ПРЕДИШНО ТРЕТО ОТДЕЛЕНИЕ

**ДЕЛО FRETTÉ срещу ФРАНЦИЯ**

*(Жалба № 36515/97)*

РЕШЕНИЕ

СТРАСБУРГ

26 февруари 2002 г.

**ОКОНЧАТЕЛНО**

*26/05/2002 г.*

Това решение ще влезе окончателно в сила при условията на чл. 44, параграф 2 от Конвенцията.

По делото Fretté срещу Франция,

Европейският съд по правата на човека (Трето отделение), заседаващ в състав:

 г-н В. Фюрман (W. Fuhrmann), *председател*,
 г-н Ж.-П. Коста (J.-P. Costa),
 г-н П. Кюрис (P. Kūris),
 г-жа Ф. Тулкен (F. Tulkens),
 г-н К. Юнгвирт (K. Jungwiert),
 сър Николас Браца (Nicolas Bratza),
 г-н К. Трая (K. Traja), съдии,
и г-жа С. Доле (S. Dollé), *секретар на отделението*,

След закрити заседания, проведени на 2 октомври 2001 г. и на 30 януари 2002 г.,

Постановява следното решение, прието на последната посочена дата:

ПРОЦЕДУРА

.  Делото е образувано по жалба (№ 36515/97) срещу република Франция, подадена в Европейската комисия по правата на човека („Комисията“) на основание предишен чл. 25 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи („Конвенцията“) от френски гражданин, г-н Philippe Fretté („жалбоподателят“) на 1 април 1997 г.

.  Жалбоподателят твърди по-конкретно, че решението да отхвърли молбата му за разрешение за осиновяване представлява произволна намеса в неговия личен и семеен живот по смисъла на чл. 8 от Конвенцията и че се основава изключително на неблагоприятно предубеждение по отношение на неговата сексуална ориентация. Той също така се оплаква, че не е уведомен за заседанието, проведено от *Conseil d’Etat* и че не му е предоставен достъп до тезата на правителствения комисар преди заседанието в нарушение на чл. 6 и чл. 13 от Конвенцията.

.  Жалбата е предадена на Съда на 1 ноември 1998 г., когато влиза в сила Протокол № 11 към Конвенцията (чл. 5 § 2 от Протокол № 11) .

.  Жалбата е разпределена на Трето отделение на Съда (правило 52 § 1 от Правилника на Съда). В рамките на това Отделение е определен съставът, който ще разглежда делото (чл. 27 § 1 от Конвенцията), както е предвидено в Правило 26 § 1.

.  С решение от 12 юни 2001 г. Съдът обявява жалбата за частично допустима [Решението на Съда може да бъде получено от Секретариата].

.  В сградата на Съда по правата на човека в Страсбург се провежда публично заседание на 2 октомври 2001 г. (правило 59 § 2).

Пред Съда се явяват:

(а)  *за френското правителство* („Правителството“)
г-н R. Abraham, Директор по правните въпроси,
 Министерство на външните работи, *агент*,
г-жа L. Delahaye, *magistrat*, командирована в отдел
 „Права на човека“ на Департамента по правните въпроси, Министерство на външните работи,
г-жа H. Davo, *magistrat*, командирована в Службата
 по правата на човека, Департамент по европейски и международни въпроси, Министерство на правосъдието,
г-жа A. Oui, Главен административен асистент,
 Департамент по социални услуги,
 Министерство на заетостта и солидарността, *адвокати*;

(б)  *за жалбоподателя*
г-н R. Wintemute, преподавател по право, Кингс Колидж,
 Лондонски университет, *одобрен представител*,
г-н T. Formond, докторант по частно право,
 Университет Париж-X (Нантер),
г-н S. Garneri, докторант по публично право,
 Университет екс‑ан‑Прованс, *съветници*.

.  Съдът изслушва обръщенията на г-н Wintemute и г-н Abraham.

.  На 1 ноември 2001 г. Съдът променя състава на своите отделения (правило 25 § 1), но настоящото дело остава в състава, определен в рамките на предишното Трето отделение.

ФАКТИТЕ

I.  ОБСТОЯТЕЛСТВАТА ПО ДЕЛОТО

.  През месец октомври 1991 г. жалбоподателят подава молба за предварително разрешение за осиновяване на дете. Департаментът по социални услуги, закрила на детето и здравеопазване в Париж започва социална анкета. На 18 декември 1991 г. жалбоподателят участва в първото си интервю с психолог от департамента, по време на което разкрива, че е хомосексуален. Той твърди, че по време на интервюто е призоваван активно да не продължава с процеса на осиновяване.

.  С решение от 3 май 1993 г. Департаментът по социални услуги в Париж отхвърля заявлението на жалбоподателя за разрешение за осиновяване. Посочените мотиви за решението са, че жалбоподателят не може да предложи „стабилен поведенчески модел на майка“ и изпитва „затруднение да предвиди практическите последици от рязката промяна, причинена от появата на дете“. Решението е взето въз основа на различни анкети, които водят, наред с другото, до доклад за социалните услуги от 2 март 1993 г., в който се съдържат следните твърдения:

„... Г-н Fretté изглежда чувствителен, внимателен човек, който показва загриженост за другите. Той обсъжда емоционалния си живот и хомосексуалността си с много честност и простота. Той ни разказа за редица връзки, които са имали голямо влияние върху живота му, по-конкретно с един приятел от мъжки пол, който вече е починал. Трябва да добавим, че в момента той е допълнителен настойник на детето на този приятел. ...

Неговият хуманистичен и алтруистичен манталитет го кара да се интересува от проблемите на Третия свят. Той спонсорира две тибетски деца, едното от които е бебе.

Той умее да говори разумно и интелигентно за момчето, чийто настойник е. Той не е лично отговорен за момчето, което е под грижите на баба си, но играе много активна роля в неговото възпитание. Неговите идеи за възпитанието на децата са добре обмислени и пропити с дух на толерантност.

Г-н Fretté мисли за осиновяване от 1985 г. насам. Той е наясно, че хомосексуалността му може да бъде пречка за предоставянето на разрешение за осиновяване поради преобладаващите възгледи на обществото.

По негово мнение изборът му на емоционален и сексуален начин на живот не влияе върху желанието му да отгледа дете. Заявлението му е личен ангажимент, а не войнствен жест.

От 1985 г. насам той се е запознал с много хомосексуални мъже с деца.

Дори веднъж обмисля идеята да има дете с приятелка от женски пол, но планът се проваля поради липса на зрялост и от двете страни. Независимо от това тази приятелка все още е много заинтересована от плана за осиновяване на г-н Fretté и дори е обещала да бъде женският поведенчески модел за детето.

Заявлението на г-н Fretté за осиновяване на дете е мотивирано от желание да осигури на детето обич и правилно възпитание. Според него най-важното е човек да обича и да се грижи за дете, като за него осиновяването не е нищо повече от една социална и правна процедура.

Г-н Fretté има подкрепата на приятелите около себе си. Въпреки това изглежда, че неговото семейство или не знае за неговите планове, или има опасения за тях.

Неговото желание за дете е искрено, но той изпитва затруднения да предвиди практическите последици от рязката промяна, причинена от появата на дете. Например, едва когато посетихме дома му, той осъзна колко неподходящ е неговият апартамент, за да живее в него дете. В резултат на това той започна да разглежда възможността за преместване.

На въпроса как разглежда ролята си в обществото като самотен баща, той каза, че няма отговор. Той счита, че е способен да се справя с ежедневието на едно дете и смята, че своевременно ще открива отговорите на въпросите относно своята хомосексуалност и отсъствието на осиновителка, които детето ще започне да задава, докато израства.

Г-н Fretté е напълно наясно със значението на това да разказва на детето за неговите родители. Той показва разбиране към жените, които са принудени да изоставят своите деца. Той отказва да има каквито и да било предварителни идеи за характеристиките на детето, което би желал да осинови.

Независимо от това, той си мисли, че би предпочел възможно по-малко бебе и че може да започне да търси в Корея или Виетнам.

Г-н Fretté притежава безспорни личностни качества и способност за отглеждане на деца. Едно дете вероятно би било щастливо с него. Въпросът е дали неговите конкретни обстоятелства като необвързан хомосексуален мъж позволяват да му бъде поверено дете.“

.  На 21 май 1993 г. жалбоподателят моли властите да преразгледат решението си, но молбата му е отхвърлена с решение от 15 октомври 1993 г., в което се посочва, наред с другото, че „изборът на начин на живот“ на жалбоподателя не изглежда да предоставя достатъчни гаранции, че той би предложил на едно дете подходящ дом от гледна точка на семейство, отглеждане на деца и от психологическа гледна точка.

.  На същия ден жалбоподателят подава молба за съдебно преразглеждане на това решение в административния съд, като търси отмяна на решенията, отхвърлящи молбата му за разрешение.

.  С решение от 25 януари 1995 г. Парижкият административен съд отменя решенията, които отказват разрешение на жалбоподателя, като цитира следните основания, наред с другото:

„При отхвърлянето на молбата за разрешение за осиновяване на дете на г-н Fretté, основните мотиви, посочени от властите, са, че г-н Fretté не може да предложи „стабилен поведенчески модел на майка“ и изпитва трудности „да предвиди практическите последици от рязката промяна, причинена от появата на дете“. Първият мотив е свързан с увъртания, с които властите могат да имат предвид само положението на неженен на г-н Fretté, на което може да се направи легитимно позоваване в подкрепа на оспорваното решение, но съгласно разпоредбите на чл. 9, параграф 2 от постановлението от 23 август 1985 г. не може законно да представлява единствената причина за решението. В преписката по делото не съществува и доказателство в подкрепа на втория посочен мотив, което всъщност изглежда погрешно с оглед на информацията, предоставена в докладите, изготвени от социалните служби.

Мотивът, посочен в решението от 15 октомври 1993 г., с което директорът на Департамента по социални услуги, закрила на детето и здравеопазване отхвърля обжалването на г-н Fretté и потвърждава първоначалното решение, разгледано по-горе, е „изборът на начин на живот“ на г-н Fretté. Чрез този евфемистично формулиран мотив властите намекват за хомосексуалността на г-н Fretté. Както признават самите власти в писмената си защита, този аспект на личността на г-н Fretté би могъл да представлява мотив за отказ на разрешение, само ако е в съчетание с поведение, което е в ущърб на отглеждането на детето.

Докладът на социалните служби, изготвен от г-жа S. и г-жа D., му приписва „безспорни личностни качества и способност за отглеждане на деца“, констатира, че „едно дете вероятно би било щастливо с него“ и повдига въпрос единствено относно съвместимостта на плановете за осиновяване на г-н Fretté с „конкретните обстоятелства“, свързани с това, че е „неженен хомосексуален мъж“. В социалната анкета, проведена от заместника на френския вицеконсул в Лондон, се отбелязват възпитателните умения на г-н Fretté, които той показва както в личния си живот, така и в професионалните си дейности. Психиатърът д-р D., не открива „психологическа пречка“ за плана на г-н Fretté и въпреки че психологът г-жа O. препоръчва разрешението да бъде отказано, тя не посочва мотиви за своето становище и насочва вниманието на друго място в доклада си към „емоционалните качества и способност за отглеждане на деца на г-н Fretté и към неговото дълбоко разбиране на проблемите, свързани с осиновяването“.

Като се има предвид, че в изготвените от социалната служба доклади се съдържа информация, конкретно по отношение на семейството на г-н Fretté, която, тъй като не може да има валидно влияние върху решението на властите, нарушава правото му на зачитане на личния живот, никой от документите, включени в преписката по делото, не дава възможност да се установи или дори да се предположи, че начинът на живот на г-н Fretté отразява липса на морална строгост или емоционална стабилност, или риск, че той може да злоупотреби с процеса на осиновяване, или друго поведение, сочещо, че неговият план за осиновяване представлява риск за всяко дете, което той може да осинови.

По този начин тези, които вземат оспорваните решения в настоящия случай, неправилно тълкуват цитираните по-горе разпоредби. Жалбата на г-н Fretté за отмяна на горепосочените решения от 3 май и 15 октомври 1993 г. е основателна.“

.  Департаментът по социални услуги в Париж обжалва това решение пред *Conseil d’Etat*.

.  Правителственият комисар, г-жа C. Maugüe, представя тезата си на заседанието на 16 септември 1996 г. Тя твърди, че жалбата на Департамента по социални услуги в Париж за отмяна на оспорваното решение е основателна и се обръща към съда със следните думи:

„Случаят повдига следния въпрос: Въпреки несъмнените лични и интелектуални качества на г-н F., имат ли властите достатъчно основание да считат, че той не предоставя достатъчни гаранции, че ще предложи на детето дом поради избора си на начин на живот?

С оглед на информацията в преписката по делото този въпрос е издигнат до принципен проблем. Настоящото дело не се обляга на собствените си факти, защото документите в преписката по делото не оставят у мен никакви съмнения, че в много отношения г-н F. има реална способност за отглеждане на деца. Единственото нещо, което кара властите да откажат разрешение, е фактът, че г-н F. е хомосексуален и следователно не предоставя достатъчни гаранции, че ще предложи на детето подходящ дом от психологическа гледна точка и от гледна точка на отглеждането на деца и на семейство. Въпреки това нищо в преписката по делото не предполага по никакъв начин, че г-н F. води разпуснат живот и в нея не се споменават никакви конкретни обстоятелства, които могат да представляват заплаха за интересите на детето. Приемането на законосъобразността на отказа за разрешение в конкретния случай имплицитно, но несъмнено би обрекло на неуспех всички молби за осиновяване от хомосексуални лица...

Сигурно е, че редица фактори биха посочили, че Департаментът по социални услуги в Париж прави грешка в преценката на доказателствата.

Първият и несъмнено най-силният аргумент е, че от голямата реформа на законите за осиновяването, въведена със Закона от 11 юли 1966 г., неженени лица, независимо дали мъже или жени, имат право да осиновяват. ...

Вземането на решение... по съдебно тълкуване, че един неженен хомосексуален мъж не предоставя достатъчни гаранции от психологическа и семейна гледна точка за осиновяването на дете поражда дискриминация между кандидатите за осиновяване въз основа на техния избор на личен живот, която не е изрично предвидена от Парламента.

Вторият аргумент в полза на решението на Административния съд е, че правото на човек да води сексуален живот по свой избор не трябва, разбира се, да бъде оспорвано. Това е един от ключовите компоненти на правото на зачитане на личния живот, гарантирано, наред с другото, от чл. 8 от Европейската конвенция за правата на човека и чл. 9 от Гражданския кодекс. Вече не съществува никаква дискриминация срещу хомосексуалността на национално равнище...

На трето място, едно разглеждане на съдебната практика на обикновените съдилища по отношение на предоставянето на родителски права върху децата на разведени двойки и упражняването на родителските права показва, че обикновените съдилища възприемат до голяма степен прагматичен подход в тази област и правят опит да избегнат капаните на прекалено категоричния подход. По този начин те не се колебаят, когато конкретните обстоятелства по делото изискват това, да предоставят права на посещение на хомосексуални родители или дори да им предоставят родителски права или правото да упражняват родителски права. Например в случай, в който бъде установено, че съществуват резки промени в домакинството на майката, че няма доказателства за никаква физическа опасност за детето в домакинството на бащата, че бащата живее в стабилна връзка с друг мъж и че детето се развива добре в дома на баща си, попечителството се присъжда на бащата (Апелативен съд на По, 25 април 1991 г., № 91-40734). От друга страна друг съд установява, че баща, който има „неморални хомосексуални отношения, несъвместими с упражняването на родителски права“, не може да упражнява тези права (Апелативен съд на Рен, 27 септември 1989 г., № 89-48660). По същия начин в решение, в което се констатира, че поради хомосексуалните практики на бащата би било особено опасно за моралното и физическо благосъстояние на децата му да прекарат празниците си с него, е прието, че съществува сериозно основание да се оправдае отказът на това право на бащата (Първо гражданско отделение на Касационния съд (Cass. civ. I), 13 януари 1988 г., № 86-17784). Съвсем наскоро Касационният съд предоставя на хомосексуален донор родителски права върху дете, родено чрез изкуствена инсеминация от майка, която също има хомосексуална връзка (Cass. civ. I, 9 мат 1994 г., *Mme L. c. M. L.*; D 1995.197 бележка E. Monteiro; D 1995 обобщение 131, становище на D. Bourgault-Coudeyville). Затова съдилищата не предполагат, че тъй като някой е хомосексуален, той или тя е лишен/а от правото да упражнява родителски права. Дискусията е съсредоточена основно върху интересите на детето и опасностите, които такива обстоятелства могат да представляват за психическото здраве на детето.

На последно място, разрешението е просто административно решение, взето преди процеса на осиновяване. ...

2.2.  Независимо от това аз считам по множество причини, че Департаментът по социални услуги в Париж не допуска никаква грешка при оценяването на доказателствата, когато приема, че г-н F. не предоставя необходимите гаранции. Редица фактори ме водят до това заключение.

На първо място, правото на всеки на сексуален живот по негов избор не трябва да се бърка с хипотетичното право да има деца. ...

На второ място, уместността на сравнението със съдебната практика по отношение на попечителството на деца и родителските права е ясно ограничена. Цитираните по-горе примери се отнасят само до предварително създадена семейна връзка или такава, която съответства на действителна линия на наследяване. Запазването на синовна връзка между дете и родители, които се разделят или които искат да запазят връзката си с него е едно, а позволяването да се създаде семейна връзка между дете и възрастен от нищото е друго ...

На трето място, въпросът дали едно дете е в опасност да бъде психологически разстроено от връзката си с възрастен, който не може да му предложи отправна точка за баща и майка, с други думи за модел на сексуално различие, е много труден и разделя психиатрите и психоаналитиците. Осиновените деца имат още по-голяма нужда от стабилна и пълноценна семейна среда, защото са лишени от първоначалното си семейство и вече са страдали в миналото. Поради това е още по-важно те да не се сблъскват с допълнителни проблеми в новото си семейство. ...

Няма съгласие по отношение на отговора на този въпрос. Ако съществува някакъв консенсус, то той е в растящото осъзнаване, че правата на детето поставят границите на правото на човека да има деца и че интересите на детето не могат винаги да бъдат съгласувани с настоящите събития. С това наум, вярвам, че при работата по такъв деликатен въпрос, последиците от който са по-скоро етични и социологически, отколкото правни, зависи от Парламента да заеме позиция за това, което се равнява на избор за обществото. Съдилищата от своя страна не трябва да предвиждат промени в общественото мнение, а да реагират на тях.

Това ме довежда до четвъртия ми аргумент, който е, че въпросът дали едно или повече хомосексуални лица трябва да имат право да осиновяват, не е такъв, за който може да се каже, че е определен от Парламента. ...

На пето място, не трябва да се подценява ролята, която играе разрешението в процедурата по осиновяване. Вярно е, че това е само един етап от процеса на осиновяване, но той е от решаващо значение, тъй като осиновяването не може да продължи без него. ...

Като заключителна забележка по отношение на разрешението трябва да бъде добавено, че съм наясно, че това, което предлагам, има недостатъка, че привидно насърчава кандидатите за осиновяване да прикриват истината, ако считат, че техният избор на начин на живот представлява абсолютна пречка за това да им бъде предоставено разрешение. Въпреки това има две причини, поради които смятам, че този проблем може да бъде преодолян. Първо, въпросът няма да възниква твърде често, защото, както беше споменато по-горе, недостигът на деца, отговарящи на условията за осиновяване, в сравнение с търсенето обикновено кара социалните служби да отхвърлят исканията на несемейните кандидати. На второ място, целта на анкетите, проведени преди предоставянето на разрешение, е точно да гарантира, че кандидатът може да предложи на детето подходящ дом, което неизбежно означава, че експертите проучват неговия или нейния личен живот. Въпреки че разследващият характер на тези анкети понякога се осъжда (вж. например J. Rubellin-Devichi, *Revue française de droit administratif*, 1992, стр. 904 и следващите), те действително имат предимството, че гарантират, че разрешението се предоставя при пълно познаване на фактите.

Последният ми аргумент е, че ако имате някакви останали скрупули относно факта, че при разглеждането на законосъобразността на един отказ за разрешение вие се произнасяте по въпрос, за който е работа на обикновените съдилища да вземат решение в качеството им на взимащи решения по въпроси от лично естество, вашите скрупули могат да бъдат частично разсеяни от факта, че позицията, която ще заемете, няма изцяло да попречи на обикновените съдилища да разрешат осиновяването на дете от хомосексуално лице в определени случаи, ако сметнат, че това е съвместимо с интересите на детето. Когато наскоро беше въведен новият закон за осиновяването, към Гражданския кодекс беше добавен нов чл. 353-1, вторият параграф от който предвижда, че ако разрешението бъде отказано или не бъде предоставено в законоустановения срок, съдилищата могат да одобрят осиновяването, ако сметнат, че жалбоподателите са способни да предоставят на детето подходящ дом и че това е съвместимо с интересите на детето. ...

От изложеното по-горе следва, че Департаментът по социални услуги в Париж има основание да твърди, че Парижкият административен съд не е прав да отсъди в обжалваното решение, че двете оспорвани решения трябва да бъдат отменени.“

.  С решение от 9 октомври 1996 г. *Conseil d’Etat* отменя решението на Административния съд и, като се произнася по съществото на делото, отхвърля молбата на жалбоподателя за разрешение за осиновяване. Той решава, наред с другото, следното:

„С решение от 3 май 1993 г., потвърдено с допълнително решение от 15 октомври 1993 г. в отговор на молба за преразглеждане, председателят на Съвета на Париж... отхвърля молбата на г-н Fretté за разрешение за осиновяване на дете с мотива, че въпреки че изборът на начин на живот на жалбоподателя трябва да бъде уважен, домът, който вероятно той ще предложи на детето, би могъл да създаде значителни рискове за развитието на детето. От информацията в преписката по делото, по-конкретно доказателствата, събрани при разглеждането на молбата на г-н Fretté, изглежда, че г-н Fretté, като се има предвид неговият начин на живот и въпреки неговите несъмнени личностни качества и способност за отглеждане на деца, не осигурява необходимите гаранции – от гледна точка на отглеждането на деца, от семейна и психологическа гледна точка – за осиновяването на дете. По този начин при отменянето на оспорваните решения Парижкият административен съд греши като се позовава на аргумента, че като отказва исканото от г-н Fretté разрешение, председателят на Съвета на Париж прилага тези разпоредби неправилно.

Въпреки това, тъй като процедурата по обжалване има за последица прехвърляне на всички фактологични и правни въпроси на *Conseil d’Etat*, последният трябва да разгледа другите тези, представени от г-н Fretté пред Парижкия административен съд. ... Основанията, посочени за обжалваното решение, отговарят на изискванията на закона. ...“

II.  ПРИЛОЖИМО ВЪТРЕШНО ПРАВО И ПРАКТИКА

А. Разпоредби и информация, свързани с процедурата по осиновяване

.  Приложимите разпоредби на Гражданския кодекс гласят следното:

Чл. 343

„За осиновяване може да кандидатства семейна двойка, която не е била разделена по съдебен път и има сключен брак от повече от две години или и двамата души са над двадесет и осем‑годишна възраст.“

Чл. 343-1

„За осиновяване може да кандидатства всяко лице над двадесет и осем годишна възраст.“ (възрастовата граница е тридесет към момента на фактите, а именно преди приемането на Закон № 96-604 от 5 юли 1996 г.)

.  Семейният и социален кодекс определя правилата относно поемане от държавата на грижата за деца и условията за тяхното осиновяване. Той описва процедурата за разрешение, както следва:

Чл. 63

„ ... Децата под грижите на държавата могат да бъдат осиновявани от лица, на които е дадено попечителство върху тях от социалните служби, когато емоционалните връзки, създадени между тях, дават основание за такава мярка, или от лица, на които е дадено разрешение за осиновяване от ръководителя на службата по благосъстоянието на децата при условия, посочени с постановление...“

Чл. 100-3

„Лицата, които искат да предоставят дом на чуждестранно дете с оглед на неговото осиновяване, трябва да подадат молба за разрешение, предвидена в чл. 63 от настоящия Кодекс.“

.  Постановление № 85-938 от 23 август 1985 г. посочва договореностите за оценяване на молбите за разрешение за осиновяване на дете под грижите на държавата, както следва:

Чл. 1

„Всяко лице, което иска да получи разрешението, предвидено във втората алинея на чл. 63 от Семейния и социален кодекс, трябва да подаде молба за тази цел до ръководителя на службата по благосъстоянието на децата в *département*, в който той или тя се намира.“

Чл. 4

„С цел да се оцени молбата, ръководителят на службата по благосъстоянието на децата провежда всички необходими разследвания, за да установи какъв дом е вероятно да предложи на детето кандидатът от психологическа гледна точка и от гледна точка на семейството и отглеждането на деца...“

Чл. 9

„Решенията за отказ на разрешение трябва да бъдат подкрепени с мотиви съгласно разпоредбите на раздел 3 от Закона от 11 юли 1979 г., цитиран по-горе. Възрастта и семейното положение на кандидата или наличието на деца в неговото или нейното домакинство не може да са единствената причина за отказ.“

Чл. 11

„Решението на ръководителя на службата по благосъстоянието на децата е със срок от три години. Следващо искане за разрешение може да бъде отправено, когато този период изтече. Следващите молби се оценяват по същата процедура. ...“

.  Според данните, събрани от френските власти, през 1999 г. са подадени близо 11 500 молби за разрешение. През същата година са разгледани около 8 000 молби, от които са отхвърлени близо 10%, което е обичайният среден процент. По това време под грижите на държавата има около 2 000 деца, които очакват осиновяване. През 1999 г. властите издават близо 4 000 визи на чуждестранни деца след тяхното осиновяване от лица, пребиваващи във Франция.

Б. Уведомяване за изслушвания пред *Conseil d’Etat*

.  По време на настъпването на фактите чл. 55 от Постановлението от 30 юли 1963 г. относно организацията и функционирането на *Conseil d’Etat* изисква адвокатите да бъдат уведомени най-малко четири дни преди заседанието, ако дела, по които трябва да се явят, са в списъка с дела, които ще бъдат разглеждани, и да бъдат уведомени за въпросите, повдигнати в докладите до *Conseil d'Etat.* Следователно задължението за уведомяване важи само по отношение на адвокатите.

.  Що се отнася до частните лица, в решение на *Conseil d’Etat* от 16 март 1966 г. (Paisnel, Доклади, стр. 216) се изтъква:

„Няма правило, което гласи, че обжалващите трябва да получат [известие за датата, на която ще се разглежда тяхното дело]. Ако те не са назначили законен представител, техен е ангажиментът да поискат да бъдат уведомени за датата, на която ще се разглежда делото им, или да се консултират с информационните табла, инсталирани за тази цел в деловодството на съдебното отделение.

Това правило, което гласи, че страните са призовани в съдебното заседание, само ако са назначили адвокат, трябва да бъде разгледано в светлината на правилото, посочено в раздел 67 от Наредбата от 31 юли 1945 г., по силата на което само членове на адвокатурата на Касационния съд и на *Conseil d’Etat* (*avocats aux conseils*)могат да пледират по време на изслушванията пред тези съдилища.“

.  От 1 януари 2001 г. всички страни в производството пред *Conseil d’Etat* автоматично се информират за датата на заседанието. Както и в миналото, списъците с делата за разглеждане се излагат в секретариата на съдебното отделение и така са достъпни за обществеността.

.  По време на разглеждането правителственият комисар говори, след като адвокатите на конфликтните страни се е обърнал към съда и страните по делото не могат да говорят след него (вж. *Kress* *v.* *France* [ГО], № 39594/98, § 48, ЕСПЧ 2001-VI).Дори да не са представлявани от адвокат, имат възможността, уважавана заради използването ѝ, да отправят към адвокатите „меморандум за разискванията“ в допълнение към устните им становища или в отговор на позициите на правителствения комисар. Този меморандум за разискванията се прочита от докладващия съдия, преди да прочете проекта за решение и преди да започне обсъждането.

.  По раздел 45 от Наредбата от 1945 г. делата, в които не е задължително да бъдеш представляван от адвокат, включват молби за съдебен контрол на решенията на различни административни власти.

ПРАВОТО

I. ТВЪРДЯНО НАРУШЕНИЕ НА ЧЛ. 8 И ЧЛ. 14 ОТ КОНВЕНЦИЯТА

.  Жалбоподателят твърди, че отказът на неговата молба за разрешение за осиновяване имплицитно се основава единствено на неговата сексуална ориентация. Той твърди, че това решение, взето в една правна система, която разрешава осиновяването на дете от необвързан, неженен осиновител, ефективно изключва всякаква възможност за осиновяване за категория лица, определена в зависимост от тяхната сексуална ориентация, а именно хомосексуални и бисексуални лица, без да взема предвид по никакъв начин техните индивидуални личностни качества или способността им за отглеждане на деца.

Като се позовава на процедурата, приета от Съда в *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (№ 33290/96, ЕСПЧ 1999‑IX), жалбоподателят счита за уместно да постави въпроса в контекста на чл. 14 от Конвенцията. Той твърди, че е жертва на дискриминация въз основа на сексуалната си ориентация в нарушение на чл. 14 във връзка с чл. 8. С оглед на неизбежността на заключението по този въпрос, той не счита за необходимо Съдът да определи дали е налице нарушение на чл. 8, взет самостоятелно.

Приложимите части от въпросните членове предвиждат следното:

Чл. 14

„Упражняването на правата и свободите, изложени в тази Конвенция, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация, основана на пол...“

Чл. 8

„1.  Βсеки има право на неприкосновеност на личния и семейния си живот...

2.  Намесата на държавните власти в упражняването на това право е недопустима, освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество... за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите.“

А. Приложимост на чл. 14 във връзка с чл. 8

.  Както Съдът многократно е постановявал, чл. 14 допълва другите материалноправни разпоредби на Конвенцията и Протоколите към нея. Той няма самостоятелно съществуване, тъй като има ефект единствено във връзка с „ползването на правата и свободите“, гарантирани от тези разпоредби. Въпреки че прилагането на чл. 14 не предполага нарушаване на тези разпоредби – и в този смисъл той е автономен – не може да има място за неговото прилагане, освен ако разглежданите факти не попадат в приложното поле на една или повече от разпоредбите на Конвенцията (вж., наред с много други дела, *Petrovic v. Austria*, решение от 27 март 1998 г., *Доклади за решения и определения* 1998-II, стр. 585, § 22, и *Van Raalte v. the Netherlands*, решение от 21 февруари 1997, *Доклади* 1997-I, стр. 184, § 33).

.  Макар че приема, че правото на зачитане на личния и семейния живот не включва правото на което и да било неженено лице да осинови дете, жалбоподателят твърди, че отказът на разрешение за осиновяване нарушава правото му на зачитане на личния му живот без дискриминация въз основа на неговата сексуална ориентация. Той смята, че проверка на решенията на френските власти разкрива, че решението да откажат разрешение се основава единствено на неговата сексуална ориентация. Единственият начин да се избегне това заключение е да се покаже, че решението се основава на друга причина, която би била приложена по същия начин към едно неженено необвързано лице, независимо дали хетеросексуално или хомосексуално, което е запазило в тайна своята хомосексуалност, със същите личностни качества и способност за отглеждане на деца, каквито са признати за самия него. Факт е, че не е налице такова основание. Макар че в решението от 3 май 1993 г. се споменават неговите трудности „да предвиди практическите последици от рязката промяна, причинена от появата на дете“ и липсата на „стабилен поведенчески модел на майка“, трябва да се каже, че тези основания не са повдигнати отново впоследствие. Нещо повече, Административният съд е констатирал, че нито едно доказателство в преписката по делото не обосновава първото основание и е тълкувал второто като „увъртания,... които ... не могат законно да представляват единствен мотив за решението“. Що се отнася до основанието за интересите на детето, на което се позовава Правителството, трябва да се каже, че конкретно дете не е идентифицирано по време на процедурата за разрешение и следователно че тя се прилага за всички деца по света, които може да се нуждаят от осиновител или осиновители. Да се изключат всички неженени хомосексуални лица от процеса на осиновяване на основание, че това е в интерес на детето, което може да има нужда от осиновители, показва, че разликата в третирането се основава на сексуална ориентация.

Като посочва, че сексуалната ориентация е „най-интимната част от личния живот на индивида“ (вж. *Smith and Grady v. the United Kingdom*, № 33985/96 и 33986/96, ЕСПЧ 1999-VI), жалбоподателят твърди, че на практика всяка разлика в третирането, основаваща се на сексуална ориентация, представлява намеса в личния живот на хомосексуалното лице, защото изисква то да избере дали да отрича сексуалната си ориентация или да бъде наказано, за разлика от всеки друг. Фактът, че решенията, взети от френските власти по отношение на молбата на жалбоподателя, означават, че всеки, който разкрие своята сексуалност, се отказва от всяка възможност за осиновяване, е особено сериозен. Личният живот на даден индивид не би бил зачетен, ако той трябва да се откаже от възможност, с която разполага всяко неженено хетеросексуално лице във Франция, а именно да стане родител, ако иска да остане верен на сексуалната си ориентация. Следователно всички обстоятелства, от които жалбоподателят се оплаква, попадат в приложното поле на чл. 8 (вж., *mutatis mutandis*, *Thlimmenos v. Greece* [ГО], № 34369/97, ЕСПЧ 2000‑IV). Жалбоподателят добавя, в условията на евентуалност, че осиновяването е бъдещ семеен живот, който би могъл да попада в приложното поле на чл. 8 от Конвенцията за целите на чл. 14.

.  Правителството твърди обратното – че спорът не попада в обхвата на Конвенцията. Член 8 от Конвенцията не защитава стремежи за създаване на семейство, които още не са изпълнени. Отказът да се предостави на дадено лице предварително административно одобрение за евентуално осиновяване не е решение, което представлява намеса в личния живот на дадено лице, и затова не попада в обхвата на чл. 8. Макар че зачитането на личния живот трябва да включва и „до известна степен правото на създаване и развиване на връзки с други човешки същества“ (вж. *Niemietz v. Germany*, решение от 16 декември 1992 г., Серия A № 251-B, стр. 33-34, § 29), правото на осиновяване не е включено като такова сред правата, гарантирани от Конвенцията (вж. *Di Lazzaro v. Italy*, № 31924/96, решение на Комисията от 10 юли 1997 г., Определения и решения (DR) 90-B, стр. 134).

По мнение на Правителството жалбоподателят насърчава объркването между мотивите за отказа за предоставяне на разрешение, за който той вярва, че се основава на неговата сексуална ориентация, и действителния предмет на решението за отхвърляне на неговото искане, което само по себе си не представлява намеса в неговия личен живот. Що се отнася до последната точка, Правителството отбелязва, че случаят не засяга спор относно съществуващо положение, както е било в случаите, цитирани от жалбоподателя, а искане, свързано с бъдещия му живот, така че той не може да твърди, че е нарушено някое негово право. Това, което жалбоподателят иска, не е признаване – и защита – на право в сферата на неговия личен живот, а признаване на самия негов потенциал или възможност да стане осиновител.

Що се отнася до мотивите за отказ на разрешение, Правителството отбелязва, че нито решението от 3 май 1993 г., което се отнася само до отсъствието на стабилен майчински ролеви модел и трудностите за жалбоподателя да оцени ежедневните последствия от едно осиновяване, нито това от 15 октомври 1993 г., което намеква само за неговия „избор на начин на живот“, съдържат и най-малката индикация, че са взети само въз основа на неговата сексуална ориентация. Същото се отнася за решението на Административния съд и решението на *Conseil d’Etat’*s, въпреки че те се различават по отношение на приетото решение. Макар че няма съмнение, че изразът „избор на начин на живот“ действително включва сексуалната ориентация, той не се отнася единствено до този аспект, а покрива и други фактори, които биха посочили, че жалбоподателят не е подготвен да предложи на едно дете подходящ дом от психологическа гледна точка и от гледна точка на семейството и отглеждането на деца.

Правителството твърди на това основание, че чл. 8 не е приложим в конкретния случай. Следователно не е налице нарушение на чл. 14, който няма самостоятелно съществуване.

.  В делото, водено пред него, Съдът следователно трябва да определи дали фактите по делото попадат в обхвата на чл. 8, а оттам и на чл. 14 от Конвенцията.

.  Съдът многократно е постановявал, че чл. 14 от Конвенцията е уместен, ако „предметът на недостатъка... представлява едно от условията за упражняване на гарантирано право...“ (вж. *National Union of Belgian Police v. Belgium*, решение от 27 октомври 1975 г., Серия A № 19, стр. 20, § 45) или оспорваните мерки са „свързани с упражняването на гарантирано право...“ (вж. *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, решение от 6 февруари 1976 г., Серия A № 21, стр. 17, § 39). За да бъде приложим чл. 14, е достатъчно фактите по делото да попадат в приложното поле на една или повече разпоредби на Конвенцията (вж. *Thlimmenos*, цитирано по-горе, и *Inze v. Austria*, решение от 28 октомври 1987 г., Серия A № 126, стр. 17, § 36).

.  Съдът отбелязва, че Конвенцията не гарантира правото на осиновяване като такова (вж. *Di Lazzaro*, цитирано по-горе, и *X v. Belgium and the Netherlands*, № 6482/74, решение на Комисията от 10 юли 1975 г., DR 7, стр. 75). Нещо повече, правото на зачитане на семейния живот предполага съществуването на семейство и не защитава самото желание за създаване на семейство (вж. *Marckx v. Belgium*, решение от 13 юни 1979 г., Серия A № 31, стр. 14-15, § 31, и *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, решение от 28 май 1985 г., Серия A № 94, стр. 32, § 62). В настоящия случай не може да се счита, че решението за отхвърляне на молбата за разрешение на жалбоподателя нарушава неговото право на свободно изразяване и развитие на неговата личност или начина, по който той ръководи живота си, по-конкретно сексуалния си живот.

Въпреки това френското национално право (чл. 343-1 от Гражданския кодекс) разрешава на всички несемейни лица – независимо дали мъже или жени – да кандидатстват за осиновяване, при условие че им бъде дадено предварителното разрешение, необходимо за осиновяване на деца под грижите на държавата или чуждестранни деца, а жалбоподателят твърди, че решението на френските власти да отхвърлят молбата му имплицитно се основава единствено на неговата сексуална ориентация. Ако това е вярно, неизбежното заключение е, че е налице разлика в третирането, основана на сексуалната ориентация на жалбоподателя – концепция, която несъмнено е в обхвата на чл. 14 от Конвенцията (вж. *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано по-горе, § 28). Съдът също така подчертава в тази връзка, че списъкът, посочен в тази разпоредба, е примерен, а не изчерпателен, както се посочва от думите „всякакви основания, като например“ (на френски “*notamment*”) (вж. *Engel and Others v. the Netherlands*, решение от 8 юни 1976 г., Серия A № 22, стр. 30-31, § 72).

Следователно задача на Съда е да определи дали, както твърди жалбоподателят, неговата открито призната хомосексуалност има решаващо влияние. Съдът признава, че мотивът, посочен от френските административни и съдебни власти за тяхното решение, е „изборът на начин на живот“ на жалбоподателя, както и че те не правят изрично позоваване на неговата хомосексуалност. Въпреки това, както показва преписката по делото, този критерий имплицитно, но все пак безспорно прави хомосексуалността на жалбоподателя решаващия фактор. Този извод се потвърждава от мненията, изразени от Парижкия административен съд в неговото решение от 25 януари 1995 г. и от правителствения комисар в нейната теза пред *Conseil d’Etat*. Правото на жалбоподателя съгласно чл. 343-1 от Гражданския кодекс, който попада в приложното поле на чл. 8 от Конвенцията, следователно е нарушено на решаващото основание на неговата сексуална ориентация.

.  Съответно чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8, е приложим.

Б. Съответствие с чл. 14, взет във връзка с чл. 8

.  Според съдебната практика на Съда, разлика в третирането е дискриминационна по смисъла на чл. 14, ако тя „няма обективно и разумно основание“, т.е. ако не преследва „легитимна цел“ или ако няма „разумно отношение на пропорционалност между използваните средства и преследваната цел“ (вж., наред с други дела, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, решение от 18 юли 1994 г., Серия A № 291‑B, стр. 32-33, § 24, и *Van Raalte*, цитирано по-горе, стр. 186, § 39). В тази връзка Съдът отбелязва, че Конвенцията е жив инструмент, който следва да се тълкува в светлината на съвременните условия (вж., наред с други дела, *Johnston and Others v. Ireland*, решение от 18 декември 1986 г., Серия A № 112, стр. 24-25, § 53).

.  Според жалбоподателя разликата в третирането в настоящото дело не може да се основава на обективно и разумно основание. Като посочва, че когато става дума за сексуална ориентация съществува нужда от особено убедителни и сериозни мотиви (вж. *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, № 31417/96 и 32377/96, 27 септември 1999 г., и *Smith and Grady* и *Salgueiro da Silva Mouta*, цитирано по-горе), той твърди, че нищо не може разумно да оправдае това, че осиновяването е напълно забранено за него. Въпреки че Правителството се позовава на интересите на детето, залогът в настоящия случай не са интересите на конкретно дете, а тези на всички деца по света, които може да се нуждаят от осиновители. Необоримата презумпция, че никое хомосексуално лице не предоставя достатъчни гаранции, че ще предложи подходящ дом на осиновено дете, което е логичното следствие от позоваването на такъв интерес, отразява социален предразсъдък и ирационалния страх, че децата, отгледани от хомосексуални лица, биха били изложени „на по-голям риск самите те да станат хомосексуални или да развият психологически проблеми“ и вярата, че те биха били засегнати във всички случаи от хомофобските предразсъдъци на другите хора към техните осиновители. Чрез допускането, че хомосексуалните лица са по-малко любящи и внимателни родители, социалните предразсъдъци отричат общата човечност на хетеросексуалните и хомосексуалните лица – въпреки че последните имат същите чувства и способности. Многобройни научни изследвания са показали ирационалността на това предположение и никое от тях не предоставя доказателства за предполагаемите „несигурности, които биха могли да повлияят върху развитието на детето“, ако то бъде осиновено от хомосексуално лице – несигурности, върху които се основава аргументът на Правителството.

Жалбоподателят твърди, че въпреки че едно дете в тази ситуация може да бъде стигматизирано в краткосрочен план, това не създава по-висок риск от проблеми в дългосрочен план и децата се научават да се справят с проблема, ако е необходимо с помощта на роднина, близък приятел или учител. Да се приеме, че предразсъдъците на трета страна биха могли да оправдаят изключването от процедурите по осиновяване, би означавало на практика даване на правото на вето на страни, които са мотивирани от такива предразсъдъци. Този аргумент следователно не може да се счита за достатъчно основание, както Съдът вече е постановил в *Smith and Grady*, цитирано по-горе, и Върховният съд на Съединените американски щати е решил през 1984 г. в *Palmore v. Sidoti*. Интересите на децата, които е вероятно да бъдат осиновени, изискват обратното – никоя категория осиновители да не бъде изключвана поради причини, несвързани с техните личностни качества или способност за отглеждане на деца.

Жалбоподателят също така поставя под въпрос идеята, че има повече потенциални осиновители, отколкото деца. Това е вярно за деца, за които френските социални служби се опитват да открият приемно семейство, но във Франция хиляди деца са изключени от процеса по осиновяване поради тяхната възраст, етническа принадлежност, увреждане или минало, да не говорим за възможността от международно осиновяване. По света има хиляди сираци или изоставени деца, които чакат в окаяни сиропиталища да дойде възрастен, който да се грижи за тях.

Освен това жалбоподателят отбелязва, че няма консенсус в демократичните общества относно нуждата на необвързаните хомосексуални лица да бъде напълно забранено да осиновяват. В Канада всички федерални субекти позволяват на несемейните хора да осиновяват и никое от тях не забранява на хомосексуалните лица да го правят. Само в един щат в Съединените американски щати съществува законодателство, което изрично забранява лицата, които в противен случай биха били подходящи за осиновяване, да осиновяват деца, ако са хомосексуални, а именно щата Флорида, който също така забранява определени форми на сексуално поведение насаме между възрастни, независимо дали те са от противоположни полове или от един и същи пол. Повечето от четиридесет и трите държави-членки на Съвета на Европа позволяват осиновяване от страна на неженени индивиди, макар и само при изключителни обстоятелства, и не изключват напълно нито в законодателството си, нито в съдебната си практика възможността хомосексуалните лица да осиновяват. Жалбоподателят е констатирал в резултат на своето проучване, че има само две държави, Франция и Швеция, в които съдебната практика е създала такава забрана по отношение на осиновяване от несемейно лице. Той също така е констатирал, че през месец януари 2001 г. шведска правителствена комисия препоръчва приемането на законодателство за отмяна на забраната за осиновяване от хомосексуални лица, която е наложена по силата на решение на Върховния административен съд през 1993 г.

Жалбоподателят заключава от изложеното по-горе, че *Conseil d’Etat* нарушава чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8, като прави разграничение, при което неговата сексуална ориентация е решаващият фактор.

.  Правителството твърди, че сексуалната ориентация на жалбоподателя не е причината за това да му бъде отказано разрешение за осиновяване. То отбелязва, че решението от 3 май 1993 г. се основава основно на неговото положение на несемеен мъж без близки връзки с какъвто и да било ролеви модел от женски пол. То отбелязва в тази връзка, че липсата на бащински ролеви модел вече е била един от мотивите, цитирани в решение на *Conseil d’Etat* от 18 февруари 1994 г. за отказ на молба за разрешение за осиновяване, подадена от несемейна жена. Вторият мотив за решението се позовава на затрудненията на жалбоподателя да оцени ежедневните последствия от осиновяването, както е отбелязано в доклада, изготвен от социалните работници на 2 март 1993 г. след посещение на дома на г-н Fretté, за да го интервюират. Нещо повече, макар че позоваването на „избор на начин на живот“ несъмнено включва сексуалната ориентация на г-н Fretté, това не е единственият му обхват, тъй като то също така покрива положението му на несемеен като такъв и, по-общо казано, неговия ежедневен начин на живот, който води до заключението, че той не е подготвен да предложи на едно дете подходящ дом от психологическа гледна точка и от гледна точка на семейството и отглеждането на деца. Нещо повече, нито решението на Административния съд, нито това на *Conseil d’Etat* съдържа каквито и да било индикации, че решението за отказ на разрешение на жалбоподателя се основава единствено на неговата сексуална ориентация, въпреки че двете решения се различават от гледна точка на приетото решение.

Дори ако решението за отказ на разрешение се основаваше изключително или главно на сексуалната ориентация на жалбоподателя, не би имало дискриминация срещу него дотолкова, доколкото единственият фактор, взет предвид, са интересите на детето, което ще бъде осиновено. Основанието за решението лежи в първостепенната важност на интересите на детето, които образуват съответната основа за цялото законодателство, което се прилага при осиновяването. В това отношение по-конкретно „правата на детето поставят границите на правото на човека да има деца“, както посочва правителственият комисар (вж. параграф 15 по-горе). Правото на възможност за осиновяване, на което се позовава жалбоподателят, е ограничено от интересите на детето, което ще бъде осиновено.

Критериите, които се прилагат за тази цел, са както обективни, така и разумни. Разликата в третирането произхожда от съмненията, които преобладават с оглед на това, което е известно към момента по въпроса, развитието на едно дете, отгледано от хомосексуално лице и лишено от двоен майчински и бащински ролеви модел. Няма консенсус относно потенциалното въздействие върху психологическото развитие на детето, и по-общо казано върху неговия бъдещ живот, от това да бъде осиновено от възрастен, който открито потвърждава своята хомосексуалност, и въпросът разделя както експертите по детско развитие, така и демократичните общества като цяло.

Няма консенсус по въпроса и в държавите-членки на Съвета на Европа. Към днешна дата само Нидерландия, която наскоро прие законодателство по въпроса, позволява на две лица от един и същи пол да се женят, да осиновяват и да отглеждат деца заедно. Много от държавите в Европейския съюз не позволяват на несемейни лица да кандидатстват за осиновяване, докато други подлагат възможността на ограничителни условия, защото осиновяването от хомосексуални лица, живеещи самостоятелно или с партньор, води до сериозни опасения дали това е в интерес на детето.

Пълната липса на консенсус по отношение на целесъобразността на това да бъде позволено на несемейно хомосексуално лице да осинови дете означава, че държавите трябва да получат широка свобода на преценка, а според съдебната практика на Съда не е работа на Съда да заема мястото на националните власти и да взема категорично решение по такъв деликатен въпрос, като предписва едно-единствено решение. Следователно Правителството заключава, че не е налице нарушение на чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8.

.  Съдът отбелязва, че е констатирал, че обжалваното от жалбоподателя решение се основава решително на открито признатата хомосексуалност на последния. Въпреки че съответните власти вземат предвид и други обстоятелства, те изглеждат вторични основания.

.  Според Съда не съществува съмнение, че решенията за отхвърляне на молбата на жалбоподателя за разрешение преследват легитимна цел, а именно защитата на здравето и правата на децата, които биха могли да бъдат включени в процес на осиновяване, при който предоставянето на разрешение по принцип е необходима предпоставка. Остава да се установи дали второто условие, а именно съществуването на оправдание за разликата в третирането, също е изпълнено.

.  Правото на лицата да не бъдат дискриминирани при упражняването на правата си, гарантирани съгласно Конвенцията, също е нарушено, когато държавите без обективно и разумно оправдание не третират по различен начин лица, чието положение се различава значително (вж. *Thlimmenos*, цитирано по-горе, § 44).

.  Въпреки това Високодоговарящите държави се ползват с известна свобода на преценка при оценяването на това дали и до каква степен разликите в иначе подобни положения оправдават различно третиране по закон. Обхватът на свободата на преценка ще варира в зависимост от обстоятелствата, предмета и контекста; в това отношение един от приложимите фактори може да бъде съществуването или несъществуването на допирни точки между законите на Високодоговарящите държави (вж., наред с други дела, *Petrovic*, цитирано по-горе, стр. 587-88, § 38, и *Rasmussen v. Denmark*, решение от 28 ноември 1984 г., Серия A № 87, стр. 15, § 40).

.  Безспорно е, че няма общо разбиране по въпроса. Въпреки че повечето от Високодоговарящите държави не забраняват изрично на хомосексуалните лица да осиновяват в случаите, в които несемейните лица могат да осиновяват, не е възможно да се открият в правния и социален ред на Високодоговарящите държави единни принципи по тези социални въпроси, по които мненията в рамките на едно демократично общество могат да се различават значително. Съдът счита, че е съвсем естествено националните власти, чието задължение е в едно демократично общество да вземат предвид в рамките на ограниченията на своята компетентност и интересите на обществото като цяло, да се ползват от широка свобода на преценка, когато от тях се иска да вземат решения по такива въпроси. Поради техния директен и продължителен контакт с жизнените сили на своите държави, националните власти по принцип са в по-добра позиция от един международен съд да оценяват местните нужди и условия. Тъй като деликатните въпроси, повдигнати в делото, докосват области, в които има малко допирни точки между държавите-членки на Съвета на Европа и най-общо казано изглежда, че правото е в преходна фаза, властите на всяка държава трябва да получат широка свобода на преценка (вж., *mutatis mutandis*, *Manoussakis and Others v. Greece*, решение от 26 септември 1996 г., *Доклади* 1996-IV, стр. 1364, § 44, и *Cha’are Shalom Ve Tsedek* *v. France* [ГО], № 27417/95, § 84, ЕСПЧ 2000-VII). Тази свобода на преценка обаче не трябва да се тълкува като предоставяща на държавата произволна власт, а решението на властите остава предмет на разглеждане от Съда за съответствие с изискванията на чл. 14 от Конвенцията.

.  Както твърди Правителството, в настоящия случай се разглеждат конкуриращите се интереси на жалбоподателя и децата, отговарящи на условията за осиновяване. Самият факт, че не се идентифицира конкретно дете, когато се подава молбата за разрешение, не означава задължително, че няма конкуриращи се интереси. Осиновяване означава „осигуряване на семейство на детето, а не предоставяне на дете на семейството“, а държавата трябва да се погрижи избраните за осиновители лица да могат да предложат на детето най-подходящия дом във всички отношения. Съдът посочва в тази връзка, че вече е констатирал, че когато между родител и дете бъде създадена семейна връзка, „трябва да се отдаде особено значение на най-добрите интереси на детето, които в зависимост от своето естество и сериозност могат да имат по-голямо значение от тези на родителя“ (вж. *E.P. v. Italy*, № 31127/96, § 62, 16 ноември 1999 г., и *Johansen v. Norway*, решение от 7 август 1996 г., *Доклади* 1996-III, стр. 1008, § 78). Следва да се отбележи, че научната общност – по-конкретно експертите по детско развитие, психиатрите и психолозите – е разделена по въпроса за евентуалните последици от това едно дете да бъде осиновено от един или повече хомосексуални родители, особено като се има предвид ограниченият брой научни изследвания, проведени по темата към днешна дата. В допълнение съществуват големи разлики в националното и международното мнение, да не говорим, че няма достатъчно деца за осиновяване, които да отговорят на търсенето. С това наум, националните власти, и по-конкретно *Conseil d’Etat*, който основава решението си, наред с другото, върху премерената и подробна теза на правителствения комисар, имат легитимното и основателно право да считат, че правото да има възможност да осиновява, на което се позовава жалбоподателят съгласно чл. 343-1 от Гражданския кодекс, е ограничено от интересите на децата, отговарящи на условията за осиновяване, независимо от законните стремежи на жалбоподателя и без личните му избори да бъдат поставяни под въпрос. Ако се вземе под внимание широката свобода на преценка, която да се даде на държавите в тази област, и нуждата да се защитават интересите на детето, за да се постигне желаният баланс, отказът за разрешение на осиновяване не нарушава принципа на пропорционалността.

.  Накратко, обосновката, дадена от Правителството, изглежда обективна и основателна и разликите в третирането, за които е подадено оплакване, не са дискриминационни по смисъла на чл. 14 от Конвенцията.

II.  ТВЪРДЯНО НАРУШЕНИЕ НА ЧЛ. 6 ОТ КОНВЕНЦИЯТА

.  Жалбоподателят се оплаква, че не е в състояние да присъства на изслушването пред *Conseil d’Etat,* защото не е уведомен навреме. Той твърди, че е налице нарушение на правото на справедлив процес, гарантирано съгласно чл. 6 § 1 от Конвенцията, приложимата част от който гласи:

„Всяко лице, при решаването на правен спор относно
неговите граждански права и задължения..., има право на справедливо ... гледане ... от независим и безпристрастен съд ...“

.  Жалбоподателят отбелязва, че при липсата на каквато и да било информация от съдебните власти той не е в състояние да се запознае и да отговори на позициите на правителствения комисар. Заради професионалната си дейност той не е в състояние да посещава редовно *Conseil d’Etat,* за да проверява дали неговото дело е насрочено за разглеждане на информационните табла, поставени за тази цел. Той многократно телефонира в деловодството на *Conseil d’Etat,* за да пита за датата на разглеждането, но така и не получава ясен отговор. Не му е съобщено и, че може да поиска да бъде уведомен за датата на разглеждането в писмена форма. Той твърди, че фактът, че страните не се призовават автоматично на разглежданията сам по себе си противоречи на чл. 6 § 1 от Конвенцията. Наказването на лице, което е упражнило правото си да не назначи член на адвокатурата на *Conseil d’Etat* и на Касационния съд да го представлява, е несъвместимо с принципа на справедливост, тъй като невъзможността да се призове жалбоподателят го е лишила от възможността да предостави меморандум за разискванията – възможност, отбелязана от Съда в *Kress*, цитирано по-горе.

.  Правителството посочва, че правилата, които уреждат спорните производства пред *Conseil d’Etat,* предвиждат, че в деловодството трябва да се постави списък с делата за разглеждане на място, достъпно за гражданите. Тези правила обаче предвиждат, че страните трябва да бъдат уведомявани автоматично най-малко четири дни преди разглеждането, само ако са назначили адвокат. Всички страни имат право да назначат адвокат до датата на разглеждането, като кандидатстват за правна помощ, когато е необходимо. Що се отнася до страните, които не са назначили адвокат, те трябва да приемат задължение за надлежно усърдие, а именно да поискат да бъдат уведомени в писмена форма за датата на разглеждането. В настоящия случай Правителството твърди, че жалбоподателят не може да се позовава на оплакването, че не е уведомен, защото нищо не посочва, че е извършил формалността да поиска от деловодството на *Conseil d’Etat* да бъде информиран за датата на разглеждането.

Правителството също така посочва, че в някои области на правото, в стремежа си да бъдат по-либерални и да предоставят по-широк достъп до съдилищата, процедурните правила на *Conseil d’Etat* освобождават страните в производството от задължението да назначат адвокат, който да подаде молбата им или да представи в писмена форма техните тези. Изключителното право да се явяват пред *Conseil d’Etat* обаче е запазено за категория специализирани адвокати, членовете на адвокатурата на *Conseil d’Etat*. Тази система не изключва зачитането на принципа, че производството трябва да има състезателен характер, тъй като производствата пред *Conseil d’Etat* се извършват главно в писмена форма и всички писмени доказателства се изпращат на страните. Следователно фактът, че жалбоподателят не е известен за разглеждането, защото не е назначил адвокат, не накърнява правата му, гарантирани от чл. 6, тъй като той не е можел сам да пледира, ако е бил информиран, че разглеждането ще бъде проведено. Нещо повече, адвокатът на противната страна не прави устни изявления по време на разглеждането.

.  Принципът на равнопоставеност на страните – един от елементите на по-широката концепция за справедлив процес – изисква всяка страна да получи разумна възможност да представи своя случай при условия, които не я поставят в значително неизгодна позиция по отношение на нейния противник (вж., наред с много други дела, *Nideröst-Huber v. Switzerland*, решение от 18 февруари 1997 г., *Доклади* 1997-I, стр. 107-08, § 23). Това също така означава по принцип възможност страните в даден процес да имат информация и да обсъждат всички представени доказателства или подадени становища, дори от независим член на националната правна служба, с цел да повлияе върху решението на съда (вж., наред с другото, *Van Orshoven v. Belgium*, решение от 25 юни 1997 г., *Доклади* 1997-III; *J.J. v. the Netherlands* и *K.D.B. v. the Netherlands*, решения от 27 март 1998 г., *Доклади* 1998-II; и *Nideröst-Huber*, цитирано по-горе, стр. 108, § 24).

.  Съдът също така посочва, че в *Kress* (цитирано по-горе, §§ 72, 73 и 76) той отбелязва, че в повечето дела тезите на правителствения комисар не са представени в писмен вид, че правителственият комисар излага тезите си за първи път устно на публичните изслушвания по делото, както и че страните в производството, съдиите и обществеността научават за тяхното съдържание и за отправената в тях препоръка по този повод. Независимо от това адвокатите, които искат, могат да помолят правителствения комисар преди изслушването да посочи общата насока на своята теза. В допълнение страните имат право да отговорят на тезата на правителствения комисар чрез меморандум за разискванията. Въз основа на изложените по-горе обстоятелства, Съдът счита в *Kress*, където жалбоподателят се представлява от адвокат в производството пред *Conseil d’Etat*, че описаната по-горе процедура предоставя на страните достатъчни гаранции и че не произтичат проблеми от гледна точка на правото на справедлив процес по отношение на спазването на принципа, че производството трябва да бъде състезателно.

.  Обстоятелствата по настоящото дело (а именно тези, получени преди 1 януари 2001 г., защото от тогава съществува ново правило, според което всички страни трябва да бъдат информирани за датата на разглеждането) са в известна степен различни. Жалбоподателят, който е решил да упражни правото си да не назначава адвокат, за което има изрична разпоредба в националното право, според неговата теза не е уведомен за разглеждането и затова не присъства на него. Той заявява в тази връзка, че многократно се е обаждал в деловодството на *Conseil d’Etat*, за да пита за датата на разглеждането, но нито му е даден ясен отговор, нито му е съобщена възможността да поиска да бъде уведомен за нея в писмен вид – твърдение, което Правителството не оспорва. По мнение на Съда не може законосъобразно да се очаква от жалбоподателя да посещава редовно деловодството на *Conseil d’Etat*, за да проверява дали неговото дело е поставено на информационните табла, където има законово изискване да бъде показано най-малко четири дни преди заседанието. Нещо повече, такова изискване не би било съвместимо с „усърдието“, което Високодоговарящите държави трябва да упражняват, за да са сигурни, че правата, гарантирани от чл. 6, се упражняват по ефективен начин (вж. *Vacher v. France*, решение от 17 декември 1996 г., *Доклади* 1996-VI, стр. 2148-49, § 28, и *Colozza v. Italy*, решение от 12 февруари 1985 г., Серия A № 89, стр. 15, § 28).

.  По този начин жалбоподателят не може да се запознае с тезата на правителствения комисар, защото не е уведомен за разглеждането. Не може да установи и общата насока на тезата преди разглеждането, тъй като не е представляван. В резултат на това му е отказана възможността да подаде меморандум за разискванията в отговор.

.  По този начин, тъй като на жалбоподателя е отказан справедлив процес пред *Conseil d’Etat* в контекста на състезателното производство, е налице нарушение на чл. 6 § 1 в настоящия случай.

III.  ПРИЛОЖЕНИЕ НА ЧЛ. 41 ОТ КОНВЕНЦИЯТА

.  Чл. 41 от Конвенцията гласи:

„Ако Съдът установи нарушение на Конвенцията или на
Протоколите към нея и ако вътрешното право на съответната Βисокодоговаряща страна допуска само частично обезщетение, Съдът, ако е необходимо, постановява предоставянето на справедливо обезщетение на потърпевшата страна.“

А. Обезщетение за вреди

.  Жалбоподателят иска от Съда плащане на 100 000 френски франка или 15 244,90 евро за неимуществени вреди поради дискриминационното закъснение от девет години, на което би била подложена мечтата му да стане осиновител в случай на установяване на нарушение на чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8. Неговото чувство за несправедливост, неудовлетвореност и безсилие в резултат на начина, по който е третиран от френските власти и съдилища в продължение на изключително дългия период, по време на който той очаква изхода от производството относно неговата молба за разрешение за осиновяване, се утежнява от факта, че решение за осиновяване се взима по-лесно на 39 години, неговата възраст, когато взема първоначалното решение, отколкото на 48 или 49 – възрастта, на която би бил, когато бъде взето ново решение, ако бъде установено нарушение.

.  Правителството твърди, че решението на Съда само по себе си би представлявало достатъчно справедливо обезщетение. Ако въпреки това Съдът счете за необходимо да присъди сума по тази позиция, то твърди, че при условия на евентуалност сумата от 30 000 франка (4 573,47 евро) би представлявала обезщетение за неимуществените вреди, претърпени от жалбоподателя в резултат на решението за отказ на неговата молба и естеството на производството пред *Conseil d’Etat*.

.  Съдът отбелязва, че в настоящия случай единственото основание за присъждане на справедливо обезщетение се състои в нарушението на чл. 6 § 1 поради естеството на производството пред *Conseil d’Etat.* Жалбоподателят не иска обезщетение за неимуществени вреди, които може да е претърпял в това отношение, а Съдът многократно е постановявал, че не трябва да разглежда такъв проблем по своя инициатива (вж. *Coëme and Others v. Belgium*, № 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 и 33210/96, § 155, ЕСПЧ 2000‑VII, и, *mutatis mutandis*, *Scuderi v. Italy*, решение от 24 август 1993 г., Серия A № 265-A, стр. 8, § 20).

Б. Разходи и разноски

.  Жалбоподателят, който предоставя ваучери, иска да му бъде платена сумата от 43 132 френски франка (6 575,43 евро), образувана от 40 000 френски франка (6 097,96 евро) за хонорар за представителството му пред Съда, 1 000 франка (152,45 евро) за неговата собствена кореспонденция и копирни разходи във връзка с производството пред Съда и националните съдилища и 2 132 франка (325,02 евро) за разходи за пътуване и издръжка, направени с цел да присъства на съдебното заседание в Страсбург.

.  Правителството твърди, че могат да бъдат възстановени само разходите и разноските, направени в производството пред Съда.

.  Съдът подчертава, че разходите, направени пред националните съдилища могат да бъдат взети предвид, само ако са направени в търсене на обезщетение за констатирани нарушения на Конвенцията, което не е така в настоящия случай. Що се отнася до разходите и разноските, направени пред институциите по Конвенцията, Съдът също така отбелязва, че е констатирал нарушение само по отношение на чл. 6 § 1 от Конвенцията. Като отсъжда по справедливост и съгласно критериите, определени в неговата съдебна практика (вж., наред с други дела, *Nikolova v. Bulgaria* [ГО], № 31195/96, § 79, ЕСПЧ 1999-II), Съдът присъжда на жалбоподателя 3 500 евро за разходи и разноски.

В. Лихва за забава

.  Според информацията, с която разполага Съда, законният лихвен процент, приложим във Франция към датата на приемане на настоящото решение, е 4,26% годишно.

ПО ТЕЗИ СЪОБРАЖЕНИЯ СЪДЪТ

1.  *Приема* с четири на три гласа, че не е налице нарушение на чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8;

2.  *Приема* единодушно, че е налице нарушение на чл. 6 от Конвенцията;

3.  *Приема* единодушно,

(а) че държавата ответник трябва да заплати на жалбоподателя в срок от три месеца от датата, на която решението влезе в сила в съответствие с чл. 44, § 2 от Конвенцията, 3 500 евро (три хиляди и петстотин евро) плюс всякакъв данък добавена стойност, който може да бъде наложен по отношение на разходи и разноски;

(б) че ще бъде платима проста лихва с годишна ставка от 4,26% от датата на изтичане на гореспоменатите три месеца до разплащането;

4.  *Отхвърля* единодушно останалата част от претенцията на жалбоподателя за справедливо обезщетение.

Изготвено на френски език и оповестено писмено на 26 февруари 2002 г. в съответствие с правило 77, §§ 2 и 3 от Правилника на Съда.

С. Доле В. Фюрман
Секретар Председател

В съответствие с чл. 45 § 2 от Конвенцията и правило 74 § 2 от Правилника на Съда към настоящото решение са приложени следните отделни мнения:

(а) частично съвпадащо мнение на г-н Коста, към което се присъединяват г-н Юнгвирт и г-н Трая;

(б) съвместно частично особено мнение на сър Николас Браца, г-н Фюрман и г-жа Тулкен.

W.F.
S.D.

ЧАСТИЧНО СЪВПАДАЩО МНЕНИЕ НА СЪДИЯ КОСТА, КЪМ КОЕТО СЕ ПРИСЪЕДИНЯВАТ СЪДИИТЕ ЮНГВИРТ И ТРАЯ

*(Превод)*

Европейският съд по правата на човека често е изправен пред два конкретни проблема, въпреки че рядко се сблъсква с двата едновременно. Първият се отнася до определянето на материалния обхват на Конвенцията, а вторият – до свободата на преценка, предоставена на държавите в определени области от практиката на Съда.

*Fretté v. France* е дело, в което съставът трябва да разгледа и двата проблема едновременно и затова не е изненадващо, че е разделен по въпроса. Самият аз констатирам, че не е налице нарушение на чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8, но поради доста по-различна причина от тази на мнозинството, свързана с приложимостта или по-скоро по моему неприложимостта на тези разпоредби. Ще се опитам да обясня мотивите си.

### 1.  Приложимост на чл. 14, взет във връзка с чл. 8

Не е оспорено, че въпросът в центъра на това дело е основанието за отказ на молбата на жалбоподателя за разрешение за осиновяване, а именно неговата хомосексуалност, която той смело разкрива по време на анкетите, извършени като част от процедурата за предоставяне на разрешение, което е отговорност на социалните служби в съответния *département*, в настоящия случай Париж. Това се посочва изрично в решението на административния съд, което отменя решението за отказ на разрешение на молбата на жалбоподателя. Въпреки че решението на *Conseil d’Etat*, което отменя решението на административния съд и потвърждава решенията на социалните служби, се позовава по-дискретно на „избора на начин на живот на жалбоподателя [който] трябва да бъде уважен“, майсторски поднесената теза на г-жа Christine Maugüe, правителствен комисар, пред *Conseil d’Etat*, на който тя също е член, не оставя никакво съмнение, че г-н Fretté получава отказ за разрешение, защото твърди, че е хомосексуален. Г-жа Maugüe също подчертава, че *Conseil* е призован да вземе повратно решение по този въпрос (вж. откъсите от нейната теза, цитирани в параграф 15 от настоящото решение).

Бих искал да отбележа също, че френската процедура за осиновяване изисква първоначално административно разрешение, което се дава или отказва *in abstracto* в зависимост от гаранциите, предложени от жалбоподателя (или жалбоподателите в случай на двойка) по отношение на дома, в който детето би попаднало, от психологическа гледна точка и от гледна точка на семейството и отглеждането на деца. Това разрешение не е достатъчно само по себе си, за да може осиновяването да продължи, защото осиновяването се одобрява или отказва *in concreto* от *tribunal de grande instance* и страните и прокуратурата могат да обжалват решението му. Въпреки това то е на практика незаменима предпоставка, тъй като осиновяването не може да продължи без предварителното разрешение, освен ако детето е под грижите на държавата и вече е поставено под попечителството на лицата, които кандидатстват за осиновяване, или в случая, предвиден от чл. 353-1 от Гражданския кодекс („Ако разрешението бъде отказано, съдилищата могат да одобрят осиновяването, ако сметнат, че жалбоподателите са способни да предоставят на детето подходящ дом и че осиновяването е съвместимо с интересите на детето“). Няма възможност първото изключение да работи в полза на г-н Fretté и едва ли е по-вероятно второто да го направи.

Фактите по делото следователно са ясни. На практика на едно хомосексуално лице като жалбоподателя е отказана каквато и да било възможност да осинови дете, и във всеки случай това е положението в настоящия случай.

Параграф 27 от решението мъдро се позовава на практиката на Съда по въпроса, според която чл. 14 не е приложим, освен ако разглежданите факти не попадат в приложното поле на една или повече от разпоредбите на Конвенцията. Това тълкуване на чл. 14 е логическата последица от това, което той в действителност гласи: „Упражняването на правата и свободите, изложени в тази Конвенция, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация...“ То е допълнително подкрепено от противоположния смисъл на Протокол № 12, който е подписан на 4 ноември 2000 г., но все още не е в сила и въвежда пълна забрана на дискриминацията: „Упражняването на всяко право, предвидено в закона, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация...“ Въпреки че европейските законодателни органи решават да отидат още по-далече, отколкото през 1950 г., трябва ли Европейският съд да бъде повлиян от това, което смята, че трябва да бъде позиция на правото и да очаква влизането в сила на Протокол, който ясно изразява това намерение, но подлежи на ратификация от държавите? Според мен отговорът трябва да бъде „не“, ако на волята на Съда не се даде предимство пред държавите, които са го основали.

Затова, като се има предвид, че настоящото тълкуване на чл. 14 остава валидно – и нека кажем, между другото, че повдигането на въпроса за потенциално нарушение на Протокол № 12, когато той влиза в сила, е както преждевременно, така и спорно, защото не е сигурно, че процедурата за законно разрешение в действителност създава право или свобода на осиновяване – считам, че чл. 14 е неприложим в настоящия случай.

На първо място, Конвенцията не гарантира право на осиновяване (вж. решенията на Европейската комисия по правата на човека, цитирани в решението, по-конкретно това от 10 юли 1997 г. относно молбата на г-жа Dallila Di Lazzaro) и дори защита на желанието – колкото и достойно за уважение да е – за създаване на семейство (вж. решенията, цитирани в параграф 32, по-конкретно *Marckx*). Такива права няма и в другите международни инструменти, които, макар и необвързващи за нашия Съд, могат да му предоставят насоки, като например Конвенцията на ООН за правата на детето.

На второ място, не е достатъчно да се каже, както прави жалбоподателят (вж. параграф 28 от решението), че сексуалната ориентация на дадено лице е част от неговия или нейния личен живот. Това разбира се е вярно и аз без съмнение констатирах нарушение на чл. 8 в случая на хомосексуални лица от двата пола, които са освободени от въоръжените сили поради хомосексуалност (вж. *Lustig*‑*Prean and Beckett v. the United Kingdom*, № 31417/96 и 32377/96, 27 септември 1999 г., и *Smith and Grady v. the United Kingdom*, № 33985/96 и 33986/96, ЕСПЧ 1999-VI). Това обаче е поради наличието на намеса в личния живот на жалбоподателите, както в други известни случаи, като например *Dudgeon v. the United Kingdom* (решение от 22 октомври 1981 г., Серия A № 45) или *Modinos v. Cyprus* (решение от 22 април 1993 г., Серия A № 259), обстоятелствата по което са толкова добре известни, че няма да ги разглеждам отново (криминално наказание за хомосексуални отношения). В този случай точно поради липсата на право на (осиновяване на) деца и това че Конвенцията не гарантира желанието за създаване на семейство, по мое мнение няма намеса от страна на държавата в личния или семейния живот на г-н Fretté. Отхвърлянето на молбата на г-н Fretté за разрешение само по себе си не е нарушение на неговия личен живот или на неговото положение на несемеен мъж без деца. Може ли да се твърди с основание, че самите мотиви за отрицателен отговор представляват намеса в личния му живот поради това, че те стигматизират определен избор на начин на живот? Възможно е да има някакво колебание по този въпрос, но в крайна сметка аз не вярвам, че това може да е така, тъй като отношението на *département*, което е отразено в докладите, които освен всичко са добре балансирани и не враждебни към жалбоподателя по принцип, основно взема предвид интересите на детето, което е вероятно да бъде осиновено в случай, че бъде дадено разрешение. Дали властите са прави или грешат е друг въпрос, но във всеки случай тяхното решение не ми изглежда да засяга правото на зачитане на личния и/или семейния живот по смисъла на чл. 8.

На трето място, бих искал да заявя, с цялото ми уважение към колегите ми, че параграф 32 от нашето решение, според който чл. 14, взет във връзка с чл. 8, е приложим, е неубедителен. Той изрично се позовава на право, гарантирано на жалбоподателя съгласно чл. 343-1 от Гражданския кодекс, но в този член просто е посочено, че за осиновяване може да се кандидатства, а възможността за кандидатстване за нещо не създава право на получаване на такова нещо, в противен случай думите биха били безсмислени. Този параграф имплицитно се основава на идеята, че отказът на молбата на г-н Fretté не представлява в действителност нарушение от страна на държавата на неговото право, но ми се струва, че това е кръгова логика.

Последният ми коментар се отнася до довода на жалбоподателя, основан на *Thlimmenos v. Greece* ([ГО], № 34369/97, ЕСПЧ 2000-IV), който настоящото решение освен това не следва в раздела, излагащ мотивите на Съда. Макар и да признавам, че с *Thlimmenos* се разширява приложимостта на чл. 14, аз не намирам аналогията за убедителна, защото това, което се разглежда в този случай, е изключване, базирано на факт за извършено престъпление и неспособност да се вземе предвид фактът, че престъплението, за което е обвинен жалбоподателят, е *единствено* последица от неговото упражняване на свобода на религията. В настоящия случай на жалбоподателя за щастие не е наложена наказателна санкция заради личния му живот. Отхвърлянето на неговата молба може също толкова лесно да е отговорът, даден – както се случва всеки ден – на друго несемейно лице като него или на двойки, кандидатстващи за разрешение за осиновяване, чиито молби са отхвърлени не поради сексуалните им нрави, а защото *département* счита, че те не предоставят достатъчни гаранции, че ще предложат на детето подходящ дом от психологическа гледна точка и от гледна точка на семейството и отглеждането на деца (впрочем, макар че в *Thlimmenos*, в което аз заседавах, Съдът достига до единодушно решение, аз действително се чудя дали не е прекалил малко в този случай и отбелязвам, че решението е постановено преди откриването за подписване на Протокол № 12 – който аз разглеждам като ключов фактор).

Накратко, не виждам начин да констатирам, че чл. 14 е приложим в този случай, дори ако е взет във връзка с чл. 8.

### 2.  Ненарушаване на горепосочените разпоредби

След като достигнах до този категоричен извод, ще направя само няколко кратки коментара по втория въпрос, тъй като моята констатация, че въпросният член е неприложим неизбежно ме кара да констатирам, че не е налице нарушение.

В действителност решението достига до последното заключение чрез комбинация от концепцията за свободата на преценка, чийто обхват е повлиян от естеството на разглеждания въпрос и липсата на каквито и да било допирни точки в Европа в тази област (вж. параграфи 40 и 41 от решението) и най-добрите интереси на детето (превъзходство на правата на детето над правото на дете) в отсъствието на какъвто и да било консенсус в научната общност относно въздействието на осиновяването от несемейно хомосексуално лице или хомосексуална двойка (вж. параграф 42 от решението). В действителност по-голямата част от мнозинството основава своето решение, без да заявява това, на принципа на предпазливостта.

Ако трябваше да взема едно или друго решение, бих имал много колебания. Признавам, че горепосочените аргументи са силни и че не са в противоречие с практиката на Съда. От друга страна може да се твърди както че френският закон не забранява осиновяването от несемейно хомосексуално лице, така и че от досието е видно, че жалбоподателят предлага много гаранции, които биха потвърдили убеждението, че той би направил дадено дете много щастливо дори при липсата на майчински или женски ролеви модел. Въпреки това Съдът се стреми да се произнесе по действителните обстоятелства, а не да взема общи, абстрактни решения.

Следователно са налице аргументи и в двете посоки и достигнатото заключение зависи от гледната точка, от която се разглежда въпросът, а именно дали се поставя акцент върху субсидиарността на ролята на Европейския съд по правата на човека или върху значението на „европейския надзор“, който той трябва да извършва.

Все пак в края на краищата всичко опира до това как може да се даде предимство на европейския надзор пред субсидиарността, когато твърдяното от жалбоподателя право – колкото и разбираемо да е то на емоционално и лично равнище – не е нито право по смисъла на националното право, нито свобода, гарантирана от Конвенцията?

Основният парадокс на това решение според мен е, че би било по-лесно да се оправдае отхвърлянето на оплакването на правното основание за неприложимостта на чл. 14, отколкото да се обявява чл. 14 за приложим и след това да не бъде установено нарушение по него.

СЪВМЕСТНО ЧАСТИЧНО ОСОБЕНО МНЕНИЕ НА СЪДИЯ СЪР НИКОЛАС БРАЦА И СЪДИИТЕ ФЮРМАН И ТУЛКЕН

*(Превод)*

Не можем да споделим мнението на мнозинството, че не е налице нарушение на чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8.

1.  Преди да обясним защо не сме съгласни във връзка с чл. 14 от Конвенцията, бихме искали да направим някои допълнителни коментари по отношение на приложимостта на чл. 8 от Конвенцията.

Нямаме проблем да приемем последователно изразеното становище на Европейската комисия по правата на човека, че чл. 8 от Конвенцията не гарантира правото на осиновяване като такова. Също така приемаме, че чл. 8, който гарантира правото на зачитане на семейния живот, не може да бъде тълкуван като гаранция на самото желание за създаване на семейство, независимо дали чрез осиновяване или по друг начин. В тази връзка има разлика между настоящия случай и *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (№ 33290/96, ЕСПЧ 1999-IX), в което вече съществува семеен живот между жалбоподателя и неговата дъщеря, а решението на Лисабонския апелативен съд да присъди попечителството над детето на бившата съпруга на жалбоподателя представлява явно нарушение на неговото право на зачитане на неговия семеен живот и следователно попада в обхвата на чл. 8. В настоящия случай следва, че отказът на *Conseil d’Etat,* даден на молбата на жалбоподателя за разрешение за осиновяване, не води до пряка намеса в негово право, гарантирано от чл. 8 от Конвенцията. Не води и до нарушение под каквато и да било форма на положителното задължение на държавата да гарантира на жалбоподателя правото на зачитане на личния или семейния му живот.

Въпреки това, както ясно е посочено в настоящото решение, въпросът не може да спре дотук, тъй като жалбоподателят се позовава също така на чл. 14 от Конвенцията. Практиката на Съда определя два основни принципа по отношение на тълкуването на тази разпоредба, които са пряко свързани с настоящия случай.

На първо място, доколкото чл. 14 няма самостоятелно съществуване, неговото прилагане не предполага непременно нарушение на едно от материалните права, гарантирани от Конвенцията, също както не предполага пряка намеса от страна на националните власти в правата, гарантирани от такава разпоредба. Необходимо, но и достатъчно за фактите по делото е да попадат „в обхвата“ на една или повече от въпросните разпоредби (вж., наред с много други дела, следните решения: *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 май 1985 г., Серия A № 94, стр. 35, § 71; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 юли 1994 г., Серия A № 291-B, стр. 32, § 22; и *Petrovic v. Austria*, 27 март 1998 г., *Доклади за решения и определения* 1998-II, стр. 585, § 22).

Вторият принцип е тясно свързан с първия. Член 14 обхваща не само упражняването на правата, които държавите са задължени да гарантират съгласно Конвенцията, но също така и тези права и свободи, които попадат в приложното поле на материалноправните разпоредби на Конвенцията и които дадена държава е избрала да гарантира, дори ако при това гарантиране надхвърля изискванията на Конвенцията. Този принцип е изразен за пръв път от Съда в делото *“relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (решение от 23 юли 1968 г., Серия A № 6, стр. 33-34, § 9). Съдът отбелязва, че правото да се получи от публичните власти създаването на конкретен вид учебно заведение не може да бъде изведено от чл. 2 от Протокол № 1 и продължава:

„... независимо от това държава, която създава такова заведение, не може при определянето на изисквания за прием да предприема дискриминационни мерки по смисъла на чл. 14.

Нека припомним още един пример, цитиран в хода на производството – чл. 6 от Конвенцията не задължава държавите да създадат система от апелативни съдилища. Държава, която създава такива съдилища, надхвърля задълженията си съгласно чл.  6. Въпреки това тя би нарушила този член, взет във връзка с чл. 14, ако попречи на определени лица да използват тези правни средства за защита без основателна причина, а ги предоставя на други лица по отношение на един и същи действия.

В такива случаи би било налице нарушение на гарантирано право или свобода, заложени във въпросния член, взет във връзка с чл. 14. Като че ли последният представлява неразделна част от всеки член, който определя права и свободи. Не трябва да се прави разграничение в това отношение според естеството на тези права и свободи и на техните съотносителни задължения, както и например дали дължимото на въпросното право зачитане предполага положително действие или просто въздържание.“

По същия начин, в *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, цитирано по-горе, не е констатирано държавата да има някакво задължение съгласно чл. 8 от Конвенцията да разрешава към чужденки съпруги, които пребивават в държавата, да се присъединяват съпрузите им, въпреки факта, че последните нямат никакво самостоятелно право на влизане или на пребиваване на територията. Независимо от това фактът, че такова право или привилегия е предоставено и че ситуацията попада „в обхвата“ на правото на зачитане на семейния живот, гарантирано от чл. 8, изисква разликата в третирането на лицата, които имат право да пребивават в държавата, а именно в този случай съпруги, които не са граждани на държавата и които не се ползват от правото към тях да се присъединят съпрузите им, да бъде оправдана съгласно чл. 14 (стр. 37-38, § 78).

Като прилагаме тези принципи в настоящия случай, ние считаме, че въпреки че чл. 8 от Конвенцията не гарантира правото на осиновяване като такова, нито правото на несемейно лице да осиновява, положението, което формира основата на настоящата жалба, несъмнено попада в „обхвата“ или „приложното поле“ на тази разпоредба. В практиката на Съда понятието „личен живот“ по смисъла на чл. 8 от Конвенцията е широка концепция, която включва, наред с другото, правото на създаване и развиване на взаимоотношения с други човешки същества и външния свят (*Niemietz v. Germany*, решение от 16 декември 1992 г., Серия A № 251-B, стр. 33, § 29), правото на признаване на самоличността (*Burghartz v. Switzerland*, решение от 22 февруари 1994 г., Серия A № 280-B, стр. 28, § 24) и правото на „лично развитие“ (*Bensaid v. the United Kingdom*, № 44599/98, § 47, ЕСПЧ 2001-I).

По този начин, като дава законово право на несемейните лица да кандидатстват за осиновяване, Франция надхвърля изискването по силата на положително задължение съгласно чл. 8 от Конвенцията. Независимо от това, след като е предоставила такова право и е създала система за кандидатстване за разрешение за осиновяване, тя има задължение да прилага системата по такъв начин, че да няма неоправдана дискриминация между несемейните лица на основанията, посочени в чл. 14 от Конвенцията.

Това положение не може по никакъв начин да се счита, че предвижда прилагането на Протокол № 12 към Конвенцията, който е подписан в Рим на 4 ноември 2000 г. и разширява критериите за прилагане на чл. 14 от Конвенцията, ограничени до „правата и свободите, изложени в тази Конвенция“, така че те предвиждат, че „[у]пражняването на всяко право, предвидено в закона, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация...“ (Чл. 1). В настоящия случай, както признава самото мнозинство (вж. параграф 32 от решението) и както току-що демонстрирахме, положението, от което се оплаква жалбоподателят, действително попада в приложното поле на чл. 8 от Конвенцията и правото, признато съгласно вътрешното право, не може да се предоставя по дискриминационен начин.

2.  Като е констатирал, че „чл. 14 от Конвенцията, взет във връзка с чл. 8, е приложим“ (вж. параграф 33 от решението), Съдът въпреки това счита, че „разликите в третирането... не са дискриминационни по смисъла на чл. 14 от Конвенцията“ (вж. параграф 43 от решението). Тази констатация според нас противоречи на фактическо и правно основание на изискванията на чл. 14 от Конвенцията, тълкувани от практиката на Съда.

Когато една правна система предоставя право, в настоящия случай правото на всеки да кандидатства за разрешение за осиновяване, тя не може да го предоставя по дискриминационен начин, без да наруши чл. 14 от Конвенцията.

В контекста на френското законодателство, което разрешава на всички несемейни лица, независимо дали са мъже или жени, да подават молба за осиновяване (чл. 343-1 от Гражданския кодекс), ние считаме, че отхвърлянето на молбата за разрешаване, *единствено на основание сексуалната ориентация на жалбоподателя*, представлява нарушение на чл. 14 от Конвенцията. Разбира се не е изрично посочено, че мотивът за отказа на разрешение е именно хомосексуалната ориентация на жалбоподателя, но според представените материали все пак може да бъде признато, че истинският мотив за решението е неговият „избор на начин на живот“. Това посочва и правителственият комисар:

„С оглед на информацията в преписката по делото този въпрос е издигнат до принципен проблем. Настоящото дело не се обляга на собствените си факти, защото документите в преписката по делото не оставят у мен никакви съмнения, че в много отношения г-н F. има реална способност за отглеждане на деца. Единственото нещо, което кара властите да откажат разрешение, е фактът, че г-н F. е хомосексуален и следователно не предоставя достатъчни гаранции, че ще предложи на детето подходящ дом от психологическа гледна точка и от гледна точка на отглеждането на деца и на семейство. Въпреки това нищо в преписката по делото не предполага по никакъв начин, че г-н F. води разпуснат живот и в нея не се споменават никакви конкретни обстоятелства, които могат да представляват заплаха за интересите на детето. Приемането на законосъобразността на отказа за разрешение в конкретния случай имплицитно, но несъмнено би обрекло на неуспех всички молби за осиновяване от хомосексуални лица...“

По отношение на обхвата на приложение на чл. 14, няма съмнение, че сексуалната ориентация е обхваната от тази разпоредба, дали чрез дискриминация на основата на „пол“ (което е позицията на Комитета по правата на човека на ООН, по-конкретно в неговото решение *Toonen v. Australia* от 4 април 1994 г.)или въз основа на „друго положение“ (Европейска комисия по правата на човека, *Sutherland v. the United Kingdom*, № 25186/94, доклад на Комисията от 1 юли 1997 г., § 51, недокладвано). Самият съд признава това в настоящото решение (вж. параграф 37). Освен това в глава III (относно равнопоставеността) от Хартата на основните права на ЕС от 7 декември 2000 г., чл. 21 изрично забранява „всяка форма на дискриминация, основана по-специално на пол ... или сексуална ориентация“. Препоръка 1474 (2000) на Парламентарната асамблея на Съвета на Европа препоръчва Комитетът на министрите да „добави сексуалната ориентация към основанията за дискриминация, забранена от Европейската конвенция за правата на човека“ и да „призове държавите-членки да включат сексуалната ориентация сред забранените основания за дискриминация в националното си законодателство“. В отговора си от 21 септември 2001 г. Комитетът на министрите уверява Асамблеята, че ще продължи „да проследява с голямо внимание въпроса за дискриминацията въз основа на сексуална ориентация“. Следователно може да се твърди с основание, че в момента възниква европейски консенсус в тази област.

Що се отнася до съставните елементи на дискриминацията, трябва да разгледаме на свой ред дали съществува разлика в третирането в конкретния случай и, ако е така, дали тя преследва легитимна цел и дали съществува пропорционална връзка между преследваната цел и използваните методи. Не всяка разлика в третирането е забранена съгласно чл. 14 от Конвенцията, а само тази, която представлява дискриминация. Според установената практика на Съда принципът на равно третиране е накърнен, ако установената разлика няма „обективно и разумно оправдание“.

(а) За да се определи дали съществува такава разлика в третирането, е необходимо още веднъж да се поставим в контекста на националното право. Предварителното разрешение за осиновяване е процедура, чиято цел е да се вземе решение не във връзка с дадено дете, а по отношение на потенциален родител и да потвърди, че няма нищо, което да посочва, че той или тя би бил неподходящ да осинови дете. След това задача на гражданските съдилища е да преценят интересите на страните при формализирането на плановете за осиновяване и по-конкретно да оценят дали действителните интереси на детето са спазени напълно.

В конкретния случай предварително разрешение за осиновяване, което може да бъде поискано от всяко несемейно лице, е отказано на жалбоподателя единствено поради неговия „избор на начин на живот“, а не защото този избор би представлявал някаква реална заплаха за интересите на едно дете. Освен ако не бъде прието, че хомосексуалността – или расата например – е сама по себе си възражение, отказът на разрешение би могъл да бъде оправдан само от хомосексуалността на г-н Fretté, ако тя е съчетана с поведение, което би навредило на възпитанието на едно дете, а в случая това не е така. В допълнение в случая на жалбоподателя, както той самият признава, дори ако му бъде предоставено разрешение, не е сигурно, че би му било поверено дете. В обратния случай обаче, ако той е хетеросексуален или прикрие хомосексуалността си, той сигурно би получил разрешение, защото личностните му качества са признати по време на производството.

Тъй като единствената причина, която е дадена за отказа за разрешение, е начинът на живот на жалбоподателя, което е имплицитна, но въпреки това неоспорима препратка към неговата хомосексуалност, правото, гарантирано от чл. 343-1 от Гражданския кодекс, е нарушено единствено въз основа на неговата сексуална ориентация (вж., *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, № 33985/96 и 33986/96, ЕСПЧ 1999-VI,и *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, № 31417/96 и 32377/96, § 71, 27 септември 1999 г.).

(б) Тази разлика в третирането оправдана ли е от легитимна цел? Както Съдът многократно е посочвал, необходими са „много сериозни“, „особено сериозни“ или „особено убедителни и сериозни мотиви“ за разлика в третирането въз основа на пола, за да се счита, че е съвместима с Конвенцията (вж. *Smith and Grady*,цитирано по-горе, § 90, и *Lustig*‑*Prean and Beckett*, цитирано по-горе, § 82).

Както твърди Правителството, решението за отказ на разрешение за осиновяване произхожда от желание да се защитят правата и свободите на детето, което може да бъде осиновено. Сама по себе си тази цел може, разбира се, да е легитимна, и в действителност дори би била единствената легитимна цел. В настоящия случай обаче трябва да се отбележи, че личностните качества и способност за отглеждане на деца на жалбоподателя са подчертани по редица поводи. *Conseil d'Etat* дори посочва в мотивите за своето решение, че няма препратка в преписката по делото към „конкретни обстоятелства, които могат да представляват заплаха за интересите на детето“. Следователно легитимната цел не е ефективно установена по никакъв начин.

С общата си и абстрактна формулировка мотивите, посочени от съдебните власти за тяхното решение да откажат разрешение на жалбоподателя, се основават единствено на сексуалната ориентация на жалбоподателя и следователно на възгледа, че да бъде отгледано от хомосексуални родители би било вредно за детето във всички случаи и при всякакви обстоятелства. *Conseil d’Etat* не обяснява по никакъв начин, чрез позоваване например на увеличаващия се обхват на научните изследвания на хомосексуалното родителство в последните години, защо и как молбата на жалбоподателя за разрешение вреди на интересите на децата в конкретния случай.

(в) Накрая по въпроса за пропорционалността можем евентуално да приемем възгледа на Правителството, че в чувствителната област на осиновяването от страна на хомосексуални лица на държавите трябва да бъде предоставена известна свобода на преценка. Не е работа на Съда да взема решения (или да прави морална преценка) вместо държавите в област, която освен това е обект на спорове в много държави-членки на Съвета на Европа, особено след като има разделение и в мненията на френските административни съдилища. Не е работа на Съда и да изразява предпочитание за който и да било тип семеен модел. От друга страна позоваването в настоящото решение на липсата на „допирни точки“ във Високодоговарящите държави или на „единни принципи“ относно осиновяването от страна на хомосексуални лица (вж. параграф 41 от решението), което проправя път държавите да получат цялостна свобода на преценка, ни се струва без значение, в противоречие с практиката на Съда във връзка с чл. 14 от Конвенцията и, поради общата си формулировка, може да върне назад защитата на основните права.

Задача на Съда е да осигури правата, гарантирани от Конвенцията. Той трябва да контролира условията, в които се прилага чл. 14 от Конвенцията, и следователно да разглежда дали съществува разумна, пропорционална връзка в настоящия случай между използваните методи – цялостната забрана на осиновяване от хомосексуални родители – и преследваната цел – защита на децата. Решението на *Conseil d’Etat* е повратно решение, но не успява да извърши подробна, материалноправна оценка на пропорционалността и не взема предвид ситуацията на засегнатите лица. Отказът е *абсолютен* и е издаден без никакво друго обяснение, освен избора на начин на живот на жалбоподателя, разгледан по общ и абстрактен начин, и по този начин сам по себе си приема формата на необорима презумпция за пречка пред всякакъв план за осиновяване. Тази позиция изключва изначално всяка действителна преценка на засегнатите интереси и възможността за намиране на някакъв практичен начин за съчетаването им.

Във време, в което всички държави в Съвета на Европа са ангажирани с решителен опит за противодействие на всички форми на предразсъдъци и дискриминация, изразяваме съжаление, че не можем да се съгласим с мнозинството.