

**Dr sci. Boris Krešić, docent**  
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

## **ZAJEDNICE ŽIVOTA OSOBA ISTOG SPOLA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA**

### **Sažetak**

Pod uticajem prakse Evropskog suda za ljudska prava nacionalna zakonodavstva i sudovi država članica Vijeća Evrope, kao i druga demokratska društva počinju prihvaćati, brže nego ikada, da lezbijkama i *gay* muškarcima pripadaju ista ljudska prava kao i heteroseksualnim ženama i muškarcima. Sve je više zastupljeno stajalište nacionalnih sudova da istospolni parovi imaju iste emocionalne i druge potrebe kao i heteroseksualni parovi, te da postoji potreba da se istospolne životne zajednice priznaju u zakonima, kao i da imaju ista prava i obaveze kao i heteroseksualne zajednice.

U ovom radu autor analizira presude Evropskog suda za ljudska prava koje su se odnosile na pitanje prava osoba homoseksualne orijentacije.

**Ključne riječi:** homoseksualnost, registrovano partnerstvo, *de facto* kohabitacija, seksualna orijentacija, diskriminacija.

## **LIVING COMMUNITY FOR PEOPLE OF THE SAME SEX IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

### **Abstract**

Under the influence of the European Court for Human Rights, national legislatures and courts of the member states of the Council of Europe, as well as other democratic societies, have started to accept, faster than ever before, that lesbians and gay men are entitled to the same human rights like heterosexual women and men. National courts increasingly support the view that same-sex couples have the same emotional and other needs as heterosexual couples. Furthermore, they support the view that there exists the need to legally recognize same-sex unions and that these unions should be given the same rights and obligations as heterosexual ones. In this article, the author analyzes the rulings of the European Court for Human Rights pertaining to the rights of homosexuals.

**Key words:** homosexuality, registered partnership, *de facto* cohabitation, sexual orientation, discrimination.

## UVOD

U oblasti ljudskih prava, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>1</sup> (u daljem tekstu – EKLJP) ima izuzetno važnu ulogu u ostvarivanju postavljenih ciljeva Vijeća Evrope. EKLJP predstavlja obavezujući pravni akt za sve članice Vijeća Evrope. Ne samo da proklamira osnovna ljudska prava, nego kreira i poseban sudski mehanizam njihove zaštite koji je jedinstven u svijetu i omogućava pojedincima podnošenje predstavke protiv države, ukoliko mogu potvrditi da su žrtve povrede nekih od prava garantovanih Konvencijom.

Evropski sud za ljudska prava nije vrhovni sud u odnosu na pravosudne sisteme država ugovornica. ESLJP ne može mijenjati odluku koju su donijele ili usvojile javne vlasti ili domaći sudovi, niti može davati uputstva zakonodavnicima, niti obavlja bilo kakav apstraktni nadzor nad domaćim zakonodavstvom ili pravosudnom praksom. ESLJP isključivo ispituje konkretne predstavke da bi ustanovio da li je došlo do kršenja zahtjeva Konvencije. Ovaj sud nema ovlaštenje da poništava odluke domaćih vlasti, niti da nalaže mjere koje izazivaju posljedice poništenja odluka. On međutim, može naložiti "pravično zadovoljenje" u formi novčane kompenzacije za materijalnu i nematerijalnu štetu, kao i naknadu svih troškova aplikanta čija je predstavka bila uspješna. Iako su presude suda obavezujuće samo u odnosu na državu koja je u konkretnom predmetu odgovorna strana<sup>2</sup>, značaj presuda ESLJP-a često prevazilazi državne granice i utiče na zakonodavstvo i sudsku praksu drugih država potpisnica Konvencije. Sud očekuje da princip koji on utvrdi u bilo kojoj presudi bude primijenjen i u svim državama ugovornicama.

Prilikom odlučivanja u kasnijim predmetima, Sud uzima u obzir prethodno donesene odluke u sličnim predmetima, što uvijek čini sa posebnom pažnjom. Samo postojanje ozbiljnih osnova može dovesti do različite odluke u odnosu na prethodno utvrđene precedente, te on vodi računa o tome što je već rečeno u ranijim odlukama, ali ga to potpuno ne obavezuje.

---

<sup>1</sup>Preuzeto sa web stranice dana 10.05.2011. godine: <http://www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf>

<sup>2</sup> Vidi član 46. stav 1. ELJKP.

ESLJP je do sada više puta odlučivao o pitanjima prava osoba homoseksualne orijentacije kao i o pravima istospolnih partnera. U svojim odlukama odlučivao je o:

- Pravu na poštivanje privatnog života;
- Pravu na poštivanje porodičnog života;
- Postojanju diskriminacije u pogledu ostvarivanja prava na određene beneficije koje pripadaju heteroseksualnim parovima i
- Pravu na osnivanje porodice.
- 

Stavovi ESLJP će se razmotriti u narednim poglavljima kroz navedene grupe prava.

## 1. Pravo na poštivanje privatnog života

Seksualna orijentacija predstavlja jedan od aspekata prava na poštivanje privatnog života. Privatni život predstavlja pravo čovjeka da živi kako želi, a do izvjesne mjere obuhvata i pravo na život sa drugim osobama radi razvijanja i zadovoljavanja vlastite ličnosti.

Jedno od prvih pitanja vezanih za pitanje seksualne orijentacije kojima se bavio ESLJP bila je inkriminacija dobrovoljnog seksualnog odnosa istospolnih punoljetnih osoba. U predmetu *X and Y v. The Netherlands*<sup>3</sup>, ESLJP je razmatrao pitanje da li pojam "privatni život" predstavlja koncept koji pokriva fizički i moralni integritet osobe, uključujući njen seksualni život<sup>4</sup>.<sup>4</sup> Sud zaključuje da postojanje zakona koji homoseksualne odnose odraslih muškaraca (starijih od 21 godine) u privatnom kontekstu tretira kao krivično djelo, predstavlja kontinuirano (a u ovom slučaju i neopravdano) miješanje u pravo aplikanata na poštivanje privatnog života, pri čemu je sud zadržao stanovište zauzeto u predmetu *Dudgeon v. United Kingdom*.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Case *X and Y v. The Netherland* (Application no. 8978/80), od 25. marta. 1985. godine. Preuzeto sa web stranice, dana 10.05.2011. godine: <http://www.juridischeuitspraken.nl/19850326EHRMXenYtege nNederland .pdf>

<sup>4</sup> Para 22. *X And Y v. The Netherland*.

<sup>5</sup> Para 60. – 61. *Dudgeon v. United Kingdom*, Series A, No. 45, 23 Septembar 1981. Preuzeto sa web stranice, dana 10.05.2011. godine: [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20\\_UK.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20_UK.htm)

Aplikant je gospodin *Dudgeon*, državljanin Sjeverne Irske. Prema pravu Sjeverne Irske, homoseksualne radnje muškaraca učinjene u privatnosti ili javnosti smatrale su se krivičnim djelom kažnjivim zatvorom. S druge strane, homoseksualne radnje žena nisu smatrane krivičnim djelom. Izmjenama

U predmetu *A.D.T. v. United Kingdom*<sup>6</sup> koji se odnosio na kriminalizaciju homoseksualnih odnosa između više od dvije punoljetne osobe u privatnom okruženju, Sud zaključuje da ne može postojati nikakva hitna društvena potreba za kriminalizacijom specifičnih konsensualnih homoseksualnih ponašanja, te da je došlo do kršenja člana 8. EKLJP-e. Sud je podsjetio na predmet *Dudgeon* u kojem je razmatrao postojanje zakona koji kriminalizira homoseksualne odnose, te naglasio da u ovom predmetu nije pronašao "hitnu društvenu potrebu" za kriminalizacijom homoseksualnih odnosa između dvije odrasle muške osobe starije od 21 godine koje su na to pristale. Sud konstatuje i da je nad opravdanjem zadržavanja takvog zakona prevagnulo štetno djelovanje koje samo postojanje relevantnih zakonskih odredbi može imati po život osobe homoseksualne orijentacije, kakav je aplikant.<sup>7</sup> Sud je takođe podsjetio da je u predmetu *Dudgeon* naveo: „Mada oni dijelovi javnosti koji homoseksualnost smatraju nemoralnom mogu biti šokirani, uvrijeđeni ili uznemireni homoseksualnim odnosima drugih osoba u privatnom kontekstu, to ne može, samo po sebi, opravdati primjenu krivičnih sankcija kad se radi o situaciji u kojoj učestvuju samo odrasle osobe“. Razlozi koje je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva navela, iako relevantni, nisu dovoljni da opravdaju održavanje na snazi osporenog zakonodavstva s obzirom da ono ima opći efekt kriminalizacije privatnih homoseksualnih odnosa između muškaraca koji su sposobni da daju valjanu saglasnost. Moralni stavovi prema muškoj homoseksualnosti i zabrinutost da bi svako popuštanje u zakonu moglo potkopati postojeće moralne standarde ne predstavljaju dovoljan osnov za miješanje u privatni život aplikanta u takvoj mjeri. Dekriminalizacija homoseksualnih odnosa ne podrazumijeva odobravanje i strah da neke grupe stanovništva mogu izvući iz reforme zakonodavstva pogrešne zaključke u pogledu homoseksualnosti, postojanje zakona ne pruža dobru osnovu za njegovo održanje na snazi sa svim

---

zakona u Engleskoj i Velsu (1885.) homoseksualne radnje učinjene od strane punoljetnih muškaraca u privatnosti su dekriminalizovane. Aplikant je bio ispitivan u januaru 1976. godine od strane policije zbog navodnih homoseksualnih radnji. Tom prilikom je policija izvršila pretres njegove kuće prilikom kog su mu oduzete privatne stvari i dokumenta, koji su mu vraćeni nakon više od godinu dana. Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, kao i građani Sjeverne Irske, pokrenuli su kampanju čiji je cilj bio reforma Krivičnog zakona Sjeverne Irske, koja nije prihvaćena od strane Vlade.

<sup>6</sup> Case *A.D.T. v. United Kingdom*, (Application no. 35765/97). Preuzeto sa web stranice, dana 10.05.2011. godine: [http://archive.equal-jus.eu/324/1/ECHR%2C\\_A.D.T.\\_v.\\_UK.pdf](http://archive.equal-jus.eu/324/1/ECHR%2C_A.D.T._v._UK.pdf)

<sup>7</sup> Para 32. *A.D.T. v. United Kingdom*

njegovim neopravdanim karakteristikama.<sup>8</sup> Stoga Sud zaključuje da u ovom predmetu postoji kršenje člana 8. EKLJP-e.<sup>9</sup>

U predmetu *Smith and Grady v. United Kingdom* koji se vodio povodom isključenja osoba iz oružanih snaga iz razloga njihove seksualne orijentacije, Sud je mišljenja da istraga u vezi sa homoseksualnošću aplikanata, koju je provela vojna policija, u kojoj su obavljani detaljni intervjui s njima i sa trećim osobama, u vezi pitanja vezanih za njihovu seksualnu orijentaciju i praksu, zajedno sa pripremom završnog izvještaja o istrazi, a za vojne vlasti, jest predstavljala direktno miješanje u pravo aplikanata na poštivanje privatnog života. Kasniji administrativni otpust iz vojne službe, iz razloga seksualne orijentacije kao jedinog osnova, predstavljao je takođe miješanje u to pravo<sup>10</sup>.

Kada se miješanje u privatni život smatra neophodnim u demokratskom društvu ESLJP je obrazložio u predmetima *Dudgeon i Norris v. Ireland*. Prema ESLJP-u miješanje će se smatrati "neophodnim u demokratskom društvu" ako odgovara hitnoj društvenoj potrebi, a posebno ako je proporcionalno legitimnom cilju kojem služi.<sup>11</sup> Posebno se naglašava veza između pojma "neophodno" i pojma "demokratsko društvo", a karakteristike ovog drugog su pluralizam, tolerancija i širokoumlje.<sup>12</sup> ESLJP prihvata da je na domaćim vlastima da daju inicijalnu ocjenu neophodnosti, ali je na njemu da dā konačnu ocjenu da li su razlozi navedeni za miješanje relevantni i dovoljni. Državama ugovornicama se u ovakvom razmatranju ostavlja stepen unutrašnje slobodne procjene, koji varira prema prirodi aktivnosti koje su predmet ograničenja i cilja koji se tim ograničenjem želi postići.<sup>13</sup> Shodno tome, kad se relevantna ograničenja odnose na "najintimniji dio privatnog života pojedinca", moraju postojati "posebno ozbiljni razlozi" da takvo miješanje zadovolji zahtjeve člana 8. stav 2. EKLJP-e.

---

<sup>8</sup> Para 61. *Dudgeon v. United Kingdom*.

<sup>9</sup> Ovi principi usvojeni su i ponovljeni u predmetima *Norris v. Ireland* (para 46.), *Modinos v. Cyprus* (para 25). Predmeti preuzeti sa web stranice, dana 10.05.2011. godine: *Norris v. Ireland* - <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,IRL,48abd5a2d,0.html>, *Modinos v. Cyprus* - <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,,402a21a04,0.html>

<sup>10</sup> Para 111. – 112. *Smith and Grady v. United Kingdom*.

<sup>11</sup> Para 41. *Norris v. Ireland*.

<sup>12</sup> Para 53. *Dudgeon v. United Kingdom*.

<sup>13</sup> Para 52. i 59. *Dudgeon v. United Kingdom*.

ESLJP konstatuje u predmetu *Smith and Grady* da je državi prepušteno da nametne ograničenja na prava pojedinca na poštivanje njegovog privatnog života, tamo gdje postoji istinska prijetnja operativnoj djelotvornosti oružanih snaga, a ispravno funkcioniranje vojske jednostavno je nezamislivo bez zakonskih pravila koja za cilj imaju da spriječe mogućnost da je njeno osoblje potkopava. Međutim, domaće vlasti ne mogu koristiti takva pravila da onemogućavaju pojedinačne pripadnike oružanih snaga da uživaju pravo na poštivanje privatnog života, a to se pravo odnosi na pripadnike vojske isto kao i na sve druge osobe pod jurisdikcijom države. Uz to, tvrdnja da postoji rizik po operativnu djelotvornost mora se "potkrijepiti konkretnim primjerima". ESLJP smatra da ni istraga provedena u vezi sa seksualnom orijentacijom aplikanata, ni njihov otpust iz službe na osnovu njihove homoseksualne orijentacije, a po politici Ministarstva odbrane, nisu opravdani po članu 8. stav 2. EKLJP-e. Shodno tome, Sud je utvrdio da je došlo do povrede prava na poštivanje privatnog života iz člana 8. EKLJP-e.

Na osnovu navedenih predmeta u kojima je ESLJP raspravljao o inkriminaciji homoseksualnih akata, odnosno, poštivanju privatnog života homoseksualno orijentisanih osoba, može se konstatovati da Sud zahtijeva od država dokaze da postoje dovoljno ozbiljni razlozi koji bi opravdali kažnjavanje homoseksualnih osoba. Sud zauzima stanovište da i samo postojanje zakona koji predviđaju krivične sankcije za homoseksualne akte, bez obzira na činjenicu da li je osoba uopšte kažnjena za homoseksualni čin, ima štetno djelovanje. Takođe, ESLJP naglašava da stavovi javnosti o nemoralnosti takvih akata, sami po sebi, ne mogu opravdati kažnjavanje homoseksualnih osoba, kao i da homoseksualno orijentisane osobe ne predstavljaju istinsku prijetnju operativnoj djelotvornosti oružanih snaga jedne države.

## **2. Pravo na poštivanje porodičnog života**

Evropski sud za ljudska prava dosta široko tumači pojam „porodični život“ iz člana 8. EKLJP-a, smatrajući da je porodični život u suštini činjenično pitanje, koje ovisi o stvarnom postojanju bliskih ličnih veza. Kod odlučivanja o tome da li se neki odnos može smatrati porodičnim životom, Sud uzima u obzir cijeli niz faktora, kao npr. da li je par živio zajedno, dužinu trajanja zajednice i da li partneri pokazuju privrženost jedno drugom. Uzimajući u obzir društvene i zakonodavne promjene u zemljama potpisnicama Evropske konvencije, pojam porodičnog života je proširio van

okvira formalnih odnosa, odnosno pojma porodičnog života *de iure*, tako da je pojam porodičnog života u smislu člana 8. Evropske konvencije u stvari porodični život *de facto*.<sup>14</sup>

U predmetu *Estevez v. Spain*<sup>15</sup> ESLJP je zauzeo stav da dugotrajni homoseksualni odnosi nisu obuhvaćeni pravom na poštivanje porodičnog života zaštićenim članom 8. Konvencije. Opravdanje za nepriznavanje prava na poštivanje porodičnog života u *gay* ili lezbijskim odnosima je to da o ovom pitanju postoji vrlo malo slaganja između država članica Vijeća Europe i da se stoga u tom kontekstu primjenjuje široko unutrašnje polje slobodne procjene. Međutim, Sud ističe da su istospolni odnosi sve više pravno priznati u mnogim jurisdikcijama bilo u obliku braka bilo u obliku registrovanog partnerstva. Stoga bi Sud mogao, prema doktrini živog instrumenta, kroz neko vrijeme priznati poštivanje porodičnog života, a ne samo prava na poštivanje privatnog života, na takve odnose.

Godinu dana nakon donošenja presude u ovom predmetu ESLJP pitanju homoseksualne zajednice života pristupa na drugačiji način. U predmetu *Karner v. Austria*<sup>16</sup> ESLJP odgovara na pitanje dali se porodica mora posmatrati u tradicionalnom smislu. ESLJP konstatuje: „Cilj zaštite porodice u tradicionalnom smislu prilično je apstraktan i postoji širok spektar konkretnih mjera koje mogu biti iskorištene radi ostvarivanja tog cilja. Slučajevi u kojima se državama prepušta usko unutrašnje **polje slobodne procjene**, kao što je riječ u situaciji kada je razlika u tretmanu utemeljena na spolu ili seksualnoj orijentaciji, **načelo srazmjernosti** ne zahtijeva samo da mjera koja je izabrana u načelu bude primjerena ostvarivanju željenog cilja. Mora se takođe pokazati da je bilo neophodno da se, kako bi se taj cilj ostvario, isključe određene kategorije ljudi - u ovom slučaju osoba koje žive u istospolnoj zajednici, iz opsega primene člana 14. Zakona o zakupu stana“.<sup>17</sup> Istovjetni razlozi su primjenjivi i na brak. Tradicija nije opravdavajući razlog

---

<sup>14</sup> Vidi: *Johnston and Others v. Ireland*, 18. decembar 1986. godine, serija A, broj 112. i *Marckx v. Belgium*, 13. juni 1979. godine, serija A, broj 31.

<sup>15</sup> Case *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=670621&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

<sup>16</sup> Case *Siegmund Karner v. Austria*, (Application No 40016/98), 12. mart. 2002. godine. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: [lgbt.poradna-prava.cz/folder05/karner\\_v.\\_austria.pdf](http://lgbt.poradna-prava.cz/folder05/karner_v._austria.pdf)

<sup>17</sup> Para 41. *Siegmund Karner v. Austria*.



(takođe postoji i duga tradicija diskriminacije žene, etničkih i religioznih manjina), ona samo šalje simboličnu poruku da istospolni parovi imaju manje prava od heteroseksualnih parova.

U predmetu *Emonet and others v. Switzerland*<sup>18</sup>, aplikanti (vanbračni partneri od kojih je partnerica imala kćerku iz prethodnog braka) su zahtijevali da učinci usvojenja kćerke vanbračne partnerice od strane drugog vanbračnog partnera imaju ista dejstva kao i kod bračnih partnera. U ovom predmetu sud pravde u Ženevi je dopustio usvojenje od strane vanbračnog partnera, uz pristanak kćerke i majke, ali je istovremeno donijeo odluku o prestanku roditeljskog staranja između majke i kćerke. Aplikanti su se protivili ovakvoj odluci suda pravde ističući da su oni htjeli da vanbračni partner usvoji kćerku svoje vanbračne partnerice bez prestanka roditeljskog odnosa između majke i kćerke. Savezni sud Švicarske je u konačnici odlučio da su odnosi u vanbračnoj zajednici manje stabilni od braka i da ne garantuju trajnost, te se iz tog razloga ona ne može uporediti sa brakom. Aplikanti su se obratili ESLJP-u navodeći da im je povrijeđeno pravo na porodični život.

ESLJP jasno je naveo da partneri koji žive zajedno potpadaju pod pojam porodičnog života, bez obzira da li su u braku i da li imaju djecu. Sud ističe da „pojam porodice, u smislu člana 8. EKLJP-e, nije ograničen isključivo na bračne odnose, ... on može takođe obuhvatiti i druge *de facto* porodične veze gdje partneri žive zajedno bez da su u braku.<sup>19</sup> Faktori koji su relevantni, da bi se smatralo da par živi zajedno, jesu dužina njihovog odnosa i da oni pokazuju svoju predanost jedno drugom, te da pokažu predanost da imaju zajedničku djecu.<sup>20</sup> Djeca nisu neophodni faktor, jer se opredjeljenje za njihov zajednički život može dokazati i na druge načine. Iako ESLJP u ovom predmetu nije odlučivao o pravu istospolnih partnera ništa u obrazloženju predmeta *Emonet* ne ukazuje na činjenicu da partneri ili par moraju biti različitog spola da bi imali pravo na porodični život u smislu člana 8 EKLJP-e. Jedina faktička razlika između raznospolnih i istospolnih parova jeste što raznospolni partneri imaju mogućnost prokreacije, bez pomoći medicinskih dostignuća.

---

<sup>18</sup> Case *Emonet and others v. Switzerland*, (Application no.39051/03), 13. decembar 2007. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: [www.emberijog.eu/.../EMONET\\_and\\_OTHsERS\\_v.\\_SWITZERLAND.doc](http://www.emberijog.eu/.../EMONET_and_OTHsERS_v._SWITZERLAND.doc)

<sup>19</sup> Para 34. *Emonet and others v. Switzerland*.

<sup>20</sup> Para 36. *Emonet and others v. Switzerland*.

U predmetu *Goodwin v. United Kingdom*, ESLJP odbacuje prokreaciju kao opravdanje različitog postupanja prema osobama homoseksualne orijentacije: „Sud primjećuje da član 12. obezbjeđuje osnovno pravo muškarca i žene da stupe u brak i zasnuju porodicu.<sup>21</sup> Međutim, njegov drugi aspekt (zasnivanje porodice) nije uslovljen prvim (brakom), tako da to što neki parovi ne mogu da imaju djece ili da budu roditelji, samo po sebi ne može da se posmatra kao ukidanje njihovog prava na ostvarivanje prvog segmenta ove odredbe. Sud konstatuje da nije prirodno tvrditi da su transseksualci lišeni prava na sklapanje braka jer, po zakonu, oni i dalje mogu zaključiti brak s osobom suprotnog spola od njihovog prethodnog.<sup>22</sup> Aplikantica u ovom predmetu živi kao žena, u vezi je s muškarcem i isključivo bi željela da sklopi brak sa muškarcem.

U predmetu *Godwin* sud je razdvojio pojam braka od pojma porodice čime je uslov za stupanje u brak izveo izvan biološkog određenja spola. Na ovaj način ESLJP je pokazao svoju spremnost da i drugim zajednicama života, koje izlaze iz okvira tradicionalnog, pruži pravo na zasnivanje porodice. Jedna od zajednica koje izlaze iz okvira tradicionalnog je i istospolna zajednica. ESLJP mogao bi u skorije vrijeme mogao odstupiti i od stava da je brak isključivo rezervisan za osobe različitog spola, te dati pravo na sklapanje braka i osobama koje ne žele izvršiti operaciju spola. Ovome u prilog ide i stav ESLJP u predmetu *Schalk and Kopf v. Austria* gdje konstatuje da u nacionalnim zakonima u EU još uvijek ne postoji koncenzus o pitanju priznanja istospolnih brakova, ali da se u budućnosti može očekivati da se koncenzus po ovom pitanju postigne.

ESLJP je, na osnovu člana 8. EKLJP-e, ustanovio da se test poklapanja bioloških faktora više ne može smatrati presudnim za odbijanje, da se u pravnom smislu prizna spol transseksualca koji je promijenjen operativnim putem. Postoje i drugi važni faktori, kao što su prihvatanje od zdravstvenih radnika i zdravstvenih vlasti u državama ugovornicama, koji podrazumijevaju poremećaj spolnog identiteta, obezbjeđivanje liječenja, uključujući hirurške zahvate kako bi se takva osoba što više asimilovala s pripadnicima spola kojem smatra da zaista pripada, kao i preuzimanje

---

<sup>21</sup> Para 98. *Christine Goodwin v. United Kingdom*. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: <http://www.amicuscuriae.it/attach/superuser/docs/goodwin.pdf>

<sup>22</sup> Para 101. *Christine Goodwin v. United Kingdom*.

društvene uloge pripisanog spola od strane transseksualca.<sup>23</sup> Sud takođe konstatuje da nema sumnje da član 9. usvojene Povelje o osnovnim pravima u EU namjerno odstupa od formulacije iz člana 12. Konvencije time što se u njemu ne pominju muškarci i žene.

U pogledu primjene člana 8. EKLJP-e i prava istospolnih partnera na porodični život, ESLJP je odlučivao u predmetu *Schalk and Kopf v. Austria*.<sup>24</sup> Aplikanti su od Kancelarije za pitanja ličnog statusa (*Standesamt*) zahtijevali da preduzme formalne radnje kako bi im se omogućilo da zaključe brak. Odlukom od 20. decembra 2002. godine, Općinska kancelarija u Beču (*Magistrat*) je odbila zahtjev aplikanata. Pozivajući se na odredbu člana 44. Građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), prema kojoj se brak može zaključiti između dva lica različitog spola. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, brak zaključen između dva lica istog spola je ništav. Obzirom da su aplikanti dva muškarca, nedostaje im osnov za zaključenje braka. U ustavnoj žalbi aplikanti su naveli da pravna nemogućnost zaključenja braka predstavlja kršenje njihovog prava na poštivanje privatnog i porodičnog života i kršenje principa nediskriminacije.

ESLJP je u ovom predmetu zauzeo slijedeće značajno stanovište: „Sud zapaža da od 2001. godine, kada je donijeta odluka u predmetu *Mata Estevez*, u mnogim je državama članicama nastala rapidna evolucija pozitivnih stavova prema istospolnim partnerima. Od tada, značajan broj država članica je omogućio zakonsko priznanje istospolnih parova. Izvjesni propisi EU takođe pokazuju rastuću tendenciju uključivanja istospolnih parova u pojam „porodice“. U svjetlu te evolucije, *sud smatra vještačkim održavati stanovište da suprotno paru različitog spola, istospolni par ne može ostvarivati „porodični život“ u smislu člana 8. Posljedično, veza između aplikanata, istospolnog para koji živi zajedno u stabilnoj de facto vezi, spada pod pojam „porodičnog života“, isto kao što bi bila situacija sa vezom para različitog spola“.*<sup>25</sup> Potrebno je napomenuti da ESLJP u ovom predmetu polazi od toga da su prema članu 12. Konvencije, kao i prema članu 14. u vezi sa članom 8., države još uvijek slobodne da parovima istog spola

---

<sup>23</sup> Para 100. *Christine Goodwin v. United Kingdom*.

<sup>24</sup> Case *Schalk and Kopf v Austria* [2010] ECHR 30141/04 (24 June 2010). Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: <http://www.hrlrc.org.au/court-tribunal/european-court-of-human-rights/schalk-and-kopf-v-austria-2010-echr-3014104-24-june-2010/>

<sup>25</sup> Para 93. i 94. *Schalk and Kopf v. Austria*. Istovjetno stanovište Sud je zauzeo i u predmetu *P.B. and J.S. v. Austria*, (*Application no. 18984/02*), 22. Juli 2010. Para 29. i 30.

ograniče zaključenje braka. Aplikanti su u ovom predmetu isticali da ukoliko država odluči da istospolnim parovima omogući alternativna sredstva priznanja, obavezna je obezbijediti im status koji, iako drugačijeg naziva, odgovara braku u bilo kojem smislu. Sud smatra da države uživaju izvjesni stepen slobodne procjene u pogledu tačno određenog statusa koji se obezbjeđuje alternativnim sredstvima priznavanja.<sup>26</sup> Sud takođe zapaža da u mnogim aspektima Zakon o registrovanom partnerstvu Austrije omogućava aplikantima ostvarivanje pravnog statusa istog ili sličnog braku. Dok tu postoje samo male razlike u pogledu materijalno-pravnih posljedica, izvjesne suštinske razlike ostaju u domenu roditeljskog prava. Međutim, ovo u cijelosti odgovara trendu u drugim državama članicama. Štaviše, u ovom predmetu ESLJP nije bio pozvan da detaljno ispituje neku ili sve ove razlike. Na primjer, kako aplikanti ne tvrde da se restrikcija umjetne oplodnje ili usvojenja direktno na njih odnosi, izašlo bi se van obima aplikacije kada bi se ispitivalo da li su te razlike opravdane. U cjelini, Sud ne vidi bilo kakvu naznaku da je tužena država prekoračila unutrašnje polje slobodne procjene određenjem prava datih registrovanim partnerima.<sup>27</sup> U ovom predmetu Sud navodi da države članice nisu obavezne istospolnim partnerima omogućiti sklapanje braka, te u tom smislu i ne postoji kršenje člana 8., u vezi sa članom 14. Konvencije. S, druge strane Sud nalazi da postoje alternativna „sredstva“ te im se na taj način omogućavaju ostvarivanja pravnog statusa istog ili sličnog braku.

### **3. Postojanje diskriminacije u pogledu ostvarivanja prava na određene beneficije koje pripadaju heteroseksualnim parovima**

Načelo zabrane diskriminacije sadržano u čl. 14. EKLJP-e odnosi se samo na prava i slobode koja su priznata Konvencijom. Zaštita po članu 14. dodatak je drugim materijalnim pravima, tako da on ne funkcioniра samostalno. ESLJP razmatrao je nekoliko slučajeva u kojima su se aplikanti žalili da su bili izloženi diskriminaciji po osnovu seksualne orijentacije.

Prva presuda Evropskog suda za ljudska prava koja priznaje pravne efekte zajednice života između osoba istog spola je *Karner v. Austria*. Od 1989. godine aplikant gosp. *Karner* je živio s gosp. *V.* u homoseksualnoj

---

<sup>26</sup> Para 108. *Schalk and Kopf v. Austria*.

<sup>27</sup> Para 109. *Schalk and Kopf v. Austria*.

zajednici, u stanu u Beču, kojeg je gosp. V. zakupio godinu dana ranije. Njih dvojica su dijelili troškove stana. Gospodin V. je umro 1994. godine, a prethodno je aplikanta odredio za svog nasljednika. Vlasnik stana je 1995. godine pokrenuo postupak protiv aplikanta kako bi raskinuo ugovor o zakupu stana. Okružni sud Favoriten (*Bezirksgericht*) je 6. januara 1996. godine odbacio taj zahtjev. Okružni sud je smatrao da se član 14. st. 3. Zakona o zakupu stana (*Mietrechtsgesetz*)<sup>28</sup> kojim se propisuje da članovi porodice imaju pravo da naslijede pravo zakupa, primjenjuje takođe i na homoseksualni odnos.

Zemaljski građanski sud u Beču (*Landesgericht für Zivilrechtssachen*) odbacio je žalbu vlasnika stana 30. aprila 1996. godine te zaključio da je cilj člana 14. stav 3. Zakona o zakupu zaštita od iznenadnog beskućništva osoba koje su dugo živjele zajedno, a nisu sklopili brak. Taj zakon se po mišljenju ovog suda primjenjuje i na homoseksualce i na heteroseksualce. Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*) uvažio je žalbu vlasnika stana 5. decembra 1996. godine, poništio odluku nižeg suda i prekinuo važenje ugovora o zakupu. Ovaj sud je zaključio da pojam “životnog saputnika” (*Lebensgefahrte*) u članu 14. stav 3. Zakona o zakupu treba tumačiti onako kako je Zakon tumačen u trenutku stupanja na snagu, a namjera zakonodavca 1974. godine svakako nije bila da obuhvati i osobe istog spola. Tumačenje legislativnih akata u odnosu na vrijeme stupanja na snagu i namjeru zakonodavca ESLJP ne smatra prihvatljivim prilikom tumačenja prava zagwarantovanih u EKLJP. U više svojih presuda ESLJP

---

<sup>28</sup> Član 14. Zakona o zakupu stana (*Mietrechtsgesetz*) glasi:

(1) Smrću vlasnika stana ili zakupca stana ne raskida se ugovor o zakupu.

(2) U slučaju smrti glavnog zakupca stana, osoba koja su u stavu 3 ovog člana označene kao osobe koje imaju nasljedno pravo na zakup to svoje pravo će i ostvariti, sa izuzetkom drugih osoba koja imaju nasljedno pravo, ukoliko u roku od 14 dana po smrti glavnog zakupca ne obavijeste vlasnika stana da ne žele da nastave ugovor o zakupu. Ukoliko se ugovor o zakupu nasljeđuje, novi stanari će preuzeti sve neisplaćene materijalne obaveze u pogledu zakupnine i sve druge obaveze koje su iskrsele tokom zakupa preminulog glavnog zakupca. Ukoliko nasljedno pravo na zakup ima više od jedne osobe, oni će zajedno preuzeti zakup i snositi zajedničku i solidarnu odgovornost.

(3) Sljedeće osobe imaju nasljedno pravo na zakup u svrhu stava 2. ovog člana: supružnik, životni saputnik, rođaci u prvoj nasljednoj liniji uključujući usvojenu djecu, kao i braća i sestre bivšeg zakupca, u mjeri u kojoj te osobe imaju hitnu potrebu za obezbjeđenjem stambenog prostora i već su živjele u zajedničkom stanu sa zakupcem kao članovi istog domaćinstva. “Životni saputnik” u značenju koje se primjenjuje u ovom zakonu označava osobu koja je živjela u istom stanu s bivšim zakupcem sve do zakupčeve smrti, a prethodno u periodu ne kraćem od tri godine, koje je s njim dijelilo domaćinstvo na istim ekonomskim osnovama na kojima počiva brak; životnim saputnikom smatraće se osoba koja je živjela u stanu tri godine ukoliko se uselilo u stan zajedno sa bivšim glavnim zakupcem na samom početku zakupa”.

naglašava da je EKLJP „živi instrument koji se mora tumačiti u svjetlu današnjih uslova“.<sup>29</sup> Kao živi instrument Sud EKLJP tumači u svjetlu današnjih okolnosti u državama članicama a ne okolnosti aktuelnih prilikom izrade Konvencije. Ovakav pristup omogućava ESLJP-u da proširi obim prava koje Konvencija štiti uprkos tome što zaštita tih prava nije bila predviđena prvobitnim tekstom. Ovaj koncept je dao dinamičnu ulogu i omogućio ESLJP-u da odgovara na nove izazove. Ipak, Sud se ni u ovom predmetu ne poziva na apstraktne promjene već na promjene koje mogu biti verifikovane uvidom u zakonodavstvo i praksu država ugovornica pa čak i trećih država, kao i praksu međunarodnih tijela za zaštitu ljudskih prava. Usvajanje novih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima koji postavljaju više standarde od EKLJP-e takođe može biti faktor koji će se uzimati u obzir prilikom tumačenja Konvencije kao živog instrumenta. Na kraju treba pomenuti da ovaj vid tumačenja nije bez kontroverzi s obzirom da izaziva strah od sudijskog aktivizma. Suština ove zamjerke jeste da je na stranama ugovornicama, a ne na ESLJP, da putem dodatnih protokola prošire zaštitu koju Konvencija pruža.<sup>30</sup>

Prema ESLJP-u razlika u tretmanu je diskriminatorna ukoliko za nju nema objektivnog i razumnog opravdanja, to jest, ukoliko se njome ne teži ostvarivanju legitimnog cilja i ukoliko ne postoji razuman odnos srazmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo. Sem toga, Sudu bi morali biti predočeni veoma ozbiljni razlozi da bi on mogao da smatra da je razlika u tretmanu koja je utemeljena isključivo na spolu kompatibilna s Konvencijom. Baš kao i razlike koje se temelje na spolu, tako i razlike koje se temelje na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju postojanje izuzetno ozbiljnih razloga koji bi mogli poslužiti kao opravdanje.<sup>31</sup>

U razmatranom predmetu ESLJP nije našao ubjedljive i snažne razloge kojima bi se opravdalo usko tumačenje člana 14. stav 3. Zakona o

---

<sup>29</sup> Vidi: presudu *Tyler v. Ujedinjenog Kraljevstva* od 25. aprila 1978, para 31. <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1978/2.html> i presudu *Loizidou v. Turske* od 23. marta 1995, para 71. [http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat\\_view/202-coe-documents-on-bosnia-and-herzegovina--coe-dokumenti-vezani-za-bih/55-european-court-of-human-rights--evropski-sud-za-ljudska-prava/105-excerpts-from-case-law--izvodi-iz-sudske-prakse.html](http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat_view/202-coe-documents-on-bosnia-and-herzegovina--coe-dokumenti-vezani-za-bih/55-european-court-of-human-rights--evropski-sud-za-ljudska-prava/105-excerpts-from-case-law--izvodi-iz-sudske-prakse.html)

<sup>30</sup> Preuzeto sa web stranice, dana 02.05.2011. godine: [http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com\\_content&view=article&id=529:konvencija-ka-ivi-instrument-&catid=83](http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=529:konvencija-ka-ivi-instrument-&catid=83)

<sup>31</sup> Para 37. *Karner v. Austria*.

zakupu stana, odnosno razloge koji bi spriječili da životni saputnik istog spola koji nadživi svog partnera ne naslijedi zakupničko pravo propisano navedenim članom. Prema tome, Sud zaključuje da je prekršen član 14. Konvencije sagledan u vezi sa članom 8.<sup>32</sup>

U predmetu *Kozak v. Poland*<sup>33</sup> ESLJP ponovo naglašava važnost tumačenja EKLJP-e kao živog instrumenta u pogledu prava na porodični život, navodeći: „da se u pogledu poštivanja porodičnog života u obzir moraju uzeti kretanja u društvu i promjene u percepciji društvenog i građanskog statusa“.<sup>34</sup> Primjenjujući princip živog instrumenta, u ovom predmetu ESLJP je tumačio pojam „*de facto* bračne kohabitacije“. Naime, aplikantu gosp. Kozaku bilo je uskraćeno pravo da naslijedi stanarski ugovor. Prema članu 691. Građanskog zakonika Poljske<sup>35</sup> u slučaju smrti stanara, njegov bračni partner, njena ili njegova djeca ili njihova zajednička djeca, kao i ostale osobe u pogledu kojih je stanar imao zakonsku obavezu izdržavanja, kao i osoba sa kojom je stanar živio u „*de facto* kohabitaciji“ ima pravo nastaviti ugovor o zakupu stana, odnosno naslijediti isti. ESLJP ističe da pojam „*de facto* kohabitacije“ obuhvata i osobe istoga spola. Utvrđeno je da se razlika u postupanju domaćih sudova oslanja na zaštitu porodice kao zajednice života muškarca i žene, što je i predviđeno poljskim Ustavom. Međutim, iako je ESLJP prihvatio da je to u načelu legitiman razlog, koji bi mogao opravdati razliku u postupanju, presudio je da isključenje osoba koje žive u istospolnim zajednicama od nasljeđivanja stanarskog prava ne može biti prihvaćeno od strane ovog Suda kao potrebno u cilju zaštite porodice.<sup>36</sup> ESLJP na kraju jednoglasno zaključuje da je došlo do povrede člana 14. u vezi sa članom 8. EKLJP-e.

Diskriminaciju u pogledu prava na zdravstveno osiguranje između homoseksualnih i heteroseksualnih parova ESLJP je utvrdio u predmetu *P.B.*

---

<sup>32</sup> Para 42. i 43. *Karner v. Austria*.

<sup>33</sup> Case *Kozak v. Poland*, (*Application no. 13102/02*), 2. mart 2010. Preuzeto sa web stranice, dana 20.05.2011. godine: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/280.html>

<sup>34</sup> Para 98. *Kozak v. Poland*.

<sup>35</sup> Prijašnja odredba koja je uređivala pravo nasljeđivanja stanarskog prava nije koristila pojam „*de facto* kohabitacije“, već je propisivala da stanarsko pravo može naslijediti osoba sa kojom je stanar živio u „*de facto* bračnoj kohabitaciji“.

<sup>36</sup> Preuzeto sa web stranice, dana 20.05.2011. godine: <http://www.hrlrc.org.au/court-tribunal/european-court-of-human-rights/kozak-v-poland-2010-echr-280-2-march-2010/>

and *J.S. v. Austria*<sup>37</sup>. ESLJP ponovo naglašava da isključenje iz određenih beneficija homoseksualnih parova, u ovom slučaju prava na zdravstveno osiguranje, zahtijeva legitimne i osobito ozbiljne razloge da bi se uskraćivanje beneficija smatralo opravdanim. Sud ni u ovom predmetu nije našao da je isključenje istospolnih partnera iz prava na zdravstveno osiguranje opravdano te zaključuje da je došlo do kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. EKLJP-e.<sup>38</sup>

#### 4. Pravo na osnivanje porodice

Pravo na osnivanje porodice i ostvarivanje roditeljskog staranja osoba homoseksualne orijentacije predstavlja jedno od najspornijih pitanja. ESLJP je u malom broju predmeta razmatrao pitanje ostvarivanja prava homoseksualno orijentisanih osoba na usvojenje.

U predmetu *Da Silva Mouta v. Portugal*,<sup>39</sup> aplikant gosp. Mouta se obratio ESLJP-u zbog toga što je portugalski Apelacioni sud svoju odluku da roditeljsko staranje nad njihovom kćerkom povjeri njegovoj bivšoj bračnoj partnerici, a ne njemu, zasnovao na njegovoj spolnoj orijentaciji čime je, kako je naveo, povrijeđen član 8. i zasebno i zajedno s članom 14. Konvencije. ESLJP navodi da je Sud za porodične predmete u Lisabonu „uzeo u obzir činjenicu da je aplikant homoseksualac i da živi sa drugim muškarcem, kad je naveo da dijete treba da živi u [...] tradicionalnoj portugalskoj porodici i da nije zadatak suda da određuje da li je homoseksualnost bolest ili ne, ili da li je to seksualna orijentacija prema osobama istog spola. Homoseksualnost je odstupanje i djeca ne smiju odrasti

---

<sup>37</sup> Case *P.B. and J.S. v. Austria*, (*Application no. 18984/02*), 22. juli 2010, Preuzeto sa web stranice, dana 20.05.2011. godine: [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/10\\_04/P.B.\\_J.S..pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/10_04/P.B._J.S..pdf)

<sup>38</sup> U ovom predmetu Sud je odlučivao o Zakonu o zdravstvenom i životnom osiguranju, koji je doživio tri izmjene i dopune. U periodu prije 2006. godine i sve do prvog jula 2007. godine Sud je utvrdio kršenje člana člana 14. u vezi sa članom 8. EKLJP-e.

U posljednjim izmjenama i dopunama Zakona Sud konstatuje da je izostavljeno izričito pozivanje na partnere suprotnoga spola (para 45. *P.B. and J.S. v. Austria*), tako da za period od prvog jula 2007. godine nije postojalo kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. EKLJP-e.

<sup>39</sup> Case *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, (*Application no. 33290/96*), 21. Decembar 1999. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696281&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149>



u sjeni abnormalnih situacija".<sup>40</sup> Mišljenje je ESLJP-a da gore citirani dio presude, koji je daleko od samo nespretnih i loše formuliranih izraza, kako je vlada tvrdila, ili samo *obiter dicta*, zapravo, ukazuje na sasvim suprotno, da je homoseksualnost aplikanta bila ključni faktor u konačnoj odluci. U prilog takvom zaključku ide i činjenica da je apelacioni sud, kad je odlučivao o pravu aplikanta na kontakte, upozorio aplikanta da ne usvaja ponašanje koje bi djevojčicu moglo dovesti do toga da zaključi da njen otac živi sa drugim muškarcem "u uslovima koji liče odnosu muškarca i žene".<sup>41</sup>

Sud je bio mišljenja da odlomci presude lisabonskog apelacionog suda upućuju na to da je homoseksualna orijentacija aplikanta bila odlučujući faktor u konačnoj odluci čime je napravljena diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije koja se nije smjela praviti temeljem Konvencije. Prihvaćajući da je odluka apelacionog suda slijedila zakoniti cilj, zaštitu zdravlja i prava djeteta, razlika koju je pravio u razmatranjima u odnosu na seksualnu orijentaciju aplikanta nije bila prihvatljiva temeljem Konvencije. Nije postojao nikakav razuman odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja kojeg se slijedilo. U skladu s tim ESLJP je utvrdio kršenje člana 8. u vezi s članom 14. EKLJP-e.

U predmetu *Fretté v. France*<sup>42</sup> aplikant je tvrdio da odluka kojom se odbacuje njegov zahtjev za odobrenje usvojenja predstavlja miješanje u njegov privatni i porodični život, u smislu člana 8. Konvencije, te da je odbacivanje njegovog zahtjeva za usvojenje zasnovano isključivo na njegovoj seksualnoj orijentaciji. ESLJP konstatuje da je odlučujuće pitanje u ovom predmetu pravo aplikanta s jedne strane i najbolji interes djeteta s druge strane. Usvojenje znači „da se djetetu obezbijedi porodica, a ne obratno, da se porodici obezbjeđuje dijete“, te se država mora pobrinuti da osobe koje su odabrane da usvoje mogu dati djetetu najpovoljniji dom u svakom pogledu. Tamo gdje je uspostavljena porodica između roditelja i djece „naročita važnost se mora posvetiti najboljem interesu djeteta, gdje ovisno o svojoj prirodi i ozbiljnosti, najbolji interes djeteta može nadjačati pravo roditelja“. Sud primjećuje da je znanstvena zajednica, naročito stručnjaka, psihijatarata i dječjih psihologa, podijeljena u pogledu usvojenja od

---

<sup>40</sup> Para 34. *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Case *Fretté v. France*, (Application no. 36515/97), 26 februar 2002. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: <http://www.humanrights.is/the-human-rightsproject/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/495>

strane jednog ili oba homoseksualno orijentisana roditelja, posebno imajući u vidu ograničen broj znanstvenih istraživanja provedenih na tu temu. Osim toga, postoje velike razlike u nacionalnim pravima o pitanju prava na usvojenje od strane homoseksualno orijentisanih osoba. Ako se uzme u obzir široka sloboda procjene koja je ostavljena državama u ovoj oblasti i potreba zaštite najboljeg interesa djeteta kako bi se postigla željena ravnoteža, odbijanje da se odobri usvojenje u navedenom slučaju ne predstavlja kršenje načela proporcionalnosti.<sup>43</sup> Ukratko, opravdanje koje Vlada zastupa je objektivno i razumno, a razlika u tretmanu nije diskriminatorska u smislu člana 14. Konvencije. Međutim, postojala su izdvojena mišljenja sudija u vezi ove presude. Sudije koje su imale izdvojeno mišljenje prigovorili su širokom polju slobodne procjene koja je data vladi, navodeći da „pozivanje u ovom slučaju na nedostatak „zajedničkog stajališta“ među državama potpisnicama ili „jedinstvenog načela“ o usvajanju od strane osoba homoseksualne orijentacije omogućava državama da unazade zaštitu temeljnih prava.“<sup>44</sup>

Strah od prenošenja homoseksualne orijentacije sa roditelja na djecu u fazi njihove seksualne identifikacije i strah od netrpeljivosti i netolerancije društva prema osobama homoseksualne orijentacije, kojima bi bila izložena i njihova djeca, činjenice su koje ukazuju na gotovo isti položaj usvojene djece ili djece iz prethodnog braka. Time se otvara pitanje osnovanosti razlikovanja u tretmanu homoseksualnih roditelja koji su u određenoj životnoj fazi imali bračno (heteroseksualno) iskustvo i homoseksualno orijentisanih osoba koje žele da usvoje djecu. Čini se da je jedini stvarni razlog upravo naveden u odluci *Fretté*, a to je nedostatak profilisanog mišljenja javnosti kada je u pitanju ova kategorija osoba.<sup>45</sup>

Šest godina nakon donošenja odluke u predmetu *Fretté*, ESLJP u predmetu *E.B. v. France*<sup>46</sup> zauzima drugačije stanovište u vezi prava na usvojenje od strane osoba homoseksualne orijentacije. Aplikantica E.B.

---

<sup>43</sup> Para 42. *Fretté v. France*.

<sup>44</sup> *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010., str. 60.

<sup>45</sup> Marija Lukić, *Karakteristike evropskog pravnog okvira prava istospolnih partnera: tendencije, praksa i usaglašenost porodičnog zakonodavstva Srbije*, Novo porodično zakonodavstvo, Zbornik radova sa savetovanja 16 i 17. oktobar 2006, Kragujevac, 2006., str. 241.

<sup>46</sup> Case *E.B. v. France*, (*Application no. 43546/02*), 22. januar 2008. godine. Preuzeto sa web stranice, dana 15.05.2011. godine: [http://www.asil.org/pdfs/ilib080125\\_1.pdf](http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf)

navodi da je trpjela diskriminirajući tretman koji je bio zasnovan na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je takav tretman uticao na njeno pravo na poštovanje privatnog života. Vlada Francuske je navela da su pojedinačni interesi djeteta diktirali odbijanje odobrenja za usvojenje i temeljili se na dva osnova: nepostojanje uzora oca i podvojenost orijentacije partnerice aplikantice prema njenoj namjeri usvojenja. U vezi s nepostojanjem uzora oca, Vlada ističe da mnogi stručnjaci nalaze da je model seksualnog razlikovanja važan faktor u formiranju identiteta djeteta i da je potpuno shvatljivo da je socijalna služba *département*-a trebalo da uzme u razmatranje nepostojanje uzora koji bi djetetu omogućili konstrukciju njegovog identiteta prema ocu. U vezi s drugim osnovom, pored činjenice da bi R. (partnerica aplikantice) bila nužno uključena u svakodnevni život djeteta, izostanak njenog uključivanja u svakodnevni život djeteta je moguće ocijeniti izvorom nesigurnosti djeteta sa rizikom da bi se ono osjetilo kao u tri sa partnerom aplikantice, za njeno vrijeme i pažnju. Prema stanovištu Vlade, za taj osnov se ne može reći da je u vezi sa seksualnom orijentacijom aplikantice, kako je to iznijeto u odlukama domaćih sudova.

U vezi s prvim osnovom na koji se domaće vlasti pozivaju a koji se odnosi na nedostatak očinskog ili majčinskog lika u domaćinstvu osobe koja traži odobrenje za usvojenje, ESLJP nalazi da to neminovno ne otvara problem, sam za sebe. Međutim, pod okolnostima ovog predmeta, po ovom osnovu je dozvoljeno ispitati meritum, čiji je konačni efekt zahtjev prema aplikantici da se utvrdi prisutnost uzora lika suprotnog spola iz najužeg kruga njene porodice ili prijatelja, čime se rizikuje prikazivanje neefikasnim prava samca da zahtijeva odobrenje. Ta okolnost je ovdje prikladna, jer se predmet ne tiče zahtjeva za odobrenje usvojenja koji je podnio bračni ili vanbračni par, već samac.<sup>47</sup> Prema stanovištu ESLJP, ovaj osnov može voditi ka arbitrarnom odbijanju i ujedno služiti kao izgovor za odbacivanje zahtjeva aplikantice na osnovu njene homoseksualnosti.<sup>48</sup> Međutim, Sud zapaža da Vlada, na kojoj leži teret dokazivanja, nije mogla predočiti statističke podatke

---

<sup>47</sup> ESLJP ističe da se ovaj predmet ne tiče usvojenja koje želi učiniti par ili istospolni partner biološkog roditelja, već samo usvojenja koje želi učiniti samac. Dok član 8. Konvencije ne govori ništa o tom pitanju, Sud zapaža da francusko zakonodavstvo izričito daje pravo samcima da zahtijevaju odobrenje usvojenja i u tom pravcu propisuje postupak. Stoga Sud nalazi da činjenice iz ovog predmeta nedvojbeno spadaju u domen člana 8. Konvencije. Posljedično, kada je u obezbjeđivanju prava država djelovala šire od svojih obaveza iz člana 8. što je mogućnost data joj članom 53. Konvencije, u primjeni tog prava ne može preduzimati diskriminatorne mjere u smislu člana 14. Para 49. (*E.B. v. France*).

<sup>48</sup> Para 73. *E.B. v. France*.

o učestalosti pouzdanja u taj osnov prema utvrđenoj ili poznatoj seksualnoj orijentaciji osobe koja zahtijeva usvojenje, što samostalno može dati tačnu sliku upravne prakse i potvrditi nepostojanje diskriminacije u slučaju odlučivanja po tom osnovu.<sup>49</sup>

Prema stanovištu ESLJP-a, a koje se tiče drugog osnova na koji se pozivaju domaće vlasti, vlasti imaju legitimitet da utvrde postojanje svih potrebnih jemstava prije nego se dijete dovede u porodicu. Prema tome, kada je aplikant, muškarac ili žena, neoženjen ili neudata, već formirao zajednicu života sa partnerom, stav tog partnera i uloge koju će on ili ona svakodnevno i neminovno imati u životu djeteta koje se uključuje u zajednički život, zahtijeva detaljno ispitivanje interesa djeteta. Štaviše, bilo bi krajnje iznenađujuće ukoliko bi se relevantne vlasti, znajući za postojanje *de facto* para, ponašale kao da ne znaju za tu činjenicu prilikom ocjene uslova u kojima se djetetu obezbjeđuje dom i njegov budući život u tom novom domu. Pravni status osobe koja nastoji usvojiti nije inkompatibilan sa ispitivanjem njene aktuelne situacije i utvrđenjem da u domaćinstvu postoji ne jedna, već dvije odrasle osobe.<sup>50</sup> Kod takvog stanja stvari, ESLJP smatra da oba osnova ne treba posmatrati alternativno, već kumulativno. Stoga, nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu nevaljanost odluke. Razmatrajući kumulativno oba navoda Vlade, ESLJP naglašava da francuski zakon dozvoljava samcima da usvoje dijete, čime nesporno otvara mogućnost homoseksualnom samcu za usvojenje.<sup>51</sup> Sud zapaža da relevantne odredbe Građanskog zakonika ne propisuju ništa o nužnosti da je osoba-uzor suprotnog pola, što ni u kom slučaju ne bi ovisilo o seksualnoj orijentaciji samca usvojioca. Štaviše, u tom slučaju, aplikantica je predložila, prema odluci Državnog vijeća “nesumnjive lične kvalitete i sposobnost za podizanje djece”, što je sigurno u najboljem interesu djeteta, ključnom pojmu relevantnih međunarodnih instrumenata.<sup>52</sup> ESLJP primjećuje da je u vrijeme procjene od strane stručnjaka, a u vezi dobijanja dozvole za usvojenje, aplikantica bila sama.<sup>53</sup> Prema tome, ESLJP nalazi da je pozivanje na homoseksualnost aplikantice bilo ako ne izričito, tada makar prećutno. Uticaj naglašene homoseksualnosti aplikantice prilikom ocjene njenog zahtjeva je

---

<sup>49</sup> Para 74. *E.B. v. France.*

<sup>50</sup> Para 76. *E.B. v. France.*

<sup>51</sup> Para 94. *E.B. v. France.*

<sup>52</sup> Para 95. *E.B. v. France.*

<sup>53</sup> Para 86. *E.B. v. France.*

utvrđen, te vodeći računa o prethodno navedenom, bio je i odlučujući, vodeći faktor za odbijanje odobrenja za usvojenje.<sup>54</sup>

Sud ističe da su, odbijanjem zahtjeva aplikantice za odobrenje usvojenja, domaće vlasti napravile diskriminaciju zasnovanu na razmatranju seksualne orijentacije aplikantice, koja je prema Konvenciji neprihvatljiva. ESLJP je sa deset prema sedam glasova utvrdio da je prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

ESLJP svojom odlukom u ovom predmetu je jasno poručio državama da je neopravdano zabranjivati usvojenje djece osobama homoseksualne orijentacije. Sud je ustanovio načelo da svako treba imati jednak tretman po osnovu svojih individualnih osobina kao roditelj prilikom usvojenja djeteta. Spolna orijentacija usvojitelja/ljice je nebitna i ne može se koristiti kao argument prilikom razmatranja mogućnosti usvojenja.

Pregled prakse ESLJP ukazuje na sve veće priznavanje prava homoseksualno orijentisanim osobama. Miješanja u prava na privatni život osoba homoseksualne orijentacije po osnovu njihove spolne orijentacije zahtijeva obrazloženje od bilo koje države članice koju će Sud izložiti najvišem nivou nadzora. Državama nije omogućena slobodna ocjena ili diskrecijsko pravo u načinu na koji se član 8. tumači kada se radi o spolnoj orijentaciji.

Iako član 14. EKLJP nije izričito normirao seksualnu orijentaciju kao osnov diskriminacije, ESLJP je izričito u svojim odlukama naveo da je ona uvrštena među „ostalim“ razlozima koje pokriva član 14. Osobe homoseksualne orijentacije ESLJP takođe štiti i od uplitanja državne vlasti u njihov privatni život pozivajući se na član 8. stav 2. EKLJP. Sud je osigurao zaštitu osoba homoseksualne orijentacije u svim slučajevima koji se odnose na najintimniji dio privatnog života.

---

<sup>54</sup> Sud posebno zapaža da u mišljenju od 12. oktobra 1998. godine psiholog socijalne službe za djecu, predlaže odbijanje odobrenja, pozivajući se na “neuobičajen stav [aplikantice] prema muškarcima, tako da ih odbacuje”. Zaključak psihologa, koji u svom izvještaju o razgovorima sa aplikanticom, od 28. avgusta 1998. godine, navode, direktno ukazujući na predmet aplikantice, a ne kao generalni stav, iznoseći svoje zapažanje izjavom da ne žele umanjiti povjerenje aplikantice u samu sebe ili insinuirati da će biti štetna po dijete, da “sve studije o roditeljstvu ukazuju da djetetu trebaju oba roditelja”. Dana 28. oktobra 1998. godine, predstavnik odbora za usvojenje, koja jesu ili su bila pod državnim staranjem, je predložio odbijanje odobrenja na osnovu stava da usvojiteljsku porodicu treba činiti “mješoviti par (muškarac i žena)”.

Pojam porodičnog života, prema stavovima ESLJP, prevazilazi tradicionalno poimanje porodice. Porodični život obuhvata kako bračne tako i vanbračne heteroseksualne i istospolne zajednice, bez obzira da li u takvim porodicama može doći do rađanja djece ili ne. U pogledu usvojenja djece od strane homoseksualnih osoba ESLJP je konstatovao da homoseksualnost ne može predstavljati osnov za odbijanje usvojenja.

Ipak ESLJP još uvijek dopušta državama da uživaju izvjesni stepen slobodne procjene u pogledu uređenja braka. Međutim, kako je istospolnu zajednicu života podveo pod pojam porodičnog života, ESLJP potiče države da alternativnim sredstvima omoguće ostvarivanje prava i osobama homoseksualne orijentacije.

Na razvoj prava osoba homoseksualne orijentacije možemo reći da su uticale tri činjenice. Prva se odnosi na promjenu društvenih odnosa, odnosno razvoja demokratskog društva kojeg krasi, kako je to istakao Evropski sud za ljudska prava, pluralizam, tolerancija i širokoumlje. Druga se odnosi na tumačenje EKLJP-e kao živog instrumenta u svjetlu današnjih uslova, a ne uslova u kojima je ona nastala što je dovelo do promjena u percepciji društvenog i građanskog statusa. Treća činjenica, koja je možda i najznačajnija, se ogleda u prihvatanju i legalizaciji zajednica života osoba istoga spola od strane nacionalnih zakonodavstava. Navedene tri činjenice u korelaciji sa principom zabrane diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije neminovno vode daljem razvoju prava homoseksualno orijentisanih osoba i istospolnih zajednica života.

## ZAKLJUČAK

Analizirajući praksu Evropskog suda za ljudska prava mogu se primijetiti stavovi zauzeti od strane ovog Suda:

- Postojanje zakona koji homoseksualne odnose odraslih muškaraca, odnosno punoljetnih osoba, u privatnom kontekstu, tretiraju kao krivično djelo, predstavlja kontinuirano i neopravdano miješanje u pravo aplikanta na poštivanje privatnog života;
- Miješanje u privatni život smatra se "neophodnim u demokratskom društvu" ako odgovara hitnoj društvenoj potrebi, a posebno ako je

proporcionalno legitimnom cilju kojem služi. Pri tome se naglašava veza između pojma "neophodno" i pojma "demokratsko društvo", a oznake demokratskog društva su pluralizam, tolerancija i širokoumlje;

- Razlika u tretmanu je diskriminatorna ukoliko za nju nema objektivnog i razumnog opravdanja, to jest, ukoliko se njome ne teži ostvarivanju legitimnog cilja i ukoliko ne postoji razuman odnos srazmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo;
- Tradicija ne predstavlja opravdavajući razlog za diskriminaciju, ona samo šalje simboličnu poruku da su istospolni partneri u lošijem položaju od heteroseksualnih parova;
- Iako dijelovi javnosti koji homoseksualnost smatraju nemoralnom mogu biti šokirani, uvrijeđeni ili uznemireni homoseksualnim odnosima osoba u privatnom kontekstu, to ne može, samo po sebi, opravdati primjenu krivičnih sankcija prema osobama istog spola;
- Nemogućnost prokreacije ne predstavlja opravdanje za različito postupanje prema osobama homoseksualne orijentacije;
- Vještački je održavati stanovište da za razliku od partnera različitog spola, istospolni partneri/ce ne mogu ostvarivati "porodični život" po osnovu člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Istospolni partner/ica koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* vezi spada pod pojam "porodičnog života";
- Evropska konvencija o ljudskim pravima je živi instrument prema kojoj Evropski sud za ljudska prava tumači Konvenciju u svjetlu današnjih okolnosti u državama članicama, a ne okolnosti aktualnih prilikom sastavljanja Konvencije, i
- Odbijanje zahtjeva aplikantice za odobrenje usvojenja, zasnovano na seksualnoj orijentaciji aplikantice, predstavlja kršenje Evropske konvencije o ljudskim pravima.

U predmetu *Schalk and Kopf v. Austria* sud je ostao pri stanovištu da su države članice još uvijek slobodne da partnerima istog spola ograniče

zaključenje braka. U istom predmetu se konstatuje i da države uživaju izvjesni stepen unutrašnjeg polja slobodne procjene u pogledu tačno određenog statusa, koji se obezbjeđuje alternativnim sredstvima priznavanja. Ukoliko država odluči da legalizuje istospolnu zajednicu života, ona bi trebala obezbijediti istospolnim partnerima slična prava kao i heteroseksualnim partnerima.

Na kraju se može samo postaviti pitanje koliko je daleko Bosna i Hercegovina spremna ići u pogledu priznanja istospolne zajednice života. Odnosno koliko smo spremni prihvatiti osnovna načela demokratskog društva i poštivati zabranu diskriminacije. Legalizacija istospolnih zajednica je mnogo više od pukog zakonskog uređenja građanskog statusa osoba na koje se neposredno odnosi. Ona je izraz demokratičnosti i tolerancije, znak da je društvo spremno prihvatiti drugačije od tradicionalnog.

## LITERATURA

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, <http://www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf>, 20. 10. 2013. godine.

***Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu***, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010.

Marija Lukić, ***Karakteristike evropskog pravnog okvira prava istospolnih partnera: tendencije, praksa i usaglašenost porodičnog zakonodavstva Srbije***, Novo porodično zakonodavstvo, Zbornik radova sa savetovanja 16 i 17. oktobar 2006, Kragujevac, 2006.

Case ***X and Y v. The Netherland*** (Application no. 8978/80), 25. mart. 1985. godine, <http://www.juridischeuitspraken.nl/19850326EHRMXenYtegenNederland.pdf>, 10.10.2013. godine.

Case ***Dudgeon v. United Kingdom***, Series A, No. 45, 23 Septembar 1981. godine, [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20\\_UK.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20_UK.htm), 15.10.2013. godine.



Case *A.D.T. v. United Kingdom*, (Application no. 35765/97), [http://archive.equal-jus.eu/324/1/ECHR%2C\\_A.D.T.\\_v.\\_UK.pdf](http://archive.equal-jus.eu/324/1/ECHR%2C_A.D.T._v._UK.pdf), 10.10.2013. godine.

Case *Norris v. Ireland*, [http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR\\_IRL,48abd5a2d,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR_IRL,48abd5a2d,0.html), 15.11.2013.

Case *Modinos v. Cyprus* - <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,,402a21a04,0.html>, 15.11.2013. godine.

Case *Johnston and Others v. Ireland*, 18. decembar 1986. godine, serija A, broj 112.

Case *Marckx v. Belgium*, 13. juni 1979. godine, serija A, broj 31.

Case *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=670621&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, 13.11.2013. godine:

Case *Siegmund Karner v. Austria*, (Application No 40016/98), 12. mart. 2002. godine. [http://lgbt.poradna-prava.cz/folder05/karner\\_v.\\_austria.pdf](http://lgbt.poradna-prava.cz/folder05/karner_v._austria.pdf), 19.10.2013. godine.

Case *Emonet and others v. Switzerland*, (Application no.39051/03), 13. decembar 2007, [www.emberijog.eu/.../EMONET\\_and\\_OTHSERS\\_v.\\_SWITZERLAND.doc](http://www.emberijog.eu/.../EMONET_and_OTHSERS_v._SWITZERLAND.doc), 15.10.2013. godine.

Case *Christine Goodwin v. United Kingdom*, <http://www.amicuscuriae.it/attach/superuser/docs/goodwin.pdf>, 15.10.2013. godine.

Case *Schalk and Kopf v Austria* [2010] ECHR 30141/04 (24 June 2010), <http://www.hrlrc.org.au/court-tribunal/european-court-of-human-rights/schalk-and-kopf-v-austria-2010-echr-3014104-24-june-2010/>, 24.11.2013. godine.

Case *Tyrer v. Ujedinjenog Kraljevstva* od 25. aprila 1978, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1978/2.html>, 15.10.2013. godine.

Case *Loizidou v. Turske* od 23. marta 1995, para 71. [http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat\\_view/202-coe-documents-on-bosnia-and-herzegovina--coe-dokumenti-vezani-za-bih/55-european-court-of-human-rights--evropski-sud-za-ljudska-prava/105-excerpts-from-case-law--izvodi-iz-sudske-prakse.html](http://www.coe.ba/web2/en/dokumenti/cat_view/202-coe-documents-on-bosnia-and-herzegovina--coe-dokumenti-vezani-za-bih/55-european-court-of-human-rights--evropski-sud-za-ljudska-prava/105-excerpts-from-case-law--izvodi-iz-sudske-prakse.html), 15.10.2013. godine.

Case *Kozak v. Poland*, (*Application no. 13102/02*), 2. mart 2010, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/280.html>, 20.10.2013. godine.

Case *P.B. and J.S. v. Austria*, (*Application no. 18984/02*), 22. juli 2010, [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/10\\_04/P.B.\\_J.S..pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/10_04/P.B._J.S..pdf), 08.11.2013. godine.

Case *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, (*Application no. 33290/96*), 21. Decembar 1999. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696281&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149>, 18.10.2013. godine.

Case *Fretté v. France*, (*Application no. 36515/97*), 26 februar 2002, [http://www.humanrights.is/the-human-rightsproject/humanrightscasesandmateria\\_ls/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/495](http://www.humanrights.is/the-human-rightsproject/humanrightscasesandmateria_ls/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/495), 23.10.2013. godine.

Case *E.B. v. France*, (*Application no. 43546/02*), 22. januar 2008. godine, [http://www.asil.org/pdfs/ilib080125\\_1.pdf](http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf), 05.11.2013. godine.