



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PRVI ODJEL

PREDMET SCHALK I KOPF protiv AUSTRIJE

(Aplikacija broj 30141/04)

PRESUDA
STRAZBUR
24. juni 2010. godine

U toku je zahtjev za delegaciju predmeta Velikom vijeću

*Ova presuda će postati konačna pod uslovima propisanim članom 44 stav
2 Konvencije. Ona može biti predmet redakcijskih izmjena*

U predmetu Schalk i Kopf protiv Austrije,

Evropski sud za ljudska prava (Prvi odjel), u vijeću koga čine:

Christos Rozakis, *Predsjednik*,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *sudije*,

i André Wampach, *Zamjenik Registrara Odjela*,

Nakon vijećanja od 25. februara 2010. godine i 3. juna 2010. godine,

Donosi sljedeću presudu, izrečenu posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Predmet je nastao iz aplikacije (br. 30141/04) koju su dana 5. avgusta 2004. godine sudu podnijela dvojica austrijskih državljana-g. Horst Michael Schalk i g. Johan Franz Kopf ("aplikanti"), protiv Republike Austrije, na osnovu člana 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ("Konvencija").

2. Aplikante je zastupao g. K. Mayer, advokat iz Beča. Vladu Austrije ("Vlada") je zastupao njen Agent, ambasador H. Tichy, Šef Odjela međunarodnog prava pri Federalnom Ministarstvu za evropske i međunarodne poslove.

3. Aplikanti su naročito naglasili da su bili diskriminirani, kao istopolni par, time što im je onemogućeno zaključenje braka ili da se na drugi zakonom propisani način prizna njihova veza.

4. Dana 8. januara 2007. godine, Predsjednik Prvog Odjela je odlučio da o aplikaciji obavijesti Vladu. Odlučeno je i da se istovremeno sa prihvatljivošću, ispita i meritum (član 29. stav 3.).

5. Aplikanti i Vlada su dostavili podneske o prihvatljivosti i meritumu prijave. Vlada je dostavila i naknadno mišljenje. Pored toga, priložen je i komentar treće strane - Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, kojoj je Predsjednik dozvolio da se u pismenoj formi umiješa u postupak (član 36. stav 2. Konvencije i Pravilo 44. stav 2.). Zajedničko mišljenje treće strane je pristiglo od 4 nevladine organizacije kojima je Predsjednik dozvolio miješanje, i to FIDH (*Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme*, *Međunarodna Federacija Lige za ljudska prava*), ICJ (International Commission of Jurists, *Međunarodna Komsija Pravnika*) AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe, *Savjetovalište o Individualnim pravima u Evropi*) and ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian and Gay Association, *Evropska Regija*

Međunarodne Asocijacije Lezbejki i Homoseksualaca). Takođe, Predsjednik je ovim četirima nevladinim organizacijama dozvolio da intervenišu tokom rasprave.

6. Rasprava je javno održana u Zgradi ljudskih prava, Strazbur, dana 25. februara 2010. godine (Pravilo 59. stav 3).

Pred Sudom su učestvovali:

(a) *u ime Vlade*

Gđa B. OHMS, Federalni Kabinet, *zamjenik Agent,*
Gđa G. PASCHINGER, Federalno Ministarstvo za Evropske i
međunarodne poslove
G-din M. STORMANN, Federalno Ministarstvo pravde, *savjetnici;*

(b) *u ime aplikanata*

G-din K. MAYER, *advokat,*
G-din H. SCHALK, *aplikant;*

(c) *u ime nevladinih orgnaizacija, treća lica kao umješaci*

Gdin R. WITEMUTE, Kings College, London *advokat,*
Gđa A. JERNOW, International Commission of Jurists, *savjetnik.*

Sud je saslušao iskaze gđe Ohms, g. Mayer-a, i g. Wintemute-a.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

7. Aplikanti su rođeni 1962. godine i 1960. godine. Istopolni su par i žive u Beču.

8. Dana 10. septembra 2002. godine, aplikanti su od Kancelarije za pitanja ličnog statusa (*Standesamt*) zahtijevali da preduzme formalne radnje kako bi im se omogućio da zaključe brak.

9. Odlukom od 20. decembra 2002. godine, Opštinska kancelarija Beč (*Magistrat*) je odbila zahtjev aplikanata. Pozivajući se na odredbu člana 44. Građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), našla je da se brak može zaključiti između dva lica različitog pola. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, brak zaključen između dva lica istog pola je ništav. Obzirom da su aplikanti dva muškarca, nedostaje im osnov za zaključenje braka.

10. Aplikanti su podnijeli žalbu Regionalnom guverneru Beč (*Landeshauptmann*), ali bez uspjeha. U odluci od 11. aprila 2003. godine, guverner je potvrdio pravno stanovište Opštinske kancelarije. Pozvao se na praksu Upravnog suda, prema kojoj je zapreka za zaključenje braka ako su

dvije osobe istog pola. Štaviše, član 12. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je pravo na zaključenje braka ograničio na lica suprotnog pola.

11. U ustavnoj žalbi aplikanti navode da im pravna nemogućnost da zaključe brak predstavlja kršenje njihovog prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i kršenje principa nediskriminacije. Navode da je pojam braka evoluirao od dana stupanja na snagu Građanskog zakonika, 1812. godine. Naročito ukazuju da rađanje i obrazovanje djece više ne predstavlja integralni dio braka. Prema današnjim shvatanjima, brak je više trajna zajednica koja obuhvata sve aspekte života. Nema objektivnog opravdanja za isključenje istopolnih parova od zaključenja braka, to više jer je Evropski sud za ljudska prava priznao da razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju naročito ozbiljne razloge. Druge zemlje Evrope su ili dozvolile homoseksualne brakove, ili su na drugi način izmijenile svoje zakonodavstvo u pravcu davanja istog statusa istopolnim partnerima.

12. Konačno, aplikanti navode povredu njihovog prava na mirno uživanje imovine. Ukazuju da u slučaju da jedan partner iz homoseksualne veze umre, drugi je diskriminisan jer bi bio u mnogo lošijoj poziciji prema poreskim zakonima, nego preostali partner iz bračnog para.

13. Dana 12. decembra 2003. godine, Ustavni sud (*Verfassungs-gerichtshof*) je odbio žalbu aplikanata. Relevantni dijelovi presude glase, kako slijedi:

“Upravni postupak koji je rezultirao nametnutom odlukom se tiče isključivo pitanja legitimacije za brak. Prema tome, jedina prihvatljiva pritužba podnosioca prijave je da član 44. Građanskog zakonika dozvoljava i propisuje jedino brak između “lica suprotnog pola”. Navod o povredi njihovog prava na imovinu je samo drugo sredstvo nastojanja da se pokaže da je ovakvo stanje stvari neopravdano.

U pogledu braka, član 12 Konvencije, koja ima status ustavnog prava, propisuje:

‘Od trenutka kada postanu sposobni za brak, muškarac i žena imaju pravo da stupe u brak i zasnuju porodicu prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava.’

Ni princip jednakosti, predviđen Federalnim Ustavom Austrije, niti Konvencija o ljudskim pravima (osvjedočeno kao “muškarac i žena” u članu 12.) ne zahtijeva da koncept braka, makar usko povezan sa temeljnom mogućnošću roditeljstva, bude proširen na odnose druge vrste. Suština braka, štaviše, nije ni na koji način ugrožena činjenicom da je moguć razvod (ili rastava) i da je stvar bračnih supružnika da li oni u biti mogu ili žele imati djecu. U presudi *Cossey* od 27. septembra 1990. godine (broj 10843/84, povodom posebnog položaja transseksualnih lica), Evropski sud za ljudska prava je našao da je ograničenje braka na taj “tradicionalni” koncept objektivno opravdano, zapažajući

‘... da pripadak tradicionalnom konceptu braka daje dovoljno razloga za kontinuirano prihvatanje bioloških kriterija utvrđivanja pola osobe u svrhu braka.’

[Naknadna izmjena prakse o posebnim okolnostima transseksualnih osoba (ECHR, *Goodwin*, br. 28957/95, 11. juli 2002. godine) ne dozvoljava zaključak da treba postojati bilo kakva promjena u ocjeni opšteg pitanja o kome je ovdje riječ.]

Činjenica da istopolni odnosi spadaju u koncept privatnog života i kao takvi uživaju zaštitu u smislu člana 8. Konvencije – koja također zabranjuje diskriminaciju na neobjektivnim osnovama (član 14. Konvencije) – ne stvara obavezu promjene propisa o braku.

U ovom predmetu nije potrebno ispitivati da li i u kom obimu, zakon neopravdano diskriminiše istopolne veze, propisujući posebna pravila za bračne parove. Zadatak suda nije ni to da savjetuje zakonodavca o ustavnim stvarima ili čak o stvarima zakonske politike..

Stoga, žalba se mora odbiti kao neosnovana..”

14. Presuda Ustavnog suda je dana 25. februara 2004. godine dostavljena punomoćniku aplikanata.

II. RELEVANTNO DOMAĆE I UPOREDNO PRAVO

A. Austrijsko pravo

1. Građanski zakonik

15. Član 44. Građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) propisuje:

“Ugovor o braku predstavlja za porodične odnose. Na osnovu ugovora o braku dvije osobe različitog pola potvrđuju njihovu zakonitu namjeru da žive zajedno u neraskidnoj zajednici, da siću i podižu djecu i da jedno drugo izdržavaju..”

Ova odredba je ostala neizmijenjena od dana stupanja na snagu, 1. januara 1812. godine..

2. Zakon o registrovanom partnerstvu

16. Svrha Zakona o registrovanom partnerstvu (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) je da istopolnim parovima obezbijedi formalne mehanizme priznanja i pružanje pravnih efekata njihovom partnerstvu. Donoseći taj zakon, zakonodavac je posebno vodio računa o razvoju u drugim evropskim državama (vidi obrazloženje nacrtu zakona – *Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, 485 der Beilagen XXIV GP).

17. Zakon o registraciji partnerstva, Federalni Službeni glasnik (*Bundesgesetzblatt*) tom I, broj 135/2009, je stupio na pravnu snagu dana 1. januara 2010. godine. Odjeljak 2. propisuje, kako slijedi:

“Registrovano partnerstvo mogu činiti samo dva lica istog pola (registrovani partneri). Oni se time obavezuju na trajnu zajednicu sa uzajamnim pravima i obavezama..“

18. Pravila o ustanovljavanju registrovanog partnerstva, efekti i prestanak, slična su pravilima kojima se uređuje brak.

19. Registrovano partnerstvo uključuje zajednički život na trajnoj osnovi i može se zasnovati između dva punoljetna lica istog pola, sa pravnom sposobnošću (odjeljak 3). Registrovano partnerstvo se ne može zasnovati između bliskih srodnika ili sa već bračnom osobom, ili sa osobom koja već ima valjano registrovano partnerstvo sa drugom osobom. (odjeljak 5).

20. Slično bračnim parovima, od registrovanih partnera se očekuje da žive zajedno, kao bračni supružnici u svakom smislu, da dijele zajednički dom, da postupaju jedno prema drugom sa pažnjom i da uzajamno drugom pružaju potporu (odjeljak 8. (2) i (3)). Kao i u slučaju bračnih parova, partner koji vodi domaćinstvo i nema prihoda, ima pravo da drugog partnera zastupa u svakodnevnim pravnim odnosima (odjeljak 10.). Registrovani partneri imaju iste obaveze u pogledu idržavanja, kao i bračni parovi (odjeljak 12.).

21. Razlozi prestanka registrovanog partnerstva su isti kao i za razvod braka ili rastavu. Prestanak registrovanog partnerstva nastupa u slučaju smrti jednog od partnera (odjeljak 13.). Može biti određen sudskom odlukom na raznim drugim osnovima: nepostojanje namjere zasnivanja registrovanog partnerstva (odjeljak 14.), propust jednog ili oba partnera, ili prestanak partnerstva usljed neotklonjivih razlika (odjeljak 15.).

22. Zakon o registrovanom partnerstvu takođe sadržava sveobuhvatne izmjene postojećeg zakonodavstva sa ciljem da registrovanim partnerima obezbijedi isti status kao i bračnim parovima u raznim drugim oblastima prava, kao što je nasljedno pravo, radno pravo, socijalno pravo i pravo socijalnog osiguranja, fiskalno pravo, upravni postupak, pravo zaštite podataka i javnih službi, pitanja pasoša i registracije, kao i pravo o strancima.

23. Međutim, ostale su neke razlike između braka i registrovanog partnerstva, pored činjenice da samo dvije osobe istog pola mogu zaključiti registrovano partnerstvo. Niženaavedene razlike su bile predmet izvjesne javne debate prije usvajanja Zakona o registraciji partnerstva: dok se brak zaključuje pred Kancelarijom za pitanja ličnog statusa, registrovana partnerstva se zaključuju pred Upravnom vlašću Distrikta. Pravila o izboru imena se razlikuju od pravila za bračni par: na primjer, zakon propisuje “prezime” tamo gdje registrovani par bira uobičajeno ime, ali za “porodično ime” u vezi sa uobičajenim imenom bračnog para. Najznačajnije razlike se međutim, tiču roditeljskih prava: za razliku od bračnih parova, registrovani partneri ne mogu usvojiti dijete; nije moguće biti očuh ili maćeha, što znači usvajanje djeteta jednog partnera od strane drugog partnera (odjeljak 8. (4)). Isključena je vještačka oplodnja (odjeljak 2. (1) Zakona o vještačkom rađanju - *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

B. Uporedno pravo

1. *Pravo Evropske Unije*

24. Član 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima, koja je potpisana 7. decembra 2000. godine i stupila na snagu 1. decembra 2009. godine, propisuje kao slijedi:

“Pravo na brak i osnivanje porodice se garantuje u skladu sa nacionalnim pravom koje reguliše ostvarivanje tih prava.”

25. Relevantni dio Komentara Povelje glasi, kako slijedi:

“Moderni trendovi i razvoj domaćih propisa brojnih zemalja prema širem otvaranju i prihvatanju istopolnih parova je neupitan, svega nekoliko zemalja još uvijek ima javne politike i /ili odredbe koje eksplicitno zabranjuju shvatanje da istopolni parovi imaju pravo na brak.. U sadašnjici, vrlo je ograničeno pravno priznanje istopolnih odnosa u smislu da brak nije omogućen istopolnim parovima. Domaće zakonodavstvo većine zemalja pretpostavlja, drugim riječima, da su osobe suprotnog pola ona koja namjeravaju zaključiti brak.. Bilo kako bilo, u manjem broju zemalja, npr, u Holandiji i Belgiji, pravno je priznat brak između lica istog pola. Druge, kao što su nordijske zemlje, usvojile su zakonodavstvo o registraciji partnerstva, iz kojih slijedi da su odredbe o braku, npr. njegove pravne posljedice kao što je podjela imovine, pravo nasljeđivanja, itd., takođe primjenjive na ovakve zajednice. U isto vrijeme bitno je istaći da je pojam ‘registrovano partnerstvo’ namjerno izabrano da se ne bi miješalo sa brakom i ustanovljen je kao alternativni metod priznavanja ličnih odnosa. Posljedično, taj novi institut je po pravilu, dostupan samo parovima koji se ne mogu vjenčati, te istopolno partnerstvo nema isti status i iste prednosti kao što to ima brak (...)

Da bi se uzela u obzir različitost domaćeg zakonodavstva o braku, član 9. Povelje se poziva na domaće zakonodavstvo. Kao što slijedi iz njegove formulacije, norma je obimom šira od odgovarajućih članova drugih međunarodnih instrumenata. Premda nema eksplicitne naznake ‘muškarci i žene’ kao što je to slučaj u drugim instrumentima ljudskih prava, može se tvrditi da nema prepreke priznati istopolne odnose u kontekstu braka. Međutim tu nema eksplicitnog zahtjeva da domaći zakoni moraju propisati takve brakove. Međunarodni sudovi i komiteti su do sada oklijevali da prošire primjenu prava na brak na istopolne parove.. (...)”

26. Brojne Direktive su takođe od značaja za ovaj predmet:

Direktiva Evropskog Savjeta 2003/86/EC od 22. septembra 2003. godine, o pravu na objedinjavanje porodice, bavi se uslovima za izvršavanje prava na objedinjavanje porodice državljanina treće zemlje koji zakonito boravi na teritoriji zemlje članice.

Njen član 4., koji nosi naslov “članovi porodice”, propisuje:

“(3) Zakonom ili uredbom, na osnovu ove direktive i saglasno uslovima iz Poglavlja IV, vanbračnom partneru, državljaninu treće zemlje, s kojim je izdržavalac u provjerenom, stabilnom, dugoročnom odnosu, ili državljaninu treće zemlje koji je sa izdržavaocem povezan registrovanim partnerstvom prema odredbi člana 5 (2), država članica može dozvoliti ulazak i boravak ...”

Direktiva 2004/38/EC Evropskog Parlamenta i Savjeta od 29. aprila 2004. godine o pravima državljana Unije i članova njihovih porodica na preseljenje i slobodan boravak na teritoriji države članice.

Njen član 2. sadrži sljedeću definiciju:

“(2) ‘Član porodice’ znači:

(a) bračni supružnik

(b) partner s kojim državljanin Unije ima registrovano partnerstv, na osnovu zakonodavstva države članice, ukoliko zakonodavstvo zemlje članice domaćina registrovano partnerstvo tretira jednako braku u skladu sa uslovima propisanim u relevantnom zakonodavstvu zemlje članice domaćina.

(c) direktni potomci, mlađi od 21 godine ili su izdržavana lica ili potomci partnera definisanog tačkom (b)

(d) direktni potomak u uzlaznoj liniji ili potomak partnera definisanog tačkom (b).”

2. Stanje relevantnog zakonodavstva u državama članicama Vijeća Evrope

27. Trenutno, šest od četrdeset sedam država članica dozvoljava istopolnim parovima zaključenje braka, i to Belgija, Holandija, Norveška, Portugal, Španija i Švedska.

28. Tu je i trinaest država članica, koje ne dozvoljavaju istopolnim parovima zaključenje braka, ali su usvojile izvjesnu vrstu zakonodavstva kojim dozvoljavaju istopolnim parovima registraciju partnerstva: Andora, Austrija, Češka Republika, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Mađarska, Island, Luksemburg, Slovenija, Švajcarska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Dakle, postoji devetnaest država članica u kojima istopolni parovi imaju mogućnost zaključenja braka ili registracije partnerstva (vidi, takođe, pregled u *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 13378/05, stav 26., ECHR 2008).

29. U dvije države i to u Irskoj i Lihtenštajnu se planiraju ili su u postupku usvajanja reforme u cilju omogućavanja istopolnim parovima neke forme registrovanog partnerstva. Hrvatska ima Zakon o istopolnim zajednicama kojim se priznaje zajednica istopolnih parova u ograničene svrhe, ali im ne dozvoljava mogućnost registracije.

30. Prema informacijama dostupnim Sudu, velika većina ovih država je relevantno zakonodavstvo usvojila u zadnjoj dekadi.

31. Pravne posljedice registrovanaog partnerstva se razlikuju od gotovo istovjetnosti sa brakom do omogućavanja relativno ograničenih prava. U pogledu pravnih posljedica registrovanog partnerstva, moguće je razlikovati tri glavne kategorije: materijalne posljedice, roditeljske posljedice i ostale posljedice.

32. Materijalne posljedice pokrivaju uticaj registrovanog partnerstva na različite vrste poreza, zdravstveno osiguranje, doprinosi za socijalno osiguranje i penzije. U većini ovih država registrovani partneri stiču status sličan braku. Ovaj princip se primjenjuje na druge materijalne posljedice, koa što je uređenje zajedničke imovine i duga, primjenu pravila izdržavanja nkaon rastave, pravo na naknadu štete iz osnova nezaknite smrti partnera i nasljedna prava.

33. Kada se govori o roditeljskim pravima, međutim, mogućnost registrovanih parova da izvrše medicinsku vještačku oplodnju ili da usvoje dijete, u mnogome se razlikuje od države do države.

34. Ostale posljedice uključuju upotrebu prezimena partnera, uticaj na pribavljanje državljanstva i boravišne dozvole za parnera stranca, odbijanje svjedočenja, svojstvo nabližeg srodnika u medicinske svrhe, kontinuirano svojstvo stanara u slučaju smrti partnera i zakonite donacije organa.

PRAVO

I. ZAHTJEV VLADE ZA SKIDANJE PRIJAVE SA LISTE SLUČAJEVA PRED SUDOM

35. U usmenom izlaganju, Vlada tvrdi da Zakon o registrovanom partnerstvu dozvoljava istopolnim parovima da ostvare pravni status u najvećoj mjeri prilagođen statusu koji odgovara braku parova suprotnih polova. Navela je da se ova pravna stvar može smatrati riješenom i da je opravdano prijavu skinuti sa liste predmeta pred sudom Pozvala se na član 37. stav 1. Konvencije, koji u bitnom dijelu glasi, kako slijedi::

“1. Sud u svakoj fazi postupka može osdlučiti da prijavu skine sa liste predmeta ako se na osnovu okolnosti može zaključiti

...

(b) da je predmet riješen;

...

Međutim, sud nastavlja sa ispitivanjem prijave ako je to potrebno radi poštovanja ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i Protokolima uz nju.”

36. Da bi se zaključilo da je član 37. stav 1. (b) Konvencije primjenjiv na ovaj predmet, sud mora odgovoriti na dva pitanja: prvo, mora odgovoriti da li okolnosti na koje se podnosioci predstavke direktno žale još uvijek postoje i drugo, da li su uklonjene posljedice mogućeg kršenja Konvencije obzirom na te okolnosti (vidi *Shevanova protiv Latvije* (skinuto sa liste) [GC], broj 58822/00, stav 45., 7. decembar 2007. godine).

37. Sud zapaža da je okosnica prijave u tome da podnosioci prijave nemaju mogućnost zaključenja braka pošto su istopolni par. Ova situacija i dalje postoji i nakon stupanja na snagu Zakona o registraciji partnerstva.

Kako je Vlada istakla taj zakon dozvoljava istopolnim parovima da ostvare samo status sličan ili uporediv sa brakom, ali im ne dozvoljava zaključenje braka, koji je ostao rezervisan samo za parove suprotnih polova.

38. Sud zaključuje da nisu ispunjeni uslovi za skidanje predmeta sa liste i stoga odbija zahtjev Vlade.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 12. KONVENCIJE

39. Aplikanti se žale da je odbijanjem vlasti da im se dozvoli zaključenje braka došlo do kršenja člana 12. Konvencije, koji propisuje kako slijedi::

“Od trenutka kada postanu sposobni za brak, muškarac i žena imaju pravo da stupe u brak i zasnuju porodicu prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava.”

Vlada je osporila ovaj argument.

A. Prihvatljivost

40. Sud zapaža da Vlada ističe pitanje da li žalba aplikanata spada u domen člana 12. Konvencije, uzimajući u obzir da su oni dva muškarca koji se pozivaju na pravo na zaključenje braka. Međutim, Vlada nije osporila da je žalba neprihvatljiva kao *ratione materiae*. Sud je saglasan da je predmet dovoljno kompleksan, pa da se ne bi mogao riješiti u fazi prihvatljivosti.

41. U svjetlu podnesaka strana, Sud smatra da predmet otvara ozbiljna činjenična i pravna pitanja prema Konvenciji, te da njihovo utvrđenje zahtijeva ispitivanje merituma predmeta. Stoga, Sud zaključuje da ova prijava nije očigledno neosnovana u smislu značenja člana 35. stav 3. Konvencije. Nisu utvrđeni drugi osnovi neprihvatljivosti.

B. Meritum

1. Argumenti stranaka

42. Vlada se poziva na odluku Ustavnog suda u ovom predmetu, ukazujući da je ovaj sud vodio računa o praksi Suda i da nije našao kršenje prava podnosilaca prijave zaštićenih Konvencijom.

43. U usmenom izlaganju pred sudom, Vlada je ostala kod toga da jasan sadržaj člana 12. i prakse Suda, kako ona glasi, ukazuje da je po svojoj prirodi pravo na zaključenje braka ograničeno na parove suprotnih polova. Ne osporava da je nakon usvajanja Konvencije došlo do krupnih socijalnih primjena u institutu braka, ali da još nema evropskog konsenzusa za dozvolu zaključenja braka istopolnim parovima, niti se takvo pravo može izvesti iz člana 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima. Bez obzira

na različit tekst, potonja se odnosi na pitanja braka istopolnih parova prema nacionalnom zakonodavstvu.

44. Aplikanti ističu da je u današnjem društvu građanski brak unija dvije osobe, koja obuhvata sve aspekte njihovih života, dok rađanje i obrazovanje djece više nije odlučujući element. Pošto je institut braka pretrpio značajne promjene, više nema razloga istopolnim parovima ne dozvoliti zaključenje braka. Tekst člana 12. nije neophodno tumačiti u svjetlu da samo muškarac i žena imaju pravo zaključiti brak sa osobom suprotnog pola. Štaviše, aplikanti smatraju da norma iz člana 12. "prema nacionalnim zakonima" ne može značiti da je državi data neograničena diskrecija u propisivanju prava na zaključenje braka.

2. Podnesci treće strane

45. Vlada Ujedinjenog Kraljevstva tvrdi da praksa suda, kako je ustanovljena, smatra da se član 12. odnosi na "tradicionalni brak između osoba suprotnih bioloških polova" (vidi *Sheffield i Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 30. juli 1998. godine, stav 66., *Izveštaji o presudama i odlukama* 1998-V). Prema njenom stanovištu, nema razloga odstupiti od te pozicije.

46. Dok je Sud često podvlačio da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u sadašnjim okolnostima, taj pristup je preduzimao samo da bi razvio svoju praksu tamo gdje je zapazio približavanje standarda među državama članicama. U presudi *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC] (broj 28957/95, ECHR 2002-VI), na primjer, Sud je preispitao svoje stanovište o mogućnosti postoperativne transseksualne oosbe da zaključi brak sa osobom pola suprotnog od novostečenog, imajući u vidu činjenicu da većina država ugovornica dozvoljava takve brakove. Kao kontrast, nema približavanja o standardima u pogledu istopolnog braka. U vrijeme kada je treća strana dostavila svoja opažanja, samo tri države članice su dozvolile istopolni brak, a u dvije druge se razmatraju prijedlozi u ovom pravcu. Pitanje istopolnog braka dotiče osjetljivo područje socijalnih, političkih i religioznih kontroverzi. U odsustvu konsenzusa država uživa naročito široku marginu slobodne ocjene.

47. Četiri nevladine organizacije su pozvale Sud da iskoristi mogućnost da proširi pitanje zaključenja braka i na istopolne parove. Činjenica da parovi suprotnih polova mogu zaključiti brak, dok istopolni parovi to ne mogu, predstavlja različitost tretmana, zasnovanog na seksualnoj orijentaciji. Pozivajući se na presudu *Karner protiv Austrije*, (broj 40016/98, stav 37., ECHR 2003-IX), ističu da se takvo razlikovanje može opravdati samo "naročito ozbiljnim razlozima". Kako tvrde, takvi razlozi ne postoje: isključenje istopolnih parova od zaključenja braka nije u službi zaštite braka ili porodice u tradicionalnom smislu. Ni omogućavanje istopolnim parovima da zaključe brak ne bi obezvrijedilo brak u tradicionalnom smislu. Štaviše, institut braka je pretrpio značajne promjene

i, kao što je Sud našao u presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stav 98.), nemogućnost rađanja djece ne može se samo po sebi smatrati onemogućavanjem prava na zaključenje braka. Četiri nevladine organizacije priznaju da razlika između predmeta *Christine Goodwin* i ovog leži u stanju evropskog konsenzusa. Međutim, prigovaraju da u odsustvu bilo kakvog objektivnog i racionalnog opravdanja za različit tretman, značajno manju težinu treba dati evropskom konsenzusu.

48. Konačno, četiri nevladine organizacije se pozivaju na presude Ustavnog suda Južne Afrike, Apelacionih sudova Ontarija i Britanske Kolumbije u Kanadi, te Vrhovnih sudova Kalifornije, Konektikata, Ajove i Masačusetsa u Sjedinjenim Američkim Državama, koji su našli da negiranje prava na zaključenje braka istopolnim parovima predstavlja diskriminaciju.

3. Ocjena suda

a. Opšti principi

49. Prema ustanovljenoj praksi Suda, član 12. osigurava osnovno pravo muškarca i žene da zaključe brak i osnuju porodicu. Izvršavanje ovog prava ima lične, socijalne i pravne posljedice. Ono je “podložno nacionalnim zakonim država ugovornica”, ali tako postavljena ograničenja ne smiju ograničiti ili umanjiti pravo na način ili do te mjere da se negira suština toga prava (vidi *B. i L. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 36536/02, stav 34., 13. septembar 2005. godine, i *F. protiv Švajcarske*, 18. decembar 1987. godine, stav 32., Serija A broj 128).

50. Na prvom mjestu, Sud primjećuje da još nije imao priliku ispitivati da li dvije osobe istog pola mogu navoditi da imaju pravo na zaključenje braka. Međutim, izvjesni principi se mogu izvesti iz prakse Suda u pogledu transseksualnih osoba.

51. U brojnim predmetima je istaknuto pitanje da li odbijanje dozvole post-operativnoj transseksualnoj osobi da zaključi brak sa osobom pola suprotnog njegovom novodobijenom polu predstavlja kršenje člana 12. U ranijoj praksi, Sud je ustanovio da prilog tradicionalnom konceptu braka, koji pojačava član 12., omogućava dovoljno razloga državi ugovornici za kontinuirano prihvatanje bioloških kriterija u pravcu utvrđivanja pola osobe u svrhu braka. Posljedično, to se smatralo okolnošću koja je obuhvaćena ovlaštenjima države ugovornice da nacionalnim zakonom uredi ostvarivanje prava na zaključenje braka. (vidi *Sheffield i Horsham*, gore citirano, stav 67.; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 27. septembar 1990. godine, stav 46., Serija A br. 184; vidi takođe *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 17. oktobar 1986. godine, stavovi 49.-50., Serija A broj 106).

52. U presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stavovi 100.-104.) Sud je odstupio od svoje prakse: smatrao je da pojmovi iz člana 12. koji se odnose na pravo muškarca i žene da zaključe brak, više se ne moraju shvatati kao utvrđivanje pola temeljem isključivo bioloških kriterija. U tom

kontektu, Sud je zapazio da su postojale značajne socijalne promjene u institutu braka počev od usvajanja Konvencije. Nadalje, pozvao se na član 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima, koji odstupa od rječnika člana 12. Konvencije. Konačno, Sud je zapazio postojanje široko rasprostranjenog prihvatanja braka transseksualnih osoba prema novostečenom polu. Kao zaključak, Sud je našao da nemogućnost post-operativne transseksualne osobe da u novostečenom polu zaključi brak predstavlja kršenje člana 12. Konvencije.

53. Dva druga predmeta su od značaja u ovom kontekstu: (*Parry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 42971/05, ECHR 2006-XV, i *R. i F. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 35748/05, 28. novembar 2006. godine). U oba predmeta aplikanti su bili bračni parovi, koji se sastoje od žene i od muško-ženske- post-operativne transseksualne osobe. *Inter alia*, žalili su se prema odredbi člana 12. Konvencije da se od njih zahtijevalo da okončaju brak ukoliko drugi podnosilac prijave želi da ostvari potpuno pravno priznanje njene promjene pola. Sud je taj prigovor odbio kao očigledno neosnovan. Naveo je da domaće zakonodavstvo dozvoljava zaključenje braka između dviju osoba suprotnih polova, dok takav pol potiče iz činjenice rođenja ili iz postupka priznavanja pola, a da istopolni brakovi nisu dozvoljeni. Slično, član 12. brani tradicionalni koncept braka zaključenog između muškarca i žene. Sud je prihvatio da je izvjesni broj država članica proširio brak na istopolne partnere, ali je ostao na tome da to ima značenje na njihovu viziju uloge braka u njihovim društvima i ne proističe iz interpretacije osnovnog prava, kako su ga države članice propisale Konvencijom, 1950. godine. Zaključio je da to spada u marginu slobodne ocjene države članice kako će regulisati efekte promjene pola na prethodno postojeće brakove. Sud dodatno smatra da, ukoliko se te osobe odluče na razvod da bi omogućili transseksualnom partneru potpuno priznanje pola, činjenica da su podnosioci prijave imali mogućnost zaključenja građanskog partnerstva, doprinosi proporcionalnosti režima priznanja pola, na šta se oni i žale.

b. Primjena u ovom predmetu

54. Sud zapaža da član 12. dozvoljava “*muškarcu i ženi*” da zaključe brak. Francuska verzija propisuje « *l’homme et la femme ont le droit de se marier* ». Dalje, član 12. dozvoljava zasnivanje porodice.

55. Aplikanti navode da iz ovakvog rječnika ne slijedi nužno da se muškarac može oženiti samo ženom i obratno. Sud zapaža, izolovano posmatrano, da se rječnik člana 12. može interpretirati tako da ne isključuje brak između dva muškarca ili dvije žene. Međutim, suprotno tome, svi ostali suštinski članovi Konvencije “*svakom*” jamče prava i slobode ili navode da “*niko*” ne može biti podvrgnut nekom tipu zabranjenog postupanja. Izbor rječnika u članu 12. se stoga mora razborito cijeniti. Štaviše, mora se voditi računa o istorijskom kontekstu u kome je usvojena

Konvencija. U 1950.–tim godinama, brak se jasno shvatao u tradicionalnom smislu kao unija partnera suprotnih polova.

56. U pogledu veze između prava na zaključenje braka i prava na zasnivanje porodice, Sud je već zauzeo stav da se nemogućnost bilo kog para da začnu ili imaju dijete, ne može smatrati *samo po sebi* otklanjanjem prava na zaključenje braka (*Christine Goodwin*, gore citirana, stav 98.). Međutim ovaj stav ne dozvoljava nikakav zaključak u pogledu istopolnog braka.

57. U svakom slučaju, aplikanti se uglavnom ne pozivaju na tekstualnu interpretaciju člana 12. U suštini, oni se oslanjaju na praksu Suda prema kojoj je Konvencija živi instrument i koja se interpretira u današnjim okolnostima. (vidi *E.B. protiv Francuske* [GC], br. 43546/02, stav 92., ECHR 2008-..., i *Christine Goodwin*, citirana gore, stavovi 74.-75.). Prema stanovištu aplikanata, u današnjim okolnostima član 12. treba tumačiti tako da istopolnim parovima dozvoljava zaključenje braka ili, drugim riječima, obavezujući je za državu članicu da u svom nacionalnom zakonodavstvu obezbijedi takve mogućnosti..

58. Sud nije uvjeren u ovaj argument aplikanata. Iako je, kako se zapaža u presudi *Christine Goodwin*, od usvajanja Konvencije institut braka pretpio bitne socijalne promjene, Sud zapaža da nema evropskog konsenzusa o istopolnom braku. U sadašnjici, najviše šest država, od četrdeset sedam država Konvencije dozvoljava istopolni brak (vidi stav 27. gore).

59. Kao što su Vlada i Vlada treće strane pravilno istakle, u ovom predmetu se mora napraviti razlika od predmeta *Christine Goodwin*. U tom predmetu (gore citiran, stav 103.) Sud zapaža približavanje standarda o braku transseksualnih osoba u novostečenom polu. Štaviše, predmet *Christine Goodwin* se tiče braka partnera različitog pola, ako se pol ne definiše isključivo po biološkom kriteriju, već uzimanjem u obzir drugih faktora, uključujući promjenu pola jednog od partnera.

60. Poredeći član 12. Konvencije sa članom 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima (Povelja), Sud je već zapazio da je potonja svjesno odstupila od reference na muškarce i žene (vidi *Christine Goodwin*, gore citirana, stav 100.). Komentar Povelje, koja je u decembru 2009. godine postala obavezujuća, potvrđuje da se član 9. smatra širim u obimu nego odgovarajući članovi u drugim instrumentima o ljudskim pravima (vidi stav 25., gore). U isto vrijeme, referenca na domaće zakonodavstvo ukazuje na različito normiranje u nacionalnim zakonodavstvima, koje se kreće od dozvole zaključenja braka istopolnim parovima do eksplicitne zabrane. Pozivajući se na nacionalno zakonodavstvo, član 9. Povelje državama ostavlja odluku da li će istopolnim parovima dozvoliti zaključenje braka. U tekstu komentara: "... može se navoditi da u kontekstu braka nema prepreke priznanja istopolnog odnosa. Međutim, nema eksplicitnog zahtjeva da domaće pravo obezbijedi takve brakove.."

61. Stoga, vodeći računa o članu 9. Povelje, Sud ne bi dalje smatrao da pravo na zaključenje braka predviđeno članom 12. mora u svakom slučaju biti ograničeno na brak između dvije osobe suprotnih polova. Posljedično, ne može se reći da član 12. nije primjenjiv na žalbe aplikanata. Međutim, kako stvari stoje, pitanje da li dozvoliti ili ne dozvoliti istopolni brak se ostavlja na normiranje nacionalnom zakonodavstvu države članice.

62. U vezi sa time, Sud zapaža da brak ima duboko ukorijenjene socijalne i kulturološke konotacije koje se mogu široko razlikovati u svakom od društava. Sud ponavlja da on ne smije žuriti da vlastitom presudom zamijeni domaću presudu, jer su nacionalne vlasti u najboljem položaju da ispituju i odgovore potrebama društva (vidi *B. i L. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, gore citirana, stav 36.).

63. Zaključno, Sud nalazi da član 12. Konvencije ne nameće obavezu Vladi tužene strane da dozvoli zaključenje braka istopolnom paru, kao što su to podnosioci prijave.

64. Posljedično, nema kršenja člana 12. Konvencije.

III. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14. U VEZI SA ČLANOM 8. KONVENCIJE

65. Aplikanti se žale na osnovu člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije da su diskriminirani obzirom na njihovu seksualnu orijentaciju, jer im je uskraćeno pravo na zaključenje braka i da nemaju nikakvu drugu mogućnost zakonskog priznanja njihovog odnosa, prije nego je na snagu stupio Zakon o registrovanom partnerstvu.

Član 8. glasi, kako slijedi:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života,...

....

2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.”

Član 14. propisuje, kako slijedi:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

A. Prihvatljivost

1. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava

66. U podnescima, Vlada je tvrdila da su se aplikanti žalili domaćim vlastima samo na nemogućnost zaključenja braka. Svako drugo pitanje, postavljeno u prijavi Sudu, eksplicitno ili implicitno, kao što je pitanje kakvog drugog alternativnog pravnog priznanja njihovog odnosa, treba proglasiti neprihvatljivim zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Međutim, u usmenom izlaganju pred Sudom, Vlada ne iznosi ovaj argument. Suprotno tome, navodi da se registrovano partnerstvo može smatrati elementom ove prijave

67. Aplikanti osporavaju argument Vlade o neiscrpljivanju domaćih pravnih sredstava, naročito ukazujući da aspekt diskriminacije istopolnog para, predstavlja dio njihove žalbe i da su se u ustavnoj žalbi takođe pozvali na praksu Suda prema članu 14. u vezi sa članom 8.

68. Sud ponavlja da od žalbi koje se žele potom istaći u Strazburu, član 35. stav 1. Konvencije zahtijeva da se istaknu pred domaćim tijelima, makar u suštini, saglasno formalnim zahtjevima i u rokovima propisanim domaćim zakonodavstvom (vidi *Akdivar i Ostali protiv Turske*, 16. septembar 1996. godine, stav 66., *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-IV).

69. U ovom predmetu, unutrašnji postupak se odnosio na odbijanje vlasti da odobre brak podnosioca prijave. Pošto u to vrijeme mogućnost registracije partnerstva nije postojala, teško je zamisliti kako su podnosioci prijave mogli istaći pitanje zakonskog priznanja njihovog partnerstva, osim pokušaja da zaključe brak. Stoga, njihova ustavna žalba se takođe odnosi na nemogućnost zaključenja braka. Međutim, makar u suštinskom smislu, oni se takođe žale na nepostojanje bilo kakvog drugog sredstva zakonskog priznavanja njihovog partnerstva. Otuda, Ustavni sud je bio u prilici da se bavi predmetom, i zaista, ukratko se osvrnuo, premda samo navodeći da je na zakonodavcu da ispita koja područja prava moguće diskriminišu istopolne parove ograničavanjem izvjesnih prava na bračne parove. U takvim okolnostima, Sud nalazi da su aplikanti ispunili uslove iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava.

70. U svakom slučaju, Sud se saglašava sa Vladom da je predmet alternativnog zakonskog priznavanja tako usko vezan sa predmetom nepostojanja mogućnosti zaključenja braka, pa da se mora smatrati sastavnim dijelom predmetne prijave.

71. Zaključno, Sud odbija argument Vlade da su aplikanti propustili da iscrpe domaća prava sredstva u pogledu žalbe prema članu 14. u vezi sa članom 8.

2. Status podnosioca prijave kao žrtvi

72. U usmenim izlaganjima pred sudom, Vlada je takođe istakla pitanje da li aplikanti i dalje mogu tvrditi da su žrtve navodnog kršenja, obzirom da je Zakon o registrovanom partnerstvu stupio na pravnu snagu.

73. Sud ponavlja da status aplikanata kao žrtve može zavisiti od naknade dosuđene na unutrašnjem nivou, na podlozi činjenica na koje se žali sudu, te da li su domaće vlasti izričito ili u suštini potvrdile kršenje Konvencije. Samo kada su ova dva uslova ispunjena, supsidijarna priroda Konvencije sprečava ispitivanje prijave (vidi, npr., *Scordino protiv Italije* (odluka), broj 36813/97, ECHR 2003-IV).

74. U ovom predmetu, Sud ne mora ispitivati da li je ispunjen prvi uslov, jer drugi uslov nije ostvaren. Vlada je učinila jasnim da je Zakon o registrovanom partnerstvu usvojen kao stvar politike izbora a ne u pravcu ispunjenja obaveza iz Konvencije (vidi niže, stav 80.). Prema tome, usvajanje tog zakona se ne može smatrati potvrdom kršenja Konvencije, kako navode aplikanti. Kao posledicu ovoga, sud odbija argument Vlade da aplikanti više ne mogu tvrditi da su žrtve navodnog kršenja člana 14. u vezi sa članom 8.

3. Zaključak

75. U svetlu navoda stranaka, Sud smatra da žalba otvara ozbiljna činjenična i pravna pitanja iz Konvencije, čije utvrđenje zahtijeva ispitivanje merituma. Stoga, Sud zaključuje da aplikacija nije očigledno neosnovana u smislu značenja člana 35. stav 3. Konvencije. Nisu utvrđeni drugi osnovi neprihvatljivosti.

B. Meritum

1. Navodi stranaka

76. Aplikanti ostaju kod tvrdnje da je bit njihove žalbe da su diskriminirani kao istopolni par. Saglašavajući se sa Vladom o primjenjivosti člana 14. u vezi sa članom 8., tvrde da slično razlikama zasnovanim na polu, razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju naročito ozbiljne razloge opravdanja. Prema njihovim tvrdnjama, Vlada je propustila da iznese bilo kakve razloge za onemogućavanje zaključenja braka.

77. Iz presude *Karner* (gore citirana, stav 40.) slijedi da je zaštita tradicionalne porodice bila važan i legitiman razlog, ali da se mora pokazati da je postojeća razlika takođe bila neophodna radi postizanja tog cilja. Kako tvrde aplikanti, ništa ne pokazuje da je isključenje istopolnih parova od mogućnosti zaključenja braka bilo potrebno radi zaštite tradicionalne porodice.

78. U usmenim izlaganjima, reagujući na usvojeni Zakon o registrovanom partnerstvu, aplikanti ističu da su preostale razlike između braka s jedne strane i registrovanog partnerstva s druge i dalje diskriminatorske. Naročito navode da Zakon o registrovanom partnerstvu nije omogućio zaruke; da se, za razliku od braka, partnerstvo ne registruje u Kancelariji za pitanja ličnog statusa, već pred Administrativnom vlašću Distrikta; da nema osnova za naknadu štete u slučaju nezakonite smrti partnera; te da je nejasno da li bi se izvjesne beneficije date “porodicama”, dale registrovanim partnerima i djeci jednog od njih, s kojima žive u zajedničkom domaćinstvu. Premda razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju naročito važne razloge, Vlada ih nije dala.

79. Vlada prihvata da je član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije primjenjiv. Dosadašnja praksa Suda je smatrala da homoseksualni odnos spada pod pojam “privatnog života”, ali mogu postojati valjani razlozi uključivanja odnosa istopolnog para koji zajedno živi, u obim “porodičnog života”.

80. U pogledu ispunjavanja uslova iz člana 14. u vezi sa članom 8., Vlada tvrdi da je unutar margine slobodne ocjene zakonodavca da li će istopolnim parovima biti omogućeno da se njihov odnos potvrdi u bilo kakvoj drugoj formi, različitoj od braka. Austrijski je zakonodavac kreirao politiku izbora da bi to omogućio istopolnim parovima. Prema Zakonu o registrovanom partnerstvu koji je stupio na snagu 1. januara 2010. godine istopolnim partnerima je omogućena registracija, a koja im pruža status vrlo sličan braku. Novi zakon tako reguliše različite oblasti, kao što je građansko i krivično pravo, socijalno pravo i pravo socijalnog osiguranja, poresko pravo, pravo upravnog postupka, pravo zaštite ličnih podataka i javnu službu, pitanja pasoša i evidencija, te pravo stranaca.

2. Navodi treće strane

81. U pogledu primjenjivosti člana 8., Vlada treće strane iznosi da iako postojeća sudska praksa ne smatra da istopolni odnos spada pod pojam “porodičnog života”, to u budućnosti ne treba isključiti. Bilo kako bilo, član 8. posmatran u vezi sa članom 14. ne treba interpretirati tako da zahtijeva zaključenje braka, ili uspostavu alternativne forme pravnog priznanja istopolnog odnosa.

82. U pogledu opravdanosti takvog različitog tretmana, Vlada treće strane navodi argumente aplikanata iz presude *Karner*. U tom predmetu, Sud je našao da isključenje istopolnih parova iz zaštite date raznopolnim parovima prema Zakonu o najmu nije bilo neophodno da bi se postigao legitimni cilj zaštite porodice u tradicionalnom smislu. U sadašnjem predmetu, suština je drugačija: ono što je od značaja je pitanje zaključenja braka ili alternativno pravno priznanje. Opravdanje za ovu naročitu razliku tretmana između raznopolnih i istopolnih parova je propisano u samom članu 12. Konvencije.

83. Konačno, Vlada treće strane navodi da je u Ujedinjenom Kraljevstvu Zakon o građanskom partnerstvu, na snazi od decembra 2005. godine, uveo sistem registracije partnerstva istopolnih parova. Međutim, taj zakon je usvojen kao politika izbora da bi se promovisala socijalna pravda i jednakost, ali se ne smatra da Konvencija nameće pozitivnu obavezu da se to omogući. Po gledištu Vlade, takvo stanovište je potvrđeno odlukom suda u predmetu *Courten protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (broj 4479/06, 4. novembar 2008. godine).

84. U zajedničkom izjašnjenju, četiri nevladine organizacije navode da Sud treba odlučiti o pitanju da li istopolna veza ili par spada pod pojam "porodičnog života" u smislu značenja člana 8. Konvencije. Ukazuju da je u presudi *Karner* (gore citirana, stav 33.) ovo pitanje ostalo otvoreno. Navode da je do sada generalno prihvaćeno da istopolni parovi imaju isti kapacitet da uspostave dugoročni emocionalni i seksualni odnos kao i parovi različitog pola, i time imaju istu potrebu, kao i parovi različitog pola, da im se zakonom taj odnos prizna.

85. Ukoliko sud ne nađe da član 12. od država ugovornica zahtijeva da istopolnim parovima omoguće zaključenje braka, treba postaviti pitanje da li prema članu 14. u vezi sa članom 8. postoji obaveza alternativnih sredstava pravnog priznanja istopolnog odnosa.

86. Na ovo pitanje nevladine organizacije odgovaraju pozitivno: prvo, isključenje istopolnih parova od posebnih prava i beneficija datih braku (kao što je npr. pravo preživjelog partnera na penziju) bez bilo kakve mogućnosti alternativnog sredstva, predstavlja indirektnu diskriminaciju (vidi *Thlimmenos protiv Grčke* [GC], br. 34369/97, stav 44., ECHR 2000-IV). Drugo, saglasne su sa argumentom aplikanata iz presude *Karner* (gore citirana). Treće, navode da stanje evropskog konsenzusa pojačano podržava ideju da države članice imaju obavezu obezbjeđenja, ako ne braka, tada alternativnih načina pravnog priznanja. Do sada, njih skoro 40% ima zakonodavstvo kojim se istopolnim parovima dozvoljava registracija njihovog odnosa kao brak, ili prema drugom nazivu (vidi gore, stavovi 27.-28.).

3. Ocjena Suda

a. Prmjenjivost člana 14 u vezi sa članom 8

87. Sud se bavio brojnim predmetima o diskriminaciji zbog seksualne orijentacije. Neki su ispitani u svjetlu člana 8. samostalno, i to predmeti krivičnopravne zabrane homoseksualnih odnosa između odraslih lica, (vidi *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. oktobar 1981. godine, Serija A broj 45; *Norris protiv Irske*, 26. oktobar 1988. godine, Serija A broj 142; i *Modinos protiv Kipra*, 22. april 1993. godine, Serija A broj 259), te otpust homoseksualaca iz oružanih snaga (vidi *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96 i 33986/96, ECHR 1999-VI). Drugi predmeti

su ispitani prema članu 14. u vezi sa članom 8. Oni uključuju, *inter alia*, različito starosno doba za pristanak na homoseksualni odnos, prema krivičnom zakonodavstvu (*L. i V. protiv Austrije*, brojevi 39392/98 i 39829/98, ECHR 2003-I), dodjelu roditeljskog prava (*Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, broj 33290/96, ECHR 1999-IX), dozvolu za usvajanje djeteta (*Fretté protiv Francuske*, broj 36515/97, ECHR 2002-I, i *E.B. protiv Francuske*, gore citirana), te pravo naslijeđa korištenja stana nakon smrti partnera (*Karner*, gore citirana).

88. U ovom predmetu, aplikanti su formulisali žalbu u smislu člana 14. u vezi sa članom 8. Sud nalazi odgovarajućim da tako i postupi.

89. Kao što je Sud konstantno odlučivao, član 14. nadopunjuje druge suštine odredbe Konvencije i njenih Protokola. Ne stoji samostalno, jer mu je efekt jedino u vezi sa “izvršavanjem prava i sloboda” obezbijedenih tim odredbama. Iako primjena člana 14. ne pretpostavlja kršenje tih odredaba – i u tom dijelu je autonomna–nema mjesta njenoj primjeni osim ako predmetne činjenice ne spadaju u okvir jednog ili drugog (prava ili slobode) (vidi npr., *E.B. protiv Francuske*, gore citirana, stav 47.; *Karner*, gore citirana, stav 32.; i *Petrović protiv Austrije*, 27. mart 1998. godine, stav 22., *Reports* 1998-II).

90. U ovom predmetu je nesporno da odnos istopolnog para, kao što su aplikanti, spada u pojam “privatnog života” u smislu značenja člana 8. U svjetlu komentara stranaka, međutim, Sud nalazi korisnim ocijeniti okolnost da li njihov odnos takođe predstavlja “porodični život”.

91. Sud ponavlja svoju kreiranu praksu u pogledu parova suprotnih polova, i to da prema toj odredbi pojam porodice nije vezan za odnos iz osnova braka i može obuhvatiti druge *de facto* “porodične” veze, tamo gdje parovi žive zajedno u vanbračnoj vezi. Dijete rođeno u takvoj vezi je *ipso jure* dio te “porodične zajednice” momentom i prostom činjenicom njegovog rođenja. (vidi *Elsholz protiv Njemačke* [GC], broj 25735/94, stav 43., ECHR 2000-VIII; *Keegan protiv Irske*, 26. maj 1994. godine, stav 44., Serija A broj 290; kao i *Johnston i Ostali protiv Irske*, 18. decembar 1986. godine, stav 56., Serija A broj 112).

92. Kao kontrast, praksa Suda je jedino prihvatila da emocionalni i seksualni odnos istopolnog para predstavlja “privatni život” ali nije utvrdila da predstavlja “porodični život”, čak i tamo gdje je dugotrajna veza u zajednici za par bila od značaja. Dolazeći do tog zaključka, Sud je zapazio da unatoč rastućoj tendenciji brojnih država članica prema pravnom i zakonskom priznanju stabilnog *de facto* partnerstva između homoseksualaca, obzirom na postojanje nedovoljno zajedničkih osnova među državama članicama, to je područje u kome one još uživaju široku marginu slobodne procjene (vidi *Mata Estevez protiv Španije* (odluka), broj 56501/00, ECHR 2001-VI, sa daljim referencama). U predmetu *Karner* (gore citirana, stav 33.), povodom prava istopolnog preživjelog partnera na korištenje stana iza preminulog partnera, što spada pod pojam “doma”, Sud

je eksplicitno ostavio otvorenim pitanje da li se predmet istovremeno tiče “privatnog i porodičnog života” aplikanta.

93. Sud zapaža da od 2001. godine, kada je donijeta odluka u predmetu *Mata Estevez*, u mnogim je državama članica nastala rapidna evolucija socijalnog stava prema istopolnim partnerima. Otada, značajan broj država članica je omogućio zakonsko priznanje istopolnih parova (vidi gore, stavovi 27.-30.). Izvjesne odredbe EU propisa se takođe odnose na rastuću tendenciju uključivanja istopolnih parova u pojam “porodice” (vidi gore, stav 26.).

94. U svjetlu te evolucije, sud smatra vještačkim održavati stanovište da suprotno od para različitog pola, istopolni par ne može ostvarivati “porodični život” u svrhu člana 8. Posljedično, veza između aplikanta, istopolnog para koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* vezi, spada pod pojam “porodičnog života”, isto kao što bi bila situacija sa vezom para različitog polova.

95. Prema tome, Sud zaključuje da ovaj predmet spada pod pojam “privatnog života” kao i “porodičnog života” u smislu značenja člana 8. Otuda, član 14. u vezi sa članom 8. je primjenjiv.

b. Usaglašenost sa članom 14. u vezi sa članom 8.

96. U svojoj praksi, sud je utvrdio da u cilju isticanja slučaja prema članu 14. mora postojati razlika u postupanju prema osobi u relevantno sličnoj situaciji. Takvo različito postupanje je diskriminatorско ako nema objektivnog i razumnog opravdanja; drugim riječima, ako ne slijedi legitimni cilj ili ako nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići. Države ugovornice uživaju marginu slobodne procjene u ocjeni da li i u kojoj mjeri razlike u drugoj sličnoj situaciji opravdavaju različito postupanje (vidi *Burden*, gore citirana, stav 60.).

97. S jedne strane, Sud je učestalo nalazio da, isto kao razlikovanje zasnovano na polu, razlikovanje zasnovano na seksualnoj orijentaciji zahtijeva naročito ozbiljne razloge opravdanja (vidi *Karner*, gore citirana, stav 37.; *L. i V. protiv Austrije*, gore citirana, stav 45.; te *Smith i Grady*, gore citirana, stav 90.). S druge strane, široka margina slobodne procjene iz Konvencije se državi često dozvoljava, kada se radi o generalnim mjerama ekonomske ili socijalne strategije (vidi, npr., *Stec i Ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 65731/01, stav 52., ECHR 2006-VI).

98. Okvir margine slobodne procjene će se mijenjati prema okolnostima, predmetu i njegovoj pozadini; u tom smislu, jedan od bitnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova među propisima država članica (vidi *Petrović*, gore citirana, stav 38.).

99. I dok stranke nisu izričito isticale okolnost da li su podnosioci prijave bili u relevantno sličnoj situaciji prema paru različitog pola, Sud će započeti od premise da su istopolni parovi kao i parovi različitog pola

jednako sposobni da stupe u stabilnu vezu. Otuda, oni se nalaze u relevantno sličnoj situaciji kao i parovi različitog pola, u pogledu njihove potrebe za zakonskim priznanjem i zaštitom njihovih odnosa.

100. Aplikanti tvrde da su diskriminirani kao istopolni par, prvo, u tome što nemaju mogućnost zaključenja braka i drugo, što ne postoji alternativno sredstvo zakonskog priznanja, do stupanja na snagu Zakona o registrovanom partnerstvu.

101. U mjeri u kojoj aplikanti tvrde, ako nije uključeno u član 12., pravo na zaključenje braka se može izvesti iz člana 14. u vezi sa članom 8., Sud se sa ovim ne može saglasiti. On ponavlja da se Konvencija tumači kao cjelina i njeni članovi treba da su u uzajamnoj harmoniji (vidi *Johnston i Ostali*, gore citirana, stav 57.). Imajući u vidu gore naznačeni zaključak, naime - da član 12. ne nameće obavezu državama članicama da istopolnim parovima dozvoli zaključenje braka, član 14. u vezi sa članom 8., kao odredba opštije svrhe i obima, ne može se interpretirati tako da se njome nameće takva obaveza.

102. Usmjeravajući se ka drugom dijelu žalbi podnosioca prijave, tj. nedostatku alternativnog zakonskog priznanja, Sud zapaža da u vrijeme podnošenja prijave, oni nisu imali nikakvu mogućnost da im se austrijskim pravom prizna njihova veza. Takvo stanje je trajalo do 1. januara 2010. godine kada je na pravnu snagu stupio Zakon o registrovanom partnerstvu.

103. U vezi s time, Sud ponavlja da se u postupku koji potiče iz individualne prijave, mora usmjeriti što je više moguće na ispitivanje konkretnog predmeta (vidi *F. protiv Švajcarske*, gore citirana, stav 31.). Obzirom da je aplikantima sada omogućena registracija partnerstva, Sud nije pozvan da ispituje da li bi nedostatak bilo kakvog sredstva zakonskog priznanja istopolnih parova predstavljao kršenje člana 14. u vezi sa članom 8., ukoliko se i sada kod toga ostaje.

104. Ono što preostaje da se ispita prema okolnostima ovog predmeta je da li je tužena država trebalo da podnosiocima prijave obezbijedi alternativna sredstva zakonskog priznanja njihove veze, prije nego je to i učinila.

105. Sud ne može a da ne primijeti razvijanje evropskog konsenzusa u pravcu zakonskog priznanja istopolnih parova. Štaviše, ova se tendencija rapidno razvila u zadnjoj dekadi. No, još uvijek nema većine država koje omogućavaju zakonsko priznanje istopolnih parova. Područje o kojem je riječ se stoga mora tretirati kao područje u kome se prava stvaraju bez uspostavljenog konsenzusa, gdje države moraju imati marginu slobodne procjene u vrijeme usvajanja izmjena zakonodavstva (vidi *Courten*, gore citirana; takođe i *M.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 11313/02, 23. juni 2009. godine, obe se odnose na usvajanje Zakona o građanskom partnerstvu u Ujedinjenom Kraljevstvu).

106. Austrijski Zakon o registrovanom partnerstvu, koji je stupio na pravnu snagu 1. januara 2010. godine, oslikava gore opisanu evoluciju i dio

je razvoja evropskog konsenzusa. Iako nije prethodnica, austrijskom zakonodavcu se ne može prigovarati za ranije nedonošenje Zakona o registrovanom partnerstvu (vidi, *mutatis mutandis*, Petrović, gore citirana, stav 41.).

107. Konačno, sud će ispitati argument aplikanata da su oni i dalje diskriminirani kao jednopolni par u pogledu određenih razlika nastalih iz statusa braka, s jedne strane, i registrovanog partnerstva, s druge strane.

108. Sud polazi od gore navedenih utvrđenja da su prema članu 12. Konvencije, kao i prema članovima 14. u vezi sa članom 8., države još uvijek slobodne da parovima različitog pola ograniče zaključenje braka. Bilo kako bilo, proizlazi da se aplikanti žale da ukoliko država odluči da istopolnim parovima omogući alternativna sredstva priznanja, obavezna je obezbijediti im status koji- iako drugačijeg naziva-odgovara braku u bilo kom i svakom smislu. Sud nije uvjeren u ovaj argument. Suprotno tome, smatra da države uživaju izvjesnu marginu slobodne ocjene u pogledu tačno određenog statusa koji se obezbjeđuje alternativnim sredstvima priznavanja.

109. Sud zapaža da u mnogim aspektima Zakon o registrovanom partnerstvu omogućava aplikantima ostvarivanje pravnog statusa istog ili sličnog braku (vidi gore, stavovi 18.-23.). Dok tu postoje samo male razlike u pogledu materijalno-pravnih posljedica, izvjesne suštinske razlike ostaju u domenu roditeljskog prava. Međutim, ovo u cjelosti odgovara trendu u drugim državama članicama (vidi gore, stavovi 32-33). Štaviše, u ovom predmetu sud nije pozvan da detaljno ispituje neku ili sve ove razlike. Na primjer, kako aplikanti ne tvrde da se restrikcije vještačke oplodnje ili usvojenja direktno na njih odnosi, izašlo bi se van obima aplikacije kada bi se ispitivalo da li su te razlike opravdane. U cjelini, Sud ne vidi bilo kakvu naznaku da je tužena država prekoračila marginu slobodne ocjene izborom prava datih registrovanom partnerstvu.

110. Zaključno, sud nalazi da nema kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

IV. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 1. PROTOKOLA Br. 1

111. Aplikanti se žale da uporedivo sa bračnim parom, trpe mane u finansijskoj sferi, naročito prema poreskim zakonima. Pozivaju se na član 1 Protokola Broj 1, koji glasi, kako slijedi:

“Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.”

Prihvatljivost

112. U podnescima, Vlada navodi da žalbu aplikanata o mogućoj diskriminaciji u sferi finansija treba proglasiti neprihvatljivom zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Međutim, ovaj argument nije istakla u usmenom izlaganju pred sudom.

113. Sud zaoaša da su aplikanti u žalbi Ustavnom sudu istakli okolnost diskriminacije u finansijskoj sferi, naročito u poreskim zakonima, da bi ilustrovali primarnu žalbu, tj. da su kao istopolni par diskriminirani time što ne mogu zaključiti brak.

114. Prema okolnostima ovog predmeta, Sud nije pozvan da rješava pitanje da li su aplikanti iscrpili domaća pravna sredstva. Zapaža da aplikanti u aplikaciji ne navode detalje u vezi navodnog kršenja člana 1. Protokola br. 1. Stoga, sud smatra da ova žalba nije potkrijepljena.

115. Slijedi da je ta žalba očigledno neosnovana i mora se odbaciti na osnovu člana 35. stav 3. i 4. Konvencije.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. *Odbija* jednoglasno zahtjev Vlade za skidanje predmeta sa liste;
2. *Proglašava* sa šest glasova prema jedan da je prihvatljiva žalba aplikanata prema članu 12. Konvencije;
3. *Proglašava* jednoglasno prihvatljivom žalbu aplikanata prema članu 14. u vezi sa članom 8. Konvencije;
4. *Proglašava* jednoglasno neprihvatljivim ostatak aplikacije;
5. *Utvrdjuje* jednoglasno da nema kršenja člana 12. Konvencije;
6. *Utvrdjuje* sa četiri prema tri glasa da nema kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije;

Sačinjeno na engleskom jeziku i dostavljeno u pismenoj formi dana 24.juna 2010. godine, na osnovu Pravila 77. stav 2. i 3. Pravila Suda.

André Wampach
Zamjenik Registrara

Christos Rozakis
Predsjednik

Na osnovu člana 45. stav 2. Konvencije i Pravila 74. stav 2. Pravila suda, ovoj presudi prilažu se sljedeća izdvojena mišljenja:

(a) Zajedničko suprotno mišljenje sudija Rozakis-a, Spielmann-a and Jebens-a;

(b) Saglasno mišljenje sudija Malinverni-ja, kome se pridružio sudija Kovler.

C.L.R.
A.M.W

ZAJEDNIČKO SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJA

ROZAKIS-a, SPIELMANN-a I JEBENS-a

1. Glasali smo protiv tačke 6. operativnog dijela presude. Ne možemo se saglasiti sa većinom da nema kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, iz sljedećih razloga:

2. U ovom veoma važnom predmetu, nakon što je pažljivo ispitao svoju raniju praksu, Sud je načinio važan korak naprijed u svojoj praksi proširujući pojam “porodični život” na istopolne parove. Oslanjajući se naročito na razvoj u pravu EU (vidi Direktive 2003/86/EC od 22. septembra 2003. godine o pravu na ujedinjenje porodice i 2004/38/EC u vezi prava državljana Unije i članove njihovih porodica na slobodno kretanje i nastanjenje na teritoriji država članica), u stavu 93. presude, Sud je identifikovao “rastuću tendenciju uključivanja istopolnih parova u pojam “porodice”.

3. Sud je ovo dostojanstveno potvrdio u stavu 94. presude:

“U svjetlu te evolucije, sud smatra vještačkim održavati stanovište da suprotno od para različitog pola, istopolni par ne može ostvarivati “porodični život” u svrhu člana 8. Posljedično, veza između aplikanata, istopolnog para koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* vezi, spada pod pojam “porodičnog života”, isto kao što bi bila situacija sa vezom para različitog polova.”

4. Nepostojanje bilo kakvog pravnog okvira prije nego je Zakon o registrovanom partnerstvu (“Zakon”) stupio na snagu, stvara ozbiljan problem. U tom smislu mi zapažamo kontradikciju u razlozima Suda. Odlučivši u stavu 94. da “*veza između aplikanata spada pod pojam ‘porodičnog života’*”, trebalo je da Sud izvede zaključke iz ovog utvrđenja. Međutim, odlučujući da nema kršenja, Sud u isto vrijeme potvrđuje ovaj pravni vakuum, bez nametanja tuženoj državi bilo kakvu pozitivnu obavezu da obezbijedi zadovoljavajući okvir, makar u izvjesnoj mjeri, omogućavanjem aplikantima zaštitu koju treba da uživa svaka porodica.

5. U stavu 99., po vlastitoj inicijativi, Sud je odlučio da :

“su istopolni parovi kao i parovi različitog pola jednako sposobni da stupe u stabilnu vezu. Otuda, oni se nalaze u relevantno sličnoj situaciji kao i parovi različitog pola, u pogledu njihove potrebe za zakonskim priznanjem i zaštitom njihovih odnosa.”

6. Aplikanti se ne žale samo da su diskriminirani time što im je uskraćeno pravo na zaključenje braka, već i – a što je značajno – da nisu imali nikakvu drugu mogućnost da se njihova veza prizna zakonom prije nego je Zakon stupio na snagu.

7. Ne želimo se zadržavati na dejstvu Zakona, koji je tek 2010. godine stupio na snagu, niti posebno na pitanje da li su izvjesna rješenja iz tog Zakona, kako ih je Sud identifikovao u stavovima 18 do 23 presude, u saglasnosti sa članom 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, jer je prema

našem viđenju, kršenje kombinacije ovih članova nastupilo u svakom slučaju prije Zakona.

8. Identifikujući “*relevantno sličnu situaciju*” (stav 99.), i naglašavajući da “*razlikovanje zasnovano na seksualnoj orijentaciji zahtijeva naročito ozbiljne razloge opravdanja*” (stav 97.), trebalo je da sud utvrdi kršenje člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, jer tužena Vlada nije predložila nijedan argument da bi opravdala razliku u postupanju, u tom smislu se oslanjajući uglavnom na njenu marginu slobodne procjene (stav 80.) Međutim, u nedostatku bilo kakvih uvjerljivih razloga Vlade u pravcu opravdanja različitog postupanja, ne treba biti mjesta primjeni margine procjene. Posljedično “*postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova među propisima država članica*” (stav 98.) je irelevantno jer su takva stanovišta samo podredni osnov za primjenu koncepta margine slobodne ocjene. Zaista, to će biti samo u slučaju da nacionalne vlasti daju osnov za opravdanje kojim se Sud može zadovoljiti, uzimajući u obzir postojanje ili nepostojanje zajedničkog pristupa, jer su one (nacionalne vlasti) u boljoj poziciji da se time efektivno bave, nego što je to Sud.

9. Danas je u društvu široko priznato i prihvaćeno da istopolni parovi stupaju u stabilne veze. Svaki nedostatak pravnog okvira koji im omogućava, makar u izvjesnoj mjeri, ista prava ili povlastice data braku (vidi stav 4. ovog suprotnog mišljenja) bi zahtijevao snažno opravdanje, naročito uzimajući u obzir rastući trend u Evropi ka omogućavanju nekih načina ostvarivanja tih prava ili povlastica..

10. Stoga, po našem mišljenju, prekršen je član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE MALINVERNI-ja KOME SE PRIDRUŽIO SUDIJA KOVLER

(Prijevod)

Kao i moje kolege, glasao sam da nema kršenja člana 12. Konvencije. Međutim, ne mogu se pridružiti nekim argumentima iznijetim u presudi, kada se donosio takav zaključak.

1. Stoga, ne dijelim mišljenje da “izolovano posmatrano, rječnik člana 12. se može interpretirati tako da ne isključuje brak između dva muškarca ili dvije žene “ (vidi stav 55. presude).

Članom 31. stav 1. Bečke Konvencije o pravu međunarodnih ugovora od 23. maja 1969. godine, koji propisuje opšte pravilo interpretacije međunarodnih ugovora “ ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora”.

Prema mom viđenju, “uobičajeni smisao izraza iz ugovora” u slučaju člana 12. ne može biti ništa drugo do potvrda da muškarac i žena, osobe suprotnog pola, imaju pravo na zaključenje braka. Do takvog zaključka sam došao čitajući član 12. “u svjetlu njegovog predmeta i svrhe”. Zaista, član 12. pridružuje pravo na zaključenje braka pravu na zasnivanje porodice.

Član 31. stav 3. Bečke Konvencije propisuje da se, kao i kontekst, “o svakoj naknadnoj praksi u primjeni ugovora kojom se ustanovljuje sporazum između stranaka o tumačenju ugovora” mora voditi računa (tačka (b)).

Ne mislim da se na ovu odredbu Bečke Konvencije može pozvati u prilog zaključku iznijetom u stavu 55. Činjenica da trenutno pet država omogućavaju homoseksualnim parovima da zaključe brak, prema mom mišljenju se ne može smatrati “naknadnom praksom u primjeni ugovora” u smislu značenja ove odredbe.

Literarna interpretacija, koja prema bečkoj Konvenciji, predstavlja “opšte pravilo tumačenja” time prekludira član 12. kao da je dat tako da osobama istog pola omogućava zaključenje braka.

Do istog zaključka dolazim ukoliko tumačim član 12. pozivom na druga pravila tumačenja, iako su ta pravila, kako je to pravilno istaknuto u naslovu člana 32. Bečke Konvencije, su jedino dopunski načini tumačenja, te literarno tumačenje ostaje kao opšte pravilo (član 31.).

U smislu člana 32. Bečke Konvencije može se pribjeći dopunskim načinima tumačenja, naročito da bi se “utvrdilo značenje, kada je tumačenje prema članu 31. (a) dvosmisleno ili nejasno; ili (b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman”.

Imajući u vidu da dopunski načini interpretacije uključuju, kako je to navedeno u članu 32. Bečke Konvencije “pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen”, smatram da takozvana istorijska interpretacija

na koju se poziva član 32. Bečke Konvencije može služiti samo da “potvrdio smisao koji proističe iz primjene člana 31.” (član 32.).

Prema tome, kod mene nema sumnje da se član 12. Konvencije ne može tumačiti na bilo koji drugi način osim da se primjenjuje isključivo na osobe različitog pola.

Zaista, Konvencija je živi instrument koji se mora tumačiti na “savremeni” način, u svjetlu današnjih okolnosti (vidi *E.B. protiv Francuske* [GC], broj 43546/02, stav 92., ECHR 2008-..., i *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 28957/95, stavovi 74.-75., ECHR 2002-VI). Istina je i da od usvajanja Konvencije postoje važne socijalne promjene instituta braka (vidi *Christine Goodwin*, gore citirana, stav 100.). Međutim, kako je Sud našao u *Johnston i Ostali protiv Irske* (18. decembar 1986. godine, stav 53., Serija A broj 112), dok se Konvencija mora tumačiti u svjetlu današnjih uslova, Sud ne smije, bilo kakvim evolutivnim tumačenjem “odstupiti od prava koje u početku nije bilo ni propisano”.

2. Ne mogu prihvatiti ni izjavu da “vodeći računa o članu 9. Povelje... Sud ne bi dalje smatrao da pravo na zaključenje braka predviđeno članom 12. mora u svakom slučaju biti ograničeno na brak između dvije osobe suprotnih polova. Posljedično, ne može se reći da član 12. nije primjenjiv na žalbe aplikantata” (vidi stav 61. presude).

Suprotno tome, smatram da član 12. nije primjenjiv na osobe istog pola.

Istina, osiguravajući pravo na zaključenje braka, član 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima ciljano propušta bilo kakvu referencu na muškarce i žene, jer propisuje da “pravo na zaključenje braka i zasnivanje porodice se obezbjeđuje u skladu sa nacionalnim zakonima kojima se uređuje izvršavanje tih prava”.

Prema mom mišljenju, međutim, iz ovoga se ne mogu izvesti bilo kakvi zaključci u pogledu tumačenja člana 12. Konvencije.

Komentar Povelje zaista potvrđuje da su autori namjeravali da obim člana 9. bude širi nego odgovarajući članovi u drugim međunarodnim instrumentima. No, ne smije se zaboraviti da član 9. Povelje obezbjeđuje pravo na zaključenje braka i zasnivanje porodice “u skladu sa nacionalnim zakonima kojima se uređuje izvršavanje tih prava”.

Pozivajući se na ovaj način na relevantno domaće zakonodavstvo, član 9. Povelje prosto ostavlja državama da odluče žele li omogućiti homoseksualnim parovima pravo na zaključenje braka. No, kako se to pravilno ukazuje Komentarom “nema preprekapriznanju istopolnih veza u kontekstu braka. Mada, tu nema izričitog zahtjeva da domaće zakonodavstvo treba urediti takve brakove.”

Prema mom viđenju, član 9. Povelje ne treba da vodi računa o tumačenju člana 12. Konvencije tako da pravo na zaključenje braka imaju samo osobe različitog pola.

Tačno je da se Sud već pozivao na član 9. Povelje u presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stav 100.). Međutim, u tom je predmetu Sud

razmatrao da li je činjenica što je domaće zakonodavstvo uzelo u obzir, u svrhu ovlašćenja za zaključenje braka, pol registrovan u času rođenja a ne pol stečen hirurškom promjenom pola - bila ograničenje koja je umanjila suštinu prava na zaključenje braka. Nakon operacije, apelantkinja je živjela sa ženom i željela je zaključiti brak sa muškarcem. Dakle, predmet se tiče braka između osoba istog pola.