

przypadku pary heteroseksualnej nie związanej małżeństwem, sądy krajowe musiałyby zbadać przedmiot takiego wniosku o zgodę.

Sprawę tę można było postrzegać na tle szerszej debaty o prawach rodzicielskich par tej samej płci, Trybunał nie musiał jednak rozstrzygać o kwestii adopcji dziecka partnera (partnerki) przez pary tej samej płci jako takiej, ani tym bardziej o kwestii adopcji przez pary tej samej płci generalnie. Musiał natomiast rozstrzygnąć wąsko określony problem zarzuconej dyskryminacji między nie związanymi małżeństwem par heteroseksualnych i homoseksualnych w sytuacji adopcji dziecka partnera (partnerki).

Trybunał potwierdził, że zakaz dyskryminacji zawarty w art.14 wykracza poza korzystanie z praw i wolności, które państwa muszą zagwarantować na podstawie Konwencji i protokołów do niej. Ma zastosowanie również do tych dodatkowych praw, mieszczących się w ogólnym zakresie któregoś z artykułów Konwencji, które państwo dobrowolnie zdecydowało się zapewnić. Chociaż art.8 nie gwarantuje prawa do adopcji, Trybunał już wcześniej stwierdził, w związku z adopcją przez samotnego homoseksualistę, że państwo, które przyjmuje prawo wykraczające poza jego obowiązki na podstawie art.8 Konwencji, nie może go stosować w sposób dyskryminujący w rozumieniu art.14.

W kontekście tej sprawy Trybunał odnotował, że nie istniał obowiązek na podstawie art.8 Konwencji rozciągnięcia prawa do adopcji dziecka partnera (partnerki) na pary nie związane małżeństwem. Prawo austriackie jednak zezwala na taką adopcję. Musiał więc zbadać, czy jego odmowa dla (nie związanych małżeństwem) par tej samej płci służyła uprawnionemu celowi i była proporcjonalna.

Trybunał zgodził się, że ochrona rodziny w sensie tradycyjnym jest co do zasady ważkim i uprawnionym powodem mogącym usprawiedliwiać różnicę traktowania. Nie trzeba przypominać, że ochrona interesów dziecka jest również uprawnionym celem. Pozostało więc upewnić się, czy w okolicznościach tej sprawy zachowana została zasada proporcjonalności.

Trybunał potwierdził zasady wynikające z jego orzecznictwa. Cel ochrony rodziny w tradycyjnym sensie jest raczej abstrakcyjny i możliwa jest duża gama konkretnych środków jego realizacji. Również ze względu na to, że Konwencja jako żywy instrument musi być interpretowana w dzisiejszych warunkach, państwo – wybierając środki ochrony rodziny oraz zabezpieczając poszanowanie życia rodzinnego zgodnie z wymaganiami art.8 - musi brać pod uwagę przemiany w społeczeństwie oraz zachodzące zmiany w postrzeganiu kwestii statusu społecznego, cywilnego i dotyczących relacji międzyludzkich, w tym fakt, że nie ma wyłącznie jednego wiodącego sposobu lub wyboru życia rodzinnego lub prywatnego.

W sprawach, w których margines swobody oceny jest wąski, jak w przypadku różnicy traktowania ze względu na płeć lub orientację seksualną, zasada proporcjonalności nie tylko wymaga, aby wybrany środek był zasadniczo odpowiedni do osiągnięcia realizowanego celu. Należy również wykazać, że konieczne było wykluczenie określonych kategorii osób - w tym przypadku żyjących w związkach homoseksualnych - z zakresu stosowania przepisów wchodzących w grę.

Ciężar dowodu spoczywał na rządzie, który miał obowiązek wykazać, że ochrona rodziny w tradycyjnym sensie a bardziej konkretnie, ochrona interesów dziecka, wymagała uniemożliwienia parom tej samej płci adopcji dziecka partnera (partnerki), która jest otwarta dla nie związanych małżeństwem par heteroseksualnych.

Trybunał powtórzył, że art. 182 ust. 2 k.c. zawiera absolutny chociaż dorozumiany zakaz adopcji dziecka partnera (partnerki) w parach tej samej płci. Rząd nie przedstawił żadnego konkretnego argumentu ani wyników badań naukowych czy innego dowodu wskazującego, że rodzina z dwojgiem rodziców tej samej płci nie mogłaby odpowiednio zaspokoić potrzeb dziecka. Przeciwnie, zgodził się, że osoby żyjące w parach tej samej płci mogą być tak samo odpowiednie albo nieodpowiednie jak w parach płci odmiennej, jeśli chodzi o adopcję dzieci. Ponadto, rząd stwierdził, że k.c. nie miał na celu wykluczenia partnerów homoseksualnych z adopcji dziecka partnera (partnerki). Podkreślił jednak, że ustawodawca chciał uniknąć sytuacji, w której dziecko prawnie miałoby dwie matki albo dwóch ojców. Wyraźne wykluczenie adopcji dziecka partnera (partnerki) w parach tej samej płci zostało wprowadzone dopiero w ustawie o zarejestrowanym partnerstwie z 2010r., która jeszcze nie obowiązywała w okresie, którego dotyczyła ta sprawa.

Trybunał już wcześniej ustosunkował się do argumentu, iż celem k.c. nie było wykluczenie partnerów tej samej płci. Ustawa o zarejestrowanym partnerstwie, chociaż nie miała w tym w wypadku bezpośredniego znaczenia, mogła rzucić światło na powody zakazu adopcji dziecka partnera (partnerki) w przypadku par tej samej płci. Raport wyjaśniający do jej projektu jedynie stwierdzał, że art. 8(4) został do niej włączony w rezultacie powtarzających się żądań w procesie konsultacji. Innymi słowy, odzwierciedlał on jedynie stanowisko tych odłamów społeczeństwa, które sprzeciwiają się idei otwarcia możliwości adopcji dziecka partnera (partnerki) w parach tej samej płci.

Trybunał dodał, że ustawodawstwo austriackie było – jak się wydaje - niespójne. Adopcja przez jedną osobę, w tym homoseksualną, jest możliwa. Jeśli ma ona zarejestrowanego partnera, musi on wyrazić swoją zgodę. Ustawodawca zgadza się więc, że dziecko może wychowywać się w rodzinie opartej na parze tej samej płci i przyznaje w ten sposób, że nie jest to szkodliwe dla dziecka. Prawo austriackie jednak obstawało przy tym, aby dziecko nie miało dwóch matek albo dwóch ojców.

Trybunał uznał za przekonujący argument skarżących, że rodziny faktyczne oparte na parach tej samej płci istnieją, ale odmawia się im możliwości uzyskania prawnego uznania i ochrony. Zauważył, że w przeciwieństwie do adopcji indywidualnej albo łącznej, która zwykle ma stworzyć związek z dzieckiem wcześniej nie związanym z adoptującym, adopcja dziecka partnera (partnerki) służy do objęcia prawami w stosunku do dziecka partnera jednego z rodziców dziecka. Trybunał sam często podkreślał znaczenie prawnego uznania faktycznego życia rodzinnego.

Wszystkie te względy – istnienie faktycznego życia rodzinnego między skarżącymi, znaczenie możliwości uzyskania jego prawnego uznania, brak dowodów wskazujących na szkodliwość wychowywania dziecka przez parę tej samej płci albo prawnego posiadania dwóch matek lub dwóch ojców a zwłaszcza przyznanie przez rząd, że pary tej samej płci mogą tak samo adoptować dziecko partnera (partnerki) jak pary płci odmiennej – rodziły znaczne wątpliwości co

do proporcjonalności absolutnego zakazu adopcji dziecka partnera (partnerki) w parach homoseksualnych, który wynika z art.182 ust. 2 k.c. Przy braku innych szczególnie przekonujących i ważkich racji przemawiających za takim absolutnym zakazem, dotychczas wskazane względy wydawały się raczej przemawiać za zezwoleniem sądom na badanie każdego indywidualnego przypadku. Wydaje się to również bardziej zgodne z najlepszymi interesami dziecka, które są kluczowym pojęciem we wchodzących w grę dokumentach międzynarodowych.

Rząd twierdził również - powołując się na art.8 Konwencji - że w sferze prawa adopcyjnego swoboda państwa jest szeroka. Musi ono starannie poszukiwać równowagi między interesami wszystkich zaangażowanych osób. Uważał, że w tym przypadku była ona nawet szersza, bo w Europie nie ma zgody w sprawie adopcji dziecka partnera (partnerki) przez pary tej samej płci.

Trybunał zauważył, że zakres swobody państwa na podstawie art.8 Konwencji zależy od wielu czynników. Jeśli wchodzi w grę szczególnie ważny element istnienia lub tożsamości jednostki, margines państwa zwykle jest ograniczony. Przy braku zgody między państwami Rady Europy zarówno co do względnego znaczenia interesu wchodzącego w grę jak i środków jego ochrony, zwłaszcza gdy sprawa rodzi delikatne kwestie moralne lub etyczne, margines ten jest szerszy. Trybunał potwierdził jednak, że gdy wchodzi w grę badanie z punktu widzenia art.14 Konwencji kwestii dyskryminacji ze względu na płeć lub orientację seksualną, margines swobody państwa jest wąski.

Ponadto, i wyłącznie w celu odpowiedzi na twierdzenie rządu, iż nie ma europejskiej zgody, Trybunał przypomniał, że kwestia, jaka znalazła się przed Trybunałem nie dotyczy ogólnie możliwości adopcji dziecka partnera (partnerki), ale różnicy traktowania między nie związanymi małżeństwem parami płci odmiennej i parami tej samej płci w przypadku adopcji tego rodzaju. W rezultacie, jedynie dziesięć państw Rady Europy, które zezwalają na taką adopcję można przyjąć za podstawę do porównań. W tej grupie sześć jednakowo traktuje pary płci odmiennej i tej samej, a cztery zajmują takie same stanowisko, jak Austria. Trybunał uważał, że próbka ta była zbyt wąska, aby można było wyciągać z niej wnioski o istnieniu lub nie zgody wśród państw Rady Europy.

Zdaniem Trybunału, to samo odnosi się do konwencji z 2008r. o adopcji dzieci. Po pierwsze, nie została ona ratyfikowana przez Austrię. Po drugie, ze względu na niską liczbę ratyfikacji można wątpić, czy odzwierciedla dzisiejszą wspólną płaszczyznę państw europejskich. W każdym razie, art. 7 ust.1 tej konwencji przewiduje, iż państwa powinny zezwolić na adopcję przez dwie osoby płci odmiennej (związane małżeństwem albo, jeśli taka instytucja istnieje, są zarejestrowanymi partnerami) albo przez jedną osobę. Na podstawie art. 7 ust. 2 państwa mogą rozciągnąć zakres jej stosowania na pary tej samej płci związane małżeństwem lub partnerstwem cywilnym oraz na "pary płci odmiennej i homoseksualne żyjące wspólnie w stabilnym związku". Z art. 7 ust.2 nie wynika więc swoboda państw zróżnicowanego traktowania par heteroseksualnych i tej samej płci żyjących w stabilnym związku. W tym samym kierunku wydaje się iść rekomendacja Komitetu Ministrów z 31 marca 2010 (CM/Rec (2010)5) wzywająca państwa członkowskie do zapewnienia, aby prawa i obowiązki par nie związanych małżeństwem miały zastosowanie w sposób niedyskryminujący do par homoseksualnych i heteroseksualnych. W każdym razie nawet, gdyby interpretacja art. 7 ust. 2 konwencji z 2008r. miała prowadzić do

innego rezultatu, państwa nadal odpowiadają na podstawie Konwencji w związku z zobowiązaniami traktatowymi przyjętymi przez nie po wejściu jej w życie.

Trybunał zdawał sobie sprawę, że znalezienie równowagi między ochroną rodziny w jej tradycyjnym sensie i prawami mniejszości seksualnych na podstawie Konwencji jest z natury rzeczą zadaniem trudnym i delikatnym, które może wymagać od państwa pogodzenia sprzecznych ze sobą poglądów i interesów postrzeganych przez zainteresowane strony jako pozostające wobec siebie w fundamentalnej opozycji. Trybunał stwierdził jednak, że rząd nie przedstawił żadnych szczególnie ważkich i przekonujących powodów, aby wykazać, iż wykluczenie adopcji dziecka partnera (partnerki) w przypadku pary tej samej płci – mimo zgody na taką możliwość w przypadku pary heteroseksualnej nie związanej małżeństwem - było konieczne, aby chronić rodzinę w tradycyjnym sensie albo interesy dziecka. Zróżnicowanie nie było więc zgodne z Konwencją.

Trybunał po raz kolejny podkreślił, że sprawa ta nie dotyczyła kwestii, czy wnioski skarżących o zgodę na adopcję powinien być w okolicznościach tej sprawy uwzględniony, ale tego, czy skarżący nie byli dyskryminowani, bo sądy nie mogły zbadać w żaden rozsądny sposób, czy wnioskowana adopcja leżała w interesie dziecka. Powodem było to, iż niezależnie od wszystkiego była ona prawnie niemożliwa.

Trybunał stwierdził, że nastąpiło naruszenie art.14 w połączeniu z art.8 (stosunkiem głosów dziesięć do siedmiu).

Austria musi zapłacić skarżącym 10 tys. euro jako zadośćuczynienie za krzywdę moralną oraz zwrócić im koszty i wydatki.

Siedmiu sędziów, którzy znaleźli się w mniejszości w obszernym zdaniu odrębnym stwierdziło m.in. iż większość Trybunału wyszła poza zwykłe granice ewolucyjnej metody interpretacji Konwencji, zwłaszcza kryterium wymagającego, aby była dokonywana z uwzględnieniem „dzisiejszych warunków”. Celem takiej interpretacji jest nadążanie za zmianami społecznymi. Nie chodzi więc o ich antycypację, a tym bardziej ich narzucanie. Sędziowie nie wykluczyli w żaden sposób możliwości rozwinięcia się w przyszłości sytuacji w Europie w kierunku zgodnym - jak się wydaje - z wolą większości Trybunału, stwierdzili jednak, że dzisiaj sytuacja jest inna.

Wnioski:

Wyrok dotyczący tak delikatnej i kontrowersyjnej kwestii musiał, i to głęboko, podzielić Wielką Izbę Trybunału.