

dr. sc. Suzana Bubić, profesor emeritus
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ULOGA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PRIZNAVANJU ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA

Autorica u radu razmatra ulogu koju Evropski sud za ljudska prava ima u procesu priznavanja istospolnih zajednica u nacionalnim zakonodavstvima. Istraživanjem prakse ovog Suda utvrđuje da ona ima uticaj tek u posljednje vrijeme, kada Sud, prihvativši evoluciju mišljenja i stavova te zakonskih rješenja u nacionalnim pravima i evropskom pravu, počinje obavezivati nacionalne zakonodavce da urede registrovane zajednice i priznaju prava i dužnosti registrovanim partnerima.

Nakon uvodnih napomena o problemima s kojima se Sud susretao i reformama izvršenim u cilju poboljšanja efikasnosti Suda, autorica analizira proces evolucije stavova Suda u pogledu utvrđenja povrede pojedinih konvencijskih prava istospolno orijentisanih osoba i istospolnih parova. Iza toga slijedi razmatranje okolnosti koje Sud uvažava pri donošenju presuda u analiziranim predmetima, na osnovu kojih su izvedeni i zaključci o mogućoj, odnosno očekivanoj budućoj praksi Suda u ovoj oblasti.

Ključne riječi: pravo na brak, istospolna zajednica, istospolni brak

1. Uvodne napomene

Od vremena osnivanja pa do danas uloga Evropskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: Sud) kao zaštitnika prava normiranih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija) bitno se izmijenila. Njegov značaj je lagano i postepeno rastao do kraja 80-ih godina prošlog vijeka, od kada se broj predmeta pokrenutih i vođenih pred njim počeo naglo povećavati.¹ To

¹ Prema statističkim podacima, broj registrovanih aplikacija (registrovanih nakon prethodnog ispitivanja i dodijeljenih na odlučivanje) je u stalnom porastu: 404 u 1981. godini, 2.037 u 1993, 4.750 u 1997, 8.400 u 1999 (podaci preuzeti iz: Keller, H; Fischer, A; Kühne, D, *Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals*. The European Journal of International Law 2010, 21 (4), str. 1027, dostupno na <https://academic.oup.com/ejil/article/21/4/1025/418149/Debating-the-Future-of-the-European-Court-of-Human->, pristup 3.2.2017). U 2001. godini broj registrovanih aplikacija je porastao na 13.800, a do 2013. godine njihov stalno rastući broj se popeo na 65.800. U sljedeće dvije godine on pada – u 2014. na 56.200, a u 2015. na 40.650, dok u 2016. godini ponovo bilježi rast - 53.500 (za 32% u odnosu na 2015; Cour européenne de droit des hommes, Rapport annuel 2016 Version provisoire, Conseil de l' Europe - Cour européenne de droit de l' hommes, Strasbourg, 2017, str. 206, dostupan na http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf, pristup 3.2.2017). U 2014. godini Sud je donio 2388, u 2015. godini 2441 (Cour européenne de droit de l' hommes, Rapport annuel 2015, Greffe de Cour européenne de

je bilo posljedica ne samo češćeg kršenja ljudskih prava, već i odlučnosti subjekata da traže njihovu zaštitu pred ovim Sudom. Razlog ovog povećanja je i porast broja država članica Vijeća Evrope, odnosno populacije unutar Vijeća Evrope i činjenice da se protiv Rusije i Turske, najmnogoljudnijih članica, pokretao veliki broj predmeta.² Broj pendentnih predstavlki se također povećavao do 2011, ali se do kraja 2015. godine znatno smanjio (sa 150.000 na 64.000), zahvaljujući reformi izvršenoj Protokolom br.14³ Veliki broj predmeta doveo je do zagušenja Suda, odnosno do ugrožavanja efikasnosti konvencijskog sistema zaštite i „nemogućnosti da ispuni svoju centralnu misiju pružanja pravne zaštite ljudskih prava na evropskom nivou.“⁴ Efikasnost zaštite koju Sud pruža ugrožena je dugim trajanjem postupaka, čije skraćivanje se nije uspjelo postići ni izvršenom reformom. Kao primjer za to može se navesti predmet iz novije prakse - Chapin & Charpentier p. Francuske, u kojem je presuda donesena devet godina nakon podnošenja predstavlke.⁵

Porast broja predmeta o kojima je odlučivao imao je za posljedicu i pad kvaliteta presuda Suda, odnosno njihovih obrazloženja. U vrijeme kada Sudu nije podnošen veliki broj predstavlki, njegove presude su, sasvim razumljivo, bile kvalitetne i obrazložene na način koji se od njega i očekivao. Naprotiv, suočenom s problemom ogromnog broja predmeta, postalo mu je teže donositi „principijelne odluke u velikim slučajevima“, osigurati „dosljednost sudske prakse, kvalitet motiva, kredibilitet presuda“ i izbjeći mogućnost da pogriješi i odstupi od načina koje primjenjuje u praksi.⁶

Dalja reforma, usmjerena na poboljšanje efikasnosti i legitimiteta Suda, izvršena je Protokolom broj 16.⁷ Radi jačanja odnosa između nacionalnih organa i Suda i osnaženja primjene Konvencije, u skladu s principom supsidijarnosti (tačka 3. Preambule), nadležnost Suda je proširena uvođenjem mehanizma koji omogućava određenim domaćim sudovima (vrhovnim i tribunalima) da od Suda traže

droit de l' homme, Strasbourg, 2016, str. 195,

http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_FRA.pdf, pristup 3.2.2017), a u 2016. godini 1926 presuda (manje za 21% u odnosu na 2015; Rapport annuel 2016). U 2016. godini porastao je i broj pendentnih predmeta na 79.750 (23% u odnosu na 2015; Rapport annuel 2016, str. 201).

2 U periodu od 2005 – 2008. godine više od polovine predmeta vodilo se protiv pet država, dok je oko 60% pendentnih predmeta u toku 2009. godini također vođeno protiv pet država: protiv Rusije 28,1%, Turske 11%, Ukrajine 8,4%, Rumunije 8,2% i Italije 6%) (*supra note 1*).

3 Protokolom broj 14 uz Konvenciju o izmjeni nadzornog sistema Konvencije uvedena je mogućnost da Sud zasjeda kao sudija pojedinac, s ovlaštenjem da zahtjev proglasi nedopuštenim ili ga briše sa sudske liste slučajeva, onda kada takvu odluku može donijeti bez daljeg razmatranja (član 27 Konvencije). te su priznata nova ovlaštenja vijeću od trojice sudija (član 28) (dostupan na: <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=4301>, pristup 19. 1. 2017)

4 Keller, H; Fischer, A, Kühne, D, *ibidem* p. 1025.-

5 Affaire Chapin et Charpentier c. France, Requête no 40183/07, Arrêt Strasbourg, 9 juin 2016, Définitif 09/09/2016, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{"itemid":\["001-163436"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{), pristup 1.3.17.

6 Costa, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme*, izlaganje na: Conférence à l'Académie des Sciences Morales et Politiques Paris, Institut de France, 25 janvier 2016, dostupno na: http://www.asmp.fr/travaux/communications/2016_01_25_Costa.htm, pristup 7.7.2016.

7 Protocol No 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg 2. 10. 2013, dostupan na: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf, pristup 19. 1. 2017.

savjetodavna mišljenja. Ova mišljenja se mogu tražiti samo o načelnim pitanjima koja se tiču tumačenja ili primjene prava i sloboda definisanih Konvencijom i njenim protokolima (stav 1. člana 1. Protokola), a u kontekstu predmeta koji se vodi pred Sudom, uz navođenje razloga traženja i dostavljanje relevantne pravne i činjenične osnove predmeta (stavovi 2. i 3. člana 1).

Jačanju autoriteta i utjecaja Suda doprinosi njegovo tumačenje odredaba Konvencije⁸ Metode koje Sud primjenjuje su evolutivna i teleološka metoda.⁹

¹⁰ Njihovom primjenom se odredbama Konvencije koje su u vrijeme kada su donesene imale jedno značenje daje sasvim drugačiji, novi smisao koji je u skladu s novim shvatanjima, uslovima i potrebama života. Polazeći od toga da odredbe Konvencije nisu statične već su odraz društvenih promjena, Sud zauzima stav da se pri njihovom tumačenju mora uzeti u obzir savremena stvarnost i stavovi, a ne situacija koja je prevladavala u vrijeme donošenja Konvencije, tako da ono što je tada bilo prihvatljivo, nije nužno prihvatljivo i nakon proteka dužeg vremenskog perioda.¹¹ U nizu presuda, počevši od presude u predmetu Tyrer p. UK (1978)¹², Sud je isticao da se Konvencija, kao živ instrument, «mora čitati u svjetlu uslova današnjeg života».¹³ Ovome je u presudi u predmetu Marckx p. Belgije (1979) dodao da Sud „ne može da ne uzme u obzir činjenicu da je nacionalno pravo u većini država članica Vijeća Evrope evoluiralo i da se nastavlja razvijati zajedno sa svim relevantnim međunarodnim instrumentima.”¹⁴

Ovo tumačenje Konvencije u svjetlu drugih međunarodnih instrumenata izričito je normirano Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora (članovi 31. i 33), na koju se Sud pozvao u više presuda. U njima je ponavljao da po opšem pravilu tumačenja sadržanom u članu 31. ove Konvencije „postupak otkrivanja i utvrđivanja pravog značenja termina iz ugovora je cjelina, jedna povezana aktivnost”. U ovoj odredbi su navedeni elementi koji se koriste pri tumačenju i njihov redosljed,

8 Prema članu 32. stav 1. Sud je nadležan za sva pitanja koja se tiču tumačenja i primjene Konvencije i protokola uz nju, bilo da se radi o međudržavnim sporovima ili pojedinačnim predstavkama, izvršenju presuda ili o savjetodavnim mišljenjima.

9 O primjeni teleološke metode i shvatanju pravila Konvencije u funkciji ciljeva kojima teži Vijeće Evrope, vidjeti: Grataloup, S, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris 1998, str. 24.

10 Pored ovih navodi se i metoda *pro victima* (Costa, Jean-Paul, supra note 6).

11 U tom smislu P. van Dijk; J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Hague 1998, str. 77-78; Bubić S, *Istospolni brak u pozitivnom pravu i perspektive*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu (Drugo međunarodno savjetovanje "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse – Neum, 2005), Mostar 2005.

12 Case of Tyrer v. the United Kingdom, Application no. 5856/72, Judgment Strasbourg 25 April 1978, § 31, dostupno na <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1978/2.html>, 22. 1. 2017.

13 Intervenijenti u predmetu Schalk i Kopf p. Austrije su naveli da Sud ovaj pristup koristi za razvoj prakse samo kada utvrdi usklađenost standarda između država članica (§ 46, *infra* note 39)

14 Case of Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, Judgment Strasbourg, 13 June 1979, § 41, dostupno na:

pri čemu je kao prvi određen „otkrivanje uobičajenog značenja termina iz ugovora – u njegovom kontekstu i u svjetlu njegovog predmeta i cilja“.¹⁵

Ovakvo tumačenje Konvencije i presude koje Sud donosi polazeći od utvrđenog značenja relevantnih pojmova, odnosno vezanost država članica ovim presudama, imaju za posljedicu smanjenje suvereniteta država. Presude Suda su obavezujuće; država mora, postupajući po njima, izmijeniti zakonski propis koji vrijedi pravo iz Konvencije i unaprijediti postojeće stanje kada državni organ učini povredu. Smanjenju suvereniteta doprinosi i direktna primjena međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, za što se kao ilustracija može navesti Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima, a upravo vezano za pravo na brak. Prema članu 9. Povelje nacionalna prava imaju glavnu ulogu i slobodu u normiranju ovog prava, u skladu s odgovarajućim društvenim i kulturnim konceptima. Međutim, ona ipak ne mogu potpuno samostalno uređivati ostvarivanje ovog prava, što je posljedica njegovog uključanja u centralne instrumente o ljudskim pravima kojim se, nezavisno od domaćih propisa, garantuje određeni minimum standarda ljudskih prava.¹⁶¹⁷

Primjena evolutivne metode tumačenja može se pratiti u predmetima koji se tiču kako osoba istospolne orijentacije, tako i istospolnih partnera, odnosno onih koji se tiču istospolne zajednice i istospolnog braka. U prvoj grupi predmeta Sud je priznao pravo na poštovanje privatnog života i na zaštitu od diskriminacije puno prije nego u drugoj grupi.

2. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u predmetima koji se tiču istospolno orijentisanih osoba i istospolnih zajednica

U najranijoj praksi homoseksualno orijentisane osobe su se obraćale Sudu predstavkama u kojima su tvrdile da je pojedinim zakonskim rješenjima sadržanim u nacionalnom pravnom sistemu ili postupanjem nadležnih organa u praksi povrijeđeno njihovo pravo na poštovanje privatnog života. Stoga su se i presude Suda kojim je utvrđivana povreda privatnog, a kasnije i porodičnog života, odnosile samo na istospolno orijentisane pojedince, a tek kasnije na istospolne partnere.

15 Case of Witold Litwa v. Poland, Application no. 26629/95 Judgment 4 April 2000, §§58 – 59, dostupno na:

http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-58537%26filename%3D001-58537.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwj_nuu4-afOAhXGuhQKHcDzCf4QFggXMAE&usg=AFQjCNGlV7wpmUWwDUjB1ym6GGjQuRTjcg, pristup 22. 1. 2017.

16 The Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the Union, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, june 2006, str. 99, dostupno na: <http://crdho.uclouvain.be/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf>, pristup 22. 1. 2017.

17 U komentaru Povelje navedeno je da član 9. ne zahtijeva izričito „da domaća prava treba da olakšaju brakove [osoba istog spola]. Međunarodni sudovi i komiteti su do sada oklijevali proširiti primjenu prava na brak na istospolne parove...“ (ibidem, str. 103)

Tako je Sud povredu prava na poštovanje privatnog života¹⁸ utvrdio, naprimjer, u slučaju zakonskog normiranja mogućnosti krivičnog gonjenja i kažnjavanja homoseksualnog ponašanja, odnosno zabrane homoseksualne aktivnosti.¹⁹ Polazište mu je bilo to da domaći sudovi ne mogu uvažavati činjenicu da su u „maloj manjini“ evropske zemlje koje koriste blanketnu zakonsku zabranu prema homoseksualcima u svojim oružanim snagama. Tu činjenicu ni sam Sud ne može previdjeti, iako su tek „relativno nedavno“ rasprostranjeni i dosljedno se razvijaju stavovi i s njima povezane pravne promjene u državama ugovornicama vezane za ovo pitanje.²⁰

Zaštita istospolno orijentisanih osoba kao pojedinaca je pretpostavka za zaštitu istospolnih zajednica primjenom Konvencije. Upravo su ovim redoslijedom evoluirali i stavovi Komisije²¹ i Suda u pružanju zaštite koju su ove osobe zahtijevale. Tako je Sud utvrdio i zabranio njihovu diskriminaciju u oblasti ostvarivanja roditeljskog staranja (Salgueiro da Silva Mouta p. Portugala, 1999²²) i usvojenja

18 Pojam „privatni život“ nije definisan ni u članu 8. Konvencije, a nije određen ni u praksi Suda. U presudi u predmetu Niemietz p. Njemačke Sud je naveo da „ne smatra mogućim ili potrebnim pokušati iscrpno definisati pojam ‘privatni život’. Međutim, bilo bi previše restriktivno ograničiti pojam na ‘unutrašnji krug’ u kojem pojedinac može živjeti svoj vlastiti lični život kako odabere i da iz toga potpuno isključi vanjski svijet neobuhvaćen tim krugom. Poštovanje privatnog života mora također sadržati u određenoj mjeri pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa s drugim ljudima“ (§ 29). Tumačenje cilja člana 8. kao zaštite pojedinaca od arbitrnog miješanja javnih vlasti „ne bi nepotrebno ometalo države ugovornice, jer bi zadržale svoje pravo na ‘miješanje’ u mjeri u kojoj to dozvoljava stav 2. člana 8“ (§ 31). (Case of Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Judgment, Strasbourg, 16 December 1992, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1992/80.html>, pristup 4. 3. 2017)

Isti stav o nepodložnosti iscrpnom definisanju ovog širokog pojma je ponovljen i u presudi u predmetu Bensaid v. UK. Kao važne elemente lične oblasti zaštićene članom 8. utvrdio je rodnu identifikaciju, ime, spolnu orijentaciju i spolni život. (Case of Bensaid v. The United Kingdom, Application no. 44599/98, Judgment Strasbourg, 6 February 2001, Final, 06/05/2001, § 47, <http://www.refworld.org/pdfid/3deb8a1e4.pdf>, pristup 14. 3. 2017)

19 Dudgeon v. the United Kingdom, Application no. 7525/76, Judgment, Strasbourg 22 October 1981, § 41 (dostupno na: <http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>, pristup 4. 3. 2017); Norris p. Irske, Application no. 10581/83, Judgment, Strasbourg 26 October 1988, § 47 (dostupno na: <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1988/22.html>, pristup 4. 3. 2017); Modinos v. Cyprus, Application 15070/1989, Judgment, Strasbourg 22 April 1993, § 24 (dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695711"\],"itemid":\["001-57834"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 4. 3. 2017)

Ni u jednom od ovih predmeta Sud nije utvrđivao i diskriminaciju podnositelja po osnovu spolne orijentacije. Samo u prvom predmetu je kratko obrazložio zašto nije smatrao potrebnim ispitivati ovaj predmet u kontekstu člana 14. Konvencije. Naveo je da „nije svrsishodno da se zakonska svrha koristi u određenju da li je on dodatno trpio diskriminaciju u poređenju s drugim osobama izloženim manjoj diskriminaciji. Ne može se reći da jasna nejednakost u tretmanu ostaje osnovni aspekt predmeta.“ (§§ 69. i 70).

20 Case of *Smith and Grady* v. UK, Applications nos 33985 and 33896, Judgment Strasbourg 27 September 1999, Final 27. 12. 1999, § 104, dostupno na: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-smith-and-grady-v-united-kingdom-applications-nos-3398596-3398696>, pristup 1. 3. 2017.

Stav o nemogućnosti zanemarivanja promjena koje su se desile u nacionalnim pravima država članica Sud je zauzimao i u ranijim predmetima, naprimjer u Dudgeon v. UK, § 60, supra note 18.

21 Evropska komisija za ljudska prava je, pored Suda, obavljala sudske funkcije do stupanja na snagu Protokola 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji ju je ukinuo. Međutim, radi okončanja pendentnih postupaka, nastavila je s radom do 31. 10. 1999. godine.

22 Application 33290/96, Decision 21.12.1999, <http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2. 7. 2002.

(E. B. p. Francuske, 2008²³). Na proces zakonskog priznanja istospolnih zajednica i brakova praksa Suda sve do nedavno nije imala uticaj, već je ovaj proces započeo u nacionalnim zakonodavstvima, kao rezultat zahtjeva različitih organizacija. Uloga Suda dolazi do izražaja tek u posljednje vrijeme, kada Sud, prihvativši evoluciju mišljenja i stavova, zakonskih rješenja u nacionalnim pravima i u evropskom pravu, počinje obavezivati nacionalne zakonodavce da urede registrovane zajednice i priznaju prava i dužnosti registrovanim partnerima. Sud je dugo znatno zaostajao kako za nacionalnim, tako i evropskim zakonodavcem. U vrijeme kada su nacionalni zakonodavci već legalizovali istospolne zajednice, bilo da se radi o registrovanim partnerstvima bilo o brakovima, on je još uvijek ustrajavao na odbijanju intervencije u nacionalno pravo i praksu vezane za ove zajednice. Ishodište ovakvog stava Suda nije ni evropsko zakonodavstvo, s obzirom da je više dokumenata Vijeća Evrope, kao i Evropske unije, upućivalo na priznavanje šireg ili užeg kruga prava partnerima iz registrovane zajednice, a neobavezujući dokumenti od država zahtijevali čak i priznavanje ovih zajednica i njihovo izjednačenje s brakom (Rezolucija o jednakim pravima homoseksualaca i lezbijki u EZ /1994/, Rezolucija o poštovanju ljudskih prava u EU /2000.g./, Rezolucija o situaciji vezanoj za osnovna prava u EU /2003/, Direktiva o ponovnom spajanju porodice /2003/, Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća EU o pravu na slobodno kretanje i zadržavanje /2004/).²⁴

Što se tiče prakse nacionalnih sudova, vrhovni sudovi evropskih država su, prije legalizovanja istospolnih zajednica odnosno brakova u nacionalnom pravu, zauzimali stavove da njihovi ustavi ne zabranjuju isključenje istospolnih parova iz zakonskog braka.²⁵ Međutim, jedan broj ustavnih sudova, odnosno jedan broj sudija pri donošenju odluka odstupa od ovakvog tumačenja.²⁶

Kao primjer ovakvog postupanja može se navesti odluka Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine. Postupajući po zahtjevu za utvrđenje neustavnosti odredbe člana 22. Zakona o registraciji istospolne partnerske zajednice (dalje: ZRIPZ) kao diskriminirajuće u pogledu nasljednog prava partnera, ovaj sud je pošao od stava da se o diskriminaciji radi kada država na osnovu ličnih okolnosti različito tretira pojedince u istim situacijama. U skladu s tim imao je zadatak uporediti položaj podnositelja predstavke s položajem bračnog partnera. Pošto je utvrdio da je registrovana partnerska zajednica odnos u suštini sličan braku ili vanbračnoj zajednici, čije je bitno obilježje stabilna veza dvije bliske osobe koje se međusobno pomažu i podržavaju (t.12), zaključio je da je uređenje nasljeđivanja po ZRIPZ u suprotnosti sa stavom 1.

23 Application no.43546/02, Judgment 22. januar 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["43546/02"\],"itemid":\["001-84571"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup: 13. 4. 2014.

24 O ovim dokumentima v.: Bubić, S, *supra* note 11.

25 Wintemute, R, *Written Comments of FIDH, ICJ, AIRE CENTRE & ILGA-EUROPE Submitted on* 27 October 2009, dostupno na: https://www.fidh.org/IMG/pdf/chaplin_charpentier_v_france_fidh_writtencomments_oct2009.pdf, pristup 6. 3. 2017.

26 Tako je Savezni njemački ustavni sud odlučio da se registrovanim partnerima istog i različitog spola moraju priznati iste porodične penzije (Odluka od 7. 7. 2009, *ibidem*).

Pri donošenju odluke od 9. 7. 2009. godine dvojica od petorice sudija Ustavnog suda u Portugalu izrazila su neslaganje s odlukom većine da se, i pored izričite zabrane diskriminacije po osnovu spolne orijentacije, podrži isključenje istospolnih parova iz zakonskog braka (*ibidem*).

člana 14. Ustava (t. 16). »Razlikovanje je zasnovano na spolnoj orijentaciji koja je, mada izričito nije navedena, nesumnjivo jedna od ličnih okolnosti iz stava 1. člana 14. Ustava«, odnosno jedan od zabranjenih osnova diskriminacije (t. 13). Pošto za razlikovanje u uređenju nasljednog prava istospolnih partnera, u odnosu na bračne partnere, nema ustavno dopuštenog razloga, zaključio je da „Zakon o registraciji istospolne partnerske zajednice je u suprotnosti s Ustavom«.²⁷

U dva predmeta Okružni sud u Ljubljani je priznao stranu sudsku odluku (odluke suda u SAD) kojom je roditeljsko pravo priznato istospolnom paru: u jednom predmetu se radilo o odluci o usvojenju, a u drugom odluka o „prirodnom, zajedničkom, punopravnom pravnom staranju“ o djevojčici rođenoj pomoću surogat materinstva. Ni u jednom od njih Okružni sud nije ispitivao da li je ovaj način zasnivanja roditeljskog staranja moguć prema slovenskom pravu, već da li bi posljedice priznanja takve odluke bile u suprotnosti s javnim poretom. Po utvrđenju da ne bi bile takve, odluke su priznate, a prvu je potvrdio i Vrhovni sud Slovenije.²⁸

2. 1. Evolucija stavova Suda (i Komisije)

2. 1. 1. Priznanje prava na poštovanje privatnog života

U najranijim odlukama donesenim po predstavkama istospolnih partnera iz stabilne zajednice, Komisija je zauzela stav da „uprkos modernoj evoluciji stavova prema homoseksualnosti, odnos podnositelja predstavke, osim izuzetno, ne spada u okvir prava na poštovanje porodičnog života osiguranog u članu 8. EKLJP“, već „da je odnos podnositelja stvar njihovog privatnog života.“ (X. i Y p. UK, 1983; predmet se tiče deportacija jednog od partnera)²⁹ U predmetu Simpson p. UK (1986) predstavku istospolne partnerice, kojoj je odlukama nadležnih nacionalnih sudova uskraćeno pravo da naslijedi zakup kuće nakon smrti partnerice, Komisija je razmatrala u kontekstu prava na poštovanje privatnog života, prava na poštovanje doma i posjeda te diskriminacije po osnovu spolne orijentacije.³⁰ U predmetu Kerkhoven i Hinke p. Holandije (1992)³¹ smatrala je da zakonska nemogućnost istospolne partnerice da stekne roditeljsku vlast nad djetetom svoje partnerice, začetim vještačkom oplodnjom, ne podrazumijeva ograničenje uživanja privatnog života podnositeljica predstavke. Stoga je utvrdila da u ovom slučaju nije bilo miješanja u pravo na poštovanje privatnog života. Naglasila je da istospolni par, što se tiče roditeljske vlasti nad djetetom, nije izjednačen sa ženom i muškarcem koji

27 Blažič i Kern, U-I-425/0610, Odluka od 2. 7. 2009, <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28771?q=U-I-425%2F06-10U-I-425/06>, pristup 6. 3. 2017.

28 Kogovšek, N, *Iskanje pravnih razlogov za priznanje enakih pravic istospolnim partnerjem in njihovim družinam*, Socialno delo, 49(2010), 5-6, str. 328, dostupno na: <http://www.dlib.si/stream/URN:NBN:SI:doc-Z1E9XJ5Y/6f254efc-df5e-42f6-9136-71669bcf13fa/PDF>, pristup 6. 3. 2017.

29 X. and Y. v. the United Kingdom, Application 9369/81, Decision 03/05/1983, str.220, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["803882"\],"itemid":\["001-74043"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 28. 2. 2017.

30 Simpson v. United Kingdom, Application 11716/85, Judgment Strasbourg 14.may 1986, <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4545030>, pristup 8. 3. 2017. Komisija nije utvrdila povredu ni člana 8. ni člana 14. Konvencije, pa je zahtjev proglasila nedopustivim.

31 Application No. 15666/89, 19.5.1992, <http://echr.ketse.com/doc/15666.89-en-19920519/view/>

žive zajedno, pa je utvrdila da nije učinjena ni povreda člana 14, pa je predstavku proglasila nedopustivom.

Od stavova zauzetih u odlukama u razmatrana dva starija predmeta (X. i Y. te Simpson) Sud je pošao i u predmetu Mata Estevez p. Španije (2001), pa nije utvrdio ni povredu prava na poštovanje porodičnog ni privatnog života. „U skladu s ustanovljenom praksom konvencijskih institucija (u maju 2001) dugotrajni homoseksualni odnosi između dva muškarca ne spadaju u okvir prava na poštovanje porodičnog života.“ I pored toga što je priznao da „se emocionalni i spolni odnos podnositelja predstavke tiče njegovog privatnog života“, odbijanje da se podnosiocu dosudi porodična penzija nakon smrti partnera nije utvrdio kao povredu prava na poštovanje privatnog života. Uz to, naveo je, s obzirom na to da Konvencija ne garantuje pravo na penziju, da je miješanje u privatni život bilo opravdano i da je razlika u tretmanu imala zakonit cilj - zaštitu porodice zasnovane na braku te da ona spada u slobodnu procjenu države. Stoga je predstavku proglasio nedopustivom.³²

2. 1. 2. Priznanje prava na poštovanje doma

U situaciji vrlo sličnoj onoj u predmetu Simpson, Sud je 17 godina kasnije, u predmetu Karner p. Austrije (2003),³³ odlučio sasvim drugačije. Spremniji nego u starijoj praksi prihvatiti ideju o potrebi zaštite istospolnih zajednica, pružio je zaštitu istospolnom partneru kojem su austrijski nadležni organi negirali pravo da naslijedi zakup stana nakon smrti partnera – zakupca s kojim je u stanu živio pet godina te pravo da ostane živjeti u njemu. Sud ni u ovom predmetu nije utvrdio da je ovakvim postupanjem povrijeđeno podnositeljevo pravo na poštovanje porodičnog života, već mu je zaštitu pružio u kontekstu prava na dom. Naveo je da mora razmotriti da li predmet spada u domen člana 8, naglašavajući da ne treba utvrđivati pojmove „privatni život“ ili „porodični život“, s obzirom da se prigovor podnositelja odnosi samo na način na koji je navodna razlika u tretmanu negativno uticala na uživanje njegovog prava na poštovanje doma (§§ 32 -33).

Što se tiče diskriminacije, Sud je i u ovom predmetu ponovio da član 14. dopunjava druge materijalne odredbe Konvencije i njenih protokola i da ima dejstvo samo u odnosu na „prava i slobode“ zagarantovane drugim odredbama (§ 31).

Nakon ispitivanja da li u konkretnom slučaju postoji opravdanje za ograničavanje prava na poštovanje porodičnog doma, prihvatio je stav, suprotan onom zauzetom u predmetu Simpson, da „zaštita porodice u tradicionalnom smislu je, u principu, značajan i legitiman razlog koji može opravdati razliku u tretmanu“ (§ 40). Što se tiče principa proporcionalnosti, stav Suda je da on, onda kada država

32 Mata Estevez c. Spain, 56501/00, Decision 10/05/2001, dostupno na:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["56501/00"\],"itemid":\["001-22334"\]},](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) pristup 17. 3. 2107.

33 Karner v. Austria, Application no. 40016/98, Judgment Strasbourg, 24 July 2003, [Final](#) 24/10/2003, dostupno na:

https://www.google.ba/search?q=karner+v.+austria&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=FF7AWJ7lFcWlsAH70KXwAg, pristup 1. 3. 2017.

Podnositelj predstavke je prigovorio da je bio žrtva diskriminacije po osnovu spolne orijentacije koju je učinio Vrhovni sud Austrije odlukom kojom mu je osporio status „životnog partnera“ u smislu Zakona o zakupu, sprečavajući ga time da naslijedi zakup umrlog partnera (§ 29).

ima usku slobodnu procjenu, kakva je u slučaju razlike u tretmanu po osnovu spola ili spolne orijentacije, „ne zahtijeva samo da odabrana mjera u principu odgovara ostvarivanju postavljenog cilja“, već da se mora i dokazati da je bila „nužna radi postizanja ovog cilja da se neke kategorije ljudi – u ovom slučaju osobe koje žive u homoseksualnom odnosu – isključe iz oblasti primjene člana 14. Zakona o zakupu.“ (§ 41). Utvrdio je da Vlada nije ponudila uvjerljiv i važan razlog koji može opravdati razliku u tretmanu, odnosno usko tumačenje relevantnih zakonskih odredaba (§ 42) i zaključio da je učinjena povreda člana 14. Konvencije u vezi s članom 8 (§ 43).

Zarazliku od predmeta Simpson, Sud je, znači, utvrdio postojanje diskriminacije između partnera različitog i istog spola, što ovu presudu i čini značajnom. Iako spolna orijentacija nije izričito navedena ni u Konvenciji ni u Protokolu br.12 Konvencije kao osnov diskriminacije, zaštita istospolnim partnerima se može pružiti, i Sud je pruža, po osnovu „svake druge okolnosti“, navedene uz ostale zabranjene osnove diskriminacije. Nakon priznanja istospolnim partnerima prava na poštovanje doma, moglo se očekivati i priznanje prava na poštovanje porodičnog života.³⁴

Po nekim autorima³⁵ to je učinjeno presudom u predmetu Emonet p. Švajcarske (2007)³⁶, u kojoj je Sud naveo da „pojam porodica, u smislu člana 8, nije ograničen samo na odnos zasnovan na braku, već može obuhvatiti i druge *de facto* ‘porodične veze’ u kojim partneri žive zajedno a da nisu u braku“ (§ 34). Na tome što u presudi ni na jednom mjestu nije pomenut spol partnera³⁷ zasnovan je stav da „ništa (...) ne sugerije da ‘partneri’ ili ‘par’ ne mogu biti istog spola“. Drugačijim tumačenjem pojma „porodični život“ – isključenjem istospolnih parova koji nisu u braku, „činila bi se diskriminacija na osnovu spolne orijentacije, suprotno principu prihvaćenom u predmetu Karner“ (§ 36). Međutim, ovaj stav se ne čini prihvatljivim ako se uzme u obzir da je među faktorima relevantnim za ocjenu postojanja porodičnog života Sud naveo, pored zajedničkog života i dužine odnosa partnera, međusobnu privrženost pokazanu naprimjer time što imaju zajedničku djecu (mada postojanje zajedničke djece nije osnovni faktor). Navođenje postojanje zajedničke djece upućuje prije na zaključak da Sud ipak ima u vidu partnere različitog spola.

2. 1. 3. Priznanje prava na poštovanje porodičnog života

Pravo istospolnih parova na poštovanje porodičnog života Sud počinje priznavati u presudama donesenim nakon 2010. godine, u postupcima vođenim protiv država zbog nepriznavanja istospolne zajednice. Od tada Sud istospolnim parovima zaštitu pruža u kontekstu ovog prava. Prvu presudu u kojoj je priznao da odnos

34 U pravnoj literaturi se još odranije naglašavala evolucija stavova Suda. Tako se u kontekstu uticaja na engleske sudove isticalo da je, zbog evolutivne prirode Konvencije, samo pitanje vremena kada će Sud zauzeti stav da diskriminacija države prema istospolnim parovima znači povredu Konvencije. Karsten, I, *Atypical Families and the Human Rights Act: The rights of Unmarried Fathers, Same sex Couples and Transsexuals*, European Human Rights, 1999/2, str. 204)

35 Wintemute, R, *supra note 25*.

36 Emonet and Others v. Switzerland, Application no. 39051/03, Judgment Strasbourg 13.12. 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{?appno%3D%5B%5C%2239051%2F03%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%5C%22001-83992%22%5D%5D}>, pristup 17. 3. 2017.

37 Podnositelji zahtjeva su vanbračni partneri različitog spola i dijete partnerice koje je usvojio njen partner

istospolnog para spada u pojam i privatnog i porodičnog života donio je u predmetu Schalk i Kopf p. Austrije (2010).³⁸ Imajući u vidu evoluciju društvenih stavova prema istospolnim parovima u državama članicama i zakonodavstva EU, Sud je naveo da je neprirodno zadržati stav da istopolni par ne može uživati "porodični život" u smislu člana 8. isto kao i par kojeg čine osobe različitog spola te zaključio da odnos podnositelja - istospolnog para koji živi zajedno u stabilnom *de facto* partnerstvu, spada u pojam "porodičnog života", baš kao i odnos para osoba različitog spola u istoj situaciji (§§ 93 - 94). Isti stav je ponovio u presudi u predmetu Vallianatos i drugi p. Grčke (2013),³⁹ s tim što je ovdje priznao postojanje porodičnog života iako istopolni partneri zbog profesionalnih i društvenih razloga ne žive zajedno: činjenica nekohabitacije njihov odnos ne lišava stabilnosti i ne sprečava da se on uključi u okvir porodičnog života u smislu člana 8 (§ 73).

2. 1. 4. Utvrđenje povrede člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije

Povredu člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije Sud je utvrdio u više presuda. Jedna od njih je presuda u predmetu Kozak p. Poljske (2010)⁴⁰, donesena po predstavi skoro identičnoj onoj u predmetu Karner. Pored utvrđenja diskriminacije učinjene u vezi s poštovanjem privatnog i porodičnog života, pozvao se i na postojanje veze između činjenica konkretnog predmeta i prava na poštovanje doma (§ 84).

Istu povredu utvrdio je i u presudi u predmetu P. B. i J. S. p. Austrije (2010),⁴¹ navodeći kao nesporno da je odnos istospolnog para obuhvaćen pojmom privatnog života, a imajući u vidu evoluciju stavova prema istospolnim parovima u stabilnom *de facto* odnosu naveo je i da je on uključen u pojam porodičnog života (§ 30). Ponovio je da države imaju usku slobodnu procjenu kada je razlika u tretmanu zasnovana na spolnoj orijentaciji i da takva razlika mora biti nužna radi postizanja opravdanog cilja. Pošto se nije pokazalo da je bilo neophodno radi postizanja cilja isključiti osobe koje žive u homoseksualnom odnosu iz kruga primjene specifičnih zakonskih odredaba, utvrdio je da je u razmatranom periodu učinjena povreda člana 14. u vezi s članom 8 (§42).

Ova povreda je utvrđena i u novijim presudama donesenim po predstavkama podnositelja zbog nepriznavanja prava na brak, odnosno zajednice života (Schalk i

38 Case of Schalk and Kopf v. Austria, (Application no. 30141/04, Judgment Strasbourg 24 June 2010 Final 22/11/2010, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605#{)), pristup 30. 7. 2016.

39 Applications nos. 29381/09 and 32684/09, Judgment 7 November 2013, http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-128294%26filename%3D001-128294.pdf%26TID%3Duynnlohkyr&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwj0-8GV46DOAhXDPxQKHWMzDa8QEggSMAA&usq=AFQjCNFLb3Hq4nqt_8XsYGK0IDI230yj2A, pristup 1. 8. 2016.

40 Case of Kozak v. Poland, Application no. 13102/02, Judgment, Strasbourg, 2 March 2010, Final 02/06/2010, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["863720"\],"itemid":\["001-97597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 18. 3. 2017.

41 P. B. and J. S. v. Austria, Application no. 18984/02, Judgment, Strasbourg, 22. July 2010, dostupno na: http://www.hosiwien.at/img/pdf/CASE_OF_PB_AND_JS_v_AUSTRIA.pdf, pristup 29. 7. 2016.

Kopf, 2010; Vallianatos i drugi, 2013; Hämäläinen p. Finske, 2014⁴²; Oliari i drugi p. Italije 2015⁴³; Chapin i Charpentier, 2016).

U presudama u kojim je utvrđivana ova povreda Sud je u središte pažnje stavljao uporedivost, odnosno neuporedivost istospolnog para sa parom osoba različitog spola koji nisu u braku. Zasnivanje presude na ovoj (ne)uporedivosti naročito je izraženo u predmetima koji se tiču nedozvoljavanja usvojenja djeteta istospolne partnerice, odnosno sticanja roditeljskog staranja: povredu je utvrđivao onda kada su istospolni partneri tretirani drugačije od partnera različitog spola (*Gas i Dubois* p. Francuske, 2012⁴⁴/neutvrđena povreda/; X i drugi p. Austrije, 2013⁴⁵/u utvrđena povreda/).⁴⁶

Vezano za ovu povredu, Sud je ponavljao u skoro svim presudama da “je različito postupanje prema osobama istog spola diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, odnosno ako ne teži zakonitom cilju ili ako nema razumnog odnosa srazmjernosti između korištenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.”

2. 2. Stavovi suda u presudama donesenim u razmatranim predmetima

Iz presuda donesenih u razmatranim predmetima mogu se izdvojiti stavovi Suda zauzimani o pojedinim relevantnim pitanjima, ponavljani u najvećem broju presuda. Iz njih se može vidjeti čime se Sud rukovodio pri njihovom donošenju i kakve presude se mogu očekivati u budućoj praksi.

2. 2. 1. Nametanje državama pozitivne obaveze

U kontekstu opštih načela, Sud je u presudi u predmetu Oliari naveo da član 8. Konvencije, iako je njegov osnovni cilj zaštita pojedinaca od proizvoljnog miješanja javnih vlasti, može nametnuti državama određene pozitivne obaveze radi osiguranja

42 Case of Hämäläinen v. Finland, Application no. 37359/09, Judgment Strasbourg, 16 July 2014, dostupno na: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/787.html>, pristup 18. 3. 2017.

43 *Oliari and Others v. Italy*, Application no. 18766/11 and 36030/11, Judgment 21 July 2015 Final 21/10/2015, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMIwICr1bn2xgIVI75yCh186Qh-#{"itemid":\["001-156265"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMIwICr1bn2xgIVI75yCh186Qh-#{), pristup 1. 8. 2016.

44 Case of Gas and Dubois v. France, Application no. 25951/07, Judgment Strasbourg 15 March 2012, Final 15/06/2012, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109572#{"itemid":\["001-109572"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109572#{), pristup 30. 7. 2016.

45 Case of X v. Austria, Application 19010/2007, Judgment Strasbourg 19 februar 2013, dostupno na: https://fidh.org/IMG/pdf/xvaustria_ecthrjudgment_19feb2013_en.pdf, pristup 30. 7. 2016.

46 Zbog uskraćivanja dozvole boravka istospolnoj partnerici, odnosno partneru, po istom osnovu Sud je utvrdio povredu u predmetima Pajić p. Hrvatske (2016) (Zahtjev br. 68453/13, Presuda 23. 2. 2016, dostupno na https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Presude%20i%20odluke/PRESUDA_PAJI%C4%86_PROTIV_HRVATSKE_final.pdf, pristup 27. 2. 2017) i Taddeucci i Mc Call p. Italije (2016) (Requête n° 51362/09, Arrêt 30 juin 2016, dostupno na: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2009-051362.pdf>, pristup 27. 2. 2017).

Zbog ove neuporedivosti, odnosno utvrđenja da se podnositelj zahtjeva uskraćivanjem prava na penziju nije našao u bitno sličnoj situaciji u kojoj je preživjeli partner različitog spola koji nije mogao sklopiti brak zbog zabrane razvoda braka u španskom pravu prije 1981. godine, Sud je u presudi u predmetu Aldeguer Tomas p. Španije utvrdio da nije učinjena povreda člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije (t. 91) (Application 35214/12, Judgment 22. 3. 2016, dostupno na: <http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2016/06/CASE-OF-ALDEGUER-TOMS-v.-SPAIN.pdf>, pristup 27. 2. 2017)

efikasnog poštovanja njime zaštićenih prava. Ove obaveze mogu uključivati usvajanje mjera čiji je cilj osiguranje poštovanja privatnog ili porodičnog života, čak i u sferi međusobnih odnosa pojedinaca (§ 159).

Za procjenu sadržaja ovih obaveza u praksi su prihvaćeni određeni faktori kao relevantni, a u ovom predmetu Sud značajnim smatra uticaj na podnositelja predstavke situacije u kojoj postoji raskorak između društvene stvarnosti i zakona te povezanost upravnih i sudskih praksi u domaćem sistemu. Od drugih prihvaćenih faktora razmatrao je pitanje o kakvoj se obavezi radi - da li je ona uska i precizna ili je pak široka i neodređena, odnosno obim tereta obaveze koja bi se nametnula državi (§ 161).

S tim u vezi zauzeo je stav da, prema članu 8. Konvencije, države u izvršavanju pozitivnih obaveza uživaju određenu slobodnu procjenu čija širine zavisi od različitih faktora koji se moraju uzeti u obzir pri njenom određenju. U kontekstu "privatnog života" Sud smatra da će ona biti ograničena u predmetima u kojim se radi "o posebno važnom aspektu postojanja ili identiteta pojedinca u pitanju". Naprotiv, slobodna procjena je šira u oblastima u kojim u državama članicama Vijeća Evrope "ne postoji konsenzus o relativnoj važnosti interesa u pitanju ili o najboljim sredstvima njegove zaštite, posebno kada se predmet tiče osjetljivih moralnih ili etičkih pitanja", što je upravo utvrdio u ovom predmetu. Široko polje slobodne procjene postoji i onda kada "država zahtijeva uspostavljanje ravnoteže između privatnih i javnih interesa ili konvencijskih prava" (§ 162).

Sud je podsjetio na to da je još u predmetu Schalk i Kopf utvrdio da države uživaju određenu slobodnu procjenu o statusu koji se stiče alternativnim sredstvima priznanja te pravima i obavezama stečenim u takvoj zajednici ili registrovanom partnerstvu. Za ovaj predmet navodi da se odnosi „isključivo na opću potrebu za pravnim priznanjem i osnovnu zaštitu podnositelja kao istospolnih parova“ (§177). Nije se upuštao u određivanje prava i obaveza koje bi zakonodavac trebalo da prizna istospolnim partnerima, ostavljajući mu slobodu da uredi ovo pitanje na način koji ocijeni najadekvatnijim.

U više predmeta Sud je naglasio uživanje široke slobodne procjene na strani države u oblasti zakonskog i sudskog priznanja stabilnih *de facto* istospolnih partnerstava onda kada između država članica postoji „mala zajednička osnova“. Takvu osnovu utvrdio je u odluci u predmetu Mata Estevez i pored prisutne tendencije u brojnim evropskim državama prema zakonskom i sudskom priznanju ovakvih partnerstava.

U odluci u predmetu Karner Sud je kao primjer uske slobodne procjene države naveo slučaj u kojem se različito postupanje zasniva na spolu ili spolnoj orijentaciji (§ 41).

2. 2. 2. Relevantnost (ne)postojanja sukoba između društvene stvarnosti podnositelja i zakona

Sud bitnim za odlučivanje smatra utvrđenje postojanja ili nepostojanja sukoba između društvene stvarnosti podnositelja i zakona koji im ne daje zvanično priznanje, odnosno to da li je između njih uspostavljena pravična ravnoteža.

U predmetu Oliari i drugi Sud je utvrdio da podnositelji imaju poseban interes da, u odsustvu braka, dobiju mogućnost zasnivanja registrovane zajednice ili registrovanog partnerstva. Vezano za opšta načela, primijetio je da postoji sukob između društvene stvarnosti podnositelja predstavke koji uglavnom u Italiji otvoreno žive zajedno i zakona koji im ne daje zvanično priznanje. Naveo je da talijanska država ne bi bila pretjerano opterećena obavezom osiguranja priznanja i zaštite istospolnih zajednica, a omogućila bi da zakon odrazi stvarnost podnositelja predstavke (§ 173).

Na osnovu utvrđenog stanja Sud je zauzeo stav da istospolni partneri - podnositelji predstavke imaju poseban interes da, u odsustvu braka, dobiju mogućnost zasnivanja registrovane zajednice ili registrovanog partnerstva, jer bi se time njihov odnos zakonski priznao i garantovala bi im se zaštita na najadekvatniji način, a na strani partnera dodatno bi se stvorio osjećaj legitimiteta (§ 174).

Što se tiče pozitivnih obaveza države, Sud ponavlja da se u njihovoj procjeni mora uzeti u obzir da se između suprotstavljenih interesa pojedinca i zajednice u cjelini treba uspostaviti pravična ravnoteža (§175). U tom smislu je, budući da je već utvrdio interese pojedinaca - podnositelja predstavke, razmatrao koliko su oni u suprotnosti s interesom zajednice. Primijetio je da talijanska Vlada nije izričito istakla ono što, po njenom mišljenju, odgovara interesima zajednice u cjelini.

Vlada je iznijela stav da je "nužno potrebno vrijeme da se postigne postepeno sazrijevanje zajedničkog gledišta nacionalne zajednice o priznavanju ovog novog oblika porodice". Uz to, uputila je na osjetljivost ovog društvenog problema i na traženje jednoglasne saglasnosti stavova i mišljenja o njemu, kategorički negirajući da se nenormiranjem priznanja i zaštite istospolnih zajednica pokušao zaštititi „tradicionalni koncept porodice ili moral društva“. Pozvala se na svoju „slobodnu procjenu u izboru vremena i načina normiranja, obzirom da je bila u boljem položaju da procijeni osjećaje svoje zajednice“ (§ 176).

Sud je naveo da u ovom predmetu talijanski zakonodavac nije pridao poseban značaj nagovještajima nacionalne zajednice, kako stanovništva, tako i najviših pravosudnih tijela u Italiji. Ustavni i Kasacioni sud su utvrdili potrebu priznanja i zaštite istospolnih zajednica, što je ponovljeno u više odluka Ustavnog suda, ali uz naglašavanje da to može uraditi samo zakonodavac (§§ 179. i 180).⁴⁷ Sud je ovakvu sudsku praksu ocijenio kao odraz osjećaja većine talijanskog stanovništva, odnosno prihvatanja istospolnih parova i podrške njihovom priznanju i zaštiti (§181). Konstatovao je i da je talijanska Vlada potvrdila postojanje potrebe za takvom

⁴⁷ Ocjenjujući nedopuštenim ustavni prigovor podnositelja - istospolnih partnera zbog odbijanja odobrenja sklapanja braka, Ustavni sud (2010) je iznio stav da jedino zakonodavac može intervenisati u skladu s principom jednakosti u specifičnim situacijama koje se odnose na osnovna prava istospolnog para u kojim se zahtijeva isti tretman bračnih i istospolnih parova. U nadležnosti Ustavnog suda bila bi samo procjena opravdanosti propisanih mjera. Sama ustavna norma se odnosi na tradicionalni brak i ne može se proširiti na istospolne zajednice. Zaključio je da relevantnim zakonodavstvom nije učinjena nerazumna diskriminacija s obzirom da se istospolne zajednice ne mogu smatrati ekvivalentom braka i da ni član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima niti član 9. Povelje o osnovnim pravima ne zahtijevaju punu ravnopravnost između istospolnih zajednica i brakova osoba različitog spola, već je to ostavljeno u nadležnosti nacionalnih zakona. Apelacioni sud je, polazeći od ove odluke, u potpunosti odbacio zahtjeve apelanata (§§10 - 19).

zaštitom, priznajući da u Italiji raste popularnost ovih zajednica (§182). Međutim, talijanski zakonodavac, uprkos pokušajima prisutnim već tri decenije, nije uspio donijeti relevantno zakonodavstvo (§ 183).

Vezano za nedonošenje zakona i pored ovakvih odluka najviših sudova, Sud je naveo svoj raniji stav da ovakvo postupanje izvršne i zakonodavne vlasti ne samo da se ne može objasniti u smislu legitimnog javnog interesa i interesa zajednice kao cjeline, već da može dovesti do „podrivanja kredibiliteta i autoriteta sudske vlasti i ugrožavanja njegove efikasnosti, što su faktori od izuzetne važnosti s gledišta osnovnih načela na kojima počiva Konvencija“ (§ 184).

Konstatovao je da zakonodavac, namjerno ili zbog neodlučnosti, nije postupio po ponovljenim pozivima najviših talijanskih sudova. Naglasio je da je i sam predsjednik Ustavnog suda u godišnjem izvještaju izrazio žaljenje zbog izostanka reakcije zakonodavca na njegove odluke i preporuke, čime su zainteresovani pojedinci ostali u situaciji pravne nesigurnosti koju Sud mora uzeti u obzir (§184).

„U odsustvu prevladavajućeg interesa zajednice koje je iznijela talijanska Vlada, protivno ravnoteži važnih interesa podnositelja predstavke (...), te u svjetlu zaključaka domaćih sudova o pitanju koje je ostalo nezapaženo, Sud je utvrdio da je talijanska Vlada prekoračila slobodnu procjenu, a nije izvršila svoju pozitivnu obavezu da osigura da podnositelji predstavke imaju na raspolaganju poseban pravni okvir koji pruža priznanje i zaštitu njihovih istospolnih zajednica“ (§ 185).

Sud je naglasio da bi drugačije mogao odlučiti samo ako ne bi bio voljan uzeti u obzir uslove koji se mijenjaju u Italiji i ako ne bi primjenjivao Konvenciju na praktičan i efikasan način (§ 186). U skladu s tim utvrdio je povredu člana 8. Konvencije (§ 187).

U predmetu Vallianatos i drugi, koji su pokrenula 4 istospolna para prigovarajući da je rezervisanjem građanske zajednice (Zakonom iz 2008) samo za parove različitog spola povrijeđeno njihovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života te da je njihovom diskriminacijom po osnovu spolne orijentacije povrijeđen član 14. u vezi s članom 8. Konvencije, Sud je također razmatrao stavove zauzete u Grčkoj povodom donošenja ovog Zakona, odnosno isključenjem iz njega istospolnih zajednica. U vezi s njima primijetio je sljedeće: Vlada nije ponudila Sudu prihvatljive argumente i opravdala razliku u tretmanu istospolnih i parova različitog spola te isključenje prvih iz djelokruga Zakona; za zakonodavca ne bi bilo nemoguće proširiti mogućnost zasnivanja građanske zajednice i na istopolne parove; u izvještaju s obrazloženjem Zakona nije ponuđena odluka zakonodavca da ograniči građansku zajednicu na parove različitog spola; Nacionalna komisija za ljudska prava ocijenila je prijedlog zakona diskriminatornim zbog toga što se ne odnosi na istopolne parove, a sličan stav je zauzelo i Naučno vijeće Parlamenta (§ 89).

2. 2. 3. Uvažavanje stalnog kretanja prema priznavanju istospolnih parova u nacionalnom zakonodavstvu i sudskoj praksi te na međunarodnom planu

Pri razmatranju predmeta Sud ne uvažava samo zakonodavstvo i praksu u tuženoj državi, već i rješenja prihvaćena u evropskim i vanevropskim državama te na međunarodnom planu.

U presudi u predmetu Vallianatos i drugi Sud je ukazao na činjenicu da, iako o tome ne postoji konsenzus, u pravnim sistemima država članica Vijeća Evrope izražen je trend pravnog priznanja istospolnih odnosa. Naveo je da 9 država članica normira istospolne brakove, da njih 17 odobrava istopolnim parovima neki oblik civilnog partnerstva, a da samo dvije - Litvanija i Grčka, registrovano partnerstvo rezervišu isključivo za parove različitog spola. Konstatovao je da se, uz ova dva izuzetka, države članice Vijeća Evrope, kada odluče donijeti zakon koji uvodi novi sistem registrovanog partnerstva kao alternativu braku za vanbračne parove, uključuju u njih i istopolne parove. Uz to, Sud je, pozivajući se naročito na Rezoluciju 1728 (2010) Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope i Preporuku Komiteta ministara CM/Rec (2010) 5, ukazao na ovaj trend i u relevantnim dokumentima Vijeća Evrope (§ 91).

U presudi u predmetu Oliari i drugi Sud je naveo da je za njegovo razmatranje važno i nezaobilazno, pored ostalog, i stalno kretanje prema zakonskom priznavanju istospolnih parova prisutno u evropskim državama i na međunarodnom planu. Naglasio je da ne može a da ne prida značaj brzom razvoju na globalnom nivou, posebno u zemljama Amerike i Okeanije (§178). U ovoj, kao i u ostalim presudama, Sud je u dijelu "Uporedno i evropsko pravo i praksa" razmatrao relevantne dokumente Vijeća Evrope: Preporuku 924 (1981) o diskriminaciji homoseksualaca, Preporuku 1474 (2000) o situaciji lezbijki i gejeva u državama **članicama** VE, Rezoluciju 1547 (2007), Rezoluciju 1728 (2010) "Diskriminacija na osnovu spolne orijentacije i rodnog identiteta", Preporuku CM/Rec(2010)5 o mjerama za borbu protiv diskriminacije na osnovu spolne orijentacije i rodnog identiteta. Nakon osvrta na Povelju o osnovnim pravima EU i njenog Komentara (§§ 56 - 64), uputio je na dokumente Evropske Unije navedene u presudi u predmetu Vallianatos i drugi: Direktivu o ponovnom spajanju porodice (2003) i Direktivu Evropskog parlamenta i Vijeća EU o pravu na slobodno kretanje i zadržavanje (2004) (§§33 – 34). U ovom dijelu presude naveo je i rezultate vlastitog istraživanja relevantne prakse Vrhovnog suda SAD (§ 65) te stanje u uporednom pravu prema navodima intervenijenata (§§ 134 i 135).

2. 2. 4. Neobaveznost ograničavanja prava na brak samo na osobe različitog spola

U novijim presudama Sud zastupa stav da pravo na brak ne mora u svim slučajevima biti ograničeno na osobe različitog spola. Međutim, zbog nepostojanja konsenzusa između država, Sud smatra da one uživaju slobodnu procjenu pri uređenju istospolnog braka i da same treba da odluče hoće li ga regulisati.

U predmetu Schalk i Kopf zauzeo je stav da, iako je u zadnjoj deceniji porastao broj država koje zakonski priznaju istospolne parove, ipak ne postoji konsenzus o tome i da države uživaju slobodnu procjenu u vrijeme uvođenja zakonskih promjena (§ 105 - 106). U presudi u predmetu Hämäläinen naveo je da, iako su neke države proširile pravo na brak na istospolne partnere, član 12. Konvencije se ne može tumačiti kao nametanje obaveze državama ugovornicama da odobre pristup braku

istospolnim parovima (§ 191).⁴⁸: Isto je ponovio i u presudi u predmetu Oliari i drugi (§§ 164. i 192). Polazeći od toga, kao i od činjenice da je u vrijeme vođenja postupka u predmetu Oliari i drugi samo šest od četrdeset i sedam država članica Vijeća Evrope dozvoljavalo istospolni brak, regulisanje (ne)dopuštenja istospolnog braka Sud je ostavio nacionalnim propisima države ugovornice. Ocijenio je da ne mora žuriti da svojom odlukom zamijeni odluku državnih organa koji mogu najbolje procijeniti potrebe društva i odgovoriti na njih.

Sud je naveo da su, uprkos postepenoj evoluciji država o pitanju priznavanja istospolnog braka, zaključci iz ranija dva predmeta i dalje primjenjivi. Ono što je rečeno u predmetu Schalk i Kopf o tome da se član 14. u vezi s članom 8. ne može tumačiti kao nametanje takve obaveze, sud je ocijenio prihvatljivim i za član 14. u vezi s članom 12 (§ 193). Stoga je zaključio da su oba prigovora - na osnovu samog člana 12. i na osnovu člana 14. u vezi s članom 12, očigledno neosnovana i da ih treba odbiti u skladu s članom 35. §§ 3. i 4. Konvencije (§ 194).

Ispitujući da li je došlo do povrede prava na brak u predmetu Chapin i Charpentier (2016),⁴⁹ nakon što je ponovio ono što je već naveo u ranijim presudama, Sud je naveo da „ne vidi nijedan razlog da dođe do drugačijeg zaključka u ovom predmetu s obzirom na kratko vrijeme koje je proteklo od presuda donesenih u slučajevima Hämäläinen i Oliari i drugi“. Pored toga, primijetio je da je, nakon podnošenja predstavke u ovom predmetu, francuski Zakon od 17. maja 2013. godine učinio dostupnim brak istospolnim parovima i da su podnositelji od tada slobodni sklopiti brak (§ 39). Na osnovu toga je odlučio da nije došlo do povrede člana 12. u vezi s članom 14. Konvencije (§ 40). Što se tiče prigovora podnositelja predstavke da im je povrijeđeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i da su diskriminirani po osnovu spolne orijentacije, Sud je podsjetio na stavove iz ranijih presuda da su države slobodne brak učiniti dostupnim samo heteroseksualnim parovima (§ 41).

2. 2. 5. Relevantnost (ne)priznavanja bilo kojeg oblika istospolne zajednice kao razlog za (ne)utvrđenje povrede članova 8, 12. i 14. EKLJP

Stav Suda je, kako je već navedeno, da su države slobodne brak učiniti dostupnim samo heteroseksualnim parovima. Pri donošenju presude o tome da li je tužena država povrijedila pravo istospolnih partnera na poštovanje privatnog i porodičnog života i napravila diskriminaciju po osnovu spolne orijentacije, Sud relevantnim smatra to da li država jeste ili nije priznala bilo koji oblik istospolne zajednice, odnosno da li je građansku zajednicu učinila dostupnom samo parovima različitog spola ili i onima istog spola.

Tako je u predmetu Schalk i Kopf, ispitujući da li je tužena država (Austrija)

⁴⁸ U ovom predmetu podnositelj zahtjeva (transseksualac) je prigovorio da je njegovo pravo na privatni i porodični život povrijeđeno time što je puno priznanje njegovog novog roda uslovljeno transformacijom njegovog braka u registrovano partnerstvo (§ 34). Sud je naveo da “član 12. osigurava osnovno pravo muškarca i žene da sklope brak i zasnuju porodicu (§ 96).

⁴⁹ Predmet je vođen po zahtjevu istospolnog para zbog navodne povrede člana 14. u vezi s članovima 8. i 12. Konvencije, a povodom poništenja njihovog braka.

trebala osigurati podnositeljima alternativno sredstvo zakonskog priznanja njihovog partnerstva prije no što je donijela Zakon o registrovanom partnerstvu, utvrdio da ovaj Zakon upravo odražava tendenciju prisutnu u evropskim zemljama i evoluciju postizanja konsenzusa između država o priznanju istospolnih parova te da je dio tog nastajućeg evropskog konsenzusa. Stoga je zaključio da se austrijskom zakonodavcu ne može prigovoriti što nije ranije donio Zakon o registrovanom partnerstvu. Nije prihvatio argumente podnositelja da država, ako odluči obezbijediti istospolnim parovima alternativno sredstvo priznanja, ima obavezu dati im status koji u svakom pogledu odgovara braku, makar se ne označavao tako, već drugim nazivom. Suprotno ovim argumentima, pošao je od stava da su države još slobodne, po članu 12. kao i po članu 14. u vezi s članom 8. Konvencije, ograničiti pristup braku parovima različitog spola i da uživaju određenu slobodnu procjenu u pogledu preciznog statusa dodijeljenog alternativnim sredstvom priznanja. Sud nije utvrdio ni da je tužena država prekoračila svoju slobodnu procjenu priznavanjem određenih prava i obaveza registrovanim partnerima, odnosno ograničavanjem nekih prava koja imaju braćni partneri. Na osnovu svega ovoga je zaključio da nije učinjena povreda člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije (§§104 - 111).

U predmetu Vallianatos i drugi Sud je poredio mogućnosti koje u grčkom pravu imaju istospolni parovi i parovi različitog spola. Utvrdio je da je odnos ovih drugih mogao biti pravno priznat i prije stupanja na snagu Zakona br. 3719/2008⁵⁰, bilo kao brak bilo kao *de facto* partnerstvo uređeno Građanskim zakonikom. Naprotiv, istospolni partneri nemaju mogućnost stupiti u bilo koji oblik priznate zajednice. Zaključio je da istopolni parovi imaju poseban interes za ulazak u građansku zajednicu, jer bi to bio jedini osnov po kojem bi njihov odnos bio pravno priznat (§ 90). Smatrajući da grčka Vlada nije ponudila uvjerljive i važne razloge podobne da opravdaju isključenje istospolnih parova iz djelokruga ovog Zakona, utvrdio je povredu člana 14. Konvencije u vezi s članom 8 (§ 92).

U predmeta Oliari i drugi Sud je konstatovao da podnositelji (u odsustvu braka) još nemaju mogućnost u Italiji stupiti u građansku zajednicu ili registrovano partnerstvo. Zbog toga je smatrao da treba da utvrdi da li je Italija u vrijeme donošenja presude u ovom predmetu (u 2015. godini) propustila, suprotno pozitivnoj obavezi, osigurati poštovanje privatnog i porodičnog života podnositelja, posebno kroz odredbu o pravnom okviru koji im omogućava da žive u odnosu priznatom i zaštićenom domaćim zakonom.

Pri razmatranju statusa podnositelja predstavke u talijanskom pravnom sistemu, napomenuo je da oni u ovom predmetu nisu mogli sklopiti ni brak ni građansku zajednicu ili registrovano partnerstvo koji bi im mogli osigurati priznanje statusa i garantovati im određena prava relevantna za par u stabilnoj i ozbiljnoj vezi (§ 167). Uzeo je u obzir to da mogućnost registracije istospolnih zajednica u “lokalnim registrima za građanske zajednice” u jednom broju opština “ima samo simboličnu vrijednost i relevantna je za statističke svrhe”, da podnosiocima predstavke ne

50 Zakon br. 3719/2008, označen kao “Reforme koje se tiču porodice, djece i društva” je po prvi put uveo u Grčkoj zvaničnu formu partnerstva pored braka, poznatu kao „građanska zajednica“, u koju mogu stupiti samo dvije odrasle osobe različitog spola (§ 9 presude u ovom predmetu).

priznaje nikakav zvaničan građanski status niti bilo koja prava, kao i da nema bilo kakvu dokaznu snagu pred domaćim sudovima (§ 168).

Status koji podnosioci imaju u talijanskom pravnom sistemu, prema Sudu, može se smatrati samo kao “*de facto*” zajednica, koja se može urediti privatnim ugovorom o kohabitaciji.⁵¹ Međutim, ovim ugovorom se ne uređuju osnovna međusobna prava i obaveze, kao što su moralna i materijalna podrška, izdržavanje i nasljeđivanje. Nezavisno od činjenice da ugovori o kohabitaciji nisu bili na raspolaganju podnosiocima prije decembra 2013. godine, Sud smatra da se ovim ugovorima ne priznaje niti dovoljno štiti zajednica podnositelja. To im, doduše, nije ni cilj, s obzirom da ih mogu sklapati i osobe koje ne žive u stabilnom ozbiljnom istospolnom odnosu. Osim toga, istospolnim partnerima su dostupni samo ako žive zajedno, što je suprotno stavu o nezavisnosti postojanja stabilne zajednice od kohabitacije, zauzetom u predmetu Vallianatos i drugi (§ 169).

Postupanje sudova u praksi ne otklanja neizvjesnost za istospolne zajednice i partnere, sudovi postupaju od slučaja do slučaja, strogo poštujući samo neka prava, priznajući u različitoj mjeri zaštitu ovih zajednica u pojedinim granama, što je priznala i talijanska Vlada (§ 170).

Sud smatra da je značajna smetnja naporima podnositelja predstavke za osiguranje poštovanja privatnog i porodičnog života to što se oni moraju stalno obraćati domaćim preopterećenim sudovima i tražiti jednak tretman u pogledu brojnih aspekata njihovih prava i obaveza (§ 171).

Sud je iz ovoga izveo zaključak da trenutno dostupna zaštita ima nedostatke ne samo u sadržaju nego i u nedovoljnoj stabilnosti, pošto zavisi od kohabitacije partnera i od stava sudova, a nekada i uprave (§ 172).

Drugačija presuda je donesena u predmetu Chapin i Charpentier. Sud je iznio stav da su podnositelji predstavke, u vrijeme kada im u francuskom pravu nije bio dostupan brak, mogli sklopiti pakt građanske solidarnosti normiran u Građanskom zakoniku, na osnovu kojeg stiču neka prava i obaveze u poreskoj, imovinskoj i socijalnoj oblasti (§ 49). Naglasio je da je situacija u ovom predmetu drugačija od onih u kojima je Sud utvrdio povredu članova 8. i 14. Konvencije - Vallianatos i drugi te Oliari i drugi. Naime, u grčkom pravu je ugovor o zajedničkom životu bio dostupan samo parovima različitog, a ne i istog spola, a u talijanskom pravu ni na koji način nisu bili zakonski priznati istospolni parovi (§ 50). Stoga je ocijenio da u ovom predmetu nije učinjena povreda člana 8. u vezi s članom 14. Konvencije (§ 52).

2. 2. 6. Potreba istospolnih partnera za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa

Sud je u presudi u predmetu Schalk i Kopf pošao od pretpostavke da su istospolni parovi sposobni, isto kao i parovi različitog spola, stupiti u stabilne i ozbiljne odnose te da su u vrlo sličnoj situaciji kao i ovi drugi u pogledu potrebe

⁵¹ Da bi se popunila praznina u pisanom pravu, s dejstvom od 2.12.2013. bilo je moguće sklopiti “ugovore o kohabitaciji”, naime privatni akt za čije zaključenje zakonom nije propisana posebna forma, a koji mogu sklopiti partneri koji žive zajedno, ne samo istospolni, već i oni koji su u roditeljskom odnosu, partneri, prijatelji (osim bračnoga para). Takav ugovor uglavnom reguliše finansijske aspekte zajedničkog života, prestanka kohabitacije i pomoć u slučaju bolesti ili nesposobnosti (§ 41).

za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa (§ 99). Prvi stav je ponovio i u presudi u predmetu Vallianatos, dodajući da istospolni parovi imaju iste potrebe u pogledu međusobne podrške i pomoći te da bi proširenje građanske zajednice na istospolne parove omogućilo regulisanje pitanja koja se tiču imovine, izdržavanja i nasljeđivanja na osnovu zakonskih pravila koja uređuju građanske zajednice (§§ 78. i 81).

U presudi u predmetu Oliari i drugi ponovio je navedene stavove iz presuda u ovim predmetima (§ 165). U prilog tome pozvao se na Preporuku Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope 1474 (2000)⁵² u kojoj je preporučeno Komitetu ministara da pozove države članice “da usvoje zakone koji normiraju registrovana partnerstva“ i na Preporuku Komiteta ministara državama članicama (2010)⁵³ u kojoj su pozvane države članice čije zakonodavstvo ne poznaje niti priznaje prava ili obaveze registrovanim istospolnim zajednicama (i nevjenčanim parovima) da razmotre mogućnost da im se osiguraju sva pravna i druga sredstva radi rješavanja praktičnih problema vezanih za društvenu stvarnost u kojoj žive (§ 166).

Zaključna razmatranja

1. Pri odlučivanju o postojanju povrede odredaba članova 8, 12. i 14. Konvencije Sud cijeni činjenicu (ne)postojanja alternativnih oblika zaštite istospolnih parova u nacionalnom pravu države protiv koje se vodi postupak, odnosno (ne)priznanje istospolnim *de facto* zajednicama nekih dejstava i (ne)mogućnosti partnera iz takvih zajednica da zaključe ugovor kojim bi regulisali svoje odnose. Ukoliko je nacionalni zakon legalizovao registrovanu istospolnu zajednicu, stav Suda je da se nepriznavanjem istospolnim partnerima prava na brak ne krši odredba člana 12, jer se ona ne može tumačiti kao da nameće obavezu tuženoj vladi da istospolnom paru odobri pristup braku.

U novijim presudama Sud zahtijeva od država, odnosno od njih očekuje donošenje zakona koji priznaju neki od oblika istospolne zajednice. Tako je u presudi u predmetu Oliari i drugi utvrdio da talijanska vlada, prekoračujući slobodnu procjenu, nije izvršila pozitivnu obavezu da podnositeljima osigura poseban pravni okvir koji priznaje i štiti njihove istospolne zajednice“. Isto tako i u kasnije donesenoj presudi u predmetu Chapin i Charpentier, nije utvrdio povredu zbog nepriznavanja istospolnog braka, nije pokazao spremnost, niti je izvjesno da će je pokazati u bližoj budućnosti, da ide tako daleko da države obaveže na pravno priznanje istospolnog braka.⁵⁴

Kao što ni Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima izričito ne zahtijeva da domaća prava treba da olakšaju brakove osoba istog spola, tako i Sud još uvijek

⁵² Recommendation 1474 (2000) Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states, tačka 11, alineja i.

⁵³ Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, IV dio, tačke 23-28.

⁵⁴ O tome v.: Cranmer, Frank, "The ECtHR, France and same-sex marriage: Chapin & Charpentier" in *Law & Religion UK*, 9 June 2016, <http://www.lawandreligionuk.com/2016/06/09/the-ecthr-france-and-same-sex-marriage-chapin-charpentier/>

oklijeva proširiti primjenu prava na brak na istospolne parove. U predmetu Oliari naveo je da ne mora svojom odlukom zamijeniti odluku državnih organa, s obzirom na to da oni mogu najbolje procijeniti potrebe društva i odgovoriti na njih. Znači, stav Suda je da je nepriznavanje istospolnog braka u nadležnosti država ugovornica.

2. Pri razmatranju predmeta, Sud kao okolnosti relevantne za odlučivanje uvažava kako one koje su bitne bez obzira na to koja je država tužena, tako i one koje se tiču situacije koja postoji u tuženoj državi. U tom kontekstu moglo bi se postaviti pitanje da li bi u predmetu vođenom protiv Bosne i Hercegovine Sud donio identičnu presudu kao u predmetu Oliari – da li bi i Bosnu i Hercegovinu uputio na priznanje istospolne zajednice.

Sam Sud je naveo da iz njegovih stavova u presudama u predmetima Oliari i Vallianatos slijedi da je već priznao da istopolni parovi imaju potrebu za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa. Iz toga se može zaključiti da su sve države, a ne samo tužena, obavezne pravno priznati i zaštititi ih. Međutim, Sud je u isto vrijeme u predmetu Oliari primijetio, a dijelom na tome i zasnovao presudu, da istospolni partneri u Italiji uglavnom otvoreno žive zajedno, da većina stanovništva u Italiji, kao i najviša pravosudna tijela – Ustavni i Kasacioni sud, prihvataju istospolne parove i podržavaju njihovo priznanje i zaštitu.

Situacija u Bosni i Hercegovini je, međutim, sasvim drugačija od ove. Uglavnom ne postoji pozitivan stav građana prema osobama istospolne orijentacije, a pogotovo prema istospolnim zajednicama, a ni u domaćoj sudskoj praksi nema odluka koje se tiču ovih zajednica, tako da izostaju i pozivi iz prakse domaćem zakonodavcu da legalizuje ove zajednice.⁵⁵

Ova dva stava Suda upućuje na moguće različite odgovore na postavljeno pitanje, a odgovor se može naći i u izdvojenom mišljenju trojice sudija.⁵⁶ U njemu je izražena sumnja o konceptualnoj mogućnosti ograničenja pozitivne obaveze države prema Konvenciji na lokalne uslove. Uz to je navedeno da izgleda da se ostale sudije ipak oslanjaju, barem djelomično, na opšte zaključke koji se mogu shvatiti kao da impliciraju samostojecu pozitivnu obavezu svih država potpisnica da normiraju zakonski okvir za istospolne zajednice(t. 10). Trojica sudija su naglasila da izdvajanje njihovog mišljenja ne treba shvatiti kao izjašnjavanje o pitanju da li u 2015. godini „u svjetlu evoluirajućih stavova u demokratskom društvu u Evropi, stav 1. člana 8. treba tumačiti tako da sadrži, za Italiju ili generalno za sve države potpisnice, pozitivnu obavezu da prihvate odgovarajuće pravno priznanje i zaštitu istospolnih zajednica.“ Zaključili su da u ovom slučaju nema potrebe pribjegavati takvom ”novom” tumačenju, kada je svakako odlučeno u korist podnositelja „na užoj osnovi na bazi postojeće sudske prakse i postojeće klasične analize predstavljeni

55 U Specijalnom izvještaju o pravima LGBT osoba u Bosni i Hercegovini navedeno je da „se ove osobe u svakodnevnom životu susreću sa stereotipima i predrasudama iz razloga što društvo nije spremno da ih prihvati kao ravnopravne članove zajednice. Zbog animoziteta okoline, a često i zbog straha od osude porodice, rijetko i nerado otkrivaju svoju seksualnu orijentaciju.“ (Institucija ombudsmena/ ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka, septembar 2016, strana 78. Izvještaj dostupan na:

http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2016110413333704bos.pdf)

56 Izdvajanje se tiče razloga za utvrđenje povrede člana 8. u ovom predmetu.

koji prate aktivnu intervenciju države koja reguliše ostvarivanje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8 Konvencije“(t. 12).

3. Na prethodno pitanje može se nadovezati sljedeće: da li se dejstva presude donesene protiv jedne države mogu proširiti i na druge države, odnosno konkretnije: da li se dejstva presude u predmetu Oliari mogu proširiti na Bosnu i Hercegovinu? Direktan odgovor je sadržan u članu 46. Konvencije, koji normira da je država članica obavezna povinovati se konačnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome je stranka. Međutim, ne može se zanemariti činjenica da presude Suda djeluju snagom autoriteta u svim državama članicama Vijeća Evrope, da nacionalni zakonodavci pri uređenju pojedinih ustanova uvažavaju stavove zauzete u praksi ovog Suda i u pravilu usvajaju rješenja koja su u skladu s njima. Pri tome zakonodavci, pa i naš, moraju voditi računa o tome da ta rješenja budu u skladu s tradicijom, sviješću, potrebama i shvatanjima građana o homoseksualnosti i istospolnim zajednicama, što je uvažavao i Sud u predmetu Oliari, U prilog tome može se navesti i dio komentara presude u predmetu Chapin i Charpentier: „Čini se da je presuda bila vrlo pažljivo formulisana kako ne bi nagazila na prste država koje još nisu priznale istospolne brakove i, u nekim slučajevima, nije vjerovatno da će to učiniti u dogledno vrijeme“.⁵⁷

4. O doprinosu prakse Suda trendu prisutnom u zakonodavstvu evropskih država, odnosno o direktnom uticaju odluka Suda na nacionalne zakonodavce u smislu donošenja novih propisa zbog čijeg nepostojanja je utvrđena povreda odredaba Konvencije, može se govoriti tek u posljednje vrijeme. Primjer za to su presuda Vallianatos, pod čijim uticajem je u Grčkoj 2015. godine usvojen novi Zakon o ugovornoj kohabitaciji kojim je obuhvaćena i kohabitacija osoba istog spola te presuda Oliari koja je uticala na donošenje talijanskog Zakona iz 2016. o građanskim zajednicama osoba istog spola i kohabitaciji.

⁵⁷ Supra note 54.

Dr. Suzana Bubić, professor emeritus.
Faculty of Law, University Džemal Bijedić Mostar

THE ROLE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE RECOGNIZING OF THE HOMOSEXUAL UNIONS

Summary

The author of the paper considers the role that the European Court of Human Rights had and is having in the process of recognition the same-sex unions in the national legislations. Researching the Court's jurisprudence the author, only recently, finds its impact, when The Court, accepted the evolution of opinions and attitudes, legal solutions in national laws and European law, and started to oblige national legislators to regulate registered partnerships and to recognize the rights and duties of registered partners.

Following introductory remarks on the problems encountered by the Court and the attempts of their removal by reforms, in order to improve the efficiency of the Court, the author analyzes the evolution of Court attitudes regarding the finding of a violation of Convention rights of homosexual oriented persons and homosexual couples. This is followed by research and consideration of the circumstances, that Court respected in the judgment's making in individually analyzed cases, on which basis the conclusions were derived on possible or expected future case-law in this field.

Key words: right to marriage, same-sex union, same-sex marriage