

PRAVNA REGULACIJA ŽIVOTNIH
ZAJEDNICA PAROVA ISTOG SPOLA
U BOSNI I HERCEGOVINI

IZVAN ZAKONA

IZVAN ZAKONA:
PRAVNA REGULACIJA ŽIVOTNIH ZAJEDNICA PAROVA
ISTOG SPOLA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sarajevo, 2016.

Edicija *Ljudska prava* Sarajevskog otvorenog centra
Ediciju uređuje: Emina Bošnjak
Broj izdanja: 46

Naslov:	Izvan zakona: Pravna regulacija životnih zajednica parova istog spola u Bosni i Hercegovini
Autori_ice:	Natalija Petrić, Boris Krešić, Gordan Bosanac i Goran Selanec, Fedra Idžaković
Priredila:	Vladana Vasić
Lektura_korektura:	Sandra Zlotrg
Prelom i dizajn:	Feda Bobić
Izdavač:	Sarajevski otvoreni centar, www.soc.ba
Za izdavača:	Saša Gavrić

© Sarajevski otvoreni centar

Nekomercijalno umnožavanje, fotokopiranje ili bilo koji drugi oblik reprodukcije cijele publikacije ili njezinih dijelova je poželjno, uz prethodno pismeno informisanje izdavača na mail: office@soc.ba.

Ova publikacija izrađena je u okviru projekta koji finansira Evropska unija, uz finansijsku podršku Fondacije Astraea i Fonda otvoreno društvo Bosna i Hercegovina. Sadržaj ove publikacije isključiva je odgovornost izdavača i ni na koji način ne odražava stavove Evropske unije.

IZVAN ZAKONA:

PRAVNA REGULACIJA ŽIVOTNIH
ZAJEDNICA PAROVA ISTOG SPOLA
U BOSNI I HERCEGOVINI

Sarajevo, 2016.

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

347.6:342.726-055.3(497.6)

IZVAN zakona: pravna regulacija životnih
zajednica parova istog spola u Bosni i Hercegovini
/ [autori/ce Natalija Petrić... [et al.]. -
Sarajevo : Sarajevski otvoreni centar, 2016. - 120
str. ; 20 cm. - (Edicija Ljudska prava
sarajevskog otvorenog centra ; knj. 46)

Lat. i ćir.

ISBN 978-9958-536-43-4
1. Petrić , Natalija
COBISS.BH-ID 22738694

SADRŽAJ

UVOD	7
ZAŠTO BOSNA I HERCEGOVINA TREBA REGULIRATI ŽIVOTNE ZAJEDNICE OSOBA ISTOG SPOLA	9
MODEL ZAKONA O ŽIVOTNIM ZAJEDNICAMA OSOBA ISTOG SPOLA FEDERACIJE BiH	
Model Zakona o životnim zajednicama osoba istog spola Federacije BiH	15
Obrazloženje modela Zakona o životnim zajednicama osoba istog spola	32
МОДЕЛ ЗАКОНА О ЖИВОТНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА ЛИЦА ИСТОГ ПОЛА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	
Модел Закона о животним заједницама лица истог пола у Републици Српској	44
Образложење модела Закона о животним заједницама лица истог пола	62
PRAKSA EVROPSKIH I AMERIČKIH SUDOVA U OBLASTI PRAVNE REGULACIJE ŽIVOTNIH ZAJEDNICA OSOBA ISTOG SPOLA	73
O SARAJEVSKOM OTVORENOM CENTRU	120

UVOD

Vladana Vasić

Pravna regulacija zajednica života osoba istog spola najčešće se ne propisuje i ne ostvaruje unutar tradicionalno regulisanog instituta heteroseksualnog braka i porodice. Ovakav stav društva i velikog broja zakonodavaca doveo je do veoma rasprostranjene i načelno prihvaćene diskriminacije i nepriznavanja istospolnih parova, kao i netradicionalnih oblika porodice. Istospolni parovi su tako ostavljeni izvan zakona i uskraćena su im mnoga ekonomska i socijalna prava koja heteroseksualni bračni i vanbračni parovi uživaju što dodatno doprinosi socijalnoj isključenosti LGBT osoba, njihovoj marginalizaciji i nevidljivosti.

Svjedoci smo da je u proteklih nekoliko godina ipak vidljiv napredak u prevazilaženju tradicionalnih okvira porodičnog života i podizanje nivoa svijesti o različitosti savremenih oblika porodica. Ovaj porast nivoa svijesti prati i pravo, tako su sve češći primjeri zemalja koje na neki način pokušavaju zaštititi istospolne parove i omogućiti im uživanje dijela ili svih prava i obaveze koja su brakom zagarantovana. Nastojanjima država Europe, a posebno Europske unije, da u svom zakonodavstvu prepoznaju životne zajednice osoba istog spola svakako je doprinijeo i stav Europskog suda za ljudska prava koji je u nekoliko svojih odluka prilikom tumačenja Europske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama zauzeo stav da stabilne emocionalne istospolne zajednice predstavljaju porodični život i kao takve uživaju zaštitu po osnovu člana 8. Konvencije, bez obzira na uporednu situaciju heteroseksualnih zajednica i da iako države ne moraju izjednačiti prava istospolnih partnera s onima koja uživaju bračni partneri, moraju u svom zakonodavstvu status istospolnih parova regulisati minimalno na način kako je to učinjeno sa vanbračnim partnerima.

Bosna i Hercegovina je od 1991. godine kada je Krivičnim zakonom tadašnje Republike BiH dekriminalizovana homoseksualnost i donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije 2009. godine kojim je zabranjena diskriminacija na osnovu, između ostalog, i seksualne orijentacije i rodnog identiteta, započela rad na ispravljanju historijske nepravde koja je LGBT osobama nanošena i omogućavanja njihove jednakosti s drugim bh. građanima i građankama. Iako je propisano da se ova zabrana diskriminacije odnosi na javni, ali i privatni sektor, u svim oblastima, a naročito: zaposlenja, članstva u profesionalnim organizacijama, obrazovanja, obuke, stanovanja, zdravstva, socijalne zaštite, dobara i usluga namijenjenih javnosti i javnim mjestima, te obavljanja privrednih

aktivnosti i javnih usluga, bh. vlasti još uvijek nisu pokazale interes da na LGBT osobe prošire obim i omoguće direktan pristup određenim ljudskim pravima koja uživaju heteroseksualne cisrodne osobe, posebno kada je riječ o pravu na brak i porodični život. Iako su LGBT osobe, a samim tim i istospolni parovi bh. realnost i sastavni dio društva, važeći pravni okvir ne upušta se u normiranje njihovih međusobnih odnosa, te tako ne predviđa ni minimum prava koja su neophodna za poštivanje i zaštitu zajednica života osoba istog spola. Uskraćujući zajednicama osoba istog spola prava koja je osigurao heteroseksualnim zajednicama pravni poredak BiH ne poštuje princip zabrane diskriminacije.

Samom činjenicom da je u Ustavu BiH određeno da će se Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama direktno primjenjivati i da ista ima pravnu snagu iznad svih ostalih zakona, ovakva obaveza se odnosi i na njene entitete, kao i da je BiH obavezna usklađivati postojeće i buduće zakonodavstvo Bosne i Hercegovine sa propisima Evropske unije prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine, realno je očekivati da institucije Bosne i Hercegovine i njenih entiteta shvate potrebu donošenja Zakona o životnom partnerstvu, kako u cilju unapređenja svog zakonodavstva tako i u cilju ostvarivanja jednakosti i što većeg standarda zaštite ljudskih prava svojih LGBT građana i građanki. S tim ciljem u vidu izrađen je i model Zakona o životnim zajednicama osoba istog spola Federacije BiH kojim se osigurava niz praktičnih/životnih prava vezanih uz status životnih partnera, neophodnih za svakodnevni normalan život u svim aspektima i koji odražava obavezu jednakog postupanja prema svim građanima u smislu izjednačavanja životnih zajednica lica istog pola sa pravima priznatim heteroseksualnim životnim zajednicama.

ZAŠTO BOSNA I HERCEGOVINA TREBA REGULIRATI ŽIVOTNE ZAJEDNICE OSOBA ISTOG SPOLA

Goran Selanec

Ustavne osnove

Ustav Bosne i Hercegovine garantira građanima i građankama:

- osnovna prava i slobode oslanjajući se na poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti (Preambula);
- da će Bosna i Hercegovina i oba entiteta osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 2);
- da sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 3. člana 2:
 - a) pravo na ličnu slobodu i sigurnost,
 - b) pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku,
 - c) pravo na brak i zasnivanje porodice,
 - d) pravo na imovinu,
 - e) pravo na slobodu kretanja i prebivališta;
- uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status stav 4. (čl. 2).

Ustav Bosne i Hercegovine garantira dostojanstvo, slobodu i jednakost svakom građaninu odnosno građanki kao *jedinstvenoj osobi* neovisno o njenim ličnim karakteristikama. To je jasno izraženo i stavom 4. (čl. 2). Ustava koji izričito propisuje zabranu diskriminacije u pogledu uživanja prava i sloboda.

U popis prava i sloboda garantiranih Ustavom izričito su uključena pravo na ličnu slobodu, pravo na privatni život, pravo na zasnivanje porodice, pravo na porodični život, pravo na dom, pravo na imovinu, pravo na slobodu kretanja.

Osobe istospolne orijentacije trenutno žive u pravnim i socijalnim okolnostima koje im onemogućavaju da na siguran i predvidljiv način ostvaruju nabrojana ustavna prava. Građani i građanke istospolne

orijentacije, jednako kao i njihovi heteroseksualni sugrađani, zasnivaju stabilne emocionalne zajednice, zajednički grade dom i žive svoje zajedničke porodične živote. No uprkos ovoj životnoj činjenici, za razliku od njihovih heteroseksualnih sugrađana, istospolne zajednice porodičnog života ne uživaju ona prava i koristi koje je pravni poredak Bosne i Hercegovine izričito priznao heteroseksualnim zajednicama porodičnog života kako bi im omogućio da uspješno grade svoje porodične zajednice i veze. Za razliku od svojih heteroseksualnih sugrađana, istospolne zajednice porodičnog života nemaju pravno regulirano uzdržavanje među partnerima kada je to potrebno, nemaju pravo na međusobnu brigu i podršku kada se jedan od njih teško razboli, ne mogu računati na penziju i socijalnu podršku u slučaju smrti svog partnera ili partnerice, nemaju prava na poreske olakšice kojim država nagrađuje međusobno uzdržavanje članova porodice kako bi učvrstila socijalnu sigurnost u društvu, nemaju pristupa koristima kojima poslodavci podržavaju porodični život kao oblik naknade za rad svojih zaposlenika, nemaju zaštićenu imovinu koju su zajednički stekli u sklopu porodičnog života niti pravila po kojima se rješavaju odnosi u slučaju da se partneri razidu. Nedostatak i minimuma zaštite njihovog porodičnog života tim zajednicama čini izuzetno teškim, ako ne i nemogućim, slobodno kretanje unutar Bosne i Hercegovine ili van države jer zbog nezaštićenosti svaka odluka o preseljenju dovodi te zajednice u nesigurnost opstanka s kojom se heteroseksualne zajednice ne suočavaju.

Ukratko, istospolne stabilne emocionalne zajednice porodičnog života nemaju mogućnost koristiti svoja ustavom garantirana *prava na ličnu slobodu i sigurnost, na privatni i porodični život odnosno dom, na zasnivanje porodice, zaštitu stečene imovine ili na slobodu kretanja i prebivališta* isključivo zbog svoje seksualne orijentacije, a nikako ne zato što su im ta prava manje važna ili nužna. Onemogućavajući im korištenje nabrojanih osnovnih prava i sloboda, Bosna i Hercegovina diskriminira svoje građane i građanke istospolne orijentacije kršeći garanciju jednakosti iz stava 4. člana 2. Ustava čime ujedno krši i obećanje iz stava 1. člana 2. Ustava da će Bosna i Hercegovina i oba entiteta osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Bosna i Hercegovina je članom 1. stavom 2. Ustava određena kao demokratska država. Ustavne demokratije zasnivaju se na principu jednakog dužnog poštovanja organa državne vlasti prema svim građanima i građankama neovisno o njihovim ličnim karakteristikama. Državna vlast koja ne pokazuje jednako dužno poštovanje prema svim svojim građanima i građankama negira njihovo lično dostojanstvo i dovodi ih u položaj građana drugog reda. Nesigurnost s kojom građani i građanke istospolne orijentacije svakodnevno žive jer im pravni poredak Bosne i Hercegovine nije pružio pravno priznanje njihovih porodičnih zajednica te garantirao prava nužna za njihovo uspješno funkcioniranje predstavlja jasno kršenje

načela jednakog dužnog poštovanja. Negacijom jednakog dužnog poštovanja prema građanima i građankama istospolne orijentacije, Bosna i Hercegovina ovu društvenu grupu kontinuirano održava u manje vrijednom položaju građana drugog reda, što predstavlja očiglednu povredu njihovog ljudskog dostojanstva garantiranog prvom rečenicom Preambule Ustava Bosne i Hercegovine.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Član 2. stav 2. Ustava Bosne i Hercegovine (Međunarodni standardi) propisuje:

Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

Tumačeći član 8. EKLP-a Evropski sud za ljudska prava kroz svoje presude dosljedno zastupa stajalište da stabilne emocionalne zajednice osoba istospolne orijentacije predstavljaju jednako vrijedan oblik porodičnog života.

To stajalište Sud posebno čvrsto zastupa od presude u predmetu *Schalk and Kopf* (Application No 30141/04, 24.6.2010.):

„93. Sud ukazuje da je od 2001, kada je donesena odluka u predmetu Mata Estevez, u mnogim državama članicama došlo do brze evolucije društvenih stavova prema istospolnim zajednicama. U tom periodu značajan broj država članica osigurao je pravno priznanje istospolnih zajednica (vidi gore, para. 27. – 30.). Određene odredbe EU prava također odražavaju rastuću sklonost uključivanju istospolnih zajednica u pojam „porodica“ (vidi para. 26. gore).

94. U svjetlu ovakve evolucije Sud smatra kako bi zadržavanje stajališta da, u odnosu na heteroseksualne parove, istospolni parovi ne mogu uživati „porodični život“ zaštićen članom 8. Konvencije bilo umjetno. Stoga odnos između tužioca kao kohabitirajućeg istospolnog para koji živi u stabilnoj de facto zajednici ulazi u obim pojma „porodični život“, kao što bi i odnos heteroseksualnog para u sličnoj situaciji.“

Sud je isto stajalište potvrdio i u kasnijim presudama *Sabine Boeckel and Anja Gessner-Boeckel protiv Njemačke* (Application no. 8017/11, 7.5.2013.) i presudi *Vallianatos protiv Grčke* (Applications nos. 29381/09, 32684/09, 7.11.2013.). Stajalište da prema Evropskoj konvenciji stabilne emocionalne

zajednice osoba istospolne orijentacije predstavljaju jednako vrijedan oblik porodičnog života u sebi uključuje i konkretne obaveze koje država treba ispuniti, a koje Sud postepeno preciznije određuje kroz svoje presude.

U presudi *Valianatos protiv Grčke* (Applications nos. 29381/09, 32684/09, 7.11.2013.) Evropski sud za ljudska prava na jasan način odredio je obavezu država članica Konvencije (presuda) da unutar svog pravnog poretka osigura jednako dostojanstvo istospolnih zajednica nekim oblikom pravnog priznanja porodičnog života stabilnih emocionalnih zajednica osoba istog spola. Sud je tako izričito utvrdio da:

“84. Također, uzimajući u obzir da je Konvencija živi instrument koji treba tumačiti u trenutnim okolnostima (vidi, između ostalog, Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25.4.1978., § 31, Series A no. 26, i Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva [GC], no. 28957/95, § 75, ECHR 2002-VI), država u svom izboru da zaštiti porodicu i osigura poštovanje porodičnog života kako to traži član 8. mora u obzir nužno uzeti društveni razvoj i promjene u poimanju društvenih odnosno građansko-statusnih pitanja i odnosa uključujući i činjenicu da ne postoji samo jedan način ili izbor kada se radi o vođenju ličnog porodičnog ili privatnog života (vidi X i drugi, citirano gore, § 139).”

U presudi *Oliari protiv Italije* (Applications nos. 18766/11 i 36030/11, 21.7.2015.), Evropski sud za ljudska prava potvrdio je obavezu iz presude *Valianatos* te presudio kako država koja nije izradila i izglasala zakonske propise kojima bi stabilnim emocionalnim zajednicama osoba istog spola kroz neki građanski oblik zajednice priznala status zajednice porodičnog života sa odgovarajućim pravima i obavezama krši prava zaštićena članovima 14. i 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Nakon presude *Oliari* jasno je da države potpisnice, a posebno one koje su dio zajedničkog prostora Evropske unije zasnovanog na slobodi kretanja, imaju obavezu zakonski priznati stabilne emocionalne zajednice osoba istog spola kao zajednice porodičnog života te ih pravno zaštititi pravima i obavezama vezanim za taj građanski oblik, koji je ostavljen državama na izbor.

Ista stajališta izražena su i u Preporuci 1474 (2000) Vijeća Evrope o „Stanju lezbijki i gejeva u zemljama članicama Vijeća Evrope“ u kojima se države članice Vijeća Evrope pozivaju da usvoje zakonske izmjene koje bi omogućile formalno sklapanje istospolnih zajednica. Preporukom (2010)5 Komiteta ministara Vijeća Evrope o mjerama borbe protiv diskriminacije zasnovane na seksualnoj orijentaciji i rodnom identitetu zauzet je stav da države članice trebaju osigurati važenje onih odredbi koje se odnose na nevjenčane heteroseksualne partnere, bez diskriminacije, za parove istog i različitog spola, uključujući i pravo na nasljeđivanje penzije i imovine; te

su pozvane države članice da nastoje osigurati pravni status parova istog spola; da prava i obaveze koje proističu iz tog odnosa odgovaraju onima koja se priznaju parovima različitog spola u sličnim situacijama.

Pravna stečevina Evropske unije

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, koja je po svojoj pravnoj snazi izjednačena sa ustavnim statusom osnivačkog Ugovora o Evropskoj uniji, izričito propisuje da je „pravo na (...) osnivanje porodice garantirano u skladu s nacionalnim zakonima“ (čl. 9. Povelje) pod uslovom da država članica poštuje načelo jednakosti prema kojem se „zabranjuje bilo kakva diskriminacija na osnovu spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porijekla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, dobi ili spolnog usmjerenja“ (čl. 21. Povelje).

Evropska unija nema regulatornu nadležnost uređivati pitanja porodičnih odnosa. No, Sud pravde Evropske unije u svojoj presudi u predmetu *C-267/06 Tadao Maruko* ([2008] ECR I-1757) izričito je naglasio da, uprkos tome što je područje porodičnog prava u isključivoj regulatornoj nadležnosti država članica, one pri korištenju svojih ovlaštenja moraju poštivati EU pravo, a posebno njegove odredbe koje se odnose na garanciju zabrane diskriminacije, uključujući diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije. Iz ovakvog stajališta Suda proizlazi da države članice Evropske unije i Evropskog ekonomskog područja, ali i države kandidatkinje za EU članstvo, moraju osigurati sva prava i koristi uređena pravnim propisima Unije svim građanima i građankama Unije bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju.

Sud pravde Evropske unije je u presudi *C-267/12 Frédéric Hay* pojasnio doseg zabrane diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u pravnom poretku Evropske unije te naglasio kako u EU državama u kojima nacionalno zakonodavstvo osobama istospolne seksualne orijentacije ne omogućava sklapanje braka ograničavanje nekog prava ili koristi koje EU građanima garantira pravni poredak samo na bračne zajednice predstavlja direktnu diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije.

Iz navedenih presuda proizlazi vrlo jasna obaveza država članica da u skladu sa ciljevima Direktive 2000/78/EZ istospolnim zajednicama porodičnog života osiguraju sva prava iz područja zapošljavanja i radnih odnosa, stručnog osposobljavanja za rad odnosno zdravstvene, socijalne i penzione zaštite te poreske olakšice vezane za radnopravni status osobe koja su garantirala i bračnim zajednicama.

S obzirom na važnost koju sloboda kretanja EU građana i građanki ima za pravni poredak Evropske unije, sve države članice, države Evropskog privrednog prostora i države kandidatkinje imaju obavezu osigurati državljanima drugih država Unije da slobodno uđu i borave na njenom teritoriju sa svojim porodicama kako bi mogli koristiti svoja prava koja im garantira Ugovor o funkcioniranju Evropske unije i Direktiva 2004/38/EU. To konkretno znači da one države članice koje u svom domaćem pravnom poretku nisu zakonom priznale bračne ili izvanbračne porodične zajednice osoba istog spola svejedno moraju priznati valjanost takvih zajednica sklopljenih u drugim državama članicama prema njihovom zakonodavstvu te im osigurati sva prava garantirana u okvirima EU pravnog poretka na način koji je identičan onom za domaće bračne zajednice u toj državi. Evropska komisija je tu obavezu jasno izrazila još 2010. godine kada je potpredsjednica Komisije pred Evropskim parlamentom jasno izjavila da je pitanje međusobnog priznanja *„jednostavno, stoga jer je pravo vrlo jasno. Radi se o nediskriminaciji, pravu na slobodu kretanja i međusobnom priznanju. Dopustite mi da naglasim. Ako u državi A živite u zakonitom istospolnom partnerstvu ili braku, imate pravo – i to je osnovno pravo – ponijeti taj status i onaj vašeg partnera ili partnerice u državu B. Ako ne, to je povreda EU prava, te o tome nema rasprave. To je potpuno jasno i ne moramo okolišati oko toga.“* To stajalište Komisija je ponovo javno potvrdila kada je potpredsjednik Komisije Timmermans u junu 2015. godine najavio tužbe protiv država koje ne poštuju ovo načelo izjavivši *„Također držim kako bi Komisija trebala ići naprijed i pokušati dobiti sve države članice EU da bezrezervno prihvate istospolne brakove kao i druge brakove. Čak i ako nemaju istospolne brakove u svojim državama da barem imaju pristojnosti i poštuju odluku drugih država da imaju istospolne brakove. Činjenica da, kada odlaze u druge države, ljudi nailaze na svakakve idiotske probleme na koje bračni drugovi koji nisu istog spola nikad ne nalijeću, po mom mišljenju je sramota.“*

U skladu sa stajalištem Suda i Evropske komisije, Evropski parlament je Rezolucijom A3-0028 pozvao države članice da ukinu diskriminaciju homoseksualnih osoba zakonima i administrativnim aktima u aspektima socijalne sigurnosti, usluga, zakona o usvajanju i nasljeđivanju, te stanovanja i u kaznenim zakonima i svim odgovarajućim zakonima (stav 7).

Praksa Suda pravde Evropske unije i odgovarajuća stajališta Evropske komisije odnosno Evropskog parlamenta jasno pokazuju kako Evropska unija očekuje od sadašnjih i budućih država članica da osiguraju pravno priznanje istospolnih porodičnih zajednica te da im garantira sva prava, koristi i obaveze koje pravni poredak Evropske unije garantira svim svojim građanima i građankama i njihovim porodicama.

Model zakona o životnim zajednicama osoba istog spola Federacije BiH¹

GLAVA I UVODNE ODREDBE I NAČELA

Predmet zakona

Član 1.

Ovim Zakonom uređuje se zajednica života dviju osoba istoga spola, načela, sklapanje i prestanak životne zajednice, postupci nadležnih tijela u vezi sa sklapanjem i prestankom životne zajednice, vođenje registra o životnim zajednicama te pravni učinci životnih zajednica osoba istoga spola.

Cilj zakona

Član 2.

Cilj ovog zakona je osiguranje pravne zaštite osoba istoga spola koji žive u životnoj zajednici, te zaštita njihovog porodičnog života.

Pojam životne zajednice

Član 3.

Životna zajednica u smislu ovoga zakona je zakonom uređena zajednica porodičnog života dva punoljetna lica istog spola (u daljem tekstu životni partneri), koja nisu u braku, vanbračnoj zajednici ili životnoj zajednici sa drugom osobom, te koja su sklopila životnu zajednicu pred nadležnim organom u skladu sa odredbama ovog zakona.

Pojam neformalne životne zajednice dviju osoba istoga spola

Član 4.

Neformalna životna zajednica dviju osoba istoga spola je zajednica porodičnog života dviju osoba istog spola, koje nisu u braku, vanbračnoj ili životnoj zajednici ili u neformalnoj životnoj zajednici sa drugom osobom, a koja je trajala najmanje tri godine.

Učinci neformalne životne zajednice dviju osoba istoga spola

Član 5.

1. Odredbe ovoga Zakona o učincima životnih zajednica primjenjuju se i na neformalne životne zajednice.
2. U slučaju postojanja spora o pravima i obavezama životnih partnera, postojanje neformalne životne zajednice dokazuje se pred nadležnim sudom.

¹ Oba modela zakona su rezultat radne grupe Sarajevskog otvorenog centra. Radnu grupu su činili: Boris Krešić, Fedra Idžaković, Gordan Bosanac i Natalija Petrić.

Rodna neutralnost izraza

Član 6.

Izrazi koji se koriste u ovome Zakonu i propisima koji se donose na temelju njega, a koji imaju rodno značenje, bez obzira jesu li korišteni u muškom ili ženskom rodu, obuhvataju na jednak način i ženski i muški rod.

Zaštita dostojanstva i zabrana diskriminacije

Član 7.

1. Životna zajednica se zasniva na načelima ravnopravnosti, poštovanja dostojanstva i međusobnog pomaganja i uvažavanja životnih partnera.
2. Rodni identitet i izražavanje partnera se poštuje i štiti.
3. Zabranjen je svaki oblik diskriminacije na osnovu statusa životne zajednice.

GLAVA II

USLOVI ZA SKLAPANJE ŽIVOTNE ZAJEDNICE

Cilj sklapanja životne zajednice

Član 8.

Životna zajednica se sklapa u cilju ostvarivanja zajednice života dva lica istog pola.

Uvjeti za postojanje životne zajednice

Član 9.

1. Životnu zajednicu sklapaju saglasnom izjavom dvije osobe istoga spola pred matičarom.
2. Matičar je državni službenik.

Član 10.

1. Za postojanje životne zajednice potrebno je:
 - a) Da su budući životni partneri koji namjeravaju sklopiti životnu zajednicu osobe istoga spola,
 - b) Da su budući životni partneri izjavili svoj pristanak za sklapanje životno zajednice pred matičarem,
 - c) Da je životna zajednica sklopljena pred matičarem.
2. Ako pri sklapanju životne zajednice nije bio ispunjen neki od uvjeta iz stava 1. ovog člana, ne nastaju pravni učinci životne zajednice.

Član 11.

Pravo na tužbu radi utvrđenja postojanja ili nepostojanja životne zajednice ima svaka osoba koja za to ima pravni interes.

Uvjeti za punovažnost životne zajednice

Član 12.

Životnu zajednicu ne može sklopiti osoba koja nije navršila 18 godina života.

Član 13.

Životnu zajednicu ne može sklopiti osoba koja je u braku, vanbračnoj ili životnoj zajednici.

Član 14.

1. Životnu zajednicu ne može sklopiti osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ili koja je nesposobna za rasuđivanje.
2. Izuzetno, sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje životne zajednice osobi koja je nesposobna za rasuđivanje ako utvrdi da je ona sposobna shvatiti značenje životne zajednice i obaveza koje iz nje proizlaze, te da je životna zajednica očito u njenom interesu.

Član 15.

1. Životna zajednica se ne može sklopiti između krvnih srodnika u ravnoj i pobočnoj liniji do četvrtog stepena uključivo.
2. Odredba iz stava 1. ovog člana primjenjuje se i na odnos nastao potpunim usvojenjem.

Član 16.

Životnu zajednicu ne mogu sklopiti usvojilac i njegov usvojenik u slučaju nepotpunog usvojenja.

Član 17.

1. Životna zajednica nije valjana ako je na njeno sklapanje životni partner pristao u strahu izazvanom ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi o osobnosti drugog životnog partnera ili o njegovoj bitnoj osobini.
2. Zabluda o osobnosti životnog partnera postoji kad je životni partner mislio da sklapa životnu zajednicu sa jednom osobom, a sklopio je sa drugom osobom.
3. Zabluda o bitnoj osobini životnog partnera postoji kad se radi o osobini, odnosno okolnosti koja bi drugog životnog partnera odvratila od sklapanja životne zajednice da je za nju znao, a naročito u slučaju krajnje opasne ili teške bolesti ili ranije osude zbog krivičnog djela učinjenog protiv dostojanstva osobe i morala, ili ako je prešutio veće obaveze nastale prije sklapanja životne zajednice.

GLAVA III

POSTUPAK SKLAPANJA ŽIVOTNE ZAJEDNICE

Postupak sklapanja životne zajednice

Član 18.

1. Osobe koje namjeravaju sklopiti životnu zajednicu osobno podnose prijavu matičaru u gradu ili općini u kojoj žele sklopiti životnu zajednicu.
2. Uz prijavu iz stava 1. ovog člana prilažu se izvodi iz matične knjige rođenih, a kada je to potrebno i druge isprave.

Član 19.

1. Matičar će, na osnovu izjava osoba koje žele stupiti u životnu zajednicu, a prema potrebi i na drugi način, provjeriti jesu li ispunjeni uvjeti za postojanje i punovažnost životne zajednice.
2. Ako utvrdi da nije ispunjen jedan od uvjeta iz članova 10, te 12 do 17 ovog Zakona, matičar će usmeno saopćiti osobama koje žele sklopiti životnu zajednicu da ju ne mogu sklopiti i o tome sačiniti službenu zabilješku.
3. Osobe koje žele sklopiti životnu zajednicu mogu u roku od osam dana od dana saopćenja iz stava 2. ovog člana podnijeti zahtjev općinskoj ili gradskoj službi nadležnoj za poslove opće uprave, koja je dužna zahtjev odmah razmotriti i donijeti rješenje.

Član 20.

1. Matičar u dogovoru sa budućim životnim partnerima određuje rok za sklapanje životne zajednice, koji ne može biti kraći od 30 niti duži od 45 dana od dana prijavljivanja.
2. Izuzetno, kada za to postoje opravdani razlozi, matičar može odobriti sklapanje životne zajednice prije isteka roka iz stava 1. ovog člana.

Član 21.

1. Matičar će preporučiti budućim životnim partnerima da se, do dana sklapanja životne zajednice, uzajamno obavijeste o zdravstvenom stanju.
2. Matičar će buduće životne partnere upoznati sa mogućnošću uređenja imovinskih odnosa iz člana 52. ovog Zakona.
3. Matičar će buduće životne partnere upoznati sa mogućnošću sporazumijevanja o prezimenu iz člana 35. ovog Zakona i uzet će njihove izjave o prezimenu.

Član 22.

Ako na dan određen za sklapanje životne zajednice ne dođu jedan ili oba buduća životna partnera, a izostanak ne opravdaju, smatrat će se da je prijava namjere za sklapanje životne zajednice povučena.

Član 23.

1. Sklapanje životne zajednice vrši se na svečan način u posebno određenoj općinskoj prostoriji.
2. Na zahtjev budućih životnih partnera matičar može odobriti da se životna zajednica sklopi na drugom mjestu, ukoliko za to postoje opravdani razlozi.
3. Sklapanje životne zajednice može se odobriti izvan prostorije iz stava 1. ovog člana i ako ne postoje opravdani razlozi, u kom slučaju budući životni partneri dužni su platiti naknadu, čiju će visinu odrediti nadležni općinski organ uprave.

Član 24.

Životnu zajednicu sklapaju životni partneri u prisustvu matičara i dva svjedoka.

Član 25.

1. U naročito opravdanim slučajevima, nadležni općinski ili gradski organ uprave može rješenjem dozvoliti da se životna zajednica sklopi ako je prisutan samo jedan budući životni partner i punomoćnik drugog.
2. U punomoći, koja mora biti ovjerena od suda ili notara, moraju biti tačno navedeni osobni podaci davaoca punomoći, punomoćnika i osobe sa kojom davalac punomoći želi sklopiti životnu zajednicu i datum izdavanja punomoći.
3. Punomoć iz stava 2. ovog člana važi 60 dana od dana ovjeravanja.

Član 26.

Svjedok pri sklapanju životne zajednice može biti svaka punoljetna osoba koja ima poslovnu sposobnost.

Član 27.

Sklapanje životne zajednice počinje izvještajem matičara da su prisutni budući životni partneri i da je na osnovu njihovih izjava, izjava svjedoka i isprava utvrđeno da su ispunjeni uvjeti za postojanje i punovažnost životne zajednice.

Član 28.

1. Nakon što utvrdi da na njegov izvještaj nema prigovora, matičar će upoznati buduće životne partnere sa njihovim pravima i dužnostima i značajem životnog partnerstva.
2. Matičar će poslije toga upitati pojedinačno svakog od budućih životnih partnera da li pristaje da međusobno sklope životnu zajednicu.

Član 29.

1. Životna zajednica je sklopljena kada budući životni partneri izjave svoj pristanak.
2. Nakon pristanka matičar objavljuje da je životna zajednica sklopljena.

3. Matičar upisuje u registar životnih zajednica sklopljenu životnu zajednicu i izjave o prezimenu uzete u skladu s članom 35. ovog Zakona.
4. Nakon što se životni partneri, svjedoci i matičar potpišu u registar životnih zajednica, matičar životnim partnerima odmah izdaje izvod iz registra životnih zajednica.

GLAVA IV

REGISTAR ŽIVOTNIH ZAJEDNICA

Nadležnost za vođenje registra

Član 30.

1. Registar životnih zajednica osniva i vodi matična služba općinske ili gradske uprave.
2. Ministarstvo unutrašnjih poslova Federacije BiH propisuje uslove i način vođenja registra životnih zajednica u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona.
3. Registar neposredno vode državni službenici – matičari.

Način vođenja registra životnih zajednica

Član 31.

1. Registar životnih zajednica (u daljnjem tekstu: registar) vodi se u obliku jedinstvene središnje elektronske baze podataka o svim sklopljenim životnim zajednicama.
2. Na obradu podataka primjenjuju se propisi kojima se uređuje zaštita ličnih podataka.
3. Sastavni dio registra su temeljni spisi na osnovu kojih se upisuju podaci u registar.
4. Način rada u vođenju registra propisat će pravilnikom Ministarstvo unutrašnjih poslova Federacije BiH.

Sadržaj registra

Član 32.

U registar se upisuje:

- a) podaci o sklapanju životnog partnerstva i to: ime i prezime, datum i mjesto rođenja; državljanstvo, JMB životnih partnera, prebivalište životnih partnera, datum i mjesto sklapanja životnog partnerstva, izjave životnih partnera o njihovom prezimenu, ime i prezime i prebivalište punomoćnika, ako je pri sklapanju braka jednog životnog partnera zastupao punomoćnik;
- b) ime i prezime roditelja životnih partnera i njihovo prezime prije sklapanja životnog partnerstva, ako je upisana ta činjenica, ime i prezime i prebivalište svjedoka pri sklapanju životnog partnerstva, ime i prezime matičara i ime i prezime tumača, ako je tumač prisustvovao pri sklapanju životnog partnerstva;

- c) prestanak životnog partnerstva (poništenje i raskid braka, smrt životnog partnera ili proglašenje nestalog životnog partnera umrlim) i promjene imena i prezimena životnih partnera.

GLAVA V

DEJSTVA I PRAVNE POSLJEDICE ŽIVOTNE ZAJEDNICE

Opća prava i obaveze

Član 33.

1. Životni partneri sporazumno i zajednički odlučuju o svim pitanjima od značaja za životnu zajednicu.
2. Životni partneri imaju pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, a posebno pravo na održavanje ličnih međusobnih odnosa.
3. Životni partneri imaju obavezu da se međusobno pomažu i pružaju svu potrebnu njegu i pomoć u slučaju bolesti.

Lična prava i dužnosti životnih partnera

Član 34.

1. Životni partneri ravnopravni su u životnoj zajednici.
2. Životni partneri dužni su uzajamno se poštovati i pomagati.
3. Životni partneri sporazumno određuju mjesto stanovanja.
4. Životni partneri sporazumno i ravnopravno odlučuju o uređenju međusobnih odnosa i obavljanju poslova u životnoj zajednici.

Izbor prezimena životnih partnera

Član 35.

Budući životni partneri mogu se sporazumjeti da će nakon sklapanja životne zajednice:

- a) svaki životni partner zadržati svoje prezime;
- b) kao zajedničko prezime uzeti prezime jednoga od njih;
- c) kao zajedničko uzeti prezimena oba životna partnera, o čijem će se redoslijedu sporazumjeti;
- d) svaki od njih ili samo jedan životni partner svom prezimenu dodati prezime drugog životnog partnera;
- e) svaki od njih ili samo jedan životni partner prezimenu životnog partnera dodati svoje prezime.

1. Izdržavanje

Pravo na međusobno izdržavanje životnih partnera

Član 36.

1. Životni partneri su dužni da se uzajamno izdržavaju.

2. Životni partner koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nesposoban je za rad ili se ne može zaposliti, ima pravo na izdržavanje od svog partnera srazmjerno njegovim mogućnostima.
3. Tužba za izdržavanje iz stava 2. ovog člana može se podnijeti u roku od jedne godine od prestanka životnog partnerstva.

Član 37.

Sud može odbiti zahtjev za izdržavanje životnog partnera ako bi obaveza izdržavanja predstavljala očitu nepravdu za drugog partnera.

Član 38.

1. Sud može odlučiti da obaveza izdržavanja bivšeg životnog partnera traje određeno vrijeme, naročito u slučaju kada je tražilac izdržavanja u mogućnosti u dogledno vrijeme na drugi način osigurati sredstva za život ili kada je životna zajednica trajala kraće vrijeme.
2. U opravdanim slučajevima sud može produžiti obavezu izdržavanja.
3. Tužba za produženje izdržavanja može se podnijeti samo do isteka vremena za koje je izdržavanje određeno.

Određivanje izdržavanja

Član 39.

1. U postupku za izdržavanje sud će utvrditi ukupan iznos sredstava potrebnih za izdržavanje.
2. Prilikom utvrđivanja potreba osobe koja zahtijeva izdržavanje, sud će uzeti u obzir njeno imovno stanje, sposobnost za rad, mogućnost zaposlenja, zdravstveno stanje i druge okolnosti od kojih zavisi ocjena njenih potreba.
3. Prilikom utvrđivanja mogućnosti osobe koja je dužna davati izdržavanje, sud će uzeti u obzir sva njena primanja i stvarne mogućnosti da stiče povećanu zaradu, kao i njene vlastite potrebe i zakonske obaveze izdržavanja.

Način određivanja i visina izdržavanja

Član 40.

1. Izdržavanje se određuje u novcu, a može biti određeno i na drugi način, prema sporazumu partnera.
2. Izdržavanje može biti određeno u fiksnom mjesečnom novčanom iznosu ili u procentu od redovnih mjesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja.
3. Visina izdržavanja može se smanjiti ili povećati ako se promjene okolnosti na osnovu kojih je donesena prethodna odluka.

Član 41.

Pravo na izdržavanje prestaje kada izdržavani životni partner sklopi brak, zasnuje vanbračnu zajednicu, ili zasnuje novo životno partnerstvo, ili postane nedostojan tog prava, ili ako više ne postoji neki od razloga utvrđenih u članu 36. stav 2. ovog Zakona.

2. Imovinski odnosi životnih partnera

Oblici imovine

Član 42.

Imovina životnih partnera može biti posebna i zajednička imovina.

Posebna imovina

Član 43.

1. Imovina koju životni partner ima u času sklapanja životne zajednice ostaje njegova posebna imovina.
2. Posebna je i imovina koju za vrijeme trajanja životne zajednice jedan partner stekne po pravnom osnovu drukčijem od navedenog u članu 44. ovog Zakona.

Zajednička imovina

Član 44.

1. Zajedničku imovinu čini imovina koju su životni partneri stekli radom za vrijeme trajanja životne zajednice, kao i prihodi iz te imovine.
2. Pokloni trećih osoba učinjeni za vrijeme trajanja životne zajednice (u novcu, stvarima, pružanju pomoći radom i sl.) ulaze u zajedničku imovinu, bez obzira na to koji ih je partner primio, ukoliko drukčije ne proizlazi iz namjene poklona ili se iz okolnosti u momentu davanja poklona može zaključiti da je poklonodavac želio učiniti poklon samo jednom od životnih partnera.
3. Dobitak od igara na sreću je zajednička imovina.
4. Prihodi od intelektualnog vlasništva ostvareni za vrijeme trajanja životne zajednice su zajednička imovina.

Član 45.

1. Životni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u zajedničkoj imovini ako nisu drukčije ugovorili.
2. Životni partneri mogu ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za zajedničku imovinu.

Član 46.

Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik zajedničke imovine upisan jedan partner, drugi partner može zahtijevati ispravku upisa, u skladu sa Zakonom o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.

Upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom

Član 47.

1. Zajedničkom imovinom životni partneri upravljaju i raspolazu zajednički i sporazumno.
2. Smatra se da poslove redovnog upravljanja jedan životni partner uvijek preduzima uz saglasnost drugog partnera.
3. Životni partner ima pravo preče kupovine u slučaju kada drugi partner kao suvlasnik nekretnine prodaje svoj idealni dio.
4. Na zajedničku imovinu primjenjuju se odredbe stvarnog i obaveznog prava, ako ovim zakonom nije drukčije određeno.

Podjela zajedničke imovine

Član 48.

1. Podjela zajedničke imovine vrši se ugovorom između životnih partnera.
2. Ako životni partneri ne zaključe ugovor iz stava 1. Ovog člana, podjelu zajedničke imovine izvršit će sud na zahtjev jednog od partnera ili povjerioca životnog partnera, kako tokom tako i nakon prestanka životne zajednice.
3. Ako je sud odlučio da se podjela zajedničke imovine izvrši prodajom stvari zbog toga što je fizička dioba stvari nemoguća ili je moguća uz znatno smanjenje vrijednosti stvari, životni partner ima pravo preče kupnje te stvari.

Uračunavanje u suvlasnički dio

Član 49.

1. Prilikom diobe zajedničke imovine, na zahtjev partnera, u njegov će se suvlasnički dio unijeti predmeti iz zajedničke imovine koji služe za obavljanje profesionalne djelatnosti, kao i one stvari stečene radom u toku životne zajednice koje služe isključivo njegovoj ličnoj upotrebi.
2. Ako je vrijednost stvari iz st. 1. ovog člana nesrazmjerno velika u odnosu na vrijednost cjelokupne zajedničke imovine, izvršit će se dioba i tih stvari, osim ako partner koji bi ove stvari trebalo da dobije ne naknadi drugom partneru odgovarajuću vrijednost ili ne ustupi drugom partneru, po njegovom pristanku, druge stvari.

Pojedinačna odgovornost životnog partnera

Član 50.

Za lične obaveze preuzete prije ili nakon zaključenja životne zajednice odgovara partner koji ih je preuzeo svojom posebnom imovinom, kao i svojim dijelom u zajedničkoj imovini.

Solidarna odgovornost životnih partnera

Član 51.

1. Za obaveze preuzete radi podmirenja potreba zajedničkog života u životnoj zajednici odgovaraju, partneri solidarno svojom zajedničkom i posebnom imovinom.

2. Partner koji je iz svoje posebne imovine podmirio zajedničku obavezu ima pravo na naknadu od drugog partnera srazmjerno njegovom dijelu u zajedničkoj imovini.

Ugovor o posebnom režimu imovine

Član 52.

1. Prije zaključenja, kao i tokom trajanja životne zajednice, životni partneri mogu svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini urediti zaključenjem ugovora o posebnom režimu imovine u životnoj zajednici.
2. Za punovažnost ugovora iz stava 1. ovog člana nužno je da isprava bude notarski obrađena.
3. Ugovor iz stava 1. ovog člana u ime životnog partnera kojem je oduzeta poslovna sposobnost može sklopiti njegov staratelj sa odobrenjem organa starateljstva.
4. Životni partneri ne mogu ugovoriti primjenu prava druge države na imovinsko pravne odnose, osim ukoliko je jedan od njih strani državljanin.

3. Nasljeđivanje

Pravo na nasljeđivanje

Član 53.

Životni partner ima pravo nasljeđivanja pod istim uslovima kao i bračni partner, prema općim pravilima o nasljeđivanju.

Gubitak prava na nasljeđivanje

Član 54.

Životni partner gubi pravo zakonskog nasljeđivanja:

- a) ako je ostavitelj bio podnio tužbu za raskid životnog partnerstva, a poslije ostaviteljeve smrti se utvrdi da je tužba bila osnovana,
- b) ako njegovo životno partnerstvo sa ostaviteljem bude oglašeno za nepostojeće, ili bude poništeno, poslije ostaviteljeve smrti, iz uzroka za čije je postojanje nadživjeli životni partner znao u vrijeme sklapanja životnog partnerstva,
- c) ako je njegova zajednica života sa ostaviteljem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviteljem.

Životni partner nema pravo na nasljedstvo ako je njegova zajednica života s ostaviteljem bila trajno prestala prije ostaviteljeve smrti.

4. Prava životnih partnera

Pravo na poresko oslobođenje

Član 55.

1. Životni partneri uživaju ista prava, obaveze ili olakšice koja vrijede za bračne partnere prema propisima o oporezivanju koji vrijede na području Federacije Bosne i Hercegovine.
2. Zabranjeno je nepovoljno postupanje prema životnim partnerima u pogledu prava, obaveza ili olakšica iz propisa o oporezivanju od onog koje je osigurano bračnim partnerima.
3. Propisi o oporezivanju primjenjuju se u skladu s garancijom iz stava 2. ovog člana i relevantnim propisima kojima se zabranjuje diskriminacija.
4. Poštujući načelo zabrane diskriminacije prava, obaveze i povlastice životnih partnera iz sistema oporezivanja dopušteno je mijenjati propisima iz ove oblasti isključivo u onoj mjeri u kojoj se te izmjene odnose i na porezna pravila koja vrijede i za bračne partnere.

Prava iz penzijskog osiguranja životnih partnera

Član 56.

1. U slučaju smrti osiguranika ili korisnika penzije pravo na porodičnu penziju ima njegov životni partner pod uslovima koji vrijede za bračnog partnera osiguranika prema propisima kojima se uređuje penzijsko osiguranje.
2. Poštujući načelo zabrane diskriminacije prava, obaveze i povlastice životnih partnera iz sistema penzijskog osiguranja dopušteno je mijenjati propisima iz ove oblasti isključivo u onoj mjeri u kojoj se te izmjene odnose i na ona pravila koja vrijede i za bračne partnere.
3. Propise iz penzijskog osiguranja na području Federacije Bosne i Hercegovine primjenjuju se u skladu s garancijom iz stava 2. ovog člana i relevantnim propisima kojima se zabranjuje diskriminacija.

Prava iz socijalnog osiguranja i zaštite

Član 57.

1. Životni partneri mogu ostvariti sva prava i usluge iz sistema socijalnog osiguranja i zaštite uključujući ali ne ograničavajući se na pristup socijalnim uslugama zbog poremećenih partnerskih odnosa, nasilja u porodici ili ako im je zbog drugih nepovoljnih okolnosti potrebna stručna pomoć ili druga podrška pod uslovima propisanim za bračne partnere u relevantnim propisima na nivou Federacije Bosne i Hercegovine i kantona.
2. Zabranjeno je nepovoljno postupanje prema životnim partnerima u pogledu prava ili usluga koje se odnose na socijalno osiguranje i zaštitu od onog koje je osigurano bračnim partnerima.

3. Propisi o socijalnom osiguranju i zaštiti na nivou Federacije Bosne i Hercegovine i kantona primjenjuju se u skladu s garancijom iz stava 2. ovog člana i relevantnim propisima kojima se zabranjuje diskriminacija.
4. Poštujući načelo zabrane diskriminacije prava, obaveze i usluge životnih partnera iz sistema socijalnog osiguranja i zaštite dopušteno je mijenjati propisima iz ove oblasti isključivo u onoj mjeri u kojoj se te izmjene odnose i na ona prava, obaveze i usluge koje vrijede i za bračne partnere.

Prava iz zdravstvenog osiguranja i zaštite

Član 58.

1. Životni partner ima pravo na status osigurane osobe pod uslovima koji vrijede za bračnog druga osiguranika prema propisima iz Zakona o zdravstvenom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine i drugih relevantnih propisa iz ove oblasti na nivou entiteta i kantona.
2. Zabranjeno je nepovoljno postupanje prema životnim partnerima u pogledu obaveza, prava ili povlastica koje se odnose na zdravstveno osiguranje i zdravstvenu zaštitu od onog koje je osigurano bračnim partnerima.
3. Svi propisi iz područja zdravstvenog osiguranja i zdravstvene zaštite primjenjuju se u skladu sa garancijom iz stava 2. ovoga člana i relevantnim propisima kojima se zabranjuje diskriminacija.
4. Poštujući načelo zabrane diskriminacije prava, obaveze i usluge životnih partnera iz sistema zdravstvenog osiguranja i zaštite dopušteno je mijenjati propisima iz ove oblasti isključivo u onoj mjeri u kojoj se te izmjene odnose i na obaveze, prava i usluge iz sistema zdravstvenog osiguranja i zaštite koje vrijede i za bračne partnere.

Prava u slučaju bolesti

Član 59.

U slučaju bolesti jednog životnog partnera, drugi partner ima pravo da bude informisan o njegovoj bolesti i zdravstvenom stanju, toku liječenja i drugim činjenicama koje se tiču partnerovog zdravstvenog stanja, pravo da učestvuje u donošenju odluka u pogledu izbora medicinskog tretmana, pravo da posjećuje partnera u toku bolničkog liječenja i druga srodna prava kako je to predviđeno za bračnog partnera u skladu sa Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosna i Hercegovine i drugim relevantnim propisima.

Zabrana diskriminacije u pristupu javnim i tržišnim uslugama

Član 60.

1. Zabranjeno je svako različito postupanje uključujući svako isključivanje ili ograničavanje na osnovu statusa životne zajednice u pristupu svim uslugama, kako na tržištu tako i u javnom sektoru, i kao takvo predstavlja oblik diskriminacije.

2. Osiguravajuća društva ne mogu, neposredno ili posredno, dovoditi životne partnere u nepovoljni položaj u pogledu pristupa uslugama osiguranja u odnosu na bračne partnere.

Važenje ugovora o najmu stana

Član 61.

1. Ugovor o najmu stana sklapa se sa jednim partnerom, a iznimno sa oba životna partnera.
2. Najmodavac ne može raskinuti ugovor o najmu ako se stanom koristi životni partner koji nije naveden u ugovoru o najmu.
3. U slučaju smrti najmoprimca ili kada najmoprimac napusti stan, prava i dužnosti najmoprimca iz ugovora o najmu stana prelaze na njegovog životnog partnera.

Zabrana diskriminacije prilikom zapošljavanja i radnih odnosa

Član 62.

1. Nepovoljno postupanje bilo koje vrste u pogledu zapošljavanja, rada, radnih uslova i učešća na tržištu rada na osnovu statusa životne zajednice predstavlja oblik diskriminacije i kao takvo je zabranjeno.
2. Prava iz Zakona o radu Federacije Bosne i Hercegovine i njime propisanim izvorima prava iz radnog odnosa koja su osigurana bračnim drugovima garantovana su i životnim partnerima.
3. Prava i obaveze životnih partnera u pogledu zapošljavanja i radnih odnosa dopušteno je mijenjati propisima kojima se uređuju radni odnosi, poštujući pritom garanciju zabrane nepovoljnog postupanja prema životnim partnerima u odnosu na obaveze, prava ili povlastice na tržištu rada u pogledu zapošljavanja i radnih odnosa koje vrijede za bračne partnere.
4. Svi propisi o radu primjenjuju se u skladu s garancijom iz stava 2. ovoga člana i relevantnim propisima o zabrani diskriminacije.

Prava u toku krivičnog postupka i izvršenja krivičnih sankcija

Član 63.

Životni partner učesnika u krivičnom postupku ili koji se nalazi na izdržavanju kazne zatvora ili mjere sigurnosti, ima sva prava pod jednakim uslovima kao i bračni partner, u skladu sa odredbama Krivičnog zakona, Zakona o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Federacije Bosne i Hercegovine i drugim srodnim propisima.

Stjecanje državljanstva

Član 64.

Životni partner državljanina Federacije Bosne i Hercegovine može steći državljanstvo pod istim uslovima koje vrijede za lice koje je u braku s državljaninom Federacije Bosne i Hercegovine u skladu sa Zakonom o državljanstvu Federacije Bosne i Hercegovine.

Privremeni i stalni boravak

Član 65.

Životni partner državljanina Federacije Bosne i Hercegovine ima pravo na privremeni i stalni boravak pod istim uslovima propisanim za bračne partnere.

Međunarodna zaštita

Član 66.

1. Životni partner stranac ostvaruje pravo na međunarodnu zaštitu tražitelja azila, azilanta, stranca pod supsidijarnom zaštitom i stranca pod privremenom zaštitom, a posebno mogućnost ostvarivanja prava na spajanje porodica pod istim uslovima koje vrijede za bračne partnere.
2. Nadležno tijelo koje donosi rješenje o međunarodnoj zaštiti dužno je sa posebnom pažnjom uzeti u obzir okolnost da su životni partneri svoju životnu zajednicu i porodični život držali u tajnosti.

GLAVA VI

PRESTANAK ŽIVOTNE ZAJEDNICE

Prestanak životne zajednice

Član 67.

1. Životna zajednica prestaje smrću životnog partnera, proglašenjem nestalog životnog partnera umrlim, poništenjem i raskidom životne zajednice.
2. Ako je nestali životni partner proglašen umrlim, životna zajednica prestaje danom koji je u pravomoćnoj odluci suda utvrđen kao dan njegove smrti.
3. Životna zajednica prestaje poništenjem i raskidom kada presuda suda o poništenju, odnosno raskidu životne zajednice postane pravomoćna.

Član 68.

1. U slučaju poništenja ili raskida životne zajednice svaki od životnih partnera može zadržati prezime koje je imao u vrijeme prestanka životne zajednice.
2. Za zadržavanje prezimena u slučaju poništenja životne zajednice nužan je pristanak životnog partnera koji nije odgovoran za poništenje.

Poništenje životne zajednice

Član 69.

1. Životna zajednica će se poništiti ako se utvrdi da prilikom njenog sklapanja nije postojao jedan od uvjeta za punovažnost životne zajednice predviđenih u članovima od 12. do 17. ovog Zakona.
2. Životna zajednica će se poništiti ako nije sklopljena u cilju vođenja zajednice života.

Član 70.

1. Pravo na tužbu za poništenje životne zajednice iz razloga navedenih u članovima 13. i 69. stav 2. ovog Zakona pripada životnim partnerima i svakoj osobi koja ima pravni interes da životna zajednica bude poništena.
2. Sud neće poništiti novu životnu zajednicu koja je sklopljena za vrijeme trajanja ranije životne zajednice jednog od životnih partnera, ako je ranija životna zajednica prestala prije zaključenja glavne rasprave.

Član 71.

1. Pravo na tužbu za poništenje životne zajednice za vrijeme dok traje razlog iz člana 14. ovog Zakona pripada životnim partnerima .
2. Nakon prestanka razloga iz člana 14. ovog Zakona pravo na tužbu za poništenje životne zajednice pripada samo životnom partneru kojem je vraćena poslovna sposobnost, odnosno koji je bio nesposoban za rasuđivanje.
3. Tužba iz stava 2. ovog člana može se podnijeti u roku od jedne godine od prestanka nesposobnosti za rasuđivanje, odnosno u roku od jedne godine od pravomoćnosti odluke o vraćanju poslovne sposobnosti.

Član 72.

Pravo na tužbu za poništenje životne zajednice u slučajevima iz članova 15. i 16. ovog Zakona pripada životnim partnerima.

Član 73.

1. Poništenje životne zajednice sklopljene u strahu izazvanom ozbiljnom prijetnjom može tražiti samo životni partner koji je pod uticajem prijetnje sklopio životnu zajednicu.
2. Tužba se može podnijeti u roku od jedne godine od dana kada je opasnost od izvršenja prijetnje prestala, a životni partneri su za to vrijeme živjeli zajedno.

Član 74.

1. Poništenje životne zajednice sklopljene u zabludi iz člana 18. ovog Zakona može tražiti samo životni partner koji je u zabludi pristao na životnu zajednicu.
2. Tužba se može podnijeti u roku od jedne godine od dana saznanja za zabludu, a životni partneri su za to vrijeme živjeli zajedno.

Raskid životne zajednice**Član 75.**

Životni partner može tražiti raskid životne zajednice ako su međusobni partnerski odnosi teško i trajno poremećeni.

Član 76.

Raskid životne zajednice može se zahtijevati tužbom ili zahtjevom za sporazumni raskid životne zajednice.

Član 77.

Sud će raskinuti životnu zajednicu po zahtjevu za sporazumni raskid životne zajednice:

- a) ako je od sklapanja životne zajednice proteklo najmanje šest mjeseci,
- b) ako postoji sporazum životnih partnera, sklopljen u postupku posredovanja o uvjetima i načinu održavanja osobnih odnosa i izdržavanju životnog partnera.

Nadležnost sudova

Član 78.

1. Na sve sporove koji se vode u predmetima koji se uređuju ovim Zakonom adekvatno se primjenjuju odredbe Porodičnog zakona FBiH koje se odnose na bračne sporove.
2. U postupcima iz stava 1. ovoga člana primjenjivat će se odredbe Zakona o parničnom postupku, Zakona o vanparničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku, ukoliko ovim Zakonom nije drukčije određeno.

GLAVA VII

PRIJELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Donošenje podzakonskih akata

Član 79.

Ministarstvo unutrašnjih poslova u roku od tri mjeseca od stupanja na snagu ovoga Zakona donijeti će pravilnik kojim će propisati obrazac isprava koje se izdaju iz registra životnog partnerstva te uputstvo kojim će propisati način rada u vođenju registra.

Stupanje na snagu

Član 80.

Ovaj zakon stupa na snagu u roku od 8 dana od dana objavljivanja u „Službenom listu Federacije Bosne i Hercegovine“.

Obrazloženje modela zakona o zajednicama života osoba istog spola

I USTAVNI OSNOV

Ustavni osnov za donošenje Zakona o životnom partnerstvu sadržan je u članu IV.A.20.(1)d) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, prema kojem Parlament Federacije Bosne i Hercegovine, pored ostalog, ima mjerodavnost za donošenje zakona o vršenju dužnosti federalne vlasti, kao i u članu III. (2) kojim je utvrđeno da su Federalna vlast i kantoni nadležni za jamčenje i provođenje ljudskih prava. Također članom II.A.2.(1)c,d,s) propisana je jednakost svih građana, zabranjena diskriminacija i predviđena zaštita manjina. Ustavom Federacije BiH Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda data je pravna snaga ustavnih odredbi.

II RAZLOZI ZA DONOŠENJE

U Bosni i Hercegovini (BiH) i u Federaciji Bosne i Hercegovine (FBiH) ne postoji pravni okvir, niti bilo koji drugi dokument, kojim se štite prava istospolnih partnera. Važeći pravni okvir tako ne predviđa ni minimum prava koja su neophodna za poštivanje i zaštitu zajednica života osoba istog spola.

Međutim u Aneksu 1. Ustava BiH navedeni su međunarodni sporazumi o ljudskim pravima, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda sa dodatnim protokolima, kao i opšta načela međunarodnog prava, koji se neposredno primjenu u BiH. Opšta načela međunarodnog prava sastavni su dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta. BiH je potpisnica šesnaest međunarodnih konvencija koje su ugrađene u Ustav BiH. Shodno članu II/2. Ustava BiH, prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njeni protokoli se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju snagu ustavnih odredbi i imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U stavu 3. člana II Ustava BiH, kojim se uređuju ljudska prava i osnovne slobode, taksativno su navedena prava koja su Ustavom garantirana svim građanima BiH. Između ostalih, navedeno je pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku (tačka h.) i pravo na brak i zasnivanje porodice (tačka j.). U stavu 4. člana II. Ustava BiH uživanje prava i sloboda, predviđenih u članu II. Ustava BiH ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I Ustava BiH,

osigurano je svim osobama u Bosni i Hercegovini, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što su pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

Pravnu snagu opštih načela međunarodnog prava, na koje se poziva Ustav BiH treba razmatrati i u vezi sa drugim izvorima međunarodno-pravnog karaktera, na koje Ustav upućuje. S tim u vezi, može se zaključiti da opšta načela međunarodnog prava, u skladu sa članovima III/3b i IV/3c te cjelokupnim konceptom ustavnih rješenja nesumnjivo predstavljaju vrijednost, koju Ustav štiti. Usaglašenost akata, bilo materijalnih bilo formalnih, sa opštim načelima međunarodnog prava, dakle, predstavlja ustavnu obavezu za nosioce vlasti u BiH i entitetima. Utoliko bi kršenje načela međunarodnog prava predstavljalo i kršenje Ustava u BiH.

Samom činjenicom da je u Ustavu BiH određeno da će se Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama direktno primjenjivati i da ista ima pravnu snagu iznad svih ostalih zakona, ovakva obaveza se odnosi na FBiH.

U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine postoje dva zakona kojima se zabranjuje diskriminacija po osnovu seksualne i spolne orijentacije. Zakon o ravnopravnosti spolova u BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 16/03, 102/09) u članu 2. st. 3. zabranjuje diskriminaciju, između ostalog, i po osnovu spola i spolne orijentacije. Iako je ovim zakonom zabranjena diskriminacija po osnovu spolne orijentacije do današnjeg dana ove osobe ne mogu ostvariti bilo kakva prava. Zakon o zabrani diskriminacije u BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 59/09) stupio je na snagu 2009. godine. Prema članu 2. ovog Zakona, diskriminacijom će se, u smislu ovog zakona, smatrati *svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, spolnog izražavanja ili orijentacije, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima javnog života*. Zabrana diskriminacije propisana navedenim zakonima prvenstveno štiti pojedince. Nepovoljno postupanje prema istospolnim zajednicama samo po sebi nije zabranjeno ovim Zakonima. Ono će međutim obuhvatiti i zabranu diskriminacije ako se dokaže uvjetovanost takvog nepovoljnog postupanja specifičnom seksualnom orijentacijom osoba koje čine zajednicu.

Postojeći pravni okvir nije u skladu sa sistemom zaštite ljudskih prava Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Europski sud za ljudska prava (ESLjP) donio je niz odluka² iz kojih jasno proizlazi da sadašnji pravni okvir u FBiH ne zadovoljava standarde koje je ESLjP razvio tumačeći člana 8. i člana 14. Konvencije. ESLjP je postavio jasan standard kako države ne mogu istospolnim zajednicama uskratiti ona prava koja su pružila heteroseksualnim zajednicama³.

Nadalje, ESLjP je jasno naveo da stabilne emocionalne istospolne zajednice predstavljaju porodični život i kao takve uživaju zaštitu po osnovu člana 8. Konvencije, bez obzira na poredbenu situaciju heteroseksualnih zajednica⁴. Slijedom navedenog, države imaju obavezu istospolnim zajednicama osigurati ona prava koja su neophodna za uspješno funkcioniranje stabilne emocionalne zajednice života tj. porodičnog života. Isto tako, ESLjP ne smatra kako je u ovoj fazi razvoja sistema zaštite Konvencije, nužno od država zahtijevati da se omogući potpuna bračna jednakost. No, Sud je izričito napomenuo kako u budućnosti takvo što može postati slučaj, tim više što je Povelja ljudskih prava Europske unije odustala od dosad tradicionalne definicije braka kao heteroseksualne zajednice odnosno što je sve veći broj Europskih država propisao potpunu bračnu jednakost⁵.

Štaviše, u junu 2015. godine ESLjP je u predmetu Oliari zauzeo izričito stajalište da države potpisnice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda imaju obavezu donijeti zakonodavne propise kojima će osigurati 1) pravno priznanje stabilnih emocionalnih zajednica osoba istog spola i 2) odgovarajući nivo prava neophodnih za učinkovito poštivanje prava na obiteljski život takvih zajednica. Nakon presude Oliari jasno je da države potpisnice imaju obavezu izraditi i izglasati zakonski akt kojim će urediti položaj i prava istospolnih zajednica u svom društvu. Štaviše, iz obrazloženja presude jasno proizlazi da države koje ne donesu takve zakone vrijeđaju dostojanstvo takvih zajednica i krše Europsku konvenciju.

Iz navedenog jasno proizlazi pravna obveza zakonodavne vlasti da osigura odgovarajući pravni položaj zajednicama istospolnih osoba.

Važnost usklađivanja postojećeg i budućeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa propisima Europske unije utvrđena je Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između europskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine, te isto predstavlja hipotezu adekvatnog pravnog okruženja za lakšu komunikaciju sa susjednim državama. Obaveza usklađivanja stupila je na snagu 16. juna 2008. godine, tj. danom potpisivanja Sporazuma. Sud Evropske unije (Sud pravde) dosljedno je

2 Karner v. Austria; Schalk and Kopf v. Austria; P.B. i J.S. v. Austria

3 Schalk and Kopf v. Austria

4 P.B. i J.S. v. Austria

5 P.B. i J.S. v. Austria

odlučivao kako su građansko-statusna pitanja poput uređenja porodice, u isključivoj nadležnosti samih država članica pojedinačno, pod uvjetom da se ta nadležnost ne koristi kako bi se građani i građanke Evropske unije diskriminirali na temelju njihove seksualne orijentacije, u pogledu pristupa onim pravima čije uređenje ulazi u EU nadležnost.

Štaviše u presudi *Hay* Sud Evropske unije našao je kako nepovoljno postupanje u pogledu pristupa pravima i koristima koja su vezana uz položaj osobe na tržištu rada zbog njenog bračnog statusa predstavlja diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije u državama koje su brak definirale kao heteroseksualnu zajednicu. Prava i obaveze na koje se odnosi ova presuda uključuju sva prava iz područja radnog prava i zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, socijalne zaštite, penzionog sistema, zdravstvene zaštite, sistema oporezivanja, slobode kretanja koje država ili poslodavac neovisno od države jamče osobama koje se stručno osposobljavaju za tržište rada, aktivno traže zaposlenje odnosno aktivno sudjeluju na tržištu rada. Nadalje, Europska komisija dosljedno naglašava kako temeljno pravo slobode kretanja mora obuhvatati i istospolne porodice te da sve EU države moraju priznati istospolne brakove i vanbračne zajednice legitimno sklopljene u skladu s važećim propisima drugih država članica te im osigurati sva prava iz Direktive 2004/38/EU. U tom smislu, EU države nemaju obavezu priznati bračnu jednakost, ali imaju obavezu priznati valjanost istospolnih brakova i vanbračnih zajednica sklopljenih u drugim EU državama te im osigurati sva prava i povlastice koja ulaze u opseg zaštite Direktive 2004/38, a koja su već priznala bračnim parovima sklopljenim u skladu s domaćim zakonodavstvom. S obzirom da takve države na ovaj način u podređeni položaj dovode svoje građana i građanke koji žive u istospolnim porodicama od njih se očekuje da donesu zakone kojima će takvim porodicama priznati istu razinu prava koju već uživaju heteroseksualne bračne zajednice.

Iz sveg navedenog proizlazi da postojeći pravni okvir ne pruža minimum prava koja su nužna za uspješno funkcioniranje zajednice osoba istospolne orijentacije. Uskraćujući ovim zajednicama prava koja je osigurao heteroseksualnim zajednicama pravni poredak BiH ne poštuje princip zabrane diskriminacije.

U vezi sa navedenim, cilj modela Zakona o životnom partnerstvu je da se postavi pravni okvir koji će omogućiti osobama drugačije seksualne orijentacije da ostvare osnovna ljudska prava. U ovom smislu neophodno je pravno regulisati istospolne životne zajednice, čijom institucionalizacijom će se utvrditi i pravni učinci ove zajednice. Ključno je naglasiti da su životne zajednice istospolnih osoba društvena činjenica i sastavni su dio bosansko-hercegovačkog društva. S obzirom da je postojanje zajednica istospolnih partnera realnost, model Zakona o životnom partnerstvu, prvenstveno

uređuje već postojeće stanje. U tom smislu, model Zakona o životnom partnerstvu osigurava niz praktičnih/životnih prava vezanih uz status životnih partnera, neophodnih za svakodnevni normalan život u svim aspektima.

III OBRAZLOŽENJE VAŽNIJIH PRAVNIH RJEŠENJA

U **GLAVI I - OSNOVNE ODREDBE I NAČELA (čl. 1-7)** propisuju se cilj i sadržina zajednica života osoba istog spola i načela na kojima se one zasnivaju. Član 1. je uvodna odredba koja načelno definira područja koje uređuje Zakon, odnosno uređenje zajednice života dviju osoba istog spola, te pravne i administrativne učinke koje iz istoga proizlaze. Član 2. kao cilj Zakona navodi osiguranje pravne zaštite osoba istoga spola koji žive u životnoj zajednici, te zaštita njihovog porodičnog života. U skladu sa pozitivnim zakonodavstvom BiH, diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije je zabranjena te stoga na adekvatan način treba zaštititi od mogućih oblika diskriminacije i istospolne parove. Prema presudama Europskog suda za ljudska prava (vidi npr. Shalk i Kopf protiv Austrije), životna zajednica osoba istoga spola potpada pod porodični život, te ga kao takav prepoznaje i ovaj Zakon. *Sud smatra umjetnim održavati stanovište da suprotno od para različitog spola, istospolni par ne može ostvarivati "obiteljski život" u svrhu članka 8. Posljedično, veza između tužitelja, istospolnog para koji živi zajedno u stabilnoj de facto vezi, spada pod pojam "porodičnog života", isto kao što bi bila situacija s vezom para različitih spolova.* (iz presude Shalk i Kopf protiv Austrije. Član 3. definira pojam životne zajednice, koja se odnosi na zakonom uređenu zajednicu dviju osoba istoga spola koja se sklapa pred nadležnim državnim organom. Također uvjet za životnu zajednicu je da osobe nisu u nekoj od drugih zakonski definiranih zajednica (brak, vanbračna zajednica ili životna zajednica sa drugom osobom), te da su obje osobe punoljetne. Član 4. uvodi se kako bi se izbjegla diskriminacija istospolnih parova koji nisu registrirali svoju zajednicu u odnosu na izvanbračnu heteroseksualnu zajednicu, uvodi se pojam neformalne životne zajednice dviju osoba istoga spola. Uvjet da bi neformalna životna zajednica imala pravne učinke mora postojati najmanje tri godine čime se izjednačava za uvjetom postojanja vanbračne zajednice, te se dokida diskriminacija u odnosu na vanbračnu zajednicu heteroseksualnih osoba. Član 5. definira pravne učinke neformalne životne zajednice te ih izjednačava sa učincima životnih zajednica sklopljenih pred nadležnim organom. Razlika između neformalnih i formalnih životnih zajednica je u tome da u slučaju postojanja spora o pravima i obavezama životnih partnera, postojanje neformalne životne zajednice dokazuje se pred nadležnim sudom. Dakle, na sudu se izvode dokazi o postojanju neformalne životne zajednice za koju će se morati dokazati da je trajala najmanje tri godine. Formalne (registrirane) životne zajednice ne trebaju se

dokazivati na sudu budući da njihovo sklapanje pred nadležnim organom automatski proizvodi pravne učinke. Članom 6. propisuje se da izrazi koji se koriste u ovom Zakonu, a koji imaju rodno značenje, bez obzira jesu li korišteni u muškom ili ženskom rodu, obuhvaćaju na jednak način muški i ženski rod. Članom 7. definirana su načela na kojima se zasniva životna zajednica kako bi se zaštitilo dostojanstvo istospolnih partnera. Jednako tako član propisuje zabranu diskriminacije na osnovi statusa životne zajednice.

GLAVA II (čl. 8-17) propisuje pretpostavke koje moraju postojati da bi životna zajednica bila pravno valjana. Član 7. definira načela na kojima se zasniva životna zajednica kako bi se zaštitilo dostojanstvo istospolnih partnera. Jednako tako član propisuje zabranu diskriminacije na osnovi statusa životne zajednice. Član 8. ostvarivanje zajednice života dva lica istog spola definira kao cilj ovog Zakona. Članovima 9., 10. i 11. propisuju se potrebni uvjeti za postojanje životne zajednice, te se predlaže da se životna zajednica, kao i u slučaju sklapanja braka, sklapa pred matičarem. Uvjeti da se sklopi ova zajednica je da su osobe istoga spola, da su osobe izjavile svoj pristanak za sklapanjem životne zajednice, te da se ista sklopi pred matičarem. Također se regulira pravo na tužbu radi postojanja ili nepostojanja životne zajednice. Član 12. određuje da je za punovažnost zajednice potrebno da su obje osobe punoljetne. Maloljetne osobe ne mogu ni pod kojim uvjetima sklopiti životnu zajednicu. Član 13. onemogućuje istovremeno zasnivanje dvije ili više životnih zajednica, ili i braka ili i vanbračne zajednice. Na taj način se isključuje mogućnost da jedna osoba istovremeno bude u dva regulirana pravna oblika življenja dviju osoba. Član 14. definira da životnu zajednicu ne može sklopiti osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ili koja je nesposobna za rasuđivanje. Također član predviđa i izuzeće da ukoliko takva osoba u vanparničnom postupku dokaže da je sposobna shvatiti značenje životne zajednice obaveza koje iz nje proizlaze, joj se dozvoli da sklopi životnu zajednicu. Tu odluku u konačnici donosi sud. Članovi 15. i 16. reguliraju nemogućnost sklapanja životne zajednice između krvnih srodnika u ravnoj i pobočnoj liniji do četvrtog stepena uključivo. Time je onemogućeno sklapanje životne zajednice među bližom i daljnjom rodbinom. Jednako tako se onemogućuje sklapanje životne zajednice između usvojlaca i njegovog usvojenika. Član 17. proglašava nevaljanost životne zajednice ukoliko je na njeno sklapanje životni partner pristao u strahu izazvanom ozbiljnom prijetnjom ili u zabludi o osobnosti drugog životnog partnera ili o njegovoj bitnoj osobini. Na taj način se ostavlja mogućnost osobama koje sklapaju životnu zajednicu da istu i raskinu, tj. proglase je nevaljalom ukoliko je brak sklopljen pod prijetnjom ili je došlo do zatajivanja informacija o partneru koje su drugu osobu mogle dovesti u zabludu. Ovaj član definira zabludu (o osobnosti životnog partnera) kao situaciju u kojoj je životni partner mislio da sklapa životnu zajednicu sa jednom osobom, a sklopio je sa

drugom osobom. Također zabludom (o bitnoj osobini životnog partnera) se smatra ukoliko je jedan partner drugome prešutio bitne informacije koje bi osobu odvratile od sklapanja životne zajednice, kao što su informacije o postojanju krajnje opasne ili teške bolesti ili ranije osude zbog krivičnog djela učinjenog protiv dostojanstva osobe i morala, ili ako je prešutio veće obaveze nastale prije sklapanja životne zajednice.

GLAVA III (čl. 18 -29) reguliše se postupak sklapanja životnih zajednica, Član 18. regulira da osobe koje namjeravaju sklopiti životnu zajednicu moraju osobno podnijeti prijavu matičaru u gradu ili općini u kojoj žele sklopiti zajednicu. Također se od osoba zahtjeva da prilože izvode iz matične knjige rođenih, a prema potrebi i druge isprave. Davanje ovlasti matičarima da sklapaju životne zajednice ispred države izjednačava prava istospolnih i heteroseksualnih parova te se ukida moguća diskriminacija u pružanju usluga od strane države. Također je ovo najjednostavnije i najracionalnije rješenje koje državi omogućuje uvid u broj zajednica i nadzor nad pravima koje iz zajednica proizlaze a na koja se država obavezuje da će ih ispunjavati. Član 19. određuje daljnje postupanje matičara, nakon što zaprimi zahtjev i potrebnu dokumentaciju za sklapanjem životnog partnerstva. Matičar provjerava jesu li ispunjeni uvjeti za postojanje i punovažnost životne zajednice. Također je regulirano i postupanje matičara u slučaju da nije ispunjen neki od uvjeta za sklapanje zajednice, te se regulira i pravo na žalbu u slučaju da matičar ne odobri sklapanje životne zajednice. Član 20. propisuje za sklapanje životne zajednice koji ne može biti kraći od 30 niti duži od 45 dana od dana prijavljivanja. Član također dopušta iznimku za sklapanje životne zajednice prije isteka navedenog roka ukoliko za to postoje opravdani razlozi. Tu odluku donosi matičar. Član 21. nalaže matičaru da preporuči budućim životnim partnerima da se, do dana sklapanja životne zajednice, uzajamno obavijeste o zdravstvenom stanju. Također nalaže matičaru da buduće životne partnere upoznati sa mogućnošću uređenja imovinskih odnosa kao i o mogućnošću sporazumijevanja o prezimenu. Matičar će također na temelju ovog člana uzeti izjave osoba koje namjeravaju sklopiti životno partnerstvo o prezimenu. Član 22. određuje da će se smatrati povlačenje namjere za sklapanje životne zajednice u slučaju da na dan određen za sklapanje životne zajednice ne dođu jedan ili oba buduća životna partnera, a izostanak ne opravdaju. Član 23. uređuje ceremoniju sklapanja životnog partnerstva koja se vrši se na svečan način u posebno određenoj općinskoj prostoriji. Također omogućava da, na zahtjev budućih životnih partnera, matičar odobri sklapanje na nekom drugom mjestu, te regulira podmirenje eventualnih troškova koji bi nastali sklapanjem životne zajednice van općinskih prostorija. Član 24. regulira nužnost prisutnosti matičara i dva svjedoka prilikom sklapanja životne zajednice. Član 25. omogućava sklapanje životne zajednice ako je prisutan samo jedan budući životni partner i punomoćnik drugog. Ovu iznimku može odobriti nadležni općinski ili gradski organ uprave samo u naročito

opravdanim slučajevima. Na predstavnika nadležnog organa je preneseno je ovlaštenje da interpretira „naročito opravdani slučaj“. Također član propisuje da punomoć mora biti ovjerena od strane suda ili notara. Članom 26. reguliraju se uvjeti za svjedoka pri sklapanju životne zajednice a to su da je osoba punoljetna i da ima poslovnu sposobnost. Članovima 27., 28. i 29. uređuje se procedura samog čina sklapanja životne zajednice, koje započinje izvještajem matičara da su prisutni budući životni partneri i da je na osnovu njihovih izjava, izjava svjedoka i isprava utvrđeno da su ispunjeni uvjeti za postojanje i punovažnost životne zajednice. Matičar će upoznati buduće životne partnere sa njihovim pravima i dužnostima i značajem životnog partnerstva te će zatražiti i pojedinačne iskaze svakog od budućih partnera o pristanku na sklapanje životne zajednice. Konačno članak regulira i upis životne zajednice u registar životnih zajednica. Ovim zakonom predviđeno je otvaranje zasebnog registar životnih zajednica kojeg vode nadležni uredi. Također se životnim partnerima izdaje i izvod iz registra životnih zajednica kao dokument kojim će osobe moći dokazati pred državnim tijelima da su u životnom partnerstvu.

GLAVA IV (čl. 30 - 32) uređuje osnovne karakteristike i procedure vođenja registra životnih zajednica osoba istog spola. Član 30. propisuje da registar životnih zajednica osniva i vodi matična služba općinske ili gradske uprave, te se nalaže Ministarstvu unutrašnjih poslova Federacije BiH da propiše uslove i način vođenja registra. Predviđeno je, da kao i u slučaju registra sklopljenih brakova, ovaj registar vode matičari. Član 31. uređuje način na koji se vodi registar životnih zajednica, te zaštitu ličnih podataka. Lični podaci biti će zaštićeni primjenom propisa koji štite lične podatke u Federaciji BiH. Član također propisuje da će detaljan način rada u vođenju registra propisan pravilnikom Ministarstvo unutrašnjih poslova Federacije BiH. Član 32. propisuje se koji sve lični podaci osoba koje sklapaju životno partnerstvo ulaze u sadržaj registra. Predviđa se prikupljanje istih onih ličnih podataka kao i za osobe koje stupaju u brak.

GLAVA V (čl. 33 - 66) uređuje izdržavanje, imovinske odnose i nasljeđivanje životnih partnera. Čl. 33-35. propisuju se opšta prava i obaveze, lična prava i dužnosti i način sporazuma životnih partnera o prezimenu. U odjeljku 1. Izdržavanje (čl. 36-41) propisuje se pravo životnih partnera na međusobno izdržavanje, postupak i način određivanja i visina iznosa izdržavanja, kao i prestanak prava na izdržavanje. U odjeljku 2. propisuju se imovinski odnosi životnih partnera (čl. 42-52) i bliže uređuju oblici imovine te se precizira imovina koja čini posebnu imovinu, kao i imovina koja čini zajedničku imovinu životnih partnera. Propisuje se i mogućnost da životni partneri ugovore na drugačiji način odnose vezano za zajedničku imovinu (član 45), kao i da, u slučaju da je u zemljišne knjige kao vlasnik upisan jedan, drugi životni partner može tražiti ispravku upisa (član 46). Članom 47. bliže se uređuje upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom,

članom 48. način podjele zajedničke imovine, a članom 49. uračunavanje u suvlasnički udio predmeta iz zajedničke imovine koji služe za obavljanje zanimanja ili ličnu upotrebu jednog od životnih partnera. Članom 50. propisuje se da je za obaveze preuzete prije zaključenja životne zajednice odgovoran onaj od partnera koji ih je preuzeo, a članom 51. solidarna odgovornost životnih partnera za obaveze preuzete radi podmirjenja potreba zajedničkog života u životnoj zajednici. Članom 52. propisuje se mogućnost ugovaranja posebnog režima imovine, kao i da ovaj ugovor mora biti notarski obrađen, posebno se vodi računa da staratelj lica pod starateljstvom mora imati odobrenje organa starateljstva za zaključivanje ovog ugovora, kao i da životni partneri ne mogu ugovarati primjenu prava strane države na svoje imovinsko-pravne odnose, osim ako je jedan od njih strani državljanin. U pododjeljku 3, u članu 53, propisuje se pravo nasljeđivanja životnih partnera, a u članu 54. propisuju slučajevi koji dovode do gubitka prava na nasljeđivanje. Pododjeljkom 4. Članom 55. propisan je izjednačeni porezni status životnog partnerstva sa statusom bračnih partnera. Stavovima 2. i 3. propisana je garancija zabrane nepovoljnog postupanja odnosno, garancija zabrane diskriminacije u primjeni važećih propisa o oporezivanju. Posljednjim stavom propisana je garancija izmjene propisa o oporezivanju uz osiguranje jednakog poreznog statusa životnih partnera sa statusom bračnih partnera. Član 56. izjednačava pravo životnih partnera na porodičnu penziju pod jednakim uslovima koji vrijede za bračnog druga osiguranika predviđenim propisima kojima se uređuje penzijsko osiguranje u Federaciji Bosne i Hercegovine (FBiH). Garantuje se životnim partnerima jednak pristup pravima iz ove oblasti kao i bračnim drugovima prilikom primjene važećih odnosno, budućim izmjenama propisa o penzijskom osiguranju. Član 57. osigurava jednaka prava i jednak pristup uslugama, drugoj stručnoj pomoći ili podršci iz sistema socijalnog osiguranja i socijalne zaštite za životne partnere kako je to propisano relevantnim propisima na nivou FBiH i kantona a koja se odnose na bračne drugove. Garantuje se primjena važećih propisa te izmjena propisa o socijalnom osiguranju i zaštiti na nivou FBiH i kantona uz garanciju zabrane diskriminacije životnog partnerstva. Članovima 58. i 59. propisana su prava i obaveze životnih partnera u sistemu zdravstvenog osiguranja i zdravstvene zaštite te je propisan status zdravstvenog osiguranika. Životni partner ima pravo na status osigurane osobe pod jednakim uslovima koji vrijede za bračnog druga osiguranik. Stavovima 2., 3. i 4. propisuje se zabrana nepovoljnijeg postupanja, odnosno zabrana diskriminacije po osnovu statusa životnog partnerstva u primjeni relevantnih propisa, te se životnim partnerima garantuje jednak pristup pravima u sistemu zdravstvenog osiguranja i zdravstvene zaštite kao i bračnim drugovima prilikom svih budućih izmjena propisa iz ovih oblasti na nivou FBiH i kantona. U slučaju bolesti jednog životnog partnera drugom partneru garantuju se prava jednaka onima koja vrijede za bračne drugove u skladu sa Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata

Federacije Bosna i Hercegovine i drugim relevantnim propisima. Članom 60. zabranjuje se svako različito postupanje uključujući svako isključivanje ili ograničavanje, odnosno diskriminaciju na osnovu statusa životnog partnerstva u pristupu svim uslugama, kako na tržištu tako i u javnom sektoru. Osiguravajuća društva ne mogu na bilo koji način dovoditi životna partnerstva u nepovoljniji položaj u pogledu pristupa uslugama osiguranja u odnosu na bračne zajednice. Član 61. zabranjuje diskriminacije životnih partnera u vezi sa ugovorom o najmu stana. Ugovor o najmu stana sklapa se, u pravilu, sa jednim životnim partnerom. Najmodavac ne može raskinuti ugovor o najmu ako se stanom koristi životni partner koji nije naveden u ugovoru o najmu. U slučaju smrti životnog partnera koji je potpisao ugovor o najmu ili kada je najmoprimac napusti stan, sva prava i dužnosti najmoprimca iz ugovora prelaze na njegovog životnog partnera. Član 62. zabranjuje bilo kakvo nepovoljno postupanje, odnosno diskriminaciju po osnovu statusa životnog partnerstva u pogledu zapošljavanja, rada, radnih uslova i učešća na tržištu rada. Životnim partnerima garantuju se jednaka prava iz Zakona o radu FBiH i njime propisanim izvorima prava iz radnog odnosa koja su osigurana bračnim drugovima. Životnim partnerima propisuje se jednak pristup pravima, obavezama ili povlasticama na tržištu rada u pogledu zapošljavanja i radnih odnosa kao i bračnim drugovima u primjeni postojećeg zakonodavstva odnosno, prilikom izmjene propisa kojima se uređuju radni odnosi i druga srodna prava. Član 63. garantuje jednaka prava životnom partneru pod jednakim uslovima propisanim odredbama Krivičnog zakona, Zakona o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Federacije Bosne i Hercegovine i drugim srodnim propisima koja vrijede za bračnog druga u slučaju da je životni partner učesnik u krivičnom postupku ili se nalazi na izdržavanju kazne zatvora ili mere sigurnosti. Član 64. i član 65. propisuju da se životni partner državljanina FBiH može steći državljanstvo pod istim uslovima koje vrijede za bračne partnere u skladu sa Zakonom o državljanstvu Federacije Bosne i Hercegovine. Životni partner državljanina FBiH ima pravo na privremeni i stalni boravak pod istim uslovima propisanim za bračne partnere. Član 66. Reguliše pravo na međunarodnu zaštitu tražitelja azila, azilanta, stranca pod supsidijarnom zaštitom i stranca pod privremenom zaštitom, kao i mogućnost ostvarivanja prava na spajanje porodica životnom partneru strancu pod istim uslovima koje vrijede za bračnog partnera stranca. Nadležno tijelo koje donosi rješenje o međunarodnoj zaštiti dužno je uzeti u obzir okolnosti u kojima su životni partneri radi zaštite svoje sigurnosti svoju životnu zajednicu i porodični život držali u tajnosti.

GLAVA VI (čl. 67 - 77) ovom glavom propisani su: prestanak životne zajednice, zadržavanje prezimena, poništenje životne zajednice, pravo na tužbu za poništenje, raskid životne zajednice i nadležnost za rješavanje sporova. U članu 67. propisuje se da životna zajednica prestaje smrću životnog partnera, proglašenjem nestalog životnog partnera umrlim,

poništenjem i raskidom životne zajednice i određuje da, ako je nestali životni partner proglašen umrlim, životna zajednica prestaje danom koji je u pravosnažnoj odluci suda utvrđen kao dan njegove smrti, a ako životna zajednica prestaje poništenjem i raskidom, ista prestaje kada presuda suda o poništenju, odnosno raskidu životne zajednice postane pravosnažna. U članu 68. određuje se da i u slučaju poništenja ili raskida životne zajednice svaki od životnih partnera može zadržati prezime koje je imao u vrijeme prestanka životne zajednice, s tim da je za zadržavanje prezimena u slučaju poništenja životne zajednice nužan pristanak životnog partnera koji nije odgovoran za poništenje. Članom 69. propisano je da će se životna zajednica poništiti ako se utvrdi da prilikom njenog zaključenja nije postojao jedan od uslova za punovažnost životne zajednice predviđenih u čl. 12 - 17. ovog zakona, kao i ukoliko ista nije zaključena u cilju vođenja zajednice života. U članu 70. propisano je da pravo na tužbu za poništenje životne zajednice iz razloga navedenih u članovima 13. i 69. stav 2. ovog zakona pripada životnim partnerima i svakom licu koje ima pravni interes da životna zajednica bude poništena, kao i da sud neće poništiti novu životnu zajednicu koja je zaključena za vrijeme trajanja ranije životne zajednice jednog od životnih partnera, ako je ranija životna zajednica prestala prije zaključenja glavne rasprave. Članom 71. propisano je da pravo na tužbu za poništenje životne zajednice za vrijeme dok traje razlog iz člana 14. ovog zakona pripada životnim partnerima, a nakon prestanka ovih razloga, pravo na tužbu za poništenje životne zajednice pripada samo životnom partneru kojem je vraćena poslovna sposobnost, odnosno koji je bio nesposoban za rasuđivanje, te da se tužba može podnijeti u roku od jedne godine od prestanka nesposobnosti za rasuđivanje, odnosno u roku od jedne godine od pravosnažnosti odluke o vraćanju poslovne sposobnosti. Članom 72. propisuje se da pravo na tužbu za poništenje životne zajednice u slučajevima iz čl. 15. i 16. ovog zakona pripada životnim partnerima., a članom 73. da poništenje životne zajednice zaključene u strahu izazvanim ozbiljnom prijetnjom može tražiti samo životni partner koji je bio prinuđen, i to podnošenjem tužbe najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je opasnost od izvršenja prijetnje prestala, a životni partneri su za to vrijeme živjeli zajedno. U članu 74. propisano je da poništenje životne zajednice zaključene u zabludi iz člana 18. ovog zakona može tražiti samo životni partner koji je u zabludi pristao na životnu zajednicu, a da se tužba može podnijeti u roku od jedne godine od dana saznanja za zabludu, a životni partneri su za to vrijeme živjeli zajedno. Članom 75. propisuje se da životni partner može tražiti raskid životne zajednice ako su međusobni partnerski odnosi teško i trajno poremećeni, uslijed čega je zajednički život postao nepodnošljiv, te da se raskid životne zajednice može inicirati tužbom ili zahtjevom za sporazumni raskid životne zajednice, članom 76. da će sud raskinuti životnu zajednicu po zahtjevu za sporazumni raskid životne zajednice: ako je od zaključenja životne zajednice proteklo najmanje šest mjeseci i ako postoji sporazum životnih partnera, zaključen u postupku

posredovanja o uslovima i načinu održavanja ličnih odnosa i izdržavanju životnog partnera. Članom 77. se precizira da će se na sve sporove koji se vode u predmetima koji se uređuju ovim zakonom primjenjivati odredbe zakona kojim se uređuju porodični odnosi, a koje se odnose na bračne sporove kao i odredbe zakona kojim se uređuju parnični, vanparnični i izvršni postupci, ukoliko ovim zakonom nije drugačije propisano.

GLAVA VII (čl. 78 -79) sadrži dva člana: članom 78. daje se ovlašćenje ministru uprave i lokalne samouprave da u roku od 90 dana od stupanja na snagu ovog zakona donese pravilnik kojim će propisati sadržaj, izgled i način vođenja registra životnih zajednica i obrasce izvoda koji se izdaju na osnovu upisa u ovaj registar, a članom 79. propisuje da ovaj zakon stupa na snagu u roku od 8 dana od dana objavljivanja u "Službenom listu Federacije BiH".

IV FINANSIJSKA SREDSTVA

Za realizaciju ovog zakona nije potrebno osiguranje dodatnih sredstava iz Budžeta Federacije BiH.

МОДЕЛ ЗАКОНА О ЖИВОТНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА ЛИЦА ИСТОГ ПОЛА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

ГЛАВА I УВОДНЕ ОДРЕДБЕ И НАЧЕЛА

Предмет закона

Члан 1.

Овим законом уређује се заједница живота два лица истог пола, начела, закључивање и престанак животне заједнице, поступци надлежних органа у вези са закључивањем и престанком животне заједнице, вођење регистра о животним заједницама те правни учинци животних заједница лица истог пола у Републици Српској.

Циљ закона

Члан 2.

Циљ овог закона је осигурати правну заштиту лицима истог пола која живе у животној заједници, те заштита њиховог породичног живота.

Појам животне заједнице

Члан 3.

Животна заједница у смислу овога закона је законом уређена заједница породичног живота два пунољетна лица истог пола (у даљем тексту: животни партнери), која нису у браку, ванбрачној заједници или животној заједници са другим лицем, те која су склопила животну заједницу пред надлежним органом у складу са одредбама овог закона.

Појам неформалне животне заједнице

Члан 4.

Неформална животна заједница два лица истог пола је заједница породичног живота два лица истог пола, која нису у браку, ванбрачној или животној заједници или у неформалној животној заједници са другим лицем, а која је трајала најмање три године.

Учинци неформалне животне заједнице

Члан 5.

1. Одредбе овог закона о учинцима животних заједница примјењују се и на неформалне животне заједнице.

2. У случају постојања спора о правима и обавезама животних партнера, постојање неформалне животне заједнице доказује се пред надлежним судом.

Родна неутралност израза

Члан 6.

Изрази који се користе у овом закону и прописима који се доносе на основу њега, а који имају родно значење, без обзира јесу ли коришћени у мушком или женском роду, обухватају на једнак начин и женски и мушки род.

Заштита достојанства и забрана дискриминације

Члан 7.

1. Животна заједница се заснива на начелима равноправности, поштовања достојанства и међусобног помагања и уважавања животних партнера.
2. Родни идентитет и изражавање партнера се поштује и штити.
3. Забрањен је сваки облик дискриминације на основу статуса животне заједнице.

ГЛАВА II

УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧИВАЊЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Циљ закључивања животне заједнице

Члан 8.

Животна заједница се закључује у циљу остваривања заједнице живота два лица истог пола.

Услови за пуноважност животне заједнице

Члан 9.

1. Животну заједницу закључују два лица истог пола сагласношћу слободно изјављених воља пред матичарем.
2. Матичар је овлашћени службеник надлежног општинског или градског органа управе.

Члан 10.

1. За постојање животне заједнице потребно је:
 - а) да су будући животни партнери који намјеравају закључити животну заједницу лица истог пола,
 - б) да су будући животни партнери изјавили свој пристанак за склапање животне заједнице пред матичарем и
 - ц) да је животна заједница закључена пред матичарем.

2. Ако при закључивању животне заједнице није био испуњен неки од услова из става 1. овог члана, не настају правни учинци животне заједнице.

Члан 11.

Право на тужбу ради утврђења постојања или непостојања животне заједнице има свака особа која за то има правни интерес.

Члан 12.

Животну заједницу не може закључити лице које није навршило 18 година живота.

Члан 13.

Животну заједницу не може закључити лице које је у браку, ванбрачној или животној заједници.

Члан 14.

1. Животну заједницу не може закључити лице којем је одузета пословна способност или које због душевне болести, душевне неразвијености или из других разлога није способно за расуђивање.
2. Изузетно, суд може у ванпарничном поступку дозволити закључивање животне заједнице лицу које није способно за расуђивање уколико утврди да је способно схватити значење животне заједнице и обавеза које из ње произлазе, те да је животна заједница очито у интересу тог лица.

Члан 15.

1. Животна заједница се не може закључити између крвних сродника у равној и побочној линији закључно са четвртим степеном.
2. Одредба из става 1. овог члана примјењује се и на однос настао потпуним усвојењем.

Члан 16.

Животну заједницу не могу закључити усвојилац и његов усвојеник у случају непотпуног усвојења.

Члан 17.

1. Животна заједница није ваљана ако је на њено закључивање животни партнер пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом или у заблуди о личности другог животног партнера или о његовој битној особини.
2. Заблуда о личности животног партнера постоји кад је животни партнер мислио да закључује животну заједницу са једним лицем, а закључио је са другим.

3. Заблуда о битној особини животног партнера постоји кад се ради о особини, односно околности која би другог животног партнера одвратила од склапања животне заједнице да је за њу знао, а нарочито у случају крајње опасне или тешке болести или раније осуде због кривичног дјела учињеног против достојанства лица и морала, или ако је прећутао веће обавезе настале прије закључења животне заједнице.

ГЛАВА III ПОСТУПАК ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Пријава закључења животне заједнице

Члан 18.

1. Лица која намјеравају закључити животну заједницу подносе пријаву матичару у граду или општини у којој желе закључити животну заједницу.
2. Уз пријаву из става 1. овог члана прилажу се изводи из матичне књиге рођених, а када је то потребно и друге исправе.

Члан 19.

1. Матичар ће, на основу изјава лица које желе закључити животну заједницу, а према потреби и на други начин, провјерити да ли су испуњени услови за постојање и пуноважност животне заједнице.
2. Ако утврди да није испуњен један од услова из чл. 10, те 12. до 17. овог закона, матичар ће усмено саопштити лицима која желе закључити животну заједницу да је не могу закључити и о томе сачинити службену забиљешку.
3. Лица које желе закључити животну заједницу могу у року од осам дана од дана саопштења из става 2. овог члана уложити приговор надлежном општинском или градском органу управе, који је дужан одмах одлучити о приговору и донијети рјешење.

Члан 20.

1. Матичар, у споразуму са лицима која желе закључити животну заједницу, одређује дан за закључење животне заједнице, који не може бити краћи од 30 нити дужи од 45 дана од дана пријављивања.
2. Изузетно, кад за то постоје оправдани разлози, матичар може одобрити закључивање животне заједнице прије истека рока из става 1. овог члана.

Члан 21.

1. Матичар ће препоручити будућим животним партнерима да се, до дана закључивања животне заједнице, узајамно информишу о стању здравља.

2. Матичар ће будуће животне партнере упознати са могућношћу уређења имовинских односа у складу са одредбама члана 52. овог закона.
3. Матичар ће будуће животне партнере упознати са могућношћу споразумијевања о презимену из члана 35. овог закона и узеће њихове изјаве о презимену.

Члан 22.

Ако на дан одређен за закључивање животне заједнице не дођу један или оба будућа животна партнера, а изостанак не оправдају, сматраће се да је пријава намјере за закључивање животне заједнице повучена.

Члан 23.

1. Закључивање животне заједнице врши се на свечан начин у за то одређеној просторији.
2. На захтјев будућих животних партнера матичар може одобрити да се животна заједница закључи на другом мјесту, уколико за то постоје оправдани разлози.
3. Закључивање животне заједнице може се одобрити изван просторије из става 1. овог члана и ако не постоје за то оправдани разлози, у ком су случају будући животни партнери дужни платити накнаду, чију ће висину одредити надлежни орган управе.

Члан 24.

Животну заједницу закључују животни партнери у присуству матичара и два свједока.

Члан 25.

1. У нарочито оправданим случајевима, надлежни општински или градски орган управе може рјешењем дозволити да се животна заједница закључи ако је присутан само један будући животни партнер и пуномоћник другог.
2. У пуномоћи, која мора бити овјерена од суда или нотара, морају бити тачно наведени лични подаци даваоца пуномоћи, пуномоћника и лица са којим давалац пуномоћи жели закључити животну заједницу и датум издавања пуномоћи.
3. Пуномоћ из става 2. овог члана важи 90 дана од дана овјеравања.

Члан 26.

Свједок при закључивању животне заједнице може бити свако пунољетно лице које има пословну способност.

Члан 27.

Закључивање животне заједнице почиње извјештајем матичара да су присутни будући животни партнери и да је на основу њихових изјава, изјава свједока и исправа утврђено да су испуњени услови за постојање и пуноважност животне заједнице.

Члан 28.

1. Након што утврди да на његов извјештај нема приговора, матичар ће упознати будуће животне партнере са њиховим правима и дужностима и значајем животног партнерства.
2. Матичар ће после тога упитати појединачно сваког од будућих животних партнера да ли пристаје да међусобно закључе животну заједницу.

Члан 29.

1. Животна заједница је закључена када будући животни партнери изјаве свој пристанак.
2. Након пристанка матичар објављује да је животна заједница закључена.
3. Матичар уписује у регистар животних заједница закључену животну заједницу и изјаве о презимену узете у складу с чланом 35. овог закона.
4. Након што се животни партнери, свједоци и матичар потпишу у регистар животних заједница, матичар животним партнерима одмах издаје извод из регистра животних заједница.

ГЛАВА IV

РЕГИСТАР ЖИВОТНИХ ЗАЈЕДНИЦА

Надлежност за вођење регистра

Члан 30.

1. Регистар животних заједница оснива и води матична служба јединице локалне самоуправе.
2. Регистар непосредно води за то овлашћени службеник – матичар.

Начин вођења регистра животних заједница

Члан 31.

1. Регистар животних заједница (у даљњем тексту: регистар) води се у облику јединствене средишње електронске базе података о свим закљученим животним заједницама.
2. На обраду података примјењују се прописи којима се уређује заштита личних података.
3. Саставни дио регистра су темељни списи на основу којих се уписују подаци у регистар.

4. Министар управе и локалне самоуправе донијеће правилник којим ће ближе уредити садржај, изглед и начин вођења регистра животних заједница и обрасце извода који се издају на основу уписа у овај регистар.

Садржај регистра

Члан 32.

У регистар се уписује:

- а) подаци о закључењу животног партнерства и то: име и презиме, датум и мјесто рођења, држављанство, ЈМБ животних партнера, пребивалиште животних партнера, датум и мјесто закључивања животног партнерства, изјаве животних партнера о њиховом презимену, име и презиме и пребивалиште пуномоћника, ако је при закључивању једног животног партнера заступао пуномоћник,
- б) име и презиме родитеља животних партнера и њихово презиме прије закључивања животног партнерства, ако је уписана та чињеница, име и презиме и пребивалиште свједока при закључивању животног партнерства, име и презиме матичара и име и презиме тумача, ако је тумач присуствовао при закључивању животног партнерства и
- ц) престанак животног партнерства (поништење и раскид, смрт животног партнера или проглашење несталог животног партнера умрлим) и промјене имена и презимена животних партнера.

ГЛАВА V

ДЕЈСТВА И ПРАВНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Општа права и обавезе

Члан 33.

- 1. Животни партнери споразумно и заједнички одлучују о свим питањима од значаја за животну заједницу.
- 2. Животни партнери имају право на поштовање приватног и породичног живота, а посебно право на одржавање личних међусобних односа.
- 3. Животни партнери имају обавезу да се међусобно помажу и пружају сву потребну његу и помоћ у случају болести.

Лична права и дужности животних партнера

Члан 34.

- 1. Животни партнери равноправни су у животној заједници.
- 2. Животни партнери дужни су узајамно се поштовати и помагати.
- 3. Животни партнери споразумно одређују мјесто становања.
- 4. Животни партнери споразумно и равноправно одлучују о уређењу међусобних односа и обављању послова у животној заједници.

Избор презимена животних партнера

Члан 35.

Будући животни партнери могу се споразумјети да ће након закључења животне заједнице:

- а) сваки животни партнер задржати своје презиме,
- б) као заједничко презиме узети презиме једнога од њих,
- ц) као заједничко узети презимена оба животна партнера, о чијем ће се редослиједу споразумјети,
- д) сваки од њих или само један животни партнер свом презимену додати презиме другог животног партнера или
- е) сваки од њих или само један животни партнер презимену животног партнера додати своје презиме.

1. Издржавање

Право на међусобно издржавање животних партнера

Члан 36.

1. Животни партнери су дужни да се међусобно издржавају.
2. Животни партнер који нема довољно средстава за живот или их не може остварити из своје имовине, а неспособан је за рад или се не може запослити, има право на издржавање од свог партнера сразмјерно његовим могућностима.
3. Тужба за издржавање из става 2. овог члана може се поднијети у року од једне године од престанка животног партнерства.

Члан 37.

Суд може одбити захтјев за издржавање животног партнера ако би обавеза издржавања представљала очиту неправду за другог партнера.

Члан 38.

1. Суд може одлучити да обавеза издржавања бившег животног партнера траје одређено вријеме, нарочито у случају када је тражилац издржавања у могућности у догледно вријеме на други начин осигурати средства за живот или када је животна заједница трајала краће вријеме.
2. У оправданим случајевима суд може продужити обавезу издржавања.
3. Тужба за продужење издржавања може се поднијети само до истека времена за које је издржавање одређено.

Одређивање издржавања

Члан 39.

1. У поступку за издржавање суд ће утврдити укупан износ средстава потребних за издржавање.

2. Приликом утврђивања потреба лица које захтијева издржавање, суд ће узети у обзир његово имовно стање, способност за рад, могућност запослења, здравствено стање и друге околности од којих зависи оцјена његових потреба.
3. Приликом утврђивања могућности лица које је дужно давати издржавање, суд ће узети у обзир сва његова примања и стварне могућности да стиче повећану зараду, као и његове личне потребе и законске обавезе издржавања.

Начин одређивања и висина издржавања

Члан 40.

1. Издржавање се одређује у новцу, а може бити одређено и на други начин, према споразуму партнера.
2. Издржавање може бити одређено у фиксном мјесечном новчаном износу или у проценту од редовних мјесечних новчаних примања дужника издржавања.
3. Висина издржавања може се смањити или повећати ако се промијене околности на основу којих је донесена претходна одлука.

Члан 41.

Право на издржавање престаје када издржавани животни партнер закључи брак, заснује ванбрачну заједницу, или заснује ново животно партнерство, или постане недостојан тог права, или ако више не постоји неки од разлога утврђених у члану 36. став 2. овог закона.

2. Имовински односи животних партнера

Облици имовине

Члан 42.

Имовина животних партнера може бити посебна и заједничка.

Посебна имовина

Члан 43.

Имовина коју животни партнер има у часу закључења животне заједнице остаје његова посебна имовина.

Заједничка имовина

Члан 44.

1. Заједничку имовину чини имовина коју су животни партнери стекли радом за вријеме трајања животне заједнице, као и приходи из те имовине.
2. Поклони трећих особа учињени за вријеме трајања животне заједнице (у новцу, стварима, пружању помоћи радом и сл.) улазе у заједничку имовину, без обзира на то који их је партнер примио, уколико другачије не произлази из намјене поклоне или се из околности у

моменту давања поклона може закључити да је поклонодавац желио учинити поклон само једном од животних партнера.

3. Добитак од игара на срећу је заједничка имовина.
4. Приходи од интелектуалног власништва остварени за вријеме трајања животне заједнице су заједничка имовина.
5. Имовина коју за вријеме трајања животне заједнице један партнер стекне по неком другом правном основу, његова је посебна имовина.

Члан 45.

1. Животни партнери су у једнаким дијеловима сувласници у заједничкој имовини ако нису другачије уговорили.
2. Животни партнери могу уговором другачије уредити своје односе везане за заједничку имовину, на начин и под условима какви су прописани за брачне partnere законом којим се уређују породични односи.

Члан 46.

Уколико је у земљишне књиге као власник заједничке имовине уписан један животни партнер, други партнер може захтијевати исправку уписа, у складу са законом којим се уређује упис некретнина и права на некретнинама у земљишне књиге.

Управљање и располагање заједничком имовином

Члан 47.

1. Животни партнери споразумно и заједно посједују, управљају и користе заједничку имовину.
2. Сматра се да послове редовног управљања један животни партнер увијек предузима уз сагласност другог партнера.
3. Животни партнер има право прече куповине у случају када други партнер као сувласник некретнине продаје свој идеални дио.
4. На заједничку имовину примјењују се одредбе закона којим се уређују облигациони односи и закона којим се уређују право својине, државине и друга стварна права, ако овим законом није другачије одређено.

Подјела заједничке имовине

Члан 48.

1. Животни партнери могу заједничку имовину споразумно подијелити, о чему се закључује уговор између животних партнера.
2. Ако се животни партнери не споразумију и не закључе уговор из става 1. овог члана, подјелу заједничке имовине извршиће суд на захтјев једног од партнера или повјериоца животног партнера, како током тако и након престанка животне заједнице.

3. Ако је суд одлучио да се подјела заједничке имовине изврши продајом због тога што је физичка диоба ствари немогућа или је могућа уз знатно смањење вриједности имовине, животни партнер има право прече куповине.

Урачунавање у сувласнички дио

Члан 49.

1. Приликом диобе заједничке имовине, на захтјев партнера, у његов ће се сувласнички дио унијети предмети из заједничке имовине који служе за обављање његовог занимања, као и оне ствари стечене радом у току животне заједнице које служе искључиво његовој личној употреби.
2. Ако је вриједност ствари из става 1. овог члана несразмјерно велика у односу на вриједност цјелокупне заједничке имовине, извршиће се диоба и тих ствари, осим ако партнер који би ове ствари требало да добије не накнади другом партнеру одговарајућу вриједност или не уступи другом партнеру, по његовом пристанку, друге ствари.

Појединачна одговорност животног партнера

Члан 50.

За личне обавезе преузете прије или након закључења животне заједнице одговара партнер који их је преузео својом посебном имовином, као и својим дијелом у заједничкој имовини.

Солидарна одговорност животних партнера

Члан 51.

1. За обавезе преузете ради подмирења потреба заједничког живота у животној заједници животни партнери одговарају солидарно својом заједничком и посебном имовином.
2. Партнер који је из своје посебне имовине подмирио заједничку обавезу има право на накнаду од другог партнера сразмјерно његовом удјелу у заједничкој имовини.

Уговор о посебном режиму имовине

Члан 52.

1. Прије закључења, као и током трајања животне заједнице, животни партнери могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити закључењем уговора о посебном режиму имовине у животној заједници.
2. Уговор из става 1. овог члана мора бити нотарски обрађен.
3. Уговор из става 1. овог члана у име животног партнера којем је одузета пословна способност може закључити његов старатељ, уз одобрење органа старатељства.

4. Животни партнери не могу уговорати примјену права стране државе на своје имовинско-правне односе, осим уколико је један од њих страни држављанин.

3. Насљеђивање

Право на насљеђивање

Члан 53.

Животни партнер има право насљеђивања под истим условима као и брачни партнер, према општим правилима о насљеђивању прописаним законом којим се уређује питање насљеђивања.

Губитак права на насљеђивање животног партнера

Члан 54.

1. Животни партнер нема право на насљеђе:
 - а) ако је оставилац поднио тужбу за раскид животног партнерства, а после оставиоачеве смрти се утврди да је тужба била основана,
 - б) ако његово животно партнерство са оставиоцем буде оглашено за непостојеће, или буде поништено, после оставиоачеве смрти, из узрока за чије је постојање ндживјели животни партнер знао у вријеме закључења животног партнерства и
 - ц) ако је његова заједница живота са оставиоцем била трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем.
2. Животни партнер нема право на насљеђивање ако је његова заједница живота с оставиоцем трајно престала прије оставиоачеве смрти.

4. Права животних партнера

Право на пореско ослобођење

Члан 55.

1. Животни партнери уживају иста права, обавезе или олакшице која вриједе за брачне partnere према прописима којим се уређује опорезивање дохотка физичких лица.
2. Забрањено је неповољније поступање према животним партнерима у погледу права, обавеза или олакшица из прописа о опорезивању од оног које је осигурано брачним партнерима.
3. Прописи о опорезивању примјењују се у складу с гаранцијом из става 2. овог члана и релевантним прописима којима се забрањује дискриминација.
4. Поштујући начело забране дискриминације права, обавезе и повластице животних партнера из система опорезивања допуштено је мијењати прописима из ове области искључиво у оној мјери у којој се те измјене односе и на порезна правила која вриједе и за брачне partnere.

Права из пензијског осигурања животних партнера**Члан 56.**

1. У случају смрти осигураника или корисника пензије право на породичну пензију има његов животни партнер под условима који вриједе за брачног партнера осигураника према прописима којима се уређује пензијско осигурање.
2. Поштујући начело забране дискриминације права, обавезе и повластице животних партнера из система пензијског осигурања допуштено је мијењати прописима из ове области искључиво у оној мјери у којој се те измјене односе и на она правила која вриједе и за брачне partnере.
3. Прописи из пензијског осигурања на подручју Републике Српске примјењују се у складу с гаранцијом из става 2. овог члана и релевантним прописима којима се забрањује дискриминација.

Права из социјалне заштите**Члан 57.**

1. Животни партнери могу остварити сва права и услуге из система социјалног заштите укључујући али не ограничавајући се на приступ социјалним услугама због поремећених партнерских односа, насиља у породици или ако им је због других неповољних околности потребна стручна помоћ или друга подршка под условима прописаним за брачне partnере у релевантним прописима Републике Српске, а нарочито новчаним давањима, социјалним услугама и другим мјерама које се пружају појединцу, члановима породице или породици у цјелини и које имају за циљ задовољавање социјалних потреба, те спречавање настанка социјалних проблема.
2. Забрањено је неповољније поступање према животним партнерима у погледу права или услуга које се односе на социјалну заштиту од оног које је осигурано брачним партнерима.
3. Прописи о социјалној заштити примјењују се у складу с гаранцијом из става 2. овог члана и релевантним прописима којима се забрањује дискриминација.
4. Поштујући начело забране дискриминације права, обавезе и услуге животних партнера из система социјалне заштите допуштено је мијењати прописима из ове области искључиво у оној мјери у којој се те измјене односе и на она права, обавезе и услуге које вриједе и за брачне partnере.

Права из здравственог осигурања и здравствене заштите**Члан 58.**

1. Животни партнер има право на статус осигураног лица под условима који се примјењују на брачног партнера осигураника према прописима којим се уређује здравствено осигурање и других релевантних прописа из ове области у Републици Српској.

2. Забрањено је неповољно поступање према животним партнерима у погледу обавеза, права или повластица које се односе на здравствено осигурање и здравствену заштиту од оног које је осигурано брачним партнерима.
3. Сви прописи из подручја здравственог осигурања и здравствене заштите примјењују се у складу са гаранцијом из става 2. овога члана и релевантним прописима којима се забрањује дискриминација.
4. Поштујући начело забране дискриминације права, обавезе и услуге животних партнера из система здравственог осигурања и заштите допуштено је мијењати прописима из ове области искључиво у оној мјери у којој се те измјене односе и на обавезе, права и услуге из система здравственог осигурања и заштите које вриједе и за брачне partnere.

Права у случају болести

Члан 59.

У случају болести једног животног партнера, други партнер има право да буде информисан о његовој болести и здравственом стању, току лијечења и другим чињеницама које се тичу партнеровог здравственог стања, право да учествује у доношењу одлука у погледу избора медицинског третмана, право да посјеђује партнера у току болничког лијечења и друга права која се признају брачном партнеру у складу са законом којим се уређују права и обавезе грађана и пацијената у остваривању здравствене заштите и другим релевантним прописима.

Забрана дискриминације у приступу јавним и тржишним услугама

Члан 60.

1. Забрањено је *свако различито поступање укључујући свако искључивање или ограничавање* на основу статуса животне заједнице у приступу свим услугама, како на тржишту тако и у јавном сектору, и као такво представља облик дискриминације.
2. Осигуравајућа друштва не могу, непосредно или посредно, доводити животне partnere у неповољнији положај у погледу приступа услугама осигурања у односу на брачне partnere.

Важење уговора о закупу стана

Члан 61.

1. Уговор о закупу стана закључује се са једним партнером а, изузетно са оба животна партнера.
2. Закуподавац не може раскинути уговор о закупу ако се станом користи животни партнер који није наведен у уговору о закупу.
3. У случају смрти закупопримца или када закупопримац напусти стан, права и дужности закупопримца из уговора о закупу стана прелазе на његовог животног партнера.

Забрана дискриминације приликом запошљавања и радног односа**Члан 62.**

1. Неповољно поступање било које врсте у погледу запошљавања, рада, радних услова и учешћа на тржишту рада на основу статуса животне заједнице представља облик дискриминације и као такво је забрањено.
2. Права и обавезе прописане законом којим се уређује област радних односа и њиме прописаним изворима права из радног односа која су осигурана брачним, гарантована су и животним партнерима.
3. Права и обавезе животних партнера у погледу запошљавања и радних односа допуштено је мијењати прописима којима се уређују радни односи, поштујући притом гаранцију забране неповољнијег поступања према животним партнерима у односу на обавезе, права или повластице на тржишту рада у погледу запошљавања и радних односа које се примјењују на брачне partnere.
4. Сви прописи о раду примјењују се у складу с гаранцијом из става 2. овога члана и релевантним прописима о забрани дискриминације.

Права у току кривичног поступка и извршења кривичних санкција**Члан 63.**

Животни партнер учесника у кривичном поступку или који се налази на издржавању казне затвора или мјере безбједности, има сва права под једнаким условима као и брачни партнер, у складу са одредбама закона којим се прописују кривична дјела и поступак, те извршење кривичних санкција и другим сродним прописима.

Стицање држављанства**Члан 64.**

Животни партнер држављанина Републике Српске може стећи држављанство под истим условима која се примјењују на лице које је у браку с држављанином Републике Српске у складу са законом којим се уређују начин, услови и поступак за стицање и престанак држављанства Републике Српске.

Привремено и стално настањење**Члан 65.**

Животни партнер држављанина Републике Српске има право на привремено и стално настањење у Републици Српској под истим условима као и брачни партнер.

Међународна заштита

Члан 66.

1. Животни партнер странац остварује право на међународну заштиту тражитеља азила, азиланта, странца под супсидијарном заштитом и странца под привременом заштитом, а посебно могућност остваривања права на спајање породица под истим условима као и брачни партнер.
2. Надлежно тијело које доноси рјешење о међународној заштити дужно је са посебном пажњом узети у обзир околност да су животни партнери своју животну заједницу и породични живот држали у тајности.

ГЛАВА VI

ПРЕСТАНАК ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Престанак животне заједнице

Члан 67.

1. Животна заједница престаје смрћу животног партнера, проглашењем несталога животног партнера умрлим, поништењем и раскидом животне заједнице.
2. Ако је нестали животни партнер проглашен умрлим, животна заједница престаје даном који је у правоснажној одлуци суда утврђен као дан његове смрти.
3. Животна заједница престаје поништењем и раскидом када пресуда суда о поништењу, односно раскиду животне заједнице постане правоснажна.

Задржавање презимена

Члан 68.

1. У случају поништења или раскида животне заједнице сваки од животних партнера може задржати презиме које је имао у вријеме престанка животне заједнице.
2. За задржавање презимена у случају поништења животне заједнице нужен је пристапак животног партнера који није одговоран за поништење.

Поништење животне заједнице

Члан 69.

1. Животна заједница ће се поништити ако се утврди да приликом њеног закључења није постојао један од услова за пуноважност животне заједнице предвиђених у чл. 12 - 17. овог закона.
2. Животна заједница ће се поништити ако није закључена у циљу вођења заједнице живота.

Право на тужбу за поништење**Члан 70.**

1. Право на тужбу за поништење животне заједнице из разлога наведених у чл. 13. и 69. став 2. овог закона припада животним партнерима и сваком лицу које има правни интерес да животна заједница буде поништена.
2. Суд неће поништити нову животну заједницу која је закључена за вријеме трајања раније животне заједнице једног од животних партнера, ако је ранија животна заједница престала прије закључења главне расправе.

Члан 71.

1. Право на тужбу за поништење животне заједнице за вријеме док траје разлог из члана 14. овог закона припада животним партнерима.
2. Након престанка разлога из члана 14. овог закона право на тужбу за поништење животне заједнице припада само животном партнеру којем је враћена пословна способност, односно који је био неспособан за расуђивање.
3. Тужба из става 2. овог члана може се поднијети у року од једне године од престанка неспособности за расуђивање, односно у року од једне године од правоснажности одлуке о враћању пословне способности.

Члан 72.

Право на тужбу за поништење животне заједнице у случајевима из чл. 15. и 16. овог закона припада животним партнерима.

Члан 73.

1. Поништење животне заједнице закључене у страху изазваним озбиљном пријетњом може тражити само животни партнер који је био принуђен.
2. Тужба се може поднијети у року од једне године од дана када је опасност од извршења пријетње престала, а животни партнери су за то вријеме живјели заједно.

Члан 74.

1. Поништење животне заједнице закључене у заблуди из члана 17. овог закона може тражити само животни партнер који је у заблуди пристао на животну заједницу.
2. Тужба се може поднијети у року од једне године од дана сазнања за заблуду, а животни партнери су за то вријеме живјели заједно.

Раскид животне заједнице

Члан 75.

1. Животни партнер може тражити раскид животне заједнице ако су међусобни партнерски односи тешко и трајно поремећени, усљед чега је заједнички живот постао неподношљив.
2. Раскид животне заједнице може се покренути тужбом или захтјевом за споразумни раскид животне заједнице.

Члан 76.

Суд ће раскинути животну заједницу по захтјеву за споразумни раскид животне заједнице:

- а) ако је од закључења животне заједнице протекло најмање шест мјесеци и
- б) ако постоји споразум животних партнера, закључен у поступку посредовања о условима и начину одржавања личних односа и издржавању животног партнера.

Надлежност за рјешавање спорова

Члан 77.

1. На све спорове који се воде у предметима који се уређују овим законом примјењују се одредбе закона којим се уређују породични односи, а које се односе на брачне спорове.
2. У поступцима из става 1. овог члана примјењиваће се одредбе закона којим се уређују парнични, ванпарнични и извршни поступци, уколико овим законом није другачије прописано.

ГЛАВА VII

ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ

Доношење подзаконских аката

Члан 78.

Министар управе и локалне самоуправе ће у року од 90 дана од ступања на снагу овог закона донијети правилник којим ће прописати садржај, изглед и начин вођења регистра животних заједница и обрасце извода који се издају на основу уписа у овај регистар.

Ступање на снагу

Члан 79.

Овај закон ступа на снагу у року од 8 дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Српске“.

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ МОДЕЛА ЗАКОНА О ЖИВОТНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА ЛИЦА ИСТОГ ПОЛА

I УСТАВНИ ОСНОВ

Уставни основ за доношење овог закона садржан је у Амандману XXXII т. 5. и 18. на члан 68. Устава Републике Српске, према којем Република Српска уређује и обезбјеђује остваривање и заштиту људских права и слобода и друге односе од интереса за Републику, у складу са Уставом, као и у члану 70. тачка 2. Устава Републике Српске, којим је утврђено да Народна скупштина Републике Српске доноси законе. Чланом 10. Устава прописано је да су грађани Републике равноправни у слободама, правима и дужностима, да су једнаки пред законом и уживају исту правну заштиту без обзира на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовно стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство.

II РАЗЛОЗИ ЗА ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА

Важећи правни оквир не обезбјеђује ни минимум права која су неопходна за успјешно функционисање и заштиту животних заједница лица истог пола. Обвеза законодавне власти је да осигура одговарајући правни положај лицима истог пола која живе у животним заједницама, како према Европској конвенцији, али и према Уставу Републике Српске.

Модел закона одражава реални друштвени контекст у којем се налази Република Српска у погледу односа према положају животних заједница лица истог пола у друштву. Закон јасно одражава свијест да је потребно свеобухватно регулисати положај животних заједница лица истог пола како би се уклониле постојеће препреке њиховој друштвеној једнакости те испуниле уставне и европске правне обвезе.

Модел закона одражава обавезу једнаког поступања према свим грађанима у смислу изједначавања животних заједница лица истог пола са правима признатим хетеросексуалним животним заједницама. Истовремено, он одражава и чињеницу да значајан дио грађана има одређену бојазан или скепсу у погледу значајних интервенција у начине на који је традиционално уређен породични живот. Без обзира сматра ли неко такав став основаним или не, чињеница је како се ради о легитимном демократском праву на другачије мишљење.

Животне заједнице лица истог пола су друштвена чињеница и саставни дио друштва. С обзиром да је постојање животних заједница реалност, Закон о животним заједницама лица истог пола уређује већ постојеће стање. У том смислу Закон обезбјеђује низ практичних права везаних уз статус животних партнера, неопходних за свакодневни нормалан живот у свим аспектима, а што се настоји нормативно ријешити адекватно остваривању права брачних партнера.

Постојећи правни оквир такођер није у складу с правом Европске уније. Суд Европске уније (Суд правде) досљедно је одлучивао како су грађанско-статусна питања попут уређења породице, у аутономној регулаторној надлежности самих држава чланица појединачно, под условом да се та надлежност не користи како би се грађани и грађанке дискриминисали по основу своје сексуалне оријентације. Другим ријечима, супротно је праву Европске уније (које је по својој правној снази надређено било којој норми националног законодавства) ако држава чланица одређена радна, пензијска, социјална и здравствена права која улазе у надлежност Европске уније дефинише као повластицу ограничену искључиво на брачне хетеросексуалне заједнице. Важност усклађивања постојећег и будућег законодавства Босне и Херцеговине са прописима Европске уније утврђена је чланом 70. Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица и Босне и Херцеговине, те исто представља хипотезу адекватног правног окружења за лакшу комуникацију са сусједним државама. Обавеза усклађивања ступила је на снагу 16. јуна 2008. године, тј. даном потписивања Споразума.

Постојећи правни оквир није у складу са системом заштите људских права Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) донио је низ одлука⁶ из којих јасно произлази да садашњи правни оквир Републике Српске не задовољава стандарде које је ЕСЉП развио тумачећи чл. 8. и 14. Конвенције. ЕСЉП је поставио јасан стандард како државе не могу заједницама лица истог пола ускратити она права која су пружила хетеросексуалним заједницама⁷.

6 Karner v. Austria; Schalk and Kopf v. Austria; P.B. i J.S. v. Austria

7 Schalk and Kopf v. Austria

Надаље, ЕСЉП је јасно навео да стабилне емоционалне животне заједнице лица истог пола представљају породични живот и као такве уживају заштиту по основу члана 8. Конвенције, без обзира на поредбену ситуацију хетеросексуалних заједница⁸. Слиједом наведеног, државе имају обавезу животним заједницама лица истог пола обезбједити она права која су неопходна за успјешно функционисање стабилне емоционалне заједнице живота тј. породичног живота.

Исто тако, ЕСЉП не сматра како је у овој фази развоја система заштите Конвенције, нужно од држава захтијевати да се омогући потпуна брачна једнакост. Но, Суд је изричито напоменуо како у будућности то може постати случај, тим више што је Повеља људских права Европске уније одустала од досад традиционалне дефиниције брака као хетеросексуалне заједнице односно што је све већи број европских држава прописао потпуну брачну једнакост⁹.

У јуну 2015. године ЕСЉП је у предмету Олиари заузео изричито стајалиште да државе потписнице Европске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода имају обавезу донијети законодавне прописе којима ће осигурати 1) правно признање стабилних емоционалних заједница особа истог пола и 2) одговарајући ниво права неопходних за учинковито поштивање права на обитељски живот таквих заједница. Након пресуде Олиари јасно је да државе потписнице имају обавезу израдити и изгласати законски акт којим ће уредити положај и права истосполних заједница у свом друштву. Из образложења пресуде јасно произлази да државе које не донесу такве законе вријеђају достојанство таквих заједница и крше Европску конвенцију.

Из наведеног јасно произлази правна обвеза законодавне власти да осигура одговарајући правни положај животним заједницама лица истог пола.

У пресуди Нау Суд Европске уније нашао је како неповољно поступање у погледу приступа правима и користима која су везана уз положај особе на тржишту рада због њеног брачног статуса представља дискриминацију на темељу сексуалне оријентације у државама које су брак дефинирале као хетеросексуалну заједницу. Права и обавезе на које се односи ова пресуда укључују сва права из подручја радног права и запошљавања, стручног оспособљавања, социјалне заштите, пензионог система, здравствене заштите, система опорезивања, слободе кретања које држава или послодавац неовисно од државе јамче особама које се стручно оспособљавају за тржиште рада, активно траже запослење односно активно суђелују на тржишту рада. Надаље,

8 P.B. i J.S. v. Austria

9 P.B. i J.S. v. Austria

Европска комисија досљедно наглашава како темељно право слободе кретања мора обухватати и истосполне породице те да све ЕУ државе морају признати истосполне бракове и ванбрачне заједнице легитимно склопљене у складу с важећим прописима других држава чланица те им осигурати сва права из Директиве 2004/38/ЕУ. У том смислу, ЕУ државе немају обавезу признати брачну једнакост, али имају обавезу признати ваљаност истосполних бракова и ванбрачних заједница склопљених у другим ЕУ државама те им осигурати сва права и повластице која улазе у опсег заштите Директиве 2004/38, а која су већ признала брачним паровима склопљеним у складу с домаћим законодавством. С обзиром да такве државе на овај начин у подређени положај доводе своје грађана и грађанке који живе у истосполним породицама од њих се очекује да донесу законе којима ће таквим породицама признати исту разину права коју већ уживају хетеросексуалне брачне заједнице.

Из свега наведеног произлази да постојећи правни оквир не пружа минимум права која су нужна за успјешно функционисање животне заједнице лица истог пола. Ускраћујући овим заједницама права која је обезбиједио хетеросексуалним заједницама, правни поредак Републике Српске не поштује принцип забране дискриминације.

У вези са наведеним, циљ модела Закона о животним заједницама лица истог пола је да се постави правни оквир који ће омогућити особама другачије сексуалне оријентације да остваре основна људска права. У овом смислу неопходно је правно уредити животне заједнице лица истог пола, чијом институционализацијом ће се утврдити и правни учинци ове заједнице. Кључно је нагласити да су животне заједнице лица истог пола друштвена реалност и саставни судио друштва. С обзиром да је постојање животних заједница лица истог пола реалност, модел Закона о животним заједницама лица истог пола првенствено уређује већ постојеће стање.

Правни поредак Републике Српске треба да осигура остварење, односно достизање нивоа европских стандарда, принципа владавине права и остварење основних садржаја правне државе, што, наравно, укључује све демократске атрибуте правде, правичности и остваривања и заштите људских права и основних слобода. У складу са претходним и свим горенаведеним разлозима, било је неопходно сачинити законско рјешење.

III ОБРАЗЛОЖЕЊЕ ПРЕДЛОЖЕНИХ РЈЕШЕЊА

У ГЛАВИ I - ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ И НАЧЕЛА (чл. 1-7) прописана је садржина и циљ закона, појам животне заједнице и неформалне животне заједнице те учинци неформалне животне заједнице, као и да изрази који имају родно значење обухватају на једнак начин и мушки и женски род. У члану 7. прописује се да се животна заједница заснива на начелима равноправности, поштовања достојанства и међусобног помагања и уважавања животних партнера, а да се родни идентитет и изражавање партнера поштује и штити, као и да је забрањена дискриминација, непосредна и посредна, на основу статуса животне заједнице.

ГЛАВОМ II - УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧИВАЊЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ (чл. 8-17) прописане су претпоставке које је неопходно да се стекну како би заједница живота била правно ваљана. Чланом 8. прописано је да се животна заједница закључује у циљу остваривања заједнице живота два лица истог пола, а чланом 9. да се иста закључује сагласношћу изјава два лица истог пола изјављеном пред за то овлашћеним службеником – матичарем. У члану 10. прописано је да је за постојање животне заједнице потребно да су будући животни партнери који намјеравају закључити животну заједницу лица истог пола, да су будући животни партнери изјавили свој пристанак за склапање животне заједнице и да је животна заједница закључена пред матичарем, те да, ако неки од ових услова није испуњен, не настају правни учинци животне заједнице. Чланом 11. прописано је да право на тужбу ради утврђења постојања или непостојања животне заједнице има свака особа која за то има правни интерес. Чланом 12. да животну заједницу не може закључити лице које није навршило 18 година живота. У члану 13. се прописује да животну заједницу не може закључити лице које је у браку, ванбрачној или животној заједници, а у члану 14. да животну заједницу не може закључити лице којем је одузета пословна способност или које због душевне болести, душевне неразвијености или из других разлога није способно за расуђивање, с тим да је, изузетно, остављена могућност да суд у ванпарничном поступку, дозволи закључивање животне заједнице лицу које није способно за расуђивање уколико утврди да је способно схватити значење животне заједнице и обавеза које из ње произлазе, те да је животна заједница очито у њеном интересу. Чланом 15. утврђује се да се животна заједница се не може закључити између крвних сродника у равној и побочној линији закључно са четвртим степеном, укључујући и однос настао потпуним усвојењем, док се чланом 16. прописује да животну заједницу не могу закључити усвојилац и његов усвојеник у случају непотпуног усвојења. У члану 17. се прописује да животна заједница није ваљана ако је на њено закључивање животни партнер пристао у страху изазваном озбиљном пријетњом или у заблуди о личности другог животног партнера или о

његовој битној особини и прецизира да заблуда о личности животног партнера постоји кад је животно партнер мислио да закључује животну заједницу са једним лицем, а закључио је са другим, док заблуда о битној особини животног партнера постоји кад се ради о особини, односно околности која би другог животног партнера одвратила од закључивања животне заједнице да је за њу знао, а нарочито у случају крајње опасне или тешке болести или раније осуде због кривичног дјела учињеног против достојанства лица и морала, или ако је прећутио веће обавезе настале прије закључења животне заједнице.

ГЛАВОМ III - ПОСТУПАК ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ (чл. 18-29) прописује се процедура закључења животне заједнице и то у члану 18. да лица која намјеравају закључити животну заједницу подносе пријаву матичару у граду или општини у којој желе закључити животну заједницу, а уз пријаву прилажу изводе из матичне књиге рођених, а када је то потребно и друге исправе. Чланом 19. прописано је поступање матичара по пријави, као и могућност да лица које желе закључити животну заједницу уложе приговор надлежном општинском или градском органу управе, који је дужан одмах одлучити о приговору и донијети рјешење, у случају да матичар утврди да није испуњен неки од услова за закључење животне заједнице. Чланом 20. прописан је начин утврђивања дана за закључење животне заједнице, а члан 21. прописује са чиме матичар упознаје животне partnere, односно, да ће матичар препоручити будућим животним партнерима да се, до дана закључивања животне заједнице, узајамно информишу о стању здравља, као и са могућношћу уређења имовинских односа у складу са одредбама члана 52. овог закона, те са могућношћу споразумијевања о презимену. У члану 22. прописује се да ће се, ако на дан одређен за закључивање животне заједнице не дођу један или оба будућа животна партнера, а изостанак не оправдају, сматрати да је пријава намјере за закључивање животне заједнице повучена. Чланом 23. прописује се да се закључивање животне заједнице врши на свечан начин у за то одређеној просторији, те да, уколико за то постоје оправдани разлози, а на захтјев будућих животних партнера, матичар може одобрити да се животна заједница закључи на другом мјесту. Овим чланом прописано је и да се закључивање животне заједнице може се одобрити и изван за то одређене просторије и ако не постоје за то оправдани разлози, у ком су случају будући животно партнери дужни платити накнаду, чију висину одређује надлежни орган управе. У члану 24. прописује се да животну заједницу закључују животно партнери у присуству матичара и два свједока, док се чланом 25. прописује да, у нарочито оправданим случајевима, надлежни општински или градски орган управе може рјешењем дозволити да се животна заједница закључи ако је присутан само један будући животно партнер и пуномоћник другог, под условом да је пуномоћ ојверена од суда или нотара, и да су у њој тачно наведени

лични подаци даваоца пуномоћи, пуномоћника и лица са којим давалац пуномоћи жели закључити животну заједницу, као и датум издавања пуномоћи, те да пуномоћ важи 90 дана од дана овјеравања. Чланом 26. прописује се да свједок при закључивању животне заједнице може бити свако пунољетно лице које има пословну способност. У члану 27. прописује се да закључивање животне заједнице почиње извјештајем матичара којим исти констатује да су присутни будући животни партнери и да је на основу њихових изјава, изјава свједока и исправа утврђено да су испуњени услови за постојање и пуноважност животне заједнице, а чланом 28. да ће матичар, након што утврди да на његов извјештај нема приговора, упознати будуће животне partnere са њиховим правима и дужностима и значајем животног партнерства, а после тога упитати појединачно сваког од будућих животних партнера да ли пристаје да међусобно закључе животну заједницу. Чланом 29. се прецизира да се животна заједница сматра закљученом након што будући животни партнери изјаве свој пристанак, матичар објави да је животна заједница закључена и изврши упис у регистар животних заједница, као и да, након што се животни партнери, свједоци и матичар потпишу у регистар животних заједница, одмах издаје извод из регистра животних заједница.

ГЛАВА IV - РЕГИСТАР ЖИВОТНИХ ЗАЈЕДНИЦА (чл. 30-32), прописује надлежност за вођење регистра животних заједница, начин вођења и садржај овог регистра. Члан 30. прописује да регистар животних заједница оснива и води матична служба јединица локалне самоуправе а да га води за то овлашћени службеник – матичар. У члану 31. ближе се одређује начин вођења регистра, односно прописује да се исти води у облику јединствене средишње електронске базе података о свим закљученим животним заједницама, као и да се на обраду података примјењују се прописи којима се уређује заштита личних података, те да су саставни дио овог регистра темељни списи на основу којих се уписују подаци у регистар. Овим чланом се даје овлашћење министру управе и локалне самоуправе за доношење правилника којим ће се ближе прописати садржај, изглед и начин вођења регистра животних заједница и обрасци извода који ће се издавати на основу уписа у овај регистар. Чланом 32. прописана је садржина регистра и одређено да се у њга уписују: име и презиме, датум и мјесто рођења; држављанство, ЈМБ животних партнера, пребивалиште животних партнера, датум и мјесто закључивања животног партнерства, изјаве животних партнера о њиховом презимену, име и презиме и пребивалиште пуномоћника, ако је при закључивању једног животног партнера заступао пуномоћник; име и презиме родитеља животних партнера и њихово презиме прије закључивања животног партнерства, ако је уписана та чињеница, име и презиме и пребивалиште свједока при закључивању животног партнерства, име и презиме матичара и

име и презиме тумача, ако је тумач присуствовао при закључивању животног партнерства; престанак животног партнерства (поништење и раскид, смрт животног партнера или проглашење несталог животног партнера умрлим) и промјене имена и презимена животних партнера.

ГЛАВА V - ДЕЈСТВА И ПРАВНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ЖИВОТНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ(чл.33-66) подијељена је у четири одјељка: 1. Издржавање, 2. Имовински односи животних партнера, 3. Насљеђивање и 4. Права животних партнера. Чл. 33-35. прописују се општа права и обавезе, лична права и дужности и начин споразума животних партнера о презимену. У одјељку 1. Издржавање (чл. 36-41) прописује се право животних партнера на међусобно издржавање, поступак и начин одређивања и висина износа издржавања, као и престанак права на издржавање. У одјељку 2. прописују се имовински односи животних партнера (чл. 42-52) и ближе уређују облици имовине те се прецизира имовина која чини посебну имовину, као и имовина која чини заједничку имовину животних партнера. Прописује се и могућност да животни партнери уговоре на другачији начин односе везано за заједничку имовину (члан 45), као и да, у случају да је у земљишне књиге као власник уписан један, други животни партнер може тражити исправку уписа (члан 46). Чланом 47. ближе се уређује управљање и располагање заједничком имовином, чланом 48. начин подјеле заједничке имовине, а чланом 49. урачунавање у сувласнички удио предмета из заједничке имовине који служе за обављање занимања или личну употребу једног од животних партнера. Чланом 50. прописује се да је за обавезе преузете прије закључења животне заједнице одговоран онај од партнера који их је преузео, а чланом 51. солидарна одговорност животних партнера за обавезе преузете ради подмирења потреба заједничког живота у животној заједници. Чланом 52. прописује се могућност уговарања посебног режима имовине, као и да овај уговор мора бити нотарски обрађен, посебно се води рачуна да старатељ лица под старатељством мора имати одобрење органа старатељства за закључивање овог уговора, као и да животни партнери не могу уговарати примјену права стране државе на своје имовинско-правне односе, осим ако је један од њих страни држављанин. У пододјељку 3, у члану 53, прописује се право насљеђивања животних партнера, а у члану 54. прописују случајеви који доводе до губитка права на насљеђивање. Пододјељком 4. Права животних партнера (чл. 55-66) прописују се права животних партнера реферисањем на прописе којим се уређује опорезивање дохотка физичких лица, права из пензијског и инвалидског осигурања животних партнера, права из социјалне заштите, права из здравственог осигурања и здравствене заштите, те права у случају болести. Забрањује се дискриминација и свако различито поступање у приступу животних партнера свим услугама (члан 60), као и регулише да се, код уговора о закупу стана,

оба животна партнера сматрају закупопримцима те, слиједом наведеног, прецизира начин раскида, односно права и дужности из овог уговора (члан 61). Чланом 62. забрањује се неповољно поступање било које врсте у погледу запошљавања, рада, радних услова и учешћа на тржишту рада на основу статуса животне заједнице и прецизира да исто представља облик дискриминације. У члану 63. Прописује се да животни партнер учесника у кривичном поступку или који се налази на издржавању казне затвора или мјере безбједности, има сва права под једнаким условима као и брачни партнер, у складу са одредбама закона којим се прописују кривична дјела и поступак, те извршење кривичних санкција и другим сродним прописима, док се чланом 64. прописује да животни партнер држављанина Републике Српске може стећи држављанство под истим условима која се примјењују на лице које је у браку с држављанином Републике Српске у складу са законом којим се уређују начин, услови и поступак за стицање и престанак држављанства Републике Српске. Надаље, чланом 65. се животном партнеру држављанина Републике Српске признаје право на привремено и стално настањење у Републици Српској под истим условима каква су прописана за брачне partnere, док се чланом 66. прописује да животни партнер странац остварује право на међународну заштиту тражитеља азила, азиланта, странца под супсидијарном заштитом и странца под привременом заштитом, а посебно могућност остваривања права на спајање породица под истим условима као и брачни партнер. Истиче се да је надлежно тијело које доноси рјешење о међународној заштити дужно да са посебном пажњом узме у обзир околност да су животни партнери своју животну заједницу и породични живот држали у тајности.

ГЛАВА VI - ПРЕСТАНАК РЕГИСТРОВАНОГ ЖИВОТНОГ ПАРТНЕРСТВА (чл. 67-77). Овом главом прописани су: престанак животне заједнице, задржавање презимена, поништење животне заједнице, право на тужбу за поништење, раскид животне заједнице и надлежност за рјешавање спорова. У члану 67. прописује се да животна заједница престаје смрћу животног партнера, проглашењем несталог животног партнера умрлим, поништењем и раскидом животне заједнице и одређује да, ако је нестали животни партнер проглашен умрлим, животна заједница престаје даном који је у правоснажној одлуци суда утврђен као дан његове смрти, а ако животна заједница престаје поништењем и раскидом, иста престаје када пресуда суда о поништењу, односно раскиду животне заједнице постане правоснажна. У члану 68. одређује се да и у случају поништења или раскида животне заједнице сваки од животних партнера може задржати презиме које је имао у вријеме престанка животне заједнице, с тим да је за задржавање презимена у случају поништења животне заједнице нужен пристанак животног партнера који није одговоран за поништење.

Чланом 69. рописано је да ће се животна заједница поништити ако се утврди да приликом њеног закључења није постојао један од услова за пуноважност животне заједнице предвиђених у чл. 12 - 17. овог закона, као и уколико иста није закључена у циљу вођења заједнице живота. У члану 70. прописано је да право на тужбу за поништење животне заједнице из разлога наведених у члановима 13. и 69. став 2. овог закона припада животним партнерима и сваком лицу које има правни интерес да животна заједница буде поништена, као и да суд неће поништити нову животну заједницу која је закључена за вријеме трајања раније животне заједнице једног од животних партнера, ако је ранија животна заједница престала прије закључења главне расправе. Чланом 71. прописано је да право на тужбу за поништење животне заједнице за вријеме док траје разлог из члана 14. овог закона припада животним партнерима, а након престанка ових разлога, право на тужбу за поништење животне заједнице припада само животном партнеру којем је враћена пословна способност, односно који је био неспособан за расуђивање, те да се тужба може поднијети у року од једне године од престанка неспособности за расуђивање, односно у року од једне године од правоснажности одлуке о враћању пословне способности. Чланом 72. прописује се да право на тужбу за поништење животне заједнице у случајевима из чл. 15. и 16. овог закона припада животним партнерима., а чланом 73. да поништење животне заједнице закључене у страху изазваним озбиљном пријетњом може тражити само животни партнер који је био принуђен, и то подношењем тужбе најкасније у року од једне године од дана када је опасност од извршења пријетње престала, а животни партнери су за то вријеме живјели заједно. У члану 74. прописано је да поништење животне заједнице закључене у заблуди из члана 18. овог закона може тражити само животни партнер који је у заблуди пристао на животну заједницу, а да се тужба може поднијети у року од једне године од дана сазнања за заблуду, а животни партнери су за то вријеме живјели заједно. Чланом 75. прописује се да животни партнер може тражити раскид животне заједнице ако су међусобни партнерски односи тешко и трајно поремећени, услед чега је заједнички живот постао неподношљив, те да се раскид животне заједнице може иницирати тужбом или захтјевом за споразумни раскид животне заједнице, чланом 76. да ће суд раскинути животну заједницу по захтјеву за споразумни раскид животне заједнице: ако је од закључења животне заједнице протекло најмање шест мјесеци и ако постоји споразум животних партнера, закључен у поступку посредовања о условима и начину одржавања личних односа и издржавању животног партнера. Чланом 77. се прецизира да ће се на све спорове који се воде у предметима који се уређују овим законом примјењивати одредбе закона којим се уређују породични односи, а које се односе на брачне спорове као и одредбе закона којим се уређују парнични, ванпарнични и извршни поступци, уколико овим законом није другачије прописано.

ГЛАВА VII - ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ (чл. 78-79), садржи два члана: чланом 78. даје се овлашћење министу управе и локалне самоуправе да у року од 90 дана од ступања на снагу овог закона донесе правилник којим ће прописати садржај, изглед и начин вођења регистра животних заједница и обрасце извода који се издају на основу уписа у овај регистар, а чланом 79. прописује да овај закон ступа на снагу у року од 8 дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Српске“.

VI ФИНАНСИЈСКА СРЕДСТВА

За спровођење овог закона нису потребна додатна финансијска средства из буџета Републике Српске.

PRAKSA EVROPSKIH I AMERIČKIH SUDOVA U OBLASTI PRAVNE REGULACIJE ŽIVOTNIH ZAJEDNICA OSOBA ISTOG SPOLA

Goran Selanec

Uvod

Prije nekoliko mjeseci, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (SCOTUS) donio je dugo očekivanu odluku u predmetu *Obergefell v. Hodges*,¹⁰ kojom je bračna jednakost postala garancija sloboda garantiranih klauzulom XIV amandmana Ustava SAD-a koja se odnosi na vladavinu prava (tzv. „due process“, ali će se za potrebe ovog teksta koristiti pojam vladavine prava). *Obergefell* možda nije *Brown*¹¹ današnje generacije onih koji se zalažu za daljnje širenje društvene jednakosti, ali zasigurno je *au pair* sa gotovo jednako bitnom presudom SCOTUS-a u području rasne jednakosti, *Loving v. Virginia*, kojom je ukinuta rasna bračna segregacija.¹²

I baš kao prije 40 godina, kada presude SCOTUS-a u području rasne jednakosti nisu mijenjale samo američko društvo već su utjecale i na evropske demokratije i njihove pravne poretke, nema sumnje da će *Obergefell* značajno utjecati na već ionako zahuktali trend osnaživanja društvenog položaja i ličnog dostojanstva LGBT građana i građanki evropskih država, posebno onih koje čine Evropsku uniju. U ovom trenutku, 14 evropskih država garantira trenutno najviši nivo ravnopravnosti LGBT građana koji nije ograničen na individualizirane garancije zabrane diskriminacije u pogledu pristupa prilikama i povlasticama u regulatornim područjima, kao što su zapošljavanje, pristup uslugama i proizvodima, obrazovanje, mediji, učešće u političkom životu itd., već uključuje i garanciju bračne jednakosti sa svim pravima i obavezama koje ta društvena institucija nosi. Čak 12 država koje garantiraju bračnu jednakost na evropskom kontinentu članice su Evropske unije. Sve one priznale su bračnu jednakost prije presude SCOTUS-a u predmetu *Obergefell*. Irska je tu odluku donijela čak putem gotovo spektakularno praćenog nacionalnog referenduma, dok su ostale države koristile redovni demokratski zakonodavni postupak. Ipak, utjecaj koji će, dugoročno gledano, imati presuda *Obergefell* vjerovatno će nadmašiti utjecaj navedenih evropskih primjera.

10 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

11 *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).

12 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

Kroz ovaj tekst analizirat će se ključni argumenti korišteni u predmetu *Obergefell*. Analiza ima specifičnu svrhu. Uočavajući snagu i nedostatke *Obergefell* argumenata bit će lakše procijeniti daljnji razvoj sudske prakse dva najviša evropska suda – Suda Evropske unije (SEU) i Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) – koji će vjerovatno imati ključnu ulogu u daljnjoj evoluciji stvarne ravnopravnosti istospolnih porodica u krugu zemalja vezanih za Evropsku uniju (EU države članice, države Evropskog ekonomskog prostora (EEA) i kandidatkinje za EU članstvo). To se posebno odnosi na praksu Suda Evropske unije koja je u ovom trenutku došla do ključne raskrsnice, na kojoj će se Sud neizbježno suočiti s pitanjem obaveze međusobnog priznanja brakova i izvanbračnih zajednica istospolnih parova sklopljenih u skladu sa važećim zakonodavstvom u EU državama, neovisno o tome da li je neka EU država takve porodične zajednice priznala svojim nacionalnim odredbama porodičnog odnosno građanskog prava. Kao što je precizno obrazloženo u tekstu, presuda Suda Evropske unije o obavezi međusobnog priznanja predstavljat će na određeni način EU verziju *Obergefell* trenutka. U slučaju da SEU presudi da među EU državama postoji obaveza međusobnog priznavanja sklopljenih istospolnih brakova i izvanbračnih zajednica, šaljući time jasnu poruku o stvarnoj jednakosti istospolnih porodica u pogledu pristupa svim pravima, koristima i obavezama koje EU pravni poredak propisuje za EU građane i građanke, niti jedna od EU, EEA država odnosno EU kandidatkinja neće više biti u poziciji da nastavi ignorirati postojanje istospolnih porodica. Kao što je obrazloženo u tekstu, takva presuda nije zagarantirana, ali trendovi u praksi oba evropska najviša suda, a ponajviše argumenti koje ova dva suda koriste, ukazuje na to kako je takva presuda vrlo vjerovatna u skoroj budućnosti.

Razvoj situacije koji je detaljno raspravljen u tekstu također ima vrlo važne posljedice za Bosnu i Hercegovinu. Naime, prateći dosadašnji razvoj sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, što je kulminiralo u nedavnoj presudi *Olliari* (objavljenoj nedugo nakon presude *Obergefell*), moguće je tvrditi kako Bosna i Hercegovina već u ovom trenutku ima konvencijsku obavezu izraditi i izglasati zakonodavni okvir kojim će osigurati priznanje i odgovarajuću pravnu zaštitu istospolnim zajednicama porodičnog života. Presuda *Olliari* omogućava Evropskoj komisiji da o pregovorima o pristupanju u najmanju ruku „snažno sugerira“ da prije pristupanja u članstvo država donese odgovarajući zakonski okvir po uzoru na neku od država članica koje ga već imaju. Ono što je prema presudi *Olliari* obaveza za Italiju vrijedi i za Bosnu i Hercegovinu. No, ako SEU zauzme stajalište kako EU države članice imaju obavezu međusobnog priznavanja brakova i izvanbračnih zajednica sklopljenih u drugim EU članicama u skladu sa njihovim zakonima, to će *de facto* omogućiti Evropskoj komisiji da izglasavanje zakonskog okvira te vrste postavi kao formalni preduslov pristupanja u EU članstvo.

Obergefell i EU kontekst

Utjecaj koji presuda *Obergefell* Vrhovnog suda SAD-a ima za razvoj zaštite istospolnih porodica i izvan SAD-a prije svega je rezultat demokratskog puta koji je prethodio presudi i čiji je ona krajnji ishod. *Obergefell* je u biti rezultat dugoročnog demokratskog sazrijevanja koje je počelo „Stonewall ustankom“ tokom 1969. godine i koje je u posebno intenzivnu pravnu fazu, završenu ovom presudom, ušlo još 2002. godine presudom Vrhovnog suda savezne države Massachusetts o bračnoj jednakosti.¹³ U sljedećih 13 godina pitanje jednakosti LGBT građana i građanki, simbolički sažeto u zahtjev za punom bračnom jednakosti, prošlo je mnogobrojne oblike demokratske rasprave, konflikata i odlučivanja – od parlamentarnih rasprava preko sukoba saveznih i/ili federalnih sudova do referendumskih inicijativa i glasanja.

Sama presuda nije ništa drugo do rezultat takve „punokrvnosti“ demokratskog razvoja. Trideset saveznih država, podržanih federalnim sudovima u čijoj su nadležnosti, garantiralo je bračnu jednakost smatrajući je federalnom ustavnom obavezom, a Federalni sud VI federalnog okruga zauzeo je oprečno stajalište prema kojem je saveznom državama dopušteno ograničiti brak na heteroseksualne parove. Stoga SCOTUS i nije imao drugog izbora no riješiti ustavni rascjep nastao oprečnim tumačenjima ustavnih garancija.¹⁴ Posebna vrijednost ovakvog demokratskog razvoja jeste to što je u 13 godina, pred različitim demokratskim tijelima i oblicima političkog odlučivanja, sudovima različitih nivoa odnosno u svim znanim i manje znanim oblicima javne rasprave – od dnevnih soba, ulica i barova preko društvenih mreža do medijskih kanala – korišten i ispitivan vjerovatno svaki argument za bračnu jednakost ili protiv nje. *Obergefell* je stoga zasnovan na vrlo bogatoj demokratskoj podlozi. Ona garantira snažan utjecaj pravnih argumenata koji su korišteni u obrazloženju te presude, kako onih sudaca i sutkinja koji su glasali u korist bračne jednakosti tako i onih sudaca koji su glasali protiv.

Nekoliko razloga ide u prilog tvrdnji da će *Obergefell* značajno utjecati na daljnji razvoj pravnog okvira promoviranja jednakosti LGBT građana i građanki Evropske unije. Samo dva dana prije objavljivanja presude *Obergefell*, Frans Timmermans, potpredsjednik Evropske komisije, izjavio je: „*Također držim kako bi Komisija trebala ići naprijed i pokušati dobiti sve države članice EU da bezrezervno prihvate istospolne brakove kao i druge brakove. Čak i ako nemaju istospolne brakove u svojim državama da barem imaju pristojnosti i poštuju odluku drugih država da imaju istospolne brakove. Činjenica da, kada odlaze u druge države, ljudi nailaze na svakakve idiotske probleme na koje bračni drugovi koji nisu istog spola nikad ne nalijeću, po mom mišljenju je sramota.*“¹⁵

13 Goodridge v. Dept. of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

14 Lyle Denniston, Sixth Circuit: Now, a split on same-sex marriage, SCOTUSblog (Nov. 6, 2014, 4:50 PM), <http://www.scotusblog.com/2014/11/sixth-circuit-the-split-on-same-sex-marriage/> (Posljednja posjeta: 09.11.2015.)

15 <https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/timmermans/announcements/keynote->

Ovo stajalište Evropske komisije nije novost. U raspravi o međusobnom priznavanju građanskog statusa istospolnih porodičnih zajednica među državama članicama u kontekstu slobode kretanja EU građanka i građanki, koja se u Evropskom parlamentu odvijala još 2010. godine, prethodna potpredsjednica Evropske komisije, Vivian Reding, jasno je naglasila kako je pitanje međusobnog priznanja za nju „jednostavno, stoga jer je pravo vrlo jasno. Radi se o nediskriminaciji, pravu na slobodu kretanja i međusobnom priznanju. Dopustite mi da naglasim. Ako u državi A živite u zakonitom istospolnom partnerstvu ili braku, imate pravo – i to je osnovno pravo – ponijeti taj status i onaj vašeg partnera ili partnerice u državu B. Ako ne, to je povreda EU prava, te o tome nema rasprave. To je potpuno jasno i ne moramo okolišati oko toga.”¹⁶

No, trenutak koji je potpredsjednik Timmermans odabrao kako bi izrekao do sada najoštrije formuliranu poziciju Evropske komisije o međusobnom priznanju istospolnih brakova i partnerskih zajednica nije beznačajan i sugerira kako će u budućnosti Komisija s posebnim elanom, uključujući i pokretanje postupaka pred Sudom Evropske unije (Sud pravde) radi kršenja EU prava od strane države članice, insistirati na pristupu svim povlasticama i koristima relevantnim za mogućnost slobodnog kretanja istospolnih bračnih i partnerskih zajednica na čitavom području Unije, koji je jednak pristupu koji u određenoj državi članici već uživaju heteroseksualni bračni i/ili izvanbračni parovi. Presuda *Obergefell* može značajno doprinijeti ovom stajalištu Komisije, s obzirom da je sudski spor koji je ta odluka riješila uzrokovan identičnim problemima s kojim se suočava i Komisija. Dok se broj saveznih država SAD-a koje su priznavale bračnu jednakost vremenom postepeno, ali sigurno, povećavao, druge su insistirale na tradicionalnoj heteronormativnoj definiciji braka te ne samo da su odbijale sklapati istospolne brakove već nisu ni priznavale one koji su sklopljeni u saveznoj državi u kojoj je to bilo omogućeno.

Istovremeno, korisno je imati na umu specifičnosti *Obergefell* presude zbog kojih ona ne može biti „preslikana” u kontekst EU pravnog poretka.

Nije upitno da Evropska unija, kao supranacionalni entitet, *nema* nadležnost regulirati sadržaj instituta braka. To je pitanje u isključivoj regulatornoj nadležnosti država članica.¹⁷ Istovremeno, korisno je imati na umu kako Ustav SAD-a (baš kao i Osnivački ugovori EU) ne ovlašćuje Kongres kao zakonodavnu granu federalne vlasti SAD-a da uređuje sadržaj institucije braka koji obavezuje američke savezne države. No, uprkos takvoj

speech-first-vice-president-frans-timmermans-equality-gala-organized-ilga-europe-brussels_en

¹⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20100907&secondRef=ITEM-017&language=EN>

¹⁷ Vidi presudu Suda Evropske unije C-267/06 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] ECR I-1757.

ustavnoj raspodjeli federalnih ovlaštenja, *Obergefell* je pokazao da u pravnim sistemima ustavne demokratije zakonodavni put nije jedini put do pune jednakosti. Upravo ta činjenica skriva potencijal koji *Obergefell* nudi onima koji smatraju da EU, kao entitet koji je istovremeno zasnovan na složenoj mreži odnosa između 28 država članica predanih svojim specifičnim politikama i vrijednosnim ciljevima, ali ujedno i izdvojen kako bi svojom institucionalnom arhitekturom direktno služio EU građanima i građankama koji od nje očekuju da prevlada ograničenja s kojima se susreću u svojim lokalnim nacionalnim zajednicama, čvrsto stane iza bračne jednakost, kao važnog aspekta ideala pune jednakosti. Stoga je korisno naglasiti dva aspekta na kojima počiva *Obergefell*.

Prije svega, presuda *Obergefell* je bila moguća zbog čvrstog stajališta koje su zauzele neke savezne države u kojima su se lokalne vlasti protivile punoj bračnoj jednakosti, tako što ne samo da nisu dopuštale uvođenje zakonske definicije braka koja bi uključivala i istospolne parove već su i negirale pravne učinke takvih brakova sklopljenih u saveznom državama koje su ih zakonski priznale u skladu sa ustavnom podjelom federalnih ovlaštenja. Ukratko, da dobar dio saveznih država nije negirao ono što je u EU kontekstu poznato kao načelo „međusobnog priznanja”,¹⁸ pitanje je da li bi se SCOTUS odlučio za isti ishod ili bi dopustio da uz podršku slobode kretanja građana i građanki (istospolne orijentacije) između saveznih država zakonodavni postupak na nivou pojedinačnih saveznih država odredi konačni ishod. Naravno, to znači da je izreka presude *Obergefell* mogla biti znatno uža nego što je sada. SCOTUS ništa nije sprečavalo da svoju odluku ograniči na obavezu međusobnog priznanja. Zašto nije, pitanje je o kojem će detaljnije biti riječi kasnije u tekstu.

Drugo, uprkos ustavnoj raspodjeli federalnih ovlaštenja, nakon *Obergefell* niti jedna savezna država nema mogućnost svoju regulatornu nadležnost koristiti tako da istospolnim parovima uskrati pristup instituciji braka. Regulatorno ovlaštenje saveznih država time je značajno ograničeno. Ograničenje je došlo sa federalnog nivoa, samo ne kao rezultat odluke zakonodavne većine, već učinaka ustavnih garancija garantiranih federalnim Ustavom, preciznije garancije „obaveznog poštovanja vladavine prava” i „jednake pravne zaštite” iz stava 1. XIV amandmana Ustava SAD-a.¹⁹ Nakon ove presude, jasno je kako XIV amandman garantira pristup instituciji braka u formi osnovnog prava garantiranog svim građanima i građankama, bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju. S obzirom da se radi o osnovnom pravu koje SAD garantira svojim građanima i građankama pojedinačno,

18 Vidi, naprimjer, Christine Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, OUP, (2013).

19 Amandman XIV, odjeljak 1: „Sva lica rođena ili naturalizovana u Sjedinjenim Državama i podložna njihovoj vlasti jesu građani Sjedinjenih Država i one države u kojoj prebivaju. Nijedna država ne smije donositi ili primjenjivati zakone koji uskraćuju pravo i zaštitu građanima Sjedinjenih Država; nijedna država ne smije nijedno lice da liši života, slobode ili imovine bez propisanog zakonskog postupka, niti može ikome da uskrati ravnopravnu zakonsku zaštitu u granicama svoje vlasti.”

bez obzira na mjesto prebivališta, odnosno uprkos specifičnim politikama i vrijednosnim ciljevima saveznih država koje čine SAD, niti jedna od 50 saveznih država, u bilo kojem obliku zakonodavnog (parlamentarnom ili referendumskom) odnosno sudskog načina odlučivanja, nema ovlaštenje uskratiti, direktno ili indirektno, tu mogućnost.

Oba „federalna“ aspekta zanimljiva su u kontekstu Evropske unije, s obzirom da ona predstavlja entitet koji počiva na strogoj podjeli regulatornih nadležnosti između nivoa EU i nivoa njenih (u ovom trenutku) 28 država članica.

Ključna razlika zbog koje presuda *Obergefell* u punom obimu nije realna u EU pravnom poretku nije, kako se često ponavlja, činjenica da EU nema nikakva ovlaštenja regulirati pitanje braka. Nema je niti Kongres SAD-a. Ključna razlika nalazi se u **dosegu pravnog učinka osnovnih prava i sloboda** koje EU garantira svojim građanima i građankama kao pojedincima neovisno šta o tome mislile njene države članice. Za razliku od osnovnih prava i sloboda garantiranih Ustavom SAD-a, sadržajno iste ili slične garancije propisane Poveljom o osnovnim pravima EU, ne proizvode učinak neovisno o granicama prenesenih regulatornih nadležnosti Unije. Dok u SAD osnovna prava i slobode propisane Ustavom djeluju jednako ograničavajuće *kako prema federalnoj vlasti tako i prema savezним državama*, Evropska unija ima ovlaštenje štititi (time i *de facto* regulirati) osnovna prava i slobode isključivo u okviru onih pitanja koja može regulirati na osnovu Ugovorom izričito prenesenih ovlaštenja.²⁰ Osnovna prava i slobode garantirane Poveljom stoga ne ograničavaju EU institucije i EU države članice na isti način. Njihov pravni učinak prema EU državama članicama ne prelazi stroge granice prenesenih nadležnosti Unije. Drugim riječima, između jedinstvenog EU sistema pravne zaštite i popratne politike ljudskih prava i zaštite svojih nacionalnih regulatornih ovlaštenja u područjima koja su zadržale u svojoj nadležnosti, države članice izabrale su potonje.

Ova činjenica ima izuzetno važne implikacije po razvoj sistema zaštite društvenog položaja istospolnih zajednica. Kada bi SEU razvio svoju verziju *Obergefell* odluke, koja bi pristup braku štitila kao osnovno pravo EU građana i građanki, bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju, to bi *de facto* značilo da je Sud redefinirao pravno-politički karakter Unije. Od supranacionalnog entiteta „sui generis“ EU bi postala konstrukcija „federalnog tipa“. Imajući na umu snagu *Van Gend/Costa* „mitologije“ o nastanku pravnog poretka

20 Odredba člana 51, stava 2. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije. Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (Posljednja posjeta: 21.10.2015.). Za konkretnu podjelu regulatornih nadležnosti EU i država članica vidi odredbe člana 1. do člana 6. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. [online]. [cit. 2010-12-30]. Dostupno na < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> > (Posljednja posjeta: 21.10.2015.).

EU, bilo bi neozbiljno tvrditi kako tako nešto nije moguće.²¹ No, politička težina koju federalizacija daljnje integracije ima na nivou Unije čini realnom pretpostavku kako takav razvoj događaja nije vjerovatan. Stoga u EU pravnom poretku ne treba očekivati potpuni pandan *Obergefell* presudi kao što ne treba očekivati uredbu ili direktivu koja bi od država članica zatražila bračnu jednakost. *Obergefell* opcija u svom punom opsegu za sada je „rezervirana“ za države članice, njihove ustavotvorce, zakonodavce ili najviše sudove.

Istovremeno, iz opisane razlike ne slijedi zaključak da će SEU nezainteresirano posmatrati kako države članice tretiraju istospolne zajednice. U biti, sam *Obergefell* ukazuje da je tako što politički i životno nerealno očekivati.

Kao što je navedeno, *Obergefell* je dobrim dijelom rezultat životnih okolnosti u okvirima političke zajednice koja polaže visoku vrijednost **u slobodu kretanja građana i građanki** između njenih sastavnih saveznih jedinica. Činjenica da je istospolni par legalno sklopio brak u saveznoj državi Massachusetts čiji pravni učinci nisu priznati u saveznoj državi Ohio u koju su se, oslanjajući se na garantiranu slobodu kretanja iz čl. 5. XIV amandmana Ustava SAD-a, doselili (s ciljem obrazovanja, (samo)zapošljavanja ili pristupa nekom drugom javnom dobru, kao što je medicinska usluga), neizbježno postavlja **pitanje svrhovitosti načela slobode kretanja** za određenu grupu građana i građanki. Štaviše, vrijednosna težina koju to načelo uživa u određenom društvu gotovo automatski u fokus povlači i pitanje njihovog statusa u određenoj političkoj zajednici. Ako *Obergefell* trenutak nije bio začeo već onog trena kada je prva savezna država SAD-a priznala bračnu jednakost stvarajući situaciju u kojoj su istospolni bračni partneri, seleći se između saveznih država, na svom statusu mogli insistirati ne samo u smislu moralne obaveze već i smislu pozitivnog prava, onda je on postao gotovo neizbježan kada je bračnu jednakost priznala druga ili treća savezna država.²² Onda kada je pravni pluralizam suprotstavljenih mišljenja oko mogućnosti pristupa braku zamijenio dotadašnju monolitnost poimanja braka, pitanje bračnog statusa (istospolnih parova) od tek zanimljivog vrijednosnog pitanja „lokaliziranog“ karaktera postalo je federalno pitanje „prve kategorije“. Do tog trenutka priznavanje brakova sklopljenih u drugoj saveznoj državi bilo je u najvećem broju slučajeva neproblematično administrativno pitanje. Od tada, zahvaljujući ulozi koju ustavna garancija potpune slobode kretanja unutar granica SAD-a ima za federalistički ideal „*e pluribus unum*“, puko administrativno pitanje postalo je jedan od najvažnijih vrijednosnih sukoba na najvišem nivou političke zajednice. *Obergefell* trenutak time je postao gotovo neizbježan.

21 Vidi, naprimjer, J.H.H. Weiler „Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy“, *Int J Constitutional Law* (2014) 12 (1): 94-103.

22 Sudac Vrhovnog suda SAD-a A. Scalia je u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003) iznio tvrdnju da je neustavnost ograničenja pristupa braku za istospolne parove začeta odlukom većine u tom predmetu da državna vlast nema „opravdan interes“ kojim bi mogla opravdati „zadiranje u lični i privatni život pojedinaca“, čime je odbačena ranija odluka iz predmeta *Bowers v. Hardwic*, 478 U.S. 186 (1986).

Sličan razvoj događaja odvija se negdje ispodpovršinski i u Evropskoj uniji.

Četiri ugla političke konstrukcije Evropske unije su, od samog nastanka, četiri aspekta slobode kretanja na zajedničkom tržištu.²³ Dapače, za razliku od SAD-a, gdje je bila manje-više tek *jedan od* integracijskih mehanizama, sloboda kretanja je u kontekstu izgradnje Evropske unije bila ubjedljivo najvažniji integracijski mehanizam. S obzirom na vrijednost koju sloboda kretanja građana ima, gotovo je nevjerovatno da EU već nije doživjela svoju verziju „*Obergefell* trenutka“. Tim više, kada se u obzir uzme sudski put koji tužilac u EU pravnom poretku mora prevaliti kako bi dobio svoju priliku da najviši Sud uvjeri u ispravnost svoje tvrdnje. Ako se u postupku pred nacionalnim sudom, protiv čije odluke više nije moguća žalba, pojavi dilema oko ispravnog tumačenja i primjene EU prava, tužilac ima pravo insistirati da se od Suda Evropske unije zatraži odgovor na pitanje tumačenja EU prava (posebno ako se radi o osnovnim načelima EU poretka), a nacionalni sud ima obavezu udovoljiti takvom zahtjevu te od Suda Evropske unije zatražiti odgovor.²⁴ Ovakav mehanizam nije poznat pravnom poretku SAD-a, gdje predmet mora proći nekoliko sudskih instanci prije nego ga SCOTUS eventualno prihvati. S obzirom na činjenice da je: 1) 40% država članica EU priznalo bračnu jednakost, 2) još dodatnih 25% država članica ozakonilo neki oblik istospolne zajednice porodičnog života²⁵ te da je 3) EK izrazila jasnu volju da od država članica dobije priznanje obaveze „međusobnog priznanja“, pitanje je trenutka kada će SEU biti suočen sa zahtjevom „*Obergefell* tipa“.

Sam predmet *Obergefell* daje izuzetno koristan uvid u pitanja s kojima će SEU biti suočen u tom trenutku, kao i argumentima koje će stranke zastupati pred najvišim EU sudom. S obzirom da bi presuda u kojoj bi SEU zauzeo stajalište da je obaveza međusobnog priznanja brakova i izvanbračnih zajednica porodičnog života, nastalih u skladu sa važećim odredbama porodičnog odnosno građanskog prava različitih EU država, imala dalekosežne posljedice na razvoj zaštite istospolnih porodica, uključujući i obavezu država da njihov položaj izričito uredi nacionalnim zakonodavstvom, korisno je ispitati detaljnije snagu i nedosljednosti pojedinih linija argumentacije koje su strankama na raspolaganju u takvom sporu. Štaviše, iako su se razvile prvenstveno u litigacijskoj areni, iste linije argumentacije pojavljuju se u drugim oblicima demokratskih rasprava o položaju istospolnih parova i njihovih zajednica porodičnog života, uključujući i zakonodavni kontekst, što je od posebnog interesa za Bosnu i Hercegovinu.

23 Vidi, naprimjer, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. OUP, 2013.

24 Član 267. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije.

25 Uz to su Malta i Hrvatska svojim zakonima izričito propisale kako priznaju istospolne brakove sklopljene u drugim državama članicama, s tim da je Hrvatska pune učinke tog priznanja ograničila na sva pitanja koja se nalaze u regulatornoj nadležnosti EU, dok su u ostalim pitanjima istospolne bračne zajednice sklopljene izvan RH u pravima jednake životnim partnerstvima sklopljenim u RH.

Osnovni okvir Obergefell argumentacije

Kao što je ranije navedeno, SCOTUS je u predmetu *Obergefell* bio suočen s dva ustavno-pravna pitanja. Prvo i glavno pitanje odnosilo se na ustavnu garanciju bračne jednakosti za cijelo područje SAD-a. Drugo i alternativno pitanje odnosilo se na obavezu saveznih država da na svom području priznaju učinke „istospolnog braka“ sklopljenog na području druge savezne države koja je priznala bračnu jednakost tj. njegovu valjanost. Od samog početka bilo je jasno da će pozitivan odgovor na prvo pitanje ukloniti potrebu za odgovorom na drugo.²⁶ Istovremeno, činjenica da je SCOTUS odlučio raspraviti oba pitanja ukazala je na mogućnost da bi prvo pitanje moglo dobiti negativan odgovor, a drugo pozitivan. S obzirom da je na kraju, u presudi *Obergefell*, SCOTUS priznao kako XIV amandman garantira bračnu jednakost bez obzira na spol i seksualnu orijentaciju, tekst same presude ne bavi se drugim pitanjem.

No, rasprava koja je održana pred Sudom ukazuje na činjenicu od izuzetne zanimljivosti za EU kontekst. Iz pitanja Suda, kao i odgovora svih pravnih zastupnika i zastupnica velikog broja stranaka u postupku, vidljivo je da je izuzetno teško razviti argumentaciju koja bi u slučaju negativnog odgovora na pitanje o bračnoj jednakosti omogućila pozitivan odgovor na pitanje o obavezi međusobnog priznanja (istospolnih) brakova sklopljenih u različitim državama članicama. Drugim riječima, rasprava u predmetu *Obergefell* o pitanju obaveze međusobnog priznanja sklopljenih brakova pokazala je da je bračna jednakost gotovo neodvojiva od načela „*potpune vjere i povjerenja*“ iz st. 1. čl. 4. Ustava SAD-a koje svoj EU pandan nalazi u EU načelu „*međusobnog priznanja*“. Isti razlozi koji bi eventualno opravdali ograničenje pristupa braku istospolnim parovima morali bi imati u najmanju ruku jednaku vrijednost kada se radi o mogućnosti savezne države da odbije priznanje pravnih učinaka čina sklapanja braka istospolnih osoba do kojeg je došlo u drugoj saveznoj državi. Sami podnosioci i podnositeljice ustavne tužbe insistirali su na tome da bi pozitivan odgovor samo na drugo pitanje značio nastavak povrede njihovog dostojanstva, odnosno da bi osobe istospolne orijentacije i dalje imale status građana drugog reda.²⁷ Istovremeno, savezne države protiv kojih je podnesena tužba tvrdile su kako bi mogući pozitivan odgovor na drugo pitanje učinio bilo kakav negativan odgovor na prvo pitanje nesvrhovitim jer bi na zaobilazan način omogućio iste društvene učinke zbog kojih se savezna država odlučila brak ograničiti na heteroseksualne parove.²⁸ Ukratko, čini se da su gotovo svi akteri postupka smatrali da se radi o situaciji „sve ili ništa“.

26 Transcript of the Oral Arguments - Obergefell v. Hodges 11:20; http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q2_f2ah.pdf (Posljednja posjeta: 17.09.2015).

27 Id. 47:1-22.

28 Id. 37:16 - 38:7.

S obzirom na razliku u karakteru saveza na kojem počiva SAD kao federalna država i onog na kojem počiva EU kao supranacionalni entitet, vrlo je vjerovatno kako će opisani sukob na „sve ili ništa” između onih koji istospolne zajednice smatraju jednako vrijednim oblikom porodičnih zajednica i onih koji ih smatraju prijetnjom tradicionalnom ustroju porodice, a time i društva, biti još oštriji. EU članice koje odbijaju pravno priznati istospolne zajednice porodičnog života insistirat će kako bi obaveza „međusobnog priznanja” u samim temeljima potkopala njihovu sposobnost da koriste svoje suvereno ovlaštenje da uređuju porodične odnose, s obzirom da bi ova obaveza kroz slobodu kretanja EU građana i građanki utjecala na one odnose koje na osnovu svog ustava, s jedne strane, i EU, s druge strane, samo država članica ima potpuno suvereno pravo samostalno regulirati. Štaviše, u skladu sa činjenicom da je pitanje „međusobnog priznanja” u svrhu slobode kretanja vrlo teško odvojiti od pitanja potpune bračne jednakosti, vjerovatno će se tvrditi kako bi bilo kakva čvršća obaveza međusobnog priznanja brakova sklopljenih u drugim državama članicama ukazivala na daljnju „federalizaciju” Evropske unije, i to sudskim aktivizmom, van redovnog „demokratskog” postupka izmjene osnivačkih ugovora. Ovaj otpor bi se argumentirao tvrdnjom kako daljnja sudska federalizacija Evropske unije teče putem produbljivanja učinaka osnovnih prava garantiranih Poveljom o osnovnim pravima EU.

Istovremeno, zastupnici i zastupnice bračne jednakosti istu će logiku koristiti kako bi ostvarili dijametralno suprotan cilj. Baš kao i njihovi istomišljenici u predmetu *Obergefell*, tvrdit će da u sklopu svojih ovlaštenja EU svojim građanima i građankama mora osigurati najviši dostupni nivo dostojanstva i jednakosti, odnosno da mora ukloniti status građanstva drugog reda, s kojim su istospolni parovi suočeni kada im pri pokušaju korištenja osnovnog prava slobode kretanja na cijelom području EU pojedinačne države članice odbijaju priznati postojanje i pravne učinke braka ili nekog drugog oblika životne zajednice sklopljene u skladu sa pozitivnim zakonima druge države članice. Tvrdit će da je međusobno priznanje sklopljenih zajednica i drugih oblika porodičnih zajednica minimum koji pravni poredak mora garantirati kako bi osnovna garancija slobode kretanja imala ikakav smisao za one EU građane i građanke koji nisu heteroseksualne orijentacije. Drugim riječima, koristeći istu logiku kao i njihovi oponenti, branit će dijametralno suprotno stajalište da je obaveza međusobnog priznanja sklopljenih brakova posljedica suverene volje država članica da putem osnivačkih ugovora garantiraju osnovno pravo slobode kretanja *svim* građanima i građankama EU.

Štaviše, na raspolaganju im je i tvrdnja kako je ta suverena volja dodatno potvrđena činjenicom da Direktivom 2004/38²⁹ niti brak niti izvanbračna zajednica nisu definirani na jedan, drugi ili treći način, već je

29 Direktiva 2004/38/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 29. aprila 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravište na području države članice, kojom se mijenja Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ.

njihovo značenje ostalo „otvoreno“, dok je istovremeno, kao dio paketa sa osnivačkim ugovorima, usvojena i Povelja o osnovnim pravima EU koja, između ostalog, garantira zaštitu ljudskog dostojanstva svake osobe (čl. 1), poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 7), jednakost pred zakonom (čl. 20), zabranu diskriminacije (čl. 21) slobodu kretanja i boravka (čl. 45), pa čak i stupanje u brak definira kao osnovno pravo (čl. 9). Naglašavat će da pri tome Povelja ne definira sadržaj braka te da bi, bez obzira što Povelja priznaje kako to ovlaštenje načelno pripada državama članicama, one svakako trebale imati na umu da ga ne mogu koristiti na način koji ograničava osnovna prava koja EU građani i građanke uživaju zahvaljujući pravnom poretku Unije.

Navedeno ukazuje na to da bez obzira što je gotovo sigurno kako SEU neće zatražiti punu bračnu jednakost, kao što je to učinio SCOTUS u presudi *Obergefell*, struktura i logika pravne argumentacije koju će suprotstavljene stranke koristiti u budućem sličnom predmetu pred Sudom Evropske unije vrlo je slična onoj koju su stranke koristile pred SCOTUS-om.³⁰ Štaviše, *Obergefell* je od pomoći i u pogledu konkretnijih argumenata koje će strankama biti na raspolaganju u sličnom EU predmetu, njihovih prednosti i nedostataka, te strateških odluka koje će biti na raspolaganju Sudu Evropske unije, pred kojim će taj spor doživjeti svoj rasplet.

Primjenjivost *Obergefell* argumentacije na EU kontekst

Analiza podnesaka i rasprave pred Vrhovnim sudom u predmetu *Obergefell* ukazuje na važnu ulogu nekoliko argumenata, koji mogu biti razdijeljeni u dvije strateške linije.

S jedne strane, rasprava pred SCOTUS-om vodila se oko pitanja da li pristup instituciji braka predstavlja osnovno pravo ili ne. Unutar te linije nalazimo argumente vezane za: 1) tumačenje ustavne garancije osnovne slobode i jednakosti (XIV amandman);³¹ 2) uloga tradicije i vjeroispovijesti u definiranju ustavne garancije;³² 3) važnost namjere za diskriminatorni karakter postupanja;³³ 4) zaštita djece raznospolnih bioloških roditelja.³⁴

30 Vjerovatno je kako će se odluka Suda Evropske unije o obavezi međusobnog priznanja jednako odnositi na priznavanje bračnih i izvanbračnih zajednica, ako su one predviđene nacionalnim zakonodavstvom države članice. S obzirom na niz nepotrebnih pitanja o jednakom postupanju, koja bi se otvorila kada bi Sud zauzeo stajalište kako su države dužne međusobno priznati sklopljene brakove, ali ne i izvanbračne zajednice, teško je zamisliti da Sud napravi tu razliku. No, radi jednostavnijeg izražavanja često će se raspravljati o obavezi priznanja sklopljenih brakova.

31 Transcript of the Oral Arguments- *Obergefell v. Hodges* 11:20, 15:21-16:2, 16:24-17:16, 39:10-41:1. ita kako bi do erozije došlo s akuokreacijom of Women a sve buduće članice Europske unije.e nedavno usvojila i Republika Hrvatska.

32 Id. 12:19-25.

33 Id. 71:9-73:4, 81:20-82:8.

34 Id. 34:16-35:25, 43:10-46:10, 47:13- 49:15, 64:7-66:25, 69:25-71:6.

Druga linija argumentacije koja je igrala značajnu ulogu u raspravi odnosila se na pitanje ovlaštenja sudske vlasti u demokratskim pravnim porecima i uključivala je argumente vezane za: 5) osnovno pravo građana da aktivnim učešćem u demokratskom postupku određuju definiciju braka;³⁵ 6) demokratska nadređenost zakonodavnog postupka sudskom rješavanju vrijednosnih pitanja;³⁶ 7) društvena korisnost pristupa „posmatraj i procijeni“.³⁷

Vrlo je vjerovatno kako će se većina navedenih argumenata koristiti ako se, odnosno, kada se sličan spor pojavi pred Sudom Evropske unije. Naravno, u svom EU specifičnom pravnom ruhu. Nadalje ćemo pokušati konkretnije ilustrirati kako bi mogla teći razmjena argumenata među suprotstavljenim stranama u sličnom sporu pred Sudom Evropske unije.

Žig nedostojnosti

Uz pretpostavku da će takav spor pokrenuti istospolni bračni par kojem je jedna od država članica koje odbijaju priznati pravne učinke takvog braka sklopljenog u drugoj državi članici uskratila postupanje predviđeno Direktivom 2004/38, može se očekivati da će tužioci od Suda tražiti da utvrdi kako je takvim postupanjem konkretna država članica pogrešno primijenila Direktivu uskraćujući im osnovno pravo na slobodu kretanja na području EU garantirano Ugovorom o funkcioniranju Evropske unije. Štaviše, tvrdit će da je sporno ograničenje slobode kretanja zasnovano prvenstveno na činjenici njihove seksualne orijentacije, što predstavlja povredu zabrane diskriminacije iz čl. 21, a time automatski i čl. 45. Povelje o osnovnim pravima EU.

Rasprava u postupku *Obergefell* pokazuje kako stranke taj isti argument mogu usmjeriti i prema samom Sudu. Naime, tužioci imaju na raspolaganju tvrdnju kako u slučaju da Sud zaključi da EU pravni poredak dopušta državama članicama da u pogledu slobode kretanja istospolne brakove sklopljene u drugim državama tretiraju nepovoljnije no što tretiraju heteroseksualne brakove, Sud bi neizbježno presudio da su osobe istospolne orijentacije „građani drugog reda“ koji nemaju pravo na zaštitu porodičnog života iz čl. 7. Povelje, što predstavlja povredu njihovog ljudskog dostojanstva koje bi trebalo biti zaštićeno čl. 1. Povelje.

Za razliku od slučaja *Obergefell*, tužioci u sličnom EU predmetu vjerovatno neće osporavati ovlaštenje država članica da samostalno definiraju uslove za sklapanje braka niti sadržaj koji ta institucija ima u smislu prava i obaveza u njihovom nacionalnom pravnom poretku. Tako što ne samo da ne bi bilo realno već u kontekstu EU ne bi bilo ni potrebno. No uprkos tome, a slično *Obergefellu*, tužioci će se fokusirati na pitanje **predstavlja li pristup braku osnovno pravo zaštićeno Poveljom**. Rasprava o sklapanju braka

³⁵ Id. 41:6-18.

³⁶ Id. 23:2-17, 28:18-29:7, 73:10-75:13.

³⁷ Id. 20:16-21:14, 29:8-23.

kao osnovnom pravu bit će rezultat potrebe EU države koja se ne slaže s obavezom međusobnog priznanja da opravda činjenicu da tako ograničava interese istospolnih porodica EU građana te ih dovodi u nepovoljni položaj. Država će pri tome na ovaj ili onaj način tvrditi kako joj je osnovni interes zaštita tradicionalnog braka. Naravno, ako je sklapanje braka osnovno pravo i sloboda, razlog kojim se opravdava ograničenje ravnopravnosti istospolnih porodica i sam će postati ograničenje njihovih osnovnih interesa. Ograničenje nije moguće pravdati drugim ograničenjem.

U takvoj raspravi o braku kao osnovnom pravu tužioc neće na raspolaganju imati samo tekst čl. 9. Povelje (u slučaju *Obergefell* nije bilo slične ustavne odredbe), već će baš kao i kolege u *Obergefellu* moći tvrditi da su u uporedivom položaju s bilo kojom heteroseksualnom bračnom zajednicom, pošto baš kao i građani heteroseksualne orijentacije imaju ljudsku potrebu za sigurnošću i životnom stabilnošću koja dolazi s pravnim priznanjem i zaštitom njihove emocionalne povezanosti zasnovane na intimnosti i predanosti koja predstavlja društveni temelj porodičnog života.³⁸ U tom smislu, tužioc će pred Sud izaći sa stajalištem da u slučaju da Sud zaključi kako EU pravni poredak, u sklopu svojih nadležnosti, ostaje slijep prema činjenici da je institucija braka koju su legalno sklopili na teritoriju EU uobičajen oblike zaštite njihovih najosnovnijih ljudskih potreba, označit će ih „žigom nedostojnosti“.

Brak, tradicija i suverenost

Tužena država članica vjerovatno će odgovoriti jednako emocionalno i jednako oštro. Prije svega, država će insistirati na stajalištu kako ima potpuno suvereno ovlaštenje u pogledu definiranja sadržaja i uslova pristupanja braku. Prije svega će insistirati kako bi obaveza međusobnog priznanja u svojoj biti značila da se država odrekla tog suverenog ovlaštenja u korist Evropske unije, odnosno da su interesi EU prevladali nad nacionalnim interesima iako za takvo što nema osnove u osnivačkim ugovorima. Konkretnije, tvrdit će kako sloboda kretanja građana nije apsolutna te da ugovori ne insistiraju na kretanju bez obzira na posljedice koje ta mogućnost može imati po interes zaštite osnovnih društvenih vrijednosti. Rasprava u predmetu *Obergefell* pokazuje da će tužena država imati na raspolaganju nekoliko linija argumentacije kojom će moći dalje razrađivati ovu klasičnu tvrdnju vezanu za raspodjelu regulatornih nadležnosti između Unije i njenih pojedinačnih članica.

Linija argumentacije koja se obično prva poteže u raspravi o bračnoj jednakosti vezana je za *tradiciju*. Gotovo je sigurno da će tužena država članica u nekom trenutku u postupku zauzeti stajalište kako bi obaveza međusobnog priznanja brakova sklopljenih u drugim državama članicama značila kako je država prisiljena redefinirati svoju nacionalnu tradiciju poimanja institucije koja predstavlja osnovnu socijalnu jedinicu ustrojstva

38 Id. 85:7-87:13.

njenog društva. Štaviše, na raspolaganju će joj biti i tvrdnja kako je prisiljena odreći se svojih tradicionalnih vrijednosnih pozicija u korist vrijednosnih stavova koje zastupa neka druga država članica, čime je povrijeđeno načelo ravnopravnosti država članica. Kako bi izbjegla tvrdnju da ograničenje njenih interesa koje za sobom povlači obaveza međusobnog priznanja nije zasnovano na vrijednosnim stajalištima neke druge države članice, već zaštitom interesa i položaja pojedinaca kao EU građana i građanki, tužena država će taj argument učvrstiti tvrdnjom da pristup instituciji braka nije osnovno pravo građana i građanki. Ako nije osnovno pravo onda se u konkretnom slučaju ne radi o zaštiti interesa pojedinaca neovisno o vrijednosnim stajalištima bilo koje države članice, već o sukobu vrijednosnih politika i nacionalnih tradicija između država članica. Negacija statusa osnovnog prava sklapanja braka bit će ujedno i odgovor na tvrdnju tužilaca da će negacija međusobnog priznanja sklopljenih brakova biti jednaka „žigu nedostojnosti“ osoba istospolne orijentacije. Naravno, iole ozbiljna tužena država tvrdnju da brak nije osnovno pravo pobliže će i obrazložiti, ako ni iz kojeg drugog razloga onda zato što će to od nje zasigurno tražiti sam Sud, na kojem je konačna odgovornost da izrekne takvo stajalište koje za sobom povlači dalekosežne posljedice. Tu će tužena država imati na raspolaganju nekoliko argumenata od kojih će svaki povući za sobom niz problema.

Brak, biologija i prokreacija

Tokom rasprave u predmetu *Obergefell* jedna od tuženih saveznih država tvrdila je da se institucija braka razvila kako bi služila vrlo konkretnom društvenom cilju koji je usko povezan sa ljudskom biologijom.³⁹ Brak je tako društveni konstrukt koji se razvio kako bi se stvorio prostor koji bi djeci osigurao sigurnost i stabilnost prilikom odrastanja i sazrijevanja u odrasle članove društva. S obzirom da je prema tom stajalištu uspješnost braka kao porodične jedinice usko povezana sa biološkom prokreacijom zasnovanom na heteroseksualnom odnosu žene i muškarca, država ima interes zaštititi heteroseksualni karakter braka upravo kako bi zaštitila prostor sigurnosti i stabilnosti koji brak pruža djeci.⁴⁰ Istom logikom, zaštita tradicionalnog heteroseksualnog poimanja braka nije u interesu države u smislu zaštite osnovnih sloboda građana i građanki vezanih za njihove lične potrebe za emocionalnim zajedništvom. Država niti smije pa niti može svojim postupcima davati, priznavati ili umanjivati dostojanstvo različitim porodičnim oblicima koje su građani slobodni razvijati u svakodnevnom životu svojom voljom. U skladu s tim, kada država štiti tradicionalno heteroseksualno poimanje braka njeni postupci nisu motivirani predrasudama prema homoseksualnim osobama, željom da te osobe dovede u društveno podređeni položaj ili da im umanjí njihovo lično ili građansko dostojanstvo i status.⁴¹

³⁹ Id. 43:10.

⁴⁰ Id. 46:1-9, 52:15-23, 57:25-58:7.

⁴¹ Id. 71:16-72:5, 72:18-79:4.

Iako ovakva linija argumentacije zvuči neočekivano zbog niza vrlo praktičnih, životno-svakodnevnih pitanja, jasno je zašto bi država koja želi snagu tradicije upregnuti u svoju korist na kraju izabrala upravo nju. Argument tradicije u svrhu opravdanja određene društvene prakse sa sobom nosi vrlo bremenit teret prošlosti. U kontekstu sadržaja institucije braka, taj teret je posebno težak s obzirom na gruba kršenja onog što danas smatramo osnovnim ljudskim pravima, koja su u prošlosti bila legalizirana u okviru te institucije i koja su pravdana ustaljenim društvenim tradicijama. To se prije svega odnosi na gotovo potpunu negaciju ličnosti i autonomije žena koje su poput robe ili „živog blaga“ bile podređene muškarcima, kako u ulozi njihovih očeva tako kasnije u ulozi muževa.⁴² Nasilje, silovanje i uskraćivanje gotovo ikakve individualne autonomije žena u braku smatrane su tradicionalnim oblikom zaštite te institucije na sveukupnu društvenu korist. Sličnu ulogu tradicija je imala i prilikom odbrane zabrane međurasnih odnosno međuetničkih brakova. Kako bi „pobjegla“ od ovakve prošlosti tužena država koja u ovoj vrsti sudskog spora misli upregnuti argument tradicije u svoju korist jednostavno će biti prisiljena tradicionalnu heterocentričnost braka obrazlagati kao razumnu zaštitu stabilne društvene prokreacije odnosno sigurnog prostora za odrastanje i sazrijevanje djece u članove konkretnog društva.

Naravno, imalo sposobni tužioci napraviti će sve kako bi Sud tokom postupka stalno imao na umu gruba kršenja osnovnih ljudskih prava unutar institucije braka koja su se pravdala društvenom tradicijom. Na taj način ostvarit će dvostruku korist. Prije svega, u fokus će staviti antropološku činjenicu da institucija braka, baš stoga što je društveni konstrukt, nije imala fiksiranu svrhu niti sadržaj, već se kroz historiju konstantno mijenjala i razvijala, nekad na dobro, a nekad, pa možda i često, na loše. Time će poslati jasnu poruku Sudu da je odgovornost za smjer u kojem će se dalje razvijati institucija braka velikim dijelom na samom Sudu kao nadležnom tijelu vlasti. Istovremeno, naglašavajući apolegetski potencijal koji argument tradicionalnosti historijski ima u kontekstu kršenja osnovnih prava, tužioci će učinkovito dovoditi u sumnju iskrenost motiva tužene države.

Da bi odgovorila na ovakve argumente, a posebno činjenicu da brak kao društvena institucija nikada nije imao neki fiksirani sadržaj, tužena država morat će naglašavati ulogu biologije u ljudskoj prokreaciji. Do prokreacije dolazi spajanjem biološki ženskih i muških spolnih stanica čemu u najvećem broju slučajeva prethodi seksualni odnos između osoba koje te stanice biološki proizvode. Država će iskoristiti ovu biološku činjenicu kako bi opravdala svoju tvrdnju da je legitimni interes države da kroz instituciju braka osigura prostor u kojem će ona doseći svoj konačni ishod, a to je uspješno odrastanje i sazrijevanje rođenog djeteta. Štaviše, tužena država će ovom linijom argumentacije pokušati heteroseksualni

42 Vidi, naprimjer, John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, D. Appleton and Co, (1869); Kate Millett, *Sexual Politics*, Doubleday (1970).

brak prikazati kao razumni odraz „prirode stvari“ kako bi došla u poziciju tvrditi da, uprkos značajnim izmjenama koje je proživjela ova institucija, njena bit tj. heteroseksualni karakter ostaje konstantan.⁴³

Bez sumnje, ovakva linija argumentacije otvorit će vrata cijelom nizu ozbiljnih kritika. Prije svega, tužiocima će biti na raspolaganju argument da tužena država pukoj biološkoj činjenici pripisuje vrijednosni, politički sadržaj koji ona sama po sebi nema niti ga može imati.⁴⁴ Činjenica da se prokreacija odvija spajanjem biološki muške i ženske spolne stanice ni na koji način ne određuje društvene okolnosti u kojima će se dijete uspješno razviti u zadovoljnu i uspješnu odraslu osobu, baš kao što ni činjenica da smo kao bića sazdani od hemijskih čestica nastalih u fizičkom procesu raspada zvijezda ne određuje u koga ćemo se zaljubiti iako zvjezdani sjaj smatramo vrlo romantičnom pojavom. Za sada nema dokaza da biološki, hemijski ili zakoni fizike predodređuju naše vrijednosne stavove na kojima zasnivamo naše društvene institucije kao što je brak, osim ako nečije uvjerenje da je tome tako nije dokaz. Naravno, baš kao i u *Obergefellu*, tužena država neće tvrditi da je biološki proces prokreacije jedini faktor na kojem država zasniva svoj interes da zaštiti heteroseksualni karakter braka. Biološki potencijal je usko povezan sa emocionalnom komponentom. Baš zbog toga jer seksualnim činom mogu zajedno dovesti do rođenja djeteta, ljudi su u pravilu predaniji zajedničkom porodičnom životu odnosno spremniji podrediti svoje partikularne lične interese interesima dobrobiti porodične jedinice, a posebno interesima djece koja u njoj odrastaju.⁴⁵ Upravo kako bi dodatno podržala stabilnost takve zajednice država tradicionalno štiti te ima interes i dalje štititi heteroseksualni karakter braka. Priroda i tradicija bi na taj način putem institucije braka bile spojene u razumnu politiku države.

Nema sumnje kako je opisana linija argumentacije izuzetno kontraverzna. Onog trena kada zauzme stajalište da su heteroseksualne porodične zajednice stabilnije jer ti parovi mogu biološkom prokreacijom dovesti do rođenja djeteta, država će biti suočena sa nizom zahtjevnih pitanja. Prije svega, tu je ponovo ranije opisano historijsko breme koje „tradicionalni brak“ nosi sa sobom. Mogu li se porodične zajednice zaštićene bračnim pravnim okvirom u kojima su žene silovane i ponižavane prema volji svojih muževa smatrati stabilnima odnosno da li je garancija „stabilnosti“ takvih zajednica bio biološki prokreativni potencijal tih parova ili autoritet kojim je država štitila takve brakove?⁴⁶ Nadalje, šta je s onim porodičnim zajednicama koje

43 Za primjer ove linije argumentacije vidi Transcript of the Oral Arguments- Obergefell v. Hodges 70:20-72:5.

44 Za primjer kritičke vrijednosne dekonstrukcije društvene institucije „prirodne porodice“, vidi Patricia Hill Collins, „It's All in the Family: Intersection of Gender, Race, and Nation“, 13 Hypatia: J. Feminist Phil (1998).

45 Vidi Transcript of the Oral Arguments- Obergefell v. Hodges 43:15-44:14, 44:25-46:9, 48:13-49:1.

46 Id. 70:20-71:14.

su usvojile djecu? Znači li to što dijete nije rođeno kao rezultat seksualnog odnosa te dvije osobe da su one manje sposobne podrediti svoje interese dobrobiti te porodične zajednice i interesima tog djeteta?⁴⁷ Drugim riječima, vole li roditelji „prirodnu“ više od „usvojene“ djece? Ako je interes države štititi heteroseksualne brakove jer su oni stabilnije okruženje za odrastanje djece (jer „prirodna“ prokreacija uključuje jaču emocionalnu predanost) treba li država uopće podržavati usvajanje djece? Preciznije, koji su to tačno razlozi da država trenutno podržava usvajanje djece? Zato jer je odrastanje u „pseudoporodici“ bolje od odrastanja u instituciji (iako ne jednako dobro kao odrastanje u „prirodnoj“ porodici)? Zato što je to za društvo ekonomski isplativije? Sličan niz nimalo ugodnih pitanja doći će i od strane onih koji su koristili blagodati medicinske tehnologije u vidu potpomognute oplodnje. Da li su porodične zajednice u kojima je dijete začeto spolnim stanicama bioloških roditelja ali u „petrijevoj zdjelici“ nužno manje „prirodno“ stabilno okruženje za njegovo odrastanje, a one u kojima su korišteni donori još manje stabilne?

Uz navedeno, tužiocima su na raspolaganju i neki drugi argumenti.

Šta je s onim parovima koji ne mogu ili jednostavno ne žele imati djecu?⁴⁸ Trebaju li oni uopće imati pristup braku? Ako država štiti heteroseksualni brak radi stabilnog okruženja koje pruža djeci zašto je trenutno omogućila pristup braku neplodnim osobama, osobama na odsluženju zatvorske kazne ili osobama starije životne dobi?⁴⁹ Jesu li takvi brakovi manje vrijedni? Odražava li se *de facto* inferiorniji bračni status također i na društvenu vrijednost njihove porodične zajednice? Ne ukazuje li činjenica da država priznaje apsolutno jednaka prava i obaveze u sklopu institucije braka parovima koji imaju i parovima koji nemaju djecu na to da veliki broj ljudi u današnje vrijeme brak u biti ne percipira niti primarno niti prvenstveno kao okvir bez kojeg nije moguće osigurati stabilno okruženje za odgoj djece već kao institucionalizaciju njihove međusobne emocionalne predanosti i na njoj zasnovane zajedničke volje da svoje živote grade skupa na obostranu sreću, pa čak i ako odluče ili ne mogu imati djecu? Ako je to uistinu društveno preovlađujuća percepcija svrhe braka, može li država koja se naziva demokratskom to ignorirati? Može li tada zaštitu heteroseksualnog karaktera institucije braka, čime cijele društvene grupe dovodi u nepovoljni društveni položaj, pravdati interesom s kojim se većina građana najvećim dijelom ne slaže?

No daleko najneugodniji niz argumenata s kojima će se morati suočiti država koja bude insistirala na tvrdnji da heteroseksualni karakter braka garantira stabilnije okruženje za odrastanje djece bit će upravo u vezi sa djecom. Naime, ako je heteroseksualnost bračne zajednice garancija stabilnog okruženja za odrastanje, kako odgovoriti na činjenicu da se najveći udio nasilja u porodici odvija upravo u takvim zajednicama? S obzirom da tvrdi

47 Id. 68:1-70:19.

48 Id. 53:10-55:3.

49 Id. 55:4.

kako štiti heteroseksualnost braka radi veće sigurnosti djece, ne bi li država bila dosljedna u svojoj politici tek kada bi u slučajevima nasilja u porodici partnerima koji ovo nasilje počinje uskraćivala koristi koje bračni status donosi? Štaviše, zar ne bi tada takvim bračnim parovima trebalo ograničiti roditeljska ovlaštenja? Radi li to ijedna država koja štiti heteroseksualni koncept braka?

Još neugodnije, koje su posljedice tvrdnje da heteroseksualnost braka garantira veću vjerovatnoću stabilnosti porodičnog okruženja za djecu koja nisu odrastala u takvim zajednicama? Znači li to da usvojena djeca, djeca samohranih roditelja, djeca začeta umjetnom oplodnjom ili djeca koja su izgubila roditelje imaju slabiju priliku odrasti u jednako uspješne i jednako vrijedne članove i članice društva? Ako je tome tako odnosno ako tako razmišlja većina građana i građanki, zar se ne bi to onda odražavalo i u drugim područjima društvenog života? Naprimjer, zar ne bi poslodavci trebali izbjegavati da zapošljavaju osobe koje su odrasle izvan porodične zajednice zaštićene bračnim statusom jer bi bilo razumno očekivati da će takve osobe u prosjeku biti manje uspješne? Događa li se to u stvarnom životu? Još važnije, da li smatramo da bi takvo postupanje bilo društveno prihvatljivo?

Ovakvo poređenje uvjerenja koje vlada o heteroseksualnom karakteru institucije braka kao garantu veće stabilnosti porodičnog okruženja za djecu s pretpostavkama o društvenom položaju one djece koja ne odrastaju u takvim zajednicama, na kojima se to uvjerenje implicitno zasniva, ima izuzetno važnu posljedicu za položaj stranaka u samom sudskom sporu o pitanju obaveze međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU državama. Navedena pitanja vezana za djecu koja odrastaju izvan tradicionalnih brakova podrivaju uvjerenje da država ima legitimitet da štiti heteroseksualni karakter braka radi dobrobiti djece u samim temeljima. Nije vjerovatno kako će bilo koja država tvrditi da su djeca koja odrastaju izvan takvih zajednica manje vrijedna te da ne zaslužuju isto poštovanje i angažiranost države kao i djeca koja odrastaju u tradicionalnim bračnim zajednicama. Niti će se usuditi otvoreno tvrditi da ta djeca imaju manje šanse za uspjeh u životu. No, ako djeca imaju jednaku životnu šansu, odrastala u sklopu ili izvan tradicionalne bračne zajednice, zbog čega onda i dalje štiti njen tradicionalni heteroseksualni karakter? Upravo ovo pitanje je najvažnije jer državu direktno suočava s izborom koji za nju nije ugodan.

Homoseksualnost kao prijetnja braku

S jedne strane, država može priznati da je linija argumentacije koju je koristila problematična i prebaciti se na novu. Naravno, cijena ovog koraka je značajan gubitak kredibiliteta i svaka nova linija argumentacije trebala bi biti besprijekorno izvedena kako bi se taj gubitak nadoknadio. Primjer nove linije argumentacije nalazi se dalje u tekstu.

S druge strane, država može ostati pri ovoj liniji te napraviti sljedeći korak i zauzeti stajalište kako bi otvaranje institucije braka osobama istospolne seksualne orijentacije dovelo do njenog značajnog urušavanja čime bi društvo izgubilo jednu od najvažnijih institucija za svoju prokreaciju. Ovom tvrdnjom fokus rasprave bio bi usmjeren *direktno na ljudsku osobinu homoseksualnosti*. Država više ne bi mogla tvrditi da se u svojim postupcima vodi razlozima koji su jednako primjenjivi na sve bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju već razlozima koji su prvenstveno vezani za osobinu homoseksualnosti. Tehničkim pravnim jezikom rečeno, država više ne bi bila u okvirima eventualne indirektne diskriminacije već bi njena argumentacija bila isključivo na području direktne diskriminacije. To bi za tužioce bila značajna litigacijska prednost.

Da bi tvrdnja o eroziji institucije braka imala ikakvog smisla, država bi morala izabrati barem jedan od dva dostupna argumenta vezana za učinak homoseksualnosti na brak. Država bi mogla tvrditi kako bi do erozije došlo zato što bi heteroseksualni parovi prestali sklapati brakove odnosno da bi se povećao broj razvoda jer bi parovi shvatili da je brak izgubio svoju tradicionalnu svrhu. Jedna od saveznih država u predmetu *Obergefell* koristila je upravo takvu argumentaciju tvrdeći da bi otvaranje braka homoseksualnim parovima, koji očigledno biološki ne mogu imati zajedničku djecu, navelo prosječnu heteroseksualnu osobu da zaključi kako primarni smisao braka nije prokreacija (koja zbog biološke povezanosti zahtijeva i, štaviše, potiče žrtvovanje ličnih interesa interesima djeteta) već ispunjavanje ličnih emocionalnih potreba vezanih za partnera ili partnericu.⁵⁰

Uz navedeno, država bi također mogla tvrditi da homoseksualni parovi nisu jednako dobri roditelji odnosno da porodična zajednica istospolnih parova nije jednako dobro okruženje za odrastanje djece.

S obzirom da se obje tvrdnje direktno zasnivaju na kriteriju homoseksualnosti, jedini način da država izbjegne ocjenu da se radi o direktnoj diskriminaciji jeste da uvjeri Sud kako su one zasnovane na stvarnim okolnostima i činjenicama. Drugim riječima, ako odluči koristiti bilo koji od ova dva argumenta, država će morati imati na raspolaganju vrlo uvjerljive statističke i sociološke podatke koji ukazuju da se u okolnostima bračne jednakosti broj heteroseksualnih brakova značajno smanjuje odnosno da djeca koja odrastaju u istospolnim porodičnim zajednicama ne uživaju jednako dobro okruženje za odrastanje. Desetljeće sudovanja o pitanju bračne jednakosti u SAD-u koje je kulminiralo u predmetu *Obergefell* jasno je pokazalo kako u kontekstu te države takvi podaci ne postoje.

50 U svom zajedničkom amicus curiae podnesku u predmetu *Bostic v. Schaefer* 760 F.3d 352 (4th Cir. 2014) Američka asocijacija psihologa, Američka akademija pedijatrije, Američka asocijacija psihijatara, nacionalne asocijacije socijalnih radnika i asocijacije psihologa Virginiae izričito su utvrdile kako ne postoje nikakvi razlozi zbog kojih bi istospolni parovi bili drugačiji roditelji od heteroseksualnih parova niti su mnogobrojna istraživanja ukazala da postoje indicije kako su djeca koja odrastaju u istospolnim porodicama suočena s bilo kakvim drugačijim izazovima od djece koja odrastaju u heteroseksualnim porodicama.

Štaviše, u društvenom kontekstu karakterističnom za SAD, naučna istraživanja čija je osnovanost bila višestruko testirana pokazala su da nema: 1) nikakve razlike u stopi sklapanja i razvoda brakova među heteroseksualnim parovima u državama koje su priznale bračnu jednakost, kao što nema 2) nikakve razlike kako u životnoj uspješnosti tako i u svjetonazorima djece koja su odrastala u heteroseksualnim i homoseksualnim porodičnim zajednicama. Nema razloga vjerovati kako bi rezultati mogli biti drugačiji i u društvenom kontekstu država članica Evropske unije. No, bez takvih pokazatelja argumenti o utjecaju homoseksualnosti na eroziju institucije braka osuđeni su na neuspjeh.

Štaviše, čak i da postoje podaci koji pokazuju takvu korelaciju nije sigurno kako bi oni sami po sebi uvjerili Sud da postupanje države ne predstavlja direktnu diskriminaciju. Kada bi bili suočeni s takvim podacima tužioc bi se uvijek mogli osloniti na doktrinu koju je SEU razvio u području ravnopravnosti spolova. Prema doktrini Suda Evropske unije, nepovoljno postupanje na osnovu trudnoće predstavlja direktnu diskriminaciju jer je trudnoća kao fizička činjenica nerazdvojivi dio ženskog biološkog spola. Svaki put kada neko pri donošenju odluke koristi kriterij trudnoće *de facto* koristi kriterij spola.⁵¹ Za tužioce bi ova doktrina bila korisna jer je SEU izričito odbio kao nedopušteno bilo koje opravdanje kojim bi tužena osoba pokušala nepovoljno postupanje na osnovu trudnoće opravdati objektivnim ekonomskim razlozima. Naprimjer, uobičajena strategija koju u takvim predmetima koriste poslodavci je tvrdnja da se ne radi o spolnoj diskriminaciji, čemu svjedoči činjenica da je na to isto mjesto zaposlena druga žena. Poslodavci takvu odluku obrazlažu troškovima koje zapošljavanje trudnica ima po njihovo poslovanje, što je potpuno nevezano za samu činjenicu da se radi o osobama ženskog spola. Pri tome na raspolaganju imaju niz statističkih i poslovnih podataka kojima dokazuju korelaciju između trudnoće i povećanih poslovnih troškova. Uprkos ovoj činjenici SEU je zauzeo čvrsto stajalište kako nepovoljno postupanje na osnovu kriterija trudnoće predstavlja direktnu diskriminaciju na osnovu spola. Analogijom, ista logika dostupna je i tužiocima ako bi kojim slučajem bili suočeni s podacima koji sugeriraju određenu korelaciju između bračne jednakosti i erozije tradicionalnog braka. Kako i u kontekstu diskriminacije trudnica, podaci koji su ukazivali na korelaciju između zapošljavanja trudnica i povećanih troškova poslovanja nisu uvjerili SEU da se ne radi o direktnoj diskriminaciji na osnovu spola, tako ni u ovom kontekstu neće nužno uvjeriti Sud da odstupi od svoje dobro ustaljene doktrine da nepovoljno postupanje koje se otvoreno zasniva na jednom od nedopuštenih kriterija odlučivanja – etnicitet, spol, seksualna orijentacija itd. – predstavlja direktnu diskriminaciju.

⁵¹ C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus ECR (1990) I-03941.

Istospolne porodice i garancije zabrane diskriminacije

Kako bi učvrstili Sud u uvjerenju da ne treba odstupiti od svoje ustaljene doktrine, tužioci će na raspolaganju imati dva klasična antidiskriminacijska argumenta. Prvo, tužioci uvijek mogu podsjetiti Sud da je zabrana direktne diskriminacije individualizirano pravo.⁵² Svaka osoba uživa zaštitu od diskriminacije prvenstveno kao pojedinac. Prema takvom shvatanju, u fokusu je lična autonomija svake osobe tj. njena mogućnost da kao neponovljiva jedinka sa svojim jedinstvenim identitetom ima priliku nadmetati se pod jednakim uslovima sa ostalim jednako vrijednim pojedincima za sve koristi, prilike i dobra koja pruža određeno društvo, bez obzira na određene lične karakteristike koje čine dio njenog ličnog identiteta i koje ne samo da ne bira nego ih ne bi ni trebala birati. Stoga, čak i ako postoje određeni statistički pokazatelji koji ukazuju na prosječnu korelaciju između takve lične karakteristike (trudnoća, seksualnost, spol) i određenih troškova po nečije interese, osobu je dopušteno tretirati isključivo na osnovu njenih individualnih ličnih kvaliteta i ostvarenja, a ne na osnovu njene pripadnosti „statističkoj grupi“. Ignoriranje njene individualnosti popraćeno štetnim posljedicama koje za nju slijede ako ju se tretira na osnovu stereotipiziranih procjena vezanih za društvenu grupu kojoj pripada, bili ti stereotipi i racionalni, predstavlja direktnu diskriminaciju.⁵³ U tom smislu, čak i kada bi postojali određeni pokazatelji da su istospolni parovi različiti od heteroseksualnih parova u pogledu bračne uspješnosti (kojim god kriterijima se ona mjerila), to ne bi samo po sebi omogućavalo državi da ih isključi iz pristupa koristima koje za sebe veže ta institucija, s obzirom da ih je država dužna poštovati kao jedinstvene osobe sa svojim individualnim karakteristikama zbog koji se mogu, ali i ne moraju uklapati u stereotip o društvenoj grupi kojoj pripadaju, bio taj stereotip racionalan ili zasnovan na predrasudi.

Drugo, tužiocima na raspolaganju stoji i činjenica da je SEU svoju antidiskriminacijsku doktrinu uglavnom razvijao uzimajući u obzir konkretne učinke koje određeno postupanje ima, kako za konkretnu osobu tako i za društvenu grupu kojoj pripada, a koja je historijski gledano bila sistemski izložena diskriminaciji u društvu. Teorijskim rječnikom antidiskriminacijskog prava, SEU je skloniji konceptu stvarne (supstancijalne) jednakost nego konceptu formalne (aristotelovske) jednakosti.⁵⁴ Predstavlja li neko postupanje štetu za neku osobu odnosno da li je ono uslovljeno njenom pripadnošću nekoj društvenoj grupi, SEU ocjenjuje uglavnom na osnovu konkretnih, stvarnih životnih učinaka takvog postupanja, a ne na osnovu ocjene zadovoljava li to postupanje neku određenu formu.⁵⁵ Dosljednost u

52 Vidi, naprimjer, C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen ECR (1995) I-03051.

53 Vidi, naprimjer, Cass R. Sunstein, „Why Markets Don't Stop Discrimination“, 8 Social Philosophy and Policy (1991).

54 Vidi Sandra Fredman, „Discrimination Law“ OUP, (2011).

55 Za oštru kritiku koncepta formalne jednakosti, vidi Peter Westen, „The Empty Idea of

načinu, jednakost uslova, dostupnost komparatora i slični faktori na kojima se insistira u okviru koncepta formalne jednakosti, SEU bi trebao redovno uzimati u obzir, ali prvenstveno kako bi dobio potpuniju sliku pri ocjeni koga smatrati odgovornim odnosno koga zadužiti za naknadu nepovoljnih posljedica nekog postupka oko kojeg se vodi antidiskriminacijski spor.⁵⁶

U kontekstu obaveze međusobnog priznanja sklopljenih brakova u različitim EU državama, ovaj pristup tuženu državu stavlja u nezavidan položaj. Ako je pri ocjeni predstavlja li uskraćivanje pristupa sklapanju braka homoseksualnim osobama diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije prvenstveni fokus na učincima koje takvo postupanje ima za te osobe kao pojedince, ali i kao pripadnike društvene grupe koja je historijski izložena sistemskoj diskriminaciji u društvu, za tuženu državu to znači da joj neće biti dovoljno Sud uvjeriti u iskrenost i opravdanost svojih razloga.⁵⁷ Kojim god razlozima država pokuša obrazložiti svoj interes da zaštiti tradicionalni koncept braka, oni će morati biti „važniji“, „uvjerljiviji“, „hitniji“ od štetnih učinaka koje takvo postupanje države ima kako za osnovne interese ili građanski status osoba istospolne seksualne orijentacije kao pojedinaca tako i za položaj te grupe u društvu. Za tuženu državu ključno pitanje tada postaje da li uopće postoje ikakvi razlozi koje bi Sud smatrao toliko važnim da bi postupanje države kojim se grupa ljudi dovodi ili drži u položaju društvene nejednakosti smatrao prihvatljivim do te mjere da bi i sam zauzeo stajalište kako toj grupi neće biti omogućen puni obim sloboda kretanja na području Unije koji uživaju heteroseksualne porodice. Kao što je detaljnije obrazloženo kasnije, dosadašnja sudska praksa ne pruža razloga za optimizam državama koje se suoče s ovim pitanjem.

Brak, porodice i formalni okviri evropske pravne zaštite

Dosadašnji pregled argumenata koje bi tužioci i tužene države mogle koristiti u sporu pred Sudom Evropske unije oko pitanja obaveze međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU državama i jednake slobode kretanja za istospolne porodice ukazuje da strategija zasnovana na tvrdnji da je zaštita tradicionalnog heteroseksualnog koncepta braka opravdana njegovom važnošću za prokreaciju i odrastanje djece u zrele članove društva ne bi trebala biti ohrabrujuća za države koje odbacuju obavezu međusobnog priznanja. Bitne razlike ne bi bilo niti da je država izabrala nešto drugačiju strategiju te zauzela stajalište kako je pristup braku osnovno pravo te stoga EU mora poštovati nadležnost država da suvereno uređuju sadržaj takvih garancija. Ova linija argumentacije dopustila bi tuženoj državi da u svoju

Equality“ 95 Harvard L. Rev. 542, 537-596 (1982).

56 Goran Selanec, „A betrayed ideal : the problem of enforcement of EU sex equality guarantees in the CEE post-socialist legal systems“, Ch. 2., S.J.D. Thesis, University of Michigan Law School, (2012).

57 Upravo to je bila strategija koju su tužene savezne države koristile u predmetu Obergefell. Vidi Transcript of the Oral Arguments- Obergefell v. Hodges 82:5.

korist ukaže na činjenicu da prema praksi Evropskog suda za ljudska prava bračna jednakost nije zahtjev koji proizlazi iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, tim više što je Konvencija izvor prava kako za EU institucije tako i za sve njene države članice.

No, iako u ovom početnom koraku izgleda dosta ohrabrujuće, ova linija argumentacije još je rizičnija za tuženu državu. Prije svega, činjenica da Evropska konvencija ne insistira na bračnoj jednakosti ni na koji način ne znači da je tradicionalni koncept heteroseksualnog braka u očima Konvencije mjerilo. To jednostavno znači da ESLJP kao međunarodni sud koji sudi na osnovu međunarodnog dokumenta koji su potpisale 53 države (od kojih 25 nije dio EU) za sada neće od svih država potpisnica tražiti da priznaju bračnu jednakost.⁵⁸ Istovremeno, Sud Evropske unije nije međunarodni sud niti je Evropska unija međunarodna organizacija u kojoj je suverenost države početak i kraj svih ovlaštenja. Presude Evropskog suda za ljudska prava obavezuju isključivo države protiv kojih su izrečene dok njihova provedba kao i pravni položaj same Konvencije u domaćem pravnom poretku ovisi isključivo o ustavu i volji same države. Nasuprot tome, pravni akti EU ne samo da su izravno primjenjivi u nacionalnim pravnim porecima država članica (provedbena tijela su ih dužna primjenjivati bez obzira na saglasnost nacionalnog zakonodavca) već su i nadređeni svim nacionalnim pravnim propisima, uključujući i ustav.⁵⁹ Ova razlika u pravnom karakteru između konvencijskog sistema zaštite i pravnog poretka Evropske unije ima dalekosežne posljedice.⁶⁰ Za razliku od presuda Evropskog suda za ljudska prava, presude Suda Evropske unije nisu samo direktno obavezujuće (ne ovise o provedbenoj volji države) već obavezuju sve države članice, bile one stranke spora ili ne. Zbog važnosti koju ujednačena primjena pravnih akata ima u tako strukturiranom pravnom poretku, SEU ima ovlaštenje samostalno i autonomno definirati pojmove koji se koriste u tekstu EU pravnih akata. Naprimjer, ako Direktiva 2004/38 garantira slobodu kretanja „bračnim zajednicama“, ali je iste propustila precizno definirati, Sud je ovlašten tom pojmu dati *autonomno* značenje koje je neovisno o značenju koje taj isti pojam ima u zakonskim aktima država članica koji ne uređuju pitanja uređena Direktivom.⁶¹

U kontekstu spora o obavezi međusobnog priznanja brakova i izvanbračnih zajednica, mogućnost Suda EU da autonomno definira pojmove iz EU pravnih akata, o čijoj primjeni odlučuje u sporu, znači da tužena država koja izađe sa tvrdnjom kako ESLJP dopušta državama

58 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Schalk and Kopf v. Austria, App no 30141/04 (24 June 2010).

59 Tamara Čapeta i Siniša Rodin, „Osnove prava Evropske unije“, Narodne Novine, (2011).

60 Vidi, naprimjer, G. de Burca, „The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi“, 51 HARV. INT'L L.J.

61 Vidi presudu Suda Evropske unije u predmetu C-66/08 Kozłowski [2008] ECR I-6041, para. 42.

potpisnicama da brak definiraju kao heteroseksualnu zajednicu neće ostaviti neki poseban utisak na SEU. Dosadašnja praksa Suda Evropske unije zorno je pokazala kako je Sud vrlo svjestan činjenice da države članice Evropske unije imaju potpuno ovlaštenje definirati instituciju braka u skladu sa svojim nahodjenjima. No, države članice bi trebale biti jednako svjesne kako je Sud dosljedno insistirao na stajalištu da, čak i kada imaju potpunu samostalnost pri reguliranju nekog pitanja, način na koji su to uradile ne smije ni na koji način ograničavati prava koja su EU građanima i građankama garantirana EU pravnim aktima.⁶² Drugim riječima, način na koji su države definirale institut braka ne može ograničiti slobodu kretanja EU građana i građanki suprotno uslovima određenim EU pravom. Ako SEU zauzme stajalište da pojam „bračna zajednica“ ili „registrirano partnerstvo“ iz Direktive 2004/38, koja garantira slobodu kretanja EU porodicama na čitavom području Unije, uključuje i istospolne bračne zajednice EU građana i građanki, tužena država neće imati velike koristi od činjenice da Evropska konvencija dopušta državama da brak definiraju kao heteroseksualnu zajednicu. No, činjenica da SEU nije vezan odlukama Evropskog suda za ljudska prava i autonomno određuje način i doseg primjene EU odredbi nije glavna prijetnja strategiji koja se poziva na Evropsku konvenciju i praksu Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu istospolnih brakova. Glavna prijetnja ovoj strategiji je sama praksa Evropskog suda za ljudska prava. No, prije detaljnog obrazloženja ove tvrdnje korisno je još jednom iskoristiti uvid u argumentaciju koju su suprotstavljene stranke koristile u predmetu *Obergefell*.

Istospolne porodice i demokratija

S obzirom na nestabilnost strategije koja interes tužene države da u potpunosti zaštititi tradicionalni heteroseksualni karakter bračne zajednice odbacujući obavezu međusobnog priznanja zasniva na tvrdnji da je tradicionalni brak garancija stabilnije prokreacije i sigurnije zaštite interesa djece, tužena država mogla bi se odlučiti za značajno drugačiju liniju argumentacije. Kao što je već spomenuto, neke od tuženih saveznih država u predmetu *Obergefell* zastupale su stajalište prema kojem pristup braku ne predstavlja osnovno pravo garantirano Ustavom već pitanje o kojem savezne države odlučuju samostalno bez ikakvog uplitanja federalne vlasti, uključujući i SCOTUS. Kako bi ojačale ovo stajalište, zastupale su i tvrdnju kako Ustav SAD-a garantira građanima i građankama pravo da učestvuju u odlukama o pitanjima poput braka u demokratskom postupku.⁶³ Štaviše, prema ovom stajalištu, sudovi imaju obavezu suzdržati se od odluka kojim uređuju sadržaj pojedinačnih prava i sloboda čak i onda kada se radi o osnovnim pravima građana garantiranih Ustavom, osim ako okviri i sadržaj konkretne ustavne garancije nisu potpuno određeni i jasni. Da li su okviri

⁶² Vidi presudu Suda Evropske unije u predmetu C-267/06 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] ECR I-1757, para. 59.

⁶³ Vidi Transcript of the Oral Arguments- *Obergefell v. Hodges* 41:11-42:4, Transcript of the Oral Arguments- *Obergefell v. Hodges* (11:39 a.m.)

i sadržaj neke ustavne garancije potpuno određeni i jasni, neophodno je procijeniti na osnovu teksta, a ako tekst ostavlja otvorenim određena pitanja, onda samo na osnovu društvene tradicije.⁶⁴ Svaka odluka suda koja ne bi bila ograničena na tekst i tradiciju već bi se zasnivala na nekom obliku vrijednosnog tumačenja garancije predstavljala bi odstupanje od većinske demokratije i ograničenje pojedinačnog prava građana i građanki da učestvuju u demokratskom procesu donošenja političkih odluka. S obzirom da je institucija braka „milenijima“ bila određena kao heteroseksualna zajednica, dok je rasprava o istospolnim brakovima stara jedva koliko i „pojava mobitela“,⁶⁵ proizlazi kako bračna jednakost ne može biti rezultat potpuno određene i jasne ustavne garancije. Slijedom toga, odluka SCOTUS-a koja bi prekinula tu raspravu u korist bračne jednakosti, bilo da se radi o definiciji braka ili o obavezi međusobnog priznanja, predstavljala bi povredu ustavnog načela demokratskog pluralizma.⁶⁶

Navedena linija argumentacije nalazi svoju podršku i u tzv. pristupu „posmatraj i procijeni“. Savezne države koje su tražile od SCOTUS-a da ne ograničava pluralističku raspravu o sadržaju institucije braka koja se odvija u okvirima redovnog demokratskog postupka tvrdile su da daljnjim razvojem te rasprave javnost i demokratske institucije stječu uvid u detaljnije empirijske podatke ili opsežnija socijalna istraživanja posljedica koje bračna jednakost ima po stabilnost institucije, na osnovu čega mogu potpunije i promišljenije razviti svoje političke stavove.⁶⁷

Ova linija argumentacije poprima još veću uvjerljivost u kontekstu Evropske unije. Države koje se protive obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU članicama insistirat će da bi takva obaveza značila da trebaju postupati suprotno političkoj volji većine svojih građana i građanki, odnosno ograničavala bi nacionalni demokratski politički postupak. Pri tome zasigurno neće zaboraviti na predvidljivu „mantru“ o demokratskom deficitu

64 Odvojeno mišljenje predsjednika Vrhovnog suda SAD-a, C. J. Roberts, u presudi Obergefell v. Hodges 576 U.S. (2015) str. 10-11.

65 Tokom rasprave u predmetu Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. 133 S.Ct. 2652, sudac Vrhovnog suda SAD-a S. Alito postavio je sljedeće pitanje tužiocima koji su zahtijevali da SCOTUS ospori presudu Vrhovnog suda savezne države Kalifornija kojom je utvrdio da je referendum o definiciji braka kao heteroseksualne zajednice neustavan: „The one thing that the parties in this case seem to agree on is that marriage is very important. It's thought to be a fundamental building block of society and its preservation essential for the preservation of society. Traditional marriage has been around for thousands of years. Same-sex marriage is very new. I think it was first adopted in The Netherlands in 2000. So there isn't a lot of data about its effect. And it may turn out to be a -a good thing; it may turn out not to be a good thing, as the supporters of Proposition 8 apparently believe. But you want us to step in and render a decision based on an assessment of the effects of this institution which is newer than cell phones or the Internet? I mean we -- we are not -- we do not have the ability to see the future. On a question like that, of such fundamental importance, why should it not be left for the people, either acting through initiatives and referendums or through their elected public officials?“

66 Odvojeno mišljenje suca C. J. Roberts u presudi Obergefell v. Hodges 576 U.S. (2015) str. 26.

67 Vidi Transcript of the Oral Arguments- Obergefell v. Hodges 29:7, 34:19.

Evropske unije, odnosno jačem demokratskom legitimitetu nacionalnih političkih procesa. Štaviše, toj tvrdnji dodat će i argument kako iz samog teksta Ugovora odnosno Direktive 2004/38 proizlazi da institucije koje učestvuju u EU zakonodavnom procesu nisu izričito propisale obavezu međusobnog priznanja te su državama članicama ostavile diskreciju da poštujući demokratsku volju svojih građana definiraju sadržaj institucije braka u skladu sa svojim vrijednosno-političkim stajalištima. Drugim riječima, ne samo da EU nema dovoljan demokratski legitimitet na osnovu kojeg bi bila u poziciji donositi odluke koje direktno ili indirektno utječu na sadržaj društvenih instituta od takve važnosti za funkcioniranje nacionalnih država kao što je brak, već bi u konkretnom slučaju odluka o obavezi međusobnog priznanja stigla iz institucije koja nema nikakav demokratski legitimitet i kao takva bi predstavljala najgrublji oblik sudskog aktivizma. Ovom linijom argumentacije, usmjerenom prema samom Sudu Evropske unije, tužena država članica došla bi u solidnu poziciju da tvrdi kako bi presuda u korist obaveze međusobnog priznanja bila suprotna garancijama pluralističke demokratije propisanim osnivačkim Ugovorom o Evropskoj uniji. Nema sumnje, bude li pažljivo fokusirana i kvalitetno izvedena, ova linija argumentacije ostvarit će značajan učinak u sporu o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU članicama.

No, rasprava u predmetu *Obergefell* također otkriva kako ova linija argumentacije povlači sa sobom niz otvorenih pitanja. Oba smjera koja koristi – pluralistička demokratija te pragmatizam tipa „posmatraj i procijeni” – izgledaju dorađenije nego što stvarno jesu.

Prije svega, tvrdnja kako bi presuda SCOTUS-a o ustavnim okvirima instituta braka potkopala politički postupak koji se zasniva na vrijednosti pluralizma i većinskog glasanja počiva na vrlo suženom poimanju demokratije. U modernoj ustavnoj demokratiji, začetoj upravo u SAD-u, jasno se negira izjednačavanje političkog legitimiteta i broja dignutih ruku odnosno glasova za neku odluku.⁶⁸ Većinsko glasanje je uslov legitimiteta samo ako se odvija unutar ustavnog okvira koji određuje garancije kojima se štite interesi svake pojedine osobe i koje danas uobičajeno nazivamo osnovnim (ili ljudskim) pravima i slobodama.⁶⁹ Drugim riječima, ako je pristup braku osnovna sloboda koju Ustav garantira svakoj osobi kao jednako vrijednom subjektu interesa ustavnog poretka, činjenica da većina članova određene zajednice smatra kako bi sadržaj tog društvenog instituta trebao biti određen na ovaj ili onaj način u modernim demokratijama predstavlja prvenstveno političku činjenicu, nikako ustavnu obavezu, pa čak i onda kad je ta većina jasno izražena kroz formu zakonodavnog postupka, bilo parlamentarnog ili referendumskog karaktera. Ustavne garancije osnovnih prava i sloboda kamen su temeljac sistema ograničenja

⁶⁸ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Rossiter ed. (1961).

⁶⁹ Vidi na primjer presudu SCOTUS-a u predmetu *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943); slično *Windsor*, 133 S. Ct.

potencijalnih sklonosti državne vlasti despotizmu. Sistem popularno nazivamo sistem „ograničenja i ravnoteža“ (engl. *checks and balances*), što podrazumijeva primarno ograničenje većinskog odlučivanja u modernoj demokratiji. U takvom sistemu sudovi, a posebno oni najviše instance, zaduženi za očuvanje ustavnog poretka, imaju ključnu ulogu. S obzirom da je u demokratskom sistemu zakonodavac institucionalno neodvojivo vezan za većinu unutar političke zajednice, sudovima je, kao institucijama koje su od te većine institucionalno neovisne, povjerena zadaća „ograničavanja“ interesa većine i njihovog „uravnotežavanja“ sa ustavno zaštićenim interesima pojedinca odnosno političke manjine.

Države koje se u kontekstu EU spora o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU članicama oslone na argumente o demokratskom legitimitetu koji počiva na volji političke većine trebale bi uzeti u obzir da je upravo rasprava o odnosu osnovnih prava i volje većine unutar političke zajednice omogućila većini unutar Vrhovnog suda da napiše neke od najupečatljivijih argumenata u korist bračne jednakosti.

Većina koja je donijela *Obergefell* jasno je naglasila neupitnost ustaljene prakse Suda, prema kojoj trenutna većina unutar političke zajednice ne određuje obim i doseg osnovnih prava i sloboda garantiranih Ustavom. U prilog ovoj tvrdnji posebno su izabrali odluku u predmetu *Lawrence v Texas* u kojoj je SCOTUS prvi put jasno naglasio kako kazneno-pravne odredbe o sodomiji nemaju svoje mjesto u demokratskom sistemu koji štiti privatnost svojih građana i građanki unutar četiri zida njihovih domova, bez obzira što predstavljaju političku volju većine unutar konkretne zajednice.⁷⁰ Štaviše, u *Lawrenceu* je Sud zaključio kako politička volja većine koja se zasniva pretežno ako ne i isključivo na moralnoj osudi određenog načina života nije prihvatljiva osnova za pravne odredbe. *Lawrence* je na taj način postavio čvrste vrijednosne temelje za razvoj pravnog okvira koji je otvoreno „pozvao“ građane i građanke istospolne orijentacije i omogućio im da žive svoje živote u javnosti s dostojanstvom, bez obzira (pa i uprkos tome) šta o tome mislio značajan broj njihovih heteroseksualnih sugrađana i sugrađanki. Značaj slučaja *Lawrence* seže još dalje. Nakon *Lawrencea* bilo je jasno kako je moguće da čitav niz društvenih instituta koji su do tada percipirani kao izraz društvene tradicije, te su kao takvi uživali čvrstu političku podršku „demokratske većine“ unutar zajednice, ima vrlo problematične korijene u vrijednosnoj osudi načina života koji je karakterističan za osobe istospolne orijentacije.⁷¹ S obzirom da je društveni institut braka zasigurno jedan od vidljivijih iz te grupe, *Obergefell* je dosljedna kulminacija evolucije pravne reevaluacije društvenih odnosa koja je započela *Lawrenceom*.

70 *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

71 *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), str. 11.

U tom smislu, države EU koje svoje protivljenje obavezi međusobnog priznanja zasnivaju na tvrdnji da bi to predstavljalo daljnju degradaciju demokratije na nacionalnom nivou od strane Evropske unije moraju biti svjesne kako su glavni i osnovni predmet pravne reevaluacije koja je započela *Lawrenceom*, a kulminirala u *Obergefellu*, ni manje ni više no tradicionalni vrijednosni korijeni političkih odluka kojom „demokratska većina” pravno određuje položaj te manjinske grupe unutar zajednice. Štaviše, presuda *Obergefell* poslala je vrlo jasnu poruku kako reevaluacija ove vrste ima posebnu važnost kada se radi o odlukama političke većine kojima manjini uskraćuje ili ograničava korištenje osnovnih prava i sloboda koje ta „demokratska većina” svakodnevno uzima zdravo za gotovo.

SCOTUS je u tom smislu naglasio važnost odluke u predmetu *Loving v Virginia* kojom je, opet uprkos jasnoj većini članova političke zajednice izraženoj kroz formu zakonodavnog postupka, ukinuo zabranu sklapanja međurasnih brakova. SCOTUS je u predmetu *Loving* zauzeo stajalište da je brak „pravo od životnog ličnog interesa ključan za redovnu težnju sreći i slobodi” te u skladu s tim zaključio da se „sloboda da se sklopi ili ne sklopi brak nalazi u rukama pojedinca, a ne države”.⁷² Uskraćivanje osnovne slobode takve vrijednosne težine nekoj manjinskoj grupi predstavlja podrivanje vrijednosti jednakosti i povredu vladavine prava čak i onda ako je direktan izraz trenutne političke volje većine članova zajednice. U *Obergefellu*, ponovo suočen sa pitanjem bračne jednakosti, ali ovaj put u njenom „savremenom ruhu” seksualne orijentacije, Sud je dobio priliku doktrinarno ujediniti predmete *Loving* i *Lowrence*. Kao odgovor onima koji su odluku u korist bračne jednakosti osudili kao udar na demokratski politički ustroj i antidemokratski pokušaj redefiniranja duboko ukorijenjenog poimanja instituta braka, većina unutar Suda je pitanju bračne jednakosti pristupila kao zahtjevu isključene manjinske društvene grupe da joj se prizna osnovna sloboda sklapanja braka koju su joj sistemski, putem zakonodavnog postupka, uskraćivale društvene grupe koje zajedno čine matematičku većinu u zajednici.⁷³ Prateći smjer reevaluacije koji je SCOTUS započeo u *Lawrencu*, sudac Kennedy je u ime većine naglasio da, protivno argumentima o demokratskoj većini i duboko ukorijenjenoj tradiciji, treba imati na umu da je tumačeći ustavnu garanciju vladavine prava kroz svoje odluke SCOTUS „tokom historijskog razvoja stjecao bolje razumijevanje i prepoznavao društvene promjene koje su razotkrivale neprihvatljive nejednakosti unutar naših najfundamentalnijih institucija koje su nam do sada promicale neprimijećene i nepropitkivane”.⁷⁴

⁷² *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967).

⁷³ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), str.18.

⁷⁴ *Id.* str. 20.

U pozadini navedenih argumenata koje je većina unutar Suda koristila kako bi obrazložila svoju podršku bračnoj jednakosti leži specifično poimanje uloge sudske vlasti u zaštiti i promociji demokratskog pluralizma. Insistirajući na obavezi neprestane reevaluacije političkih odluka kojima se manjinskim grupama unutar zajednice uskraćuju koristi i prilike koje uživa „demokratska većina“, kako bi Sud stekao „*bolje razumijevanje i prepoznavao društvene promjene koje su razotkrivale neprihvatljive nejednakosti unutar naših najfundamentalnijih institucija*“, sudska većina u slučaju *Obergefell* implicitno je izrazila svoje shvatanje sudske vlasti, barem u ulozi čuvara ustavnog poretka, kao „vrijednosne savjesti“ političke zajednice. Prema ovom shvatanju, sudovi ovog nivoa imaju ustavnu obavezu osigurati da politička zajednica ostane vjerna vrijednosnim stajalištima koje je sama suvereno odredila kao najvažnije noseće stubove svog ustavnog poretka, bez obzira na partikularne interese pojedinih grupa unutar društva u nekom prolaznom trenutku.⁷⁵ U tom smislu učestale tvrdnje da odluke sudova koje se ne priklanjaju trenutnim političkim stajalištima onih grupa koje čine matematičku većinu unutar zajednice predstavljaju udar na demokratski pluralizam ne treba shvatati previše ozbiljno. Otvorena priroda ustavnih garancija koja dopušta različita tumačenja konkretne odredbe, što vodi litigacijskom nadmudrivanju u sklopu sudskih postupaka, samo je realan odraz stvarne „nedorečene“ prirode prava. Bez obzira na svoju „otvorenost“, ustavne garancije svejedno predstavljaju ograničavajući okvir za političke interese koji nastaju unutar zajednice. Sve dok sudovi ustavne garancije tumače na osnovu argumenata koji svojom uvjerljivošću ukazuju na to da bi specifično rješenje spora predstavljalo dosljedni nastavak provedbe osnovnih vrijednosti koje su konkretnoj zajednici obećane u trenutku njenog političkog formiranja, a za njenu daljnju dobrobit koja nije potpuno ovisna o trenutnim partikularnim interesima karakterističnim za nove socijalne i političke okolnosti u kojima se spor razvio, oni ne provode „antidemokratski aktivizam“, već jednostavno rade posao za koji smo ih kao zajednica zadužili.

Ovako postavljena institucionalna uloga sudova u arhitekturi ustavne demokratije sposobna je „naglavačke“ okrenuti tvrdnju da tumačeći sadržajno nedorečene ustavne garancije protivno političkoj volji većine unutar konkretne zajednice sudovi urušavaju demokratiju.⁷⁶ Ako sudovi zbog svoje institucionalne nezavisnosti od trenutne volje većine imaju posebnu ulogu u konstantnom istraživanju sadržaja ustavnih garancija koje su ustavotvorci, „*svjesni činjenice da ne poznaju obim slobode u svim njenim aspektima, povjerali budućim generacijama kako bi zaštitili pravo svake pojedine osobe da jednako uživa sve privilegije slobode kako ih s vremenom otkrivamo*“, tada rasprava o vrijednosnim postavkama ustavnog poretka i ograničenjima koja su kroz ustavne garancije nametnuta sudovima predstavlja jednako vrijedan doprinos demokratskom pluralizmu kao

75 Vidi pitanje sutkinje E. Kagan tokom *Obergefell* rasprave, Transcript of the Oral Arguments- *Obergefell v. Hodges* 74:15.

76 Vidi u tom smislu odgovor većine u *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), str. 24.

i rasprava koja se odvija u okvirima zakonodavnog postupka ili institucija javnosti poput medija. Bez sudova pluralistička demokratska rasprava nije i ne može biti potpuna. Sam *Obergefell* je u neku ruku uvjerljiva ilustracija ovakvog poimanja uloge sudova. Rasprava u predmetu *Obergefell* sastojala se od razmjene najboljih argumenata dostupnih strankama koji su postepeno razvijani, brušeni i izoštravani u sklopu nebrojenih rasprava koje su se o bračnoj jednakosti vodile tokom prethodna dva desetljeća u okviru društvenih institucija kao što su javnost, mediji, akademska istraživanja, zakonodavne ili referendumske arene pa i litigacija pred nižim sudskim instancama.⁷⁷ Dobar dio tih argumenata SCOTUS je već jednom razmotrio u predmetima *DOMA*⁷⁸ ili *Hollingsworth v. Perry* koje je sud razmatrao prije godinu i po. Rasprava u predmetu *Obergefell* stoga nije bila prvi susret Suda sa dobrim dijelom tih argumenata, što je strankama pružilo priliku da ih u međuvremenu dodatno izbruse. Štaviše, SCOTUS je do *Obergefella* stekao i uvid u vrlo jasnu promjenu u javnom mišljenju, do koje je s vremenom došlo tokom dva desetljeća javne rasprave o bračnoj jednakosti u SAD-u. U trenutku kada je započela rasprava u predmetu *Obergefell*, preko 30 saveznih država je već priznavalo bračnu jednakost i preko 50% svih građana i građanki SAD-a je smatralo da je to ispravan korak.

Uzimajući u obzir dugotrajnosti i sveobuhvatnost rasprave o bračnoj jednakosti, koja je prethodila *Obergefelli*, argument o korisnosti pristupa „posmatraj i procijeni“ koji su zastupale tužene savezne države u biti samo povlači pitanje do kada bi se trebalo čekati. Za države koje se protive bračnoj jednakosti (ili obavezi međusobnog priznanja), pitanje nije nimalo ugodno. Naime, što je broj argumenata koji ukazuju da je razvoj položaja LGBT osoba u društvu potvrdio pretpostavku da je „*priroda nepravde takva da je često ne uočavamo u vremenu u kojem živimo*“ insistiranje na daljnjoj raspravi samo potvrđuje problematične vrijednosne korijene tradicije koja se pokušava sačuvati.⁷⁹

Posmatrajući *Obergefell* iz ovog rakursa, argument o urušavanju demokratskog pluralizma ne izgleda uvjerljivo. Naprotiv, značajan dio stručnih argumenata i naučnih saznanja o utjecaju bračne jednakosti na instituciju braka i porodice razvijen je u kontekstu litigacije ili za potrebe litigacije o ovom pitanju na nižim državnim ili federalnim sudskim nivoima. Ako tome pridodamo jednostavnu životnu činjenicu da stajališta koja sudovi zauzimaju u svojim presudama gotovo uvijek potiču kasniju reakciju zakonodavca, doprinos litigacije o bračnoj jednakosti i položaju istospolnih parova u društvu razvoju demokratske rasprave čini se nespornim.

⁷⁷ Id., str. 23.

⁷⁸ United States v. Windsor 570 U.S. (2013).

⁷⁹ Vidi u tom smislu podnesak tužioca u predmetu *Obergefell* 14-556 Brief of *Obergefell*, et al., str. 52.

Rasprava o ulozi sudova u kontekstu odnosa osnovnih prava garantiranih ustavom i funkcioniranja demokratskog postupka političkog odlučivanja ima značajne posljedice po EU kontekst i spor o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u članicama EU u svrhu jednakog pristupa istospolnih porodica koristima iz Direktive 2004/38, koji će se pred Sudom Evropske unije pojaviti kad-tad. Kao što je ranije obrazloženo, zbog svog supranacionalnog karaktera, Evropska unija često je izložena kritici demokratskog deficita. Stajalište koje prevladava u javnosti govori da je demokratski karakter političkih institucija snažniji na nacionalnom nivou država članica nego na nivou Unije. EU institucije nemaju „direktnu vezu” sa građanima i građankama kojima bi trebali služiti, što ih čini „otuđenima” od njihovih svakodnevnih životnih prilika i interesa. Općeprihvaćenost ovog stajališta u javnosti čini procese političkog odlučivanja na nivou Unije „lakom metom”. Ako se tome pridoda klasična „mantra” o sudovima kao „prirodno nedemokratskim” institucijama, jasno je da će argument o daljnjem urušavanju demokratije od strane EU igrati značajnu ulogu u sporu o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u EU članicama. No, kao što ukazuje *Obergefell*, radi se o maču s dvije oštrice, a u EU kontekstu one bi se mogle pokazati posebno oštrima po države koje se protive obavezi međusobnog priznanja.

Paralelni razvoj sudske zaštite istospolnih porodica u Evropskoj uniji

Prateći ranije iznesenu argumentaciju iz koje proizlazi da: 1) sudovi imaju institucionalnu ulogu procijeniti kada je javna rasprava u sklopu institucija demokratskog društva dosegla tačku nakon koje postaje jasno da je ono što smo donedavno prihvatili kao duboko ukorijenjenu tradiciju u biti „*nepravda koju često ne uočavamo u vremenu u kojem živimo*”, odnosno da 2) rasprava koja se iz institucija javnosti pretače u sudsku litigaciju pa nazad u iste ili druge institucije demokratskog društva (što ukazuje na važnost sudova u razvoju demokratskog pluralizma), nije neosnovano tvrditi kako određene specifičnosti EU konteksta čine tu argumentaciju još uvjerljivijom. Naime, u poređenju sa SAD-om, EU ima još duže iskustvo u raspravljanju o položaju istospolnih porodica u društvu, uključujući i pitanje bračne jednakosti. Prva država koja je zakonski priznala istospolnu zajednicu kao oblik porodičnog života je članica EU.⁸⁰ Prve dvije države uopće koje su priznale bračnu jednakost prvobitne su suosnivačice EU.⁸¹ Od Nizozemske i Belgije, do danas još devet članica EU

80 Kraljevina Danska je izglasala Zakon o registriranom partnerstvu u maju 1989. godine. Prije toga Kraljevina Švedska je 1988. godine neregistriranim istospolnim zajednicama zakonski priznala ista prava koja su bila pružena heteroseksualnim izvanbračnim zajednicama. Poređenja radi, prvo zakonsko priznanje „građanske zajednice” istospolnih parova u SAD-u izglasano je u saveznoj državi Vermont u februaru 2000. godine. Vidi <http://www.nytimes.com/1989/10/02/world/rights-for-gay-couples-in-denmark.html> (Posljednja posjeta: novembar 2015.)

81 Kraljevina Nizozemska ozakonila je bračnu jednakost izmjenama građanskog zakonika u aprilu 2001. godine, a Kraljevina Belgija u junu 2003. godine.

ozakonilo je bračnu jednakost, tako da je njihov ukupan broj 11. Štaviše, u jednoj od država članica prvi put u historiji bračna jednakost je izglasana na državnom referendumu. Uz jedanaest država članica koje priznaju bračnu jednakost, daljnjih osam članica omogućavaju službeno sklapanje građanskih životnih partnerstva, u statusu porodične zajednice, kojoj je priznat manje ili više jednak obim prava kao i bračnim zajednicama. Danas 19 od ukupno 28 država članica EU istospolnim zajednicama pravno garantira status porodične zajednice, što jasno otvara pitanje njihovog pristupa svim koristima koje sa sobom donosi osnovna sloboda kretanja na čitavom području Evropske unije garantirana osnivačkim ugovorima Evropske unije.

Razvoj prakse Suda Evropske unije

Navedeni podaci uvjerljivo pokazuju kako se javna rasprava o položaju istospolnih porodica i bračnoj jednakosti kroz Evropsku uniju razvija i odvija već skoro tri desetljeća. Stoga ne iznenađuje ni podatak da se SEU već dvadesetak godina suočava sa sporovima oko ravnopravnosti osoba istospolne orijentacije i njihovih porodica. Prvi predmet u kojem je SEU bio suočen s diskriminacijom na osnovu seksualnosti je *P v S* iz 1996. godine, u kojem je Sud zauzeo stajalište da nepovoljno postupanje poslodavca uslovljeno odlukom zaposlenika da pokrene tranziciju radi promjene spola predstavlja oblik spolne diskriminacije. Iako je *P v S* bio spor koji nije išao dalje od konteksta zapošljavanja i radnih uslova, doseg doktrine koja transseksualnost (pragmatično) percipira kao oblik spolne pripadnosti postao je jasniji u predmetu *K.B.* kada je Sud zaključio da uskraćivanje pristupa povlasticama (penzija) koje jedan bračni drug uživa na osnovu radnog statusa supružnika, a do čega dolazi zato što nacionalno zakonodavstvo ne dopušta izdavanje vjenčanog lista osobama koje su istog spola, predstavlja oblik spolne diskriminacije zabranjen EU pravom.⁸² Dok je u pogledu transseksualnosti Sud od samog početka, koristeći antidiskriminacijsku doktrinu koju je desetljećima razvijao u kontekstu ravnopravnosti žena i muškaraca, donosio progresivne presude, isto nije bio slučaj kada se radilo o sporovima u kojima je bio suočen s nepovoljnim postupanjem prema gejevima ili lezbejkama te njihovim porodicama.

U prvom predmetu u kojem se susreo s pitanjem nepovoljnog postupanja prema osobama homoseksualne orijentacije i njihovim istospolnim partnerima, Sud je zauzeo stajalište da uskraćivanje novčane naknade za putne troškove osobi istog spola koja je u stabilnoj emocionalnoj zajednici sa zaposlenicom ne predstavlja oblik spolne diskriminacije iako je ista naknada osigurana osobama koje su različitog spola od zaposlenika s kojima su u stabilnoj emocionalnoj vezi.⁸³ Iskreno sagledavajući odluku Suda u predmetu *Grant* valja ukazati kako sam tekst tadašnje Direktive 75/117/EEC ili čl. 119. Ugovora o Evropskoj zajednici nije onemogućavao Sud da konkretno nepovoljno postupanje okarakterizira kao vrstu spolne

82 C-117/01 *K.B. v. N.H.S. Pension Agency and Secretary of State for Health* [2004] ECR-I-541.

83 C-249/96 *Grant v South-West Trains* [1998] ECR I-00621.

diskriminacije. Vjerovatni razlog zbog kojeg se Sud nije odlučio za taj smjer ima veze s činjenicom da se upravo u vrijeme kada je odlučivao u konkretnom predmetu donosila Direktiva 2000/78⁸⁴ koja izričito zabranjuje diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije na tržištu rada.

Novu priliku da izrazi svoje stajalište u odnosu na nepovoljno postupanje prema istospolnim porodicama na tržištu rada, Sud je dobio u sad već i pomalo zloglasnom predmetu *D&S*.⁸⁵ Izričito suočen s pitanjem predstavlja li, u kontekstu pristupa privilegijama koje EU institucije osiguravaju svojim zaposlenicima u bračnim ili izvanbračnim zajednicama priznatim u državama članicama gdje su nastale, nepovoljnije postupanje prema službenicima koji se nalaze u istospolnim porodičnim zajednicama diskriminaciju na osnovu *spola*, Sud je zadržao svoje stajalište iz odluke *Grant* te zaključio kako se ne radi o diskriminacije uprkos činjenici kako je država članica u kojoj je registrirano istospolno partnerstvo toj instituciji priznala status jednak bračnoj zajednici. Iz obrazloženja presude proizlazi kako je Sud značajnu pažnju posvetio upravo pitanju zadiranja u političke „demokratske“ odluke o sadržaju braka donesene u okviru uredno ispoštovane forme zakonodavnog postupka. Prema mišljenju Suda, odlučujući o pravima službenika EU institucija, države članice nisu izričito razmatrale istospolne emocionalne zajednice koje odstupaju od tradicionalnih heteroseksualnih porodičnih oblika u kontekstu poštivanja prava na porodični život, te bi stoga bilo kakva odluka Suda o tom pitanju bila zadiranje u njihova zakonodavna ovlaštenja tim više jer bi pozitivna odluka imala značajne pravne i budžetske implikacije.

S obzirom na ishod, a naročito obrazloženje koje je SEU dao u *D&S*, vrlo je vjerovatno kako će države članice koje se protive obavezi međusobnog priznanja sklopljenih brakova svoju argumentaciju zasnivati upravo na ovoj presudi. No, od 2001. godine, kada je Sud objavio *D&S* presudu, društvene i pravne okolnosti bitno su se promijenile. Prije svega, broj država članica koje su ozakonile bračnu jednakost ili životna partnerstva istospolnih osoba višestruko je porastao. Argument na kojem je Sud zasnivao svoju odluku u slučaju *D&S* da su pitanja položaja istospolnih porodica i bračne jednakosti bile predmet demokratske rasprave u tek manjem broju država članica jednostavno danas više nije održiv. Istospolne porodice danas predstavljaju javnosti „vidljivu činjenicu“ društvenog života u svim EU državama članicama. O njihovom društvenom položaju raspravlja se kako u javnosti tako i u akademsko-istraživačkim krugovima, odnosno parlamentarnim ili referendumskim arenama svih država članica. Najviši sudovi značajnog broja država članica zaduženi za zaštitu osnovnih prava građana i osnovnih vrijednosti nacionalnog ustavnog poretka direktno su bili suočeni sa sporovima o položaju istospolnih porodica. Paralelno

84 Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. novembra 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja SL L 303/16.

85 C-122/99P and C-125/99P *D & Sweden v. Council* [2001] ECR I-4319.

s razvojem demokratske rasprave u okvirima Evropske unije, tekla je jednako živa, pa u nekim aspektima i oštija, javna rasprava u „sestrinskim“ političkim sistemima kao što su SAD, Kanada ili Australija. Sve to rezultiralo je time da i oni koji se protive širenju obima prava istospolnih porodica danas možda kritiziraju njihovu društvenu poželjnost, ali ne negiraju njihovo postojanje, što često nije bio slučaj početkom ovog stoljeća. Istovremeno, takva evolucija društvenih i političkih okolnosti također je bila popraćena i jednako značajnim razvojem sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na jednako pravo na porodični život istospolnih osoba. Navedeno je, bez sumnje, utjecalo i na SEU.

Prvi signal da SEU zauzima značajno drugačije stajalište prema pitanju diskriminacije istospolnih porodica stiglo je u izuzetno važnoj odluci u predmetu *Maruko*.⁸⁶ U konkretnom predmetu, Sud je zaključio kako u slučaju da nacionalno zakonodavstvo istospolnim zajednicama garantira građanski status jednak onome koji uživaju heteroseksualne zajednice, bilo kakvo ograničenje prava, koristi i povlastica istospolnim zajednicama koje inače uživaju bračni drugovi predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije, protivno Direktivi 2000/78. S obzirom da značajnu pažnju posvećuje prosudbi nacionalnog zakonodavca, ovakvo stajalište već time ukazuje na odmak od odluke u predmetu *D&S*, kada je Sud zanemario činjenicu da je Švedska istospolnim porodičnim zajednicama zakonski priznala građanski status jednak onom koji uživaju tradicionalne bračne zajednice. No, najvažniji signal da SEU značajno mijenja svoje stajalište iz slučaja *D&S* došlo je u dijelu obrazloženja presude u kojem je Sud odgovorio na argument države članice kako bi svojom odlukom u korist tužioca *de facto* ograničio njenu mogućnost da koristi svoju isključivu nadležnost regulacije porodičnog života i građanskog statusa različitih porodičnih zajednica. Sud je izričito priznao kako je područje porodičnog prava u isključivoj regulatornoj nadležnosti država članica. No, odmah je naglasio kako pri korištenju svojih ovlaštenja države članice moraju poštovati EU pravo, a posebno njegove odredbe koje se odnose na garanciju zabrane diskriminacije. Drugim riječima, Sud je poslao poruku da neće tolerirati da države članice koriste svoju regulatornu nadležnost u pogledu porodičnih pitanja na način koji bi osobama istospolne seksualne orijentacije (i njihovim porodicama) zaobilaznim putem, namjerno ili nenamjerno, po svom konačnom učinku ograničio interese koje im garantira EU pravni poredak kao da su direktno diskriminirane na osnovu svoje seksualnosti. Ovo stajalište je od izuzetnog značaja za budući spor o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim državama članicama radi osiguranja jednake slobode kretanja istospolnih porodica na čitavom području EU.

Potvrda novog smjera došla je u presudi *Romer*, u kojoj je Sud zaključio da uskraćivanje pristupa poreskoj olakšici na iznos penzije osobama koje se

86 C-267/06 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] ECR I-1757.

nalaze u registriranom istospolnom partnerstvu predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije, s obzirom da je ista olakšica garantirana bračnim zajednicama. S obzirom na ishod predmeta *Maruko*, sama izreka presude nije neočekivana. No, *Romer* svejedno predstavlja korak dalje. Sud je u predmetu *Maruko* konačnu ocjenu uporedivosti građanskog statusa tradicionalnih bračnih zajednica i registriranih partnerstva ostavio nacionalnom sudu. Ako bi nacionalni sud ocijenio da je zakonodavac izjednačio građanski status dviju zajednica, imao bi obavezu zaključiti da nepovoljno postupanje u konkretnom sporu predstavlja diskriminaciju. Ako ne, diskriminacije nije bilo. Na taj način Sud je ostavio otvorenim pitanjem kako bi se postavio prema tvrdnji tužioca da su dvije zajednice uporedive čak i ako bi bilo jasno da to nije ocjena samog nacionalnog zakonodavca. U obrazloženju presude *Romer*, Sud je samostalno ušao u analizu odredbi nacionalnog zakonodavstva kako bi ocijenio da li su tradicionalne bračne zajednice i registrirana istospolna partnerstva uporediva. S obzirom da se ocjena uporedivosti i dalje zasnivala na nacionalnom zakonodavstvu, nepoznanica iz slučaja *Maruko* nije dobila konačan odgovor u *Romeru*. No ovaj korak je ukazivao na smjer prema kojem ocjena nacionalnog zakonodavca ne bi trebala biti od ključnog značaja u ocjeni Suda.

Razvoj prakse Evropskog suda za ljudska prava

Promjena smjera koja je započela presudom *Maruko* nije došla „sama od sebe“. SEU je imao značajnu podršku, pa čak i poticaj od strane Evropskog suda za ljudska prava.

ESLjP je desetljećima dosljedno zastupao stajalište da je brak isključivo zajednica muškarca i žene. No, uvidjevši tempo razvoja društvenih i političkih promjena u državama EU, ESLjP je reagirao odgovarajućom promjenom doktrine. Do promjene je došlo u predmetu *Goodwin*.⁸⁷ U sporu koji se odnosio na mogućnost transseksualnih osoba da usklade svoje službene dokumente sa činjenicom promjene spola kako bi mogle pristupiti sklapanju braka, Sud je vrlo iskreno priznao da suočen sa razvojem situacija u državama članicama mijenja svoje ustaljeno stajalište o isključivoj heteroseksualnosti braka i sličnih porodičnih zajednica.⁸⁸ Nema razloga sumnjati da je ESLjP bio svjestan presude Suda Evropske unije u predmetu *P v S*. Štaviše, kao dokaz ubrzane promjene društvenih okolnosti vezanih za seksualnost i porodične zajednice ESLjP je ukazao na činjenicu kako „nije slučajno“ da Povelja o osnovnim pravima EU odstupa od definicije braka iz čl. 12.

87 Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application no. 28957/95, (11 srpanj 2002).

88 Sud je u obrazloženju presude utvrdio da: “98. Ponovo razmatrajući situaciju u 2002. godini, Sud primjećuje kako član 12. muškarcu i ženi garantira osnovno pravo na brak i zasnivanje porodice. No, drugi aspekt nije preduslov prvog te nesposobnost bilo kojeg para da začne ili odgaja dijete ne može sama po sebi onemogućiti njihovo pravo da uživaju prvi dio ove odredbe. 99. Korištenje prava na brak povlači društvene, lične i pravne posljedice. Ono je podložno nacionalnom pravu države članice ali ograničenja koja iz njega proizlaze ne smiju ograničiti ili umanjiti pravo na taj način i do te mjere da je osporena sama bit tog prava (vidi presudu Rees, p. 19, § 50; presudu F. v. Switzerland od 18. prosinca 1987., Serija A br. 128, § 32).”

Evropske konvencije. Ova promjena u doktrini osigurala je transrodnim, a time i istospolnim porodičnim zajednicama pristup zaštiti porodičnog života u okvirima čl. 8. Evropske konvencije koja im do tada nije bila priznata.

Dalekosežnost doktrine *Goodwin* postala je očigledna tek u kasnijim predmetima. U predmetu *Karner* Sud je bio suočen s pitanjem predstavlja li diskriminaciju činjenica da nacionalno zakonodavstvo koje heteroseksualnim partnerima u stabilnim emocionalnim zajednicama pruža mogućnost nastavka najma stana u slučaju da osoba koja je nositeljica najma premine povredu čl. 8. Konvencije (pravo na (porodični) dom) s obzirom da istu mogućnost ne osigurava stabilnim emocionalnim zajednicama osoba istog spola.⁸⁹ Smatrajući da država nije dokazala da postoji ijedan razlog (nevezan za činjenicu da se radi o homoseksualnim zajednicama) koji bi opravdao razliku u postupanju kao nužnu u svrhu zaštite nekog važnog interesa, Sud je zaključio da se radi o povredi prava na dom iz čl. 8. EK. U predmetu *Burden* Sud je odbio žalbu dviju sestara vezanu za olakšicu pri oporezivanju nasljedstva koja je bila osigurana preživjelim bračnim i izvanbračnim životnim partnerima. Iako su živjele u stabilnoj dugotrajnoj zajednici unutar istog domaćinstva pružajući si međusobnu podršku, Sud je zauzeo stajalište kako je zajednica među rođacima zasnovana na krvnom srodstvu dok je zabrana srodstva preduslov bračnih zajednica i životnih partnerstava.⁹⁰ *Burden* je pokazao da Sud gradi svoju doktrinu zaštite istospolnih zajednica na pretpostavci da se bračne zajednice i životna (istospolna ili heteroseksualna) partnerstva zasnivaju na međusobnoj emocionalnoj predanosti u kojoj seksualna privlačnost rodno nevezanih osoba predstavlja važan aspekt. Države koje će svoje protivljenje obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim državama članicama zasnivati na tvrdnji da je zaštita tradicionalnog braka neophodna kako bi se sačuvala njegova najvažnija uloga – stabilno okruženje za prokreaciju i odgoj djece – trebale bi biti svjesne ove pretpostavke.

Vjerovatno najvažniji korak u razvoju sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava ipak je presuda u predmetu *Schalk & Kopf*. Spor u predmetu *Schalk & Kopf* zasnivao se na tvrdnji tužilaca koji su živjeli u stabilnoj emocionalnoj *de facto* zajednici da uskraćivanje pristupa braku odnosno nepostojanje bilo kakvog pravnog priznanja njihove zajednice od strane države predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u pogledu zaštite koju im garantira čl. 8. i čl. 12. EK. Iako je tužba odbijena, argumenti kojim je Sud obrazložio svoju odluku ukazali su na to da je Sud odlučio podići nivo zaštite istospolnih porodica na novi nivo. Sud nije prihvatio tvrdnju tužilaca da u današnjoj fazi razvoja društvenih okolnosti čl. 12. EK treba tumačiti u smislu bračne jednakosti. Iako je svoje argumente protiv tvrdnje gradio striktno na osnovu teksta konkretne odredbe, bilo je

⁸⁹ *Karner v. Austria*, Application no. 40016/98 (24 July 2003).

⁹⁰ *Burden v. the United Kingdom*, Application no. 13378/05, (29 April 2008).

jasno kako Sud nije u poziciji ignorirati činjenicu da značajna većina država potpisnica Konvencije i dalje insistira na tradicionalnom konceptu braka. Svjestan svojih institucionalnih „međunarodnih“ ograničenja, Sud nije želio rizikovati otvorenu neposlušnost država članica koja bi zasigurno ugrozila i umanjila autoritet Suda. No, istovremeno, a s obzirom da se učestalo može čuti tvrdnja kako je Sud u presudi *Schalk & Koph* „presudio“ da je brak zajednica muškarca i žene vrlo je korisno naglasiti kako to jednostavno ne odgovara onom što prilično jasno piše u obrazloženju presude. Sud je uistinu zaključio kako, s obzirom na: 1) činjenicu da, za razliku od svih ostalih odredbi Konvencije koja prava garantiraju „svima“ ili garantiraju kako „niko“ neće biti predmet zabranjenog postupanja, odredba čl. 12. Konvencije pristup braku garantira „muškarcima i ženama“ i 2) činjenicu da su autori te odredbe brak poimali kao heteroseksualnu zajednicu, što potvrđuje praksa prema kojoj najveći broj država i dalje ostaje privržen tradicionalnom konceptu braka, tužiocima nije povrijeđeno pravo iz čl. 12. EK. Sud je jasno naglasio kako smatra da je zaštita tradicionalnog koncepta braka kao zajednice muškarca i žene (za sada) legitiman interes država potpisnica.

No, Sud nije rekao kako pojam braka iz čl. 12. EK uključuje isključivo heteroseksualne zajednice. Upravo suprotno, Sud je ukazao kako će pri ocjeni primjene čl. 12. na istospolne parove uzimati u obzir stajališta pojedinih država članica. Drugim riječima, ako je država članica priznala bračnu jednakost odnosno ozakonila istospolne brakove nema razloga da istospolne zajednice koje iz nekog razloga tuže državu za povredu Konvencije nemaju na raspolaganju i garanciju iz čl. 12. EK. Štaviše, Sud je jasno ukazao kako je odredba čl. 12. EK podložna reevaluaciji ovisno o promjeni društvenih okolnosti odnosno „konsenzusu“ među većim brojem država potpisnica.

Što se tiče tvrdnje tužilaca kako nedostatak ikakvog pravnog priznanja njihove zajednice od strane države predstavlja diskriminatornu povredu njihovog prava na porodični život iz čl. 8. EK, Sud nije ni odbio takvu tvrdnju ni presudio protiv države članice. Naime, za vrijeme trajanja spora država je donijela zakon o životnim partnerstvima istospolnih osoba kojim je njihova životna zajednica dobila svoje pravno priznanje. To je omogućilo Sudu da se „ne izjašnjava“ o tvrdnji tužilaca. Istovremeno, Sud je vrlo jasno naglasio kako stabilne emocionalne zajednice osoba istog spola predstavljaju zajednicu porodičnog života iz čl. 8. EK i kao takve uživaju njegovu punu zaštitu. Prema ocjeni Suda, s obzirom na brzu evoluciju društvenih stavova prema istospolnim zajednicama, tokom koje je značajan broj država potpisnica osigurao pravno priznanje istospolnih zajednica, te s obzirom na to da određene odredbe EU prava također odražavaju rastuću sklonost uključivanju istospolnih zajednica u pojam „porodica“, bilo bi nerealno da Sud nastavi insistirati na stajalištu da, u odnosu na heteroseksualne parove, istospolni parovi ne mogu predstavljati „porodični život“ zaštićen članom 8. Konvencije. Iako Sud nije precizirao koje tačno konkretne

interese istospolnih (i uporedivih heteroseksualnih) zajednica država mora zadovoljiti kako im ne bi povrijedila osnovno pravo na porodični život, ostaje činjenica da su od ove presude stabilne emocionalne zajednice osoba istospolne orijentacije priznate kao porodične zajednice.

Ukazivanjem na EU kontekst prilikom iznošenja ključnih dijelova obrazloženja presude, ESLJP je jasno dao do znanja kako vrlo pažljivo prati kako EU pravni poredak štiti položaj osoba istospolne seksualne orijentacije i njihovih porodica. Stoga ne treba sumnjati kako je bio svjestan značajnih doktrinarnih promjena koje je SEU započeo u predmetu *Maruko*. Isto tako, ne treba sumnjati da je SEU jednako pažljivo pratio korake na kojima je ESLJP gradio svoju doktrinu. Ovaj odnos izmjeničnog utjecaja i poticanja svoju posljednju fazu doživio je kroz nedavne odluke i jednog i drugog suda od presedanske važnosti. To ne znači i da je dosegao svoj vrhunac. Vrhunac, najbliže što bi EU mogla doći svom *Obergefell* trenutku, doći će u obliku spora o obavezi međusobnog priznanja prava parova istog spola.

Učinci doktrine *Schalk & Kopf* postali su jasni vrlo brzo. U svojim presudama kao što su *X v Austria*⁹¹ ili *Boeckel*⁹² Sud je zaključio kako istospolni parovi koji su sklopili životno partnerstvo moraju imati pristup usvajanju u istom obimu u kojem je to garantirano uporedivim heteroseksualnim porodičnim zajednicama, što znači da istospolna životna partnerstva u kojima partneri zajedno odgajaju dijete predstavljaju zajednicu porodičnog života iz čl. 8. EK. No, puni doseg doktrine *Schalk & Kopf* postao je očigledan u posljednje dvije presude Evropskog suda za ljudska prava.

Kulminacija razvoja sudske zaštite istospolnih porodica u EU

U predmetu *Vallianatos* Sud je zaključio da je država povrijedila pravo na porodični život iz čl. 8. tužiocima koji su živjeli u stabilnim emocionalnim istospolnim zajednicama, s obzirom da im nije osigurala niti minimum pravnog priznanja koji je osigurala izvanbračnim heteroseksualnim zajednicama.⁹³ Sud je naglasio kako smatra da građanske zajednice koje uživaju zakonodavno priznanje imaju intrinzičnu vrijednost za podnosiocice koja nije isključivo vezana za direktne pravne učinke ovih zajednica, kako god oni bili uski ili široki, te je izričito utvrdio kako su istospolne zajednice jednako sposobne kao i heteroseksualne zajednice ulaziti u stabilne predane odnose kao i da istospolni parovi koji dijele svoje živote imaju iste potrebe u smislu međusobne podrške i pomoći kao i heteroseksualni parovi. Drugim riječima, činjenica da država nije zakonski priznala istospolne zajednice predstavlja povredu njihovog dostojanstva s obzirom da imaju

91 X. and others v. Austria, App no 19010/07 (19.2.2013).

92 Sabine Boeckel i Anja Gessner-Boeckel v Germany, Application no. 8017/11 (7.5.2013.).

93 Vallianatos v Greece, Applications ns. 29381/09 and 32684/09 (7.11.2013.).

isto pravo na jednako poštovanje kao i heteroseksualne zajednice. Sud je odbacio argument države kako je pravno priznanje građanskog statusa izvanbračne zajednice bilo ograničeno na heteroseksualne zajednice radi zaštite porodice u tradicionalnom smislu. Prema shvatanju Suda, cilj zaštite porodice u tradicionalnom smislu je prilično apstraktan te postoji široki obim konkretnih mjera koje se mogu poduzeti kako bi se ostvario taj cilj „uzimajući u obzir da je Konvencija živi instrument koji se tumači u okolnostima sadašnjeg trenutka, država, pri svom izboru mjera dizajniranih da zaštite porodicu i osiguraju poštovanje porodičnog života prema čl. 8, mora obavezno uzeti u obzir razvoj odnosa u društvu i promjene u poimanju društvenih i građansko-statusnih pitanja i odnosa, uključujući činjenicu da ne postoji samo jedan izbor kada je u pitanju vođenje nečijeg porodičnog ili privatnog života”. Ovakvo obrazloženje ukazivalo je na to kako Sud smatra da nakon slučaja *Vallianatos* Konvencija traži da se osigura neka vrsta zakonskog priznanja stabilnih emocionalnih istospolnih zajednica. No, dva pitanja ostala su otvorena. Prvo, pod kojim uslovima Konvencija zahtijeva takvu obavezu. I drugo, na neki način i intrigantnije, vrijedi li ta obaveza jednako za sve države potpisnice.

S obzirom na ovakav razvoj sudske prakse u Strasbourgu, Luxembourg nije mogao ostati po strani. Samo nekoliko sedmica nakon objave presude *Vallianatos* SEU je objavio svoj „odgovor” u vidu presude *Hay*.⁹⁴ U predmetu *Hay* SEU je bio suočen s pitanjem predstavlja li praksa poslodavca prema kojoj zaposlenici koji su sklopili brak imaju prava na posebne slobodne dane i novčani dodatak diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije s obzirom da isto nije garantirano osobama homoseksualne orijentacije. S obzirom na *Maruko* i *Romer*, nije neobično da je Sud zaključio da je došlo do diskriminacije. No, obrazloženje takve izreke ukazuje na daljnju evoluciju zaštite istospolnih porodica. Sud je u obrazloženju ukazao na činjenicu da su u vrijeme nastanka spora osobe istospolne orijentacije mogle sklopiti isključivo posebnu vrstu građanske zajednice, tzv. PACS, koji je na ugovornoj osnovi bio otvoren svim osobama koje su se bile spremne uzajamno podržavati u sklopu zajedničkog domaćinstva, neovisno o emocionalnoj vezanosti zasnovanoj na seksualnoj predanosti konkretnih osoba. S obzirom na ovakvu prirodu PACS-a, državno Ustavno vijeće zauzelo je izričito stajalište kako brak i PACS nisu uporedivi instituti. Suočen s ovakvim stajalištem, SEU je naglasio kako su u svrhu procjene uporedivosti u pogledu pristupa konkretnim povlasticama koje poslodavac garantira zaposlenicima heteroseksualni zaposlenici koji sklapaju brak i istospolni partneri koji sklapaju PACS u sličnoj situaciji bez obzira na stajalište državnog Ustavnog vijeća. Štaviše, na kraju svog obrazloženja, kao i u slučaju presude *Maruko*, Sud je otišao i korak dalje te naglasio kako je nepovoljno postupanje na osnovu bračnog statusa, a ne direktno seksualne orijentacije još uvijek direktna diskriminacija s obzirom da osobe istospolne seksualne orijentacije ne mogu prema nacionalnom zakonodavstvu sklopiti

94 C-267/12 Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres.

brak. Ovakvo stajalište ukazuje na to kako bi izreka presude ostala ista čak i da država istospolnim parovima nije omogućila sklapanje PACS-a. Ovim posljednjim argumentom koji je ostavio za kraj obrazloženja, Sud je zaobilaznim putem došao do tačke koja je bila predmet fokusa presude *Vallianatos*. Istospolnim parovima kojima njihova nacionalna država nije osigurala zakonsko priznanje statusa zajednice porodičnog života popraćeno odgovarajućim obimom pravne zaštite koju već uživaju bračne zajednice, a koja barem djelimično ulazi u doseg regulatorne nadležnosti EU, ta prava kao jednako vrijednim zajednicama porodičnog života umjesto države pruža EU pravni poredak. S obzirom na direktnu primjenjivost i nadređenost EU prava nacionalnim odredbama, istospolni parovi su ovim putem ostvarili pravno priznanje svog građanskog statusa.

Trenutno posljednji korak u opisanom razvoju sudske prakse u Evropi stigao je u vidu presude Evropskog suda za ljudska prava *Oliari*.⁹⁵ Presuda je objavljena u julu 2015. godine nedugo nakon što je SCOTUS objavio svoju odluku *Obergefell*. *Oliari* je dobrim dijelom potvrdio ono što je ESLJP najavio u *Vallianatosu*. Sama činjenica da država nije osigurala pravno priznanje statusa stabilnih istospolnih emocionalnih zajednica kao zajednica porodičnog života sa odgovarajućim obimom prava i obaveza predstavlja povredu njihovog dostojanstva. Da li je država takvo priznanje osigurala heteroseksualnim izvanbračnim emocionalnim zajednicama nije od odlučujućeg značaja za tu ocjenu. S obzirom da je njeno obrazloženje najvećim dijelom građeno oko stajališta da potpuni nedostatak zakonskog priznanja stabilnih istospolnih emocionalnih zajednica predstavlja povredu dostojanstva, u presudi *Oliari* može se prepoznati pristup koji je SCOTUS većina predvođena sucem Kennedym koristila u obrazloženju svoje izreke *Obergefell*.

No, dublja analiza obrazloženja *Oliari* širom otvara pitanje njenog dosega. Naime, gradeći svoj zaključak da nedostatak zakonskog priznanja vrijeda dostojanstvo istospolnih zajednica porodičnog života, Sud je ukazao na nekoliko činjenica karakterističnih za društveno-politički kontekst konkretne države. Prvo, Sud je značajan naglasak stavio na činjenicu da je italijanski Ustavni sud već zauzeo stajalište da Parlament ima obavezu zakonski zaštititi istospolne zajednice u nekom obliku. Drugo, Sud je prvi put u praksi u vezi sa osobama istospolne orijentacije pridao važnost statistikama, ukazujući na činjenicu kako značajan broj građana i građanki, ako ne i većina, podržava neku vrstu registriranog partnerstva. Treće, Sud je naglasio kako italijanska vlada nije tvrdila da bi neka vrsta zakona o istospolnim zajednicama bila u suprotnosti sa nekim prevladavajućim društvenim moralom. Na kraju, Sud je nekoliko puta u obrazloženju naglasio da od 47 država potpisnica Konvencije njih 28 ima ili bračnu jednakost ili neku vrstu životnog partnerstva, a sve su ili EU članice ili usko vezane za EU.

⁹⁵ Enrico OLIARI and A. against Italy and Gian Mario FELICETTI and others against Italy, Applications nos. 18766/11 and 36030/11 (21.07.15.).

U prva tri argumenta prepoznamo raspravu o učincima sudskih presuda ovog, „ustavnog“ nivoa, kojima se tumače odredbe čija je svrha garantiranje osnovnih prava i sloboda, na nesputani razvoj javne rasprave odnosno političkog odlučivanja na načelima demokratskog pluralizma koja je imala značajnu ulogu tokom rasprave i u obrazloženju presude *Obergefell*. Ukratko, Sud je htio dati do znanja kako je vrlo svjestan svoje institucionalne „međunarodne“ uloge, odnosno kako namjerava biti vrlo pažljiv da na neprimjeren način ne utječe na demokratsku javnu raspravu koja se odvija u političkoj areni neke od suverenih država potpisnica. Naravno, ovo stajalište za sobom automatski povlači pitanje položaja istospolnih zajednica porodičnog života u onim državama potpisnicima u kojima je većina u društvu „demokratski“ i „suvereno“ odlučila uskratiti im bilo kakav oblik pravnog priznanja i zaštite.

U tom smislu posebno je zanimljiv interes koji Sud pokazuje prema činjenici da je EU pravni poredak napravio nedvosmislen odmak od tradicionalnog poimanja porodice, kako kroz odredbe Povelje o osnovnim pravima Evropske unije tako i kroz životnu činjenicu da je većina EU država ozakonila ili bračnu jednakost ili neku vrstu životnog partnerstva osoba istog spola. Fokusiranost Suda na društvene, političke i pravne okolnosti karakteristične za konkretnu državu omogućava tumačenje presude u kojem se Sud odlučio za specifičan oblik pritiska na države koje sistemski održavaju istospolne zajednice u podređenom položaju. Naime, Sud je vrlo svjestan činjenice da niz država, kao što je naprimjer Rusija, neće osigurati niti minimum pravne zaštite istospolnim porodičnim zajednicama, što god Sud mislio o tome. Sud stoga može donositi presudu po presudu protiv takvih država koje one neće provoditi. Takva situacija nosi rizik domino efekta gdje, uvidjevši da se odluke Suda svjesno ne poštuju, i druge države koje se same na takvo što ne bi odlučile počnu ignorirati Sud. U tom smislu Sudu bi zasigurno pomoglo kada bi obaveza zakonskog priznanja istospolnih zajednica porodičnog života postala obavezna za sve države EU i EEA, odnosno za sve države kandidatkinje za EU članstvo. Na taj način nastala bi dva jasno definirana tabora sa svojim suprotstavljenim vrijednostima. Država sama „suvereno“ može izabrati tabor kojem pripada, ali taj izbor mora isto tako jasno i javno zastupati pred Sudom. Ono što predstavlja prepreku ovakvoj strategiji je činjenica da Sud nije u poziciji da sam odluči kako zakonsko priznanje istospolnih zajednica porodičnog života predstavlja obavezu za sve EU države. Koristeći pristup koji je SCOTUS većina koristila u *Obergefellu*, Sud ima mogućnost zauzeti stajalište da društvene i pravne okolnosti unutar EU omogućavaju da se pretpostavi kako su u odnosu na ostale države potpisnice Konvencije EU države ljestvicu zaštite istospolnih porodičnih zajednica postavile na viši nivo. No, to bi bio izuzetno rizičan korak s obzirom da bi posljedice nepoštovanja takvog stajališta od strane EU država koje još uvijek ne

priznaju zakonski takve zajednice bile vrlo teške po autoritet Suda. U tom smislu ESLJP ovisi o daljnjoj podršci Suda Evropske unije. S obzirom da su pitanja uređenja porodičnih odnosa u isključivoj nadležnosti država članica, SEU im ne može naložiti da donesu zakone kojima bi osigurali pravno priznanje istospolnih zajednica porodičnog života. No, uz korake poput onog u presudi *Hay*, SEU također može zauzeti stajalište kako su u svrhu učinkovite implementacije svih prava, sloboda i povlastica koje EU pravni poredak garantira svojim građanima bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju države članice dužne međusobno poštovati brakove i izvanbračne zajednice sklopljene u drugim državama članicama u skladu sa njihovim zakonima. Takva odluka Suda Evropske unije dovela bi ESLJP u relativno čvrstu poziciju da zauzme stajalište kako sve države EU, EEA i države kandidatkinje za EU članstvo imaju obavezu osigurati zakonsko priznanje istospolnih zajednica porodičnog života.

Daljnji razvoj sudske prakse i utjecaj presude *Obergefell*

Dati opis razvoja sudske prakse u kontekstu zaštite osoba istospolne orijentacije i njihovih porodica od strane dva najuglednija evropska suda jasno pokazuje kako rasprava o položaju istospolnih porodica u društvu nije bila ništa manje dinamična, argumentirana ili zahtjevnija od one koja je u SAD-u prethodila presudi *Obergefell*. Naprotiv, oba najuglednija evropska suda bila su suočena s većim brojem sporova o konkretnom pitanju nego SCOTUS.

Praksa Suda Evropske unije također ne ide u prilog argumentu da je zaštita tradicionalnog braka garancija stabilnijeg porodičnog okruženja za razvoj i odgoj djece. U presudi *Hay* Sud je odbacio stajalište nacionalnog suda prema kojem su bračne zajednice neuporedive s (istospolnim) PACS zajednicama, između ostalog i zbog odredaba kojima se uređuje položaj djece u bračnim zajednicama dok iste odredbe ne postoje u kontekstu PACS-a. Da je SEU smatrao kako bi izjednačavanjem statusa bračnih zajednica i PACS-a na bilo koji način djeci ugrozio mogućnost uspješnog odrastanja ne bi nakon dosta fokusirane analize sličnosti i različitosti dva oblika građanskih zajednica na samom kraju obrazloženja zauzeo prilično oštro i sveobuhvatno stajalište da nepovoljno postupanje zasnovano na bračnom statusu u kontekstu radnih uslova predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije u pravnim porecima koji ne priznaju bračnu jednakost.

Dalekosežnost ovog stajališta doći će do svog punog izražaja u sporu o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim EU članicama odnosno o jednakom pristupu istospolnih porodica osnovnoj slobodi kretanja na čitavom području EU. Države koje će prava i povlastice iz Direktive 38/2004 ograničavati isključivo na heteroseksualne porodične zajednice, insistirajući

na tradicionalnoj definiciji braka, bit će prisiljene kretati sa *Hay* stajališta da nepovoljno postupanje prema istospolnim parovima na osnovu tradicionalnog heteroseksualnog koncepta braka predstavlja diskriminaciju na osnovu njihove seksualne orijentacije. U tom smislu, opet zbog *Hay* doktrine, morat će uvjerljivim argumentima obrazložiti zašto su u pogledu interesa slobodnog kretanja na čitavom teritoriju Evropske unije istospolne porodice neuporedive sa heteroseksualnim. S obzirom da je teško uvidjeti kako bi bilo moguće obrazložiti da heteroseksualne porodice imaju jači interes da imaju slobodu kretanja ili kako bi to bilo u interesu Unije, država će se morati povući na odbrambeni položaj gdje će tvrditi da sloboda kretanja istospolnih porodica predstavlja prijetnju njenom partikularnom nacionalnom interesu. Na taj način država će se naći u poziciji da od Suda traži da istospolne porodice dovede u položaj EU građana drugog reda kako bi zaštitio nacionalne interese države. S obzirom da bi se na ovaj način dovela u izuzetno nezahvalnu manevarsku poziciju u sporu, država će brže-bolje nacionalni interes pokušati pokazati kao interes zaštite djece. No, i tu će se naći u sukobu sa *Hay* doktrinom. Stajalište Suda Evropske unije da u pravnim porecima EU država koji ne garantiraju bračnu jednakost nepovoljno postupanje na osnovu bračnog statusa predstavlja diskriminaciju na osnovu istospolne orijentacije ne štiti samo istospolne partnere. Logika ove doktrine primjenjiva je i na djecu koja žive u istospolnim porodicama. U tom smislu država koja svoj nacionalni interes pokuša odjenuti u argument o urušavanju stabilnosti porodičnog okruženja za uspješan razvoj djece u tom društvu neizbježno će se suočiti sa pitanjem dosljednosti u brizi za djecu. Naime, s obzirom da djeca žive i odrastaju i u istospolnim porodicama koje već postoje i uživaju pravnu zaštitu u drugim EU državama, država koja odbija priznati valjanost takvih porodičnih zajednica dovodi djecu koja žive u njima u nepovoljni i stigmatizirajući društveni položaj samo zato što su im roditelji homoseksualne orijentacije.

Navedeno sugerira kako linija odbrana tradicionalnog braka zasnovana na interesu zaštite djece predstavlja vrlo klimavu strategiju u sporu oko obaveze međusobnog priznanja brakova sklopljenih u EU državama. U tom smislu državama koje smatraju kako međusobno priznanje nije u skladu s osnivačkim ugovorima možda je oportunije koristiti argumentaciju građenu oko načela demokratičnosti političkog odlučivanja. Praksa oba najviša evropska suda pokazuje kako su i jedan i drugi do sada bili poprilično konzervativni, odnosno „pažljivi“ u širenju zaštite istospolnih porodica. Iskoraci poput presuda *Goodwin*, *Ollari*, *Maruko* ili *Hay* više su jeka postepene evolucije društvenih okolnosti u stvarnom životu nego predvodnice razvoja. To pokazuje da su oba suda vrlo samosvjesna kako u odnosu na pitanja ograničavanja regulatornih ovlaštenja država članica tako i mogućnosti nes(p)retnog sputavanja demokratske rasprave. Naravno, ne treba zaboraviti i jednostavnu činjenicu da su oba suda kolektivna tijela sastavljena od osoba koje se i same međusobno razlikuju u svojim vrijednosnim promišljanjima o sadržaju braka ili položaju

istospolnih porodica u društvu. To što u odnosu na svoju sestrinsku instituciju u SAD-u oba suda, a posebno SEU, ulažu puno više energije pokušavajući zadržati privid jedinstvenosti ne znači da su podjele unutar njih išta blaže od onih koje SCOTUS otvoreno pokazuje kroz svoje rasprave i presude. U tom smislu, države koje u sporu o jednakoj mogućnosti slobodnog kretanja istospolnih porodica ne budu sklone obavezati se da međusobno priznaju sklopljene brakove, od Suda Evropske unije mogu očekivati fer priliku da predstave svoje shvatanje utjecaja koji obaveze međusobnog priznanja imaju na demokratičnost političkog odlučivanja u njihovim društvima. No, kao što je već ranije postepeno obrazlagano, ni ova strategija nema garantiran uspjeh. Daleko od toga. Kao što je već pokazano, argumentacija koja se zasniva na interesu zaštite demokratskog pluralizma u biti traži od SEU da istospolne porodice dovede u položaj EU građana drugog reda kako bi omogućio političkoj većini u konkretnoj nacionalnoj državi da nastavi štititi svoje tradicionalno poimanje braka. Glavni problem s kojim će se neizbježno suočiti ova strategija je vrlo usko poimanje demokratije, koja se svodi na političku volju većine. Istovremeno, SEU je do sada dosljedno zastupao stajalište da se pravni poredak Unije, a time i njen politički sistem, zasniva na zaštiti osnovnih prava EU građana i građanki kao pojedinaca. U demokratskom sistemu ovakva volja većine ograničena je zaštitom osnovnih prava svake pojedine osobe, uključujući i osobe istospolne orijentacije. Tražiti od SEU da istospolnim porodicama odredi status EU građana i građanki drugog reda znači da bi Sud trebao odstupiti od poimanja ustavne demokratije koje je dosljedno gradio kroz svoju praksu više od pet desetljeća, što je kulminiralo stupanjem Povelje o osnovnim pravima EU na snagu. To je činjenica. U tom smislu države koje se protive međusobnom priznanju bit će dovedene u poziciju da SEU uvjere kako postoje izuzetno važni društveni razlozi koji sežu dalje od puke matematike prebrojanih glasova kojima bi se moglo opravdati ograničenje slobode kretanja istospolnih porodica. S obzirom na klimavost argumenta o zaštiti djece, teško je zamisliti neki drugi društveni interes koji bi mogao opravdati drugorazredni građanski status istospolnih porodica.

Na Sud ne bi trebala utjecati tvrdnja da bi njegova odluka predstavljala udar na demokratičnost političkog odlučivanja s obzirom na njegov demokratski deficit kao institucije. Kao što je kazano ranije, institucionalna uloga sudova ustavne kategorije u modernoj demokratiji podjednaka je ulozi predstavničkih parlamentarnih tijela. Sudovi ove kategorije su „vrijednosna savjest“ demokratskih društava te svojim raspravama i argumentiranim presudama o sadržaju i obimu osnovnih prava ne ograničavaju, već doprinose razvoju moderne ustavne demokratije zasnovane na pluralizmu, slobodi izražavanja i zaštiti osnovnih prava. Štaviše, njihova uloga postaje posebno važna u društvenim okolnostima u kojima partikularne interesne grupe koje čine političku većinu u društvu sistemski isključuju „izolirane i diskretne“ manjinske grupe iz redovnog

funkcioniranja demokratskog političkog procesa. Pitanje jednakog pristupa istospolnih porodica osnovnoj slobodi kretanja na čitavom području EU upravo je takav trenutak. Istospolne porodice kojima određena EU članica odbija priznati valjanost njihovog građanskog statusa nemaju gotovo nikakvu mogućnost utjecati na politički proces odlučivanja unutar kojeg se u konkretnoj državi odlučuje o njihovim interesima. Štaviše, ne mogu ni računati na podršku svojih sugrađana i sugrađanki istospolne orijentacije koji žive u konkretnoj državi s obzirom da su i oni sistemski gurani u položaj „izolirane i diskretne“ manjine isključene iz političkih procesa u kojima dominira većina koja svoje odluke o njihovim osnovnim interesima zasniva na svojim predrasudama. U takvim okolnostima zadaća Suda Evropske unije je da svojim odlukama potiče redovno funkcioniranje demokratskog sistema na korist svih građana i građanki.

Država članica koja svoje protivljenje obavezi međusobnog priznanja sklopljenih brakova zasniva na prigovoru demokratskog deficita Suda Evropske unije treba očekivati kontraargument da bi odluka Suda o postojanju obaveze međusobnog priznanja imala upravo ovaj učinak. Obaveza međusobnog priznanja ne bi države prisilila ni da svojim zakonima priznaju bračnu jednakost niti da ozakone neki specifičan oblik registriranog/životnog partnerstva. Brak bi i dalje ostao heteroseksualna zajednica uređena nacionalnim odredbama porodičnog odnosno građanskog prava te se istospolni brakovi ne bi mogli sklapati na području te države članice. No, država članica imala bi obavezu istospolnim porodicama koje su brak sklopile u skladu sa pravnim propisima neke druge države članice, te su se radi stručnog usavršavanja, zapošljavanja ili osnivanja kompanije odlučile preseliti u tu državu, priznati sve koristi i prava vezane za slobodu kretanja garantirana Ugovorom o funkcioniranju Evropske unije, koja već uživaju heteroseksualni brakovi sklopljeni u toj državi. Ovakva situacija imala bi vrlo specifičnu posljedicu. Istospolne porodice iz drugih država članica imale bi više prava od istospolnih porodica iz same države. Ovakva situacija tzv. „izokrenute diskriminacije“ suočila bi državu sa značajnim pritiskom da unaprijedi i, što s obzirom na političke okolnosti više moguće, izjednači prava „nepriznatih“ domaćih istospolnih porodica s pravima „priznatih“ istospolnih porodica iz drugih država članica. Drugim riječima, garantirajući potpunu ravnopravnost istospolnih porodica u okvirima EU pravnog poretka SEU bi indirektno osnažio i položaj domaćih građana istospolne orijentacije u postupku redovnog političkog odlučivanja u sklopu države članice koja odbija priznati njihov porodični status. U tom smislu odluka Suda Evropske unije o obavezi međusobnog priznanja brakova sklopljenih u različitim državama doprinijela bi jačanju demokratskog pluralizma umanjujući isključenost građana istospolne orijentacije iz političkih procesa u njihovim državama.

Štaviše, država koja se protivi obavezi međusobnog priznanja može očekivati da suparnička strana istupi s tvrdnjom kako *Povelja o osnovnim pravima EU* od Suda Evropske unije traži da doprinese jačanju položaja osoba istospolne orijentacije u postupku političkog odlučivanja unutar država koje do sada nemaju pravni okvir kojim bi priznale građanski status njihovih porodičnih zajednica. Tužioci će u tu svrhu insistirati na odredbi Povelje koja izričito navodi da se Povelju ne može tumačiti na način koji bi umanjio nivo zaštite već osiguran odgovarajućim odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. U tom smislu tužioci će ukazati na presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Olliari*. Priznat će da zbog ugovorne podjele regulatorne nadležnosti između EU i država članica, SEU nema mogućnost narediti tuženoj državi da izglasa zakonski okvir kojim bi ozakonila, ako ne i priznala bračnu jednakost, neki oblik građanske porodične zajednice poput registriranog/životnog partnerstva. No, s obzirom da je ESLjP zauzeo stajalište kako države koje odbijaju osigurati neki oblik pravnog priznanja za istospolne porodične zajednice vrijeđaju njihovo dostojanstvo odnosno uskraćuju pravo na porodični život iz čl. 8. EK na Sudu Evropske unije je da takvo stajalište uzme u obzir te donese odluku koja bi s tim bila usklađena. Odluka da države članice nemaju obavezu priznati valjanost bračnih i izvanbračnih istospolnih zajednica koje su legalno sklopljene u drugim državama članicama, što bi EU građane i građanke istospolne orijentacije dovelo u status građana drugog reda, ne bi bila u skladu sa *Olliari* stajalištem. Štaviše, takva odluka predstavljala bi povredu čl. 8. EK, a time i čl. 7. Povelje.

Istospolne porodice, Evropa i Bosna i Hercegovina

Navedena analiza pokazuje kako će pozicija država koje se protive obavezi međusobnog priznanja u budućem postupku u kojem će se pred Sudom EU odlučivati o jednakom pristupu istospolnih porodica osnovnoj slobodi kretanja biti vrlo izazovna. Analiza dosadašnje prakse oba najviša evropska suda sugerira kako je vrlo vjerovatno da će u takvom postupku SEU zauzeti stajalište kako EU države članice za potrebe provedbe EU prava ne smiju poricati valjanost brakova i/ili životnih/registriranih partnerstva istospolnih parova sklopljenih u skladu sa važećim zakonodavstvom jedne od država članica. Da li će takva odluka doći u formi obaveze međusobnog priznanja ili u obliku „autonomnog pojma” u kontekstu tumačenja Direktive 34/2008 pitanje je forme. Onog trena kad SEU uistinu zauzme takvo stajalište gotovo je sigurno da će ESLjP prvom sljedećom prilikom „pojasniti” kako od presude *Olliari* EU i EEA države te vjerovatno i države kandidatkinje za članstvo u EU imaju obavezu izglasati zakonski okvir kojim će u nekom obliku osigurati priznanje istospolnih zajednica porodičnog života te im osigurati odgovarajući nivo pravne zaštite dostojan porodične zajednice.

Sve navedeno ima vrlo konkretne posljedice za Bosnu i Hercegovinu. Kako stvari stoje, u ovom trenu Bosna i Hercegovina već sada ima obavezu donijeti zakonodavni okvir kojim će pravno priznati te urediti položaj istospolnih porodičnih zajednica u svom društvu u skladu sa presudom *Olliari*. Ova obaveza postat će još jasnija kada SEU zauzme stajalište kako EU državama nije dopušteno dovoditi u pitanje valjanost brakova i izvanbračnih zajednica istospolnih parova sklopljenih prema važećem pravu u jednoj od EU država. U slučaju takve presude, a uzimajući u obzir i praksu Evropskog suda za ljudska prava, gotovo je sigurno kako će donošenje zakonskog okvira kojim se osigurava priznanje istospolnih porodica u nekom obliku postati i službeni preduslov pristupanju u članstvo EU. Već u ovom trenutku, nakon presude *Olliari*, Evropska komisija je u poziciji tražiti od Bosne i Hercegovine da u sklopu poglavlja o poštovanju osnovnih prava i sloboda osigura neku vrstu pravnog priznanja u skladu sa stajalištem Evropskog suda za ljudska prava iz te presude. To je i više nego vjerovatan scenariji s obzirom na ranije navedeno službeno stajalište Evropske komisije u kojem se vrlo jasno insistira na obavezi međusobnog priznanja između država članica. Onog trena kada SEU potvrdi stajalište da se treba donijeti zakon o životnom partnerstvu kakav je nedavno usvojila i Republika Hrvatska, to će postati vrlo jasan preduslov za stupanje u članstvo svim budućim članicama Evropske unije.

O SARAJEVSKOM OTVORENOM CENTRU

Sarajevski otvoreni centar (SOC) zagovara puno poštivanje ljudskih prava i društvenu inkluziju LGBT osoba i žena. Sarajevski otvoreni centar je nezavisna, nestranačka, neprofitna organizacija koja teži osnažiti LGBT (lezbejke, gej, biseksualne i trans*) osobe i žene kroz jačanje zajednice i građenje pokreta. SOC također javno promoviše ljudska prava LGBT osoba i žena, te zagovara unaprijeđeno zakonodavstvo i bolje politike u Bosni i Hercegovini na državnom, evropskom i međunarodnom nivou.

U periodu 2007-2011. radili smo na različitim projektima vezanim za istraživanja iz oblasti političkih nauka, političku edukaciju, književnost, film, umjetničke promocije i međureligijsko obrazovanje, a da nismo imali jasno definisane programe, ured, niti zaposleno osoblje. U 2011. otvorili smo prvi ured i prvi stalno zaposleni tročlani tim počeo je sa radom u Sarajevskom otvorenom centru. Od prvobitna tri (maj 2011. godine), broj članova_ica tima skočio je na 12 zaposlenika_ca (januar 2016. godine).

Sarajevski otvoreni centar je članica nekoliko lokalnih, regionalnih i međunarodnih mreža civilnog društva, vodi Inicijativu za monitoring EU integracije BiH, a jedna je od najaktivnijih članica Ženske mreže BiH. Sarajevski otvoreni centar je osnivač i upravlja LGBT web portalom lgbt.ba, bosanskohercegovačkim virtuelnim prostorom namijenjenom javnosti i LGBT zajednici.

www.soc.ba // www.lgbt.ba // www.zenskamreza.ba // www.eu-monitoring.ba

Ova publikacija izlazi u okviru edicije *Ljudska prava* koju objavljuje Sarajevski otvoreni centar. U ediciji *Ljudska prava* objavljujemo različite izvještaje, tekstove i publikacije koje se tiču ljudskih prava žena, lezbejki, gej, biseksualnih, transrodnih i interpolnih osoba.

Sljedeće publikacije u izdanju Sarajevskog otvorenog centra tiču se zajednica života parova istog spola u BiH:

Boris Krešić (2015): *Zajednice života osoba istog spola u pravu zemalja Evropske unije*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar. Dostupno na: <http://soc.ba/zajednice-zivota-osoba-istog-spola-u-pravu-zemalja-evropske-unije/>.

Natalija Petrić (2015): *Zakon o životnim zajednicama lica istog pola u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar. Dostupno na: <http://soc.ba/zakon-o-zivotnim-zajednicama-lica-istog-pola-u-bosni-i-hercegovini/>.

Životne zajednice osoba istog spola su realnost bosanskohercegovačke današnjice.

Zakoni u Bosni i Hercegovini nažalost ne prepoznaju prava i obaveze koje proizilaze iz ovih zajednica porodičnog života.

Vrijeme je da se to promijeni. Ova publikacija predstavlja prijedloge kako bi se ovo pitanje moglo zakonski urediti.

Projekat: Unapređenje prava lezbejki, gej muškaraca, biseksualnih i transrodnih osoba u BiH u skladu sa EU standardima

Projekat finansira
Evropska unija



Uz finansijsku podršku
Fondacije Astraea i Fonda otvoreno društvo



Fond
otvoreno društvo
Bosne i Hercegovina



Projekat implementira
Sarajevski otvoreni centar



SARAJEVSKI
OTVORENI
CENTAR

U saradnji sa
Fondacijom Mediacentar



MEDIACENTAR
SARAJEVO