



Дело «Х и другие (X and Others) против Австрии»¹

(Жалоба № 19010/07)

ПОСТАНОВЛЕНИЕ²

г. Страсбург, 19 февраля 2013 г.

По делу «Х и другие против Австрии» Европейский Суд по правам человека, заседая Большой Палатой в составе:

Дина Шпильманна, *Председателя Большой Палаты Европейского Суда*,

Жозепа Касадевалы,

Гвидо Раймонди,

Инеты Зиемеле,

Нины Вайич,

Леха Гарлицкого,

Пера Лоренцена,

Анатолия Ковлера,

Элизабет Штайнер,

Ханлара Гаджиева,

Эгберта Мийера,

Дануте Йочиене,

Яна Шикуты,

Винсента А. де Гаэтано,

Линос-Александра Сицилианоса,

Эрика Мёсе,

Андре Потоцкого, *судей*,

а также при участии Йохана Каллеварта, *заместителя Секретаря Большой Палаты Суда*,

рассмотрев дело в закрытом заседании 3 октября 2012 г. и 9 января 2013 г.,

вынес следующее Постановление:

ПРОЦЕДУРА

1. Дело было инициировано жалобой № 19010/07, поданной 24 апреля 2007 г. против Австрийской Республики в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд) в соответствии со статьей 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) тремя гражданами этой страны (далее – заявители). Председатель Большой Палаты удовлетво-

рил просьбу заявителей не раскрывать их имена (пункт 4 правила 47 Регламента Европейского Суда).

2. Интересы заявителей в Европейском Суде представлял адвокат Х. Граупнер (H. Graupner), практикующий в г. Вене. Власти Австрии были представлены Уполномоченным Австрии при Европейском Суде Х. Тихий (H. Tichy), послом, руководителем департамента международного права Федерального министерства европейских и международных дел Австрии.

3. Заявители в своей жалобе считали себя жертвами дискриминации по отношению к разнополым парам, состоявшей в отсутствии юридической возможности усыновления (удочерения) ребенка одного из партнеров в однополый паре другим партнером в соответствии с австрийским законодательством.

4. Жалоба была передана на рассмотрение Первой Секции Суда (пункт 1 правила 52 Регламента Европейского Суда). 29 января 2009 г. жалоба была коммуницирована властям государства-ответчика. Кроме того, было принято решение об одновременном рассмотрении вопроса о приемлемости и по существу жалобы (пункт 1 статьи 29 Конвенции). 1 декабря 2011 г. Первая Секция провела слушание по делу. 5 июня 2012 г. Палата, созданная в рамках Первой Секции, в составе Нины Вайич, Анатолия Ковлера, Элизабет Штайнер, Ханлара Гаджиева, Юлии Лаффранк, Линос-Александра Сицилианоса и Эрика Мёсе, судей, а также при участии Сёрена Нильсена, Секретаря Секции Суда, решила уступить юрисдикцию в пользу Большой Палаты (статья 30 Конвенции); ни одна из сторон не представила в установленный срок возражений против уступки юрисдикции (правило 72 Регламента Европейского Суда).

5. В соответствии с положениями пунктов 4 и 5 статьи 26 Конвенции и правила 24 Регламента Европейского Суда был определен состав Большой Палаты.

6. Власти государства-ответчика и заявители представили письменные замечания по вопросам приемлемости и по существу дела.

7. Кроме того, были получены совместные замечания третьей стороны по делу от профессора Р. Винтермуте (R. Wintermute), выступавшего от имени следующих шести неправительственных организаций: Международной федерации по правам человека (Fédération internationale des ligues des droits de l'homme), Международной комиссии юристов (International Commission of Jurists), Международной ассоциации лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендеров и интерсексуалов в Европейском регионе (European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), Британской ассоциации по усыновлению (удочерению) и устройству детей-сирот (British Association for Adoption and Fostering),

¹ Перевод с французского ООО «Развитие правовых систем».

² Настоящее Постановление вступило в силу в соответствии с положениями пункта 1 статьи 44 Конвенции (примеч. редактора).

Сети европейских ассоциаций ЛГБТ-семей (the Network of European LGBT Families Associations) и Европейской комиссии по законодательству о сексуальной ориентации (European Commission on Sexual Orientation Law), которым Председатель Большой Палаты разрешил представить письменные замечания. Кроме того, замечания третьей стороны были получены от Европейского центра права и правосудия (European Centre for Law and Justice), Генерального прокурора Северной Ирландии, организации «Международная амнистия» (Amnesty International) и Альянса в защиту свободы (Alliance Defending Freedom), каждому из которых также было дано разрешение представить письменные замечания.

8. 3 октября 2012 г. во Дворце прав человека в Страсбурге состоялось открытое слушание по настоящему делу.

В Европейский Суд явились:

(a) от властей Австрии:

Б. Омс (B. Ohms), Федеральная канцелярия Австрии, заместитель Уполномоченного Австрии при Европейском Суде по правам человека,

М. Шторманн (M. Stormann), Федеральное министерство юстиции Австрии,

А. Янкович (A. Jančović), Федеральное министерство европейских и международных дел Австрии, советники;

(b) от заявителей:

Х. Граупнер, представитель.

Европейский Суд заслушал выступления Б. Омс и Х. Граупнера, а также их ответы на заданные судьями вопросы.

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

9. Первая и третья заявительницы родились в 1967 году. Второй заявитель родился в 1995 году.

10. Первая и третья заявительница состоят в постоянных отношениях. Второй заявитель является внебрачным сыном третьей заявительницы. Он признан отцом, но исключительные родительские права в отношении второго заявителя переданы его матери. Заявители втроем составляют одно домохозяйство с тех пор, как второму заявителю исполнилось пять лет, при этом первая и третья заявительница совместно занимаются вторым заявителем.

11. 17 февраля 2005 г. первая заявительница и второй заявитель, от имени которого действовала его мать, заключили соглашение об усыновлении второго заявителя первой заявительницей. Это соглашение было направлено на создание между первой заявительницей и вторым заявителем юридической связи, отражающей объединявшие их отношения, не разрывая при этом связь между ребенком и его матерью, третьей заявительницей.

12. Осознавая, что текст пункта 2 статьи 182 Всеобщего гражданского кодекса Австрии (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, далее – ВГК Австрии) мог быть истолкован как исключающий возможность усыновления одним из партнеров в однополый паре ребенка другого партнера без разрыва связи с биологическим родителем, заявители обратились в Конституционный суд Австрии с ходатайством об объявлении этого правового положения противоречащим Конституции Австрии на основании того, что в силу этого положения первая и третья заявительницы подвергались дискриминации по признаку сексуальной ориентации. Они подчеркивали, что применительно к разнополым парам пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии допускал возможность усыновления или удочерения (далее – усыновление) вторым партнером, то есть усыновления одним из партнеров в паре ребенка другого партнера без разрыва юридической связи с усыновляемым ребенком.

13. 14 июня 2005 г. Конституционный суд Австрии признал жалобу заявителей неприемлемой на основании статьи 140 Конституции Австрии, отметив, что для утверждения соглашения об усыновлении компетентный районный суд должен был рассмотреть вопрос о том, допускалось ли на основании пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии усыновление ребенка вторым партнером в однополый паре. Если районный суд откажет в утверждении соглашения об усыновлении, заявители будут вправе обратиться с жалобой на неконституционность данного правового положения в суд апелляционной инстанции, который, в свою очередь, может передать вопрос на рассмотрение Конституционного суда Австрии, если согласится с мнением заявителей.

14. 26 сентября 2005 г. заявители подали в районный суд ходатайство об утверждении соглашения об усыновлении, в соответствии с которым второй заявитель должен был иметь в качестве родителей первую и третью заявительниц. В своем ходатайстве они объясняли, что между первой заявительницей и вторым заявителем сформировалась сильная эмоциональная связь и второй заявитель выигрывал от того, что жил в домохозяйстве с двумя заботящимися о его благополучии взрослыми; что они преследовали цель добиться правового признания их *de facto* семейной ячейки; а также что следствием удовлетворения их ходатайства должна была стать замена отца ребенка на первую заявительницу. Заявители отметили, что отец второго заявителя был не согласен с усыновлением, не указывая мотивов своего отказа. Они утверждали, что отец выражал крайнюю враждебность по отношению к их семье, вследствие чего суд мог не принимать во внимание этот отказ в предоставлении согласия на основании пункта 3 статьи 181 ВГК Австрии, так как усыновление соответствовало наилучшим интересам второго заявителя. Свои

доводы заявители подкрепили докладом службы по вопросам защиты несовершеннолетних, в котором подтверждалось, что первая и третья заявительницы совместно на ежедневной основе ухаживали за вторым заявителем и отвечали за его воспитание, и в котором делался вывод о том, что желательно передать им совместные родительские права, при этом выражались сомнения относительно правомерности такого решения.

15. 10 октября 2005 г. районный суд отказался утверждать соглашение об усыновлении, считая, что пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии не предусматривал возможность усыновления в форме, которая позволила бы заявителям добиться желаемых последствий. В решении районного суда были изложены следующие мотивы:

«...третья заявительница, обладает родительскими правами в отношении ее несовершеннолетнего сына... рожденного вне брака. [Она] проживает... вместе с партнершей... (первой заявительницей) и... (вторым заявителем).

Вступившим в законную силу решением матери ребенка и ее партнерше было отказано в удовлетворении ходатайства, совместно поданного ими 12 октября 2001 г., в котором они просили частично передать родительские права в отношении [ребенка] партнерше матери ребенка, с тем чтобы они могли совместно осуществлять родительские права.

В соответствии с положениями соглашения об усыновлении от 17 февраля 2005 г., об утверждении которого в настоящее время ходатайствуют заявители, первая заявительница выражает желание усыновить ребенка в качестве партнерши [его] матери.

Соглашение об усыновлении, об утверждении которого ходатайствуют заявители, привело бы к разрыву семейно-правовой связи между ребенком и семьей его отца, при этом связь между ребенком и его матерью осталась бы нетронутой. Заявители просили суд не принимать во внимание отказ отца ребенка дать согласие на такое усыновление.

Ходатайство, которое *de facto* было направлено на предоставление однополрой паре, состоящей из биологической матери и матери-усыновительницы, разрешения на совместное осуществление родительских прав в отношении ребенка, не основано на положениях законодательства.

Статья 179 ВГК Австрии предусматривает, что усыновление может быть совершено лицом, не состоящим в браке, в индивидуальном порядке или супружеской парой. Усыновление ребенка лицом, состоящим в браке и действующим в одиночку, допускается при условии строгого соблюдения ряда условий. Из второго предложения пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии следует, что, если ребенок усыновляется **только** мужчиной (или женщиной), семейно-правовые связи, за исключением самой родственной связи, разрываются лишь в отношении биологического отца (или биологической матери) и его (ее) семьи. В случае, когда связи между ребенком и его другим родителем сохраняются после усыновления,

судья объявляет их разорванными в отношении соответствующего родителя, при условии, что последний согласен с этим.

В статью 182 ВГК Австрии в последний раз внесены изменения в 1960 году (Вестник федерального законодательства № 58/1960). Принимая во внимание недвусмысленность формулировки этого положения и очевидность воли законодателя, принимавшего данную статью, следует предположить, что усыновление одним лицом разрывает правовую связь между усыновленным лицом и его биологическим родителем **того же** пола, что и усыновляющий родитель, и в этом случае не изменяется связь с родителем **противоположного** пола (см. также Шлеммер (Schlemmer) в Комментарий Швиманна (Schwimann) к ВГК Австрии... I § 182, пункт 3). Лишь при таком сценарии закон позволяет судье разорвать эту связь, на которую само усыновление не влияет.

Следовательно, соглашение об усыновлении, об утверждении которого ходатайствуют заявители, которое привело бы к усыновлению [ребенка] женщиной и к разрыву его связей с биологическим отцом, но не с биологической матерью, является незаконным. Толкование данного законодательного положения в соответствии с Конституцией Австрии, которое, безусловно, является необходимым, никоим образом не меняет данный вывод.

Действительно, в соответствии со сложившимся прецедентным правом Европейского Суда по правам человека вопросы, касающиеся сексуальной ориентации, пользуются защитой, которую статья 8 [Конвенции] предоставляет праву на уважение частной и семейной жизни. Также верно, что в соответствии со сложившимся прецедентным правом Европейского Суда дискриминация по признаку сексуальной ориентации несовместима со статьями 8 и 14 Конвенции. Однако следует отметить, что в этих вопросах Европейский Суд неизменно признает за государствами-членами Совета Европы свободу усмотрения, пределы которой тем шире, чем меньше общего в позициях, закрепленных в правовых системах соответствующих государств. В параграфе 41 Постановления Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (Fretté v. France), жалоба № 36515/97, ECHR 2002-I) Европейский Суд прямо указал, что право гомосексуалистов на усыновление, судя по всему, переживало переходный период и испытывало социальные изменения, оправдывавшие признание за государствами-членами широкой свободы усмотрения, и уточнил, что эта свобода усмотрения не могла толковаться как карт-бланш на произвол со стороны государства.

Соответственно, сами государства должны решать вопрос о возможности предоставления двум лицам одного пола права на создание юридической связи с ребенком на основе равноправия, в пределах, установленных пунктом 2 статьи 8 Конвенции. Суд считает, что действующее австрийское законодательство, даже если его толковать в соответствии с Конституцией Австрии, как это требуется, исключает такую возможность. Для удовлетворения ходатайства заявителей потребовалось бы внесение изменений в законодательство; подобное соглашение об усыновлении не могло быть узаконено одним лишь решением суда, толкование статьи 182 ВГК Австрии кото-

рым противоречило бы недвусмысленным формулировкам данного положения.

Учитывая вышеизложенное, суд отклоняет ходатайство заявителей об утверждении соглашения об усыновлении».

16. Заявители подали апелляционную жалобу на указанное решение. Ссылаясь на статьи 8 и 14 Конвенции, они утверждали в своей жалобе, что пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии имел дискриминационный характер, поскольку он необоснованно проводил различие между разнополыми и однополыми парами. Они заметили, что усыновление вторым партнером допускалось для разнополых пар, как состоящих, так и не состоящих в браке, но не для однополых пар. Заявители уточнили, что их дело, касавшееся различия в обращении между разнополыми и однополыми парами, отличалось от упомянутого выше дела «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*), в котором речь шла о возможности совершения усыновления неженатым гомосексуалистом.

17. Заявители считали, что проведение различий в обращении между не состоящими в браке разнополыми парами и однополыми парами представляло собой особую проблему с учетом Постановления Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*), жалоба № 40016/98, ECHR 2003-IX. Они утверждали, что европейские государства, предоставившие однополым парам возможность усыновления, были редкостью; что большинство государств признавало возможность усыновления вторым партнером только за состоящими в браке парами; а также что в Европе существовал консенсус о том, что не состоящие в браке разнополые пары и однополые пары не должны подвергаться различному обращению. Заявители подчеркивали, что различие в обращении в данном случае не преследовало какой-либо правомерной цели, и добавляли, что оно не являлось необходимым для защиты интересов ребенка. Заявители упомянули о ряде научных работ, указывавших на то, что дети развиваются в семьях, образованных гомосексуалистами, точно так же, как и в семьях разнополых родителей, и что определяющим в данном случае является не сексуальная ориентация родителей, а их способность создать стабильную и гармоничную семью. Заявители просили суд апелляционной инстанции отменить решение районного суда и удовлетворить их ходатайство от 26 сентября 2005 г. либо, в качестве альтернативного варианта, вернуть дело в районный суд для нового рассмотрения.

18. 21 февраля 2006 г. земельный суд отказал в удовлетворении апелляционной жалобы заявителей без проведения судебного заседания. В своем постановлении земельный суд описал ряд связанных с настоящим делом производств, касавшихся, с одной стороны, права на свидания и алиментных обязательств отца второго заявителя и, с дру-

гой стороны, безуспешных попыток первой и третьей заявительниц добиться признания за ними совместных родительских прав в отношении второго заявителя. Земельный суд выразил сомнения относительно того, может ли третья заявительница представлять интересы своего сына при рассмотрении данного дела, поскольку существовала возможность конфликта интересов. Суд далее отметил:

«Однако в действительности нет необходимости останавливаться на этом вопросе, поскольку суд считает, по нижеуказанным мотивам, что в любом случае следует отказать в утверждении рассматриваемого соглашения об усыновлении, как, впрочем, сделал и суд первой инстанции, при этом дальнейшее обсуждение не требовалось. При данных условиях не возникает вопрос о правомерности предоставления интересов ребенка при рассмотрении данного дела.

В решениях, принятых по ходатайству о частичной передаче родительских прав [в отношении ребенка] в пользу [партнерши матери ребенка], компетентные суды указали, что, хотя в австрийском семейном законодательстве отсутствует понятие «родители», из действующих положений в совокупности очень ясно следует, что для законодателя по принципиальным соображениям пара родителей состоит из двух человек противоположного пола, и именно по этой причине законодательством родительские права в отношении ребенка предоставляются в первую очередь двум биологическим родителям либо биологической матери в случае рождения вне брака и предусматривается возможность передачи родительских прав иным лицам лишь в случае, когда невозможно применить данное правило. Соответствующие суды на основе данных положений сделали вывод, что при наличии биологических родителей (отца и матери) нельзя было передавать родительские права в отношении ребенка третьим лицам, даже если с чисто фактической точки зрения эти третьи лица тесно связаны с ребенком (см. для сравнения постановление Верховного суда Австрии, 7 Ob 144/02 f). Суды полагали, что данная правовая позиция не вела к какой-либо дискриминации по отношению к однополым парам, так как семейно-правовые нормы были основаны в соответствии с биологической реальностью на наличии пары, состоящей из родителей противоположного пола.

По мнению суда, указанные соображения применимы также к рассматриваемому в настоящем деле вопросу о возможности утверждения соглашения об усыновлении несовершеннолетнего ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей. В этом случае также нет необходимости добавлять ребенку дополнительного «юридического родителя» в случае, когда у него имеются два родителя противоположного пола. Речь никоим образом не идет о дискриминации гомосексуальной партнерши матери ребенка; но следует отметить, что при наличии обоих родителей противоположного пола просто нет необходимости предусматривать правовое положение, которое позволяло бы гомосексуальному партнеру одного из родителей занимать место другого родителя.

Усыновление несовершеннолетнего ребенка преследует прежде всего цель создания связи,

аналогичной связи между детьми и их биологическими родителями. Из материалов дела следует, что биологический отец ребенка регулярно общается с сыном. Соответственно, ребенок сохраняет сильную связь с обоими родителями противоположного пола. При данных обстоятельствах нет необходимости заменять того или иного из биологических родителей ребенка на гомосексуального партнера одного из родителей путем предоставления разрешения на усыновление этого ребенка.

В судебной практике по вопросам, касающимся права на общение родителей с ребенком, в целом однозначно признано, что в соответствии с имеющимися психологическими и социологическими исследованиями для развития ребенка особенно важно, чтобы он поддерживал личные отношения с родителем, с которым он не проживает (см., *inter alia*, EFSlg 100.205). Именно по этой причине за ребенком законодательно признано право на личное общение с родителем, с которым ребенок не проживает (см., в частности, постановление Верховного суда Австрии, 3 Ob 254/03 z). Также бесспорным является тот факт, что для надлежащего развития несовершеннолетнего ребенка крайне желательно, чтобы он мог поддерживать личные отношения с обоими родителями противоположного пола, то есть с женщиной (его матерью) и мужчиной (его отцом), ответственными за его образование, для чего должны прилагаться максимальные усилия (см. для сравнения, *inter alia*, EFSlg 89.668). Таким образом, настоятельно рекомендуется и в целом требуется в интересах здорового развития ребенка поддерживать личные отношения, хотя бы в минимальной степени, между ребенком и его двумя родителями (см. для сравнения постановление Верховного суда Австрии, 7 Ob 234/99 h). Указанные соображения явным образом препятствуют усыновлению ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей, если в результате такой меры разрываются семейные связи ребенка с другим родителем.

Как указано выше, эта правовая позиция не может считаться дискриминацией по отношению к однополым парам. По данному вопросу суд первой инстанции в обжалуемом решении – справедливо – сослался на сложившееся прецедентное право Европейского Суда по правам человека, который признает, что на сексуальную ориентацию распространяется защита, которой пользуется частная и семейная жизнь (статья 8 Конвенции), и, соответственно, рассматривает дискриминацию по признаку сексуальной ориентации как решительно не соответствующую статьям 8 и 14 Конвенции. Однако суд первой инстанции также совершенно правильно подчеркнул в своем решении, что законодатель должен быть предоставлена широкая свобода усмотрения при принятии законов по вопросам, по которым отсутствует консенсус в правовых системах государств-членов. Отметив, что эта свобода усмотрения не могла толковаться как карт-бланш на произвол со стороны государства, суд первой инстанции признал, что она должна толковаться широко в отношении права гомосексуалистов на усыновление, поскольку этот вопрос переживал социальные изменения. В этом контексте австрийская правовая система не имела норм, предусматривающих усыновление ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей.

Податели жалобы не выдвинули убедительных доводов в поддержку своей гипотезы о том, что действующие положения законодательства имеют дискриминационный характер по отношению к однополым парам. Даже в случае однополых пары единственной юридической связью, которая может быть разорвана при усыновлении ребенка одного из партнеров, является связь между ребенком и родителем того же пола, что и усыновляющий родитель. В подобной ситуации ребенок остается под опекой двух родителей противоположного пола. Данный фактор, имея важное значение для развития ребенка, отпадает в случае усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей. При данных условиях отсутствуют доказательства того, что подобная ситуация представляет собой необоснованное различие в обращении. Кроме того, Европейский Суд по правам человека в упомянутом заявителем жалобой Постановлении (по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*)) напомнил, что различие в обращении по отношению к лицам, состоящим в гомосексуальных отношениях, имеет дискриминационный характер лишь в случае, когда такое различие в обращении не имеет под собой объективных и разумных оснований, то есть когда оно не преследует правомерную цель, или использованные средства не являются с разумной точки зрения соразмерными преследуемой цели; что лишь при наличии особо убедительных оснований Европейский Суд может признать различие в обращении соответствующим Конвенции; и что различия, вытекающие из сексуальной ориентации, должны иметь под собой особо убедительные основания. Однако Европейский Суд в Постановлении по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*) также прямо признал, что защита «традиционной семьи» в принципе является существенным и правомерным основанием, оправдывающим различие в обращении со стороны законодательного органа государства, отмечая при этом, что цель, состоящая в защите семьи в традиционном значении этого слова, достаточно абстрактна, а также что для ее достижения может быть использовано множество различных конкретных мер. Европейский Суд указал, что исключение лиц, состоящих в гомосексуальных отношениях, из сферы действия некоторых правовых положений могло быть оправдано лишь убедительными основаниями, и отметил, что в рассматриваемом деле, касавшемся права гомосексуального партнера умершего лица выступать правопреемником по договору аренды жилья, такие основания не были приведены.

Тем не менее доводы подателей жалобы не находят подтверждения в указанном Постановлении. Принимая во внимание, что Европейский Суд признает право государства предусматривать в рамках правовой системы меры защиты «традиционной семьи», следует уважать позицию австрийского законодателя, в соответствии с которой несовершеннолетний ребенок, исходя из биологических реалий, должен по принципиальным соображениям иметь двух родителей противоположного пола. Как следствие, суд полагает, что законодатель, не предусматривая возможности усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей, которая привела бы к разрыву связи между ребенком и родителем противоположного пола, бесспорно, преследовал «правомер-

ную цель». Аналогичным образом нельзя сказать, что отсутствует «разумная соразмерность» между этой целью и средствами, использованными для ее достижения. Вопреки утверждениям подателей жалобы, эта правовая позиция не основана на «предвзвешивании гетеросексуального большинства по отношению к гомосексуальному меньшинству», но она направлена всего лишь на обеспечение взросления несовершеннолетних детей при наличии регулярного общения как с родителем женского пола, так и с родителем мужского пола. Эта цель заслуживает такого же уважения, как и решение матери ребенка жить в гомосексуальных отношениях. При данных условиях очевидно, что отсутствуют основания для лишения ребенка семейно-правовой связи с его родителем противоположного пола. Однако мать ребенка и ее партнерша в настоящем деле именно этого и требовали и продолжали требовать после подачи апелляционной жалобы.

Соответственно, принимая во внимание вышеизложенное, настоящая жалоба подлежит отклонению.

Решение о приемлемости апелляционной жалобы по вопросам права основано на пунктах 1 и 2 статьи 59 и пункте 1 статьи 62 Закона «О несостоятельном производстве». Хотя Верховный суд Австрии действительно уже вынес одно решение по настоящему делу, это решение касалось законности (частичной) передачи родительских прав в отношении ребенка партнерше матери ребенка. В то же время, насколько известно суду, Верховный суд Австрии ранее не выносил решений непосредственно и конкретно по вопросу, рассматриваемому в настоящем деле, а именно по вопросу о законности усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей. По этой причине настоящее постановление имеет большое значение с точки зрения единства права, правовой определенности и развития права».

19. Заявители подали кассационную жалобу в Верховный суд, утверждая, что применение судами пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии вело к различию в обращении между разнополыми и однополыми парами, в которых один из партнеров желал усыновить биологического ребенка другого партнера. В жалобе заявители указали, что в то время как разнополые пары, даже не состоящие в браке, могли создать дополнительную родственную связь между ребенком и партнером одного из родителей, у однополых пар такая возможность отсутствовала, поскольку в случае ее реализации один из биологических родителей ребенка заменялся на одного из однополых партнеров, а также что в их случае это привело к лишению их какой-либо реальной возможности усыновить ребенка вторым партнером. По утверждению заявителей земельный суд попытался обосновать такое различие в обращении ссылкой на цели защиты семьи в традиционном значении этого слова и предоставления ребенку возможности расти под опекой мужчины и женщины, но не продемонстрировал, что отказ в предоставлении возможности усыновления ребенка вторым партнером из однополых пары был необ-

ходимым для достижения этих целей. По словам заявителей, последние исследования подтверждали, что однополые пары были способны воспитывать детей в той же мере, что и разнополые пары, и в настоящем деле вопрос стоял не о том, должен был ребенок воспитываться в гомосексуальной семье или нет, так как *de facto* он уже был частью такой семьи, а о том, было ли оправданным решение об отказе в юридическом признании связи, объединявшей первую заявительницу и ребенка. По мнению заявителей, земельный суд не обосновал необходимость в проведении различий между не состоящими в браке разнополыми парами и однополыми парами. Наконец, заявители, не отрицая тот факт, что во многих государствах Европы усыновление ребенка вторым партнером допускалось только для пар, состоящих в браке, утверждали, что государства, которые, как, например, Австрия, решили предоставить такую возможность парам, не состоящим в браке, не могли ссылаться на сексуальную ориентацию в обоснование различия в обращении по данному вопросу.

20. 27 сентября 2006 г. Верховный суд Австрии отказал в удовлетворении кассационной жалобы заявителей, мотивировав свое решение следующим образом:

«[Несовершеннолетнее лицо] является биологическим сыном третьей заявительницы, г-жи... и г-на... он родился ... Ребенок находится под исключительной опекой его матери, которая проживает... со своей партнершей (первой заявительницей) и [ребенком]. Заявители ходатайствовали о судебном утверждении соглашения об усыновлении, заключенного 17 февраля 2005 г. между первой заявительницей и ребенком, от имени которого действовала его мать, в соответствии с которым первая заявительница выражала желание усыновить ребенка. Однако данное соглашение предусматривало, что первая заявительница заменит собой биологического отца ребенка, а не его мать. Заявители хотели, чтобы следствием судебного утверждения их соглашения стал разрыв семейно-правовых связей между ребенком и его биологическим отцом, а также между ребенком и семьей биологического отца, при полном сохранении связей между ребенком и биологической матерью. Кроме того, заявители предложили судам не принимать во внимание отказ отца ребенка дать согласие на такое усыновление.

Суд первой инстанции вынес решение об отказе в утверждении соглашения об усыновлении, признав, что из текста статьи 182 ВГК Австрии следовало, что законодатель явным образом предусмотрел, что усыновление одним лицом разрывало юридическую связь между усыновляемым лицом и его родителем того же пола, что и усыновляющее лицо, но сохраняло юридическую связь с его [биологическим] родителем противоположного [полу усыновляющего лица] пола. Суд первой инстанции уточнил, что лишь в этом случае закон позволял судье констатировать разрыв последней связи, не затронутой самим усыновлением. Суд первой инстанции сделал вывод о незаконности соглашения, об утверждении которого

ходатайствовали заявители и которое привело бы к усыновлению [ребенка] другой женщиной и к разрыву его связей с биологическим отцом, но не с биологической матерью, и добавил, что этот вывод соответствует Конституции и, в частности, статьям 8 и 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Суд первой инстанции уточнил, что Европейский Суд по правам человека в своем прецедентном праве указывал на то, что вопрос об усыновлении детей гомосексуалистами, под влиянием эволюции существующих взглядов, переживал переходный период, и признавал за государствами-членами особо широкую свободу усмотрения по данному вопросу. Суд первой инстанции сделал вывод о том, что только государства могли принимать решения о предоставлении двум лицам одного пола возможности создавать юридическую связь с ребенком на основе принципа равноправия, в пределах, установленных пунктом 2 статьи 8 Конвенции, и что австрийское законодательство не предусматривало возможность усыновления, о котором ходатайствовали заявители.

Суд апелляционной инстанции оставил решение суда первой инстанции без изменения, отметив, что законодательство явным образом основывалось на предпосылке, что термин «родители» означает в обязательном порядке двух лиц противоположного пола, что, по мнению суда, подтверждалось нормами об опеке, которые по принципиальным соображениям отдавали приоритет биологическим родителям перед иными лицами. Аналогичные соображения были применимы к институту усыновления, который регулируется нормами законодательства, также основанными, по мнению суда, в соответствии с биологической реальностью, на наличии пары, состоящей из родителей противоположного пола. Суд апелляционной инстанции считал, что при наличии двух родителей противоположного пола не требовалось предусматривать положение, разрешающее гомосексуальному партнеру одного из родителей заменять собой другого родителя, а также что в данном случае отсутствовала какая-либо дискриминация по отношению к однополым парам. Суд добавил, что по вопросам, касающимся права на общение родителей с ребенком, не вызывал сомнения тот факт, что для надлежащего развития несовершеннолетнего ребенка крайне желательно, настоятельно рекомендуется и в целом требуется в интересах здорового развития ребенка, чтобы он мог поддерживать личные отношения с обоими родителями противоположного пола, то есть с женщиной (его матерью) и мужчиной (его отцом), ответственными за его образование, поддерживать личные отношения, хотя бы в минимальной степени, между ребенком и его двумя (биологическими) родителями. Эти соображения также могли быть применены к институту усыновления. Кроме того, суд апелляционной инстанции, так же как и суд первой инстанции, сделал вывод об отсутствии дискриминации по отношению к однополым парам в соответствии с прецедентным правом Европейского Суда по правам человека. В этой связи суд напомнил, что различие в обращении по отношению к лицам, состоящим в гомосексуальных отношениях, имело дискриминационный характер лишь в случае, когда такое различие в обращении не имеет под собой объективных и разумных оснований, то

есть когда оно не преследует правомерную цель, или использованные средства не являются с разумной точки зрения соразмерными преследуемой цели; что при наличии особо убедительных оснований можно признать различие в обращении соответствующим Конвенции. Суд апелляционной инстанции признал правомерной цель, преследуемую австрийским законодательным органом, которая состояла в обеспечении взросления несовершеннолетних детей при наличии регулярного общения, необходимого для их развития, как с родителем женского пола, так и с родителем мужского пола. Суд добавил, что эта цель заслуживает такого же уважения, как и решение матери ребенка жить в гомосексуальных отношениях, и постановил, что отсутствовали основания для лишения ребенка семейно-правовой связи с его родителем противоположного пола.

Констатируя, что отсутствовала судебная практика по вопросу правомерности усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из биологических родителей, суд апелляционной инстанции счел, что следовало предоставить заявителям разрешение на подачу кассационной жалобы.

Кассационная жалоба является приемлемой для рассмотрения по существу по основаниям, изложенным судом апелляционной инстанции, но необоснованной.

Пункт 2 статьи 179 ВГК Австрии предусматривает, что ребенок может быть усыновлен несколькими лицами только в случае, если усыновляющие родители состоят в браке между собой. Правоведы толковали это положение как запрещающее усыновление (одновременное или поочередное) несколькими лицами одного пола (см. Швиманн в Комментариях Швиманна к § 179 ВГК Австрии, пункт 6, и Хопф (Hopf) в Комментариях Козёл (Koziol)/ Быдлински (Bydlinksi)/ Болленбергер (Bollenberger), § 179, пункт 2, процитированные земельным судом Вены по гражданским делам в постановлении от 27 августа 2001 г., EFSlg 96.699).

Во втором предложении пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии описаны последствия усыновления одним родителем. Если ребенок усыновляется лишь одним усыновителем (или усыновительницей), разорванными считаются лишь родственные связи, которые объединяют его с биологическим отцом (или биологической матерью) и его (ее) родственниками. Из судебной практики (ErlBem RV 107 BlgNR IX. GP, 21) ясно следует, что данное положение следует толковать как означающее, что юридические связи неимущественного характера являются разорванными лишь по отношению к биологическому родителю, которого заменяет усыновитель того же пола, что и этот родитель. Если говорить конкретней, это означает, в частности, что усыновление ребенка женщиной не влечет за собой лишение ребенка биологического отца (см. также Швиманн в Комментариях Швиманна, там же, § 182, абзац 3; Штабентайнер (Stabentheiner) в Комментариях Руммеля (Rummel) I, § 182, абзац 2).

Вопреки утверждениям заявителей, данное положение не может толковаться расширительно, и не существует непредвиденной лакуны в законодательстве, требующей применения норм права по аналогии. В соответствии с судебной

практикой (ор. cit., 11) ключевой целью усыновления является обеспечение благополучия несовершеннолетнего ребенка (принцип защиты). Усыновление должно восприниматься как подходящий способ доверить ответственным лицам, соответствующим определенным критериям, воспитание и заботу о детях, оставшихся без родителей, детях из распавшихся семей и детях, которые по каким-либо причинам не могут получить правильное воспитание у своих родителей или родители отказались от них. Однако эта цель может быть достигнута лишь в случае, если усыновление позволяет воссоздать условия, максимально близкие к условиям проживания ребенка в семье с биологическими родителями.

Также из судебной практики (6 Ob 179/05z) очевидно следует, что связь между ребенком и усыновителем должна быть аналогична, с социальной и психологической точки зрения, связи, которая существует между биологическими родителями и их детьми. Модель отношений между родителями и детьми в контексте усыновления несовершеннолетних основывается на определенных социальных и психологических связях, существующих между родителями и подростками. Эти отношения включают помимо классических социальных связей в виде физической и личной близости (сожительство, забота об удовлетворении физических и психологических потребностей ребенка его родителями) эмоциональные связи, которые можно сравнить с любовью, испытываемой между родителями и их детьми, а также особую роль родителей как наставников и примеров для подражания.

Пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии содержит общий запрет (не только для однополых пар) на усыновление ребенка как мужчиной, действующий до тех пор, пока не прекратится родительская связь между усыновляемым ребенком и его биологическим отцом, так и женщиной – пока не прекратится родительская связь между усыновляемым ребенком и его биологической матерью. Соответственно, из пункта 2 статьи 182 следует, что лицо, в одиночку усыновляющее ребенка, заменяет собой не любого родителя по своему усмотрению, а лишь родителя того же пола, что и усыновитель. Таким образом, усыновление ребенка партнершей биологической матери является невозможным с юридической точки зрения.

Вопреки утверждению заявителей, данное положение также проходит проверку на соответствие Конституции (с точки зрения основных прав). В Постановлении по делу «Фретте против Франции» (Fretté v. France) от 26 февраля 2002 г., в котором рассматривался вопрос о том, имело ли дискриминационный характер решение органов власти об отказе в предоставлении разрешения на усыновление ребенка мужчиной-гомосексуалистом, Европейский Суд по правам человека признал, что смысл усыновления состоял в том, чтобы «дать семью ребенку, а не ребенка – семье», и постановил, что власти государства-ответчика должны обеспечить, чтобы в качестве усыновителей выбирались лица, которые могли предложить ребенку наиболее благоприятные во всех отношениях условия жизни. Отметив значительные различия во взглядах по вопросу возможных последствий усыновления ребенка одним гомосексуалистом или родителями-гомосексуалистами,

существующие на государственном и международном уровнях, и констатируя, что детей для удовлетворения спроса на усыновление недостаточно, Европейский Суд постановил, что государства должны пользоваться широкой свободой усмотрения в данной области. Европейский Суд признал, что решение органов власти об отказе в предоставлении разрешения на усыновление ребенка мужчиной-гомосексуалистом не противоречило статье 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, поскольку оно преследовало правомерную цель, в указанном случае состоявшую в наилучшем обеспечении интересов ребенка, и не нарушало принцип соразмерности использованных средств преследуемой цели.

Заявители не продемонстрировали, и не установлено иных доказательств, подтверждающих, что положения пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии выходят за пределы усмотрения, признанные Европейским Судом, или нарушают принцип соразмерности. Соответственно, Верховный суд Австрии не сомневается в том, что данное положение соответствует Конституции Австрии, хотя заявители придерживались иного мнения.

Ввиду невозможности усыновления с юридической точки зрения не было необходимости далее рассматривать вопрос о том, имелись ли основания для игнорирования позиции отца ребенка, отказавшегося дать согласие на усыновление, как исключительной меры, предусмотренной пунктом 3 статьи 181 ВГК Австрии».

Постановление Верховного суда Австрии было вручено адвокату заявителей 24 октября 2006 г.

II. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА ГОСУДАРСТВА-ОТВЕТЧИКА

A. Нормы законодательства об усыновлении

21. Всеобщий гражданский кодекс Австрии (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) содержит положения, определяющие термины «мать» и «отец».

Статья 137b гласит:

«Матерью ребенка считается женщина, которая родила этого ребенка».

Статья 138 гласит:

«1) Отцом ребенка считается:

1. мужчина, который был женат на матери ребенка в момент его рождения, а также мужчина, который был женат на матери ребенка в момент своей смерти, при условии, что ребенок рожден в течение 300 дней со дня смерти этого мужчины, либо

2. мужчина, признавший свое отцовство, либо

3. мужчина, отцовство которого установлено в судебном порядке».

22. Следующие положения ВГК Австрии об усыновлении имеют отношение к настоящему делу.

Статья 179 в соответствующей части гласит:

«1) Усыновителями могут стать лица, достигшие установленного возраста и полной дееспособно-

сти... Усыновление влечет за собой создание родственной связи между усыновленным ребенком и усыновителем.

2) Усыновление ребенка более чем одним лицом, одновременное или поочередное, в последнем случае осуществляемое, когда уже сформирована первая связь между ребенком и усыновителем, допускается лишь в случае, если усыновители состоят в браке между собой. По общему правилу супруги могут усыновить ребенка лишь совместно. Исключение составляет случай, когда усыновляемый ребенок является биологическим ребенком супруга усыновителя; когда один из супругов не достиг установленного возраста; когда отсутствует необходимая разница в возрасте с усыновляемым ребенком; когда местонахождение одного из супругов неизвестно не менее одного года; когда супруги не проживали совместно не менее трех лет; когда по аналогичным или особо серьезным основаниям оправданным является осуществление усыновления одним из супругов».

23. В соответствии со статьей 179а ВГК Австрии для усыновления необходимо заключение письменного соглашения между усыновителем и усыновляемым лицом (в случае несовершеннолетия последнего от его имени выступает законный представитель) и утверждение этого соглашения компетентным судом.

24. Суд утверждает соглашение после проверки того, что оно соответствует наилучшим интересам ребенка и что между лицами, которые являются сторонами этого соглашения, существует связь, идентичная связи, объединяющей родителя и его биологического ребенка, либо что стороны намерены создать такую связь (статья 180а ВГК Австрии).

25. Статья 181 ВГК Австрии в редакции, действовавшей в период времени, относящийся к обстоятельствам настоящего дела, в соответствующей части гласит:

«1) Соглашение об усыновлении может быть утверждено лишь в случае, если следующие лица дают согласие на усыновление:

1. родители усыновляемого несовершеннолетнего ребенка;
2. супруг усыновителя;
3. супруг усыновляемого лица;
4. усыновляемый ребенок, если он достиг четырнадцатилетнего возраста.

...

3) По заявлению одной из сторон судья может не принимать во внимание отказ лиц, указанных в абзацах 1–3 пункта 1 настоящей статьи, если такой отказ не имеет под собой правомерных оснований».

26. В соответствии с судебной практикой австрийских судов мера, предусмотренная пунктом 3 статьи 181 ВГК Австрии, позволяющая судье не принимать во внимание отказ одного из указанных лиц давать согласие на усыновление, имеет исключительный характер и не может применяться

в случае, когда интересы усыновляемого ребенка однозначно преобладают над интересами биологического родителя, который возражает против усыновления, в частности над его желанием поддерживать отношения с ребенком. Данная мера также может быть принята в случае, когда отказ является необоснованным с точки зрения морали. Такая ситуация может иметь место, когда, например, родитель, возражающий против усыновления, проявляет явную враждебность по отношению к усыновляющей семье или когда явное неисполнение таким родителем своих обязанностей по отношению к ребенку, предусмотренных законодательством, в течение длительного времени препятствует развитию ребенка или препятствовало бы, если бы не вмешательство третьего лица.

27. Статья 182 ВГК Австрии, которая описывает последствия усыновления, предусматривает:

«1) Усыновление создает права, идентичные правам, вытекающим из правомерной родственной связи между усыновителем и его родственниками по нисходящей линии с одной стороны и усыновляемым и его родственниками по нисходящей линии, не достигшими совершеннолетия на дату усыновления с другой.

2) Если ребенок усыновлен парой, состоящей в браке, семейно-правовые связи – иные, нежели родственная связь (статья 40), – существующие между биологическими родителями и членами их семьи с одной стороны и усыновленным ребенком и его родственниками по нисходящей линии, не достигшими совершеннолетия на дату усыновления, с другой – считаются разорванными с этого момента, за исключением случаев, указанных в статье 182а. В случае, когда ребенок усыновлен лишь усыновителем (или усыновительницей), разорванными считаются только семейно-правовые связи с биологическим отцом (или биологической матерью) ребенка и членами его (или ее) семьи. В случае, когда связи с другим родителем сохраняются после усыновления, судья признает их разорванными с согласия соответствующего родителя. Связи считаются разорванными с даты предоставления согласия, но не ранее даты усыновления».

В постановлении Верховного суда по настоящему делу указано, что текст пункта 2 статьи 182 мог быть истолкован как исключающий возможность усыновления одним из партнеров в однополый паре ребенка другого партнера.

28. В случае усыновления считаются разорванными все семейно-правовые связи, за исключением родственной связи, между усыновленным ребенком и его биологическим родителем (или биологическими родителями). Следствием этого является, в частности, утрата всех родительских прав, в частности права заботиться о ребенке, права на общение и права на получение информации и рекомендаций (см. ниже).

29. Однако на биологическом родителе (или биологических родителях) усыновленного ребенка лежит субсидиарная обязанность по его содержа-

нию (статья 182a ВГК Австрии). Кроме того, статья 182b предусматривает сохранение связи при наследовании: усыновленный сохраняет наследственные права в отношении имущества его биологических родителей, а биологические родители, а также их родственники по нисходящей линии имеют субсидиарные наследственные права по отношению к усыновленному ребенку, при этом приоритет имеют наследственные права усыновителей и их родственников по нисходящей линии.

30. Из вышеуказанных положений ВГК Австрии следует, что в соответствии с австрийским законодательством существует две формы усыновления: совместное усыновление парой, которое может быть осуществлено только парой, состоящей в браке, и усыновление одним усыновителем. В последнем случае усыновление может быть осуществлено лицом как гетеросексуальной, так и гомосексуальной ориентации, при этом лица гетеросексуальной ориентации могут состоять в браке (но в этом случае возможности усыновления ими ребенка в одиночку сильно ограничены), в гражданском браке или не иметь партнера, а лица гомосексуальной ориентации могут состоять в зарегистрированном партнерстве, в гражданском браке или не иметь партнера.

31. Усыновление одним из партнеров в паре биологического ребенка другого партнера допускается для разнополых пар (как состоящих, так и не состоящих в браке), но не для однополых пар.

32. В настоящее время рассматривается законопроект, вносящий изменения в положения ВГК Австрии, регулирующие отношения между родителями и детьми, а также право на имя, и в ряд других законов (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungsgesetz*). В него не вошли предложения об изменении положений, рассматриваемых в настоящем деле, в частности статей 179–182 ВГК Австрии. Хотя эти положения получили новую нумерацию, их содержание осталось неизменным.

В. Нормы законодательства об однополых парах

33. В соответствии со статьей 44 ВГК Австрии однополые пары не вправе заключить брак (см. по данному вопросу Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (*Schalk and Kopf v. Austria*) от 24 июля 2010 г., жалоба № 30141/04¹, ECHR 2010). Данная статья гласит:

«Брачный договор составляет основу семейных отношений. На основании данного договора два лица противоположного пола заявляют о своем правомерном намерении жить вместе в неразрывной связи, рожать и растить детей, оказывать друг другу помощь и поддержку».

34. Закон «О зарегистрированном партнерстве», вступивший в силу 1 января 2010 г., предоставил однополым парам возможность вступать в зарегистрированное партнерство.

35. Статья 2 Закона «О зарегистрированном партнерстве» предусматривает:

«Зарегистрированное партнерство может быть образовано исключительно двумя лицами одного пола (зарегистрированными партнерами). Указанные лица обязуются установить прочные отношения, характеризующиеся взаимными правами и обязанностями».

36. Положения, регулирующие порядок и последствия вступления в зарегистрированное партнерство, а также порядок его прекращения, близки по своему содержанию положениям, регулирующим институт брака (подробнее см. в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (*Schalk and Kopf v. Austria*), §§ 16–23). Подобно парам, состоящим в браке, зарегистрированные партнеры должны жить вместе во всех отношениях как супруги, делить общий дом, уважать друг друга и оказывать друг другу помощь (пункты 2 и 3 статьи 8). На зарегистрированных партнеров возложены такие же алиментные обязательства, как на супругов (статья 12). Закон «О зарегистрированном партнерстве» также вносит целую серию изменений, направленных на предоставление зарегистрированным партнерам правового статуса, аналогичного статусу супругов, в действующие положения законодательства различных отраслей права, таких как: наследственное право, трудовое право, социальное право и право социального обеспечения, налоговое право, право о защите персональных данных и о государственной службе, положения о паспортном контроле и регистрации по месту жительства, а также положения о статусе иностранных граждан.

37. Тем не менее некоторые различия между браком и зарегистрированным партнерством сохраняются, и наиболее важные из них относятся к родительским правам. Например, услуги по искусственному оплодотворению могут быть оказаны лишь разнополым парам, как состоящим в браке, так и не состоящим (пункт 1 статьи 2 Закона «Об искусственном оплодотворении» (*Fortpflanzungsmedizinengesetz*)).

38. Кроме того, зарегистрированные партнеры не имеют права на совместное усыновление, а также на усыновление ребенка одного из партнеров другим партнером.

39. Действительно, в соответствии с пунктом 4 статьи 8 Закона «О зарегистрированном партнерстве»

«зарегистрированный партнер не вправе усыновлять ребенка совместно со своим партнером, а также усыновлять ребенка своего партнера».

40. В то же время зарегистрированный партнер вправе усыновить ребенка в одиночку. В соответствии с изменениями, внесенными в абзац 2

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2015. № 11 (примеч. редактора).

пункта 1 статьи 181 ВГК Австрии с принятием Закона «О зарегистрированном партнерстве», зарегистрированный партнер, желающий усыновить ребенка, должен получить разрешение на усыновление от своего партнера.

41. В общей части пояснительного доклада к законопроекту (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, Приложение № 485 к актам Национального совета Австрии, XXIV GP) подчеркивается, что Закон «О зарегистрированном партнерстве» направлен на создание для однополых пар официального механизма признания и узаконивания их отношений с учетом изменений, произошедших в других государствах Европы. Однако законодатель не желал вводить новые положения, касающиеся детей, или изменять законодательство в этой области. В этой связи в пояснительном докладе уточняется, что совместное усыновление ребенка зарегистрированными партнерами не допускается, так же как и усыновление одним зарегистрированным партнером ребенка другого партнера.

42. В комментарии к пункту 4 статьи 8 Закона «О зарегистрированном партнерстве» указывается, что просьбы о введении запрета на усыновление в случае, предусмотренном данным положением, неоднократно поступали на стадии консультаций. Кроме того, в этом комментарии подчеркивается, что Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*) от 22 января 2008 г., жалоба № 435466/02) и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*) не подлежали применению к описанной ситуации, так как они относились лишь к вопросу о возможности воспитания детей заявителями, а по вопросам, регулируемым данной нормой, законодатель обладает полной свободой усмотрения. Также в комментарии уточнялось, что в случае зарегистрированного партнерства не допускаются совместное усыновление и усыновление ребенка одного из партнеров другим партнером, поскольку законодательство Австрии об усыновлении запрещает ребенку иметь с юридической точки зрения двух отцов или двух матерей.

43. Комментарий по изменениям, вносимым в абзац 2 пункта 1 статьи 181 ВГК Австрии, ограничивался замечанием о том, что в законопроекте отсутствовали какие-либо предложения об изменении данного положения по недосмотру, и впоследствии это упущение было исправлено.

С. Нормы законодательства о внебрачных детях

44. В соответствии со статьей 166 ВГК Австрии родительские права в отношении ребенка, рожденного вне брака, осуществляются исключительно его матерью (это означает, что она несет родительские обязанности, должна заботиться о его бла-

гополучии и воспитании, является его законным представителем и управляет его имуществом).

45. В соответствии со статьей 167 ВГК Австрии если родители ребенка, рожденного вне брака, проживают друг с другом, они могут принять решение о совместном осуществлении родительских прав в отношении ребенка. Редакция статьи 167 ВГК Австрии, действующая с 1 июля 2001 г., распространила действие данной нормы на отношения родителей, которые не проживают друг с другом. Соглашение о совместном осуществлении родительских прав должно быть утверждено судом, который устанавливает, соответствует ли соглашение наилучшим интересам ребенка.

46. Оба родителя обязаны обеспечивать содержание ребенка (пункт 1 статьи 140 ВГК Австрии). В принципе, содержание должно предоставляться в натуре. Родитель, проживающий отдельно от ребенка, обязан содержать ребенка путем уплаты алиментов.

47. Родитель, проживающий отдельно от ребенка, имеет право на общение с ребенком в соответствии с пунктом 1 статьи 148 ВГК Австрии. С 1 июля 2001 г. это право стало принадлежать не только родителю, но и ребенку. Родитель и ребенок должны согласовать порядок осуществления права на общение. Если они не могут договориться по данному вопросу, по ходатайству одной из заинтересованных сторон суд разрешает вопрос о порядке осуществления права на общение с учетом потребностей и желаний ребенка и в соответствии с его наилучшими интересами.

48. Кроме того, в соответствии с пунктом 1 статьи 178 ВГК Австрии родитель, не обладающий родительскими правами, имеет право на получение информации о своем ребенке по различным важным вопросам, некоторые из которых не могут быть решены без его согласия.

III. МЕЖДУНАРОДНЫЕ КОНВЕНЦИИ И ДОКУМЕНТЫ СОВЕТА ЕВРОПЫ

A. Конвенция о правах ребенка

49. Конвенция о правах ребенка, принятая Генеральной ассамблеей Организации Объединенных Наций 20 ноября 1989 г. и вступившая в силу 2 сентября 1990 г., была ратифицирована всеми государствами – членами Совета Европы. В соответствующей части она предусматривает следующие положения:

Статья 3

«1. Во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка.

2. Государства-участники обязуются обеспечить ребенку такую защиту и заботу, которые необходимы для его благополучия, принимая во внимание права и обязанности его родителей, опекунов или других лиц, несущих за него ответственность по закону, и с этой целью принимают все соответствующие законодательные и административные меры.

3. Государства-участники обеспечивают, чтобы учреждения, службы и органы, ответственные за заботу о детях или их защиту, отвечали нормам, установленным компетентными органами, в частности, в области безопасности и здравоохранения и с точки зрения численности и пригодности их персонала, а также компетентного надзора».

Статья 21

«Государства-участники, которые признают и/или разрешают существование системы усыновления, обеспечивают, чтобы наилучшие интересы ребенка учитывались в первостепенном порядке, и они:

а) обеспечивают, чтобы усыновление ребенка разрешалось только компетентными властями, которые определяют в соответствии с применимыми законом и процедурами и на основе всей относящейся к делу и достоверной информации, что усыновление допустимо ввиду статуса ребенка относительно родителей, родственников и законных опекунов и что, если требуется, заинтересованные лица дали свое осознанное согласие на усыновление на основе такой консультации, которая может быть необходимой...».

В. Европейская конвенция об усыновлении детей (пересмотренная в 2008 году) (далее – Конвенция 2008 года)

50. Европейская конвенция об усыновлении детей (пересмотренная) была открыта для подписания 27 ноября 2008 г. и вступила в силу 1 сентября 2011 г. Она была ратифицирована семью государствами, а именно Данией, Испанией, Финляндией, Норвегией, Нидерландами, Румынией и Украиной. Австрия не подписала и не ратифицировала Конвенцию 2008 года.

51. Из преамбулы к данному документам следует, что некоторые положения Европейской конвенции об усыновлении детей 1967 года были пересмотрены, в частности, в связи с тем, что они утратили актуальность и не соответствовали прецедентному праву Европейского Суда по правам человека. Конвенция 2008 года в соответствующей части предусматривает:

Статья 4 – Установление усыновления

«1. Компетентное учреждение не может установить усыновление до тех пор, пока не удостоверится в том, что усыновление соответствует интересам ребенка.

2. В каждом конкретном случае компетентное учреждение должно обращать особое внимание на значимость усыновления, обеспечивающего ребенка стабильной и гармоничной семьей».

Статья 7 – Условия усыновления

«1. Законодательством должно быть разрешено усыновление ребенка:

а. двумя лицами разного пола,

i. между которыми заключен брак, или

ii. там, где существуют подобные институты, вступившими в зарегистрированное партнерство;

б. одним лицом.

2. Государства вправе распространять сферу действия настоящей Конвенции на однополые пары, которые состоят в браке или вместе вступили в зарегистрированное партнерство. Кроме того, они вправе распространить сферу действия настоящей Конвенции на разнополые и однополые пары, которые живут вместе в постоянных отношениях».

Статья 11 – Последствия усыновления

«1. После усыновления ребенок становится полноправным членом семьи усыновляющего лица и имеет те же права и обязанности в отношении усыновляющего лица и его, ее или их семьи, что и ребенок усыновляющего лица, родство которого законно установлено. Усыновляющее лицо несет родительскую ответственность за ребенка. Усыновление отменяет правовые отношения между ребенком и его или ее биологическими отцом, матерью и семьей.

2. Тем не менее супруг или партнер усыновляющего лица, зарегистрированный или незарегистрированный, сохраняет свои права и обязанности в отношении усыновленного ребенка, если последний является его или ее ребенком, если иное не предусмотрено законодательством...»

52. В пояснительной записке к Конвенции 2008 года в разделе «Замечания общего характера» сказано следующее:

«14. С определенной точки зрения положительная практика усыновления подчиняется лишь одному ключевому принципу, в соответствии с которым усыновление должно преследовать цель наилучшего обеспечения интересов ребенка, как указано в пункте 1 статьи 4 Конвенции...»

53. В соответствующей части раздела «Статья 7 – Условия усыновления» пояснительной записки отмечается следующее:

«42. Настоящая статья предусматривает усыновление либо парой, либо одним лицом.

43. В то время как сфера применения Конвенции 1967 года ограничена разнополыми парами, состоящими в браке, сфера применения пересмотренной Конвенции распространяется на разнополые пары, не состоящие в браке, которые вступили в зарегистрированное партнерство в государствах, на территории которых признается этот институт. Данное положение учитывает изменения, произошедшие во многих государствах.

/.../

45. В отношении пункта 2 отмечалось, что два государства, участвующие в Конвенции (Швеция в 2002 году и Соединенное Королевство

в 2005 году), денонсировали Конвенцию на основании того, что зарегистрированные партнеры одного пола в соответствии с законодательством этих государств могли обратиться с совместным заявлением об усыновлении, что противоречило Конвенции. Аналогичные ситуации в других государствах также могли привести к денонсации Конвенции 1967 года. Но также отмечалось, что с предоставлением зарегистрированным партнерам одного пола права на совместное усыновление ребенка в настоящее время не могли согласиться многие государства, участвующие в Конвенции.

46. При данных условиях пункт 2 позволяет всем желающим государствам распространить сферу действия пересмотренной Конвенции на случаи усыновления однополыми парами, как состоящими в браке, так и вступившими в зарегистрированное партнерство. В этом отношении Совет Европы нередко вводит новаторские положения, но оставляет государствам-членам свободу решения вопроса о применении этих положений...

47. Государства также обладают полной свободой при решении вопроса о распространении сферы действия Конвенции на разнополые пары или однополые пары, состоящие в постоянных отношениях и проживающих вместе. Государства должны установить критерии оценки стабильности таких отношений».

С. Рекомендация Комитета Министров Совета Европы

54. Рекомендация CM/Rec(2010)5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам о мерах по борьбе с дискриминацией по признакам сексуальной ориентации или гендерной идентичности, принятая 31 марта 2010 г., касается широкого круга областей, в которых лесбиянки, геи, бисексуалы и транссексуалы могут столкнуться с ущемлением их прав. В части, касающейся «права на уважение частной и семейной жизни», данная Рекомендация предусматривает:

«23. В случаях, когда национальное законодательство предоставляет права и обязанности парам, не состоящим в браке, государства-члены должны обеспечить, чтобы они применялись без всякой дискриминации как к однополым, так и к разнополым парам, в том числе касательно права пережившего супруга на получение пенсии и права на владение имуществом на правах аренды.

24. В случаях, когда национальное законодательство признает зарегистрированные однополые партнерства, государства-члены должны стремиться к тому, чтобы их правовой статус, а также их права и обязанности были признаны эквивалентными правовому статусу, правам и обязанностям гетеросексуальных пар в сопоставимых ситуациях.

25. В случаях, когда национальное законодательство не признает и не предоставляет прав и обязанностей зарегистрированным однополым партнерствам и парам, не состоящим в браке, государствам-членам предлагается рассмотреть

возможность предоставления однополым парам, без какой бы то ни было дискриминации, в том числе по сравнению с разнополыми парами, правовых и иных средств разрешения практических проблем, связанных с социальной реальностью, в которой они живут.

...

27. Учитывая, что наивысшие интересы ребенка должны иметь первоочередное значение при принятии решений, касающихся усыновления ребенка, государства-члены, чье национальное законодательство допускает усыновление детей одинокими лицами, должны обеспечить, чтобы соответствующий закон применялся без дискриминации по признакам сексуальной ориентации или гендерной идентичности».

IV. МАТЕРИАЛЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

А. Исследование Комиссара Совета Европы по правам человека

55. Недавнее исследование Комиссара Совета Европы по правам человека, озаглавленное «Дискриминация по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности в Европе» (Council of Europe Publishing, June 2011), содержит следующую информацию по рассматриваемому вопросу:

«ЛГБТ [лесбиянки, геи, бисексуалы, транссексуалы] могут усыновить ребенка путем применения одной из трех процедур. Не состоящая в браке лесбиянка или гей может подать заявление об усыновлении (одним родителем). Кроме того, один из партнеров в однополый паре может усыновить биологических или приемных детей своего партнера, без прекращения при этом юридических прав первого родителя. Это называется «усыновление вторым родителем», что дает ребенку двух законных опекунов. Усыновление вторым родителем также защищает родителей, давая обоим юридически признанный родительский статус. Отсутствие усыновления вторым родителем лишает ребенка и небологического родителя прав в случае смерти биологического родителя или в случае развода, раздельного проживания или других обстоятельств, которые препятствуют выполнению родительских обязанностей. Ребенок также не имеет права наследовать за небологическими родителями. Более того, в обычной жизни отсутствием права на усыновление вторым родителем исключает родительский отпуск, что может быть финансово невыгодно для семей ЛГБТ. Третьей процедурой является совместное усыновление ребенка однополый парой.

Десять государств-членов разрешают усыновление вторым родителем для однополых пар (Бельгия, Дания, Финляндия, Германия, Исландия, Нидерланды, Норвегия, Испания, Швеция и Соединенное Королевство). Кроме Финляндии и Германии, эти государства-члены также предоставляют доступ к совместному усыновлению однополыми парами. В Австрии

и Франции нет доступа к усыновлению вторым родителем, но однополым парам, состоящим в зарегистрированном партнерстве, гарантируются некоторые родительские права или обязанности. Отсутствие доступа к совместному усыновлению или усыновлению вторым родителем является реальностью в 35 государствах-членах: Албании, Андорре, Армении, Азербайджане, Боснии и Герцеговине, Болгарии, Хорватии, Кипре, Чешской Республике, Эстонии, Грузии, Греции, Венгрии, Ирландии, Италии, Латвии, Лихтенштейне, Литве, Люксембурге, Мальте, Молдавии, Монако, Черногории, Польше, Португалии, Румынии, Российской Федерации, Сан-Марино, Сербии, Словакии, Словении, Швейцарии, Македонии, Турции и Украине...».

В. Иные материалы сравнительного правоведения

56. Из данных, имеющихся в распоряжении Европейского Суда, в частности данных, содержащихся в исследовании по тридцати девяти государствам – членам Совета Европы, следует, что к десяти государствам, которые разрешают усыновление вторым родителем для однополых пар, указанным в исследовании Комиссара Совета Европы по правам человека (Бельгия, Дания, Финляндия, Германия, Исландия, Нидерланды, Норвегия, Испания, Швеция и Соединенное Королевство (за исключением Северной Ирландии)), добавилась Словения, суды которой недавно разрешили данную форму усыновления.

57. В большинстве (в двадцати четырех) из тридцати девяти изученных государств-членов Совета Европы возможность усыновления вторым родителем допускается только для состоящих в браке пар. В десяти государствах (Бельгия, Испания, Исландия, Нидерланды, Португалия, Румыния, Соединенное Королевство (за исключением Северной Ирландии), Российская Федерация, Словения и Украина) возможность усыновления вторым родителем распространяется на пары, не состоящие в браке, но лишь в шести из перечисленных государств не проводятся различия между разнополыми и однополыми парами при данной форме усыновления, а в остальных четырех государствах (Португалия, Румыния, Российская Федерация и Украина) данная форма усыновления, по примеру Австрии, допускается для разнополых пар, не состоящих в браке, и запрещается для однополых пар, не состоящих в браке.

Остальные изученные государства избрали различные варианты решения вопроса усыновления вторым родителем, например предоставили такую возможность состоящим в браке парам и зарегистрированным партнерам (такой вариант выбран Германией и Финляндией), одновременно запретив подобную форму усыновления для пар, не состоящих в браке, как разнополых, так и однополых.

ПРАВО

I. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 14 КОНВЕНЦИИ ВО ВЗАИМОСВЯЗИ СО СТАТЬЕЙ 8 КОНВЕНЦИИ

58. Ссылаясь на статью 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, заявители утверждали, что при пользовании правом на уважение их семейной жизни они стали жертвами дискриминации по признаку сексуальной ориентации первой и третьей заявительниц. По их мнению, отсутствовали какие-либо разумные и объективные причины, оправдывающие предоставление разнополым парам, как состоящим, так и не состоящим в браке, возможности усыновления вторым родителем и исключение такой возможности для однополых пар.

Статья 8 Конвенции гласит:

«1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции.

2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц».

Статья 14 Конвенции гласит:

«Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам».

А. Приемлемость жалобы для рассмотрения по существу

59. Власти Австрии утверждали, что в настоящем деле не стоял вопрос о какой-либо дискриминации, вследствие чего жалоба должна быть объявлена неприемлемой для рассмотрения по существу ввиду явной необоснованности. В этой связи власти Австрии отметили, что австрийские суды отказались дать разрешение на усыновление второго заявителя на основании того, что отец последнего возражал против такого усыновления, и усыновление не соответствовало интересам ребенка. Следовательно, речь не шла о юридической невозможности усыновления гомосексуалистом ребенка своего партнера, вытекающей из пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии. По мнению властей Австрии, заявители предлагали Европейскому

Суду выполнить абстрактную проверку данного положения законодательства.

60. Таким образом, власти Австрии, судя по всему, утверждали, что заявители не могли считать себя жертвами предполагаемого нарушения по смыслу статьи 34 Конвенции, поскольку при конкретных обстоятельствах дела они не были напрямую затронуты обжалуемой нормой законодательства. Однако Европейский Суд отмечает, что власти Австрии не выдвигали данное возражение о неприемлемости жалобы, и считает, что доводы властей государства-ответчика должны быть исследованы при рассмотрении жалобы по существу.

61. Европейский Суд отмечает, что настоящая жалоба не является явно необоснованной по смыслу подпункта «а» пункта 3 статьи 35 Конвенции. Также она не является неприемлемой и по другим основаниям. Поэтому данная жалоба должна быть объявлена приемлемой для рассмотрения по существу.

В. Существо жалобы

1. Доводы сторон

(а) Заявители

62. Заявители утверждали, что их ситуация сравнима с ситуацией разнополой пары, воспитывающей детей. Они опирались на многочисленные научные исследования, подтверждавшие вывод об одинаковом развитии детей, которые воспитываются в семьях с однополыми родителями и в семьях с разнополыми родителями.

63. В соответствии с законодательством Австрии усыновление вторым родителем разрешено для состоящих в браке пар, но однополые пары не имеют возможности заключить брак, и даже в случае вступления в зарегистрированное партнерство данная форма усыновления прямо запрещена им положениями пункта 4 статьи 8 Закона «О зарегистрированном партнерстве». Тем не менее заявители подчеркивали, что они не собирались отстаивать право, закрепленное за семьями, основанными на институте брака.

64. Основной проблемой настоящего дела было различие в обращении между разнополыми парами, не состоящими в браке, и однополыми парами, не состоящими в браке. В соответствии с законодательством Австрии усыновление вторым родителем допускается для разнополых пар, не состоящих в браке, и запрещается для однополых пар, не состоящих в браке. Именно в этом состояло ключевое отличие настоящего дела от дела «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), жалоба № 25951/07, ECHR 2012, так как в соответствии с французским законодательством усыновление вторым родителем допускалось лишь для пар,

состоящих в браке. В настоящем деле затрагивается вопрос, аналогичный рассмотренному в деле «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), жалоба № 40016/98, ECHR 2003-IX), в котором австрийский законодатель отказал однополым парам в праве, предоставленном разнополым парам, не состоящим в браке. Кроме того, лишь четыре государства – члена Совета Европы подобно Австрии заняли позицию, в соответствии с которой возможность усыновления вторым родителем предоставлена разнополым парам, не состоящим в браке, а однополые пары такой возможности лишены. В подавляющем большинстве государств-членов эта форма усыновления доступна для пар, состоящих в браке, или распространяется на пары, не состоящие в браке, независимо от их сексуальной ориентации.

65. Заявители считали, что, бесспорно, подверглись различию в обращении в ходе обжалуемой процедуры. В судах Австрии они утверждали, что отказ отца второго заявителя дать согласие на усыновление был необоснованным, так как он противоречил интересам ребенка, а также что интерес ребенка в том, чтобы его усыновили, должен был иметь приоритет над интересом его отца в несогласии с таким усыновлением, вследствие чего районный суд должен был проигнорировать данное возражение на основании пункта 3 статьи 181 ВГК Австрии. По словам заявителей, если бы в районный суд с аналогичным ходатайством обратилась разнополая пара, суд рассмотрел бы ее по существу и вынес бы иное решение по поводу отказа отца ребенка дать согласие на усыновление. Соответственно, районный суд объявил ходатайство заявителей неприемлемым для рассмотрения по существу на основании того, что усыновление, о котором они ходатайствовали, в любом случае являлось невозможным в соответствии с австрийским законодательством. Верховный суд Австрии безоговорочно поддержал эту позицию.

66. Заявители подчеркивали, что суть их жалобы сводится к тому, что в их случае абсолютно невозможно осуществить усыновление. Настоящее дело напоминало дело «Е.В. против Франции» (E.B. v. France) (Постановление Большой Палаты Европейского Суда от 22 января 2008 г., жалоба № 43546/02) тем, что первая и третья заявительницы из-за их сексуальной ориентации фактически были лишены возможности усыновить ребенка.

67. Заявители обратили внимание на довод властей Австрии о том, что австрийское законодательство об усыновлении преследовало цели защиты интересов ребенка. В соответствии с прецедентным правом Европейского Суда именно власти государства-ответчика должны продемонстрировать, что лишение однополых пар права на усыновление вторым родителем является необходимым для дости-

жения этой цели. В рамках научного сообщества сложился широкий консенсус по вопросу о том, что однополые пары точно так же, как и разнополые пары, способны обеспечить гармоничное развитие детей. Заявители представили в Европейский Суд целый ряд публикаций в поддержку данного довода. В судебном заседании они ссылались, в частности, на обширное исследование, озаглавленное «Жизнь детей, воспитанных в однополых гражданском партнерстве» (Marina Rupp (ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Cologne, 2009), которое было подготовлено по заказу Министерства юстиции Германии.

68. Что касается довода властей Австрии о том, что законодательство этого государства об усыновлении запрещает ребенку иметь с юридической точки зрения двух отцов или двух матерей, заявители были вынуждены констатировать, что, хотя они в течение долгого времени фактически составляли семью, они не имели возможности добиться юридического признания их семейной жизни. Кроме того, они уточнили, что в соответствии с законодательством Австрии усыновленный ребенок нередко мог иметь двух отцов или двух матерей. В соответствии с пунктом 2 статьи 182 ВГК Австрии усыновление разрывало семейно-правовые связи между усыновленным ребенком и биологическим родителем (или биологическими родителями), но между ними сохранялись взаимные обязанности по содержанию и права наследования, хотя они и имеют субсидиарный характер по отношению к правам и обязанностям усыновителей.

69. Из Конвенции 2008 года, Рекомендации Комитета министров Совета Европы, принятой 31 марта 2010 г., и Конвенции Организации Объединенных Наций о правах ребенка вытекало, что основное значение при усыновлении имеют наилучшие интересы ребенка, а не пол или сексуальная ориентация родителей. Наконец, заявители не согласились с доводом властей государства-ответчика о том, что австрийское законодательство предлагало достаточно способов юридического признания связей между ребенком и гомосексуальным партнером одного из родителей.

(b) Власти Австрии

70. Власти Австрии не спорили с тем, что в настоящем деле может быть применена статья 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, и допустили, что отношения, связывавшие заявителей, относились к семейной жизни. Однако они считали, что обстоятельства настоящего дела отличались от обстоятельств, лежавших в основе дела «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), так как у второго заявителя имелся отец, с которым он поддерживал семейные отношения.

71. Полагая, что ситуацию заявителей нельзя было сравнивать с ситуацией пары, состоящей в браке, в которой один из супругов желал усыновить ребенка другого супруга, власти Австрии предложили Европейскому Суду придерживаться выводов, которые были сделаны им в упомянутом выше Постановлении по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), §§ 66–68.

72. Власти Австрии признали, что первая и третья заявительницы находились в ситуации, сравнимой с ситуацией разнополой пары, не состоящей в браке, и согласились с тем, что в личном плане и однополые, и разнополые пары теоретически могут как соответствовать, так и не соответствовать требованиям, предъявляемым к парам, желающим усыновить ребенка, в том числе усыновить ребенка одного партнера другим партнером. Кроме того, власти Австрии допустили, что обе ситуации были сопоставимы, поскольку для любого усыновления требовалось согласие двух биологических родителей.

73. Ссылаясь на Постановление Европейского Суда по делу «Эмоне и другие против Швейцарии» (Emonet and Others v. Switzerland) от 13 декабря 2000 г., жалоба № 39051/03; и Постановление Европейского Суда по делу «Эски против Австрии» (Eski v. Austria) от 25 января 2007 г., жалоба № 21949/03), власти Австрии добавили, что разрыв родственной связи после усыновления несовершеннолетнего был признан соответствующим статье 8 Конвенции, а также что Договаривающиеся Стороны пользовались широкой свободой усмотрения в вопросах, касающихся права на усыновление. Они уточнили, что австрийское законодательство, регулирующее данные отношения, когда речь идет о родительских правах, признает приоритет за биологическими родителями, а также что усыновление должно допускаться лишь тогда, когда оно явным образом соответствует интересам ребенка. Усыновление в действительности влекло за собой утрату родительских прав для соответствующего биологического родителя, и согласие этого родителя, связи которого с ребенком также подлежат защите в соответствии со статьей 8 Конвенции, является неперемennым условием усыновления. Таким образом, законодательство Австрии устанавливает разумное равновесие между интересами всех заинтересованных лиц.

74. Исходя из обстоятельств дела, власти Австрии утверждали, что в настоящем деле не стоял вопрос о дискриминации, поскольку первая и третья заявительницы не подверглись обращению, отличающемуся от обращения с разнополой парой, не состоящей в браке. Внимательно изучив вопрос о заинтересованности второго заявителя в усыновлении, австрийские суды, в частности земельный суд, пришли к выводу, что ребенок поддерживал связи с его отцом, вследствие чего отсутствовала необходимость в его замене на усы-

новителя. Предварительное согласие двух биологических родителей являлось важным условием любого усыновления. Власти государства-ответчика отметили, что в связи с отказом отца второго заявителя дать согласие на усыновление суды не смогли бы утвердить соглашение об усыновлении даже в случае, если бы соответствующее ходатайство было заявлено партнером, пол которого отличался бы от пола третьей заявительницы и который не состоял бы с ней в браке. Власти Австрии утверждали также, что заявители не продемонстрировали, что имелись основания не принимать во внимание отказ отца ребенка от предоставления согласия на усыновление, и добавили, что заявители не предъявляли требований о вынесении судом официального решения по данному вопросу.

75. Кроме того, власти Австрии утверждали, что ВГК Австрии не преследовал цели исключить из регулируемых им отношений однополые пары. По их мнению, правило о невозможности усыновления женщиной ребенка другой женщины применялось бы также в случае, если бы тетя решила усыновить племянника, в то время как тот сохраняет связи со своей матерью. Прямой запрет на усыновление вторым родителем для однополых пар был введен лишь в 2010 году Законом «О зарегистрированном партнерстве», который еще не вступил в силу к тому моменту, когда австрийские суды вынесли решение по настоящему делу, и, соответственно, не имел отношения к настоящему делу.

76. В случае если Европейский Суд установит факт различия в обращении и рассмотрит вопрос о правомерности запрета на усыновление вторым родителем для однополых пар, власти Австрии предлагали признать, что такое различие в обращении преследовало правомерные цели воссоздания биологической семьи и защиты благополучия ребенка. Австрийское законодательство не преследовало цели исключить из регулируемых им отношений однополые пары, а стремилось в целом помешать тому, чтобы у ребенка было два отца или две матери с юридической точки зрения. Законодательство преследовало эти цели при помощи соответствующих мер, с учетом интересов иных заинтересованных лиц, и другими средствами защищало интересы партнера родителя ребенка.

77. Наконец, власти Австрии отметили, что государства должны обладать широкой свободой усмотрения в вопросах, касающихся усыновления ребенка одного из партнеров в однополый паре другим партнером. По имеющимся у них сведениям, лишь в десяти государствах – членах Совета Европы разрешена данная формы усыновления. При данных условиях не существовало ни европейского стандарта, ни какой-либо тенденции или тренда по данному вопросу.

(с) Третьи стороны

(i) Международная федерация по правам человека, Международная комиссия юристов, Международная ассоциация лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендеров и интерсексуалов в Европейском регионе, Британская ассоциация по усыновлению (удочерению) и устройству детей-сирот, Сеть европейских ассоциаций ЛГБТ-семей и Европейская комиссия по законодательству о сексуальной ориентации

78. В своих совместных замечаниях указанные шесть неправительственных организаций подчеркивали, что, как и в упомянутом выше деле «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*), в настоящем деле имело место различие в обращении, поскольку право, признанное за не состоящими в браке разнополыми парами, не предоставляется не состоящей в браке однополый паре. Соответственно, в настоящем деле следовало применить критерии, выработанные в Постановлении Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*). Кроме того, в Постановлении Европейского Суда по делу «Салгейро да Силва Мота против Португалии» (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*), жалоба № 33290/96, ECHR 1999-IX; и в упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*) Европейский Суд косвенно признал, что отсутствовали какие-либо основания для того, чтобы ребенок не мог воспитываться гомосексуалистом, который проживает вместе со своим партнером того же пола. Межамериканский суд по правам человека недавно пришел к аналогичному выводу в Постановлении по делу «Атала Риффо и дочери против Чили» (*Atala Riffo and Daughters v. Chile*) от 24 февраля 2012 г.

79. Кроме того, по вопросу о европейском консенсусе следовало отметить, что в большинстве из 47 государств – членов Совета Европы возможность усыновления вторым родителем предоставлена только разнополым парам, состоящим в браке. В настоящем деле сравнение можно было проводить лишь с государствами, которые предоставили возможность усыновления вторым родителем другим парам, в частности однополым парам, состоящим в браке, зарегистрированном партнерстве или гражданском браке, или разнополым парам, не состоящим в браке. В четырнадцати из указанных государств однополым парам предоставлена возможность усыновления вторым родителем или рассматривается вопрос о предоставлении им такой возможности, и лишь в пяти из них (включая Австрию) усыновление вторым родителем разрешено разнополым парам, не состоящим в браке, но запрещено однополым парам.

80. Наконец, статья 7 Конвенции 2008 года признает разнообразие законодательных положений об усыновлении, и это не отменяет того факта, что статьи 14 и 8 Конвенции запрещают государствам-членам предоставлять право на усыновление одной группе населения, не предоставляя его другим группам населения, по дискриминирующим основаниям.

(ii) Европейский центр права и правосудия

81. Представители Европейского центра права и правосудия (ЕЦПП) считали, что отсутствовало вмешательство в *de facto* семейную жизнь заявителей, а также что статья 8 Конвенции не подлежала применению в настоящем деле. Они утверждали также, что не существовало ни права на усыновление, ни права быть усыновленным. По их мнению, заявители, по сути, отстаивали право на признание их семейной жизни. Соответственно, как и право на вступление в брак, право на создание семьи, закрепленное в статье 12 Конвенции, принадлежит разнополым парам.

82. По утверждению ЕЦПП, в случае если дело будет рассматриваться на предмет нарушения статьи 8 Конвенции, даже если предположить, что имело место вмешательство в осуществление заявителями своего права на уважение семейной жизни, следует признать, что это вмешательство было предусмотрено законом, а именно пунктом 2 статьи 182 ВГК Австрии, а также что оно преследовало правомерную цель, состоявшую в защите отношений между вторым заявителем и его отцом, который возражал против рассматриваемого усыновления. Решение австрийских судов об отказе в утверждении усыновления, желаемого заявителями, также преследовало (правомерную) цель сохранить естественную семью и обеспечить юридическую безопасность детей. Биологическая реальность является объективным фактором, который следовало рассматривать как разумное обоснование.

83. Что касается статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, представители ЕЦПП утверждали, что первая и третья заявительницы были биологически неспособны создать семью, вследствие чего их положение было несовместимо с положением разнополой пары. Пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии применялся ко всем парам, как разнополым, так и однополым, так что в настоящем деле отсутствовало различие в обращении. Тот факт, что данная норма предусматривала различные правовые последствия для разнополых и однополых пар, не мог считаться дискриминацией.

(iii) Генеральный прокурор
Северной Ирландии

84. Генеральный прокурор Северной Ирландии считал, что Конвенция 2008 года могла служить

средством определения степени консенсуса по данному вопросу в Европе. В частности, он обратил внимание на тот факт, что статья 4 Конвенции 2008 года закрепляет наилучшие интересы ребенка в качестве основополагающего принципа, подлежащего применению при усыновлении в любой форме; по его мнению, из статьи 7 очевидным образом следовало, что в Европе не существовало какого-либо консенсуса по вопросу осуществления усыновления однополыми парами.

85. Генеральный прокурор Северной Ирландии указал, что в настоящее время в Северной Ирландии рассматривается в суде вопрос о соответствии Конвенции статьи 14 и пункта 1 статьи 15 Постановления 1987 года «Об усыновлении (Северная Ирландия)» в редакции Закона «О гражданском партнерстве», в соответствии с которым однополые пары, независимо от того, состоят они в зарегистрированном партнерстве или нет, лишены какой-либо возможности усыновить ребенка, так же как запрещено усыновление одним лицом для гомосексуалистов, которые вступили в зарегистрированное партнерство, в то время как лицо, не состоящее в подобном партнерстве, может осуществить усыновление одним лицом независимо от его сексуальной ориентации. Генеральный прокурор Северной Ирландии уточнил, что в рамках указанного разбирательства заявлена жалоба о том, что в совокупности последствия применения данных положений нарушают статью 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции.

86. Генеральный прокурор Северной Ирландии отметил, что Конвенция не гарантирует право на усыновление, и, опираясь на актуальное прецедентное право Европейского Суда (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France); упомянутое выше Постановление по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France); упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (Schalk and Kopf v. Austria); Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «S.H. и другие против Австрии» (S.H. and Others v. Austria), жалоба № 57813/00, ECHR 2011), констатировал, что до настоящего времени Европейский Суд проявлял судебную сдержанность, признавая, что законодатель государства-ответчика находится в лучшем положении, чем судья европейского судебного органа, для оценки вопросов, вытекающих из понятий семьи и брака, а также отношений между родителями и детьми.

(iv) «Международная амнистия»

87. Представители «Международной амнистии» представили обзор положений о запрещении дискриминации, содержащихся в международных

и региональных договорах о защите прав человека, а также в прецедентном праве Европейского Суда и Межамериканского суда по правам человека. Они опирались также на толкование соответствующих положений органами Организации Объединенных Наций, в частности Комитетом по правам человека и Комитетом по правам ребенка.

88. Представители данной организации считали, что любое различие в обращении по признаку сексуальной ориентации требовало особо убедительных и веских оснований. Они сослались в этом отношении на недавно вынесенное Межамериканским судом по правам человека и упомянутое выше Постановление по делу «Атала Риффо и дочери против Чили», в котором указано, что «сексуальная ориентация является частью интимной жизни человека и не должна приниматься во внимание при определении соответствия какого-либо лица качествам, требуемым от родителя».

89. Далее представители «Международной амнистии» заметили, что в соответствии со статьей 3 Конвенции о правах ребенка наилучшему обеспечению интересов ребенка должно уделяться «первоочередное внимание» во всех действиях в отношении детей. Они указали, что статья 21 Конвенции о правах ребенка также закрепляет, что наилучшие интересы ребенка должны «учитываться в первостепенном порядке» при осуществлении усыновления. Таким образом, этот документ существенным образом ограничивает свободу усмотрения государств, запрещая им, в частности, применять различные нормы в зависимости от состава семей и сексуальной ориентации родителя. При данных условиях любая система усыновления должна позволять судам и иным компетентным органам основывать свое решение по ходатайству об усыновлении в первую очередь на наилучших интересах ребенка.

(v) Альянс в защиту свободы

90. Представители Альянса в защиту свободы отметили, что ни в Конвенции, ни в прецедентном праве Европейского Суда, относящемся к статье 8 Конвенции, не признается право на усыновление. В то же время Европейский Суд сделал вывод о возможности применения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции в делах по жалобам на дискриминацию при усыновлении и рассмотрел небольшое количество дел такого рода (см. Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (Fretté v. France), жалоба № 36515/97, ECHR 2002-I; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France) и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France)). В Постановлении по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France) Большая

Палата Европейского Суда придала решающее значение тому факту, что французское законодательство разрешало усыновление ребенка одинокому лицу, что, в свою очередь, открывало возможность усыновления одиноким гомосексуалистам. Настоящее дело отличалось от рассматриваемого дела, и, по мнению Альянса в защиту свободы, установление нарушения было бы равносильно переписыванию законодательства государств, которые предоставляют возможность усыновления вторым родителем только разнополым парам. Представители Альянса в защиту свободы добавили также, что по данному вопросу в Европе отсутствовал консенсус.

91. Кроме того, получившая широкое распространение теория об «отсутствии различий», то есть озвучиваемая в различных исследованиях идея о том, что дети, воспитываемые в семьях гомосексуалистов, не находятся в хоть сколь-нибудь неблагоприятном положении по сравнению с детьми, воспитываемыми в гетеросексуальных семьях, была поставлена под сомнение в недавних социологических исследованиях, проведенных, в частности, в Соединенных Штатах Америки. Учитывая неокончательный характер результатов научных исследований по данному вопросу, а также широкую свободу усмотрения, которой пользуются государства в сфере семейного права, наилучшие интересы ребенка требовали сохранить возможность усыновления, в том числе усыновления вторым родителем, за разнополыми парами.

2. Мнение Европейского Суда

(a) Применимость статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции

92. Европейский Суд рассмотрел ряд дел, касавшихся дискриминации по признаку сексуальной ориентации в сфере частной и семейной жизни. Некоторые дела были рассмотрены на предмет нарушения статьи 8 Конвенции, взятой отдельно, в том числе дела об уголовной ответственности за гомосексуальные отношения между совершеннолетними лицами (см. Постановление Европейского Суда по делу «Даджен против Соединенного Королевства» (Dudgeon v. United Kingdom) от 22 октября 1981 г., Series A № 45; Постановление Европейского Суда по делу «Норрис против Ирландии» (Norris v. Ireland) от 26 октября 1988 г., Series A, № 142; и Постановление Европейского Суда по делу «Модинос против Кипра» (Modinos v. Cyprus) от 22 апреля 1993 г., Series A, № 259) или дела об отзыве гомосексуалистов из вооруженных сил (см. Постановление Европейского Суда по делу «Смит и Грейди против Соединенного Королевства» (Smith and Grady v. United Kingdom), жалобы №№ 33985/96 и 33986/96, ECHR 1999-VI). Остальные дела были рассмотрены на предмет нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи

со статьей 8 Конвенции, в том числе дела об установлении в уголовном праве различного возраста согласия для гомосексуальных и гетеросексуальных отношений (см. Постановление Европейского Суда по делу «L. и V. против Австрии» (L. and V. v. Austria), жалобы №№ 39392/98 и 39829/98, ECHR 2003-I), о предоставлении родительских прав (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Салгейро да Силва Мота против Португалии» (Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal), о предоставлении разрешения на усыновление ребенка (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (Fretté v. France); упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France) и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France)), о правопреемстве по договору аренды, заключенному умершим партнером (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria); Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland) от 2 марта 2010 г., жалоба № 13102/02), о праве на социальное обеспечение (Постановление Европейского Суда по делу «Р.В. и J.S. против Австрии» (P.B. and J.S. v. Austria) от 22 июля 2010 г., жалоба № 18984/02), о возможности вступления однополых пар в брак или иных формах юридического признания (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (Schalk and Kopf v. Austria)).

93. В настоящем деле заявители жаловались на нарушение статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, утверждая, что они вместе вели семейную жизнь. Власти Австрии не оспаривали, что статья 14 Конвенции, взятая во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, могла быть применена в настоящем деле. Европейский Суд не усматривает причин для несогласия с мнением сторон по данному вопросу по нижеследующим основаниям.

94. В соответствии со устоявшимся прецедентным правом Европейского Суда статья 14 Конвенции дополняет другие материально-правовые нормы Конвенции и Протоколов к ней. Она не имеет самостоятельного применения, поскольку действует только в отношении «пользования правами и свободами», которые признаны указанными положениями. Хотя применение статьи 14 Конвенции необязательно предполагает нарушение этих положений – и в этом смысле она является автономно – она не может применяться, если факты дела не относятся к сфере действия одной или нескольких статей Конвенции (см., например, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (Schalk and Kopf v. Austria), § 89; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу

«Е.В. против Франции» (E.B. v. France), § 47; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), § 32; а также Постановление Европейского Суда по делу «Петрович против Австрии» (Petrovic v. Austria) от 27 марта 1998 г., *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, § 22).

95. Европейский Суд напоминает, что отношения партнеров из однополых пары, поддерживающих стабильные длительные отношения, подпадают под понятие «семейной жизни» так же, как подпадали бы отношения разнополой пары в аналогичной ситуации (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (Schalk and Kopf v. Austria), § 94). Кроме того, в Решении Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France) от 31 августа 2010 г., жалоба № 25951/07, Европейский Суд признал, что отношения между двумя совместно проживающими женщинами, заключившими гражданский пакт солидарности (PACS), и ребенком второй женщины, зачатым при помощи искусственного оплодотворения и воспитывавшимся матерью и ее партнершей, составляли «семейную жизнь» в соответствии со статьей 8 Конвенции.

96. В настоящем деле первая и третья заявительницы образуют стабильную однополую пару, на протяжении многих лет проживая вместе. Второй заявитель, о котором они заботятся вдвоем, живет вместе с ними. При данных условиях Европейский Суд считает, что отношения, объединяющие троих заявителей, подпадают под понятие «семейной жизни» по смыслу статьи 8 Конвенции.

97. Соответственно, Европейский Суд признает, что статья 14 Конвенции, взятая во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, может быть применена в настоящем деле.

(b) Соблюдение статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции

(i) Принципы, выработанные в прецедентном праве Европейского Суда

98. В соответствии со устоявшимся прецедентным правом Европейского Суда для того, чтобы возник вопрос о соблюдении статьи 14 Конвенции, должно существовать различие в обращении с лицами, находящимися в совершенно аналогичных ситуациях. Подобное различие в обращении носит дискриминационный характер, если оно не имеет объективного и разумного оправдания, иными словами, если оно не преследует законную цель или если отсутствует разумная соразмерность между используемыми мерами и преследуемой целью. Договаривающиеся Стороны пользуются определенной свободой усмотрения при оценке того, оправдывают ли и в какой степени разли-

чия в ситуациях, схожих в остальном, различие в обращении (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (*Schalk and Kopf v. Austria*), § 96; Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Берден против Соединенного Королевства» (*Burden v. United Kingdom*), жалоба № 13378/05, § 60, ECHR 2008).

99. Сексуальная ориентация входит в область применения статьи 14 Конвенции. Европейский Суд неоднократно признавал, что, как и различия по признаку пола, различия по признаку сексуальной ориентации требуют особо серьезных доводов путем обоснования или, если использовать другую формулировку, к которой он иногда прибегает, «особо убедительных и веских оснований» (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*), § 91; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (*Kozak v. Poland*), § 92; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*), §§ 37 и 42; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «L. и V. против Австрии» (*L. and V. v. Austria*), § 45; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Смит и Грейди против Соединенного Королевства» (*Smith and Grady v. United Kingdom*), § 90). В случае если различие в обращении осуществляется по признаку пола или сексуальной ориентации, пределы усмотрения Договаривающихся Государств узки (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (*Kozak v. Poland*), § 92; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*), § 41). Различия в обращении, основанные исключительно на соображениях, относящихся к сексуальной ориентации, являются неприемлемыми с точки зрения Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*), §§ 93 и 96; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Салгейро да Силва Мота против Португалии» (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*), § 36).

100. Прежде чем перейти к рассмотрению жалобы заявителей по существу, Европейский Суд хотел бы уточнить, что, как правило, гомосексуалисты могут усыновить ребенка путем применения одной из трех процедур: усыновления одним родителем, когда заявление подает не состоящее в браке лицо; усыновления вторым родителем, когда один из партнеров в однополый паре усыновляет ребенка своего партнера и целью данного способа усыновления является признание за каждым из партнеров статуса законного родителя; и, наконец, совместного усыновления ребенка однополый парой (см. исследование Комиссара Совета Европы по правам

человека, процитированное выше в параграфе 55; упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*), § 33).

101. К настоящему времени Европейский Суд рассмотрел два дела, которые касались ходатайств об усыновлении одним родителем, поданных лицами гомосексуальной ориентации (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*) и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*)), и одно дело, касавшееся усыновления вторым родителем по ходатайству однополый пары (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (*Gas and Dubois v. France*)).

102. В деле «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*) французские органы власти отказали в удовлетворении ходатайства о предоставлении разрешения на усыновление на основании того, что «образ жизни» (другими словами, гомосексуальность) заявителя не обеспечивал достаточных гарантий для усыновления ребенка. Рассматривая жалобу на предмет нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, Европейский Суд отметил, что законодательство Франции признавало право любого не состоящего в браке человека (мужчины или женщины) на подачу ходатайства об усыновлении, а также что органы власти государства-ответчика отказали в удовлетворении ходатайства заявителя о предварительном предоставлении разрешения на усыновление, основывая свое решение – разумеется, косвенно – лишь на его сексуальной ориентации, вследствие чего Суд сделал вывод о различии в обращении по признаку сексуальной ориентации (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*), § 32). Тем не менее Суд счел, что решения органов власти государства-ответчика преследовали правомерную цель, состоявшую в защите здоровья и прав детей, в отношении которых могла быть осуществлена процедура усыновления. По поводу того, было ли различие в обращении обоснованным, Суд отметил, в частности, что среди государств – членов Совета Европы, законодательство которых переживало переходную стадию, отсутствовала общая позиция по данному вопросу и что за органами власти указанных государств следовало признать широкую свободу усмотрения в этой области. Относительно конкурирующих интересов заявителя и детей, которые могли быть усыновлены, Суд указал, что мнения научного сообщества о возможных последствиях воспитания детей одним или несколькими родителями гомосексуальной ориентации разделились, при этом следовало учитывать, что в рассматриваемое время были опубликованы результаты довольно ограниченного числа исследований.

В заключение Суд отметил, что решение об отказе в предоставлении разрешения на усыновление не противоречило принципу соразмерности и что обжалуемое различие в обращении не имело дискриминационного характера по смыслу статьи 14 Конвенции (*ibidem*, §§ 37–43).

103. В упомянутом выше Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France), которое также было рассмотрено в свете статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, Европейский Суд снова занял эту позицию. Тщательно проанализировав причины, приведенные органами власти Франции в обоснование своего решения об отказе в предоставлении разрешения на усыновление, о котором ходатайствовала заявительница, которая поддерживала стабильные отношения с другой женщиной, Суд отметил, что органы власти основывали эти решения на двух основных моментах: отсутствие «образа отца» в домохозяйстве и близком окружении заявительницы, отсутствие соответствующего желания у партнерши заявительницы. Суд добавил, что указанные два основания являлись составляющими общей оценки ситуации заявительницы и что незаконность одного из этих оснований испортило всё решение целиком. По мнению Суда, второе из этих оснований не было лишено смысла, но первое было косвенно связано с гомосексуальностью заявительницы, и органы власти неправильно сослались на него при рассмотрении ходатайства о предоставлении разрешения на усыновление, поданного человеком, не состоящим в браке. Соответственно, Суд считал, что сексуальная ориентация заявительницы постоянно привлекала значительное внимание при обсуждении заявительницы и сыграла решающую роль в принятии решения об отказе в предоставлении разрешения на усыновление (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France), §§ 72–89. Суд уточнил, что когда различие в обращении основано исключительно на соображениях, относящихся к сексуальной ориентации лица, подвергающегося такому обращению, оно должно быть признано дискриминирующим с точки зрения Конвенции (*ibidem*, § 93). Далее Суд отметил, что французское законодательство допускало усыновление ребенка лицом, не состоящим в браке, и стороны не спорили с тем, что это открывало возможность усыновления лицу гомосексуальной ориентации, не состоящему в браке. Принимая во внимание анализ оснований, указанных органами власти Франции, Суд счел, что решение об отказе в удовлетворении ходатайства заявительницы о предоставлении разрешения на усыновление было результатом различия в обращении, продиктованного соображениями, относящимися к сексуальной ориентации заявительницы; такое различие в обращении являлось неприемлемым в соответ-

ствии с Конвенцией. Наконец, Суд сделал вывод о нарушении статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции (*ibidem*, §§ 94–98).

104. Упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France) было вынесено по жалобе двух совместно проживавших женщин, заключивших гражданский пакт солидарности (PACS) в соответствии с французским законодательством. Одна из этих женщин была матерью ребенка, зачатого при помощи искусственного оплодотворения. Согласно законодательству Франции, она была единственным родителем ребенка. Заявительницы жаловались на нарушение статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, что ребенок одной из них не мог быть усыновлен другой. Если точнее, они пытались получить разрешение на усыновление ребенка в общем порядке с целью создания родственной связи между ребенком и партнершей его матери, что позволило бы им совместно осуществлять родительские права в отношении ребенка. Французские суды вынесли решение об отказе в удовлетворении ходатайства об усыновлении на основании того, что усыновление привело бы к переходу родительских прав от матери ребенка к ее партнерше, что не соответствовало интересам ребенка (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), § 62). Европейский Суд изучил ситуацию заявительниц в сравнении с ситуацией пары, состоящей в браке, и отметил, что в соответствии с законодательством Франции только пары, состоящие в браке, могли совместно осуществлять родительские права в случае усыновления в общем порядке. Отметив, что Договаривающиеся Стороны не были обязаны предоставлять право на вступление в брак однополым парам и что брак предоставлял брачующимся особый статус, Суд признал, что правовая ситуация заявительниц была несопоставима с ситуацией пар, вступивших в брак (*ibidem*, § 68). Суд подчеркнул, что разнополые пары, не состоящие в браке и подобно заявительницам заключившие гражданский пакт солидарности (*ibidem*, § 69), также были лишены возможности усыновления вторым родителем. Суд пришел к выводу об отсутствии различия в обращении по признаку сексуальной ориентации и нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции.

(ii) Применение вышеизложенных принципов в настоящем деле

(α) Сравнение ситуации заявителей с ситуацией состоящей в браке пары, один из супругов в которой желает усыновить ребенка другого супруга

105. Первый вопрос, который следует рассмотреть Европейскому Суду, состоит в том, можно

ли ситуацию заявителей (первой и третьей заявительниц, которые являются партнерами в однополной паре, и сына третьей заявительницы) сравнить с ситуацией разнополой пары, состоящей в браке, один из супругов в которой желает усыновить ребенка другого супруга.

106. Европейский Суд недавно дал отрицательный ответ на этот вопрос в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France) по причинам, которые, по его мнению, следует напомнить и вновь подтвердить. Прежде всего, следует иметь в виду, что статья 12 Конвенции не налагает на Договаривающиеся Стороны обязательства по предоставлению однополым парам права на вступление в брак (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Шальк и Копф против Австрии» (Schalk and Kopf v. Austria), §§ 54–64); что статья 14 Конвенции в совокупности со статьями 8 Конвенции также не может толковаться как налагающее обязательство по предоставлению однополым парам права на вступление в брак (*ibidem*, § 101); а также что если государство намерено предоставить однополым парам альтернативные средства юридического признания, оно обладает определенной свободой усмотрения в отношении конкретного статуса, предоставляемого альтернативными средствами юридического признания (*ibidem*, § 108; см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), § 66). Кроме того, Европейский Суд неоднократно признавал, что брак предоставлял брачующимся особый статус; что пользование правом на вступление в брак защищается статьями 12 Конвенции и влечет за собой определенные социальные, личные и юридические последствия (см., среди иных прецедентов, упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), § 68; и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Берден против Соединенного Королевства» (Burden v. United Kingdom), § 63).

107. Законодательство Австрии об усыновлении предусматривает специальный режим для пар, состоящих в браке. Пункт 2 статьи 179 ВГК Австрии устанавливает, что им предоставлено право на совместное усыновление и что эта форма усыновления по общему правилу является для них единственно возможной. В соответствии с тем же пунктом в порядке исключения допускается усыновление ребенка своего супруга (усыновление вторым родителем).

108. Ссылаясь на Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), власти Австрии утверждали, что первая и третья заявительницы не находились в ситуации, сопоставимой с ситуацией пары, состоящей в браке. В свою очередь, заявительницы

подчеркивали, что они не собирались отстаивать право, закрепленное за парами, состоящими в браке. Европейский Суд не усматривает причин отклоняться от принципов, ранее сформулированных им по данному вопросу.

109. Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд признает, что с точки зрения усыновления вторым родителем ситуация первой и третьей заявительницы была несопоставима с ситуацией пары, состоящей в браке.

110. Следовательно, статья 14 Конвенции, взятая во взаимосвязи со статьями 8 Конвенции, не была нарушена в отношении заявителей, если сравнивать их ситуацию с ситуацией пары, состоящей в браке, один из супругов в которой желает усыновить ребенка другого супруга.

(β) Сравнение ситуации заявителей с ситуацией не состоящей в браке пары, один из партнеров в которой желает усыновить ребенка другого партнера

111. Европейский Суд отмечает, что заявители сфокусировали свои доводы прежде всего на сравнение их ситуации с ситуацией, не состоящей в браке разнополой пары. Заявители подчеркивали, что в соответствии с австрийским законодательством возможность усыновления вторым родителем предоставлена не только парам, состоящим в браке, но и разнополым парам, не состоящим в браке, но однополым парам такой возможности закон не предоставляет.

– Сопоставимая ситуация

112. Европейский Суд замечает, что ни одна из сторон не утверждала, что в законодательстве Австрии был предусмотрен особый правовой статус, различающий однополые пары и разнополые пары, не состоящие в браке, аналогичный статусу, который отличал пары, состоящие в браке, от остальных пар. Кроме того, власти Австрии не спорили с тем, что ситуация разнополых пар, не состоящих в браке, была сопоставима с ситуацией однополых пар, и допустили, что в личном плане как однополые, так и разнополые пары теоретически могут как соответствовать, так и не соответствовать требованиям, предъявляемым к парам, желающим усыновить ребенка, в том числе усыновить ребенка одного партнера другим партнером. Европейский Суд констатирует, что ситуацию заявителей, которые желали создать юридическую связь между первой заявительницей и вторым заявителем, можно было сравнить с ситуацией разнополой пары, в которой один из партнеров желает усыновить ребенка другого партнера.

– Различие в обращении

113. Далее Европейский Суд должен был рассмотреть вопрос о том, имело ли место различие

в обращении, основанное на сексуальной ориентации первой и третьей заявительниц.

114. Законодательство Австрии предоставляет разнополым парам, не состоящим в браке, возможность осуществления усыновления вторым родителем. Статья 179 ВГК Австрии в общем порядке разрешает усыновление ребенка лицом, не состоящим в браке, в индивидуальном порядке, и в пункте 2 статьи 182 ВГК Австрии, который регулирует последствия усыновления, не содержится запрета на усыновление одним из партнеров в разнополой паре не состоящей в браке, ребенка другого партнера без разрыва связей между этим партнером и его ребенком. В то же время отсутствует юридическая возможность для осуществления однополых парой усыновления вторым родителем, поскольку пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии предусматривает, что усыновитель заменяет собой биологического родителя того же пола, что усыновитель. В настоящем деле первая заявительница была женщиной, вследствие чего в случае усыновления ею второго заявителя могли быть разорваны лишь связи между ребенком и его матерью, партнершей первой заявительницы. Заявители не могут прибегнуть к процедуре усыновления с целью создания между первой заявительницей и вторым заявителем родственной связи в дополнение к связи, которая существовала между вторым заявителем и его матерью. Хотя на первый взгляд пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии имеет нейтральный характер, в действительности он исключает возможность применения процедуры усыновления вторым родителем однополыми парами.

115. Для полноты картины Европейский Суд уточняет, что начиная с 1 января 2010 г., когда вступил в силу Закон «О зарегистрированном партнерстве», однополые пары вправе заключить зарегистрированное партнерство. Первая и третья заявительницы не воспользовались этой возможностью. В любом случае заключение такого партнерства не позволило бы им осуществить усыновление вторым родителем, так как в пункте 4 статьи 8 указанного закона содержался прямой запрет на усыновление одним из партнеров ребенка другого партнера.

116. Таким образом, не имелось сомнений, что применимое законодательство проводило различия между разнополыми парами, не состоящими в браке, и однополыми парами в вопросах усыновления вторым родителем. При текущем состоянии австрийского законодательства у заявителей не было возможности осуществить усыновление вторым родителем, и такая возможность не появилась бы у них даже в случае, если бы биологический отец второго заявителя умер или был неизвестен или если бы имелись основания не принимать во внимание отказ биологического отца от предоставления разрешения на усыновление. Такой возможности у них не было даже в случае, если отец второ-

го заявителя был готов дать согласие на усыновление¹. Власти Австрии не спорили с этим.

117. Однако власти Австрии утверждали, что обстоятельства дела указывали на отсутствие дискриминации в какой-либо форме. В этом отношении власти государства-ответчика заверили, что ходатайство заявителей об утверждении соглашения об усыновлении было оставлено без удовлетворения по основаниям, не связанным с сексуальной ориентацией первой и третьей заявительниц. Они уточнили прежде всего, что суды Австрии, и в частности земельный суд, возражали против усыновления потому, что оно не соответствовало интересам ребенка. Далее власти Австрии отметили, что при любом усыновлении требуется получить согласие биологических родителей усыновляемого ребенка. В связи с тем, что отец второго заявителя не дал своего согласия, у судов не было иного выбора, кроме как отказать в удовлетворении ходатайства об усыновлении; и они вынесли бы аналогичное решение, даже если бы первая заявительница была партнером, а не партнершей третьей заявительницы. Иными словами, правовое различие, вытекающее из пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии, в настоящем деле не было задействовано. Следовательно, заявители предлагали Европейскому Суду осуществить абстрактный контроль за законодательством государства-ответчика.

118. Принимая во внимание решения, вынесенные австрийскими судами (см. выше §§ 15, 18 и 20), данный довод властей Австрии показался Европейскому Суду неубедительным. Европейский Суд отметил, что суды государства-ответчика однозначно указали, что пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии в любом случае не допускал возможность усыновления, которое могло привести к последствиям, желаемым заявителями, а именно к возникновению между первой заявительницей и вторым заявителем родственной связи в дополнение к связи, существовавшей между вторым заявителем и его матерью.

119. В своем решении районный суд опирался лишь на это основание. Он не исследовал конкретные обстоятельства дела, не рассматривал вопрос о том, был ли отец второго заявителя согласен с усыновлением и имелись ли основания для того, чтобы не принимать возражение отца во внимание, как утверждали заявители.

120. Земельный суд также сделал вывод о том, что усыновление, о котором ходатайствовали заявители, было недопустимым в соответствии с законодательством, но он также рассмотрел иные аспекты дела. Суд выразил сомнения относительно правомочий третьей заявительницы на представление интересов ее сына в ходе процедуры усыновления, придя к выводу, что подобная ситуация могла при-

¹ Данное предложение пропущено во французской версии Постановления (примеч. переводчика).

вести к конфликту интересов. Тем не менее земельный суд счел, что не было необходимости выносить решение по данному вопросу, так как районный суд обоснованно отказал в удовлетворении ходатайства об усыновлении без рассмотрения по существу. По информации, имеющейся в распоряжении Европейского Суда, земельный суд не предоставил заинтересованным лицам (троим заявителям и отцу второго заявителя) возможность озвучить свою позицию. По поводу отца ребенка и сыгранной им роли суд ограничился упоминанием о том, что, исходя из материалов дела, тот поддерживал регулярное общение со своим сыном. Земельный суд не рассматривал вопрос о том, имелись ли, как утверждали заявители, основания для применения пункта 3 статьи 181 ВГК Австрии, с тем чтобы не принимать во внимание отказ отца ребенка от предоставления согласия на усыновление. В то же время земельный суд посвятил много времени объяснению того, что понятие «родители» в соответствии с австрийским семейным законодательством подразумевает двух лиц противоположного пола. Кроме того, суд учел интерес ребенка в сохранении отношений с двумя родителями противоположного пола; и этот интерес, по мнению суда, явным образом исключал возможность усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей. Кроме того, земельный суд рассмотрел в свете упомянутого выше Постановления Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria) вопрос о том, имело ли законодательство Австрии, действовавшее в период времени, относящийся к обстоятельствам дела, дискриминационный характер по отношению к однополым парам.

121. Также следует учитывать тот факт, что земельный суд пришел к выводу о приемлемости кассационной жалобы для рассмотрения Верховным судом Австрии в связи с тем, что отсутствовала судебная практика «по вопросу, рассматриваемому в настоящем деле, а именно по вопросу о законности усыновления ребенка гомосексуальным партнером одного из родителей». По мнению Европейского Суда, это факт очевидно противоречит доводу властей Австрии о том, что отсутствие предусмотренной законодательством возможности осуществления однополых парой усыновления вторым родителем не сыграло роли в вынесении решения по настоящему делу.

122. В свою очередь, Верховный суд Австрии подтвердил, что усыновление ребенка партнершей биологической матери было невозможным с юридической точки зрения на основании пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии, и отметил, что данное положение не выходило за пределы свободы усмотрения, предоставленной Договаривающимся Сторонам, и, таким образом, соответствовало статье 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции. Наконец, Верховный суд Австрии признал, что ввиду невозможности усыновления с юридиче-

ской точки зрения не было необходимости рассматривать вопрос о том, имелись ли основания для игнорирования позиции отца ребенка, отказавшегося дать согласие на усыновление, как исключительной меры, предусмотренной пунктом 3 статьи 181 ВГК Австрии.

123. Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд отклоняет довод властей Австрии о том, что заявители не были затронуты различиями в правовом регулировании, вытекающими из пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии. По мнению Европейского Суда, тот факт, что усыновление, о котором ходатайствовали заявители, было невозможным с юридической точки зрения, всегда был центральным вопросом при рассмотрении дела судами Австрии (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции», § 88).

124. Именно это юридическое препятствие помешало австрийским судам предметно рассмотреть во исполнение статьи 180а ВГК Австрии вопрос о том, соответствовало ли усыновление интересам второго заявителя. Таким образом, суды не рассмотрели детально обстоятельства дела. Кроме того, они не проверили, имелись ли основания для того, чтобы не принимать во внимание отказ отца ребенка от предоставления согласия на усыновление, несмотря на то что соответствующие полномочия у них имелись на основании пункта 3 статьи 181 ВГК Австрии. Власти Австрии утверждали, что заявители не подкрепили достаточным образом свой довод о том, что существовали подобные основания, и не попросили суды вынести решение непосредственно по данному вопросу. Европейский Суд лишь обращает внимание на то, что суды государства-ответчика не сослались на какой-либо из этих двух мотивов, отказывая заявителям в удовлетворении их ходатайства. Как указано выше, районный суд и земельный суд не рассматривали данный вопрос, и Верховный суд Австрии однозначно подтвердил, что не было необходимости рассматривать этот вопрос ввиду того, что усыновление, о котором ходатайствовали заявители, было совершенно невозможным с юридической точки зрения.

125. Если бы ходатайство об усыновлении было подано не первой и третьей заявительницами, а разнополой парой, не состоящей в браке, суды не смогли бы отказать в его удовлетворении. Напротив, суды были бы вынуждены проверить в соответствии со статьей 180а ВГК Австрии, отвечало ли данное усыновление интересам второго заявителя. И если бы отец ребенка отказался дать согласие на усыновление, суды должны были бы выяснить, существовали ли исключительные обстоятельства, которые позволили бы не принимать во внимание отказ отца от предоставления согласия на усыновление на основании пункта 3 статьи 181 ВГК Австрии (пример приме-

нения данной процедуры см. в упомянутом выше Постановлении Европейского Суда по делу «Эски против Австрии» (*Eski v. Austria*), §§ 39–42, в котором речь шла об осуществлении разнополой парой, состоявшей в браке, усыновления вторым родителем и в котором австрийские суды тщательно рассмотрели данный вопрос, сопоставив интересы всех заинтересованных лиц (пары, ребенка и его биологического отца) после того, как суды заслушали каждое из этих лиц и установили факты, относящиеся к делу).

126. Таким образом, Европейский Суд считает, что жалоба заявителей не является *actio popularis*¹. Как отмечено выше в параграфе 123, заявители были непосредственно затронуты соответствующими положениями законодательства, так как ввиду абсолютного запрета на осуществление однополыми парами усыновления вторым родителем, содержащегося в пункте 2 статьи 182 ВГК Австрии, рассмотрение конкретных обстоятельств дела было бессмысленным и излишним, а австрийские органы власти были вынуждены автоматически прекратить производство по ходатайству заявителей об усыновлении. Соответственно, нельзя сказать, что обращение в Европейский Суд преследовало цель рассмотрения *in abstracto* оспариваемого законодательства: по своему характеру абсолютный запрет, о котором идет речь в настоящем деле, вывел обстоятельства настоящего дела за пределы рассмотрения судами государства-ответчика и Европейским Судом (см., *mutatis mutandis*, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Хирст против Соединенного Королевства (№ 2)» (*Hirst v. United Kingdom (№ 2)*), жалоба № 74025/01, § 72, ECHR 2005-IX).

127. Кроме того, хотя на первый взгляд различие в обращении в настоящем деле касается в наибольшей степени первой заявительницы, которая подверглась обращению, отличающемуся от обращения с партнером в разнополой паре, не состоящей в браке, который желает усыновить ребенка другого партнера, Европейский Суд отмечает, что трое заявителей вместе вели семейную жизнь (см. выше § 96) и подали ходатайство об усыновлении с целью юридического признания этой семейной жизни. При данных условиях Европейский Суд полагает, что каждый из троих заявителей был непосредственно затронут различием в обращении, рассматриваемом в настоящем деле, вследствие чего они могли утверждать, что стали жертвами предполагаемого нарушения.

128. Наконец, власти Австрии выдвинули другой довод, в соответствии с которым отсутствие юридической возможности для удовлетворения ходатайства заявителей об усыновлении не имело дискриминационного характера, поскольку данное

обстоятельство не было основано на сексуальной ориентации первой и третьей заявительниц. По их словам, пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии, запрещающий женщине усыновить ребенка, пока существует правовая связь между этим ребенком и его матерью, является нормой общего действия, которая не позволила бы, например, тете усыновить племянника, в то время как тот сохраняет связи со своей матерью.

129. Этот довод является для Европейского Суда неубедительным. Заявители жаловались, что обращение с ними отличалось от обращения с разнополой парой, не состоящей в браке, поскольку они не могли добиться юридического признания их семейной жизни при помощи процедуры усыновления вторым родителем. Во-первых, Европейский Суд отмечает, что отношения, которые поддерживают две совершеннолетние сестры или тетя с племянником, как правило, не попадают в сферу «семейной жизни» по смыслу статьи 8 Конвенции. Во-вторых, Европейский Суд напоминает, что даже когда такие отношения всё же относятся к семейной жизни, отношения между двумя сестрами, проживающими вместе, имеют качественно отличающийся состав по сравнению с отношениями пары, в том числе однополый пары (см., *mutatis mutandis*, упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Бёрден против Соединенного Королевства» (*Burden v. United Kingdom*), § 62). Следовательно, пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии не затрагивает иных лиц в той же степени, что и заявителей, семейная жизнь которых строится вокруг конструкции однополый пары.

130. Принимая во внимание вышеизложенное, Европейский Суд признает, что заявители подверглись обращению, отличающемуся от обращения, которому подверглась бы разнополая пара, не состоящая в браке, один из партнеров в которой желает усыновить ребенка другого партнера. Данное различие в обращении было неразрывно связано с тем обстоятельством, что первая и третья заявительницы образовывали однополую пару, то есть было основано на сексуальной ориентации заявительниц.

131. Соответственно, следует отличать настоящее дело от упомянутого выше дела «Гас и Дюбуа против Франции» (*Gas and Dubois v. France*), § 69, при рассмотрении которого Европейский Суд пришел к выводу об отсутствии различия в обращении по признаку сексуальной ориентации между однополыми парами, не состоящими в браке, и однополыми парами на основании того, что во французском законодательстве усыновление вторым родителем было запрещено как тем, так и другим.

– *Правомерная цель и соразмерность*

132. Хотя это следует из вышеизложенного (см., в частности, выше §§ 116 и 126), Европейский Суд считает необходимым уточнить, что пред-

¹ *Actio popularis* (лат.) – в практике Европейского Суда – жалоба в пользу неопределенного круга лиц (примеч. переводчика).

метом настоящего дела не являлся вопрос о том, подлежало ли ходатайство заявителей об усыновлении удовлетворению, учитывая обстоятельства дела. В связи с этим Европейский Суд не планирует ни анализировать роль, сыгранную отцом второго заявителя, ни выяснять, имелись ли основания для игнорирования отказа отца от предоставления согласия на усыновление. Решения по этим вопросам должны были принимать суды государства-ответчика, если бы они были в состоянии рассмотреть ходатайство об усыновлении по существу.

133. Перед Европейским Судом стоял вопрос как раз о том, что австрийские суды были не в состоянии перейти к рассмотрению ходатайства по существу, поскольку усыновление второго заявителя партнершей его матери в любом случае было невозможным ввиду действия пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии. Если бы аналогичное ходатайство подала разнополая пара, не состоящая в браке, австрийские суды были бы обязаны рассмотреть его по существу.

134. Хотя настоящее дело могло быть рассмотрено в контексте более масштабной проблемы, касающейся родительских прав однополых пар, стороны не просили Европейский Суд о вынесении решения по конкретному вопросу осуществления однополыми парами усыновления вторым родителем, и тем более по вопросу об осуществлении усыновления однополыми парами в целом. В его задачи входит вынесение решения по строго определенной проблеме, касающейся дискриминации, которой предположительно подвергались однополые пары по сравнению с разнополыми парами, не состоящими в браке, при осуществлении усыновления вторым родителем.

135. Европейский Суд напоминает, что запрещение дискриминации, закрепленное в статье 14 Конвенции, выходит за пределы пользования правами и свободами, обеспечение которых возложено Конвенцией и Протоколами к ней на все Договаривающиеся Стороны. Этот запрет применяется также к дополнительным правам, входящим в сферу общего действия одной из статей Конвенции, которые Договаривающаяся Сторона добровольно взялась защищать. Европейский Суд ранее уже признавал при рассмотрении дела об усыновлении гомосексуалистом, не состоящим в браке, что хотя статья 8 Конвенции не гарантирует право на усыновление, государство, которое создает какое-либо право, выходящее за пределы его обязательств, предусмотренных статьей 8 Конвенции, при применении этого права должно избегать дискриминации по смыслу статьи 14 Конвенции (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France), § 49).

136. Возвращаясь к настоящему делу, Европейский Суд отмечает, что статья 8 Конвенции не возлагает на Договаривающиеся Стороны обя-

занности по обеспечению однополым парам возможности осуществления усыновления вторым родителем (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), §§ 66–69; упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Эмоне и другие против Швейцарии» (Emonet and Others v. Switzerland), §§ 79–88). Тем не менее законодательство Австрии предоставляло такую возможность разнополым парам, не состоящим в браке. Соответственно, Европейский Суд должен был рассмотреть вопрос о том, преследовал ли правомерную цель и был ли соразмерным этой цели отказ в предоставлении однополым парам (не состоящим в браке) возможности осуществления усыновления вторым родителем.

137. Из решений судов государства-ответчика и замечаний властей Австрии следовало, что австрийское законодательство, регулирующее вопросы усыновления, стремится к воссозданию аналога биологической семьи. В постановлении от 21 февраля 2006 г. земельный суд уточнил, что спорные положения были направлены на защиту «традиционной семьи», а также что австрийское законодательство было основано на принципе, в соответствии с которым несовершеннолетний ребенок, исходя из биологических реалий, должен по принципиальным соображениям иметь двух родителей противоположного пола. Земельный суд признал, что решение законодателя о запрещении возможности осуществления гомосексуальным партнером одного из родителей усыновления ребенка другого партнера, процедуры, которая разрывала связь ребенка с родителем противоположного пола, преследовало правомерную цель. Аналогичным образом Верховный суд Австрии в постановлении от 27 сентября 2006 г. признал, что ключевой целью усыновления является предоставление ответственным лицам возможности воспитывать детей, оставшихся без родителей, и детей, которые по каким-либо причинам не могут получить правильное воспитание у своих родителей. Верховный суд Австрии считал, что эта цель может быть достигнута лишь в случае, если усыновление позволяет воссоздать условия, максимально близкие к условиям проживания ребенка в семье с биологическими родителями. Резюмирую вышесказанное, суды государства-ответчика и власти Австрии делали акцент на защите традиционной семьи, основанной на молчаливом предположении о том, что надлежащим образом потребности детей могут быть удовлетворены лишь в семьях, состоящих из родителей противоположного пола.

138. Европейский Суд признает, что защита семьи в традиционном значении этого слова в принципе является веским и правомерным основанием для различия в обращении (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу

«Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), § 40; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), § 98). Само собой разумеется, защита интересов ребенка также является правомерной целью. Остается определить, был ли соблюден в настоящем деле принцип соразмерности.

139. Европейский Суд напоминает принципы, выработанные в его прецедентном праве. Цель, состоящая в защите семьи в традиционном значении этого слова, является довольно абстрактной, и для ее достижения может быть использовано множество разнообразных конкретных средств (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), § 41; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), § 98). Кроме того, учитывая, что Конвенция является живым инструментом, которую следует толковать согласно современным условиям, государство должно выбрать меры, которые следовало принять для защиты семьи и обеспечения уважения семейной жизни в соответствии со статьей 8 Конвенции, с учетом развития общества и изменений в восприятии социальных вопросов, вопросов, касающихся гражданского состояния, и вопросов взаимоотношений, в частности идеи о том, что не существует одного варианта выбора, когда речь идет о том, каким образом вести свою личную или семейную жизнь (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), § 98).

140. Когда Договаривающиеся Стороны пользуются узкими пределами усмотрения, например в случае различия в обращении по признаку пола или сексуальной ориентации, принцип соразмерности не только требует, чтобы принимаемые меры по своему характеру позволяли достичь преследуемой цели, но и обязывает привести доказательства того, что для достижения этой цели было необходимо исключить некоторых лиц (в настоящем деле – лиц, состоящих в гомосексуальных отношениях) из сферы применения соответствующих положений (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), § 41; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), § 99).

141. Принимая во внимание указанное выше прецедентное право, бремя доказывания в данном случае лежит на властях государства-ответчика. Соответственно, властям Австрии в настоящем деле следовало привести доказательства того, что сохранение традиционной семьи и, если говорить точнее, защита интересов семьи требуют лишения однополых пар возможности осуществления усыновления вторым родителем, которая предоставлена разнополым парам, не состоящим в браке.

142. Европейский Суд напоминает, что пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии запрещает в абсолютной форме, пусть и косвенно, осуществление однополыми парами усыновления вторым родителем. Власти не представили точных доводов, результатов научных исследований или иных доказательств, которые могли бы подтвердить, что семьи с однополыми родителями никоим образом не способны надлежащим образом заботиться о ребенке. Напротив, власти государства-ответчика допустили, что в личном плане и однополые, и разнополые пары теоретически могут как соответствовать, так и не соответствовать требованиям, предъявляемым к парам, желающим усыновить ребенка. Кроме того, власти Австрии заявили, что ВГК Австрии не преследовал цель лишить однополые пары возможности осуществления усыновления вторым родителем, и подчеркивали, что законодатель желал не допустить, чтобы ребенок имел с юридической точки зрения двух отцов или двух матерей. Они уточнили, что прямой запрет на осуществление однополыми парами усыновления вторым родителем был введен лишь в 2010 году, когда вступил в силу Закон «О зарегистрированном партнерстве», и добавили, что положения этого закона не имеют отношения к делу, поскольку они не действовали в период рассмотрения настоящего дела австрийскими судами.

143. Европейский Суд ранее уже рассмотрел довод о том, что положения ВГК Австрии не были направлены непосредственно на лишение гомосексуалистов возможности осуществления усыновления (см. выше §§ 128 и 129). Кроме того, Европейский Суд признает, что Закон «О зарегистрированном партнерстве» не имеет прямого отношения к настоящему делу, но его текст может помочь понять причины, по которым однополым парам запрещено осуществлять усыновление вторым родителем. Однако в пояснительном докладе к законопроекту (см. выше § 42) указано лишь, что пункт 4 статьи 8 появился в законе как ответ на неоднократные просьбы, неоднократно поступавшие на стадии консультаций. Другими словами, это положение лишь отражало позицию тех групп населения, которые возражали против идеи предоставления однополым парам возможности осуществления усыновления вторым родителем.

144. Кроме того, Европейский Суд обращает внимание на непоследовательность австрийского законодательства. Оно разрешает осуществление усыновления одним лицом, даже гомосексуальной ориентации. Если у этого лица имеется зарегистрированный партнер, требуется получить согласие этого партнера на основании подпункта 2 пункта 1 статьи 181 ВГК Австрии в редакции Закона «О зарегистрированном партнерстве» (см. выше § 40). Следовательно, законодатель допускает, что ребенок может расти в семье, созданной однополым парой, признавая тем самым,

что данная ситуация не причиняет вреда ребенку. Тем не менее австрийское законодательство прямо предусматривает, что ребенок не должен иметь двух матерей или двух отцов (см., *mutatis mutandis*, Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (*Christine Goodwin v. United Kingdom*), жалоба № 28957/95, § 78, ECHR 2002-VI, в котором Европейский Суд также принял во внимание непоследовательность правовой системы государства-ответчика).

145. Европейский Суд считает правомерным довод заявителей, в соответствии с которым семьи, фактически созданные однополыми парами, являются реальностью, которая не признана законодательством и не получает правовую защиту. Европейский Суд отмечает, что в отличие от усыновления одним родителем и совместного усыновления, которые обычно направлены на создание связей между ребенком и усыновителем, не имевшими ранее родственных связей, усыновление вторым родителем имеет целью предоставление партнеру одного из родителей ребенка прав в отношении этого ребенка. Европейский Суд сам неоднократно подчеркивал значение, которое имеет юридическое признание *de facto* семейной жизни (см. Постановление Европейского Суда по делу «Вагнер и J.M.W.L. против Люксембурга» (*Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*) от 28 июня 2007 г., жалоба № 76240/01, § 119; см. также в контексте усыновления вторым родителем упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Эски против Австрии» (*Eski v. Austria*), § 39; и упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Эмоне и другие против Швейцарии» (*Emonet and Others v. Switzerland*), §§ 63–64).

146. Все вышеизложенные соображения – фактическое существование семьи, созданной заявителями; значение, которое имеет для них юридическое признание этой семьи; непредоставление властями Австрии доказательств того, что ребенку может причинить вред воспитание однополых парой или наличие у него юридически двух матерей или двух отцов; и в особенности согласие властей Австрии с тем, что однополые пары точно так же могут соответствовать требованиям, предъявляемым к парам, желающим усыновить ребенка, как и разнополые пары, – вызывают серьезные сомнения относительно соразмерности абсолютно-го запрета на осуществление однополыми парами усыновления вторым родителем, который вытекает из пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии. В отсутствие иных особо веских и убедительных оснований для подобного абсолютно-го запрета вышеизложенные соображения, наоборот, приводят к мнению, что суды должны иметь возможность рассматривать каждый случай в индивидуальном порядке. Такой подход в большей степени соответствовал бы наилучшим интересам ребенка, которые признаются

ключевым понятием в соответствующих международных документах (см., в частности, выше § 49 и упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*), § 95).

147. В обоснование различия в обращении в настоящем деле власти Австрии привели еще один довод. Ссылаясь на статью 8 Конвенции, они утверждали, что Договаривающиеся Стороны пользовались широкой свободой усмотрения при регулировании вопросов усыновления, для которых важно деликатное соблюдение равновесия между интересами всех заинтересованных лиц. Свобода усмотрения в настоящем деле еще шире, поскольку речь шла о вопросе осуществления однополыми парами усыновления вторым родителем, по которому в Европе не сформировался консенсус.

148. Европейский Суд замечает, что пределы свободы усмотрения, которой пользуются Договаривающиеся Стороны в соответствии со статьей 8 Конвенции, зависят от ряда факторов. Когда на кону стоит особо важная сторона существования или личности человека, свобода усмотрения государства обычно ограничивается. Однако, когда отсутствует консенсус среди государств – членов Совета Европы относительно значения стоящих на кону интересов или относительно наилучших способов защиты этих интересов, особенно в случае, когда затрагиваются деликатные моральные или этические вопросы, свобода усмотрения шире (см., например, среди недавно вынесенных решений упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «S.H. и другие против Австрии» (*S.H. and Others v. Austria*), § 94; Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «А, В и С против Ирландии» (*A, B and C v. Ireland*), жалоба № 25579/05, § 232, ECHR 2010). Тем не менее Суд напоминает, что когда речь идет о дискриминации по признаку пола или сексуальной ориентации, подлежащей рассмотрению в свете статьи 14 Конвенции, пределы усмотрения Договаривающихся Государств узки (см. выше § 99).

149. Исключительно для того, чтобы ответить на утверждение властей Австрии о том, что по данному вопросу отсутствует консенсус среди европейских государств, следует иметь в виду, что в задачи Европейского Суда входит вынесение решения не по вопросу об осуществлении усыновления однополыми парами в целом, а по вопросу предполагаемого различия в обращении между разнополыми парами, не состоящими в браке, и однополыми парами при осуществлении усыновления вторым родителем (см. выше § 134). Соответственно, сравнение было допустимо лишь с десятью государствами, в которых возможность усыновления вторым родителем распространяется на пары, не состоящие в браке. В шести из этих государств не проводятся различия между разнополыми и одно-

полыми парами при данной форме усыновления, а в остальных четырех государствах применяется такой же подход, как в Австрии (см. материалы сравнительно-правового характера выше в § 57). Суд полагает, что данная выборка столь ограничена, что на ее основе нельзя сделать каких-либо выводов о существовании возможного консенсуса среди государств – членов Совета Европы.

150. Европейский Суд считает, что ссылки на Европейскую конвенцию об усыновлении детей 2008 года также бесполезны в данном контексте, прежде всего потому, что она не была ратифицирована Австрией, а также потому, что можно усомниться в том, что Конвенция 2008 года отражала существующее среди европейских государств единство взглядов, учитывая то, сколь мало стран ее ратифицировали до настоящего времени. Суд отмечает, что в любом случае в соответствии с пунктом 1 статьи 7 Конвенции 2008 года государства должны разрешить усыновление ребенка двумя лицами разного пола (между которыми заключен брак, или, там, где существуют подобные институты, вступившими в зарегистрированное партнерство) или одним лицом. Пункт 2 статьи 7 Конвенции 2008 года устанавливает, что государства вправе распространять сферу действия настоящей Конвенции на однополые пары, которые состоят в браке или вместе вступили в зарегистрированное партнерство, а также «на разнополые и однополые пары, которые живут вместе в постоянных отношениях». Соответственно, из этого положения не следует, что государства свободно могут подвергать различному обращению разнополые и однополые пары, которые живут вместе в постоянных отношениях. В Рекомендации CM/Rec(2010)5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам, принятой 31 марта 2010 г., провозглашаются те же идеи, поскольку в пункте 23 государствам-членам предлагается обеспечить парам, не состоящим в браке, применение прав и обязанностей без всякой дискриминации как к однополым, так и к разнополым парам. В любом случае, даже если бы в результате толкования пункта 2 статьи 7 Конвенции 2008 года были сделаны иные выводы, Суд напоминает, что ответственность государств в соответствии с Конвенцией сохраняется в отношении обязательств, возникших на основании иных международных договоров после вступления в силу Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу «Аль-Саадун и Муфдхи против Соединенного Королевства» (Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom), жалоба № 61498/08, § 128, ECHR 2010).

151. Европейский Суд осознает, что установление равновесия между защитой семьи в традиционном значении этого слова и защитой прав сексуальных меньшинств, вытекающих из Конвенции, по своей природе является сложным и деликатным упражнением, которое может потребовать от го-

сударства примирения различных взглядов и конкурирующих интересов, которые воспринимаются заинтересованными сторонами как принципиально антагонистические (см. упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), § 99). Однако, учитывая вышеизложенное, Суд считает, что власти Австрии не представили особо убедительных и веских оснований, которые позволяли бы установить, что лишение однополых пар права на осуществление усыновления вторым родителем, которое предоставлено разнополым парам, не состоящим в браке, было необходимым для сохранения традиционной семьи или для защиты интересов ребенка. Соответственно, различие в обращении, предусмотренное законодательством Австрии, не соответствует Конвенции.

152. Европейский Суд вновь напоминает, что в настоящем деле речь не идет о том, следовало ли удовлетворять ходатайство заявителей об усыновлении с учетом всех обстоятельств дела. На его рассмотрение вынесен вопрос о том, подверглись ли заявители дискриминации вследствие того, что австрийские суды не имели возможности предметно определить, соответствовало ли усыновление интересам второго заявителя, в связи с тем, что усыновление было невозможным ввиду юридического препятствия, имевшего абсолютный характер. В этом отношении Суд хотел бы сослаться на два свежих постановления, в которых он установил нарушение статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, на основании того, что заявители, отцы внебрачных детей, не имели возможности обратиться в суд с ходатайством о рассмотрении судами государства-ответчика вопроса о том, требовали ли интересы ребенка предоставления их отцу исключительных родительских прав или же распределения родительских прав между родителями (см. Постановление Европейского Суда по делу «Цаунеггер против Германии» (Zaunegger v. Germany) от 3 декабря 2009 г., жалоба № 22028/04, §§ 61–63; и Постановление Европейского Суда по делу «Шпорер против Австрии» (Sporer v. Austria) от 3 февраля 2011 г., жалоба № 35637/03, §§ 88–90).

153. Таким образом, Европейский Суд признает, что имело место нарушение статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, если сравнивать ситуацию заявителей с ситуацией разнополой пары, не состоящей в паре, один из партнеров в которой желает усыновить ребенка другого партнера.

II. ПРИМЕНЕНИЕ СТАТЬИ 41 КОНВЕНЦИИ

154. Статья 41 Конвенции гласит:

«Если Суд объявляет, что имело место нарушение Конвенции или Протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны

допускает возможность лишь частичного устранения последствий этого нарушения, Суд, в случае необходимости, присуждает справедливую компенсацию потерпевшей стороне».

А. Моральный вред

155. Заявители требовали 50 000 евро в возмещение причиненного им морального вреда.

156. Власти Австрии утверждали, что присуждение заявителям какой-либо компенсации морального вреда является необоснованным, в частности в связи с тем, что заявителям никто не мешал жить по своему желанию. В любом случае суммы требований заявителей не соответствовали размеру обычно присуждаемых по аналогичным делам сумм компенсации.

157. Европейский Суд считает, что заявителям был причинен моральный вред, который не мог быть компенсирован в достаточной степени одним лишь фактом установления нарушения статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции. Полагая также, что посягательство, допущенное в рамках установленного нарушения, было направлено против семьи, образованной заявителями, Европейский Суд считает необходимым присудить заявителям совместно компенсацию морального вреда. Исходя из принципа справедливости и основываясь на выводах, сформулированных по аналогичному делу (см. упомянутое выше Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (*E.B. v. France*), § 102), Суд присуждает заявителям на всех 10 000 евро в возмещение морального вреда.

В. Издержки и расходы

158. Заявители потребовали совместно 49 680,94 евро в возмещение судебных расходов и издержек, в том числе 6 156,59 евро в возмещение судебных расходов и издержек, понесенных в судах государства-ответчика, и 43 524,35 евро в возмещение судебных расходов и издержек, понесенных в Европейском Суде, плюс налог на добавленную стоимость.

159. Заявители уточнили, что судебные расходы и издержки, понесенные при рассмотрении их дела Конституционным судом Австрии, с одной стороны, и гражданскими судами общей юрисдикции, с другой стороны, составляли 2 735,71 и 3 420,88 евро соответственно. По их утверждению, обращение в Конституционный суд Австрии являлось необходимым, так как именно решение, вынесенное этим судом, вселило в них уверенность в том, что подача ходатайства об утверждении соглашения об усыновлении в суд не приведет к утрате третьей заявительницей своих родительских прав.

160. Заявители указали, что судебные расходы и издержки, понесенные в рамках разбирательства

в Европейском Суде, включали транспортные расходы и расходы на проживание, понесенные их адвокатом в целях участия в слушании, проведенном Первой Секцией, в размере 889,08 евро, затем – в слушании, проведенном Большой Палатой, в размере 913,22 евро, к которым, по их мнению, следовало добавить 1 832,30 евро в возмещение упущенной выгоды, возникшей у адвоката в связи с его поездками в г. Страсбург для целей представительства интересов заявителей в Европейском Суде. Заявители уточнили, что оставшаяся часть суммы их требования соответствует размеру вознаграждения их адвоката. Они считали, что процедура в Большой Палате не сводилась к обычному повторению процедуры в Палате, так как Суд задал сторонам дополнительные вопросы и вынужден был проанализировать замечания третьих сторон, которым было дано разрешение представить письменные замечания, а затем рассмотреть их в слушании.

161. Власти Австрии считали, что судебные расходы и издержки, понесенные в рамках разбирательства в Конституционном суде Австрии, не являлись необходимыми. Они добавили в этой связи, что в соответствии с правоприменительной практикой этого судебного органа по статье 140 Конституции Австрии, напрямую с жалобой в Конституционный суд Австрии можно обратиться лишь в случае, если предполагаемое нарушение стало результатом прямого применения законодательства, вследствие чего в настоящем деле заявители имели возможность обратиться в гражданские суды общей юрисдикции.

162. В части, касающейся разбирательства в Европейском Суде, власти Австрии отметили, что в целом расходы, компенсацию которых требовали заявители, были чрезмерными. Кроме того, власти Австрии утверждали, что заявители могли в значительной степени опираться на доводы, ранее озвученные в ходе производства в судах государства-ответчика, а в ходе разбирательства в Большой Палате – на доводы, ранее представленные в Палату.

163. Согласно прецедентной практике Европейского Суда заявитель имеет право на компенсацию судебных расходов и издержек, если будет доказано, что они были понесены в действительности и были необходимыми и разумными по размеру. В части, касающейся производства в судах государства-ответчика, Суд считает, что судебные расходы, понесенные в рамках производства в Конституционном суде Австрии, не были необходимыми, и отмечает, в частности, что жалоба заявителей была признана неприемлемой для рассмотрения по существу. Таким образом, подлежали компенсации заявителям лишь расходы, понесенные в рамках разбирательства в австрийских гражданских судах общей юрисдикции, в размере 3 420,88 евро. В части, касающейся судебных рас-

ходов и издержек, понесенных в рамках разбирательства в Европейском Суде, принимая во внимание представленные документы, подтверждающие судебные расходы, и вышеизложенные критерии, Суд считает, что следует присудить заявителям 25 000 евро. В общей сложности Суд присуждает заявителям 28 420,88 евро в качестве компенсации судебных расходов и издержек.

С. Процентная ставка при просрочке платежей

164. Европейский Суд полагает, что процентная ставка при просрочке платежей должна определяться исходя из предельной кредитной ставки Европейского центрального банка плюс три процентных пункта.

На основании вышеизложенного Суд:

1) *объявил* единогласно жалобу приемлемой для рассмотрения по существу;

2) *постановил* единогласно, что статья 14 Конвенции, взятая во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, не была нарушена, если сравнивать ситуацию заявителей с ситуацией пары, состоящей в браке, один из супругов в которой желает усыновить ребенка другого супруга;

3) *постановил* десятью голосами за при семи против, что имело место нарушение статьи 14 Конвенции, взятой во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, если сравнивать ситуацию заявителей с ситуацией разнополой пары, не состоящей в браке, один из партнеров в которой желает усыновить ребенка другого партнера;

4) *постановил* одиннадцатью голосами за при шести против, что:

(а) власти государства-ответчика обязаны в течение трех месяцев со дня вступления настоящего Постановления в силу выплатить следующие суммы:

(i) 10 000 (десять тысяч) евро заявителям совместно, плюс любой налог, который может быть начислен на указанную сумму, в качестве компенсации морального вреда;

(ii) 28 420,88 (двадцать восемь тысяч четыреста двадцать) евро и 88 (восемьдесят восемь) центов плюс любой налог, который может быть начислен на указанную сумму, в качестве компенсации судебных расходов и издержек;

(б) с даты истечения указанного трехмесячного срока и до момента выплаты на эти суммы должны начисляться простые проценты, размер которых определяется предельной кредитной ставкой Европейского центрального банка, действующей в период неуплаты, плюс три процентных пункта;

5) *отклонил* единогласно остальную часть требований заявителей о справедливой компенсации.

Совершено на английском и французском языках и передано сторонам на открытом слушании во

Дворце прав человека 19 февраля 2013 г. в соответствии с пунктами 2 и 3 статьи 77 Регламента Суда.

Йохан КАЛЛЕВАРТ
Заместитель Секретаря
Большой Палаты
Европейского Суда

Дин ШПИЛЬМАНН
Председатель
Большой Палаты
Европейского Суда

В соответствии с пунктом 2 статьи 45 Конвенции и пунктом 2 правила 74 Регламента Европейского Суда к Постановлению прилагаются следующие отдельные мнения:

– совпадающее мнение судьи Дина Шпильманна;

– совместное частично особое мнение судей Жозепа Касадевалы, Инеты Зиемеле, Анатолия Ковлера, Дануте Йочиене, Яна Шикуты, Винсента А. де Гаэтано и Линос-Александра Сицилианоса.

D.S.

J.C.

СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ДИНА ШПИЛЬМАННА

1. По второму пункту резолютивной части Постановления я придерживаюсь мнения, что ситуация заявителей – первой и третьей заявительниц, являющихся партнершами в однополрой паре, и сына третьей заявительницы – была сопоставима с ситуацией разнополой пары, состоящей в браке, в которой один из супругов желает усыновить ребенка другого супруга.

2. По этому вопросу я хотел бы повторить мое совместное совпадающее мнение к Постановлению Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» ((Gas and Dubois v. France) от 15 марта 2012 г., жалоба № 25951/07, ECHR 2012), к которому присоединилась моя коллега Изабель Берро-Лефевр. Как и дело «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France), настоящее дело касается однополрой пары, поддерживающей стабильные отношения. Что касается вопроса, рассмотренного Европейским Судом, первая и третья заявительницы, по-моему, находятся в ситуации, сопоставимой с ситуацией состоящей в браке пары. Тот факт, что Конвенция не требует от Договаривающихся Сторон предоставлять право на вступление в брак однополым парам и что брак предоставлял брачующимся особый статус, не имеет значения для решения вопроса, затронутого в настоящем деле.

3. Причина, по которой я не проголосовал за установление нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, состоит в том, что, на мой взгляд, нет необходимости рассматривать этот вопрос. Кроме того, заявители сами подчеркивали, что они не собирались отстаивать право, закрепленное за парами, состоящими в браке. Хотя их позиция по данному вопросу

не была лишена некоторой двусмысленности, они утверждали главным образом, что отсутствовали объективные и разумные основания для того, чтобы не позволить первой заявительнице усыновить ребенка ее партнерши, в то время как аналогичное право было предоставлено партнеру любой разнополой пары, не состоящей в браке. Действительно, в первоначальной редакции жалобы заявители сравнивали свою ситуацию с ситуацией пары, состоящей в браке. Но в меморандуме от 31 июля 2012 г., полученном Секретариатом Европейского Суда 1 августа 2012 г., они выразили свою позицию следующим образом:

«34. Вопрос, поставленный перед Европейским Судом, не касался привилегии вступления в брак. Заявительницы не отстаивали право на усыновление вторым родителем, закрепленное за парами, состоящими в браке (в этом состоит значительная разница между настоящим делом и делом «Гас и Дюбуа против Франции» (Gas and Dubois v. France)).

35. В Австрии предоставляет возможность осуществления усыновления вторым родителем также парам, не состоящим в браке.

36. Но в то время, как разнополые пары, не состоящие в браке, могут в полной мере пользоваться этой возможностью, однополые пары, не состоящие в браке, и их приемные дети лишены такой возможности. Идентичная ситуация имела место в деле Карнера («Карнер против Австрии» (Karner v. Austria), 2003 год, «Козак против Польши» (Kozak v. Poland), 2010 год, «P.B. и J.S. против Австрии» (P.B. and J.S. v. Austria), 2010 год, «J.M. против Соединенного Королевства», (J.M. v. United Kingdom), 2010 год)).

4. Именно так изложили вопрос, вынесенный на рассмотрение Европейского Суда, сами заявители. Соответственно, я считаю, что Европейскому Суду нет необходимости рассматривать вопрос о сопоставлении ситуации заявительниц в ситуации пары, состоящей в браке, тем более что в действительности не было дискуссии по поводу наличия оснований для данного различия в обращении, в свете возможной правомерной цели в соответствии с принципом соразмерности.

**СОВМЕСТНОЕ ЧАСТИЧНО ОСОБОЕ
МНЕНИЕ СУДЕЙ ЖОЗЕПА КАСАДЕВАЛЯ,
ИНЕТЫ ЗИЕМЕЛЕ, АНАТОЛИЯ КОВЛЕРА,
ДАНУТЕ ЙОЧИЕНЕ, ЯНА ШИКУТЫ,
ВИНСЕНТА А. ДЕ ГАЭТАНО И ЛИНОС-
АЛЕКСАНДРА СИЦИЛИАНОСА**

1. При всем уважении к подходу, избранному большинством судей, мы не можем подписаться под решением, содержащимся в пункте 3 резолютивной части Постановления, о нарушении статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции, если сравнивать ситуацию заявителей с ситуацией разнополой пары, не состоящей в паре,

один из партнеров в которой желает усыновить ребенка другого партнера, равно как и под доводами, приведенными в поддержку этого решения. Конкретные обстоятельства дела вкупе с положениями австрийского законодательства, с одной стороны, и ряд соображений из области международного права и сравнительного правоведения, с другой стороны, приводят нас к выводу о том, что статья 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 8 Конвенции не была нарушена в отношении кого-либо из заявителей.

**1. КОНКРЕТНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА
И АВСТРИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО**

Обстоятельства дела

2. Обстоятельства настоящего дела отличались от обстоятельств, ранее рассмотренных Европейским Судом дел, касавшихся вопросов усыновления. Действительно, настоящее дело затрагивало четверых лиц: биологическую мать, биологического отца, партнершу матери и усыновляемого ребенка (сына биологической матери и биологического отца). Партнерша матери с согласия последней хотела усыновить ее ребенка. Хотя родительские права в отношении ребенка принадлежали его матери, тот сохранял сильную эмоциональную привязанность к своему отцу, с которым ребенок регулярно встречался и который, согласно материалам дела, столь же регулярно платил алименты на его содержание. Отец ребенка правомерно отказался давать согласие на усыновление. Стороны не спорили с тем, что ребенок получал надлежащее воспитание в семье его матери и ее партнерши. Мы без проблем готовы подписаться под выводом о том, что отношения между тремя заявителями подпадали под понятие «семейной жизни» по смыслу статьи 8 Конвенции.

3. Имея в виду, что статья 8 Конвенции не гарантирует ни право на создание семьи, ни право на усыновление (см. среди прочих Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Е.В. против Франции» (E.B. v. France) от 22 января 2008 г., жалоба № 435466/02, § 41), ни право иметь ребенка, ни право быть усыновленным, может быть поставлен вопрос о том, в чем состояло предполагаемое вмешательство властей государства-ответчика в частную или семейную жизнь заявителей. Действительно, первая заявительница, партнерша матери ребенка, не могла воспользоваться правом на усыновление ребенка. Если предположить, что второй заявитель желал быть усыновленным, он также не мог реализовать такое право; кроме того, у него уже были отец и мать. Права третьей заявительницы, матери ребенка, не были нарушены никоим образом. Напротив, оспариваемое законодательство лишь защищало ее родительские права, от которых она не намерева-

лась отказываться. В любом случае даже если предположить, что имело место вмешательство в пользование правами, данное вмешательство было предусмотрено законом и преследовало правомерную цель защиты семейных отношений между вторым заявителем и его отцом, который выступал против усыновления. Но мы не будем больше останавливаться на этом вопросе.

Оспариваемые положения законодательства

4. Вопреки позиции большинства судей (параграф 126 Постановления), мы считаем, что Европейский Суд должен был рассмотреть указанный вопрос исходя из конкретной ситуации заявителей, а не проводить абстрактный анализ правового положения, подлежащего применению и примененного судами государства-ответчика, а именно пункта 2 статьи 182 ВГК Австрии. Соответственно, «...по делам, инициированным по индивидуальной жалобе, в задачи Европейского Суда не входит осуществление абстрактного контроля за обжалуемым законодательством. Напротив, Европейский Суд должен насколько это возможно ограничиться рассмотрением проблем, затронутых рассматриваемым делом» (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суд по делу «Таске против Бельгии» (*Tahquet v. Belgium*) от 16 ноября 2010 г., жалоба № 926/05¹, § 83 *in fine*, ECHR 2010).

5. Следуя той же линии аргументации, которая была использована районным судом и земельным судом, Верховный суд Австрии отклонил кассационную жалобу заявителей. Среди мотивов своего решения Верховный суд Австрии сослался на тот факт, что пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии регулировал последствия усыновления одним родителем, и сделал следующие выводы на этом основании:

- если ребенок усыновляется лишь одним усыновителем (или усыновительницей), разорванными считаются лишь родственные связи, которые объединяют его с биологическим отцом (или биологической матерью) и его (ее) родственниками;

- это означало, в частности, что усыновление ребенка женщиной не влечет за собой лишение ребенка биологического отца;

- пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии содержал общий запрет (не только для однополых пар) на усыновление ребенка как мужчиной, действующий до тех пор, пока не прекратится родительская связь между усыновляемым ребенком и его биологическим отцом, так и женщиной – пока не прекратится родительская связь между усыновляемым ребенком и его биологической матерью;

- соответственно, из пункта 2 статьи 182 следует, что лицо, в одиночку усыновляющее ребенка, заменяет собой не любого родителя по своему

усмотрению, а лишь родителя того же пола, что и усыновитель.

6. Пункт 2 статьи 182 ВГК Австрии являлся нормой общего характера, абсолютной нейтральной и применяющейся в любой ситуации без какого-либо различия по признаку сексуальной ориентации усыновителей. Бывает, что одно и то же положение законодательства влечет различные последствия в зависимости от контекста, в котором оно применяется. «Простое различие в последствиях не является различием в обращении и не предполагает его, поскольку одна и та же норма влечет различные последствия» (замечания третьей стороны – Европейского центра права и правосудия). В законодательстве большинства других государств – членов Совета Европы (см. среди прочих статью 360 и следующие за ней статьи Гражданского кодекса Франции) можно найти последствия применения соответствующих положений австрийского законодательства (разрыв родственной связи между усыновляемым ребенком и его биологическим отцом или биологической матерью), которые являются правовым и логическим следствием усыновления. Европейский Суд ранее уже признавал, что «...логика рассматриваемой концепции усыновления, которая вле[кла] разрыв предшествующей родственной связи между усыновляемым лицом и его биологическим родителем, [была] применима к несовершеннолетним», а также что «...учитывая основание и цель статьи 365 Гражданского кодекса [Франции]... нельзя [было] одним лишь оспариванием применения этого положения узаконить установление двойной родственной связи» (см. Постановление Европейского Суда по делу «Гас и Дюбуа против Франции» (*Gas and Dubois v. France*), жалоба № 25951/07, § 72, ECHR 2012). Данное утверждение применимо, *mutatis mutandis*, в настоящем деле. Изменение действующих лиц не влияет на производимые последствия, которые останутся такими же: ребенок не может быть усыновлен без явно выраженного согласия отца или матери, с которыми он сохраняет родственную связь. Соответственно, независимо от того, является усыновитель мужчиной или женщиной, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации, усыновление является в принципе невозможным в любом случае.

Позиция отца ребенка

7. Заявительницы справедливо подчеркивали, что утверждение соглашения об усыновлении привело бы к разрыву связи между матерью и ее сыном на основании соответствующего правового положения, и настаивали на разрыве в судебном порядке связей, объединявших ребенка и его отца (то есть замены биологического отца на партнершу матери ребенка). При этом они забыли о законном праве отца ребенка на уважение его частной

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 5 (примеч. редактора).

и семейной жизни, которое также защищалось статьёй 8 Конвенции. Несмотря на позицию большинства судей по этому вопросу (см. параграфы 120–124 Постановления), мы считаем, что закрепленное в ВГК Австрии право судьи не принимать во внимание волю отца ребенка представляет собой меру исключительного характера, которая могла быть применена лишь в случае серьезных и доказанных явных нарушений родительских обязанностей, о чем в настоящем деле речи не шло. Отец не должен обосновывать желание остаться отцом своего сына, тем более в случае, когда он, как в настоящем деле, в полном объеме исполняет свои родительские обязанности.

Наилучшие интересы ребенка

8. Остается изучить элемент, лежащий в основе любой процедуры усыновления, – наилучшие интересы ребенка (главное, что было забыто в настоящем деле). Абстрагируясь от возможного конфликта интересов матери, выступающей в качестве законного представителя, и ее сына (данный вопрос был затронут, но не разрешен органами власти государства-ответчика, см. параграф 18 Постановления), следует выяснить позицию ребенка. В период разбирательства на внутригосударственном уровне второму заявителю шел двенадцатый год, в настоящее время он почти достиг совершеннолетия. У него есть мать и отец: какими наилучшими интересами могла быть оправдана замена отца ребенка на партнершу его матери? Объединенные эмоциональными узами, две заявительницы выразили желание осуществить усыновление, но ничто не свидетельствовало о том, что усыновление преследовало «наилучшие интересы» ребенка (Постановление Европейского Суда по делу «Фретте против Франции» (*Fretté v. France*), жалоба № 36515/97, ECHR 2002-I, § 42). Но следовало констатировать, что у второго заявителя всегда была семья. В Постановлении этот ключевой момент ни разу не упомянут.

Осуществление однополыми парами усыновления вторым родителем

9. Напомнив, что настоящее дело не касалось вопроса о том, подлежало ли ходатайство заявителей об усыновлении удовлетворению, учитывая обстоятельства дела (см. параграфы 132 и 153 Постановления), большинство судей дважды уточнили, что «...стороны не просили Европейский Суд о вынесении решения по конкретному вопросу осуществления однополыми парами усыновления вторым родителем, и тем более по вопросу об осуществлении усыновления однополыми парами в целом» (см. параграфы 134 и 149 Постановления). Далее большинство судей добавили, без каких-либо уточнений, что цель, состоящая в защите семьи в тради-

ционном значении этого слова, является «довольно абстрактной», и для ее достижения может быть использовано множество разнообразных конкретных средств (см. параграф 139 Постановления). По поводу пункта 4 статьи 8 Закона «О зарегистрированном партнерстве» большинство судей отметили, что «...это положение лишь отражало позицию тех групп населения, которые возражали против идеи предоставления однополым парам возможности осуществления усыновления вторым родителем» (см. параграф 143 Постановления), не предоставив дополнительных комментариев по этой объективной реальности, актуальной, возможно, для Австрии, но также, при необходимости, и для других Договаривающихся Сторон Конвенции.

10. Наконец, мы не понимаем, почему большинство судей упрекали власти Австрии в том, что они не представили конкретных доводов, научных исследований или иных доказательств, которые подтвердили бы, что однополые пары не могли надлежащим образом воспитывать ребенка (см. параграфы 142 и 146 Постановления). Почему власти государства-ответчика должны были предоставлять подобные доказательства? Этот вопрос не поднимался в конкретных обстоятельствах настоящего дела. Он не относился к делу. Тот факт, что второй заявитель, судя по всему, получал правильное воспитание от его матери и ее партнерши, не оспаривался.

11. По нашему мнению, большинство судей, при всем к ним уважении, сказали слишком много, но всё равно недостаточно по вопросу осуществления однополыми парами усыновления вторым родителем.

II. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И МАТЕРИАЛЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Сравнительное правоведение и вопрос «консенсуса»

12. В параграфе 149 Постановления, отвечая на утверждение властей Австрии о том, что по данному вопросу отсутствует консенсус среди европейских государств, Европейский Суд отметил, что «сравнение было допустимо лишь с десятью государствами, в которых возможность усыновления вторым родителем распространяется на пары, не состоящие в браке», что «в шести из этих государств не проводятся различия между разнополыми и однополыми парами при данной форме усыновления, а в остальных четырех государствах применяется такой же подход, как в Австрии...», и подчеркнул далее, что «данная выборка столь ограничена, что на ее основе нельзя сделать каких-либо выводов о существовании возможного консенсуса среди государств – членов Совета Европы».

13. Подобный ход мысли поднимает прежде всего вопрос о методологии, касающийся «выборки» государств-членов, которые следует принимать во внимание. Следовало ли ограничиваться лишь государствами, правовая система которых могла быть почти автоматически сравнена с правовой системой государства-ответчика, или также следовало учитывать законодательство, вписывающееся в более широкий контекст настоящего дела? Если идти по первому пути, то большинство судей были правы в том, чтобы учитывать лишь законодательство десяти Договаривающихся Сторон, в которых возможность усыновления вторым родителем распространяется на пары, не состоящие в браке.

14. Но если предположить, что этот путь действительно правильный, то вывод, сделанный Европейским Судом с его помощью, по меньшей мере любопытен. Учитывая, что в шести из десяти этих государств применяется один подход, а остальных четырех – другой, очевидно, что между рассматриваемыми государствами существуют большие разногласия, то есть отсутствует какой-либо консенсус. При данных обстоятельствах искусственной представляется попытка укрываться за «ограниченностью выборки» путем заявления о том, что нельзя сделать каких-либо выводов о существовании «возможного консенсуса», чтобы уклониться от рассмотрения данного вопроса. В действительности эта несколько странная мотивировка объясняется тем, что, вероятно, использован неправильный метод.

15. Фактически применение указанного метода неизбежно ведет к игнорированию явной тенденции, согласно которой подавляющее большинство Договаривающихся Сторон в настоящее время не разрешают осуществление усыновления вторым родителем парами, не состоящими в браке, в целом и *a fortiori*¹ однополыми парами, не состоящими в браке. Заявление о том, что это не имеет значения для настоящего дела, исходит, на наш взгляд, из чрезмерно технического – и, соответственно, упрощенного – видения реалий, которые преобладают на европейском уровне. Несмотря на то, что для Европейского Суда характерно правильное техническое понимание проблем, он не должен терять из виду ключевые тенденции, явно вырисовывающиеся на нашем континенте, по крайней мере при существующих обстоятельствах. Кроме того, переходя от методологии к терминологии, должны ли мы всегда придерживаться несколько ограниченного понятия «консенсуса», который в реальности очень редко встречается? Не правильнее и не проще было бы говорить о «тенденции»? Эти замечания ведут нас к более детальному исследованию текущего состояния международного права по данному вопросу.

Международное право и тенденция «невмешательства»

16. Отсутствие «консенсуса» и разнообразие подходов при решении вопроса об осуществлении парами, не состоящими в браке, усыновления вторым родителем нашли явное отражение в пункте 2 статьи 7 Европейской конвенции об усыновлении детей, пересмотренной в 2008 году и вступившей в силу в 2011 году (далее – Конвенция 2008 года). В соответствии с этим положением «государства вправе распространять сферу действия настоящей Конвенции на однополые пары, которые состоят в браке или вместе вступили в зарегистрированное партнерство. Кроме того, они вправе распространить сферу действия настоящей Конвенции на разнополые и однополые пары, которые живут вместе в постоянных отношениях». Другими словами, указанное положение позволяет государствам свободно принимать законодательные акты в соответствии с их пониманием соответствующего вопроса.

17. Конвенция 2008 года в Постановлении рассматривается довольно двойственно. Некоторые ее статьи, включая вышеупомянутое положение, и соответствующие отрывки из пояснительного доклада к этому документу воспроизводятся в параграфах 51–53 Постановления (в разделе «Международные конвенции и материалы Совета Европы»), заставляя подумать, что речь идет о документе, который должен быть принят во внимание в соответствии со ставшей привычной практикой Европейского Суда. Действительно, мы знаем, что Европейский Суд часто ссылается на подпункт «с» пункта 3 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров, с тем чтобы применять другие международные документы, относящиеся к соответствующему делу, с целью толкования Конвенции (см. I. Ziemele, *Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?* in *The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis, D. Spielmann, M. Tsirli, P. Voyatzis, Bruylant*, 2011, pp. 741–758).

18. Однако в параграфе 150 Постановления Европейский Суд внезапно отходит от этой практики. Вначале Европейский Суд как будто желает исключить возможность применения Конвенции 2008 года, «потому что она не была ратифицирована Австрией». Этот довод вызывает удивление, если держать в уме, что в соответствии со сложившимся прецедентным правом Европейский Суд черпает идеи из ряда международных документов, независимо от факта их ратификации властями государства-ответчика, поскольку они отражают современное состояние общего международного права (см. среди многих иных прецедентов Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Чудак против Литвы» (*Cudak v. Lithuania*), жалоба № 15869/02, § 66, ECHR 2010). Чтобы оправдать

¹ *A fortiori* (лат.) – с большим основанием, с большей убедительной силой; тем более (примеч. переводчика).

данное изменение курса, Европейский Суд спешно добавил, дословно, что «можно усомниться в том, что Конвенция 2008 года отражала существующее среди европейских государств единство взглядов, учитывая то, сколь мало стран ее ратифицировали до настоящего времени». Сколь бы уместным с точки зрения международного права ни казался *prima facie*¹ этот довод, в действительности он представляет собой *petitio principii*². Действительно, единственным положением Конвенции 2008 года, которое могло быть применено в контексте настоящего дела, был пункт 2 статьи 7, процитированный выше. Однако мы хотели бы повторить, что это положение лишь заостряет внимание на *отсутствии* «среди европейских государств единства взглядов». Другими словами, составители Конвенции 2008 года при помощи этой статьи стремились выразить косвенным, но очевидным образом свои разногласия по вопросу осуществления усыновления вторым родителем парами, не состоящими в браке, и предоставить законодателю полную свободу в данной области. Вместо того чтобы принять такое положение и, соответственно, довод властей Австрии об отсутствии консенсуса, Европейский Суд предпочел подвергнуть сомнению возможность применения Конвенции 2008 года в целом.

19. Однако, попытавшись исключить возможность применения Конвенции 2008 года, большинство судей сразу же прибегли к ней для подтверждения своего главного довода в пользу нарушения статьи 14 Конвенции во взаимосвязи со статьей 4 Конвенции. Напомнив содержание пункта 2 статьи 7 Конвенции 2008 года, судьи добавили, что «из этого положения не следует, что государства свободно могут подвергать различному обращению разнополые и однополые пары, которые живут вместе в постоянных отношениях» (см. параграф 150 Постановления). Помимо того, что подобное толкование, на наш взгляд, не соответствует букве пункта 2 статьи 7, оно, судя по всему, противоречит также его духу и цели, которые были раскрыты в пояснительном докладе, процитированном в параграфе 53 Постановления. В пояснительном докладе относительно истории разработки этой нормы и хода мысли, приведшего к ее принятию, было сказано следующее:

«45. В отношении пункта 2 [статьи 7] отмечалось, что два государства, участвующие в Конвенции (Швеция в 2002 году и Соединенное Королевство в 2005 году), денонсировали Конвенцию на основании того, что зарегистрированные партнеры одного пола в соответствии с законодательством этих государств могли обратиться с совместным заявлением об усыновлении, что противоречило Конвенции. Аналогичные ситуации в других государствах также могли привести

к денонсации Конвенции 1967 года. Но также отмечалось, что с предоставлением зарегистрированным партнерам одного пола права на совместное усыновление ребенка в настоящее время не могли согласиться многие государства, участвующие в Конвенции.

46. При данных условиях пункт 2 позволяет всем желающим государствам распространить сферу действия пересмотренной Конвенции на случаи усыновления однополыми парами, как состоящими в браке, так и вступившими в зарегистрированное партнерство. В этом отношении Совет Европы нередко вводит новаторские положения, но оставляет государствам-членам свободу решения вопроса о применении этих положений...

47. Государства также обладают полной свободой при решении вопроса о распространении сферы действия Конвенции на разнополые пары или однополые пары, состоящие в постоянных отношениях и проживающие вместе. Государства должны установить критерии оценки стабильности таких отношений».

20. Следует отметить, что в процитированных отрывках прежде всего подчеркиваются различия в подходах европейских государств к решению вопросов осуществления усыновления однополыми парами; акцентируется внимание на «новаторском» характере пункта 2 статьи 7 и, наконец, отмечается тот факт, что на основании этого положения государства «также обладают *полной свободой* при решении вопроса о распространении сферы действия Конвенции на разнополые пары или однополые пары, состоящие в постоянных отношениях и проживающих вместе» (выделение курсивом добавлено). Выделенные курсивом слова явным образом означают полную свободу государств в законодательном регулировании данного вопроса. Выведение пункта 2 статьи 7 заключения о том, что Договаривающиеся Стороны желали ограничить каким-либо образом свободу законодательных органов, является, на наш взгляд, ошибочным толкованием данного положения.

21. Аналогичные замечания можно сделать относительно Рекомендации CM/Rec(2010)5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам, принятой 31 марта 2010 г., в пункте 23 которой сказано, что «когда национальное законодательство предоставляет права и обязанности парам, не состоящим в браке, государства-члены должны обеспечить, чтобы они применялись без всякой дискриминации как к однополым, так и к разнополым парам», и далее добавляется: «в том числе касательно права пережившего супруга на получение пенсии и права на владение имуществом на правах аренды». Источником вдохновения при написании последней части предложения, опущенной при цитировании в параграфе 150 Постановления, очевидно являлось Постановление Европейского Суда по делу «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*) (жалоба № 40016/98, ECHR 2003-IX, в частности §§ 34 и далее), и эта часть предложения, судя по всему, представляла собой попытку перевести

¹ *Prima facie* (лат.) – на первый взгляд, по первому впечатлению (примеч. переводчика).

² *Petitio principii* (лат.) – предвосхищение основания; логическая ошибка, заключающаяся в скрытом допущении недосказанной предпосылки для доказательства (примеч. переводчика).

пункт 23 Рекомендации в область имущественных отношений – даже наследования, – а не усыновления. Подобное толкование подтверждается тем обстоятельством, что в той же Рекомендации содержится отдельный пункт 27, посвященный усыновлению. Данное положение, не упомянутое в параграфе 150 Постановления, гласит: «Учитывая, что наивысшие интересы ребенка должны иметь первоочередное значение при принятии решений, касающихся усыновления ребенка, государства-члены, чье национальное законодательство допускает усыновление детей одинокими лицами, должны обеспечить, чтобы соответствующий закон применялся без дискриминации по признакам сексуальной ориентации или гендерной идентичности». Этот пункт перекликается с ситуацией, рассмотренной Большой Палатой Европейского Суда в упоминавшемся выше Постановлении по делу «Е.В. против Франции» (E.V. v. France) (см., в частности, § 70 и далее). Он не имеет отношения к усыновлению вторым родителем.

22. В параграфе 150 Постановления содержится последний довод, согласно которому «даже если бы в результате толкования пункта 2 статьи 7 Конвенции 2008 года были сделаны иные выводы, Европейский Суд напоминает, что ответственность государств в соответствии с Конвенцией сохраняется в отношении обязательств, возникших на основании иных международных договоров после вступления в силу Конвенции (Постановление Европейского Суда по делу «Аль-Саадун и Муфдхи против Соединенного Королевства» (Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom), жалоба № 61498/08, § 128, ECHR 2010)». Это, безусловно, верно с точки зрения международной ответственности государств. Однако пункт 2 статьи 7 Конвенции 2008 года не порождает каких-либо обязательств. Напротив, указанное положение позволяет государствам свободно принимать законодательные акты в соответствии с их пониманием соответствующего вопроса. Следовательно, цитата из Постановления по делу «Аль-Саадун и Муфдхи против Соединенного Королевства» не имеет отношения к настоящему делу. Кроме того, следует напомнить, что в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда по делу «Нада против Швейцарии» (Nada v. Switzerland), жалоба № 10593/08, § 170, ECHR 2012, последняя подтвердила подход, который был применен ею ранее и состоял в том, что когда «одновременно подлежат применению несколько документов, очевидным образом противоречащих друг другу, международная правоприменительная практика и наука международного права стремятся толковать их таким образом, чтобы согласовать последствия их применения, не допуская противопоставления этих документов. Соответственно, два противоречащих друг другу обязательства должны быть, насколько это возможно, согласованы, с тем чтобы они влекли последствия, в полной мере соот-

ветствующие действующему законодательству (см. в этом отношении упомянутое выше Постановление Европейского Суда по делу «Аль-Саадун и Муфдхи против Соединенного Королевства», § 126; [Постановление Большой Палаты] по делу «Аль-Адсани [против Соединенного Королевства] (Al-Adsani v. United Kingdom), жалоба № 35763/97], § 55, [ECHR 2001-XI]; и [Решение Большой Палаты Европейского Суда] по делу «Банкович [и другие против Бельгии и других Договаривающихся Сторон] (Banković and Others v. Belgium and Others), жалоба № 52207/99], §§ 55–57, [ECHR 2001-XII]); см. также ссылки, приведенные в главе Доклада Исследовательской группы Комиссии международного права, озаглавленной «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права»...». Данный подход, основанный скорее на согласовании, а не на противопоставлении международных договоров, представляется нам тем более предпочтительным в настоящем деле в связи с тем, что Конвенция 2008 года является документом, который был недавно принят Советом Европы.

Пределы эволютивного толкования: «современные условия жизни» или завтрашние?

23. Принимая во внимание вышеизложенное, в заключение мы хотели бы вкратце обратить внимание на так называемый эволютивный метод толкования. Действительно, известно, что после принятия Постановления по делу «Тайрер против Соединенного Королевства» Европейский Суд часто напоминает, что Конвенция является живым инструментом, который следует толковать «в свете современных условий» (Постановление Европейского Суда по делу «Тайрер против Соединенного Королевства» (Tyrer v. United Kingdom) от 25 апреля 1978 г., жалоба № 5856/72¹, § 31, Series A № 26). Другими словами, целью эволютивного толкования в соответствии с пониманием Европейского Суда является сопровождение – и даже направление – изменений (см. Х. Розакис «Особая роль страсбургского прецедентного права в развитии прав человека в Европе» (Ch. Rozakis, The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe) в «Европейский Суд по правам человека – 50 лет» (European Court of Human Rights – 50 Years), Номико Вима (Nomiko Vima), Афинская коллегия адвокатов, Афины, 2010 год, с. 20–30, в особенности с. 25 и следующие за ней), а не их предвосхищение и тем более навязывание. Никким образом не исключая возможности того, что ситуация в Европе в будущем изменится в направлении, которого явно желало большинство судей, в настоящее время, как мы увидели, этого не происходит. По этой причине мы считаем, что большинство судей вышли за обычные рамки эволютивного толкования.

¹ См.: Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 5 (примеч. редактора).