

Prof. dr. sc. Sanja Barić i Sanja Vincan: Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje ...
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 1/2013., str. 81.- 113.

Prof. dr. sc. Sanja Barić, izvanredna profesorica,
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

Sanja Vincan, dipl.iur.

USTAVNOPRAVNO NAČELO JEDNAKOSTI I PRAVNO UREĐENJE ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA

UDK: 342.7

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 10.01.2013.

Pravni poretki modernih demokracija kao svoju temeljnu vrijednost postavljaju prava osoba-pojedinaca, dok je smisao, glavna ideja i cilj takvih poredaka stvaranje adekvatne društvene sredine za potpuni i slobodan razvoj svakog pojedinca. Neometani razvoj nečije osobnosti nedvojbeno uključuje jedno od najintimnijih područja života - ljubav i seksualnost, tj. nečiju seksualnu orijentaciju. Seksualne manjine su vrlo često suočene s „tolerantnim“ stavom seksualne većine koji se može opisati kao „društveni imperativ nevidljivosti“. Drugim riječima, ne samo da se osoba drugačije seksualne orijentacije ne može lako prepoznati (na stranu određeni stereotipi) i time je on ili ona faktički nevidljiva, nego i pripadnici većine često vjeruju da bi homoseksualne osobe trebale biti potpuno zadovoljne samom slobodom „da rade ono što žele u svoja četiri zida“. Stoga ostajanje nevidljivim postaje temeljni oblik zaštite koju pruža većina. Međutim, seksualna orijentacija se prestaje promatrati isključivo kao ostvarivanje seksualnih sklonosti, budući da je to karakteristika koja uključuje međuljudske odnose kao izraz osnovnih ljudskih potreba. U tom je smislu besmisleno raspravljati o tezi da se radi o osobnom izboru. Do sada je većinom prihvaćeno da pravo na osobni razvitak, kao i pravo na uspostavljanje i razvoj određenih međuljudskih odnosa, spada u domašaj zaštite - i poštivanja - privatnog života. Tako je i Europski sud za ljudska prava, kod definiranja „privatnog života“ u čl. 8 Europske konvencije, potvrdio u različitim slučajevima da ovo pravo ne obuhvaća samo osobni razvitak, nego i što je još važnije, razvitak odnosa s drugim ljudima i s vanjskim svijetom u cjelini. Rad daje teorijski okvir poimanja načela jednakosti, a zatim prelazi na kratki pregled paradigmatičkih ispitivanja i pristupa koje je u tom smislu razvio američki Vrhovni sud. Slijedi analiza novije sudske prakse kako na saveznoj, tako i na državnoj razini, kao i prikaz jedne od najliberalnijih odluka u odnosu na istospolne zajednice, a koju je donio Južnoafrički Ustavni sud. Načelo jednakosti i nediskriminacije potom se analizira u relevantnim pravorijecima Europskog suda za ljudska prava te razmatra i gledište prava Europske unije. Konačno, rad se osvrće na pravni okvir suzbijanja diskriminacije i uređenja istospolnih zajednica u Republici Hrvatskoj. Istraživanje pokazuje kontinuiranu reinterpretaciju načela jednakosti u kontekstu pravnog uređenja istospolnih zajednica i ukazuje na izazove s kojima će se uskoro suočiti naš nacionalni pravni poredak na tom području.

Ključne riječi: *načelo jednakosti, nediskriminacija, seksualna orijentacija, istospolne zajednice*

1. UVOD

Svrha je svakog pravnog poretka organizirati stabilan i miran suživot ljudi u bilo kojoj društveno-političkoj zajednici, uz poštivanje određenih temeljnih materijalnih i formalnih vrijednosti. Pravni poretki modernih demokracija kao svoju temeljnu vrijednost postavljaju prava osoba-pojedinaca, dok je smisao, glavna ideja i cilj takvih poredaka stvaranje adekvatne društvene sredine za potpuni i slobodan razvoj svakog pojedinca. Kao što navodi američka Deklaracija neovisnosti, upravo „život, sloboda i potraga za srećom“ definiraju temeljne vrijednosti suvremenog zapadno-europskog/anglo-američkog tipa civilizacije. Neometani razvoj nečije osobnosti nedvojbeno uključuje jedno od najintimnijih područja života - ljubav i seksualnost, tj. nečiju seksualnu orijentaciju.¹ Priroda ljudske seksualnosti i uobičajenost istospolne ljubavi pitanje je znanstvenih, povijesnih i društvenih činjenica² i njima se ovaj rad neće baviti. Kao i u mnogim drugim slučajevima - na koje ćemo se kasnije osvrnuti - različitost (biti drugačiji i u manjini) na koju se gleda sa snažnim predrasudama,³ nerijetko dovodi do stigmatizacije i odbacivanja, ali ponekad i nasilja te institucionalnog progona. Uslijed činjenice da u određenim dijelovima svijeta seksualna orijentacija i dalje ostaje osobina zbog koje može biti ugrožena sigurnost pojedinaca, zaštita seksualnih manjina nedavno je dobila svoje globalno pravno obličje pod pokroviteljstvom UN-a: prvu rezoluciju o pravima temeljem seksualne orijentacije i rodnog identiteta.⁴ Usprkos tome, ovdje se ne bavimo osnovnim pravom na egzistenciju, već je naš cilj prikazati izazove i rješenja te protumačiti poimanje ustavnog načela jednakosti u kontekstu pravnog uređenja istospolnih zajednica.

Seksualne manjine su vrlo često suočene s „tolerantnim“ stavom seksualne većine koji se može opisati kao „društveni imperativ nevidljivosti“. Drugim riječima, ne samo da se osoba drugačije seksualne orijentacije ne može lako prepoznati (na stranu određeni stereotipi) i time je on ili ona faktički nevidljiva, nego i pripadnici većine često vjeruju da bi homoseksualne osobe trebale biti potpuno

¹ „Seksualna orijentacija se odnosi na sposobnost svake osobe da osjeća emocionalnu, fizičku ili seksualnu privlačnost, u intimnim ili seksualnim odnosima, s osobama različitog i/ili istog spola i/ili roda.“ Ova široko prihvaćena definicija preuzeta je iz ‘Yogyakarta načela o primjeni Zakona o međunarodnim ljudskim pravima u odnosu na seksualnu orijentaciju i rodni identitet’, ožujak 2007. Vidi: [www.yogyakartaprinciples.org / principles_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm) (12. siječnja 2012.)

² Postoje brojna istraživanja o seksualnom ponašanju i normalnosti, od izvješća A. Kinseya nadalje, koje smatramo nepotrebnim ovdje navoditi.

³ Prema riječima engleskog filozofa i sociologa Herberta Spencera: „Postoji načelo koje predstavlja prepreku svim informacijama, onemogućava iznošenje svih činjenica te neizbježno zadržava čoveka u trajnom neznanju – to se načelo svodi na odbacivanje nečega prije ispitivanja.“ To je parafraza izvedena iz kršćanskog apologetskog rada engleskog teologa Williama Paleya iz 18. stoljeća. U radu *A View of the Evidences of Christianity* (1794), Paley je napisao: „Nevjernost poganskog svijeta, a osobito osoba na rangu i učenja u tome, temelji se na načelu koje, po mojem sudu, rezultira neučinkovitošću bilo kojeg argumenta ili dokaza budući se radi o odbacivanju nečega prije ispitivanja.“ <http://tinyurl.com/5se3msn> (20. rujna 2011.)

⁴ Vijeće za ljudska prava donijelo je 17. lipnja 2011. Rezoluciju o potrebi istraživanja i praćenja diskriminacije i seksualne orijentacije (A/HRC/17/L.9/Rev.1). Rezoluciju je podnijela Južnoafrička republika, a donesena je s 23 glasa za, 19 protiv i 3 suzdržana, u <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/17/L.9/Rev.1> (20. studeni 2011.)

zadovoljne samom slobodom „da rade ono što žele u svoja četiri zida“. Stoga ostajanje nevidljivim postaje temeljni oblik zaštite koju pruža većina. Međutim, seksualna orijentacija se prestaje promatrati isključivo kao ostvarivanje seksualnih sklonosti budući da je to karakteristika koja uključuje međuljudske odnose kao izraz osnovnih ljudskih potreba. U tom je smislu besmisleno raspravljati o tezi da se radi o osobnom izboru. Do sada je većinom prihvaćeno da pravo na osobni razvitak, kao i pravo na uspostavljanje i razvoj određenih međuljudskih odnosa, spada u domašaj zaštite - i poštivanja - privatnog života. Tako je i Europski sud za ljudska prava, kod definiranja „privatnog života“ u čl. 8. Europske konvencije, potvrdio u različitim slučajevima da ovo pravo ne obuhvaća samo osobni razvitak, nego i što je još važnije, razvitak odnosa s drugim ljudima i s vanjskim svijetom u cjelini.⁵ Štoviše, vrijedno je razmotriti srž prava na osobni život u usporedbi s drugim temeljnim pravima. Kada ustavni okvir jamči pravo misli, govora i vjeroispovijesti, mogu li se oni smatrati slobodnima ako se mogu očitovati samo onda kada je osoba sama ili u vrlo malom i ograničenom krugu osoba? Upravo je to ono što se često priznaje seksualnim manjinama kao krajnja sloboda. Takvo ograničenje je vrijedno razmatranja u prizmi ustavnopravnog načela jednakosti.

Ovaj će rad najprije prikazati teorijski okvir poimanja jednakosti, a zatim prijeći na kratki pregled paradigmatičkih ispitivanja i pristupa koje je u tom smislu razvio američki Vrhovni sud. Zatim će uslijediti analiza novije sudske prakse kako na saveznoj, tako i na državnoj razini, kao i prikaz jedne od najliberalnijih odluka u tom području koje je donio Južnoafrički Ustavni sud, a koja je nedovoljno poznata u Republici Hrvatskoj. Nećemo se baviti brojnim raspravama i različitim rješenjima u različitim državama članicama EU, jer to izlazi iz okvira ovog rada, a o tome se već u nas jednim dijelom i pisalo.⁶ Umjesto toga prikazat ćemo rješenja koja se neposredno odnose na Hrvatsku i to, određene pravorijske Europskog suda za ljudska prava, kao i gledište prava Europske unije o tom pitanju. Konačno, osvrnut ćemo se i na pravni okvir u Republici Hrvatskoj i njegovu perspektivu. Sve to pokazuje kontinuiranu reinterpretaciju načela jednakosti u kontekstu pravnog uređenja istospolnih zajednica i izazove s kojima će se uskoro suočiti naš nacionalni pravni poredak.

⁵ Primjerice, *Botta v. Italy*, 24/02/1998, zahtjev br. 21439/93, Reports 1998-I, § 32; *Mikulić v. Croatia*, 07/02/2002, zahtjev br. 53176/99, Reports 2002-I, § 53; *Christine Goodwin v. UK*, 11/07/2002, zahtjev br. 28957/95, Reports 2002-VI, § 90-91, 100-101; *Slivenko v. Latvia*, 09/10/2003, zahtjev br. 48321/99, Reports 2003-X, § 96 i sl.

⁶ Vidi primjerice. Jakovac-Lozić, Dijana, *Zakon o istospolnim zajednicama – izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2/2004, str. 3-41 te Korać, Aleksandra, *Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4/2005., str. 801.-834.

2. POJAM JEDNAKOSTI U PRAVNOM KONTEKSTU

Neki od najznačajnijih moralnih križarskih ratova u povijesti izborili su pobjedu u ime „jednakosti“: ukidanje ropstva, ukidanje feudalnih privilegija, širenje općeg biračkog prava, stavljanje rasne diskriminacije izvan zakona, emancipacija žena itd. Raspravljalo se o tome kako riječ jednakost ima prilično snažnu i uvjerljivu retoričku snagu i to ne samo zbog stvari na koje se odnosi, nego i s obzirom na vrstu riječi.⁷ Ona objedinjuje dvije paradoksalne značajke: čini se da je jedna stvar svim ljudima, a ipak različita za različite ljude. Isto tako i riječ „pravednost“ ima pozitivne konotacije, a ipak sama po sebi nije procijenjiv pojam. Čini se da se odnosi na određeno stanje stvari, kao nešto što nije definirano u odnosu na promjenjivog promatrača. Ipak, ljudi imaju proturječna poimanja jednakosti, jedni ga koriste kao argument za, a drugi kao argument protiv iste stvari, primjerice u pitanjima davanja roditeljnog dopusta (samo) ženama ili priznavanja homoseksualnih (istospolnih) brakova. Također, jednakost je „moćna riječ“⁸ i argumenti u ime jednakosti stavljaju protivnika „u defenzivu“.⁹ Istodobno, kad kažemo da je nešto jednako ne znači da je to ispravno i dobro. Jednakost se može osuditi bez upadanja u zamku kontradikcije (npr. Židovi i Romi su bili jednako tretirani u Hitlerovim koncentracijskim logorima, ali ipak nevjerojatno okrutno i nečovječno).¹⁰ I upravo zbog toga što svatko misli da zna što je jednakost, čini se da je teško točno objasniti što je ona.¹¹

Postoje tri zasebna koncepta jednakosti - deskriptivna, matematička i preskriptivna jednakost.¹² Najvažniji korak u utvrđivanju deskriptivne jednakosti je determinacija odgovarajućih karakteristika koje se trebaju ocijeniti. Posve je očito da na svijetu ne postoje dvije apsolutno jednake stvari i/ili osobe u svakom mogućem pogledu. Ključni je zaključak, stoga da jednake stvari u jednom relevantnom pogledu mogu biti, i jesu, nejednake u drugim aspektima.

Preskriptivna jednakost određuje kako treba tretirati određenu skupinu ljudi; preskriptivno su jednake one osobe koje se istovjetno opisuju radi određene norme ponašanja, što se obično zove moralno ili zakonsko pravilo.¹³ Iako je glavna razlika između deskriptivne i preskriptivne jednakosti priroda mjerne jedinice, mjera u

⁷ Westen, Peter: *Speaking of equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990, str. xiii.-xxi.

⁸ *Ibid.*, str. xvii.

⁹ “Poput pravednosti, s kojom se svi slažu na izvjestan način, nitko nije ni protiv jednakosti.” Za više detalja vidjeti bilješku 192 u Westen, Petar: *The empty idea of equality*, u *Harvard Law Review*, 1982 (3/95), str 593.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ Za detaljniju raspravu o ovoj točki vidjeti Menne, Albert: *Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis*, Ratio, vol. 4, br. 1 (lipanj), 1961., str. 50.-61.

¹² Deskriptivna jednakost je jednostavna i jasna u području utega i mjera. Ima tri temeljne značajke: pluralizam - on uključuje vezu između dvije ili više stvari ili osoba; diferencijaciju - stvari ili osobe se razlikuju u jednom ili više pogleda, te komparaciju - uspoređujući predmete učimo o njima više nego što bi netko znao ispitujući ih izolirane jedne od drugih (npr. da su jednake težine). Pojam jednakosti se u aritmetici uzima zdravo za gotovo, brojevi ne posjeduju nijednu drugu značajku, osim njihove numeričke vrijednosti. Detaljnu analizu vidjeti u: Westen: *Speaking...*, str. 11.-92.

¹³ *Ibid.*, str. 59.-69.

temelju preskriptivne jednakosti dijeli karakteristična obilježja s deskriptivnom jednakosti. Naime, ne može se reći da određena skupina ljudi zaslužuje jednak tretman (preskriptivna jednakost) ako pripadnici te skupine nemaju neka identična obilježja koja ih ujedno razlikuju od onih koji nisu pripadnici te skupine (deskriptivna jednakost). Osim toga, ljudi koji imaju zajedničku samo jednu od osobina (ili više njih), bit će jednaki u jednom preskriptivnom pogledu i nejednaki u drugom, baš kao što je to slučaj s deskriptivnom jednakošću.¹⁴ Međutim, ne možemo linearno zaključiti da zato što su ljudi jednaki (deskriptivno) oni trebaju biti tretirani jednako (preskriptivno). Preskriptivna jednakost je nemoguća ako se prethodno ne upustimo u moralno ili pravno rasuđivanje radi formuliranja norme.¹⁵

2.1. Pojam jednakosti i pojam pravednosti

U ovom poglavlju dajemo par naznaka o odnosu pojma jednakosti i pojma pravednosti.¹⁶ Pravednost ima izvjesne sličnosti s jednakošću u osnovnim obilježjima, tj. ona je poželjno stanje za sve. Argumenti su uvijek u njeno ime, nikada protiv nje. Osim toga, niz različitih pojmova i kriterija za utvrđivanje što pravednost zaista znači razvilo se kroz povijest društvene, političke i pravne misli. „Pravedno znači da svakoj osobi treba dati njena prava.“¹⁷ Radi se o raspodjeli prava i obaveza, a naročito o raspodjeli deficitarnih resursa. Tako se nepravda može promatrati kao posebnost situacija u kojoj jedna osoba ili više osoba pogrešno prima manje ili više od drugih osoba ili skupine ljudi.¹⁸

Aristotel je smatrao da su „davanje prava svakoj osobi“ (pravednost) i „podjednako tretiranje osoba“ (jednakost) ekvivalenti. Taj je stav prihvaćen od strane nekih znanstvenika,¹⁹ dok drugi²⁰ tvrde kako je važno shvatiti da se pravednost i jednakost ne mogu poistovjetiti. Neka vrsta kompromisa između njih mogla bi se pronaći u značenju pravednosti u formalnom smislu. Ono naime navodi da bi se „u raspodjeli prava i obveza trebalo pretpostaviti da se prema svima treba odnositi jednako sve dok se ne dokaže da se razlikuju u nekom relevantnom

¹⁴ *Ibid.*, str. 84.-5.

¹⁵ „Leksičko značenje jednakosti ostaje jednako u zakonu i moralu kao i drugdje: odnos identiteta koji se dobije između osoba ili stvari zahvaljujući određenim standardima mjere.“ Westen, Peter: *To lure tarantula from its hole: A response*, u *Columbia Law Review*, 1983 (83), str. 1186-1208, 1189. „Razlika između jednakost u matematici i jednakost u moralu je stupanj suglasja oko primjenjive mjerne jedinice.“ Westen, Peter: *On “confusing ideas”*: *Reply*, u *Yale Law Journal*, 1982 (91), str. 1153-1165, str 1165.

¹⁶ „Pravda je jednakost i to je tako, ali ne i za sve osobe, samo za one koji su jednake. Nejednakost se također smatra pravednom i to je tako, ali ne za sve, samo za nejednake.“ *Politika*, knjiga 3, glava 9, str. 84. Sama pravednost predstavlja izuzetno širok problem koji zahtijeva opsežna i autonomna istraživanja, daleko izvan okvira ovog rada. Detaljnije o materijalnim pojmovima pravednosti (liberalna, komunitarna, utilitarna i egalitarna) vidjeti u Barić, Sanja, *The Philosophical Concepts of Equality*, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, sv. 21 br. 2, 2000, str. 841.-869.

¹⁷ Westen: *The empty...*, str. 556.

¹⁸ Campbell, Tom: *Justice*, London, MacMillan, 1990, str.12.

¹⁹ Westen: *The empty...*, str. 556.-558.

²⁰ Vidjeti Campbell, *op. cit.*, str. 31.-35.

pogledu“.²¹ Štoviše, ovo načelo se može proširiti i na pravilo da sve osobe treba sagledati jednako, u smislu da je svačije zadovoljstvo od iste moralne važnosti.

Pravi odnos između pravednosti i jednakosti i dalje na neki način ostaje nejasan. Argumenti koji podupiru njihovu istovjetnost čine se vrlo uvjerljivima. S druge strane, kada je lord Halifax smijenio s dužnosti skupinu daktilografa tijekom Drugog svjetskog rata – jer su iz skupine curile informacije, ali točan se izvor nije mogao otkriti – sve osobe je tretirao jednako, ali nepravedno.²² Namještenici ne bi bili jednako tretirani da je primijenjena preskriptivna jednakost. Naime, pravna pravila dopuštaju uklanjanje s dužnosti samo zbog određenih razloga, a samo je jedna od osoba u ovom primjeru imala razlog biti uklonjena, tj. samo su odgovorni pojedinci tretirani kako trebaju biti tretirani, odnosno kao preskriptivno jednaki. Očito je da ovaj rezultat, koji izravno proturječi aristotelovskoj pretpostavci („jednako je uvijek pravedno“ i obrnuto), proizlazi iz procjene jednakosti s deskriptivnog gledišta, dok se pravednost u materijalnom smislu sastoji od impliciranih moralnih normi.

2.2. Formalno načelo jednakosti i pretpostavka jednakosti

Općenito se smatra da se jednakost kao pravni pojam razlikuje od prava i sloboda. Prava su raznolika, složena, nekomparativne prirode, njihovo podrijetlo i opravdanost su u individualnoj, osobnoj dobrobiti; ona su individualistička. S druge strane, jednakost je singularna, jednostavna, komparativna, njen izvor i granice proizlaze iz postupanja s drugima; ona je društvena.²³ Formalno načelo jednakosti utjelovljeno je u sljedećem obliku „slične treba tretirati slično“ ili „jednake treba tretirati jednako“.²⁴ Ova činjenica omogućuje dodatni moralni razlog za udovoljavanje uspostavljenom standardu o tome kako s ljudima treba postupati.²⁵ Istodobno, njegova nužna posljedica („s nejednakima treba postupati nejednako“) ne poriče da nejednaki mogu empirijski biti tretirani jednako, ovisno na koji se način tumači pojam nejednakih. To bi bilo moguće kada bi spoznaje na temelju odgovarajućih karakteristika onih koje treba procijenjivati u smislu jednakosti bile nedovoljne (kao u slučaju izbora lorda Halifaxa da jednako postupi prema nejednakima). Valja imati na umu i sljedeće. Prvo, svaka klasifikacija osoba koje su jednake prema kriteriju određene norme stvara skupinu nužno nejednakih osoba u drugim aspektima koji su za primjenu te norme irelevantni. Drugo, stupanj posjedovanja željenih karakteristika varira među onima koji su „jednaki“. Obje ove činjenice, zapravo, znače da se u praksi nejednaki tretiraju jednako. Zanimljivo je

²¹ *Ibid.*, str. 33.

²² Greenawalt, Kent: *How Empty is the Idea of Equality*, u *Columbia Law Review*, 1983 (83), str. 1167.-1208., 1174.

²³ Westen: *The empty...*, str. 537.

²⁴ Vidjeti npr. Westen, *The Empty...; On Confusing...; To Lure...; Greenawalt, How Empty...; Burton, Steven: Comment on "Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules*, u *Yale Law Journal*, 1982 (91), str. 1136.-1152.

²⁵ “Ostvaruje izravni utjecaj na društvene odluke i pruža moralne razloga za dosljedno poštivanje standarda koji su postavljeni.” Greenawalt, *op. cit.*, str. 1178.

dotadno primijetiti kako nejednako postupanje s jednakima uobičajeno stvara više ljutnje u javnom mnijenju, nego jednako postupanje s nejednakima.²⁶

Opravdanost se formalnog načela jednakosti još od Aristotelova vremena smatra očiglednom²⁷ što dovodi do još jedne zanimljive ideje - pretpostavke jednakosti. Tvrdnja da svakoga treba tretirati jednako osim ako postoji dobar razlog da ga se drugačije tretira, nadaleko je poznata kao pretpostavka jednakosti. Aristotel je prvi dao naslutiti da društvene nejednakosti, a ne jednakosti, imaju potrebu biti opravdane, a da su nejednakosti za koje se ne može dati odgovarajući razlog, neopravdane.²⁸

Ova pretpostavka je inkorporirana u zakonodavne i upravne norme, što znači da država mora imati zakonit razlog da zadire među skupine, i nadalje, mora predočiti prihvatljiv razlog zašto bi se prema nekim skupinama trebalo odnositi drugačije (tj. gore). Kao što je već istaknuto, materijalne prosudbe trebaju biti usmjerene na odgovarajuća svojstva kako bi se odlučilo tko je jednak, a tko nije. Većina pravila protiv diskriminacije definirana su u tzv. negativnom obliku, u smislu da zahtijevaju „isključenje čimbenika iz razmatranja ... (onih) za koje se smatra da su irelevantni.“²⁹ Neke od karakteristika mogu biti zabranjene kao osnove razlikovanja budući da nemaju nužnu vezu s vrstom odluke koja se donosi. Za druge se smatra da su od veće vrijednosti i važnosti: smatraju se „vjerojatnim da utvrde iracionalne predrasude“ i na taj su način neprihvatljive, neovisno o čemu je riječ. Sve u svemu, materijalna pravila o jednakosti mogu spriječiti izvjesne oblike klasifikacije, ograničiti čimbenike koje treba uzeti u obzir i utjecati na stupnjevanje razloga za opravdanu klasifikaciju. Ona nameću značajna ograničenja nad samostalnim odlukama političke većine i njihovih predstavnika.

Ukratko, pravilo koje je zajedničko svim suvremenim državama je činjenica da su: „Sve osobe jednake pred zakonom.“ Moguća pravila koja proizlaze iz ovog temeljnog pravila uvelike se međusobno razlikuju. Ključno je pitanje jednakosti u pravnom smislu upravo ovo - kakvu preskriptivnu normu jednakosti treba usvojiti. Neki komentatori tvrde da je konzistentnost njeno osnovno značenje („zakon ne smije razlikovati među ljudima, osim u skladu sa zakonskom klasifikacijom“), dok ostali ukazuju na racionalnost („zakon ne smije razlikovati među ljudima na temelju proizvoljne klasifikacije“).³⁰ Prevođenje jednakosti od jednostavne apstrakcije do složenog društva kroz zakonodavni postupak i stvaranje preskriptivne jednakosti stoga nije pitanje „*Da li jednakost?*“, već „*Koja jednakost?*“³¹ Nakon

²⁶ *Ibid.*, str. 1175.

²⁷ „Ono što je nepravedno je nejednako, ono što je pravedno je jednako; što je i univerzalno prihvaćeno čak i bez argumenata.“ Aristotle: *Nicomachean ...*, kako je navedeno u Westen: *To Lure ...*, str. 1190.

²⁸ Kao što je navedeno u Westen: *The Empty...*, str. 570.

²⁹ *Ibid.*, str. 1179. Isti je slučaj i kod odredbe o jednakosti u Ustavu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 85/2010 (zadnji pročišćeni tekst), čl. 14 i 17 (2).

³⁰ Više o predmetu, domeni i vrijednost jednakosti, kao i o posljedično razvijenim konceptima jednakog tretmana i jednakih mogućnosti vidjeti u Barić, Sanja, *The Philosophical Concepts of Equality*, cit., str. 841.-869.

³¹ Rae, Douglas: *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1989., str. 19.

analize teorijskog okvira, nastavljamo s prikazom standarda razvijenih u više državnih nadležnosti i primijenjivih na ustavni koncept jednakosti u odnosu na manjinu koja je u pitanju.

3. FORMULE USTAVNOPRAVNOG NAČELA JEDNAKOSTI U PRAKSI VRHOVNOG SUDA SAD-A

Klauzula o jednakosti (*Equal Protection Clause*) 14. amandmana³² konstitucionalizira temeljno načelo jednakosti, ali se ono ne može izravno primjenjivati kao ustavna norma bez nekog posredničkog načela koje nameće ideje o materijalnoj jednakosti.³³ Ustavno pravo SAD-a već tradicionalno uzima kao svoju polaznu pretpostavku ideju da jednakost znači „jednakost tretmana“ tvrdeći da svi pojedinci trebaju biti tretirani jednako nasuprot diskriminatornim stavovima ili stereotipima o sposobnostima ili talentima skupina kojima pojedinci pripadaju.³⁴ Sastavni dio ove pretpostavke je fokusiranje na jednakost kao proces ili postupak nasuprot rezultatu ili stanju, tj. na jednakost mogućnosti umjesto jednakosti stanja. Prema tome, jednakost se može zanemariti kada vlada klasificira kako bi pravila razliku između osoba za koje se smatra da su prema odgovarajućim gledištima u sličnoj poziciji (*de jure* diskriminacija).³⁵

Prvi predmeti u kojima se Vrhovni sud bavio Amandmanom 14 su *Slaughter - House Cases*³⁶ i iako se bave s *Privileges and Immunities Clause*, predložili su dvojaki pristup četrnaestom amandmanu.³⁷ Ipak, prije 1938. i poznatog *U.S.*

³² “Paragraf 1. Sve osobe koje su rođene ili su stekle državljanstvo naturalizacijom u Sjedinjenim Državama, i pod nadležnosti istih, državljani su SAD-a i države u kojoj prebivaju. Niti jedna država neće stvoriti ili provesti bilo koji zakon koji bi oduzeo povlastice i imunitete državljanima Sjedinjenih Država; niti će bilo koja država lišiti bilo koju osobu života, slobode ili imovine bez pravnog postupka pred sudom; **niti će, u okviru svoje nadležnosti, bilo kojoj osobi uskratiti jednaku zaštitu iz zakona** (naglasile autorice).” Amandman 14 američkog Ustava.

³³ “Klauzula o jednakosti (*Equal Protection Clause*) stvara uvjet jednakog tretmana koji treba primjenjivati u postupku donošenja zakona - zakonodavstvo čiji je cilj da postavi granicu tako da se različiti ljudi tretiraju različito.” *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977), 779. Amandman 14 se ne primjenjuje na saveznu vladu. Međutim, radnje federalne vlade kojima klasificira pojedince na diskriminirajući način, pod sličnim će okolnostima kršiti pravični postupak iz petog amandmana, kao rezultat doktrine o inkorporaciji. Jednaka zaštita iz petog amandmana “je uvijek bila ista kao i jednaka zaštita iz četrnaestog amandmana.” *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 638 (1975).

³⁴ Vidjeti Sheppard, Colleen: *Equality in context: judicial approaches in Canada and the United States*, u *University of New Brunswick Law Journal*, 1990 (39), str. 111.-125., 113.

³⁵ Da bismo razumjeli razloge za takav razvoj važno je poštovati povijesni okvir unutar kojeg su ustavna jamstva jednakosti oblikovana. Teška i uvredljiva potčinjenost Afroamerikanaca, s uskratom građanskih i političkih prava čak i nakon ukidanja ropstva, poprimila je oblik nepovoljnog nejednakog postupanja što je razumljivo pobudilo snažnu sklonost prema jednakom postupanju. Na primjer *Sipuel v. Board of Regents*, 332 U.S. 631 (1948) (ukinuo je uskratu upisa u jedini državni pravni fakultet isključivo na temelju rase); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) (ukinuo je upis u državni pravni fakultet na rasnoj osnovi, gdje je alternativna mogućnost za crnce pružila slabije mogućnosti za studij prava).

³⁶ 83 U.S. 36 (1873) (podržava isključivu subvenciju statuta Louisiane za sudjelovanje u stočarskom poslovanju za jednu tvrtku).

³⁷ Stone, Geoffrey; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R.; Tushnet, Mark V.: *Constitutional law*, Aspen Publishers, Washington, 1996., str. 508.-509.; 795.-804. “Kada su u pitanju prava nedavno oslobođenih

v *Carolene Products Comp.* predmeta, u kojem je osnovni temelj za dvojaku kontrolu bio izražen u *obiter dicta* suca Stonea, sud je davao različite interpretacije u slučajevima koji uključuju pravni status rasnih manjina. Najprije je potvrdio odredbu o „odvojenim, ali jednakim pogodnostima za bijelu i obojenu rasu“ u *Plessy v. Ferguson* (1896).³⁸ Potvrdio je rasnu segregaciju putnika, odbacujući tvrdnju da su „crnci“ doslovno „obilježeni s oznakom manje vrijednosti“, tvrdeći da „ako je to istina to nije iz razloga koji se može pronaći u zakonu, nego samo zato što obojena rasa sama bira takvo tumačenje.“³⁹ Suprotno mišljenje suca Harlana utrlo je put razvoju razumijevanja: „Naš ustav je slijep za boje i niti poznaje, niti dopušta klase među građanima. Glede građanskih prava, svi su građani jednaki pred zakonom...“⁴⁰ Spoznaja da je vidljiva simetrija u tretiranju stvorila samo privid jednakosti konačno je unaprijeđena tek u 1954., u *Brown v. Board of Education*.⁴¹ Vrhovni sud je ukinuo rasnu segregaciju u državnim školama navodeći da su „odvojeni obrazovni sadržaji inherentno nejednaki.“⁴² Obrazložio je da crnci bolje uče kada su izloženi bijelcima i stoga imaju pravo sjediti za istim stolom pokraj bijelaca, da je za „odvojene“ sadržaje vjerojatno da će biti osjetno nejednaki i konačno, da „rasna segregacija prenosi snažnu društvenu stigmiju i održava stereotip rasne inferiornosti te okolnosti kojima se takvi stereotipi hrane.“⁴³ Isto tako, kod zakona o miješanju rasa u Virginiji, Sud je utvrdio da činjenica da su obje stranke takvog nezakonitog braka bile jednako kažnjene nije relevantna, jer je odredba da je samo bijelcima zabranjeno ženiti se izvan bijele rase „...mjera koja je osmišljena kako bi se zadržala bijela nadmoć.“⁴⁴

Kroz ove i slične predmete Vrhovni sud dao je smisao pojmu jednakosti. Usvojio je svojevrsni antidiskriminacijski standard kao posredničko načelo za tumačenje klauzule o jednakosti. U osnovi se sastoji od tri koraka: prvo, tu je opće pravilo da „slične slučajeve treba tretirati podjednako“; drugo, potvrdio je da državni zakon u pravilu mora napraviti klasifikaciju i razlikovanje među ljudima i treće, opravdanost usvojene klasifikacije ovisi o analizi „sredstava i ciljeva“ (tzv. „*means and ends analysis*“).

3.1. Standardno odvagivanje „sredstva i ciljeva“

„*Means and ends analysis*“ igra ključnu ulogu u sudbenom nadzoru jednake zaštite. Smatra se da u slučajevima primjene klauzule jednakosti sudovi moraju

robova, amandam se treba čitati *ekspanzivno* kako bi se osigurala sveobuhvatna federalna zaštita. No kada rasna diskriminacija nije u pitanju, zaštita federalnog građanstva je uža...” (naglasile autorice).

³⁸ 163 U.S. 537 (1896).

³⁹ *Ibid.*, 551.

⁴⁰ *Ibid.*, 559.

⁴¹ 347 U.S. 483 (1954). Vidjeti također Tribe, Laurence H.: *American Constitutional Law*, Mineola, New York, Foundation Press, 1988, str. 1475.-1480.

⁴² *Brown*, supra, 495.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Loving v. Virginia*, 338 U.S. 1 (1967), 11.

uzeti u obzir „opseg zahvaćenog pojedinačnog interesa, mjeru u kojoj je zahvaćen, racionalnost veze između zakonodavnih sredstava i svrhe, postojanje alternativnih sredstava za ostvarivanje svrhe te stupanj uvjerenja Suda da statut odražava zakonodavnu brigu za svrhu koja legitimno podupire odabrana sredstva.“⁴⁵ Iz toga proizlaze dvije razine sudske kontrole: „*minimalna racionalnost*“ i test „*stroge kontrole*“.

Svaka zakonodavna klasifikacija mora proći minimalni test racionalnosti. Proizvoljne klasifikacije su zabranjene i opstaju samo one koji su racionalno povezane s legitimnim ciljevima države. U svojoj tradicionalnoj formulaciji, test zahtijeva da osnova različitog tretiranja bude „u svezi s ciljem zakonodavstva“,⁴⁶ no dovoljno je utvrditi postojanje „uvjerljivog racionalnog odnosa“ između klasifikacije i krajnjeg zakonskog cilja.⁴⁷ U stvari, to predstavlja inačicu pretpostavke jednakosti jer je radi ustanovljavanja nevaljanosti teret dokazivanja stavljen pred izazivača. Zapravo, vrlo će malo klasifikacija biti bez nekog legitimnog razloga, pa je stoga ovaj test s pravom ocijenjen kao „minimalan u teoriji i praktički nikakav u stvarnosti.“⁴⁸

Godinu dana nakon što se Vrhovni sud odrekao svoje aktivne intervencije u društvenom i gospodarskom zakonodavstvu, sudac Stone, podržavajući takvo zakonodavstvo, iznio je primjedbu u napomeni br. 4 svog mišljenja,⁴⁹ koje je protumačeno kao ono što se danas naziva doktrina „stroge kontrole“.⁵⁰ Ako zakonodavstvo raspoređuje terete ili koristi na način koji nije u skladu s „temeljnim pravima“ ili čini razlike koje su „sumnjive“, bit će proglašeno neustavnim osim ako se radi o „nužnom sredstvu“ kojim se postiže „prevladavajući“ državni cilj. Teret dokazivanja je na vlasti. Naravno, Vrhovni sud je za potrebe primjene načela jednakosti morao, s jedne strane, definirati temeljna prava, a s druge strane, utvrditi mjerila za ocjenu jesu li određene klasifikacije sumnjive ili ne. U prvom aspektu radi se Dworkinovoj ideji „prava na jednaki tretman“, a u drugom o „pravu na tretiranje kao s jednakima“.

Što se tiče *temeljnih prava*, Vrhovni sud drži kako to nisu samo značajan ili važan pojedinačni interes, već prava koja su eksplicitno ili implicitno zaštićena

⁴⁵ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), podudara se s mišljenjem o pravednosti Stewarta, 395-396.

⁴⁶ *F.S. Royster Guano Comp. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), 415.

⁴⁷ Ross, June: *Levels of review in American equal protection and under the Charter*, u *Alberta Law Review*, 1986 (24/3), str. 441.-461., 442.-443.

⁴⁸ Vidjeti npr. *Lyng vs. Castillo*, 106 S. St. 272, (1986) (razlikovanje između bliskih srodnika koji žive zajedno i daljnjih srodnika ili skupine osoba koje nisu povezane u svrhu određivanja podobnosti za kupon za hranu. Kongres bi mogao razumno utvrditi da osobe u prvom slučaju imaju tendenciju zajedničke kupovine i pripreme obroka, dok osobe u drugom slučaju možda neće biti tome sklone).

⁴⁹ *U.S. v. Carolene Products Comp.*, 304 U.S. 144 (1938), sudac Stone, napomena 4.

⁵⁰ Ova kontrola je označena kao stroga u teoriji i kobna u praksi. Gold, Marc Emmett: *Equality before the law in the Supreme Court of Canada: a case study*, u *Osgoode Hall Law Journal*, 1980 (18/3), str. 336.-427., str. 379. Samo su u ratnim predmetima koji se odnose na dislokaciju japanskih manjina opstali propisi nakon podvrgavanja testu stroge kontrole, i to na temelju izvanrednog stanja. Najpoznatiji je *Korematsu v. SAD*, 323 U.S. 214 (1944).

Ustavom izvan klauzule o jednakosti.⁵¹ Što se tiče *sumnjivih klasifikacija*, Sud je razvio niz kriterija koji se bave utvrđivanjem je li pojedina skupina sumnjiva. To su, primjerice: namjerno nejednako postupanje s pripadnicim skupine tijekom povijesti; sadašnja politička nemoć skupine;⁵² nepromjenjivost značajki koje razlikuju skupine; postojanje stereotipnih grupnih značajki koje nisu povezane sa sposobnosti skupine da sudjeluje u društvu, što rezultira nametanjem jedinstvenih teškoća skupini.⁵³ Niti jedan čimbenik ne određuje na jasan i nesumnjiv način takve skupine, točnije, čini se da odluke počivaju na kumulaciji indicija u određenoj skupini. Naime, popis se ne čini sveobuhvatnim i slučajevi ne utvrđuju pojedinu važnost svakog kriterija. Nedvojbeno sumnjive skupine uključuju rasne manjine i manjine po podrijetlu,⁵⁴ gdje su praktički svi gore navedeni kriteriji prisutni. Međutim, klasifikacije na temelju spola, izvanbračnosti, dobi, invalidnosti, seksualne orijentacije itd. ne predstavljaju jasne slučajeve, što predstavlja izazov tradicionalnom razumijevanju klauzule o jednakosti. Slijedom toga, proizašao je srednji stupanj (stupnjevi) kontrole.

Nakon početnog uključivanja rodno utemeljene klasifikacije u sumnjivu kategoriju,⁵⁵ Vrhovni sud je taj zaključak promijenio 1976. Naime, u *Craig v. Boren*⁵⁶ bez spominjanja „sumnjivosti“ ili testa stroge kontrole, smatralo se da rodne klasifikacije moraju poslužiti „važnim državnim ciljevima“ i biti „u značajnoj mjeri povezane“ s njihovim ostvarenjem. Kao što je naveo sudac Powell „postojali su opravdani razlozi za nezadovoljstvo s ‘dvojakim‘ pristupom... i racionalno utemeljen standard ocjenjivanja... poprima oštriji fokus kada govorimo o rodno utemeljenoj klasifikaciji.“⁵⁷ Od tada je srednji test postao sastavni dio ustavnopravnog načela jednakosti.⁵⁸ Problematičnom ostaje činjenica da Vrhovni

⁵¹ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 36 L.Ed. 2d 16 (1973).

⁵² Oba kriterija u *Rodriguez*, supra, 40.

⁵³ Oba kriterija u *Frontiero v. Richardson*, 36 L.Ed. 2d 583 (1973), 592.-593.; također u *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 612 (1985), 620.-621.

⁵⁴ Za prikaz stanja i jednakosti za Indijance u SAD-u vidjeti Tribe, *op. cit.*, str. 1467.-1474.

⁵⁵ Vidjeti *Frontiero*, supra, rušenje zakonske odredbe koje je zahtijevala od supruga žena u vojnoj službi dokaz o stvarnoj materijalnoj ovisnosti, dok je za supruge vojnika jednostavna tvrdnja bila dovoljna za dobivanje vojne naknade kao uzdržavane osobe.

⁵⁶ 429 U.S. 190 (1976) (ukidanje zabrane o prodaji 3,2% piva muškarcima ispod 21 ili ženama ispod 18 godina).

⁵⁷ *Ibid.*, 210.-211.

⁵⁸ Potvrđeno u, primjerice, *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982); *US v. Virginia et al.* 518 U.S. 515 (1996). Tehnike srednje kontrole su sljedeće: prvo, pažnja je posvećena zakonu koji ograničava važne interese ili koji diskriminira na osnovi kategorija koje ukazuju na potrebu za većom pažnjom. Interes države mora biti važan. Drugo, sud zahtijeva užu vezu između upotrijebljenih sredstava i cilja nego što je to pod minimalnim nadzorom. Treće, srednji nadzor zahtijeva mijenjanje stajališta, što znači da bi Sud trebao gledati na zakonodavstvo sa stajališta same skupine u nepovoljnom položaju. Četvrto, sud odbija prihvatiti “zamisljivo” opravdanje, on zahtijeva da opravdanje mjere bude dokazano u samoj parnici. Peto, sud inzistira na tome da ponuđeno obrazloženje bude ono koje je motivirajući faktor u donošenju zakona - ne ono koje je konstruirano nakon te činjenice. I konačno, sud je bio sumnjičav prema neoborivim zakonskim presumpcijama; primijetio je da individualizirana odluka može biti neophodna kada je zakon podložan srednjoj kontroli. Vidjeti *Craig* i *Cleburne Living Center*, supra, kao i *Cleveland Board of Education v. Laflour*, 414 U.S. 632 (1974).

sud nikada nije pružio dosljedno objašnjenje karakteristika koje, bilo otvoreno ili prikriveno, zahtijevaju srednju kontrolu.⁵⁹ Neke od skupina kojima je osiguran veći stupanj kontrole pod načelom jednakosti su: stranci,⁶⁰ izvanbračna djeca (ponekad čak i sva djeca/mlade osobe),⁶¹ starije osobe,⁶² osobe s invaliditetom,⁶³ siromašni⁶⁴ i alternativno seksualno orijentirane osobe.⁶⁵

3.2. Sudska praksa relevantna za pravno uređenje istospolnih zajednica

Tradicionalno, pitanja koja se odnose na obiteljsko pravo ne potpadaju pod saveznu zakonodavnu nadležnost.⁶⁶ Priznavanje bilo koje vrste istospolnih zajednica ili izostanak priznavanja u pravilu ovisi o zakonodavcu savezne države o kojoj je riječ. Slijedom toga, istospolne su zajednice regulirane različito u različitim državama unutar SAD-a.⁶⁷ Međutim, ovaj rad ne namjerava prikazati sva prava koja su dana istospolnim zajednicama, već će prikazati najznačajnije pravorijeke vrhovnih sudova pojedinih država u vezi s pravnim pojmom jednakosti.

Glavni pravni argument protiv pravnog priznavanja istospolnih brakova u odnosu na moguće stavljanje seksualne orijentacije u okvir „sumnjive klasifikacije“ (diskriminacija na temelju spola) već je desetljećima sljedeći: zabrana istospolnih brakova je ustavna što se tiče moguće diskriminacije na temelju spola jer je brak povijesno definiran kao zajednica između jednog muškarca i jedne žene,

⁵⁹ Tribe, *op. cit.*, str. 1614.

⁶⁰ U zanimljivoj odluci *Plyler v. Doe* Vrhovni sud je, stavljajući u odnos “ne-sasvim-temeljno pravo” (pravo na obrazovanje) s “ne-sasvim-sumnjivom skupinom” (stranci), stvorio hibridni test jednake zaštite, tj. državni je zakon morao imati “značajni državni interes” (srednjeg stupnja) kako bi bio “racionalan” (razina bazirana na racionalnosti). 457 U.S. 202 (1982), 224.

⁶¹ Vidjeti *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968) (ukidanje odredbi o skrivenoj smrti koje isključuju izvanbračnu djecu od prava na naknadu zbog smrti roditelja); *Bellotti v. Baird*, U.S. 622 (1979); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); i obratno *Lalli v. Lalli*, 439 U.S. 259 (1978).

⁶² Za interdisciplinarni i usporedni pregled o predrasudama protiv starijih osoba vidjeti Back, Trevor: *Ageism and Legal Control*, u: Equality, Selected Readings - ed. By L. P. Pojman and R. Westmoreland. Oxford University Press, 1997., str. 240.-258.

⁶³ Vidjeti Tribe, *op. cit.*, str. 1597.-1601.

⁶⁴ Temeljita analiza slučajeva “koji uključuju siromaštvo”, kao i suvremene tendencije vidjeti u Tribe, *op. cit.*, str 1625.-1672.

⁶⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), iako se radilo o temeljnom pravu homoseksualnih i biseksualnih osoba da sudjeluju u političkom procesu, moglo se naslutiti da su se smatrali sumnjivom klasom koja pokreće test stroge kontrole.

⁶⁶ *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972) (zakon Minnesote je ograničio brak na parove različitog spola). Za raspravu o tome vidjeti također Montali, Morris, *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, u Quaderni costituzionali, XXIV n.1/2004, str. 35-63.

⁶⁷ Šest država u SAD-u izričito priznaje istospolne brakove (Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, New York, Vermont, te Washington, D.C. i Coquille Oregon, kao i Washingtonska država Suquamish Indian tribes). Drugih dvanaest (California, Colorado, Hawaii, Maine, Maryland, Nevada, New Jersey, Oregon, Rhode Island, Wisconsin, Illinois i Washington), oblikovali su pravne zajednice za parove istospolne seksualne orijentacije koje pružaju različite podskupine prava i odgovornosti iz braka temeljem zakona. S druge strane, 29 država ima ustavne odredbe koje ograničavaju brak na jednog muškarca i jednu ženu, a 12 drugih imaju zakone u istom smislu.

pa su prema tome parovi istospolne seksualne orijentacije inherentno nepodobni sklopiti brak.⁶⁸ Istospolni parovi nisu jednaki u usporedbi s parovima različitog spola. Osim toga, svima je kao pojedincima, uključujući i homoseksualne osobe, dopušteno sklopiti brak s osobom različitog spola. Ovu je tvrdnju 1993. po prvi put jedan državni sud doveo u pitanje. Tada je naime Havajski Vrhovni sud⁶⁹ konstatirao da zakon koji onemogućava brak parovima istospolne seksualne orijentacije krši ustavnu odredbu o jednakosti, osim ako država može dokazati da postoje „uvjerljivi državni interesi koji opravdavaju zakon“ i osim ako je sam zakon „usko prilagođen“. Doduše, konačnu riječ dalo je biračko tijelo koje je 1998. na referendumu usvojilo ustavni amandman ograničavajući brak na parove različitog spola. Slično tome, 1998. Vrhovni je sud u Aljasci utvrdio da je zabrana istospolnih brakova nedopustiva zbog povrede „temelnog prava na privatnost“ (izrijekom osigurana Ustavom Aljaske) i povrede „klauzule o jednakosti“.⁷⁰ Primijenio je „pojačani test kontrole“, tj. srednji test. Devet mjeseci kasnije također je usvojen ustavni amandman sličnog sadržaja kao i na Havajima. Godinu dana kasnije, 1999., Vrhovni je sud Vermonta utvrdio neustavnost isključivanja istospolnih parova iz brojnih pogodnosti koje imaju parovi različitog spola.⁷¹ Svoju je odluku temeljio na odredbi o zajedničkim pogodnostima (*Common Benefits Clause*), budući da nije razmatrano jesu li parovi istospolne seksualne orijentacije s pravom izuzeti od sklapanja braka, već može li ih država isključiti iz svih pogodnosti i zaštite koje pruža parovima različitog spola. Stoga je zaključeno da parovima istospolne seksualne orijentacije treba omogućiti ista zakonska prava koja imaju osobe u braku. Nakon ove odluke, 2000. zakonodavac Vermonta je odlučio stvoriti poseban *ad hoc* institut „istospolne zajednice“ koji, bez obzira na ime, parovima daje potpuno ista prava kao i brak.⁷² Uputa vezana za ovaj akt sadrži sljedeće obrazloženje: „(...) Davanjem pogodnosti i zaštite parovima istospolne seksualne orijentacije kroz ustroj istospolnih zajednica omogućit će se poštivanje tradicije i dugogodišnje društvene institucije, te će se dozvoliti prilagodba kako se budu javljale neočekivane posljedice eventualno kasnije utvrđenih nezadovoljenih potreba. (...) Proširenje pogodnosti i zaštita iz braka na parove istospolne seksualne orijentacije kroz ustroj istospolnih zajednica održava temeljno pravo svake vjerske zajednice u Vermontu da slobodno i bez uplitanja države odluči o

⁶⁸ Npr., *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1187 (Wash. App. 1974).

⁶⁹ *Baheer v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁷⁰ *Brause v. Boureau of Vital Statistics*, Case No. 3AN-95-6552 CI (1998) (Alaska Super.).

⁷¹ *Baker v. State*, 170 Vt. 194; 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

⁷² *Act Relating to Civil Unions n.91/2000*: “(a) Stranke u civilnoj zajednici imat će iste pogodnosti, zaštite i dužnosti na temelju zakona, bilo da one proizlaze iz zakona, upravne ili sudske norme, politike običajnog prava ili bilo kojeg drugog izvora građanskog prava, koje se priznaju supružnicima u braku. (b) stranke u civilnoj zajednici bit će uključene u bilo koju definiciju ili korištenje pojmova “bračni drug”, “obitelj”, “uža obitelj”, “uzdržavana osoba”, “najbliža rodbina”, i ostale pojmove koji označavaju supružnički odnos kao što su pojmovi koji se koriste u cijelom zakonu. (c) Stranke u civilnoj zajednici moraju biti odgovorne za potporu jedni drugima u istoj mjeri i na isti način koji su propisani zakonom za osobe u braku. (d) Zakon o obiteljskim odnosima, uključujući odredbe o poništenju, rastavi i razvodu, skrbništvu nad djecom te imovinu, diobu i održavanje, primjenjuje se i na stranke u civilnoj zajednici. (...)“, <http://www.leg.state.vt.us/docs/2000/acts/act091.htm>, § 1204 (30. rujna 2011.)

tome kome će priznati religijski značaj, sakrament ili blagoslov braka sukladno pravilima, praksama ili običajima takve vjere.⁷³ Neki su komentatori u to vrijeme upozoravali da stvaranje novih instituta koji, premda različitih samo u formalnom nazivu, još uvijek predstavljaju suvremenu verziju doktrine iz 19. stoljeća „odvojeni, ali jednaki“ (*separate but equal doctrine*). Konačno, 2009. Vermont je novim zakonodavstvom izrijeком legalizirao istospolne brakove.

Razmotrimo daljnje slučajeve. Jedna od zanimljivijih odluka je svakako odluka Vrhovnog suda Massachusettsa iz 2003.⁷⁴ Naime, zanimljivo je da je njome zabrana istospolnih brakova oborena primjenom jednostavnog, minimalalnog testa. Većina je smatrala da državni ustav „potvrđuje dostojanstvo i jednakost svih pojedinaca.“ Budući da „zabranjuje stvaranje građana drugog reda“, država nije imala „ustavnopravno dovoljni razlog za uskraćivanje braka parovima istospolne seksualne orijentacije.“ Nadalje se ističe da „pravo na sklapanje braka nije privilegij koji dodjeljuje država, već temeljno pravo koje je zaštićeno od neopravdanog uplitanja države.“ Izričito se navodi da država nema „racionalnu osnovu“ za uskraćivanje sklapanja braka parovima istospolne seksualne orijentacije na temelju načela pravičnog postupka i jednakosti. Štoviše, Vrhovni sud je priopćio zakonodavcu da „istospolne zajednice“ neće biti dovoljne kako bi se zadovoljila sudska odluka. Četvero sudaca koji su činili većinu u odluci napisali su da: „različitost između pojmova ‘građanski brak’ i ‘istospolna zajednica’ nije bezopasna; radi se o izboru jezika koji dokazivo ukazuje na rangiranje istospolnih, uglavnom homoseksualnih parova u položaj drugog reda.“⁷⁵

Vrhovni sud Connecticuta je 2008. utvrdio da priznavanje instituta istospolnih zajednica istospolnim partnerima u odnosu na institut braka predstavlja povredu odredbe o jednakosti, no svoju je odluku bazirao na testu povećane kontrole. Budući da „seksualna orijentacija predstavlja kvazi-sumnjivu klasifikaciju za potrebe ustavne odredbe o jednakoj zaštiti i stoga su zakoni koji diskriminiraju homoseksualne osobe podložni povećanom ili srednjem sudskom nadzoru“, sud je zaključio da „država nije uspjela pružiti dovoljno opravdanja za isključivanje parova istospolne seksualne orijentacije iz institucije braka.“⁷⁶ Srednju je kontrolu također primjenjivao Vrhovni sud Iowe tijekom 2009.⁷⁷ Sud je naveo da „klauzula o jednakosti Ustava Iowe zahtijeva više od jednake primjene zakona. Zakon sam po sebi mora biti jednak.“ Nadalje zahtijeva „da zakoni tretiraju jednako sve one koji su u sličnoj poziciji u odnosu na svrhu zakona“, te zaključuje da su homoseksualne osobe u sličnoj poziciji kao i heteroseksualne osobe u odnosu na zakone o braku Iowe. Nakon što je, prema srednjoj kontroli, ispitao državne ciljeve

⁷³ *Ibid.*, bilješka 10 and 11.

⁷⁴ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). To je bila prva država koja je omogućila istospolni brak 2004.

⁷⁵ “Bez racionalnog razloga zakoni o braku Commonwealtha diskriminiraju definiranu klasu; nikakvo igranje jezikom neće iskorijeniti tu ljagu.” *New York Times*: Terence Neilan, “Gays Have Full Marriage Rights, Massachusetts Court Says,” 4. veljače 2004.

⁷⁶ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407.

⁷⁷ *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009).

(održavanje tradicionalnog braka, poticanje optimalnog okruženja za podizanje djece, poticanje razmnožavanja, poticanje stabilnosti u vezama suprotnog spola i očuvanje resursa), sud je zaključio da „isključivanje homoseksualnih osoba iz institucije građanskog braka ne unaprijeđuje bitno nijedan važan državni cilj. Zakonodavstvo je isključilo povijesno marginaliziranu skupinu osoba iz iznimno važnog građanskog instituta bez dovoljnog ustavnopravnog opravdanja.“

Prvi državni sud koji je primijenio test „stroge kontrole“ na pitanje istospolnih zajednica bio je Vrhovni sud Kalifornije i to 2008.⁷⁸ Većina sudaca je smatrala oboje: i da je pravo na brak temeljno pravo, i da je svaki zakon koji diskriminira temeljem seksualne orijentacije ustavnopravno sumnjiv.⁷⁹ Krajem godine na referendumu je usvojen ustavni amandman, poznat kao *Proposition 8*, kojim je izmijenjena odluka Vrhovnog suda Kalifornije.⁸⁰ Naime, *Proposition 8* definira brak na ustavnopravnoj razini kao zajednicu muškarca i žene. Sukladno takvom, novoizglasanom ustavnom tekstu, Sud je 2009.⁸¹ preinačio svoju odluku iz 2008., smatrajući kako parovi istospolne seksualne orijentacije imaju sva prava kao i heteroseksualni parovi, osim prava na ime zajednice „brak“.⁸² Brakovi koji su već bili sklopljeni, kao i mogućnost osnivanja izvanbračne istospolne zajednice, ostali su nepromijenjeni ovom odlukom. Štoviše, seksualna orijentacija i dalje ostaje privatna osobina koja zahtijeva test stroge kontrole.

Pitanje sukladnosti *Proposition 8* sa saveznim Ustavom moglo bi, čini se, stići i do Vrhovnog suda SAD-a. Bio bi to presedanski slučaj o ustavnopravnom načelu jednakosti koji se bavi pravnim uređenjem istospolnih zajednica na saveznoj razini. Naime, navedene odredbe već su osporene pred Okružnim sudom SAD-a za Sjeverni okrug Kalifornije (*U.S. District Court for the Northern District of California*) te su 2010. proglašene u suprotnosti s klauzulom pravičnog postupka i klauzulom o jednakosti 14. amandmana saveznog Ustava.⁸³ Okružni

⁷⁸ *In re Marriage Cases* (2008) 43 Cal.4th 757 [76 Cal.Rptr.3d 683, 183 P.3d 384].

⁷⁹ *Ibid.*, str 10 i 63. “Stroga kontrola (...) je ovdje primjenjiva jer se (1) zakoni o kojima je riječ moraju pravilno razumjeti kao klasificiranje ili diskriminacija na temelju seksualne orijentacije, karakteristika koje, zaključujemo, predstavlja - poput spola, rase i religije - ustavnopravno sumnjivu osnovu kojoj se nameće nejednaki tretman, i (2) nejednaki tretman o kojem je riječ se sudara s temeljnim interesom parova istospolne seksualne orijentacije da im obiteljski odnosi uživaju jednako poštovanje i dostojanstvo koje uživaju parovi suprotnog spola. (...) “Pravo na sklapanje braka nije ispravno doživljavati samo kao korist ili privilegiju, koju vlada može uspostaviti ili ukinuti kako smatra prikladnim, nego to pravo tvori *osnovno građansko i ljudsko pravo svih ljudi.*” (naglasile autorice)

⁸⁰ Pravo na sklapanje braka u Kaliforniji bilo je omogućeno parovima istospolne seksualne orijentacije u razdoblju od pet mjeseci, između 16. lipnja i 4. studenoga 2008., tijekom kojeg je više od 18.000 parova sklopilo brak. Dodatne pojedinosti vidjeti u Raffiotta, Edoardo Carlo, *Il caso californiano sul divieto di same sex marriage: al popolo “l’ultima parola”*, QUADERNI COSTITUZIONALI, 2009, br.3, str. 702. - 706

⁸¹ *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009).

⁸² *Ibid.*: “*Proposition 8* ne ukida ni jedno od ovih državnih ustavnih prava, već želi izboriti malu iznimku koja se primjenjuje samo kako bi se spriječio pristup imenu ‘brak’, ali ne i bilo kojoj drugoj ‘temeljnoj skupini osnovnih materijalnih zakonskih prava i obilježja tradicionalno povezanih s brakom.’”

⁸³ *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010), str. 137: „*Proposition 8* ne promiče niti jednu racionalnu osnovu uslijed koje homoseksualnim osobama valja uskratiti dozvolu za brak. Budući da Kalifornija ne smije diskriminirati homoseksualne osobe, a *Proposition 8* spriječava Kaliforniju

sud SAD-a je utvrdio da krši temeljno pravo na brak prema *Loving v. Virginia* i nezakonito diskriminira na temelju seksualne orijentacije. Zanimljivo je da je, po mišljenju Okružnog suda, usvajanje *Proposition 8* bilo motivirano isključivo diskriminatornom namjerom prema parovima istospolne seksualne orijentacije, pa stoga taj sud koristi minimalni test racionalnosti smatrajući kako ga ova odredba ne može zadovoljiti. Žalba pred saveznim Prizivnim sudom za deveto područje (*US Ninth Circuit Court of Appeals*) dovela je do odluke 7. veljače 2012. o neustavnosti *Proposition 8*. Predlagatelj *Proposition 8* su 31. srpnja 2012. godine pokrenuli postupak pred Vrhovnim sudom SAD-a.⁸⁴

Kako smo ranije napomenuli, većina je država, uključujući i one koji imaju neke alternativne institute i priznaju određana prava istospolnim partnerima, ograničila brak na zajednicu jednog muškarca i jedne žene, bilo zakonom koji definira brak kao takav, bilo relevantnim ustavnim odredbama ili amandmanima. Daljnji akutni problem vezan za Sjedinjene Države je problem priznavanja istospolnih zajednica između pojedinih država.⁸⁵ Savezni odgovor na ovo pitanje sadržan je u *Zakonu o zaštiti braka* iz 1996. godine (*Defence of Marriage Act*, poznat kao: „*DOMA*“).⁸⁶ Njime savezna vlada definira brak kao pravnu zajednicu između jednog muškarca i jedne žene. Prema ovom zakonu od država (ili drugih političkih podjedinica unutar Sjedinjenih Država) ne može se tražiti da priznaju kao „brak“ istospolnu zajednicu koja se u drugoj državi smatra brakom. Drugo poglavlje *DOMA* izričito se bavi ustavnim zahtjevom izraženim u Odredbi o punom povjerenju i priznanju (*Full Faith and Credit Clause*) iz članka 4. stavka 1. Ustava SAD-a. Ta klauzula određuje da države imaju određene uzajamne obveze jedne prema drugima, posebno da međusobno priznaju „javne zakone, zapisnike i sudske postupke“, dajući u isto vrijeme Kongresu ovlasti da donosi zakone po pitanju tih obveza. Drugo poglavlje *DOMA* isključuje istospolne brakove iz državnih „zakona“ koje svaka druga država treba priznati. Treće pak poglavlje sprječava saveznu vladu da prizna valjanost istospolnih brakova, no ono je do sada utvrđeno neustavnim u dva sudska predmeta u Massachusettsu,⁸⁷ u kalifornijskom stečajnom sudskom postupku,⁸⁸ a neustavnim ga smatra i Obamina

da ispunjava svoju ustavnu obvezu da omogući brakove na ravnopravnoj osnovi, Sud zaključuje da je *Proposition 8* neustavan.”

⁸⁴ Do dana predaje ovog rada, odluka Vrhovnog suda nije donesena. <http://www.ca9.uscourts.gov/dataset/general/2012/02/07/1016696com.pdf> (15. studeni 2012.)

⁸⁵ Npr., New Mexico i Maryland priznaju istospolne brakove iz drugih nadležnosti, u isto vrijeme ne dopuštajući da takav brak bude sklopljen u njihovoj nadležnosti. Ostale države priznaju takav brak kao nebračni odnos, kao što je istospolna zajednica ili domaće partnerstvo (California, Hawaii, Illinois, Nevada i New Jersey). Neke države priznaju istospolne zajednice koje predstavljaju istospolne veze, smatrajući ih istovjetnim braku. Druge države (uključujući i Nevadu) imaju izvanbračne zajednice koje istospolnim zajednicama priznaju neke od pogodnosti koje država daje bračnim parovima.

⁸⁶ Pub.L. 104-199, 110 Stat. 2419, potpisao ga je predsjednik Bill Clinton 21. rujna 1996.

⁸⁷ *Commonwealth of Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services* 698 F.Supp.2d 234 (D.Mass. 2010) i *Gill et al. v. Office of Personnel Management* 699 F.Supp.2d 374 (D.Mass., 2010).

⁸⁸ *In re Balas and Morales*, 2:11-bk-17831 TD, presuda od 15. lipnja 2011, <http://www.metnews.com/articles/2011/bala061511.htm> (2. studenog 2011.)

administracija.⁸⁹ Naime, 23. veljače 2011. predsjednik Obama je konstatirao kako je potreban „pojačani standard kontrole” za klasifikaciju na temelju seksualnosti, a shodno tome i da je treće poglavlje *DOMA* neustavno.⁹⁰ Ministarstvo pravosuđa se 1. srpnja 2011. u Kaliforniji prvi put umiješalo u parnicu u korist tužitelja tražeći da Sud proglasi treće poglavlje *DOMA* neustavnim, tvrdeći da zakoni koji koriste seksualnu orijentaciju kao klasifikaciju moraju biti podvrgnuti testu stroge kontrole.⁹¹ Odluke suda su trenutno u žalbenom postupku i čekaju odluku Vrhovnog suda SAD.

Zaključno, potrebno je ponovno naglasiti da, iako nijedan od američkih ustava (ni državni, ni savezni) ne spominje nikakvu posebnu osobnu karakteristiku kao zabranjeni temelj razlikovanja, u sudskom se tumačenju ustavnog načela jednakosti pojavila iznimno razrađena zaštita koja se i dalje razvija. Nadalje, pokazalo se da je nekoliko državnih jurisdikcija proširilo zaštitu u vidu „jednagog postupanja“ prema određenoj skupini građana (homoseksualnih osoba). Ipak, čini se da rezultati sudskog odvagivanja nisu ovisili o testu ili stupnju kontrole koju je određeni sud izabrao koristiti, već o spremnosti sudaca da omogućе prava u skladu s povijesnim tumačenjem ili tradicijom građanskih prava pojedine države, a s obzirom na prevladavajuće javno mišljenje. Također je potrebno imati na umu da manje od polovice država ima neki oblik pravnog priznavanja istospolnih zajednica. Na saveznom je sudovima, na posljétku na samom Vrhovnom sudu SAD-a, da odredi pravo značenje savezne klauzule o jednakosti u ovoj materiji.

4. JUŽNOAFRIČKI PRISTUP JEDNAKOSTI: OBVEZA UKLJUČIVANJA OSOBA ISTOSPOLNE SEKSUALNE ORIJENTACIJE U ZAKONSKU DEFINICIJU BRAKA

Donošenje Ustava 1996. godine, koji je stupio na snagu 4. veljače 1997., glavna je prekretnica u povijesti te zemlje.⁹² Društvena i ustavna povijest Južnoafričke republike vrlo je složena i uveliko se razlikuje od prakse Starog kontinenta čime je njena usporedivost ograničene vrijednosti. Unatoč tome, odlučili smo prikazati

⁸⁹ Godine 2003. Kongresu je podniet prijedlog zakona o izmjenama saveznog Zakonika o sudovima u namjeri da se ukine nadležnosti saveznih sudova (pravo saslušanja, vođenja rasprava i odlučivanja) o pitanjima koja se odnose na tumačenje *DOMA*. Taj tzv. *Zakon o zaštiti braka (The Marriage Protection Bill)* nikada nije stupio na snagu.

⁹⁰ “Nakon pomnog razmatranja, uključujući i razmatranje mojih preporuka, predsjednik je zaključio da temeljem brojnih čimbenika, uključujući i dokumentiranu povijest diskriminacije, klasifikacije na temelju seksualne orijentacije trebaju biti predmetom pojačanog standarda kontrole. Predsjednik je također zaključio da Poglavlje 3 *DOMA*, kako je primijenjen na zakonito oženjene parove istospolne seksualne orijentacije, ne ispunjava taj standard te je stoga neustavan. S obzirom na takav zaključak, predsjednik je uputio Ministarstvo da ne brani statut u takvim slučajevima”. Ambinder, Mark, *Obama Won't Go to Court Over Defense of Marriage Act*, u: National Journal. 23. veljače 2011.

⁹¹ Chris Geidner, “*DOJ: Court Should Not Dismiss Karen Golinski's Health Benefits Claim, Should Instead Find DOMA Unconstitutional*” 1. srpnja 2011, <http://tinyurl.com/5w53oqz>. (3. studenog 2011.)

⁹² Nazvan je “rodni list” nove Južnoafričke Republike - država koja se uveliko razlikuje od one koja je postojala prije. Za više informacija vidjeti, primjerice, The history of the Constitution,

<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm> # 1996. (15. studenog 2011.)

povijesnu odluku Ustavnog suda JAR-a o pitanju koje razmatramo u ovom radu kako bismo pokazali na koji je način ranije snažno podijeljeno društvo izabralo slijediti pravni put istinskog priznavanja ljudske raznolikosti i dostojanstva u duhu Opće deklaracije o ljudskim pravima UN-a iz 1948.

The Fourie-Equality Project presuda⁹³ iz 2005. godine odluka je koja kombinira dva izvorno različita i odvojeno saslušana i raspravljena slučaja.⁹⁴ Ti su slučajevi potaknuli pitanje je li činjenica da ne postoji odredba primjenjiva na podnositelje zahtjeva, te sve one koji su u sličnoj situaciji, a koja bi im omogućila da sklope brak, znači uskratno jednake pravne zaštite i nepravednu diskriminaciju zbog njihove seksualne orijentacije, protivno odredbama Ustava kojima se jamči pravo na jednakost i pravo na dostojanstvo.⁹⁵ Sud je utvrdio da je zakon u suprotnosti s obje ustavne klauzule jer „postoji neophodna ustavna potreba za priznanjem duge povijesti marginalizacije i progona gejeva i lezbijki u zemlji i inozemstvu, premda je učinjena nekolicina proboja u određenim područjima... Ispit tolerantnosti ne leži u pronalaženju prostora za ljude i prakse s kojima se osjećamo ugodno, već kako se prilagođavamo ekspresiji onoga što je nelagodno.“ Također je istaknuo da „isključivanje parova istospolne seksualne orijentacije iz pogodnosti i obveza iz braka nije bila mala i tangencijalna neprilika proizašla iz nekolicine ostataka društvenih predrasuda predodređenih da ispare poput jutarnje rose.“⁹⁶ Sud je dao zakonodavcu jednu godinu za prilagođavanje situaciji.

⁹³ *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs* (CCT 10/05) [2005] ZACC 20; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005). Ovoj presudi je prethodilo šest drugih presuda (od 1998. do 2003.) vezanih uz, primjerice, uzajamnu obvezu podrške između partnera istospolne seksualne orijentacije, zatim naknadu za zdravstveno osiguranje, imigracijske pomoći za strane partnere južnoafričkih državljana, socijalne naknade i mirovine, dozvola homoseksualnim parovima da zajedno usvajaju djecu, itd.

⁹⁴ U slučaju *Fourie* podnositelj je ustvrdio da isključenje proizlazi iz definicije običajnog prava koja navodi da je brak u JAR-u zajednica jednog čovjeka i jedne žene, uz isključenje, dok ona traje, svih ostalih. U drugom slučaju, (*Equality Project case*) *Gay and Lesbian Equality Project* osporava odjeljak 30. (1) Zakona o braku, koji propisuje da službene osobe moraju postaviti svakoj od stranaka sljedeće pitanje: “Da li AB ... pozivaš sve ovdje prisutne kao svjedoke da uzimaš CD kao zakonitu ženu (ili muža)?” Referenca na ženu (ili muža), naveli su, neustavno isključuje parove istospolne seksualne orijentacije.

⁹⁵ Ustav JAR-a iz 1996.: (sa 16 izmjena i dopuna, zadnja u 2009.), odjeljak 9. i 10.: “**9 Jednakost:** (1) Svi su jednaki pred zakonom i imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu i korist od prava. (2) Jednakost uključuje puno i ravnopravno uživanje svih prava i sloboda. Za promicanje postizanja jednakosti, mogu se poduzeti zakonodavne i druge mjere za zaštitu ili unaprijeđenje osoba, ili kategorija osoba, koje su u nepovoljnom položaju zbog diskriminacije. (3) Država ne smije neopravdano diskriminirati izravno ili neizravno prema bilo kome na jednoj ili više osnova, uključujući rasu, rod, spol, trudnoću, bračni status, etničko ili socijalno podrijetlo, boju kože, seksualnu orijentaciju, dob, invaliditet, vjeru, savjesti, uvjerenja, kulture, jezika i rođenja. (4) Ni jedna osoba ne smije nepravedno diskriminirati izravno ili neizravno bilo koga temeljem jedne ili više osnova u smislu stavka (3). Nacionalno zakonodavstvo mora sadržavati odredbe u svrhu spriječavanja ili zabranjivanja diskriminacije. (5) Diskriminacija temeljem jedne ili više osnova navedenih u stavku (3) je neopravedna, osim ako se ne dokaže da je opravdana. **10 Ljudsko dostojanstvo:** Svatko ima prirodno dostojanstvo i pravo da se njegovo dostojanstvo poštuje i štiti.” <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-09.pdf>. (16. studenog 2011.)

⁹⁶ *Lesbian and Gay...*, cit., stavka 71 i dalje: “[Takav zakon] Predstavljao je oštru i iskrivljenu tvrdnju da su parovi istospolne seksualne orijentacije autsajderi i da je potreba za njihovom afirmacijom i zaštitom njihovih intimnih odnosa kao ljudskih bića nekako manja nego kod heteroseksualnih parova. To znači da je njihova sposobnost za ljubav, predanost i prihvaćanje odgovornosti po svojoj definiciji manje vrijedna

Naloženo je da, bez obzira koji će se zakonodavni pravni lijek izabrati, on mora biti velikodušan i s prihvaćanjem parova istospolne seksualne orijentacije kao što je prema heteroseksualnim parovima, kako glede nematerijalne, tako i materijalne imovine. „U kontekstu strukture diskriminacije iz duboke prošlosti i homofobije koja traje, mora se pokazati primjerena osjećajnost imajući u vidu pravni lijek koji istinski i jasno poštuje dostojanstvo parova istospolne seksualne orijentacije.“⁹⁷ Sud je također jasno dao do znanja da u slučaju neuspjeha zakonodavstva da popravi situaciju, postojeći zakon treba tumačiti na način da uključuje partnere istospolne seksualne orijentacije.⁹⁸ Uputa suda rezultirala je usvajanjem Zakona o civilnim zajednicama iz 2006., koji se primjenjuje kako na heteroseksualne, tako i na istospolne zajednice. Njime je omogućeno sklapanje istospolnih brakova i izvanbračnih zajednica, baš kao i u slučaju parova suprotnog spola.

Analizirana se presuda snažno oslanja na ustavnu etiku, no što je još važnije, jasno ističe kako iza ustavnih normativnih paradigmi često postoji rizik od pogreške ili iluzije. Drugim riječima, takve paradigme nisu otporne na lažne spoznaje o ljudskom svijetu i društvenim „uobičajenostima“. Prevedene u pravne norme takve paradigme dovode do činjeničnog, ali neopravdanog isključivanja manjinskih skupina iz dominantnog društvenog života.

5. KLAUZULA JEDNAKOSTI EUROPSKE KONVENCIJE I ISTOSPOLNE ZAJEDNICE

Iako članak 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP) ne spominje izričito „seksualnu orijentaciju“ kao zaštićenu osnovu, Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) je u nizu slučajeva izričito naveo da je ona uključena među „ostale“ osnove zaštićene člankom 14.⁹⁹ Princip mjerenja utvrđen u praksi ESLJP podrazumijeva primjenu članka 14. samo u slučajevima postojanja različitog tretiranja osoba u relativno sličnim situacijama. Takva razlika u postupanju je diskriminirajuća ako nema objektivno i razumno opravdanje; drugim riječima, ako ne teži legitimnom cilju i ako ne

nego u odnosu na heteroseksualne parove. Parovima istospolne seksualne orijentacije je nematerijalna šteta jednako teška kao i materijalna prikraćenost. Oni nemaju pravo slaviti svoju predanost jedni drugima u veseloj javnoj manifestaciji priznatoj zakonom. Oni su dužni živjeti u državi zakonskih praznina u kojoj njihove zajednice ostaju neobilježene darivanjem darova i obilježavanju obljetnica koje se slave u našoj kulturi.”

⁹⁷ Iz *Media Summary on the Equality Project judgment*, str 2.: “Treba imati na umu da nisu samo sudovi odgovorni da štite prava sadržana u *Bill of Rights*. Zakonodavstvo je prvo u tom pogledu. Jedan od njegovih glavnih funkcija je osigurati da vrijednosti Ustava kako su navedena u preambuli i odjeljku 1. prožimaju svako područje prava.” www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4140.doc. (10. studenog 2011.)

⁹⁸ *Lesbian and Gay...*, cit., stavak 157 i dalje.

⁹⁹ Primjerice, *S.L. v. Austria*, 09/01/2003, zahtjev br. 45330/99. Nacionalno zakonodavstvo je kriminaliziralo konsenzualne seksualne odnose između muškaraca, ako je jedan od njih maloljetan. Nasuprot tome, ženama je bilo dopušteno da se upuste u seksualni čin (bilo lezbijске ili heteroseksualne prirode) u dobi od četrnaest. ESLJP je utvrdio da to predstavlja diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije.

postoji razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. Države ugovornice uživaju slobodu procjene u ocjenjivanju da li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju razliku u tretiranju. ESLJP je naročito bio zainteresiran da osigura zaštitu pojedinaca tamo gdje se uplitanje države odnosi na pitanja koja dodiruju ključne elemente ljudskog dostojanstva, poput nečijeg seksualnog života ili obiteljskog života. Tako je ESLJP u *Karner v. Austria*¹⁰⁰ utvrdio da, iako zaštita tradicionalne obitelji može predstavljati legitimni cilj, „sloboda procjene... je uska... tamo gdje postoji razlika u tretiranju na temelju spola ili seksualne orijentacije“. ESLJP je nadalje naveo da „načelo razmjernosti ne zahtijeva samo da je izabrana mjera u načelu prikladna za ostvarivanje cilja. Mora se dokazati da je ona nužna kako bi se postigao cilj za isključenje određene kategorije osoba - u ovom slučaju osoba koje žive u homoseksualnoj zajednici - iz područja primjene austrijskog Zakona o najmu“. ESLJP je utvrdio diskriminaciju budući da je država mogla upotrijebiti mjere za zaštitu tradicionalne obitelji, bez stavljanja homoseksualnih parova u tako nepovoljan položaj.

Osim toga, ESLJP također pruža zaštitu protiv uplitanja vlasti koja se odnose na seksualnu orijentaciju *per se* na temelju članka 8. EKLJP o pravu na privatni život (npr. kriminalizacija konsenzualnih homoseksualnih spolnih odnosa između odraslih).¹⁰¹ Dakle, čak i ako se pojavi diskriminacijski tretman na temelju ove osnove, moguće je naprosto pozvati se na povredu članka 8. bez potrebe dokazivanja diskriminacije.

Postoje dva novija slučaja ESLJP u svezi s istospolnim zajednicama koji su osobito vrijedni spomena. U slučaju *E.B. v. France*¹⁰² iz 2008. podnositeljici zahtjeva je odbijen zahtjev da usvoji dijete na osnovu toga što u njezinu kućanstvu nije bilo muškog uzora. Nacionalno pravo je dopustilo samohranim roditeljima da usvoje djecu, a ESLJP je utvrdio da se odluka nadležnih tijela prvenstveno temeljila na činjenici da je ona u vezi i živi s drugom ženom.¹⁰³

¹⁰⁰ *Karner v. Austria*, 24/07/2003, zahtjev br. 40016/98, par. 34-43. Bavio se tumačenjem nacionalnog zakonodavstva koje je stvorilo pravo da rođak ili “životni drug” automatski naslijedi ugovor o najmu u kojem je glavni najmoprimac umro. Podnositelj zahtjeva je živio zajedno sa svojim partnerom, glavnim najmoprimcem, koji je umro. Domaći sudovi su tumačili zakon na način da se isključe homoseksualni parovi, premda bi zakonska odredba mogla uključivati i heteroseksualne parove koji nisu bili u braku. Vlada je prihvatila da je različiti tretman nastao na temelju seksualne orijentacije, ali je tvrdila da je to bilo opravdano u cilju zaštite osoba u tradicionalnim obiteljima.

¹⁰¹ *Dudgeon v. UK*, 22/10/1981, zahtjev br. 7525/76. Podnositelj zahtjeva je prigovorio da je kao homoseksualna osoba u opasnosti od progona. ESLJP je utvrdio da je to samo po sebi predstavljalo povredu njegovog prava na poštivanje privatnog života budući da taj pojam uključuje ‘seksualni život’. Također je utvrdio da, iako je zaštita javnog morala predstavljala legitiman cilj, taj se cilj mogao ostvarivati bez ovakvog uplitanja u privatni život.

¹⁰² *E.B. v. France*, 22/01/2008, zahtjev br. 43546/02.

¹⁰³ *Ibid.*, §49: „Ovaj slučaj se ne odnosi na usvajanje od strane bračnog para ili partnera istospolne seksualne orijentacije kao biološkog roditelja, nego isključivo na usvajanje od strane jedne osobe. Iako članak 8. Konvencije ne spominje ovo pitanje, Sud primjećuje kako francuski zakon izričito daje jednoj osobi pravo podnijeti zahtjev za odobrenje za usvajanje i utvrđuje postupak s tim ciljem. Prema tome, Sud smatra da činjenice u ovom slučaju nedvojbeno spadaju u domašaj članka 8. Konvencije. Stoga, država, koja je izašla izvan svojih obveza iz članka 8. u stvaranju takvog prava - otvorena mogućnost na temelju

Shodno tome, ESLJP je utvrdio da je došlo do diskriminacije na temelju seksualne orijentacije. Ono što je zanimljivo u ovom slučaju jest da je njime izmijenjeno prethodno stajalište ESLJP iz dobro poznatog *Fratté* slučaja iz 2002. (oba slučaja se odnose na Francusku). Naime, ESLJP je ranije bio zauzeo stajalište da je odbacivanje zahtjeva za usvajanjem od strane jednog homoseksualnog muškarca opravdano budući da je težilo legitimnom cilju, pa prema tome nejednako postupanje nije predstavljalo diskriminirajuću mjeru.¹⁰⁴ Kasnije, u slučaju *E.B.* iz 2008., nakon što je utvrdio da je homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bio odlučujući faktor koji je doveo do odluke o nedavanju odobrenja za usvajanje te ponovivši da je za potrebe članka 14. razlika u tretiranju diskriminirajuća ako nema objektivno i razumno opravdanje, što znači da ne teži „legitimnom cilju“ ili da ne postoji „razumna razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti“, ESLJP je naglasio da „tamo gdje je u pitanju seksualna orijentacija, postoji potreba za naročito uvjerljivim i ozbiljnim razlozima da bi se opravdale razlike u postupanju koje se tiču prava obuhvaćenih člankom 8.“ Takvih pak opravdanja nije bilo jer je francuski zakon izričito dopustio usvajanje jednoj osobi. Nije dopuštena diferencijacija koja se temelji isključivo na seksualnoj orijentaciji. ESLJP stoga nije razvio raspravu o nepostojanju europskog pravnog konsenzusa, pa ni znanstvenog konsenzusa o usvajanju djece od strane istospolnih partnera.¹⁰⁵ Ako pojedinac sukladno nacionalnom pravu može biti posvojitelj, njegova seksualna orijentacija nije relevantna karakteristika. S druge pak strane, u nedavno slučaju *Gas and Dubois v. France*¹⁰⁶ iz ožujka 2012., utvrđeno je da nema diskriminacije u slučaju kada je istospolnoj partnerici onemogućeno posvajanje djeteta njene partnerice začeto umjetnom oplodnjom u drugoj državi „budući da ni heteroseksualnim partnerima koji nisu u braku nije omogućeno posvajanje partnerovog djeteta.“ Uz to, „istospolni partneri nisu u usporedivoj situaciji s bračnim partnerima ... jer Konvencija ne obvezuje države članice na priznavanje braka za istospolne partnere... a drugi u pravnoj regulaciji drugih oblika suživota države uživaju polje slobodne procjene.“ Pred Sudom će se

članka 53. Konvencije - ne može, u primjeni tog prava, poduzeti diskriminatorne mjere u smislu članka 14.“

¹⁰⁴ *Frette v. France*, 26/02/2002, zahtjev br. 36515/97. ESLJP je zaključio da je „razlika u tretiranju bila opravdana“, jer „nije postojala zajednička osnova između pravnih sustava država ugovornica“ te, nadalje, da je sasvim prirodno da „nacionalne vlasti trebaju uživati široko polje slobodne procjene kada se od njih traži da odlučuju o tim pitanjima“. Štoviše, s obzirom na suprotstavljene interese podnositelja zahtjeva i djece koja ispunjavaju uvjete za usvajanje, te premoć najboljeg interesa djeteta, konstatirao je da je „znanstvena zajednica bila podijeljena zbog mogućih posljedica da dijete bude usvojeno od strane jednog ili više homoseksualnih roditelja, da su postojale velike razlike u nacionalnom i međunarodnom mišljenju i da nije bilo dovoljno djece za usvajanje da bi se zadovoljio zahtjev.“ Sukladno tome, „obrazloženje dano od strane Vlade pokazalo se objektivno i razumno pa razlika u tretiranju nije bila diskriminirajuća u smislu članka 14. Konvencije.“ S obzirom na posljedice obiteljskog prava u odnosu na usvajanje vidjeti Lamarque, Elisabetta: *Adozione da parte dei single, omo- e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, Quaderni costituzionali, 2008, str. 906-910. Komentar odluke u nas vidi u: Jakovac-Lozić, Dijana i Vetma, Ines: *Seksualna orijentacija posvojitelja i najbolji interes djeteta*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/2006, str. 1405-1442, na str. 1425-1435.

¹⁰⁵ *E.B. v. France*, cit., § 88-98.

¹⁰⁶ *Gas et Dubois c. France*, 15/3/2012, zahtjev br. 25951/07.

uskoro naći i slučaj *X et al. v. Austria*, o pravu na posvajanje od strane istospolne partnerice u situaciju kada je otac djeteta poznat i obavlja roditeljsku skrb.¹⁰⁷

U novijem slučaju *Schalk and Kopf v. Austria*¹⁰⁸ iz 2010. ESLJP poprvu put izričito pozvan da odluči o pitanju je li država dužna prema Konvenciji osigurati parovima istospolne seksualne orijentacije pristup instituciji braka. Odgovor je ne. Međutim, Sud je iznio nekoliko zanimljivih pojedinosti. Prije svega, Sud napominje da „brak ima duboko ukorijenjene društvene i kulturne konotacije koje se u velikoj mjeri mogu razlikovati od jednog društva do drugog.“ Sud ponavlja kako „ne smije žuriti sa zamjenom vlastite prosudbe sa onom nacionalnih tijela, koja su u najboljoj poziciji procijeniti i odgovoriti na društvene potrebe.“¹⁰⁹ Drugo, Sud je utvrdio da istospolne zajednice sada treba razumjeti u okviru definicije „obitelji“ i kao dio Konvencijom obuhvaćenog pojma „obiteljskog života“.¹¹⁰ Treće, Sud je krenuo od pretpostavke da su parovi istospolne seksualne orijentacije jednako sposobni kao i parovi različite seksualne orijentacije da uđu u stabilan i predan odnos, a time je utvrdio da su u „relevantno sličnoj situaciji kao i parovi različite seksualne orijentacije u pogledu njihove potrebe za pravnim priznanjem i zaštitom njihovih odnosa.“ Četvrto, države uživaju određenu slobodu procjene kad je riječ o točnom značaju koji proizlazi iz alternativnih načina priznavanja. Sud je odbacio podnositelje zahtjeva tvrdeći da, ako država odluči osigurati parovima istospolne seksualne orijentacije alternativni način priznavanja, dužna im je dati pravni položaj koji - iako ima drugačiji naziv - odgovara braku u svakom pogledu. Potvrda da se istospolna zajednica ima smatrati „obiteljskom zajednicom temeljem čl. 8. EKLJP“ ponovo je izrečena i mjesec dana kasnije u *P.B. i J.S. v. Austria*.¹¹¹ U narednom slučaju *J.M. v. UK*¹¹² Sud je propustio pravo na umanjenje iznosa uzdržavanja djeteta uslijed stupanja u istospolnu zajednicu (koje pravo je utvrđeno austrijskim zakonom za obveznike uzdržavanja koji stupe u novu heteroseksualnu zajednicu, bračnu ili izvanbračnu) tretirati u okviru obiteljskog života, već je primijenio pravo na mirno uživanje vlasništva. Ovdje nam valja

¹⁰⁷ Pregled najvažnijih slučajeva iz ove materije redovito se osvježava i dostupan je na http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4240E98C-43FB-4EE0-A85F-66DA483E08EA/0/FICHES_Orientation_sexuelle_EN.pdf.

¹⁰⁸ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24/06/2010, zahtjev br. 30141/04.

¹⁰⁹ *Ibid.*, §62.

¹¹⁰ *Ibid.*, §87-95. “Od 2001. u mnogim je državama članicama nastupio ubrzani razvoj društvenih stavova prema parovima istospolne seksualne orijentacije. Od tada je znatan broj država članica pružilo zakonsko priznavanje parovima istospolne seksualne orijentacije. Pojedine odredbe prava Europske unije također odražavaju rastući trend za uključivanje parova istospolne seksualne orijentacije u pojam „obitelj“. (...) „U pogledu ovog razvoja Sud smatra neprirodnim zadržati mišljenje da, za razliku od heteroseksualnog para, par istospolne seksualne orijentacije ne može uživati u „obiteljskom životu“ u smislu članka 8. Stoga odnos podnositelja zahtjeva, bračnog para istospolne seksualne orijentacije koji zajedno živi u stabilnoj *de facto* zajednici, spada u pojam „obiteljskog života“, kao i odnos heteroseksualnog para u istoj situaciji.“ Za razliku od toga, *Korelc v. Slovenia*, 2009/12/05, zahtjev br. 28456/03, prijatelj koji je živio s pokojnikom oko tri godine i za kojeg je osiguravao svakodnevnu skrb ne smatra se da spada pod zaštitu obiteljskog života jer se “njegova situacija ne može usporediti s onom kod bračnog ili izvanbračnog para, homoseksualnog civilnog partnerstva ili bliskih članova obitelji.“

¹¹¹ *P.B. i J.S. v. Austria*, 22/7/2010, zahtjev br. 18984/02.

¹¹² *J.M. v. UK*, 28/9/2010, zahtjev br. 37060/06.

spomenuti i izdvojeno mišljenje troje sudaca koji smatraju kako „nismo se smjeli suzdržati od jednoglasne potvrde da danas, u 2010. godini, pojam obiteljskog života ne može više biti ograničen samo na heteroseksualne parove...“.

Temeljem sudske prakse Strasbourga valja zaključiti da su države još uvijek slobodne, prema članku 12., kao i na temelju članka 14. zajedno s člankom 8. EKLJP, ograničiti pristup instituciji braka parovima različite seksualne orijentacije. U nastajanju je europski konsenzus koji ide prema pravnom priznavanju parova istospolne seksualne orijentacije, a ta se tendencija razvila brzo tijekom proteklog desetljeća. Ipak, države koje pravno priznaju istospolne zajednice još uvijek ne čine većinu.¹¹³ Stoga se to pitanje i dalje treba smatrati kao jedno od prava u razvitku bez uspostavljenog konsenzusa, a države uživaju slobodu procjene u pogledu odluke kada će u svoje pravne poretke uvesti odgovarajuća zakonska rješenja u pravcu priznavanja istospolnih zajednica. Jednakost u odnosu na istospolne zajednice je stoga vrlo živo i evoluirajuće područje koje još jednom pokazuje zašto se EKLJP često označava kao „živi dokument“.

6. NAČELO NEDISKRIMINACIJE U PRAVU EU I ISTOSPOLNE ZAJEDNICE

U pravilu, pitanja obiteljskog prava spadaju u isključivu nadležnost država članica. Kako bi vodio računa o raznovrsnosti nacionalnih propisa o braku, članak 9. Povelje o temeljnim pravima Europske unije¹¹⁴ poziva se na domaće zakonodavstvo.¹¹⁵ Budući da ova odredba ne sadrži izričitu formulaciju „muškarac i žena“, kao što je to slučaj u drugim instrumentima koji reguliraju ljudska prava, može se reći da na europskoj razini ne postoji prepreka za priznanje istospolnih odnosa u kontekstu braka. Istovremeno, jasno je da ne postoji ni izričiti zahtjev da domaći zakoni omogućue takve brakove.¹¹⁶ Kako je rečeno, različite

¹¹³ Trenutno 8 od 47 država članica omogućuje parovima istospolne seksualne orijentacije jednak pristup braku, i to Belgija, Danska, Island, Nizozemska, Norveška, Portugal, Španjolska i Švedska. Pored toga su tu 13 država članica koje su donijele neku vrstu zakona koji dopušta parovima istospolne seksualne orijentacije da registriraju svoje odnose: Andora, Austrija, Češka, Finska, Francuska, Njemačka, Mađarska, Irska, Lihtenštajn, Luksemburg, Slovenija, Švicarska i Velika Britanija. U Hrvatskoj postoji Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne novine br. 16/2003) koji priznaje zajednički život parova istospolne seksualne orijentacije za ograničene svrhe, ali im ne pruža mogućnost registracije.

¹¹⁴ Vidjeti, npr. Selanec, Goran, *Povelja temeljnih prava*, Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 173.-218.

¹¹⁵ „Pravo na brak i osnivanje obitelji mora biti zajamčeno u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava.“

¹¹⁶ *Commentary of the Charter*: “Suvremeni trendovi i razvoji u domaćim zakonima u velikom broju zemalja smjeraju prema sve većoj otvorenosti i prihvaćanju parova istospolne seksualne orijentacije, premda nekoliko država još uvijek ima javnu politiku i/ili propise koji izričito zabranjuju ideju da parovi istospolne seksualne orijentacije imaju pravo sklopiti brak. Trenutno postoji vrlo ograničeno pravno priznavanje istospolnih odnosa u smislu da brak nije dostupan parovima istospolne seksualne orijentacije. Domaći zakoni većine država, drugim riječima, pretpostavljaju da su namjeravani supružnici različitog spola. Ipak, u nekoliko zemalja, primjerice, u Nizozemskoj i Belgiji, brak je između osoba istog spola zakonski priznat. Druge države, poput nordijskih zemalja, usvojili su zakon o registriranom partnerstvu, što podrazumijeva, između ostalog, da se većina odredba koje se tiču braka, odnosno njegovih pravnih

države imaju različite propise o pravnom uređenju istospolnih zajednica.¹¹⁷

Nekoliko je direktiva primjenjivo na pitanje istospolnih partnera u različitim situacijama, međutim nijedna od njih ne nameće jedinstveno rješenje. Spomenut ćemo samo dvije koje se odnose na slobodno kretanje osoba, a koje se i dalje oslanjaju na domaće zakonodavstvo u tom području. Tako se Direktiva Europskog Vijeća 2003/86/EC od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji¹¹⁸ bavi uvjetima za ostvarivanje prava na spajanje obitelji građana trećih zemalja koji legalno borave u zemljama članicama. Članak 4. Direktive, koji nosi naslov „članovi obitelji“, propisuje: „(3) Države članice **mog**u (naglasile autorice) zakonom ili drugim propisom odobriti ulazak i boravak, temeljem ove Direktive i u skladu s uvjetima utvrđenim u Poglavlju IV, nevjenčanom partneru građaninu treće zemlje, s kojim je osoba koja boravi na području EU u urednoj, stabilnoj i dugoročnoj vezi, ili građaninu treće zemlje s kojim je osoba koja boravi na području EU u registriranom partnerstvu, u skladu sa člankom 5(2).“ Drugo, Direktiva 2004/58/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004.¹¹⁹ tiče se prava građana Unije i članova njihovih obitelji da se presele i žive slobodno na području država članica. U smislu ove Direktive „članom obitelji“ se također smatra (članak 2.b) „partner s kojim je građanin Unije sklopio registrirano partnerstvo na temelju zakonodavstva države članice, **ako zakonodavstvo države članice domaćina tretira registrirana partnerstva jednako kao i brak** (naglasile autorice), a pod uvjetima određenim mjerodavnim propisima države članice domaćina.“

Prije nešto više od tri godine, Sud Europske unije je u slučaju *Maruko*¹²⁰ naizgled otvorio mala vrata za proširenje nadležnosti EU kako bi obuhvatio obiteljska pitanja te proširio prava koja se priznaju istospolnim zajednicama u državama članicama.¹²¹ Činjenice su sljedeće: homoseksualni par je ušao u „registrirano partnerstvo“. Partner podnositelja je umro i podnositelj je želio podnijeti zahtjev za „obiteljsku mirovinu“ poduzeću koje je vodilo mirovinsku shemu njegova preminulog partnera. Poduzeće je odbilo platiti podnositelju s obrazloženjem da je nasljednikova mirovina predviđena isključivo za bračne

posljedica kao što su raspodjela vlasništva, pravo nasljeđivanja, itd., također odnose na te zajednice. U isto je vrijeme važno istaknuti da je naziv „registrirano partnerstvo“ namjerno izabrano da se ne miješa s brakom i bio je osnovan kao alternativna metoda za prepoznavanje osobnih odnosa. Ova nova institucija je time, u pravilu dostupna samo za parove koji ne mogu sklopiti brak, a istospolna zajednica nema isti status i isti učinak kao i brak. (...)“ <http://tinyurl.com/3ttu8dl> (25. rujna 2011.)

¹¹⁷ Pregled aktualnog zakonodavnog stanja u svim državama svijeta u odnosu na seksualno orijentaciju i rodnu tematiku vidi na <http://ilga.org/>.

¹¹⁸ Direktiva 2003/86/EC o pravu na spajanje obitelji, [2003] OJ L251/12.

¹¹⁹ Direktiva 2004/58/EC o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji da se presele i žive slobodno na području država članica, [2004] OJ L229/35.

¹²⁰ *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, predmet C-267/06 [2008] ECR I-1757, 1. travnja 2008.

¹²¹ Detaljnije o mogućem sukobu između regulatorne nadležnosti Europske unije i nacionalnog prava na području obiteljskog prava vidi u Vari, Filippo, *Famiglia e competenze dell'Unione Europea: un potenziale conflitto*, u *Quaderni costituzionali*, 2008., str. 160.-162.

drugove, a on nije bio u braku s pokojnikom. Dva su pitanja bila značajna za raspravu. Prvo, Sud je trebao odgovoriti je li Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. (tzv. „Direktiva o zapošljavanju“)¹²² bila primjenjiva na slučaj. Drugo, ukoliko je odgovor pozitivan, jesu li povrijeđene odredbe Direktive o jednakom postupanju od strane nacionalnog zakonodavstva, drugim riječima, postoji li izravna ili neizravna diskriminacija prema zabranjenoj osnovi – seksualnoj orijentaciji. Sud je na oba pitanja dao pozitivan odgovor.

Naime, što se tiče prvog pitanja, Sud je utvrdio da su „generalno, građanski status i njegove pogodnosti pitanja u nadležnosti država članica i pravo Zajednice ne umanjuje tu kompetenciju. Međutim, treba imati na umu da u ostvarivanju svojih nadležnosti države članice moraju djelovati u skladu s pravom Zajednice, a osobito sukladno odredbama koje se tiču načela nediskriminacije.“ Nadalje što se tiče značaja točke 22. u preambuli Direktive 2000/78, koja točka navodi kako Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne zakone o bračnom položaju i pogodnostima koje o njemu ovise, Sud smatra da navedena točka ne utječe na odluku s obzirom da je nasljednikova mirovina, prema mišljenju Suda, sadržana u pojmu „plaća“ (engl. *pay*) u smislu članka 141. Ugovora o Europskoj zajednici (sada čl. 157. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, op. autorice) te tako ovaj slučaj nesumnjivo spada u domašaj primjene Direktive 2000/78.¹²³ Sud EU je prihvatio tumačenje podnositelja da je odbijanje isplate mirovine rezultiralo nepovoljnim tretiranjem i da je takvo postupanje nepovoljnije u odnosu na tretman „bračnih partnera“.

Što se tiče drugog pitanja, Sud EU je utvrdio da je institut ‘životnog partnerstva’ u Njemačkoj stvorio mnoga jednaka prava i odgovornosti za životne partnere kao što ih imaju bračni drugovi, a posebno s obzirom na državne mirovinske sustave. Stoga je ustanovio da su, za potrebe ovog slučaja, životni partneri bili u sličnoj situaciji kao i bračni drugovi. Sud EU je nadalje naveo da je to rezultiralo izravnom diskriminacijom na temelju seksualne orijentacije. Naime, činjenica da osobe o kojima je riječ nisu mogle sklopiti brak, neodvojivo je povezana s njihovom seksualnom orijentacijom. Međutim, budući da je slučaj upućen od strane nacionalnog suda, *Bayerisches Verwaltungsgericht München*, konačna odluka je ostala na nacionalnom sudu. Ako se utvrdi da su preživjeli bračni drugovi i preživjeli životni partneri u usporedivoj situaciji, barem što se tiče koristi preživjelog, zakonodavstvo kao što je ovo treba se u glavnom postupku, zbog kojeg je i upućeno prethodno pitanje Sudu EU, smatrati da predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije.¹²⁴

U studenom 2010. Europski parlament je usvojio rezoluciju¹²⁵ kojom

¹²² Direktiva 2000/78/EZ o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja [2000] OJ L 303/16.

¹²³ *Maruko*, cit., §58-60. Vidi, slično, predmet C-372/04 *Watts* [2006] ECR I-4325, točka 92 i predmet C-444/05 *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185, točka 23.

¹²⁴ *Ibid.*, §62-73.

¹²⁵ Rezolucija Europskog parlamenta od 23. studenog 2010. o aspektima građanskog prava, trgovačkog prava, obiteljskog prava i međunarodnog privatnog prava Akcijskog plana provedbe

poziva sve države članice EU da se uključe u „međusobno priznavanje isprava o učincima građanskog položaja.“ U stvari, to je poticaj državama članicama da priznaju bračne certifikate parova istospolne seksualne orijentacije, ali ne i zahtjev da to moraju učiniti. Parlament je izjavio da „čvrsto podupire planove kako bi se omogućilo međusobno priznavanje učinaka isprava o građanskom položaju“ te „naglasio potrebu da se osigura njihovo međusobno priznavanje“. Sljedeći korak u procesu je da Europska komisija predloži načine za postizanje međusobnog priznavanja svih zajednica i brakova u cijeloj EU.

Nakon *Maruko* slučaja slično pitanje diskriminacije na temelju spolne orijentacije postavljeno je u predmetu *Römer* također kao prethodno pitanje, koje je postavio *Arbeitsgericht Hamburg*. Europski je sud odluku donio 10. svibnja 2011.¹²⁶ Činjenice slučaja bile su sljedeće: bivši zaposlenik u gradskoj službi Hamburg, nakon ulaska u registrirano partnerstvo sa svojim dugogodišnjim partnerom, zatražio je od grada Hamburga kao svog poslodavca objašnjenje zašto se na njega ne primjenjuje jednaki sistem izračunavanja mirovina koji se primjenjuje na zaposlenike koji su u braku. Naime, prema zakonima pokrajine Hamburga, dodatni profesionalni mirovinski sustav manje je povoljan za osobe koje nisu u braku, a kako u ovom slučaju registrirano partnerstvo nije izjednačeno s brakom, osobe u partnerstvu, kao i osobe koje nisu u braku, ne uživaju dodatna prava na mirovinu na koju imaju pravo osobe u braku.

Pitanje na koje je Sud EU trebao odgovoriti bilo je postoji li diskriminacija na temelju spolne orijentacije budući da je za nevjenčane parove i istospolne parove koji su u ušli u zajednicu situacija nepovoljnija u odnosu na osobe koje su u braku. Sud je prije svega utvrdio da se i na privatne mirovinske sheme primjenjuje Direktiva 2000/78. Slijedeći obrazloženje ‘usporedive situacije’ iz slučaja *Maruko* Sud pojašnjava kako, da bi postojalo pravo na istu mirovinu, situacija mora biti u pravu i činjenicama usporediva (no ne i identična!) s onom vjenčane osobe.¹²⁷ Također smatra da se usporedba ne smije temeljiti na općoj percepciji njemačkog zakona o usporedivosti ili neusporedivosti braka i registriranog partnerstva, već treba uzeti u obzir prava i obveze s obzirom na tu mirovinu. Utvrđeno je da je g. Römer uplaćivao iste iznose kao i drugi zaposlenici, kao i da visina mirovine raste svim vjenčanim zaposlenicima/umirovljenicima, neovisno o drugim čimbenicima (primjerice, neovisno o broju djece). Utvrđeno je također da njemačko pravo danas gotovo u potpunosti izjednačava bračne i istospolne partnere u pravima i obvezama.¹²⁸ Zaključak je stoga da se radi o izravnoj diskriminaciji za koju nema opravdanog razloga.

Stockholm Programa (2010/2080 (INI)), <http://tinyurl.com/6z9gjbo>.

¹²⁶ *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, predmet C-147/08, OJ 2011/C - 194/02 od 10. svibnja 2011. Vidi i <http://tinyurl.com/6oy4rou>.

¹²⁷ *Römer*, cit., §42-43.

¹²⁸ *Römer*, cit., §47-49. „Od trenutka kada bračni parovi ili istospolni parovi u registriranom partnerstvu imaju zakonsku obvezu skrbiti jedni za druge, oni trebaju biti tretirani jednako bez obzira na razlike koje postoje između institucije braka i registriranog partnerstva, kako u pogledu jednakog prava na mirovinu, tako i u pogledu drugih prava.“

Kao što vidimo, iako je jedan od kamena temeljaca pravnog poretka EU, načelo nediskriminacije ne zahtijeva univerzalno priznavanje konkretnih prava između različitih država članica u odnosu na istospolne zajednice. Države u tom smislu zadržavaju svoj suverenitet. Ipak, odluke *Maruko* i *Römer* ukazuju na veću pravnu naklonost Suda EU prema istospolnim zajednicama, kao i na spremnost Suda da - zajedno s proširenjem regulatornih nadležnosti EU - proširi svoju zaštitu i na ovu skupinu europskih građana.

7. IZAZOVI USTAVNOPRAVNOG NAČELA JEDNAKOSTI U ODNOSU NA PITANJE ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA U RH

Načelo jednakosti, definirano kao „jednaka prava i slobode pred zakonom“, jedno je od 12 posebno navedenih najviših vrednota hrvatskog ustavnog poretka, te predstavlja temelj za tumačenje Ustava.¹²⁹ Pored opće odredbe o jednakosti, a s obzirom na najosjetljivija i problematična područja društvenog života u Hrvatskoj, postoje još dvije najviše ustavne vrednote koje izrijeckom uključuju pravni princip jednakosti: nacionalna ravnopravnost i jednakost spolova. Potonja je uvedena Ustavnim amandmanom 2001. s ciljem rješavanja ustaljene tradicionalne nejednakosti između muškaraca i žena. Prateći klasičnu, aristotelsku formulaciju o jednakom postupanju, nediskriminacijska ustavna shema počiva na nabranjanju privatnih osobina koje čine zabranjene osnove za uskraćivanje ustavnih prava i sloboda.¹³⁰ Radi se o otvorenom popisu koji uključuje spol, ali ne spominje posebno seksualnu orijentaciju.¹³¹ Potonja karakteristika je posebno navedena u više dodatnih zakona, tj. u Zakonu o ravnopravnosti spolova, Kaznenom zakonu, Zakonu o radu, Zakonu o visokom obrazovanju, itd. Krovni Zakon o suzbijanju diskriminacije¹³² iz 2009. uveo je širu listu zabranjenih osnova diskriminacije (npr., genetsko nasljeđe, rodni identitet i izražavanje, seksualna orijentacija)¹³³ i šire područje primjene (npr. sport, sudski i upravni postupak, članstvo u

¹²⁹ Ustav Republike Hrvatske iz 1990., s izmjenama 1997., 2000., 2001. i 2010., Narodne novine br. 85/2010 (zadnji pročišćeni tekst).

¹³⁰ *Ibid.*, članak 14.: “(1) Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. (2) Svi su pred zakonom jednaki.”

¹³¹ Kao što je ranije razmotreno, *supra* poglavlje 4., izričito navođenje seksualne orijentacije kao zabranjene osnove razlikovanja nalazimo u ustavu JAR-a, a u Europi, primjerice, u Portugalu, čl. 13. st. 2. (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/constituicaoingles.pdf>) i Švedskoj, čl. 12. (http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended___6319.aspx)

¹³² Narodne novine br. 85/2008, stupio na snagu 1. siječnja 2009. i Narodne novine br. 112/2012. U uvodnoj napomeni zakona izričito je navedeno da se zakon predlaže „kako bi se hrvatski pravni poredak uskladio s pravnom stečevinom Europske unije“.

¹³³ *Ibid.*, čl.1, stavak 1.: “(1) Ovim se Zakonom osigurava zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita protiv diskriminacije na temelju rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog nasljeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.” (naglasile autorice)

sindikata, nevladinim organizacijama, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama, kulturna i umjetnička područja)¹³⁴ nego što to zahtijevaju EU standardi.¹³⁵ Također, ovaj Zakon predviđa niz iznimki, tj. situacija u kojima je dozvoljeno različito postupanje temeljem neke od navedenih osobnih značajki.¹³⁶

¹³⁴ *Ibid.*, čl. 8: “Ovaj se Zakon primjenjuje na postupanje svih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima, te postupanje svih pravnih i fizičkih osoba, posebno u sljedećim područjima: 1. rada i radnih uvjeta; pristupa samostalnoj djelatnosti i zanimanja, uključujući kriterije za odabir, zapošljavanje i promicanje uvjeta, pristupa svim vrstama profesionalnog usmjeravanja, stručnog osposobljavanja, stručnog usavršavanja i prekvalifikacije, 2. obrazovanja, znanosti i sporta, 3. socijalne sigurnosti, uključujući socijalnu skrb, mirovinsko i zdravstveno osiguranje i osiguranje od nezaposlenosti; 4. zdravstvene zaštite; 5. pravosuđa i uprave; 6. stanovanja, 7. javnog informiranja i medija; 8. pristupa dobara i usluga i njihovo pružanje; 9. članstvo i aktivnosti u sindikatima, organizacijama civilnog društva, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama, 10. pristup sudjelovanja u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.”

¹³⁵ Vidjeti, npr., Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ.

¹³⁶ Zakon o suzbijanju diskriminacije, cit., čl. 9. st. 2.: „Iznimno od stavka 1. ovoga članka ne smatra se diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u sljedećim slučajevima: 1. kada je takvo postupanje određeno zakonom radi očuvanja zdravlja, javne sigurnosti, održavanja javnog reda i mira, prevencije kaznenih djela i zaštite prava i sloboda drugih ljudi te ako su upotrijebljena sredstva u demokratskom društvu primjerena i nužna za postizanje željenog cilja, pod uvjetom da takvo postupanje ne dovodi do izravne ili neizravne diskriminacije na osnovi rase ili etničke pripadnosti, boje kože, vjere, spola, nacionalnog i socijalnog podrijetla, spolne orijentacije i invaliditeta; 2. posebnih mjera koje uključuju bilo koju mjeru privremene naravi, koja je nužna i prikladna za ostvarivanje stvarne jednakosti društvenih skupina koje su u nepovoljnijem položaju, na temelju neke od osnova iz članka 1. ovoga Zakona kada je takvo postupanje temeljeno na odredbama zakona, podzakonskog akta, programa, mjera ili odluka u cilju poboljšanja položaja etničkih, vjerskih, jezičnih ili drugih manjina ili drugih skupina građana ili osoba diskriminiranih po osnovama iz članka 1. stavka 1. ovoga Zakona; 3. provođenja mjera socijalne politike kojima se pogoduje osobama ili domaćinstvima težeg imovinskog ili socijalnog stanja pod uvjetom da takve mjere ne dovode do izravne ili neizravne diskriminacije na temelju spola, spolne orijentacije, rase, boje kože, etničke pripadnosti, vjerskog uvjerenja i invaliditeta; 4. u odnosu na određeni posao kad je narav posla takva ili se posao obavlja u takvim uvjetima da značajke povezane s nekim od osnova iz članka 1. ovoga Zakona predstavljaju stvarni i odlučujući uvjet obavljanja posla ako je svrha koja se time želi postići opravdana i uvjet odmjeren; 5. pri obavljanju profesionalnih aktivnosti, odnosno zasnivanja radnog odnosa, uključujući u članstvo te u djelovanju koje je u skladu s naukom i poslanjem crkve i vjerske zajednice upisane u Evidenciju vjerskih zajednica u Republici Hrvatskoj, te druge javne ili privatne organizacije čiji se sustav vrijednosti temelji na vjeri ili uvjerenju, a koja djeluje u skladu s Ustavom i zakonom, ako tako zahtijevaju vjerska doktrina ili uvjerenja, u slučaju kada zbog prirode tih aktivnosti ili okolnosti u kojima se obavljaju, vjera ili uvjerenje neke osobe predstavljaju istinski, zakonit i opravdan uvjet za obavljanje posla, uzimajući u obzir sustav vrijednosti te organizacije; 6. na temelju dobi i spola pri ugovaranju premija, osiguranina i drugih uvjeta u osiguranju u skladu s relevantnim i točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike, pri čemu troškovi vezani uz trudnoću i majčinstvo ne mogu opravdati razlike, 6. na temelju dobi pri ugovaranju premija osigurnina i drugih uvjeta u osiguranju na temelju opće prihvaćenih načela procjene rizika, u skladu s relevantnim i točnim statističkim podacima i pravilima aktuarske matematike; 7. u pristupu dobrima, uslugama i sportu te pružanju istih ako je pristup dobru i/ili usluzi namijenjen isključivo ili prvenstveno pripadnicima jednog spola ili osobama s invaliditetom pod uvjetom da je takvo postupanje objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem te ako su upotrijebljena sredstva primjerena i nužna cilju koji se želi postići; 8. na osnovi dobi, ako je takvo postupanje objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem, uključujući legitime ciljeve socijalne politike, socijalne i zdravstvene zaštite, politike zapošljavanja, promicanja ciljeva tržišta rada i stručnog osposobljavanja, te ako su sredstva za njegovo postizanje primjerena i nužna. Primjerice, diskriminacijom se ne smatra: određivanje najniže ili najviše dobi i/ili profesionalnog iskustva i/ili stupnja obrazovanja kao uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ili kao uvjeta za stjecanje drugih pogodnosti vezanih za radni odnos; određivanje prikladne i primjerene najviše dobi kao razloga za prestanak radnog odnosa, a koja je sukladna uvjetima za stjecanje prava na starosnu mirovinu, propisivanje dobi ili razumnog razdoblja zaposlenja kao uvjeta za stjecanje ili ostvarivanje prava na mirovinu, ili drugog prava iz sustava socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja

Bez potrebe za detaljnim izlaganjem pojedinosti,¹³⁷ može se reći da su antidiskriminacijski zakoni u Hrvatskoj brojni i razrađeni, no usprkos tome ostavljaju niz problema kako u teoriji, tako još više u praksi.

Što se tiče pravnog uređenja istospolnih zajednica, Ustav osigurava nepovredivost svačije osobnosti, pružajući istovremeno „posebnu zaštitu države“ za obitelj, naglašavajući također da se „brak, izvanbračna zajednica i obitelj uređuju zakonom.“¹³⁸ U Obiteljskom zakonu nema spomena istospolnih zajednica, iako hrvatski poredak od 2003. poznaje neregistrirani suživot partnera istospolne seksualne orijentacije - jedinstveno rješenje u Europi¹³⁹ - i priznajući takvim partnerima samo dva prava: pravo na zajedničku imovinu i pravo na uzdržavanje.¹⁴⁰ Kao što je prethodno spomenuto, opći Zakon o suzbijanju diskriminacije sadrži niz iznimki pa tako i izričito ovlaštenje za različito tretiranje „kod stavljanja u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveza uređenih Obiteljskim zakonom, a osobito u svrhu legitimne zaštite prava i dobrobiti djece, zaštite javnog morala i pogodovanja braku, pri čemu upotrijebljena sredstva moraju biti primjerena i nužna.“ Stoga hrvatski zakonodavac, prema postojećem tumačenju ustavnih normi o jednakosti, nije dužan pružiti bilo kakvo dodatno priznanje ili zaštitu istospolnim zajednicama. Prevladavajuća doktrina obiteljskog prava smatra kako je razlikovanje između partnera različite i istospolne seksualne orijentacije prirodna posljedica „nemogućnosti jednakog tretiranja onih koji su nejednaki“,¹⁴¹ čvrsto naglašavajući kako „ne postoje međunarodne obveze za državu da omogućí pravne učinke istospolnih zajednica“ te upozorava zakonodavca da obiteljska politika treba biti određena s obzirom na tradiciju, javna mišljenja, potrebe društva i vrijednosti koje se trebaju zaštititi, posebice s obzirom na obitelj i djecu.¹⁴² Pitanje nejednakog i manje povoljnog tretmana partnera istospolne seksualne orijentacije nije se pojavilo ni pred kojim sudom u Hrvatskoj, niti je raspravljeno u nacionalnoj ustavnoj pravnoj teoriji. Htjeli mi to priznati ili ne, ovo nam je pitanje pred vratima.

Tijekom javne rasprave 2009.-2010. u svezi s najnovijim ustavnim

za slučaj nezaposlenosti i određivanje dobi kao uvjeta za pristup obrazovanju ili određenim dobrima ili uslugama, pod uvjetom da su zadovoljeni uvjeti iz prve rečenice ove točke; 9. na temelju državljanstva prema posebnim propisima; 10. kod stavljanja u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obveza uređenih Obiteljskim zakonom, a osobito u svrhu legitimne zaštite prava i dobrobiti djece, zaštite javnog morala i pogodovanja braku, pri čemu upotrijebljena sredstva moraju biti primjerena i nužna. (3) Sve iznimke iz stavka 2. ovoga članka trebaju ostvarivati svoj legitimni cilj za koji su određene i moraju biti primjerene i nužne za ostvarenje tog cilja.” (naglasile autorice).

¹³⁷ Vidjeti, npr., Barić, Sanja i Švabić, Dimitrije, *Organski zakoni i antinomije u hrvatskom pravnom poretku - primjer zabrane diskriminacije po osnovi spola i spolne orijentacije*, Ustavni vidici br. 4., Informator br. 5797 od 26. rujna 2009.; Horvat, Ana, *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, no. 6/2008. str. 1453-1498.

¹³⁸ Ustav Republike Hrvatske, članak 22. odnosno 62.

¹³⁹ Samo su dvije države u svijetu sa sličnim zakonskim rješenjima: Australija i Izrael.

¹⁴⁰ Zakon o istospolnim zajednicama, Narodne novine br. 116/2003.

¹⁴¹ Jakovac-Lozić, *Zakon...*, cit., str. 41.

¹⁴² Korać, op.cit., str. 830.-832.

promjenama koalicija NVO koje se bave zaštitom ljudskih prava, predložila je da se seksualna orijentacija izričito navede kao zabranjena osnova za diskriminaciju u članak 14. Ustava RH te u nekoliko drugih ustavnih članaka. Prijedlog je najprije deklaratorno usvojen od strane SDP-a, ali je kasnije odbijen jer se smatralo da je politički kontraproduktivan u još uvijek pretežito patrijarhalnom društvu. U posljednjih nekoliko godina zabilježeno je niz diskriminirajućih i nasilnih incidenata zajedno s pomalo nejasnim akcijama policije i drugih javnih službenika.¹⁴³ Izvješće Europske komisije o napretku Republike Hrvatske za 2010.¹⁴⁴ i Rezolucija Europskog parlamenta o tom izvješću iz 2010.¹⁴⁵ naglašavaju nezadovoljavajući napredak u odnosu na provedbu antidiskriminacijskih zakona, posebno spominjući ograničene reakcije državne vlasti u slučajevima zločina iz mržnje protiv seksualnih manjina. Valja također naglasiti da je ovo pitanje i predmet prepristupnog nadzornog mehanizma.¹⁴⁶

Kao što je pokazano, ne postoje posebne obveze, koje bi proizlazile iz sudske prakse Strasbourga ili Luxembourga, ili pak iz zakonodavstva Bruxellesa, a koje bi od Hrvatske zahtijevale priznavanje daljnjih prava istospolnim zajednicama. Osim toga, treba napomenuti da će se svaka direktiva, koja uređuje slobodu kretanja osoba, u Hrvatskoj primjenjivati tek nakon pristupanja, ali i nakon dodatnog duljeg razdoblja (prema „shemi 2-5-7 godina“).¹⁴⁷ Slično praksi u drugim

¹⁴³ Detaljnije vidjeti: *Izvještaj o stanju ljudskih prava seksualnih i rodnih manjina*, Kontra i Iskorak, 2010. i *Izvješće Pučkog pravobranita RH za 2010.*, *Izvješće o pojavama diskriminacije*, <http://tinyurl.com/3of65cm>. (10. listopada 2011.) Najočitije nepoštivanje ustavne odredbe o jednakosti i odredbe o zabrani govora mržnje (čl. 39.), kao i Zakona o javnom okupljanju, Narodne novine br. 128/1999, 90/2005, 139/2005 (Odluka Ustavnog suda RH), 150/2005 i 82/2011 (Odluka Ustavnog suda RH), dogodilo se tijekom Povorke ponosa u Zagrebu 2009., kada su javne vlasti dozvolile protu-okupljanje skupine pod nazivom „hrvatski nacionalisti“. Naredne 2010. godine policija nije pravilno zaštitila sudionike prvog splitskog Gay Prida od nasilja tijekom događaja, što je izazvalo široke reakcije u zemlji i inozemstvu.

¹⁴⁴ HRVATSKA 2010.: IZVJEŠĆE O NAPRETKU S PRATEĆIM PRIOPĆENJEM KOMISIJE EUROPSKOG PARLAMENTU I VIJEĆU - “Strategija proširenja i glavni izazovi 2010.-2011.”, COM (2010) 660, Bruxelles, 9. studenog 2010., str.13., <http://tinyurl.com/5ub9o35>. (15. listopada 2011.)

¹⁴⁵ Rezolucija Europskog parlamenta od 16. veljače 2011. na Izvješće o napretku Hrvatske iz 2010., P7_TA(2011)0059, point 24 and 25, <http://tinyurl.com/64rw8ph>. (15. listopada 2011.)

¹⁴⁶ Ugovor o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, Prilog VII.: Posebne obveze koje je preuzela Republika Hrvatska u pregovorima o pristupanju (iz članka 36. stavka 1. drugog podstavka Akta o pristupanju), točka 9.: „**Nastaviti poboljšavati zaštitu ljudskih prava.**“ (naglasile autorice).

Inače, postupak praćenja (*monitoring*) reguliran je člankom 36. Ugovora o pristupanju: „(1.1) Komisija pozorno prati sve obveze koje je Hrvatska preuzela u pregovorima o pristupanju, uključujući one koje se moraju ispuniti prije ili do dana pristupanja. Praćenje od strane Komisije sastoji se od redovito ažuriranih tablica za praćenje, dijaloga u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Hrvatske, s druge strane, misija za stručnu procjenu, prepristupnoga gospodarskog programa, fiskalnih obavijesti i, po potrebi, pisama ranog upozorenja hrvatskim vlastima. U jesen 2011. Komisija podnosi Izvješće o napretku Europskom parlamentu i Vijeću. U jesen 2012. ona Europskom parlamentu i Vijeću podnosi Sveobuhvatno izvješće o praćenju. Tijekom procesa praćenja Komisija se prema potrebi također oslanja na doprinos država članica te uzima u obzir doprinos međunarodnih organizacija i organizacija civilnog društva. (1.2) Praćenje od strane Komisije osobito je usmjereno na obveze koje je Hrvatska preuzela u području pravosuđa i temeljnih prava (Prilog VII.), uključujući trajni razvoj evidencije ostvarenih rezultata u reformi i učinkovitosti pravosuđa, nepristano postupanju u predmetima ratnih zločina i borbi protiv korupcije. (naglasile autorice)...“ <http://tinyurl.com/7e5c3rw> (10. siječnja 2012.)

¹⁴⁷ Ugovor o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, Prilog V. (Popis iz članka 18. Akta o

državama, priznavanje istospolnih zajednica i dalje ovisi o prevladavajućem javnom mišljenju. Društvena se klima u Hrvatskoj polako razvija u tolerantnijem pravcu, ali još nije zrela za daljnje redefiniranje načela o jednakosti. Međutim, čini se da se opća tendencija u tom smjeru širi diljem Europe, dok će u ne tako dalekoj budućnosti ovo pitanje nesumnjivo biti postavljeno pred Ustavni sud Republike Hrvatske i/ili Hrvatski sabor. Kao dio predizbornog obećanja koalicije lijevog centra imenovana je stručna radna skupina i u tijeku je (jesen 2012.) izrada nacрта novog zakonskog uređenja istospolnih zajednica u našoj državi.

8. UMJESTO ZAKLJUČKA: O PROMJENAMA U SHVAĆANJU USTAVNOPRAVNOG KONCEPTA NAČELA JEDNAKOSTI

U pravnom kontekstu jednakost je prije svega preskriptivna, iako deskriptivna jednakost čini osnovu za legitimne klasifikacije. Prema tome, stvarna jednakost imanentno ovisi o kriterijima koje određeni pravni poredak odabire primjenjivati pri utvrđivanju što određene situacije čini drugačijima i koje od klasifikacija treba smatrati opravdanim. Pravnom priznavanju istospolnih zajednica prethodi razumijevanje pojmova „normalno“ i „prirodno“ u vrlo intimnim područjima emocionalnog života pojedinca. Ograničavanje prava koja se odnose na privatni život ocjenjuje se primjenom dobro poznatog testa proporcionalnosti/razmjernosti (sličnog sadržaja u pojedinim zemljama sa zajedničkom pravnom i kulturnom baštinom). Čitav pravni poredak bi trebao imati kao svoj glavni cilj zaštitu pojedinačnih prava i stvaranje slobodnog prostora za svakog pojedinca da razvije svoje osobne potencijale do maksimuma prema svojim osobnim prioritetima. Ovi odabiri mogu i trebaju biti ograničeni - tekst francuske Deklaracije o pravima čovjeka i građanina ostaje u današnje vrijeme jednako važan - samo u slučajevima koji štete drugim pojedincima i zajednici u cjelini. Pitanje je, stoga, djeluju li istospolne zajednice štetno na društvo te je li uskraćivanje prava istospolnim partnerima u odnosu na pravne učinke priznate zajednicama partnera različitog spola predstavlja racionalnu, proporcionalnu i potrebnu mjeru kako bi se zaštitio legitimni cilj.

Teškoća ili čak nemogućnost življenja i dijeljenja čak i najjednostavnijih trenutaka života bez pogrđnog tretiranja utemeljno je uspoređena s oblikom apartheida.¹⁴⁸ Jednako tretiranje zahtijeva prethodni odabir materijalne jednakosti, odnosno oznaku osobnih značajki (deskriptivnih (ne)jednakosti) na koje se ne treba obazirati za potrebe pravnog tretiranja (preskriptivna (ne)jednakost). Za razliku od prava na indiferentnost, mogli bismo tvrditi da je pravo na različitost prikladniji pojam u složenim društvima. Naime, načelo jednakosti zahtijeva vrijednosni sud koji se u povijesti vrlo često pokazao ukorijenjenim u predrasudama većine. Kao

pristupanju: prijelazne mjere), glava 2. Sloboda kretanja osoba, <http://tinyurl.com/7e5c3rw> (10. siječnja 2012.)

¹⁴⁸ Wintemute, Robert, *Sexual orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford University Press, 1997., str. 15

što je Dworkin pronicljivo rekao, „tretiranje kao s jednakim“ treba prevladati nad formalnim „jednakim tretmanom za sve“. Zakon ne može automatski i sam po sebi ukloniti stereotipe i predrasude. Ipak, on djeluje kao sjajan učitelj, uspostavlja javne norme koje postaju asimilirane u svakodnevnom životu i štite ugrožene ljude od nepravedne marginalizacije i zlostavljanja. Uključivanje povijesno diskriminirane skupine, bilo na rasnoj, nacionalnoj, spolnoj ili nekoj drugoj osnovi, čini se kao posve prirodan korak u oblikovanju našeg zajedničkog boljeg i tolerantnijeg svijeta. Ustavnopravni pojam jednakosti, kako je interpretiran u prikazanim nadležnostima, postaje sve više i više uključiv. Kao moralna bića takve bismo promjene trebali smatrati dobrodošlima. Brzinu i tempo uvođenja promjena i proširivanja prava, bilo putem zakonodavne ili sudske prakse, valja nedvojbeno birati s razumnom mjerom opreza i strpljenja, ali i uz odlučnost namjere ostvarivanja pravednijeg i sretnijeg društva.

CONSTITUTIONAL LAW PRINCIPLE OF EQUALITY AND LEGAL REGULATION FOR SAME SEX COUPLES

Modern democratic legal organisation holds the rights of the individual or person as its fundamental value. However, the significance, main idea and aim of such organisation is the creation of an adequate social environment for the complete and free development of each individual. Unhindered development of someone's person undoubtedly includes one of the most intimate areas of life which includes love and sexuality or someone's sexual orientation. Sexual minorities very often are faced with the "tolerant" attitude of the sexual majority which can be described as the social "imperative of invisibility". In other words, not only can the person of a different sexual orientation not be easily recognised (by certain stereotypes) and therefore he or she is factually invisible, but also those belonging to the majority often believe that homosexuals should be completely satisfied merely with the freedom " to do whatever they like within their own four walls". Consequently, remaining invisible becomes the basic form of protection offered by the majority. However, sexual orientation is ceasing to be considered exclusively as achieving sexual preference given that is a characteristic which includes interpersonal relations as an expression of basic personal human needs. In this sense, it is senseless to discuss the theory that it is about personal choice. Up till now, it was for the most part accepted that the right to personal development, just as the right to form and develop certain interpersonal relations, belongs to the area of protecting and respecting one's private life. So too did the European Court of Human Rights by defining one's "private life" in article 8 of the European Convention confirm that in various cases this right does not only include personal development, but also what is more important, the development of relations with other people and with the outside world as a whole. This paper provides the theoretical framework of comprehending the principle of equality and then goes on to a brief overview of paradigma questioning and approaches developed by the American Supreme Court. Then, an overview of more recent court practice follows both at a federal and state level, including an analysis of one of the most liberal decisions related to same sex couples brought by the South African Constitutional Court. The principle of equality and non-discrimination is then analysed in relevant European Court of Human Rights judgements taking into consideration the stance of European Union law. Finally, this paper looks at the legal framework for combating discrimination and regulating same sex relationships in the Republic of Croatia. Research shows continual reinterpretation of the principle of equality in the context of legal

regulation of same sex couples and points out the challenges soon to be faced by our national legal organisation in this area.

Key words: *principle of equality, non-discrimination, sexual orientation, same sex couples*