



Železna cesta 16, 1000 Ljubljana
T: 080 81 80
E: gp@zagovornik-rs.si

Zadeva: 050-1/2018/4
Datum: 2. 12. 2020

OCENA DISKRIMINATORNOSTI

**3. in 4. člena ter prve alineje 22. člena Družinskega zakonika in
Zakona o partnerski zvezi, ki določata pogoje za sklenitev zakonske
in partnerske zveze**

in

**prvega stavka tretjega odstavka 2. člena in prvega stavka četrtega
odstavka 3. člena Zakona o partnerski zvezi in prvega odstavka 213.
in 223. člena Družinskega zakonika, ki določajo pogoje za dostop
do skupne posvojitve**

Vsebina

1. IZVEDENA OCENA DISKRIMINATORNOSTI ZAGOVORNIKA NAČELA ENAKOSTI PO 38. ČLENU ZVARD	3
1.1. Povzetek prejete pobude za vložitev zahteve za presojo ustavnosti	3
1.2. Pravni okvir, znotraj katerega je Zagovornik izvedel oceno diskriminatornosti po 38. členu ZVarD.....	4
2. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ISTOSPOLNIM PARTNERJEM NE OMOGOČA SKLENITVE ZAKONSKE ZVEZE, Z USTAVO	5
2.1. Poseg v zavarovane dobrine	11
2.2. Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnika primerjata	13
2.3. Ali je dejanski položaj pobudnikov v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini	17
2.4. Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten.....	18
2.5. Primerjalnopravni vidik in odločitve drugih najvišjih sodišč.....	21
3. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ISTOSPOLNIM PARTNERJEM NE OMOGOČA SKUPNE POSVOJITVE OTROKA, Z USTAVO	29
3.1. Poseg v zavarovane dobrine	31
3.2. Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnika primerjata	35
3.3. Ali je dejanski položaj pobudnikov v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini	36
3.4. Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten.....	37
3.5. Primerjalnopravni vidik in odločitve drugih najvišjih sodišč.....	40
4. SKLEPNO.....	42

1. IZVEDENA OCENA DISKRIMINATORNOSTI ZAGOVORNIKA NAČELA ENAKOSTI PO 38. ČLENU ZVARD

1.1. Povzetek prejete pobude za vložitev zahteve za presojo ustavnosti

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je dne 15. 1. 2018 prejel poziv dveh posameznikov (v nadaljevanju: pobudnika) k vložitvi zahteve za oceno ustavnosti nekaterih določb Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)¹ in Družinskega zakonika ter celotnega Zakona o partnerski zvezi, zaradi kršitve prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti, saj slednji ne omogočajo sklenitve zakonske zveze istospolnim partnerjem. Pobudnika sta Zagovornika v dopisu obvestila, da sta že sama izčrpala vsa pravna sredstva, vključno z revizijo pred Vrhovnim sodiščem RS (ki je ni dopustilo). Pobudnika sta dne 10. 1. 2018 vložila ustavno pritožbo z namenom izpodbijanja navedenih predpisov pred Ustavnim sodiščem RS. Pobudnika hkrati zatrjujeta množično kršitev človekovih pravic v RS. Zagovornika sta pozvala, naj tudi kot državni organ s statusom privilegiranega predlagatelja skladno z 38. členom Zakona o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD)² vloži zahtevo za oceno ustavnosti.

Zagovornik oceno diskriminatornosti zakona izvede na podlagi 38. člena ZVarD, skladno s katerim lahko, če oceni, da je kakšen zakon ali drug predpis diskriminatoren, o tem obvesti predlagatelja postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti ali z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil.

Zagovornik je poziv pobudnikov sprejel v obravnavo. V postopku ocene se je osredotočil na veljavno ureditev in izvedel oceno diskriminatornosti določb veljavnih predpisov, ki urejajo sklepanje zakonske zveze, partnerske zveze in skupne posvojitve otrok, to sta DZ in ZPZ. Pobudnika zatrjujeta kot diskriminatorno tudi ureditev iz ZZZDR, ki je veljala v času, ko sta skušala skleniti zakonsko zvezo (dne 13. 1. 2016), ker pa se določbe ZZZDR z uveljavitvijo DZ ne uporabljajo več, Zagovornik ocene določb ZZZDR ni izvedel.

Pobudnika v zadevi zatrjujeta številne kršitve. Poleg diskriminacije tudi kršitev pravice do osebnega dostojanstva ter varstva osebnih podatkov. Zagovornik je oba predpisa skladno s svojimi zakonskimi pristojnostmi presojal po vsebini in to samo z vidika svojih pristojnosti. Zagovornik ni državni organ, ki bi lahko sprejel končno odločitev, da je predpis diskriminatoren oziroma da ni skladen z Ustavo RS in kakorkoli neposredno vplival na veljavno vsebino predpisov. Zagovornik ima v ZVarD v zvezi s tem pooblastilo, da izvede oceno diskriminatornosti in če oceni, da je predpis diskriminatoren, o tem bodisi obvesti predlagatelja postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti bodisi sam pred Ustavnim sodiščem RS z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil.

¹ Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI.

² Uradni list RS, št. 33/16, 21/18 – ZNOrg.

1.2. Pravni okvir, znotraj katerega je Zagovornik izvedel oceno diskriminatornosti po 38. členu ZVarD

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD, po katerem pomeni diskriminacija vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti. Diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine je prepovedana. Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina pomemben razlog za slabšo obravnavo. Osebne okoliščine so prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statusi, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka. Mednje, skladno s 1. členom ZVarD, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katera koli druga osebna okoliščina.

Spolna usmerjenost je osebna okoliščina, ki ji ZVarD v prvem odstavku 1. člena izrecno priznava pravno varstvo. Tudi Ustavno Sodišče RS je zavzelo stališče, da je spolna usmerjenost osebna okoliščina, ki je varovana, saj gre po oceni Ustavnega sodišča RS za osebno lastnost, ki pomembno opredeljuje posameznika, vpliva na njegovo življenje in ga tako kot okoliščine, kot so npr. rasa, spol, rojstvo, spremlja vse življenje.

Neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena ZVarD). Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna (drugi odstavek 6. člena ZVarD). Zagovornik ugotavlja, da je varstvo pred diskriminacijo skladno z 2. členom ZVarD zagotovljeno na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb.

Namen zakonodajalca doseči prepoved diskriminacije v širokem obsegu je nesporno in jasno izkazan. Iz predloga Zakona o varstvu pred diskriminacijo (2015-2611-0046), ki je bil vložen v Državni zbor RS, iz obrazložitve k 2. členu zakona izhaja:

»Člen jasno in natančno opredeljuje področja družbenega življenja, na katerih je v skladu s pravom Evropske Unije zagotovljeno enako obravnavanje oziroma je prepovedana diskriminacija. Našteta področja izhajajo iz direktiv Evropske Unije in iz prakse Sodišča EU, zato so posebej izpostavljena. Poleg tega je z vidika jasnosti besedila in naslovljencev pravnih norm bolj razumljivo, če je naštetih večina področij, na katerih lahko prihaja do diskriminacije. Predlagani člen določa dolžnost državnih organov, lokalnih skupnosti, nosilcev javnih pooblastil ter vseh fizičnih in pravnih oseb, ki morajo na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in v podobnih situacijah, pri svojem delovanju v razmerju do posameznikov

in posameznic zagotavljati enako obravnavanje. Pri tem je treba poudariti, da se enako obravnavanje nanaša samo na področja družbenega oziroma javnega življenja, torej na področja, na katerih posamezniki in posameznice (ali v določenih primerih tudi pravne osebe) uveljavljajo svoje pravice oziroma izvajajo dolžnosti, ter nastopajo v pravnem prometu, ne velja pa za zasebna razmerja (npr. družinska, prijateljska razmerja).«

DZ in ZPZ urejata družinska razmerja in sta del družinskega prava, ki je po svoji vsebini (osebna in premoženjska razmerja) praviloma strogo osebne narave. Ker pa država v družinska razmerja posega s svojimi kogentnimi pravili, le-ta ne smejo biti diskriminatorna in tudi ne v neskladju z drugimi zakoni in Ustavo RS. Po oceni Zagovornika ni nobenega dvoma, da gre za predpisa in področje, na katerem mora biti zagotovljena enaka obravnava ne glede na osebne okoliščine. Ustava RS varuje vse človekove pravice, tudi tiste, ki jih sama ne ureja podrobneje.³ V zadnjih desetletjih se hitro razvija pravica do enakega obravnavanja. Ta učinkuje glede uživanja vseh (javnopravno urejenih) pravic. Ne zavezuje le organov oblasti, temveč tudi zasebnike. Slovenski pravni red varstvo pred diskriminacijo v ZVarD ureja tako, da je diskriminacija prepovedana iz razloga katerekoli osebne okoliščine, vključno s spolno usmerjenostjo.

2. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ISTOSPOLNIM PARTNERJEM NE OMOGOČA SKLENITVE ZAKONSKE ZVEZE, Z USTAVO

V 14. členu Ustave RS je zagotovljeno načelo enakosti pred zakonom, ki določa, da so v Sloveniji vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj ali katerokoli drugo osebno okoliščino. 15. člen Ustave RS določa, da se človekove pravice uresničujejo neposredno in na podlagi ustave ter da je mogoče predpisati način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin z zakonom, kadar tako določa ustava, ali če je to nujno zaradi same narave posamezne pravice ali svoboščine.

Ustava RS tudi v drugih svojih določbah vsakomur zagotavlja pravico do enakega obravnavanja. V 5. členu izrecno določa obveznost države, da na svojem ozemlju varuje človekove pravice in temeljne svoboščine. Ustava RS v 5. členu opredeljuje pozitivne obveznosti države s področja varstva človekovih pravic. Prvi stavek 5. člena pokriva vse človekove pravice in svoboščine iz II. Poglavlja Ustave RS, vključno s pravico do enakega obravnavanja iz 14. člena Ustave RS, pravico do zasebnosti iz 35. člena Ustave RS, pravico do varstva osebnih podatkov iz 38. člena RS in pravico do varstva zakonske zveze in družine iz 53. člena Ustave RS. Pri varstvu pravic posameznikov, katerih osebna okoliščina je njihova istospolna usmerjenost, ne zadostuje, da se država zgolj pasivno vzdrži kršitev. Pozitivna obveznost jo zavezuje k aktivnemu ravnanju, kar v primeru varstva njihovih pravic pomeni tudi zagotavljanje pravice do sklenitve zakonske zveze, s tem pa tudi do varstva

³ Tako peti odstavek 15. člena Ustave RS: Nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta Ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri.

njihovega dostojanstva in družinskega življenja, po drugi strani pa tudi do varstva njihove zasebnosti in varstva osebnih podatkov, kot bo podrobneje predstavljeno v nadaljevanju. Pojem pozitivnih obveznosti države izhaja iz judikature Evropskega sodišča za človekove pravice in s tem iz EKČP, velja pa tudi za področje varstva zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP.⁴ Pogosto je nedejavnost izvršilne veje oblasti v aktivni koluziji s kršitvami človekovih pravic. Slednje se v primeru istospolno usmerjenih posameznikov kaže na način, da je odsotnost pravne možnosti sklenitve zakonske zveze in omogočanje zgolj sklenitve partnerske zveze povezana s stigmatizacijo prek določanja posebnega, vzporednega režima partnerske zveze in s tem s prisilnim razkrivanjem občutljive osebne okoliščine posameznika – njegove ali njene spolne usmerjenosti. Slednje pomeni kršitev ustavnih pravic, kot bo prav tako podrobneje predstavljeno v nadaljevanju. Pozitivne obveznosti države v konkretnem primeru nalagajo dolžnost državi, da aktivno deluje v smeri uskladitve predpisov z ustavo, v konkretnem primeru torej na način, da odpravi diskriminacijo in stigmatizacijo istospolno usmerjenih posameznikov pred zakonom.

Skladno z 22. členom Ustave RS je določeno, da je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in drugimi državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih.

Pomembno ustavnopravno načelo je tudi načelo spoštovanja človekovega dostojanstva, ki je neposredno utemeljeno že v 1. členu Ustave RS, ki Slovenijo opredeljuje kot demokratično republiko. Načelo demokratičnosti po svoji vsebini in pomenu presega opredelitev državne ureditve kot zgolj formalne demokracije. Načelo demokratičnosti vsebinsko opredeljuje Republiko Slovenijo kot ustavno demokracijo, torej kot državo, v kateri je ravnanje oblastnih organov pravno omejeno z ustavnimi načeli ter človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami, in to prav zato, **ker sta človek in njegovo dostojanstvo v središču njenega obstoja in delovanja**. V ustavni demokraciji je človek subjekt in ne objekt oblastnega delovanja, **njegova samouresničitev kot človeka pa je temeljni namen demokratične ureditve**. Resnično demokratična je samo takšna državna ureditev, v kateri je spoštovanje človekovega dostojanstva temeljno vodilo delovanja države.⁵

EKČP, ki jo je ratificirala tudi Republika Slovenija, v 14. členu prepoveduje diskriminacijo. Določa, da je uživanje pravic in svoboščin, določenih s konvencijo, zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnost ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine.

EKČP v 8. členu zagotavlja pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, skladno s katero ima vsakdo pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali kaznivo dejanje, da se zavaruje zdravje ali morala, ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi. Odločitev za sklenitev zakonske zveze kot tudi odločitev za kandidiranje za skupno posvojitve sodita v domeno varstva zasebnega in družinskega življenja.

⁴ Šturm, I. (2010) Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za državne in evropske študije, str. 112.

⁵ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-109/10-11 z dne 26. septembra 2011, 10. točka.

12. Protokol k EKČP določa, da je uživanje vseh pravic, določenih z zakonom, zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, premoženje, rojstvo ali kakšne druge okoliščine. Poleg tega pa noben organ oblasti ne sme razlikovati ljudi na podlagi navedenih okoliščin. Pravice, določene z zakonom, do katerih je dostop istospolnim partnerjem zanikan, so opredeljene v 3. in 4. členu in v prvi alineji 22. člena DZ (pogoji za sklenitev zakonske zveze), v ZPZ (pogoji za sklenitev partnerske zveze) ter v prvem stavku tretjega odstavka 2. člena in prvem stavku četrtega odstavka 3. člena ZPZ in prvem odstavku 213. in 223. člena DZ (pogoji za kandidiranje za skupno posvojitve). Navedene zakonske določbe opredeljujejo pravice, ki jih istospolno usmerjeni posamezniki v Republiki Sloveniji izključno zaradi svoje osebne okoliščine spolne usmerjenosti ne smejo uživati.

Slovenija je področje zagotavljanja zaščite pred diskriminacijo urejala postopoma, tako da je sprva v področne zakone vključila določbe, ki prepovedujejo diskriminacijo na podlagi osebnih okoliščin ali pa je to področje urejala za posamezne skupine oseb z določenimi osebnimi okoliščinami (Zakon o enakih možnostih žensk in moških, Zakon o delovnih razmerjih, Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja, Zakon o poklicnem in strokovnem izobraževanju, Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju itd.), s čimer pa ni odpravila diskriminacije ali zagotovila dejanske enakosti vseh oseb ne glede na katerokoli osebno okoliščino. Še vedno so (bila) številna področja neurejena, obstajale so mnoge pravne praznine, saj v predpisih ni bilo upoštevano dejstvo, da dejansko in pravno obstajajo istospolna partnerstva. Raziskave kažejo, da so bili istospolni pari še leta 2015 v več kot sedemdesetih pravnih predpisih obravnavani slabše od heterospolnih partnerjev.⁶

V slovenskem prostoru se je področje protidiskriminacijskega prava sistemsko na zakonski ravni pričelo urejati s sprejemom krovnega Zakona o uresničevanju načela enakega obravnavanja, ki ga je bila država zavezana sprejeti zaradi implementacije Direktive Sveta 2000/43/ES o uresničevanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na rasno ali etnično poreklo in Direktive Sveta 2000/78/ES o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu.

Niti ustavne niti zakonske določbe pa same po sebi še ne zagotavljajo dejanske, pogosto pa tudi ne pravne enakosti vseh oseb, ne glede na katero koli osebno okoliščino. Podatki kažejo, da so nekatere družbene skupine na določenih področjih še vedno v deprivilegiranem položaju v primerjavi z večino. Med te skupine, kljub pomembnim korakom, ki so posledica odločitev sodišč ter zakonodajnih sprememb na tem področju, še vedno sodijo tudi istospolni pari.

Ker je kljub številnim protidiskriminacijskim določbam položaj istospolnih parov na področju pravne ureditve življenjskih skupnosti ostal neurejen, je bil prvi korak k ureditvi teh razmerjih Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (v nadaljevanju: ZRIPS) v letu 2005. Zakon je bil predmet ustavne presoje, Ustavno sodišče RS pa je v letu 2009 v zadevi U-I-

⁶ Barbara Rajgelj (ur.), Pravni položaj istospolnih partnerstev in starševstva v Sloveniji. Sistemska analiza ureditve pravnega položaja istospolnih partnerstev in starševstva v slovenski zakonodaji. Zavod za kulturo raznolikosti Open, 2015.

425/06⁷ ugotovilo neskladje z Ustavo RS na področju dedovanja med partnerjema registrirane istospolne partnerske skupnosti ter Državnemu zboru RS naložilo, da ugotovljeno neskladje odpravi v roku šestih mesecev.

Prizadevanja na tem področju so se nadaljevala s pripravo Družinskega zakonika leta 2011. V prvi različici predloga zakonika, ki je bila predložena v zakonodajni postopek, je bila zakonska zveza opredeljena kot življenjska skupnost dveh oseb istega ali različnega spola, podobne pravne posledice kot za zunajzakonsko skupnost pa so bile predvidene tudi za dlje časa trajajočo življenjsko skupnost dveh oseb istega spola, ki nista sklenili zakonske zveze. V nadaljnjem zakonodajnem postopku je bil z vidika izenačitve heterospolnih in istospolnih partnerskih skupnosti storjen korak nazaj, saj je bil ponovno vpeljan različen sistem priznavanja življenjskih skupnosti za heterospolne pare – zakonska in zunajzakonska skupnost in za istospolne pare partnerska in zunajpartnerska skupnost, pri čemer tudi pravne posledice sklenitve ene ali druge niso bile izenačene. Zakonik, čeprav sprejet v Državnem zboru, pa nikoli ni stopil v veljavo, saj je bil leta 2012 zavržen na referendumu.

Ustavno sodišče RS je nadalje v odločbi št. U-I-212/10 z dne 14. marca 2013 odpravilo neenakopravnost neregistriranih istospolnih parov pri dedovanju, ob tem pa sprejelo pomembna stališča in izhodišča, s katerimi je izpostavilo potrebo po celoviti pravni ureditvi položaja istospolnih parov.

Naslednji poskus zakonodajalca v smeri izenačitve istospolnih partnerjev z raznospolnimi je bil predlog ZZZDR-D. Iz obrazložitve predloga, vloženega v Državni zbor dne 15. 12. 2014 (EPA 257-VII), izhaja, da je zakonodajalec z izenačitvijo obeh življenjskih skupnosti v celoti sledil stališču Ustavnega sodišča, da gre pri življenjski skupnosti dveh oseb istega spola za enake pravne in dejanske podlage skupnosti, kot to velja za zakonsko zvezo, urejeno v ZZZDR. Zakon je bil v državnem zboru sprejet marca 2015, vendar je bila tudi ta novela decembra 2015 zavržena na referendumu.

Zaradi razlik med obema vrstama pravno priznanih zvez je bilo na Ustavno sodišče RS vloženih še več ustavnih pritožb. Posledično je Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-255/13 z dne 18. februarja 2016 ugotovilo protiustavnost določb ZRIPS, ki so vsebovale omejitve izbire kraja sklenitve istospolnega partnerstva, medtem ko takšnih omejitev pri izbiri kraja sklenitve zakonske zveze ni bilo. Ustavno sodišče je Državnemu zboru za odpravo ugotovljene protiustavnosti določilo rok šestih mesecev.

V odločbi št. U-I-68/16, Up-213/15 z dne 16. junija 2016 pa je Ustavno sodišče RS ugotovilo, da prvi odstavek 16. b člena Zakona o mednarodni zaščiti pri določitvi oseb, ki lahko štejejo za družinske člane prosilca za mednarodno zaščito, različno obravnava istospolna in raznospolna razmerja. Navedlo je, da pristojni organi v postopku priznanja mednarodne zaščite sprejemajo odločitve, ki lahko vplivajo na družinsko življenje prosilcev za mednarodno zaščito, zato se različno obravnavanje v presojeni zakonski določbi nanaša na uresničevanje človekove pravice do družinskega življenja (tretji odstavek 53. člena Ustave). Zato je ugotovilo, da je bil prvi odstavek 16.b člena Zakona o mednarodni zaščiti v neskladju s pravico do nediskriminacijskega obravnavanja pri uresničevanju pravice do družinskega življenja.

⁷ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-425/06 z dne 2. julija 2009.

Zakonodajalec je v nadaljevanju v luči preteklih dogodkov ponovno pristal na urejanje življenjskih skupnosti v dveh ločenih zakonih in kot kompromisno rešitev sprejel specialen zakon – ZPZ, ki se uporablja od 24. 2. 2017 dalje. ZPZ ločeno (zgolj za istospolne partnerje) ureja sklenjeno partnersko zvezo (v nadaljnjem besedilu: partnerska zveza) in nesklenjeno partnersko zvezo in ob tem napotuje na smiselno uporabo določb zakona, ki ureja zakonsko zvezo. V času sprejemanja predloga ZPZ se je namreč izoblikoval politični konsenz, da so volivci z zavrnitvijo ZZZDR-D na referendumu izrazili nasprotovanje ureditvi, ki bi izenačila položaj istospolnih partnerjev pri poimenovanju njihove zveze (zakonska zveza), posvojitvah in oploditvi z biomedicinsko pomočjo. ZPZ tako zdaj ureja življenjsko skupnost, ki razen pri poimenovanju, posvojitvah in oploditvi z biomedicinsko pomočjo, istospolne partnerje v vseh pravnih posledicah izenačuje s pari različnega spola. ZPZ se v vseh ostalih pravnih posledicah partnerske zveze v celoti sklicuje na pravne posledice sklenitve zakonske zveze. S tem partnersko zvezo praktično izenačuje z zakonsko zvezo, pri tem pa arbitrarno in brez navajanja razlogov izključuje možnost partnerjev za dostop do skupne posvojitve.

ZPZ je bil predlagan in sprejet kot poslanski zakon. Na 18. redni seji Državnega zbora je predlagatelj, poslanec Jani Möderndorfer, pojasnil, da je namen posebnega zakona postopno urejanje enakih pravic istospolnih partnerjev, z izločitvijo tistih pravic, ki so se v času referendumskih razprav za del volivcev izkazale za zanje najmanj sprejemljive.⁸ Drugih razlogov za sprejem ZPZ v obliki, kot velja še danes, vključno s kakršnimi koli razlogi, ki bi bili ustavno dopustni, predlagatelj v obrazložitvi ni navedel. Predlagatelj je izrazil zadovoljstvo, da bodo s sprejemom ZPZ istospolnim parom priznane vsaj enake ekonomske in socialne pravice, hkrati pa je izrazil obžalovanje, da bo potrebno čakati še nekaj let, da bo družba postala toliko zrela, da bo pripravljena izenačiti vse pravice v celoti.⁹

Na seji Državnega zbora, na kateri je bil sprejet ZPZ, je bilo predstavljeno tudi stališče Komisije Državnega sveta za kulturo, znanost, šolstvo in šport, ki je predlog ZPZ videla zgolj kot »začetno, a nujno izhodišče za dokončno in celovito ureditev vseh pravic iz naslova partnerske zveze in nesklenjene partnerske zveze, torej tudi vseh tistih elementov družinskih razmerij, ki so v aktualnem predlogu zakona izpuščeni.«¹⁰ Iz navedenega izhaja, da se je zakonodajalec zavedal, da gre za kompromisni predlog, ki ne izenačuje vseh pravic na način, kot bi jih moral. Na seji je bilo predstavljeno tudi stališče vlade Republike Slovenije, in sicer da »Vlada Republike Slovenije podpira vsa prizadevanja, ki stremijo k izenačevanju pravic vseh državljanek in državljanov Republike Slovenije, in ta zakon je eno od teh prizadevanj.«¹¹ Iz navedenega izhaja, da se je tudi Vlada RS zavedala, da s sprejetim zakonom vse pravice ne bodo priznane in je predlog ZPZ podprla kot korak, ki bi lahko nekoč privedel do popolne izenačitve.

Iz navedenih okoliščin po oceni Zagovornika izhaja, da država oziroma zakonodajalec postopoma pristaja na izboljšanje položaja in pravic istospolnih parov, ki jim gredo iz naslova življenjske skupnosti (ne glede na to, kako se imenuje), kot tudi na postopno pravno izenačitev pravno priznane zveze istospolnih partnerjev z zvezami heterospolnih partnerjev.

⁸ Zapis 18. redne seje Državnega zbora Republike Slovenije, 20. aprila 2016.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Prav tam.

Sprejetje ZPZ torej odraža raven pravic, ki je imela v danem trenutku politično podporo. Ni pa ta raven pravic v ničemer utemeljena z ustavnopravno dopustnimi razlogi.

Naslednji poizkus sprejema Družinskega zakonika, v katerem je bila zakonska zveza še naprej opredeljena kot življenjska skupnost moža in žene in se torej uporablja zgolj za heterospolne partnerje, je nazadnje privedel do sprejetja. DZ se uporablja od 15. 4. 2017 dalje, z njegovo uveljavitvijo pa se je prenehal uporabljati prej veljavni ZZZDR.

Urejanje življenjske skupnosti heterospolnih in istospolnih partnerjev v dveh ločenih predpisih je po oceni Zagovornika znamenje, da slednji na področju družinskega prava niso v enakem položaju kot heterospolni pari. Pri čemer ne gre spregledati dejstva, da je država že izenačila zvezo istospolnih partnerjev na področju materialnih ugodnosti in pravic (dedna pravica, davčne ugodnosti, zdravstveno zavarovanje itd.) ter obveznosti, ni pa ju izenačila na simbolni ravni s samo zakonsko zvezo heterospolnih partnerjev. Ni ju torej izenačila pri poimenovanju oziroma urejanju v istem predpisu ne glede na spol in spolno usmerjenost partnerjev.

Zagovornik ni identificiral nobenega stvarnega razloga za urejanje položaja istospolnih partnerjev v specialnem predpisu. Legitimni cilji tovrstnega ločenega urejanja niso navedeni, prav tako ni mogoče najti utemeljitve z vidika sorazmernosti izključevanja istospolnih partnerjev iz pravice do sklenitve zakonske zveze in pravico do kandidiranja za skupno posvojitvev. Zagovornik posledično meni, da bi moral biti institut sklepanja zakonske zveze tudi za istospolne partnerje urejen v DZ in na enak način kot za heterospolne pare.

Skladno z navedenim je Zagovornik izvedel podrobnejšo oceno diskriminatornosti na podlagi 38. člena ZVarD. Pravno ureditev je ocenjeval po metodi, ki jo je razvilo Ustavno sodišče, ko je presojalo morebitno diskriminacijsko obravnavo. Ustavno sodišče je v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. julija 2009 (7. točka obrazložitve) zavzelo stališče, da je za presojo utemeljenosti očitka o neenakem, diskriminacijskem obravnavanju treba odgovoriti na naslednja vprašanja:

- 1) ali se zatrjevano različno obravnavanje nanaša na zagotavljanje oziroma uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine,
- 2) če se, ali obstaja različno obravnavanje pobudnika in tistega, s katerim se pobudnik primerja,
- 3) ali sta dejanska položaja, ki ju pobudnika primerjata, v bistvenem enaka in torej razlikovanje temelji na okoliščini iz prvega odstavka 14. člena Ustave ter
- 4) če gre za razlikovanje na podlagi okoliščine iz prvega odstavka 14. člena Ustave in torej za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg ustavno dopusten.

Če je odgovor na prva tri vprašanja pritrdilen in poseg ne prestane t. i. strogega testa sorazmernosti, potem gre za neustavno diskriminacijo.

Tehtanje utemeljenosti očitka o diskriminaciji, kot je opredeljena v 4. členu ZVarD, po oceni Zagovornika poteka po istem mehanizmu, pri čemer pa diskriminacija pomeni vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja

ne samo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, temveč tudi drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti (poseg v zavarovano dobrino). Zagovornik je ugotavljal, ali bi lahko bili istospolni pari v obstoječem sistemu neupravičeno prikrajšani izključno in samo zaradi svoje pravno varovane osebne okoliščine.

Zagovornik je pri oceni upošteval stališča Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki v skladu z upoštevanjem polja proste presoje, ki ga uživajo države podpisnice (EKČP), na različnih področjih postopoma širi obseg varovanja človekovih pravic istospolno usmerjenih oseb. Kot ugotavlja že Ustavno sodišče RS,¹² je ESČP glede istospolnih partnerskih razmerij ugotovilo, da je v številnih evropskih državah prišlo do hitrega razvoja družbenih odnosov pri obravnavi oseb, ki živijo v istospolnem partnerstvu. Zato bi bilo po stališču ESČP umetno vztrajati pri stališču, da v nasprotju s pari različnega spola istospolni pari ne morejo uživati družinskega življenja. ESČP je sprejelo stališče, da razmerje istospolnega para, ki živi v stabilnem dejanskem partnerstvu, sodi v pojem zasebno in družinsko življenje iz 8. člena EKČP, tako kot vanj sodi razmerje para različnega spola v enakem položaju. Istospolni partnerji sklepajo razmerja, ki so enako stalna in trdna kot zveze med osebami različnega spola. **Zato so osebe, ki živijo v istospolnem partnerstvu, z vidika potrebe po pravnem varstvu njihovih zvez v primerljivem položaju z osebami, ki živijo v heteroseksualnem partnerstvu.**

Zagovornik je, ne glede na to, da odločitev za slovenski pravni red nima formalnopравnih učinkov, preučil tudi sodno prakso drugih najvišjih sodišč, ki so odločila, da so istospolni in heterospolni partnerji v primerljivem položaju, vključno s sodbo ameriškega Zveznega vrhovnega sodišča v zadevi Obergefell v. Hodges, Tanco v. Haslam, DeBoer v. Snyder, Bourke v. Beshear, 576 U. S. ___ (2015) z dne 26. junija 2015. Razlog je v tem, da je materija, ki jo je ocenjeval Zagovornik v postopku ocene diskriminatornosti, v bistvenem podobna materiji, ki jo je presojalo ameriško Zvezno vrhovno sodišče. Sodba je podrobneje predstavljena v nadaljevanju.

Prvo ustavno sodišče v Evropi, ki je ugotovilo, da je prepoved dostopa istospolnih partnerjev do pravice skleniti zakonsko zvezo, je bilo Ustavno sodišče Republike Avstrije. Slednje je v odločbi št. G 258-259/2017-9 z dne 4. decembra 2017 kot protiustavne razglasilo člene Splošnega civilnega zakonika, ki so zakonsko zvezo omejevali na dve osebi različnih spolov, in ustrezne člene iz Zakona o registriranih partnerstvih, ki so se nanašali na osebe istega spola. Tudi ta odločba je podrobneje predstavljena v nadaljevanju.

V nadaljevanju pa Zagovornik najprej razčlenjuje elemente testa, ki ga je v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (7. točka obrazložitve) za namen ugotavljanja (ne)upravičenosti neenake obravnave razvilo Ustavno sodišče RS.

2.1. Poseg v zavarovane dobrine

Pravica do sklenitve zakonske zveze je pravica, ki je v slovenskem pravnem sistemu varovana na ustavni ravni. Opredeljena je v **53. členu Ustave RS** in uvrščena v poglavje II.

12 Sklep Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-213/15-13 z dne 5. maja 2015.

»Človekove pravice in temeljne svoboščine« poleg številnih drugih pravic, ki so priznane kot človekove pravice.

Pravica istospolnih parov do enakopravnega pravnega priznanja zakonske zveze ne glede na spol in spolno usmerjenost partnerjev po mnenju Zagovornika načela enakosti izhaja iz **8. člena v povezavi s 14. členom EKČP**, ki se kot mednarodna pogodba v slovenskem pravnem redu uporablja neposredno (8. člen Ustave RS). Z ratifikacijo **Protokola št. 12** k EKČP se je varstvo pred diskriminacijo v slovenskem ustavnem sistemu bistveno okrepilo in razširilo, saj zajema tudi zakonske pravice.

Pravica sklepanja zakonske zveze je izrecno opredeljena kot pravica v **9. členu Listine Evropske unije o temeljnih pravicah**¹³ (ne glede na to, pod katerimi pogoji je nato uresničevanje te pravice dostopno v posameznih državah članicah). Zagovornik določbo izpostavlja kot pokazatelja, da pravica do sklepanja zakonske zveze tudi v evropskem prostoru sodi med temeljne pravice, ne glede na omejitve veljavnosti uporabe določb listine iz 51. člena.

Na zakonski ravni je v Republiki Sloveniji sklenitev zakonske zveze urejena v **3. členu DZ** kot pravica, ki gre partnerjema različnega spola.

Iz Ustave RS ne izhaja, da je sklenitev zakonske zveze omejena na osebe različnega spola, pač pa je določeno, da zakonska zveza temelji na enakopravnosti zakoncev ter da se sklene pred pristojnim državnim organom.¹⁴ Zakonsko zvezo in pravna razmerja v njej, v družini in v zunajzakonski skupnosti ureja zakon. Iz navedenega po oceni Zagovornika ne izhajajo zadržki (ustavno)pravne narave, ki bi zakonodajalcu onemogočali izenačitev istospolnih parov s heterospolnimi pari. Pa vendar so v trenutni pravni ureditvi od pravice do sklenitve zakonske zveze še vedno popolnoma izvzeti istospolni pari. Slednje izhaja iz razlogov, ki jih je narekoval politični kontekst v času, ko je zakonodajalec pri dostopu do zakonske zveze nameraval izenačiti pare različnega spola z istospolnimi pari.

Pravica do sklenitve zakonske je individualna človekova pravica. To pomeni, da lahko vsak posameznik sklene zakonsko zvezo s svojim partnerjem. Iz drugega odstavka 53. člena Ustave RS izhaja, da zakonsko zvezo uredi zakonodajalec z zakonom. Tako je zakonodajalcu dano pooblastilo, da z zakonom podrobneje uredi zahteve in pogoje za sklenitev zakonske zveze. Pri sprejemanju zakonodaje pa zakonodajalca zavezuje spoštovanje človekovih pravic. Omejevanje človekovih pravic je dopustno samo z zakonom, kjer mora biti omejevanje v skladu z načelom sorazmernosti. Splošno ustavno načelo sorazmernosti predpostavlja najprej test legitimnosti, in sicer ali je cilj, ki ga zasleduje država, legitimen (tj. stvarno upravičen) in ali so od države uporabljena sredstva kot taka pravno dopustna. Zagovornik ugotavlja, da z omejevanjem sklenitve zakonske zveze zgolj na heterospolne pare država ni zasledovala kakšnega izrecno opredeljenega legitimnega cilja, niti ga ni nikjer moč razbrati. V zvezi s testom sorazmernosti pa Zagovornik ugotavlja, da država s takšno ureditvijo zasleduje cilj, ki javnosti ni znan, zato se do načela sorazmernosti niti ne more konkretizirano opredeliti. Na podlagi navedenega je tako podana tudi kršitev **2. člena Ustave RS**.

¹³ 9. člen Listine o temeljnih pravicah se glasi: "Pravica sklepanja zakonske zveze in pravica ustvarjanja družine sta zagotovljeni v skladu z nacionalnimi zakoni, ki urejajo uresničevanje teh pravic."

¹⁴ Prvi odstavek 53. člena Ustave RS.

Zagovornik ugotavlja, da je možnost sklenitve zakonske zveze v pravnem redu vzpostavljena kot pravica, istospolni pari pa so iz dostopa do pravice do sklenitve zakonske zveze, kot je ta urejena za heterospolne pare, izključeni. S tem se tako poseže tudi v pravico do samoopredelitve posameznika ter v zasebno avtonomijo, ali in s kom skleniti zakonsko zvezo. Oseba, ki ima življenjsko željo skleniti zakonsko zvezo, tega ne more storiti, v kolikor živi v istospolni zvezi.

V zvezi s tem je treba tudi izpostaviti dejstvo, da drugačno imenovanje instituta, ki je vsebinsko podoben zakonski zvezi, katero lahko sklenejo le heterospolni pari, pomeni tudi ponižujočo obravnavo in povzroča segregacijo med istospolnimi in heterospolnimi pari. S tem pa je tako poseženo tudi v dostojanstvo posameznika iz **34. člena Ustave RS**, ki se nanaša na t.i. realizirano dostojanstvo, neločljivo povezano s človekovim dostojanstvom, ki izhaja iz **1. člena Ustave RS**, t.i. izvornim človekovim dostojanstvom kot vrhovno pravno vrednoto ustavne ureditve.¹⁵

Trenutna ureditev pri poslovanjih pred državnimi organi in v pravnem prometu sili istospolno usmerjene osebe, ki so zvezah, da pri izpolnjevanju obrazcev (obrazci občasno zahtevajo podatek po tvojem statusu) razkrijejo svojo istospolno usmerjenost. Podatek, ali je oseba poročena ali ne, sam po sebi ni sporen, če je namen obdelave takšnega podatka razkrit. Če pa oseba označi, da je v partnerski zvezi, hkrati izpostavi svojo istospolno usmerjenost, ki je sicer ne bi, če bi bila v zakonski zvezi. Upošteva se, da je spolna usmerjenost občutljiv osebni podatek, je kršitev **35. in 38. člena Ustave RS** toliko bolj očitna.

Če bi bili istospolni pari vključeni v možnost sklenitve zakonske zveze, s tem ne bi v ničemer posegli v pravico heterospolnih parov do sklenitve zakonske zveze.

2.2. Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnika primerjata

Različno obravnavanje istospolnih parov v primerjavi s heterospolnimi je razvidno z dejstva, da istospolnim parom ne pravno ne dejansko ni omogočena sklenitev zakonske zveze, kot je to urejeno za heterospolne pare v DZ. Istospolni pari lahko sklenejo t.i. partnersko zvezo, ki jo ureja ZPZ. ZPZ se v vseh pravnih posledicah partnerske zveze v celoti sklicuje na pravne posledice sklenitve zakonske zveze, razen treh izjem. S tem partnersko zvezo praktično izenačuje z zakonsko zvezo, poimenuje pa jo drugače, kar pa stori brez navajanja morebitnih ustavno dopustnih razlogov.

Za istospolne pare je tako vzpostavljen **paralelni režim**. Dostop imajo samo do instituta partnerske zveze, ki na ustavnopravni ravni ni varovan. Gre torej za institut, katerega pravna varnost in veljavnost je ustavno in simbolno neprimerljiva z zakonsko zvezo. Z ZPZ so bile pravne posledice sklenjene in neskljene partnerske zveze sicer skoraj v celoti izenačene s pravnimi posledicami zakonske zveze in zunajzakonske skupnosti, vendar le na nominalni

¹⁵ Kleindinst, P.: Komentar Ustave Republike Slovenije; Nova univerza; Evropska pravna fakulteta; 2019; 1.del; str. 334 in nasl.

ravni vseh pravic razen tistih, ki so izrecno izključene.¹⁶ **Na simbolni ravni**, ki bi pomenila popolno pravno enakopravnost v luči 53. v povezavi s 14. členom Ustave RS, pa ne.

Kot je navedlo Vrhovno sodišče v Massachusettsu, ZDA, zakonska zveza predstavlja »osebno povezavo dveh ljudi, ki temelji na vzajemnosti, intimnosti ter zvestobi«. Gre za skupnost dveh oseb, ki »spodbuja določen način življenja in ne aktivizma, življenje v harmoniji in ne političnega prepričanja, vzajemno zvestobo in ne določenega socialnega ali gospodarskega projekta«. ¹⁷ Zakonska zveza tako predstavlja **cenjeno institucijo** v družbi. Odločitev, ali in s kom se poročiti, pa je med pomembnimi dejanji samoodločbe v življenju. ¹⁸ Tudi po stališču Vrhovnega sodišča Connecticutu, ZDA, izključevanje istospolnih parov iz pravnega instituta zakonske zveze ter njegovega **simbolnega** pomena predstavlja diskriminatorno ureditev. ¹⁹

Poleg tega pa možnost sklenitve zgolj partnerske zveze **nedopustno razkriva intimno osebno okoliščino spolne usmerjenosti** partnerjev in jih protiustavno stigmatizira – pred državnimi organi, v državni statistiki in pred skupnostjo, kar je v nasprotju s 35. členom Ustave RS. Tudi v tem se kaže različna, slabša in s tem nedopustna obravnava istospolno usmerjenih oseb, ki so v zvezi, v primerjavi s heterospolno usmerjenimi osebami, ki so v zvezi. Urejanje številnih administrativnih vidikov življenja zahteva razkritje osebnega statusa posameznika pri izpolnjevanju različnih obrazcev, ki zahtevajo opredelitev stanu (samski, poročen, ovdovel – in v partnerski zvezi). V sedanji situaciji je posameznik z odgovorom na to vprašanje dolžan **tretji osebi vsakič znova izpričevati in razkrivati spolno usmerjenost**. Obveznost razkritja spolne usmerjenosti posameznika – kar omogoča prav paralelni pravni institut partnerske zveze – **hudo, neupravičeno in nesorazmerno posega v pravice posameznika**. Takšna ureditev pa predstavlja hkrati hud poseg v 38. člen Ustave RS, s katerim je zagotovljeno varstvo osebnih podatkov, uporaba osebnih podatkov v nasprotju z namenom njihovega zbiranja pa je prepovedana. Iz 9. člena Uredbe 2016/679 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov z dne 27. aprila 2016 (v nadaljevanju: **GDPR**)²⁰ izhaja, da je prepovedana obdelava osebnih podatkov, ki razkrivajo spolno usmerjenost posameznika. Trenutno je stan osebe, ki je v partnerski zvezi, **edini označevalec**, po katerem državne oblasti ali pa tretje osebe, vključno s pravnimi osebami zasebnega prava, lahko izvedo za istospolno usmerjenost posameznika ali posameznice. Nadalje, vodenje evidence partnerskih zvez pravzaprav predstavlja **evidenco določenega dela prebivalstva, ki je istospolno usmerjen**. Zato je toliko bolj nedopustno, da tak označevalec in takšne evidence še obstajajo.

Pri zahtevi za opredelitev stanu je oseba, ki je sklenila partnersko zvezo, neposredno **primorana razkriti svojo spolno usmerjenost** tretjim osebam (v veliki večini primerov

¹⁶ Izrecno sta izključeni dve pravici. Tretji odstavek 2. člena ZPZ namreč določa: »Partnerja partnerske zveze ne moreta skupaj posvojiti otroka. Partnerja partnerske zveze nista upravičena do postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo.«

¹⁷ Ang: "It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects."

¹⁸ Sodba Vrhovnega sodišča v Massachusettsu Hillary Goodbridge vs. Department of Public Health (440 Mass. 309) z dne 18. novembra 2003.

¹⁹ Waaldijk, K.: How the Road to Same – Sex Marriage Got Paved in the Netherlands; str. 448; Takšno stališče zastopalo tudi Vrhovno sodišče Connecticut v zadevi Kerrigan v. Commissioner of Public Health z dne 28. oktobra 2008 (Pursuing Marriage equality in four democracies: Canada, The United States, Belgium, and Spain, str. 5).

²⁰ Uredba EU se v Republiki Sloveniji uporablja neposredno.

takrat, kadar spolna usmerjenost ni relevanten osebni podatek). Če bi se zgodilo, da bi takšna oseba na obrazcu, ki bi zahteval opredelitev stanu, iz strahu pred razkritjem ali stigmatizacijo označila drug stan (ter se pri tem morda tudi prostovoljno odrekla tudi kakšni svoji pravici, ki bi izhajala iz partnerske zveze), pa bi bila v tem primeru lahko izpostavljena kazenski odgovornosti, med drugimi za kaznivo dejanje ponarejanja listin po 251. člen Kazenskega zakonika (v nadaljevanju: KZ-1;²¹ kjer bi lahko prišel v poštev tudi posebni primer ponarejanje listin po 252. členu KZ-1) ter overitev lažne vsebine po 253. členu KZ-1.

Spomniti gre, da je bilo zgodovinsko gledano za državo pogosto pomembno vedeti za spolno usmerjenost njenih državljanov. Na podlagi tega podatka so na primer določeni represivni režimi v zgodovini preganjali istospolno usmerjene posameznike, zlasti moške, in jih zaradi te njihove osebne okoliščine ter medsebojnih stikov in zvez zasmehovali, stigmatizirali, zastraševali, kaznovali ali pa, kot je primer v nekaterih državah še danes,²² zaradi tega celo zakonito usmrtili. O tem pričajo številni zgodovinski viri, med drugim tudi slovenski zapisi iz 18. stoletja, ki poročajo o smrtnih obsodbah.²³ Dvesto let kasneje viri opisujejo tudi zgodbo leta 1921 izvoljenega ljubljanskega župana Antona Peska, ki pa to potem ni mogel postati, saj so se na podlagi obtožb nekaterih prič, o čemer je potekal celo sodni proces, časopisi razpisali, da naj bi bil Pesek homoseksualec. Nadalje, med drugo svetovno vojno je bilo ob vseh ostalih žrtvah tudi okoli 100.000 istospolno usmerjenih ljudi v Evropi deportiranih v koncentracijska taborišča. Označeni so bili z rožnatim trikotnikom, ki so ga kot Judje rumeno zvezdo morali stalno nositi, da je bila njihova spolna usmerjenost navzven razvidna. Mnogi izmed njih taborišč niso preživeli.²⁴ Po drugi svetovni vojni in vse do konca osemdesetih let prejšnjega stoletja pa je tudi na področju Slovenije obstajala represija ter sezname istospolno usmerjenih oseb, ki so delovali zastraševalno, o čemer tudi pričajo številni strokovni članki²⁵ in intervjuji.²⁶

²¹ Uradni list RS, št. 50/12 – uradni prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20.

²² Erasing 76 Crimes – spletno mesto, ki objavlja ažurne in verodostojne informacije o izvajanju smrtne kazni za istospolne usmerjene osebe: <https://76crimes.com/10-nations-where-the-penalty-for-gay-sex-is-death/>.

²³ Škuc: Grmade, parade, molk: prispevki k neheteroseksualni zgodovini na Slovenskem, Zbirka Lambda, Škuc, 2015, Ljubljana, str. 26-29. Primeri citatov iz knjige: »Spomladi 1749 ju je namreč njun sovaščan in občasni pivski prijatelj Jurij Verlič ovadil pred deželjskim sodiščem, ker sta, kot se je glasila njegova obtožba, v izbi njegove matere ter v kleti Vombekove zidanice 'gonila nečistovanje'« (str. 11-12). Drugi citat: »Pravniški jezik njenega časa je tovrstne seksualne prakse označeval za »crimen sodomitiae« za sodomitski zločin, jih opredeljeval kot enega najhujših prestopkov zoper naravno in božje pravo ter pravo cerkve in deželno oziroma državno pravo, in zanje predvideval smrtno kazen.« Posebnost tega procesa, je da se je končal z natančno obrazloženo sodbo, tako v slovenskem kot tudi v nemškem jeziku. »Deželna kneginja pa se s sodnikovim predlogom ni strinjala in je z lastnoročno podpisanim ukazom izrekla najhujšo kazen, namreč usmrtitev. ... Nadvojvodinja Marija Terezija je ukaz o usmrtitvi podpisala 4. julija 1749...« Zgodbo o nesojenem ljubljanskem županu iz leta 1921 pojasni poglavje »Anton Pesek« v tej publikaciji (str. 26-29).

²⁴ Plant Richard, Rožnati trikotnik – Nacistična vojna proti homoseksualcem, 1991, Ljubljana, Krtina.

²⁵ Za zgodovinski pregled preganjanja v Sloveniji glej Judit Takács, Roman Kuhar & Tamás P. Tóth (2017) "Unnatural Fornication": Cases Under State-Socialism: A Hungarian–Slovenian Comparative Social-Historical Approach, *Journal of Homosexuality*, 64:14, 1943-1960, DOI: 10.1080/00918369.2016.1273719.

²⁶ Škuc: Grmade, parade, molk: prispevki k neheteroseksualni zgodovini na Slovenskem, Zbirka Lambda, Škuc, 2015, Ljubljana. V knjigi se v poglavju »Sedemdeseta leta«, podpoglavje »Homo notranji sovražniki«, nahaja odstavek: »Tako so bili maltretirani mnogi in jih poznam in ki so bili v odgovornih službah v Ljubljani. Če ne drugega, so bili kasneje tudi sami pritegnjeni v tako obveščanje, pač z ozirom na to, kaj je kdo bil. Ko so bili gayi na sodišču, v skupščini, je bilo treba o njih zbirati podatke.« (str. 173) Naprej pa se v podpoglavju »Skrivanje« nahaja citat: »Ali smo mi vedeli, ali smo registrirani ali ne skriti? Čisto natančno smo lahko izvedeli za svoj dosje, ker smo imeli kolege in prijatelje, ki so nam to posredovali. In smo vedeli, kdaj je bilo kaj vpisano, iz kakšnih virov je bilo vpisano, vedeli smo celo za naše prijatelje, ki so dajali določene izjave.« (str. 173)

Iz navedenega je razvidno, da je zgodovina odnosa države do istospolno usmerjenih oseb zgodovina označevanja posameznikov ter posameznic in zgodovina represije, za katero je bila označenost posameznikov nujni in sestavni predpogoj.

Danes istospolno usmerjeni posamezniki v Sloveniji praviloma ne bodo kot prej izpostavljeni najhujšim državnim oblikam represije. Vendar pa razkritje njihove osebne okoliščine lahko še vedno vodi do drugačnih negativnih posledic, kot so na primer nadlegovanje zaradi spolne usmerjenosti, druge oblike diskriminacije, zaničevalni in sovražni govor, ter celo homofobno nasilje. Še vedno se zgodi, da kak medij razkrije spolno usmerjenost posameznika proti njegovi volji, z namenom, da bi oslabil vlogo tega posameznika v javnem življenju. Po oceni Zagovornika načela enakosti je zato treba nujno vsak ostanek prakse označevanja ljudi na podlagi njihove spolne usmerjenosti, ki izhaja iz predpisov, torej v tem primeru tudi paralelnega partnerskega instituta, odpraviti.

Pri tem je pomembno poudariti, da nobene od navedenih negativnih posledic zaradi heteronormativne družbe ne čutijo heterospolni pari, ko v administrativne obrazce vnašajo podatke o svojem stanu.

Možnost partnerske zveze kot drugorazredne opcije na istospolno usmerjene posameznike učinkuje **ponižujoče**. Posebna, od zakonske zveze ločena klasifikacija instituta partnerske zveze, **krepi stereotipe, da so istospolni pari manjvredni** od parov različnega spola.²⁷ Trenutna ureditev uvršča istospolne pare med drugorazredne državljane, ki jih moramo kvečjemu tolerirati, ne priznamo pa jim ustreznega **spoštovanja ter zaščite**. Slednje pa jasno predstavlja poseg v **osebno dostojanstvo** posameznika. Bistvo dostojanstva je namreč, da ima vsak človek enako in absolutno notranjo vrednost, ki mu pripada prav zato, ker je človek. Spoštovanje človekovega dostojanstva zato pomeni varstvo osebne vrednosti posameznika pred neupravičenimi posegi in zahtevami države in družbe.²⁸ Resnično demokratična pa je takšna državna ureditev, v kateri je spoštovanje človekovega dostojanstva temeljno vodilo delovanja države.²⁹

Zaščita človekovega dostojanstva vključuje tri razsežnosti, in sicer: 1) samostojnost ali možnost oblikovanja svojega življenja in živeti v skladu s svojimi prepričanji; 2) zagotovljena minimalna sredstva za življenje; in 3) pravica do fizične in moralne integritete.³⁰ Odrekanje pravice do sklenitve zakonske zveze pomeni odrekanje možnosti enakega in enakovrednega javnega priznanja za posameznika enega najpomembnejših odnosov, s čimer gre za očitno **zanikanje bistva posameznika** in s tem za kršitev **pravice do svobodne izbire ter življenja brez ponižanja**. Takšna ureditev tako jasno poseže v osebno dostojanstvo posameznika iz 34. člena Ustave RS. Država državljanom z določeno osebno okoliščino s tako ureditvijo posredno sporoča, da so vredni manj kot drugi. To pa je tudi v neskladju z drugim odstavkom 10. člena ZVarD, ki kot prepovedano diskriminacijo opredeljuje tudi »javno opravičevanje zapostavljanja ali preziranja oseb ali skupine oseb zaradi osebnih okoliščin iz 1. člena tega zakona, kot tudi opravičevanje idej o prevladi ali večvrednosti osebe ali skupine oseb z določenimi značilnostmi, ki izvirajo iz navedenih osebnih okoliščin, nad tistimi, ki niso člani te skupine.«

²⁷ Glej pravno mnenje Vrhovnega sodišča Massachusetts 440 Mass. 1201 z dne 3. februar 2004, str. 6.

²⁸ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-109/10 z dne 26. september 2011, 8. točka.

²⁹ Prav tam, 13. točka.

³⁰ Glej 2.7. točko Odločbe Ustavnega sodišča Kolumbije C-577/11.

Izključitev možnosti istospolnih parov za sklenitev zakonske zveze je zato nezdržljiva z ustavnimi načeli spoštovanja **zasebne avtonomije in enakosti pred zakonom**,³¹ s tem pa tako nedopustno krši njihovo pravico do enakopravnosti in enakosti pred zakonom iz 14. člena Ustave in pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave RS.

2.3. Ali je dejanski položaj pobudnikov v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini

Istospolno partnersko skupnost ustvarita dve odrasli, svobodni, polnoletni (ter pod enakimi pogoji kot v primeru heterospolnih partnerjev tudi nepolnoletni), poslovno sposobni, samostojni fizični osebi, ki sta istega spola. Takšna zveza je **v bistvenih elementih enaka** kot zveza, ki jo ustvarita dve odrasli, svobodni, polnoletni, poslovno sposobni, samostojni fizični osebi, ki sta različnih spolov.

O diskriminacijski obravnavi govorimo takrat, kadar država (na podlagi osebnih okoliščin) različno obravnava posameznike v enakih situacijah in je torej bistveno, ali je z vidika, ki je pomemben za presojo izpodbijane ureditve (pravica do sklenitve zakonske zveze), položaj istospolnih parov v svojih bistvenih dejanskih in pravnih prvinah primerljiv s položajem zakoncev.

Na to pomembno vprašanje je že odgovorilo Ustavno sodišče RS v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. julija 2009. Zavzelo je stališče, da je registrirana partnerska skupnost razmerje, »ki je po vsebini podobno zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti«, saj je tudi za istospolne partnerske skupnosti »bistvena značilnost stabilna povezanost dveh oseb, ki sta si blizu, si medsebojno pomagata in se podpirata« (tč. 12).

Ustavno sodišče je stališče potrdilo v zadevi št. U-I-212/10-15,³² v kateri je primerjalo neformalne skupnosti istospolnih in heterospolnih parov (zunajzakonsko zvezo in neregistrirano partnersko skupnost). V odločbi je glede primerljivosti položajev obeh vrst partnerstev navedlo, da »[v] današnji družbi ni več razhajanj o tem, da istospolni pari enako kot raznospolni pari ustvarjajo ljubeča in trajna partnerska razmerja.« Nadalje je zapisalo, da gre po vsebini za »enak dejanski položaj, v katerem sta dva človeka povezana v par, pri čemer njuno (relativno trajno) razmerje bistveno opredeljujejo njuna čustvena, moralna, duhovna in seksualna povezanost na skupni življenjski poti. ... V tem pogledu se primerjana položaja v bistvenem ne razlikujeta.« (tč. 13)

Ustavna sodnica Dunja Jadek Pensa je v pritrdilnem ločenem mnenju k odločbi zapisala, da

»[o]sebi istega spola, ki živita v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, ki je utemeljena na obojestranski čustveni navezanosti, vzajemnem spoštovanju, razumevanju, zaupanju in medsebojni pomoči, sta v bistveno podobnem položaju kot moški in ženska, ki živita v razmerju, opredeljenem v 12. členu ZZZDR, zato, ker je

³¹ Deutscher Bundestag: Gesetzenwurf des Bundesrates – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: Drucksache 18/6665 z dne 11. novembra 2015, str. 10; takšno stališče je zavzelo tudi veliko poslancev tekom razprave, kot npr. Helko Maas, glej zapisnik seje: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18244.pdf#P.25115> (dne 25. novembra 2020).

³² Odločba Ustavnega sodišča U-I-212/10-15 z dne 14. marca 2013.

njuno razmerje utemeljeno z bistveno podobnimi medčloveškimi vrednotami kot razmerje oseb različnega spola.« (tč. 9)

Podobno je stališče Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki navaja, da so

»istospolni partnerji prav tako kot heterospolni partnerji zmožni vzpostaviti stabilen in predan odnos. Posledično so v smiselno podobnem položaju kot heterospolni partnerji, kar zadeva njihovo potrebo po pravnem priznanju in varstvu njihovega razmerja.«³³

Na podlagi tega argumenta je tako ESČP zaključilo, da so istospolni partnerji v primerljivem položaju kot pari različnega spola.³⁴ Nadalje je ESČP zavzelo stališče, da imajo istospolni pari, ki si delijo življenje, **enake potrebe glede medsebojne podpore in pomoči** kot pari različnega spola. Tako je ESČP ugotovil, da sta položaja primerljiva.³⁵

Ustavno sodišče Avstrije (prvo in najstarejše ustavno sodišče na svetu) je v sodbi št. G 258-259/2017-9 z dne 4. decembra 2017 ugotovilo, da sta tako zakonska zveza kot registrirano partnerstvo vzpostavljena kot **vseobsegajoče, trajno razmerje** dveh oseb z enakimi pravicami, ki izhajajo iz partnerstva, ki je utemeljeno na **vzajemni pomoči in spoštovanju**. Obema oblikama partnerstev je skupno, da ustvarjata pravni okvir za **skupno življenje** z enakimi pravicami v instituciji stabilnega in trajnega razmerja.³⁶

Zagovornik ugotavlja, da gre z vidika dostopnosti do zakonske zveze za enak položaj istospolnih in heterospolnih parov, ki tukaj nastopajo kot primerljiva skupina (ang. *comparator*). Gre za **identičen značaj življenjskih skupnosti**, pri čemer je edina razlika ta, da sta v heterospolnih oziroma v t.i. tradicionalnih skupnostih osebi različnega spola, v istospolnih pa istega (pri čemer slednjim spolna usmerjenost kot osebna okoliščina, zaradi katere je diskriminacija prepovedana, ne dopušča, da bi izbrali partnerja nasprotnega spola). Sicer pa je značilnost obeh življenjskih skupnosti, da se partnerja medsebojno spoštujeta, si zaupata in si medsebojno pomagata.

Glede na vse te, v bistvenem enake dejanske podlage življenjskih skupnosti ni nobenega razloga za pravno razlikovanje ureditve teh skupnosti. Takšno razlikovanje namreč po oceni Zagovornika posega v pravico do varstva zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP, v pravico do zasebnosti in človekovega dostojanstva iz 35. Člena, v pravico do varstva zakonske zveze iz 53. člena Ustave RS, v povezavi s 14. in 22. členom Ustave RS.

2.4. Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten

Zagovornik ugotavlja, da razlikovanje v ureditvi življenjskih skupnosti in ohranitev t.i. dvotirnega, paralelnega sistema ne temelji na stvarni, neosebni razlikovalni okoliščini, temveč **izključno na spolu partnerjev in/ali njuni spolni usmerjenosti**. Na dostopnost

³³ ESČP, Schalk in Kopf proti Avstriji, pritožba št. 30141/04, sodba z dne 24. junija 2010, tč. 99.

³⁴ Sodba ESČP Vallianatos in drugi proti Grčiji opr. št. 29381/09 in 32684/09 z dne 7. novembra 2013, 81. točka.

³⁵ Ibid., 78. točka.

³⁶ Ustavno sodišče Republike Avstrije, sodba št. G 258-259/2017-9 z dne 4. decembra 2017, tč. 4.

pravice do sklenitve zakonske zveze vpliva spol izbranega partnerja (če gre za partnerja drugega spola, je zakonska zveza dopustna, če pa gre za partnerja istega spola, ni dopustna), ali pa spolna usmerjenost partnerja. Istospolna spolna usmerjenost kot prirojena in neodtujljiva osebna okoliščina, za katero od posameznika ne moremo zahtevati, da se ji odreče ali jo spremeni, namreč ne omogoča izbire partnerja drugega spola.

Spolna usmerjenost je, čeprav v Ustavi RS ni izrecno navedena (je pa v prvem odstavku 1. člena ZVarD), nedvomno ena izmed osebnih okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave RS.³⁷ Kot je že zapisalo Ustavno sodišče RS, gre namreč za **osebno lastnost, ki pomembno opredeljuje posameznika, vpliva na njegovo življenje in ga tako kot okoliščine, kot so npr. rasa, spol, rojstvo, spremlja vse življenje**. Spolno usmerjenost kot okoliščino, na podlagi katere je razlikovanje prepovedano, pojmuje tudi ESČP, čeprav ni med izrecno naštetimi okoliščinami v 14. členu EKČP. V več zadevah je ESČP poudarilo, da je »za namen 14. člena konvencije različno obravnavanje diskriminatorno, če zanj ni objektivnega in razumnega razloga, t.j. če ne zasleduje legitimnega cilja in če ni zagotovljena sorazmernost med sredstvi za doseganje cilja in samim ciljem.« Poleg tega pa je navedlo, da je mogoče razlikovanje na podlagi spola in spolne usmerjenosti utemeljiti **le s posebno tehtnimi in resnimi razlogi**.³⁸ Tako je razlikovanje po spolni usmerjenosti, zaradi zahteve po enakem obravnavanju in prepovedi diskriminacije, možno le iz objektivnih razlogov. Istospolna usmerjenost ali življenjska skupnost istospolnih parov nista objektivna razloga, s katerima je razlikovanje mogoče upravičiti.³⁹

Zagovornik je ocenjeval, ali za različno obravnavanje istospolnih in heterospolnih parov pri pravici dostopa do zakonske zveze obstaja tak tehten, resen in ustavno dopusten razlog. Iz zakonodajnega gradiva ustavno dopusten razlog za izpodbijano ureditev, ki posega v pravico iz prvega odstavka 14. člena Ustave RS, ni razviden in ga Zagovornik ni zasledil.

Kot je zapisala sodnica Dunja Jadek Pensa v pritrdilnem ločenem mnenju k Odločbi št. U-I-212/10-15 z dne 14. marca 2013, je »bistvo ustavne zahteve po enakosti ravno v tem, da morajo biti posamezniki kljub njihovi dejanski različnosti v pogledu osebnih lastnosti (med drugimi glede spolne usmerjenosti) v določenih razmerjih obravnavani enakopravno, in ker razloga za razlikovanje zakonodajalec ni navedel, ... gre za protiustavno neenako obravnavanje.« (tč. 12)

Da je bil ravno politični kontekst tisti bistveni element, ki je ključno vplival na sprejem pravne ureditve, kakršna je danes, pa kaže prav zgodovina sprejemanja zakonodaje na tem področju. Slednje je pomembno zaznamovano z dvema referendumoma, ki sta botrovala ureditvi, kakršna je.

Argument, ki se pogosto pojavi, je, da mora zakonska zveza ostati rezervirana za heterospolne pare zato, ker naj bi bil namen zakonske zveze v zasnovanju družine. Takšno stališče je pravno in dejansko nevzdržno. Prvič, tako kot veljavnost zakonske zveze

³⁷ Tako tudi Varuh človekovih pravic; glej: <<https://www.varuh-rs.si/sporocila-za-javnost/novica/varuh-o-odlocitvi-ustavnega-sodisca-o-dopustnosti-referenduma/>> (25. novembra 2020).

³⁸ Npr. ESČP, *Karner proti Avstriji*, pritožba št. 40016/98, sodba z dne 24. julija 2003, tč. 37. Glej tudi ESČP, *Oliari in ostali proti Italiji*, pritožbi št. 18766/11 in 36030/11, sodba z dne 21. julija 2015, tč. 143; ESČP, *Vallianatos in ostali proti Grčiji*, pritožbi št. 29381/09 in 32684/09, sodba z dne 7. novembra 2013, tč. 92;

³⁹ Parlamentarische Initiative «Ehe für alle» Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, 13.468 z dne 30. avgusta 2019, Švica, str 8607.

heterospolnih partnerjev ni odvisna od tega, ali po njeni sklenitvi partnerja zasnujeta družino ali ne (po lastni izbiri), če je kateri od partnerjev neploden ali če sta neplodna oba, če se odločita za posvojitvev otrok ali ne, tako tudi dopustnost zakonske zveze istospolnih partnerjev ne bi smela biti odvisna od tega, ali partnerja zasnujeta družino ali ne. Argument, da je potomstvo oz. reprodukcija eden izmed bistvenih vidikov sklenitve zakonske zveze, je izključujoč in neenako obravnava tudi heteroseksualne pare, ki iz kakršnegakoli razloga ne morejo nadaljevati potomstva (objektivni razlogi) ali tega ne želijo (subjektivni razlogi).

Tudi istospolni partnerji lahko zasnujejo družino (ali pa tudi ne, če se tako odločijo) – lahko vzgajajo otroke, ki jih imajo iz prejšnjih zakonskih ali drugih zvez (kot jih imajo lahko tudi heterospolni partnerji, pa če so bili poročeni ali ne), lahko posvojijo otroka svojega partnerja (že sedaj, v tujini), partnerice lahko izberejo možnost postopka oploditve z biomedicinsko pomočjo (v tujini). Moški pari imajo že sedaj lahko potomce v dogovoru z ženskimi pari ali pa imajo samski istospolno usmerjeni moški otroka z ženskimi pari. Dogovorne oploditve z namenom zanositve so med istospolnimi moškimi in ženskimi pari praksa tudi v Sloveniji.⁴⁰

Zasnovanje družine, čeprav na veliko različnih in specifičnih načinov, je torej možno v primeru vsakega partnerstva, sama sklenitev zakonske zveze pa nima nobene neposredne zveze s tem. Tako tudi zakonska zveza ne postane neveljavna v vseh tistih primerih, ko zasnovanje družine ni (bila) njena posledica.

Zakonska zveza tudi ni pogoj, da bi katerakoli partnerja zasnovala družino – zasnujeta jo lahko tudi brez sklenitve zakonske zveze. To izhaja tudi iz sodne prakse ESČP, ki je v zadevi *Goodwin proti Združenemu kraljestvu* zavzelo stališče, da nesposobnost para za spočetje otroka sama po sebi ne more biti okoliščina, ki paru jemlje pravico skleniti zakonsko zvezo.⁴¹ Zakonska zveza je torej predvsem pravni institut, pogodba, ki jo skleneta partnerja pred državo, na podlagi česar lažje urejata svoj pravni položaj na različnih družbeno reguliranih področjih.

Poleg tega je sklenitev zakonske zveze že sedaj dovoljena pri heterospolnih parih ne glede na njihovo starost, ki jim morda lahko preprečuje, da bi imeli otroke. V teh primerih je še toliko bolj očitno, da zakonska zveza v resnici nikakor ni izključno rezervirana za namen ustvarjanja edinega možnega pravnega okvirja, v katerem bi ljudje lahko imeli otroke, temveč le utrditvi pravne, s tem pa tudi socialne in ekonomske varnosti partnerjev ter njihove emocionalne povezanosti.

To je tudi ključni resnični in dejanski namen zakonske zveze. Zato je posledično to tudi ključni razlog, da je možnost sklenitve zakonske zveze in s tem dostop do te pravice treba na enakopraven način omogočiti tudi istospolnim partnerjem.

Enako zaključuje prof. Barbara Novak, ki opozarja:

⁴⁰ Darja Zaviršek, Ana M. Sobočan, Mavrične družine grejo v šolo, *Perspektive otrok, staršev in učiteljic*, Fakulteta za socialno delo, 2012, str. 43.

⁴¹ Barbara Novak, Možnosti, da istospolni partnerji v slovenskem pravnem redu postanejo starši, *Podjetje in delo*, 2016, št. 6-7. Glej tudi ESČP, *Goodwin proti Združenemu kraljestvu*, pritožba št. 17488/90, sodba z dne 27. 3. 1996.

»[č]e reproduktivnost ni več konstitutivni element zakonske zveze, se postavlja vprašanje, ali ne bi morali tudi istospolnim partnerjem omogočiti sklenitev zakonske zveze. Prokreativnost je očitno samo ena od funkcij zakonske zveze. Smisel in razlog zakonske zveze v moderni državi sta širša od prokreativnosti. Zakonska zveza naj bi zadovoljevala tudi čustvene, spolne, moralno-etične (na primer medsebojno spoštovanje, razumevanje, zaupanje, pomoč) in ekonomske potrebe, želje in zahteve partnerjev. Skupnostim, ki izpolnjujejo vse te zahteve, ne pa tudi zahteve po prokreaciji, bi morali priznati enake pravice kot zakoncem. To pa bi pomenilo, da istospolne skupnosti ne bi mogle biti nediskriminatorno izvzete iz splošnih pravil ZZZDR [zdaj DZ] vsaj glede medsebojnih pravic in obveznosti partnerjev, premoženja in pravic partnerjev do družbe na podlagi tega uradnega partnerstva. V takem konceptu istospolnih partnerjev ne moremo obravnavati drugače od raznospolnih.«⁴²

2.5. Primerjalnopravni vidik in odločitve drugih najvišjih sodišč

Evropske države, ki so zakonsko zvezo istospolnih parov že omogočile ter v celoti izenačile pravice istospolnih parov s heterospolnimi pari, so po podatkih ILGA-Europe⁴³ Avstrija, Belgija, Danska, Finska, Francija, Nemčija, Islandija, Irska, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Španija, Švedska in Združeno Kraljestvo. Od teh 16 držav jih je 13 tudi članic Evropske unije.

Druge države, ki so istospolnim partnerjem že omogočile sklepanje zakonske zveze, so Argentina, Avstralija, Brazilija, Kanada, Kolumbija, Kostarika, Ekvador, Mehika, Nova Zelandija, Južna Afrika, Tajvan, Urugvaj in Združene države. Sklepanje istospolnih partnerskih zvez tako že omogoča veliko število držav v svetu.

Sodišče Evropske unije je v sodbi *Coman in ostali* z dne 2. junija 2018 odločilo, da morajo vse države članice EU priznati pravico do svobode gibanja in prebivanja istospolnim zakoncem, ki so zakonsko zvezo sklenili v drugi državi članici.⁴⁴ Na ta način je Sodišče EU podprlo pravno veljavnost istospolnih zakonskih zvez in jim priznalo pravice na ravni Evropske unije.

Na nacionalni ravni so pravico priznala že številna vrhovna in ustavna sodišča posameznih držav. Za slovenski pravni red sta najbolj relevantni zadevi:

- Zvezno Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike: *Obergefell v. Hodges, Tanco v. Haslam, DeBoer v. Snyder, Bourke v. Beshear*, 576 U. S. ___ (2015), 26. junij 2015;⁴⁵
- Ustavno sodišče Avstrije, G 258/2017, 4. december 2017;⁴⁶

⁴² Prav tam.

⁴³ ILGA Europe je vseevropska nevladna organizacija, ki deluje na področju pravic LGBT posameznikov. Med drugim redno zbira posodobljene zanesljive podatke o stanju pravnih ureditev v posameznih evropskih državah. Podatki so dostopni na spletnem mestu <https://rainbow-europe.org/#0/8682/0>.

⁴⁴ Sodišče Evropske unije, C-673/16, *Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, 5. junija 2018, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-673/16>.

⁴⁵ https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

⁴⁶ https://www.sexualorientationlaw.eu/images/EF_VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare-korr.pdf.

Poleg navedenih pa so o pravici do sklenitve istospolne zakonske zveze odločila še naslednja najvišja sodišča z naslednjimi judikati:

- Odločba Ustavnega sodišča Južne Afrike: *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (Doctors for Life International and Others, amici curiae); Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others*, [2005] ZAAC 19 z dne 1. decembra 2005;⁴⁷
- Odločba Ustavnega sodišča Kolumbije C-577/11 z dne 26. julija 2011;⁴⁸
- Odločba Ustavnega sodišča Tajvana »*Judicial Yuan Interpretation*« No. 748 z dne 24. maja 2017;⁴⁹
- Sodba Vrhovnega sodišča Mehike 29/2016 z dne 16. februarja 2018;⁵⁰
- Odločbi Ustavnega sodišča Ekvadorja št. 10-18-CN/19⁵¹ in 11-18-CN/19 z dne 12. junija 2019.⁵²

Od mednarodnih sodišč je istospolnim partnerjem pravico do sklenitve zakonske zveze priznalo Medameriško sodišče za človekove pravice v svetovalnem mnenju z dne 9. 1. 2018, ki se nanaša na Kostariko.⁵³ V mnenju je potrdilo odločitev Vrhovnega sodišča Kostarike, ki je kot protiustavno razveljavilo določilo Družinskega zakonika, ki je izrecno prepovedovalo istospolne poroke.

V nadaljevanju sta najprej predstavljeni ameriška in avstrijska sodba, ostale sodbe pa po kronološkem vrstnem redu.

2.5.1 Sodba Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike

Ameriško Zvezno vrhovno sodišče je v zadevi *Obergefell* iz leta 2015 presojalo upravičenost izključitve istospolnih partnerjev iz sklenitve zakonske zveze pod istimi pogoji, kot veljajo za sklenitev zakonske zveze oseb različnega spola (ang. *the right to marry*). Ob tem je pojasnilo, da gre za pravno vprašanje, ali torej ustava ZDA ščiti pravico istospolnih parov do sklenitve zakonske zveze. Sodišče je ugotovilo, da ureditev, ki istospolnim parom preprečuje sklenitev zakonske zveze, ni skladna z ustavo ZDA. Odločitev je utemeljilo na štirih načelih, oblikovanih v praksi sodišča, v luči katerih razlogi, zaradi katerih je zakonska zveza temeljna ustavna pravica, veljajo enako tudi za istospolne pare.

⁴⁷ <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>.

⁴⁸ <C-577-11 Corte Constitucional de Colombia> (23. novembra 2020).

⁴⁹ <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>.

⁵⁰ <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5513527&fecha=16/02/2018> (23. novembra 2020).

⁵¹ https://www.eltelegrafo.com.ec/images/Fotos_EITelegrafo/Justicia/2019/junio/14-06-19/sentencia-matrimonioigualitario.pdf?__cf_chl_jschl_tk__=46b1c1e66e16ec6a9cee228affc31039b4687555-1606205526-0-ARStSeXPYgZPztpdA1TVBrjDIZVEJrStROU3Ord5pgwnU3-JVblclx7oUxKiloyC65_9-ptYJiZ-oBHKy5VyyrUDb7ewhMm0obcePPh-m4MC7GzFkSSTaz39SyrmFrWpjIDVSDAZgXNvuthnU-e0QE40PtN1rsijV2MWqfrpjtV4rkbe7PVqv66WZNLfti0v9iPbngTUZk09kSmYiHu8AAhMI8rW9fKlcoBS3YIVBIEJmBFDTcfVuC3OLgHvf3xTaNdyc7kgboTUz-LSHRYxIoUhyVdHeDgxWgweVFsusekJKMyC48iYOibmuzSAIRkjTEj5Rkd721Fow38Zx1yBFabdn9nh--pFACxv6kleldgtTm-npdERqz4PFNzSRgTtyaWqc-IUsv05wCH21cjrjR0cAISu6br5RumRTPpFkFOHH7_8VLdMs5QrrtPyQIC7S7Th8YPD2e3G43il9oBJw5-20Q_hNVI2BQ3Guxuvs (23. novembra 2020)

⁵² <<http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/1565/1569>> (23. novembra 2020).

⁵³ Jorge Contesse, *The Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on Gender Identity and Same-Sex Marriage*, 26 July 2018, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/9/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-gender-identity-and>.

Prvo je ustavno načelo poštenega pravnega postopka (angl. *due process of law*), skladno s katerim je pravica do osebne izbire glede zakonske zveze neodtujljiva, povezano pa ga je tudi z dolžnostjo enakega obravnavanja (prepovedi diskriminacije), ki je prav tako vsebovana v štirinajstem amandmaju k ameriški ustavi. Po drugem načelu je pravica skleniti zakonsko zvezo temeljna zato, ker na edinstven način vzpostavlja zvezo dveh oseb. Tretje načelo, ki ščiti pravico do sklenitve zakonske zveze, je zaščita otrok in družine, tudi tistih, ki živijo v družinah istospolnih partnerjev. Pri tem je sodišče opozorilo, da je pravica do sklenitve zakonske zveze enako pomembna tudi za tiste, ki nimajo ali ne morejo imeti otrok. Zmožnost oziroma želja imeti otroke po stališču sodišča ni predpogoj za veljavno sklenitev zakonske zveze. In četrtič, sodna praksa Zveznega vrhovnega sodišča in nacionalna tradicija potrjujeta, da je zakonska zveza eden od temeljev družbenega reda.

2.5.2 Odločba Ustavnega sodišča Avstrije

Ustavno sodišče Avstrije je v sodbi št. G 258-259/2017-9 z dne 4. decembra 2017 navedlo, da zakonodajalca veže načelo enakosti, ki ga hkrati omejuje pri sprejemanju diskriminatornih določb, za katere ni stvarno utemeljenih razlogov. Le posebej resni razlogi lahko upravičujejo pravno različno obravnavanje, ki temelji na zaščitnih osebnih okoliščinah, kot je denimo spolna usmerjenost. Ko je avstrijski zakonodajalec sprejel Zakon o registriranem partnerstvu, je vsekakor ravnal na osnovi prepričanja, da morata za heterospolne in istospolne partnerje obstajati dva različna pravna instituta (z različnimi pravnimi posledicami). Zakonska zveza naj bi bila glede na svoj tradicionalni pomen namenjena starševstvu (oziroma možnosti starševstva), hkrati pa skupno starševstvo dolgo časa za istospolne partnerje ni bilo možno.

Vendar pa, nadaljuje avstrijsko Ustavno sodišče, glede na razvoj na tem področju tega razlikovanja ni več mogoče ohranjati, ne da bi hkrati obstajala diskriminacija istospolnih partnerjev z ozirom na njihovo spolno usmerjenost. Tudi istospolni partnerji namreč lahko postanejo starši, prek posvojitve ali postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo, je navedlo sodišče. Večina obstoječega prava torej že enako obravnava istospolne in heterospolne partnerje. Videti je, da sta instituta zakonske in partnerske zveze podobna glede na pravne določbe, ki ju urejajo in sta obravnavana enako na različnih relevantnih pravnih področjih.

Ob tem je očitno, da je zakonodajalec ločil partnersko zvezo od zakonske, v osnovi pa jima je namenil enaka pravila. Nenavadno je torej, da sta partnerstvi urejeni z dvema različnima institutoma. Ustavno sodišče Avstrije nadaljuje, da ima ob nedavni pravni in družbeni diskriminaciji istospolno usmerjenih oseb ohranjanje dveh različnih institutov in različnih poimenovanj partnerstev, ki so v osnovi po naravi in pomenu za posameznike enaka, diskriminatorne učinke. To pa je prav tisto, kar zvezni ustavni zakon v Avstriji prepoveduje. Videti je, nadaljuje sodišče, da imata različna pravna instituta z različnim poimenovanjem namen sporočiti javnosti, da je registrirano partnerstvo nekaj drugačnega – in po zgodnejšem razumevanju nekaj, kar je manjše vrednosti – kot zakonska zveza med dvema osebama različnih spolov, čeprav sta namena obeh oblik partnerstev osnovana na enakih vrednotah.

Avstrijsko sodišče je nato nadaljevalo, da tudi če se na oba instituta nanašajo popolnoma enaka pravna pravila, ki bi urejala pogoje za sklenitev in njune pravne posledice, ohranjanje različnih poimenovanj sporoča, da istospolno usmerjene osebe vsekakor niso enakopravne s heterospolnimi pari z vidika načela enakosti. To je razvidno že na prvi pogled iz dejstva, da so na osnovi svojega civilnega statusa (v zakonski zvezi/poročen oziroma v registriranem

partnerstvu) istospolno usmerjene osebe dolžne razkriti svojo spolno usmerjenost tudi v tistih situacijah, kjer to nima in ne bi smelo imeti nikakršnega pomena. Posledično pa so zaradi tega, in še posebej zaradi zgodovinskega ozadja na tem področju, izpostavljene nedopustni diskriminaciji.⁵⁴

Na podlagi navedenega je avstrijsko Ustavno sodišče zaključilo, da so nedavne zakonodajne spremembe v Avstriji vzpostavile skoraj popolno enakost zakoncev in partnerjev, omogočena jim je bila skupna posvojitev, dostop do oploditve z biomedicinsko pomočjo, s tem pa tudi skupno starševstvo. Različna instituta, s katerimi je poimenovana njihova zveza, pa kršita načelo enakosti, ki prepoveduje kakršnokoli diskriminacijo posameznikov ali posameznic na osnovi osebne okoliščine, kot je spolna usmerjenost.⁵⁵

2.5.3. Odločba Ustavnega sodišča Južne Afrike

Ustavno sodišče Južne Afrike se je ukvarjalo z vprašanjem, ali pomeni nemožnost skleniti zakonsko zvezo za istospolne pare poseg v načelo enakega obravnavanja pred zakonom in nepravilno diskriminacijo s strani države do istospolno usmerjenih ljudi zaradi njihove spolne usmerjenosti. Kljub temu, da Ustava Južne Afrike ne ureja izrecno istospolnih porok, pa zagotavlja pravico do enakega in dostojanstvenega obravnavanja pri izvrševanju pravic (vključujoč pravico do sklenitve zakonske zveze).⁵⁶ Pri presoji upravičenosti do istospolnih porok je Ustavno sodišče Južne Afrike izhajalo iz konceptov človekovega dostojanstva, enakosti pred zakonom ter iz svobode posameznikov.⁵⁷

Ustavno sodišče Južne Afrike je v svoji obrazložitvi izpostavilo stališče, ki ga je zavzelo v primeru *Home Affairs Case*,⁵⁸ in sicer da zanikanje pravic istospolno usmerjenim ljudem pomeni kršitev dostojanstva posameznika, kar lahko pripelje do nečloveškega ravnanja s pripadniki zadevne manjšine. Različno obravnavanje predstavlja ponižujoče ravnanja, s tem pa kruto vpliva na spodkopavanje samozavesti ter lastne vrednosti in samospoštovanja istospolno usmerjenih ljudi.⁵⁹ Nadaljevalo je, da demokratična, univerzalna, skrbna ter ambiciozna enakopravna družba sprejema vsakogar takšnega, kakršen je. Kaznovanje ljudi (kaznovanje je tudi neenako obravnavanje) zaradi osebne okoliščine pomeni globoko nespoštovanje človeške osebnosti in kršitev enakosti. Enakost namreč pomeni enako skrb ter spoštovanje razlik med ljudmi in ne odpravo ali zatiranje razlik.⁶⁰ Bistvo človekovih pravic je, da lahko posameznik sprejema samega sebe. Enakost torej ne pomeni izravnave ali homogenizacije vedenja ali povečevanja ene oblike kot najvišje in druge kot manjvredne, temveč priznavanje in sprejemanje drugačnosti.⁶¹

Ustavno sodišče je nadaljevalo, da pravna ureditev, ki izključuje poroke med istospolno usmerjenimi ljudmi, obravnava takšne posameznike kot izobčence in šteje, da je njihova

⁵⁴ Ustavno sodišče Republike Avstrije, sodba št. G 258-259/2017-9 z dne 4. decembra 2017, tč. 4.

⁵⁵ Prav tam, tč. 2.6.

⁵⁶ Odločba Ustavnega sodišča Južne Afrike, 47. točka.

⁵⁷ Prav tam, 48. točka.

⁵⁸ National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC). (The Home Affairs case.)

⁵⁹ Odločba Ustavnega sodišča Južne Afrike Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (Doctors for Life International and Others, amici curiae); Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others, [2005] ZAAC 19 z dne 1. decembra 2005, 50. točka.

⁶⁰ Prav tam, 60. točka.

⁶¹ Prav tam.

potreba po potrditvi in zaščiti njihovih intimnih odnosov kot človeških bitij manjša kot pri heterospolnih parih. S tem se tako okrepi predstava, da se jih obravnava kot biološko nenavadnost oz. kot neuspešna ali izpadla človeška bitja, ki se ne uvrščajo v normalno družbo, in kot taka niso upravičena do polne moralne skrbi in spoštovanja, ki jih Ustava zagotavlja za vsakogar. Takšna ureditev izhaja iz tega, da je njihova sposobnost ljubezni, zavezanosti ter sprejemanja odgovornosti po definiciji manj vredna spoštovanja kot sposobnost heterospolnih parov.⁶²

Pri tem je predvsem izpostavilo, da če se heterospolni pari lahko odločijo, ali se bodo poročili ali ne, bi morali istospolni pari imeti enako izbiro. Glede na vlogo zakonske zveze in njene posledice je njeno zanikanje istospolnim partnerjem najgloblji način zanikanja njihove pravice do samoopredelitve.⁶³ Ustavno sodišče je tudi izpostavilo, da iz ničesar ne izhaja, da bi bili istospolni pari manj zmožni gojiti čustveno pripadnost drug do drugega.⁶⁴ Izrecno je navedlo, da izključitev istospolnih parov iz statusa, pravic in odgovornosti, priznanih heterospolnim parom s sklenitvijo zakonske zveze, pomeni odrekanje pravice do enakega varstva ter obravnave pred zakonom.⁶⁵ Nadaljevalo je, da takšno različno obravnavanje posameznikov pomeni neenako obravnavo posameznikov, ki so s tem subjekti neupravičene diskriminacije.⁶⁶

Zavzelo je stališče, da je argument reprodukcije kot enega izmed vidikov sklenitve zakonske zveze s pravnega in ustavnega vidika nevzdržen. Nasprotno stališče bi bilo ponižujoče za pare, ki iz kakršnega koli razloga ne morejo nadaljevati potomstva.⁶⁷ Slednje je prisotno tudi takrat, kadar pari v poznejših letih ne morejo več spočeti. To je toliko bolj utemeljeno, ker se marsikateri heteroseksualni pari prostovoljno odločijo, da ne bodo imeli otrok ali spolnih odnosov. Odločitev spada v sfero njihove svobodne izbire ter zasebnosti.⁶⁸ V zvezi s potrebo po spoštovanju verskih nazorov, zaradi katerih naj istospolne zakonske zveze ne bi bile sprejemljive, je zavzelo stališče, da bi bilo nevzdržno se sklicevati na versko doktrino kot vir razlage Ustave.⁶⁹ V današnji demokratični družbi med pravnim in sakralnim vidikom obstaja razmerje sobivanja, kjer Ustavno sodišče spoštuje sfero vsakega posameznega vidika, pri čemer pa se ena sfera ne vsiljuje v sfero druge.⁷⁰ Pri tem je Ustavno sodišče tudi izpostavilo, da v ta namen obstajata dve vrsti poroke, civilna in cerkvena, ki obstajata neodvisno ena od druge.⁷¹ Posledično pravno (državno) priznanje istospolnih parov, da uživajo enak status, pravice in obveznosti, kot jih zakon priznava heteroseksualnim parom, ni v nasprotju s pravicami verskih organizacij ter versko svobodo.⁷² Ustavno sodišče je zavrnilo tudi argument, da 16. člen Splošne deklaracije človekovih pravic (SDČP) pravico do zakonske zveze omejuje na polnoletne moške in ženske. Poudarilo je, da je izrazoslovje »moški in ženska« opisno, ki se prilagaja glede na vsak posamezen primer, in ne predpisuje normativne strukture. Iz besedila SDČP jasno izhaja, da je njen namen prepoved otroške poroke, odstraniti rasne, verske ali narodnostne ovire za poroko, zagotoviti svobodno

⁶² Prav tam, 71. točka.

⁶³ Prav tam, 72. točka.

⁶⁴ Prav tam, 73. točka.

⁶⁵ Prav tam, 75. točka.

⁶⁶ Prav tam, 78. točka

⁶⁷ Prav tam, 86. točka.

⁶⁸ Prav tam.

⁶⁹ Prav tam, 92. točka.

⁷⁰ Prav tam, 94. točka.

⁷¹ Prav tam, 96. točka.

⁷² Prav tam, 98. točka.

sklenitev zakonske zveze in zagotoviti enake pravice pred, med in po poroki, in ne pomeni, da je poroka omejena zgolj na heteroseksualne pare.⁷³

Ustavno sodišče je v zvezi z upravičenostjo razlikovanja med pari izpostavilo, da omogočanje istospolnim parom, da uživajo enak status in ugodnosti, vključno z obveznostmi, ki jih zakon predvideva za heterospolne pare v primeru sklenitve zakonske zveze, ne bo poseglo v pravice heterospolnih parov, da se poročijo v obliki, ki si jo želijo in v skladu z načeli njihovega prepričanja.⁷⁴ Stališče, da bi vstop istospolnih parov v okrilje zakonske zveze ogrozila tiste, ki so že v njeni zaščiti, lahko temelji le na predsodkih do istospolno usmerjenih ljudi.⁷⁵ Pri tem je izrecno izpostavilo, da predsodki ne upravičijo neupravičene diskriminacije. Na podlagi navedenega je tako zaključilo, da morebitno razlikovanje med istospolno usmerjenimi pari ter heterospolnimi pari predstavlja neupravičeno razlikovanje.⁷⁶

2.5.4. Odločba Ustavnega sodišča Kolumbije

V odločbi št. C-577 z dne 26. julija 2011 je ustavno sodišče Kolumbije odločalo o zahtevi za presojo ustavnosti 113. člena Civilnega zakonika ki opredeljuje zakonsko zvezo kot slovesni dogovor med moškim in žensko. Sodišče je odločilo, da čeprav so istospolne *de facto* zveze že pravno priznane, to priznanje ni zadostno. Odločilo je, da bi morali imeti tudi istospolni pari možnost sklenitve zakonske zveze ter naložilo zakonodajalcu, da v dveh letih s sprejemom ustreznega zakona odpravi protiustavnost. V primeru, da zakonodajalec tega ne bi storil v roku, je sodišče odločilo, da lahko pristojni notarji in sodniki na zahtevo formalizirajo istospolne zakonske zveze. Sodišče je odločitev utemeljilo z ugotovitvijo, da ne obstajajo ustavni razlogi, ki bi upravičevali izključevanje istospolnih parov iz možnosti sklepanja zakonskih zvez in iz koncepta družine. Sodišče je tudi odločilo, da vsak primer diskriminacije zahteva temeljito analizo ter da je bilo v tem primeru očitno, da so istospolni pari izpostavljeni konsistentni in dolgotrajni diskriminaciji, ki jo je treba odpraviti.⁷⁷

2.5.5. Odločba Ustavnega sodišča Tajvana

Ustavno sodišče Tajvana se je v svojem bistvu ukvarjalo s vprašanjem, ali je družinski civilni zakonik v nasprotju z jamstvi ustave o svobodni sklenitve zakonske zveze ter pravico do enakosti, če ni dopustno dvema osebama istega spola ustvariti stalne intimne zveze z namenom ustvarjanja skupnega življenja (z drugimi besedami, sklenitev zakonske zveze).

Ustavno sodišče je uvodoma izpostavilo, da gre za vprašanje, ali bodo istospolni pari lahko samostojno in svobodno izbirali, s kom se bodo poročili, in ali bodo uživali enako zaščito ter pravice, kot jih uživajo heterospolni pari v okviru sklenitve zakonske zveze.⁷⁸ Neporočene osebe sposobne se poročiti uživajo t.i. pravico do poročne svobode, kar vključuje avtonomijo sklenitve zakonske zveze ter avtonomijo, s kom bo oseba sklenila zakonsko zvezo. Takšna avtonomija je ključnega pomena za razvoj osebnosti in varstva človekovega dostojanstva.⁷⁹

⁷³ Prav tam, 100. točka.

⁷⁴ Prav tam, 111. točka.

⁷⁵ Prav tam, 113. točka.

⁷⁶ Prav tam.

⁷⁷ Odločba Ustavnega sodišča Kolumbije, C-577 z dne 26. julija 2011, <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Cartilla%20minor%C3%ADas%202019.pdf>.

⁷⁸ Sodba Ustavnega sodišča Tajvana opr. št. 748 z dne 24. maja 2017, 10. točka.

⁷⁹ Prav tam, 13. točka.

Nemožnost ustanoviti trajno zvezo med osebama istega spola, medtem ko je to dopustno heterospolnim parom, predstavlja razlikovanje na podlagi spolne usmerjenosti, ki istospolne pare neugodno obravnava z vidika svobode sklenitve zakonske zveze, s tem pa je tako prisotna diskriminacija istospolno usmerjenih parov. Pravica do sklenitve zakonske zveze je tudi v neposredni povezavi s pravico do dostojanstva osebe.⁸⁰

Ustavno sodišče je nadaljevalo, da argument reprodukcije ni bistven za sklenitev zakonske zveze. Dejstvo, da dve osebi istega spola nista sposobni naravne reprodukcije, učinkuje enako kot takrat, kadar ta nezmožnost obstaja v primeru heterospolnega para (objektivni vidik) ali kadar heterospolna partnerja nista pripravljena imeti otrok (subjektivni vidik).⁸¹

Ustavno sodišče je tudi zavzelo stališče, da bodo morebitni etični pogledi na heteroseksualnost zakonske zveze ostali nedotaknjeni, če bo sklenitev zakonske zveze dopustna med dvema istospolnima partnerjema, vključno z vsemi pravicami in obveznostmi, ki izhajajo iz sklenitve zakonske zveze. Drugačno obravnavanje sklenitve zakonske zveze istospolnih parov od sklenitve zakonske zveze heterospolnih parov zaradi varstva etičnih pogledov nima racionalne podlage. Takšna različna obravnava krši pravico do enakosti pred zakonom.⁸² Tako je Ustavno sodišče Tajvana zaključilo, da različna obravnava istospolnih parov pri možnosti sklenitve zakonske zveze v primerjavi z možnostjo sklenitve zakonske zveze za heterospolne pare predstavlja poseg v dostojanstvo posameznika ter v pravico do enake obravnave pred zakonom.

2.5.6. Svetovalno mnenje Medameriškega sodišča za človekove pravice

Medameriško sodišče za človekove pravice je uvodoma izpostavilo, da je pojem enakosti neločljivo povezan z bistvenim dostojanstvom posameznika. Tako je s tem nezdržljiva kakršnakoli privilegirana obravnava, države pa se morajo vzdržati ukrepov, ki so neposredno ali posredno namenjeni ustvarjanju *de iure* ali *de facto* diskriminacije.⁸³ Pri tem pa je izpostavilo, da ni vsaka razlika v obravnavanju diskriminatorna, temveč le tista, ki ne razlikuje na podlagi objektivnih in razumnih razlogov.⁸⁴

Medameriško sodišče je izpostavilo, da je ključni vidik priznavanja človekovega dostojanstva možnost samoodločbe oziroma samoidentifikacije in svobodna izbira možnosti in okoliščin na podlagi lastnih želja in prepričanj. V tem okviru ima načelo osebne avtonomije bistveno vlogo, saj prepoveduje kakršnokoli poseganje države, ki bi to pravico omejilo.⁸⁵ Tako je na podlagi načela svobodnega razvoja osebnosti ali osebne avtonomije vsakdo svoboden in samostojen, da živi na način, ki ustreza njegovim vrednotam, prepričanjem in interesom.⁸⁶ Pojem zasebnosti se namreč nanaša na področje človekovega življenja, v katerem lahko oseba svobodno izrazi svojo identiteto in vstopa v razmerja po svojih željah.⁸⁷

⁸⁰ Prav tam, 15. točka.

⁸¹ Prav tam, 16. točka.

⁸² Prav tam.

⁸³ Svetovalno Mnenje Medameriškega sodišča za človekove pravice OC – 24/17 z dne 24. novembra 2017, 61. točka.

⁸⁴ Prav tam, 66. točka.

⁸⁵ Prav tam, 88. točka.

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ Prav tam, 89. točka.

Medameriško sodišče je dodalo, da različno obravnavanje istospolnih in heterospolnih parov glede načina oblikovanja družine oz. sklenitve zakonske zveze ne prestane strogega testa sorazmernosti. Namreč nikjer ni zaznalo cilja ali utemeljenega razloga, za katerega bi bilo to razlikovanje potrebno ali sorazmerno.⁸⁸ Sodišče je ugotovilo tudi, da omejevanje pravice do dostopa do zakonske zveze zaradi nezmožnosti reprodukcije istospolnih parov ni združljivo s pravico do zaščite družin, ki so družbeno dejstvo. Dodalo je, da reprodukcija ni značilnost, ki opredeljuje zakonsko zvezo, saj bi v nasprotnem primeru imelo ponižujoči učinek na heterospolne pare, ki iz kakršnegakoli razloga ne morejo ali ne želijo imeti otrok. Poleg tega se je pomen zakonske zveze tekom časa spreminjal, zato jo je treba razumeti v današnji družbeni realnosti.⁸⁹ Historično je nasprotovanje istospolnim porokam temeljilo na filozofskih ali religioznih prepričanjih.⁹⁰

Medameriško sodišče je ponovno poudarilo pomen človekovega dostojanstva, ki izhaja iz popolne avtonomije posameznika, da izbere, ali in s kom želi skleniti zakonsko zvezo. Svobodna in avtonomna izbira je del dostojanstva vsake osebe in je bistvena za najbolj intimne vidike njegove identitete ter življenja. Priznanje zakonske zveze istospolnim parom ne zmanjšuje institucije zakonske zveze, temveč velja ravno nasprotno, da je treba zakonsko zvezo priznati tudi istospolnim parom, s tem pa zagotoviti dostojanstvo skupini ljudi, ki je bila v preteklosti zatirana in diskriminirana.⁹¹

Medameriško sodišče je nadaljevalo, da besedilo drugega odstavka 17. člena, ki ureja pravico moških in žensk do sklenitve zakonske zveze ter ustvarjanja družine, ne ureja pravice omejevalno, ampak ščiti tudi druge oblike.⁹² Čustvenih vezi, ki jih varuje Konvencija, ni mogoče količinsko opredeliti ali jih kodificirati, zato se pojem družine razume v širšem smislu. Ob upoštevanju tega tako ni razloga, da bi se prezrlo družinske odnose, ki jih lahko vzpostavijo istospolni pari (vzpostavitev skupne življenjske poti; stalna čustvena navezava, za katero je značilno sodelovanje in medsebojna podpora, itd...). Tako ni ustrezno dajati prednosti eni obliki družine ter zakonske zveze, hkrati pa je država dolžna priznati takšne družinske vezi in jih zaščititi.⁹³ Na podlagi navedenega je tako Medameriško sodišče zaključilo, da pravica do zaščite zasebnega in življenjskega življenja ter pravica do zaščite družine zajema tudi zaščito, ki izhaja iz družinske navezave med istospolnimi pari.⁹⁴

2.5.7. Sodba Vrhovnega sodišča Mehike

Vrhovno sodišče Mehike je uvodoma izpostavilo 1. člen Zvezne Ustave, kjer je izrecno navedeno, da diskriminacija na podlagi, *inter alia*, istospolne usmerjenosti pomeni poseg v človekovo dostojanstvo ter osnovnih svoboščin posameznika.⁹⁵ V nadaljevanju je sodišče izpostavilo, da iz temeljne pravice do človekovega dostojanstva izhaja pravica do svobodnega razvoja osebnosti, kar vključuje pravico vsakega posameznika, da svobodno in samostojno izbira, kako bo živel svoje življenje, ki med drugim vključuje tudi svobodo, da se poroči ali ne; se svobodno odloča o oblikovanju družine; o izbiri svojega osebnega videza;

⁸⁸ Prav tam, 220. točka.

⁸⁹ Prav tam, 221–222. točki.

⁹⁰ Prav tam, 223. točka,

⁹¹ Prav tam, 225.–226. točki.

⁹² Prav tam, 182. točka.

⁹³ Prav tam, 190–191. točki.

⁹⁴ Prav tam, 199. točka.

⁹⁵ Sodba Vrhovnega sodišča Mehike 29/2016 z dne 16. februarja 2018, 68. točka.

kot tudi o svojem spolnem udejstvanju.⁹⁶ Izpostavilo je, da ne obstaja ustavni razlog, zaradi katerega bi bilo zanikanje poroke med istospolnimi pari bilo upravičeno. Kakršnakoli zakonodaja, ki omejuje zakonsko zvezi na moške in ženske, je po mnenju sodišča protiustavna, saj diskriminira na podlagi spolne usmerjenosti. Slednje pa v državi, katere namen je absolutno spoštovanje človekovih pravic, ni dopustno.⁹⁷

Vrhovno sodišče Mehike je ugotovilo, da razlikovanje med istospolnimi pari ter pari različnega spola pri sklenitvi zakonske zveze krši pravico do samoodločbe posameznikov ter pravico do svobodnega razvoja vsakega posameznika. Nadaljevalo je, da različna obravnava implicitno povzroča kršitev načela enakosti.⁹⁸ Zakonska zveza se razume kot institucija, ki vključuje dve osebi različnega ali istega spola.⁹⁹ Tako je Vrhovno sodišče Mehike ugotovilo, da je razlikovanje med istospolnimi pari ter pari različnega spola pri sklenitvi zakonske zveze diskriminatorno in razglasilo takšno ureditev za protiustavno.

2.5.8. Odločba Ustavnega sodišča Ekvadorja

Dne 12. junija 2019 je Ustavno sodišče Ekvadorja podprlo pravico istospolnih parov do sklenitve zakonske zveze. Odločbo je izdalo na podlagi zahtevka istospolnega para, katerega vloga za sklenitev zakonske zveze je bila zavrnjena s strani pristojnega upravnega organa. Sodišče je odločilo, da čeprav 67. člen ekvadorske ustave določa, da je zakonska zveza sklenjena med moškim in žensko, je treba določbo razlagati skladno z ustavnimi načeli enakega varstva pravic in nediskriminacije ter priznati pravico istospolnih parov do sklenitve zakonske zveze. Odločitev je sodišče sprejelo po tem, ko je Medameriška komisija za človekove pravice izdala svetovalno mnenje, da morajo države članice Organizacije ameriških držav dovoliti istospolnim parom, da sklenejo formalno zakonsko zvezo. Sodišče je zavzelo stališče, da je svetovalno mnenje za države članice zavezujoče in prevlada na nacionalnim pravom. Sodišče je zakonodajalcu naložilo, da reformira predpise na področju civilnega prava na način, da bo istospolnim parom zagotovljena enaka obravnava.¹⁰⁰

3. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ISTOSPOLNIM PARTNERJEM NE OMOGOČA SKUPNE POSVOJITVE OTROKA, Z USTAVO

Zagovornik je v nadaljevanju ugotavljal, katera zavarovana dobrina – človekova pravica, temeljna svoboščina, druga pravica, pravni interes ali ugodnost – bi lahko bila s priznanjem pravice istospolnih partnerjev do dostopa do skupne posvojitve prizadeta. Ocenjeval je tudi, ali so oziroma bi lahko bili otroci, ki čakajo na posvojitve v obstoječem sistemu, neupravičeno prikrajšani ter ali so oziroma bi lahko bili istospolni pari pri dostopu do posvojitve neupravičeno prikrajšani zaradi osebne okoliščine istospolne usmerjenosti.

Zagovornik ocenjuje, da sta na sprejem ZPZ, ki v tretjem odstavku 2. člena izrecno izključuje istospolne partnerje iz možnosti skupne posvojitve otrok, ključno vplivala družbeni in politični

⁹⁶ Prav tam, 69. točka.

⁹⁷ Prav tam, 88. točka.

⁹⁸ Prav tam, 91. točka.

⁹⁹ Prav tam, 94. točka.

¹⁰⁰ <http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/1565/1569>.

kontekst, v katerem je le-ta nastajal in bil tudi sprejet. Izhodišče zakonodajalca pri sprejemanju ZPZ je bil priznati enakopravnost istospolnih partnerjev, pri čemer pa je bil vezan na rezultat referendumu z dne 20. 12. 2015, na katerem so volivci glasovali proti uveljavitvi ZZZDR-D. Določba 25. člena Zakona o referendumu in ljudski iniciativi (v nadaljevanju: ZRLI)¹⁰¹ določa, da državni zbor eno leto po razglasitvi odločitve na referendumu ne sme sprejeti zakona, ki bi bil vsebinsko v nasprotju z odločitvijo volivcev. Predlagatelj ZPZ je zapisal, da izid referendumu »Državnemu zboru ne preprečuje, da bi poskušal uveljaviti enakopravnost istospolnih partnerjev na področjih, ki jim nasprotniki na referendumu niso oporekali.«

Ker zaradi preteklih dveh referendumov ni bilo mogoče pričakovati, da bo DZ, ki bo ponovno vložen v zakonodajni postopek in bi nadomestil ZZZDR, uredil pravice istospolnih partnerjev na tem področju, je bil predlog ZPZ v zakonodajni postopek vložen, kot je bilo navedeno že v razdelku 2.1., s stani nepovezanega poslanca kot t.i. poslanski zakon in ne s strani Vlade RS na podlagi gradiva, ki bi ga pripravilo pristojno ministrstvo. ZPZ je v primerjavi z ZRIPS pomembno pripomogel k izboljšanju položaja istospolnih partnerjev ter izenačevanju njihovih pravic v primerjavi s heterospolnimi partnerji in s tem k odpravi številnih neenakosti na tem področju, je pa nekatere diskriminatorne elemente iz prejšnje ureditve še vedno ohranil. Razlog ni bil v tem, da ni bilo potrebe po celoviti izenačitvi in odpravi neenakopravnosti, temveč v tem, da bi izenačitev v vseh pravicah, kot se je pokazalo v zgodovini sprejemanja zakonodaje s tega področja, ponovno zavrla sprejem ZPZ.

Iz predloga ZZZDR-D, vloženega v Državni zbor dne 15. 12. 2014 (EPA 257-VII), izhaja, da je zakonodajalec že v letu 2015, ko je odločal o noveli ZZZDR-D, nameraval izenačiti obe življenjski skupnosti, s čimer bi zakonska zveza ali zunajzakonska skupnost dveh oseb istega spola imela enake pravne posledice kot zakonska zveza ali zunajzakonska skupnost dveh oseb različnega spola tudi v razmerju do otrok v postopku skupne posvojitve. Predlagatelj je **izrecno zapisal, da pri tem ne vidi stvarnega razloga, ki ne bi temeljil na osebni okoliščini, to je spolni usmerjenosti, zaradi katerega te posvojitve ne bi smele biti dovoljene.**

Ker je bila v državnem zboru sprejeta novela zakona potem zavrnjena na referendumu, sta dostop do zakonske zveze (kot je urejena za pare različnega spola) in možnost skupne posvojitve otrok ostala izključno pravica heterospolnih parov, kar je bilo prepoznano kot »družbeno in politično sprejemljivo«, saj naj bi bila po ocenah takratnih akterjev ravno ureditev teh pravic (oz. popolna izenačitev s heterospolnimi partnerji) tista, ki je v javnosti sprožala odpor, ki se je manifestiral v razpisih referendumov. Politična interpretacija razlogov za zavrnitev zakona na referendumu je torej ključni razlog za sprejem takšnega ZPZ, ki izrecno onemogoča skupne posvojitve istospolnim partnerjem v sklenjeni ali nesklenjeni partnerski zvezi.

Ker pa izid referendumu zakonodajalca ne zavezuje specifično in v nedogled, ni več nobenih pravnih zadržkov za spremembo ureditve in uveljavitev polne enakosti. Argument vezanosti zakonodajalca na izid referendumu je sprejemljiv le do izteka roka po 25. členu ZRLI, v konkretnem primeru do 20. 12. 2016. Iz navedb Ustavnega sodišča Republike Slovenije med drugim izhaja možnost oziroma dolžnost zakonodajalca, »da z udejanjenjem svoje temeljne

¹⁰¹ Uradni list RS, št. 26/07 – uradno prečiščeno besedilo, 6/18 – odl. US in 52/20.

pristojnosti zagotovi spoštovanje Ustave, tako da obstoječi predpis, če ocenjuje, da ni skladen z Ustavo ali z zakonom, kadarkoli ustrezno spremeni oziroma dopolni.«¹⁰² Tega zakonodajalec od leta 2016 dalje, po sprejemu ZPZ v smeri popolne izenačitve, do sedaj ni več poskušal.

V nadaljevanju Zagovornik v razmerju do pravice do možnosti skupne osvojitve razčlenjuje elemente testa, ki ga je v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (7. točka obrazložitve) za namen ugotavljanja (ne)upravičenosti neenake obravnave razvilo Ustavno sodišče RS.

3.1. Poseg v zavarovane dobrine

Istospolni partnerji v Sloveniji skladno z veljavno ureditvijo ne morejo skupaj posvojiti otroka, lahko pa vsak od partnerjev posvoji otroka sam. Posvoji lahko biološkega otroka svojega partnerja, v tem primeru gre za t.i. enostranska posvojitve, ki jo je kot pravico potrdilo tudi ESČP.¹⁰³ Prav tako samska istospolno usmerjena oseba lahko sama posvoji tujega otroka (posvojitve s strani samske osebe). Slednje lahko v določenih primerih, če gre za sukcesivno (dvojno, zaporedno) posvojitve, pripelje do istega rezultata kot dvostranska (hkratna) skupna posvojitve. V tej situaciji otrok dobi dva pravno priznana starša, pri čemer nobeden od njiju ni njegov biološki starš.

Prav tako slovenska pravna praksa že zdaj pripoznava učinek dvostranskih posvojitve parom istega spola iz tujine (sklep Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 462/2009 iz 28.1.2010), s čimer legitimira skupne posvojitve iz tujine, pa vendar jih v domačem pravnem redu ne dopušča. V tem primeru se jasno pokaže pravna nevzdržnost in nelogičnost onemogočanja skupnih posvojitve za istospolne pare, če pa je že sedaj mogoče do iste situacije priti z dvema posamičnima posvojitvama in s pripoznanjem posvojitve iz tujine. Zaradi tega je po oceni Zagovornika istospolnim parom v primerjavi z zakoncema, ki sta v veljavni ureditvi osebi različnega spola, odvzeta možnost (pravni interes, ugodnost) dostopa do dvostranske (hkratne) posvojitve, s tem pa je okrnjena tudi njihova pravica do zasebnega in družinskega življenja (**8. člen EKČP**, **35. člen ustave RS**). Navedeno izključevanje torej po mnenju Zagovornika pomeni poseg v **35. v povezavi s 14. členom Ustave**, kar je tudi v nasprotju z **12. Protokolom k EKČP**.

Ustava RS v **tretjem odstavku 56. člena** določa, da otroci in mladoletniki, za katere starši ne skrbijo, ki nimajo staršev ali so brez ustrezne družinske oskrbe, uživajo posebno varstvo države. Njihov položaj ureja zakon. Posvojitve tako zagotavlja alternativno oskrbo za otroke, ki ne morejo ostati s svojo biološko družino ali pa bioloških staršev nimajo več. Skladno z **218. členom DZ** otroka, ki izpolnjuje pogoje za posvojitve, center za socialno delo vpiše v centralno zbirko podatkov o otrocih, ki potrebujejo posvojitve. Iz tega izhaja, da si država aktivno prizadeva za ureditev otrokovih razmerij in zagotovitev (ustrezne) družinske oskrbe na način, da mu priskrbi posvojitelje oz. ga umesti v družino in mu s tem zagotovi družinsko oskrbo in ga na ta način izenači z otroki, za katere (lahko) skrbijo biološki starši. S posvojitvijo nastanejo med otrokom in njegovimi potomci ter posvojiteljem in njegovimi sorodniki enaka razmerja kakor med sorodniki, če zakon ne določa drugače. To pomeni, da

¹⁰² Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, točka 4 sklepa številka U-I-249/14-8 z dne 1. decembra 2016

¹⁰³ ESČP, X. in ostali proti Avstriji, pritožba št. 19010/07, sodba z dne 19. februarja 2013.

pravo posvojenim otrokom v razmerju do svojih posvojiteljev zagotavlja enak položaj, kot je zagotovljen otrokom, ki živijo z biološkimi starši. Navedena ureditev torej posega v pravice otrok, za katere starši ne skrbijo, do varovanja njihovih koristi iz naslova **56. člena v povezavi s 14. členom Ustave**.

Pri posvojitvah je ves čas potrebno upoštevati **korist otroka**. V (pravnem) interesu in v korist otroka, ki čaka na posvojitev je, da mu država omogoči najprimernejše starše. Korist otroka, ki je temeljno vodilo pri naslavljanju vseh vprašanj, pomembnih za otrokovo življenje, je omenjeno v več slovenskih pravnih virih. Ustava določa, da se pravice staršev v razmerju do otrok lahko odvzame ali omeji samo iz razlogov, ki jih zaradi varovanja otrokovih koristi določa zakon. Načelo koristi otroka opredeljujeta tudi obe konvenciji kot tudi ESČP v svoji sodni praksi. DZ delovanje v korist otroka opredeljuje kot primerno zadovoljevanje otrokovih materialnih, čustvenih in psihosocialnih potreb z ravnanjem, ki kaže na skrb in odgovornost do otroka, ter nudenje primerne vzgojnega vodstva in spodbujanje v otrokovem razvoju, zlasti ob upoštevanju osebnosti otroka, njegove starosti in razvojne stopnje ter hotenj¹⁰⁴ (kar ustreza konceptu *evolving capacities*). Načelo se nanaša tako na starše, kot tudi na državne organe, izvajalce javnih služb, nosilce javnih pooblastil, organov lokalnih skupnosti ter druge fizične in pravne osebe; vsi navedeni akterji morajo v vseh dejavnostih in postopkih v zvezi z otrokom skrbeti za korist otroka.¹⁰⁵

DZ načelo koristi otroka zasleduje v **226. členu**, kjer določa, da center za socialno delo med vsemi možnimi kandidati za posvojitelja glede na otrokove značilnosti in potrebe, želje, ki jih je izrazil kandidat, strokovno mnenje centra za socialno delo, željo bioloških staršev glede bodočih posvojiteljev in čas vpisa v centralno zbirko podatkov o kandidatih za posvojitelje izbere najprimernejšega kandidata in vloži predlog za posvojitev pri sodišču. Ker pa lahko pisno prijavo, s katero izrazijo željo za posvojitev, vložijo zakonca ali zunajzakonska partnerja ali posameznik (**223. člen DZ**), istospolni pari na ta način nimajo dostopa do posvojitve oz. sploh ne morejo pridobiti statusa kandidatov za posvojitelja, s čimer so prikrajšani v primerjavi z raznospolnimi pari pri dostopu do uživanja družinskega življenja iz **8. člena EKČP v povezavi s 14. členom EKČP in 12. Protokolom k EKČP**.

Aktualna ureditev je nevzdržna tudi z vidika, da po eni strani izrecno omogoča, da biološki starši in otrok v postopku posvojitve izrazijo svoje želje, pa drugi strani pa iz kroga potencialnih posvojiteljev izloča vse istospolno umerjene osebe, ki živijo v partnerski zvezi. To je relevantno predvsem v primerih, ko med otrokom in zainteresiranima posvojiteljema, ki živita v partnerski zvezi, že obstajajo dobri odnosi in medsebojna čustvena povezanost in navezanost. Bodisi zato, ker gre za sorodnike, ki so gojili dobre socialne stiske, ali pa bližnje prijatelje, ki so si bili blizu ter si medsebojno pomagali. Gotovo izkustveno ni mogoče trditi, da to niso primerni kandidati za posvojitelja zgolj zato, ker živijo v istospolnih partnerskih zvezah. Če je pri posvojitvah ves čas potrebno zasledovati korist otroka, potem z izključevanjem istospolnih partnerjev zgolj zaradi njihove spolne usmerjenosti ureditev posega tudi v korist otroka. Tudi v skladu z mednarodnim pravom morajo biti otrokove koristi najpomembnejše vodilo pri posvojitvi. Poleg načela otrokovih koristi je treba upoštevati tudi druga splošna načela Konvencije ZN o otrokovih pravicah, ki usmerjajo in zaznamujejo njeno izvajanje v okviru posvojitve: nediskriminacija, pravica do življenja, preživetje in razvoj ter spoštovanje otrokovega mnenja.

¹⁰⁴ Tretji odstavek 7. člena Družinskega zakonika.

¹⁰⁵ Četrty odstavek 7. člena Družinskega zakonika.

S trenutno ureditvijo se nedvomno posega tudi v pravice tistih otrok, ki se že nahajajo pri istospolnih parih, ki so že vrsto let njihovi pravni ali dejanski edini rejniki ali skrbniki in že ravnajo v njihovo največjo korist ter bi bili najbolj primeren posvojitelj, pa jih zaradi ZPZ ne morejo posvojiti, edini razlog pa je spolna usmerjenost potencialnih posvojiteljev. S takšno ureditvijo se tako ne zasleduje načelo največje koristi otroka, s čimer prihaja do posega v pravice otrok iz naslova **56. člena v povezavi s 14. členom Ustave RS**.

Ureditev je nekonsistentna tudi z vidika situacije, ko je oseba kot samska že prepoznana kot primerna individualna posvojiteljica ali posvojitelj, morebitna sklenitev istospolne partnerske zveze pa tej osebi nato odvzame zmožnost in pravico, da bi postala posvojiteljica ali posvojitelj s svojim partnerjem ali partnerko. Iz trenutno veljavne ureditve ni razvidno, kaj je v samem aktu sklenitve partnerske zveze z osebo, ki je istega spola, takega, kar nekoga, ki je kot posameznik lahko postal – in že bil – ustrezen posvojitelj, bistveno spremeni in zato prekategorizira v osebo, ki zdaj ne more več postati posvojitelj. **V tem primeru posledično torej sedanja ureditev povzroča, da vse ljudi, ki so v istospolnem odnosu, ta odnos nenadoma negativno zaznamuje, pri čemer pa razlog za to ni nikjer utemeljen.**

Podobno je v situaciji biseksualne osebe, ki je bila v razmerju z partnerjem nasprotnega spola prepoznana kot primerna kandidatka za posvojiteljico, če pa kasneje v življenju sklene zvezo z osebo istega spola, pa ni več upoštevana kot ustrezna posvojiteljica.

Vse to so primeri, ko sklenitev istospolne partnerske zveze označi osebo za odvzem pravice kandidirati za posvojitev. Nikjer pa zakon ne utemelji, zakaj je tako in ali je torej dejanje sklenitve partnerske zveze problematično v smislu, da pove kaj kandidatu za posvojitelja, zaradi česar ta postane neprimeren za posvojitelja.

Če pa to dejanje konstatira spolno usmerjenost posameznika, se postavi vprašanje, ali je spolna usmerjenost dopusten razlog za zanikanje pravice postati posvojitelj. Na to vprašanje je negativno odgovorilo že Evropsko sodišče za človekove pravice v zadevi *E.B. proti Franciji*.

Ali je torej spolna struktura para tista, zaradi katere je par neprimeren za posvojitelja? Sta dve osebi istega spola, ki skupaj ustvarita skupnost, zaradi tega posledično avtomatsko neprimerni kot starša in v nasprotju s koristjo otroka? Kako v tem primeru razumeti dejstvo, da mnogi pari istega spola skupaj uspešno vzgajajo otroke, ki jih imajo iz prejšnjih heteroseksualnih zvez?

Podobno v zvezi s posegom navedene ureditve na področju dostopa istospolnih partnerjev do možnosti, da skupaj posvojita otroka, izhaja tudi iz poročila Varuha človekovih pravic za leto 2018:

»Izpostavljeni določbi ZPZ onemogočata skupno posvojitev otroka s strani istospolnih partnerjev v sklenjeni oziroma nesklenjeni partnerski zvezi, v takšni ureditvi pa se lahko vidi tudi diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti (14. člen URS), nedopusten poseg v dostojanstvo (34. člen URS), varstvo zasebnosti in osebnih podatkov (35. in 38. člen URS), nekompatibilnost z vselej največjo koristjo otrok (53. in 56. člen URS), pa tudi nasprotje z načelom notranje skladnosti in povezanosti

pravnega reda (2. člen URS) ter neskladnost z ratificiranima mednarodnima pogodbama (Konvencija o otrokovih pravicah, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, začetek veljavnosti za RS: 25. 6. 1991 in Protokol številka 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin Zakon o ratifikaciji Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 8/10).«¹⁰⁶

Sedanja ureditev po stališču Varuha človekovih pravic predstavlja tudi poseg v pozitivni vidik pravice do spoštovanja družinskega življenja iz tretjega odstavka 53. člena, ki določa, da država varuje družino, materinstvo, očetovstvo, otroke in mladino ter ustvarja za to varstvo potrebne razmere.

Ustavno sodišče Republike Slovenije je med drugim že zapisalo, da je v »tretjem odstavku 53. člena Ustave ... posebej poudarjen pozitivni vidik pravice do spoštovanja družinskega življenja, tj. dolžnost države, da z ustrezno pravno ureditvijo in ustvarjanjem ustreznih razmer omogoča vzpostavitev in varstvo družinskega življenja na svojem ozemlju.«¹⁰⁷ Pred tem je še zapisalo, da

»[t]retji odstavek 53. člena Ustave govori o varovanju družine, vendar ne določa natančneje, kakšna sta vsebina in domet pravice do spoštovanja družinskega življenja. Ob upoštevanju 8. člena, drugega odstavka 153. člena in petega odstavka 15. člena Ustave je treba pri razlagi pravice do spoštovanja družinskega življenja upoštevati tudi številne mednarodne instrumente, ki v primerjavi s tretjim odstavkom 53. člena Ustave podrobneje opredeljujejo vsebino in obseg te človekove pravice.«¹⁰⁸

Ne predpisi na področju zakonske in partnerske zveze ne njihova utemeljitev ne odgovarjajo na vprašanje, kako je trenutna ureditev prepovedi dostopa do posvojitve otrok skladna z načelom nediskriminacije. Zagovornik ocenjuje, da prepoved kandidirati za posvojitev, ki je (poleg samskih oseb) omejena na zakonce oziroma zunajzakonske partnerje, po ZPZ pomeni neposredno, po DZ pa posredno diskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti. Po ZPZ pomeni neposredno diskriminacijo partnerjev istospolne partnerske zveze, saj so slednji z določbo prvega stavka 3. odstavka 2. člena ZPZ izrecno izključeni iz možnosti skupne posvojitve. Po DZ pa pomeni posredno diskriminacijo, saj je skupna posvojitev v 213. členu omogočena samo zakoncema ali zunajzakonskima partnerjema.

Neposredna diskriminacija je definirana v 1. odstavku 6. člena ZVarD. Ta obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb. V primeru ZPZ so osebe, ki so v partnerski zvezi, v tej zvezi pa so samo istospolno usmerjene osebe, iz možnosti skupne posvojitve v celoti izključene. Za izključitev ni naveden noben stvarno utemeljen razlog ali legitimen cilj, ki ga takšna ureditev zasleduje.

¹⁰⁶ Varuh človekovih pravic, 24. Letno poročilo Varuha človekovih pravic Republike Slovenije, 2019, str. 82.

¹⁰⁷ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-68/16-8, Up-213/15 z dne 16. junij 2016, tč. 13.

¹⁰⁸ Prav tam.

Posredna diskriminacija je definirana v 2. odstavku 6. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo, povzeta pa je po direktivah Evropske unije s področja proti-diskriminacijskega prava (npr. Direktiva 2000/78/ES). Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Na videz nevtralno pravilo, ki omejuje dostop do možnosti kandidirati za posvojitev, je v tej zadevi oblika skupnosti – to možnost imajo pari, ki so v zakonski zvezi ali ki živijo v zunajzakonski skupnosti. Istospolni pari posameznikov, ki so istospolno usmerjeni, pa ne morejo na enak način, kot to lahko smiselno storijo tisti, ki niso istospolno usmerjeni, skleniti zakonske zveze in živeti v zunajzakonski skupnosti. Zato jih na videz nevtralno pravilo, ki omejuje skupno posvojitev le na zakonske in zunajzakonske partnerje, iz te možnosti izključuje. Posledično so v manj ugodnem položaju kot heterospolni pari. Kot izhaja iz definicije, je taka manj ugodna obravnava zaradi določene osebne okoliščine, vključno s spolno usmerjenostjo, dopustna le, če zasleduje legitimen cilj in če so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Ne v predpisih s področja zakonske in partnerske zveze ter posvojitve ne v obrazložitvi teh predpisov ni mogoče najti argumentacije, ki bi navajala, kakšen cilj ta manj ugodna obravnava zasleduje in zakaj bi bil ta cilj legitimen. Prav tako ni mogoče najti argumentacije, zakaj bi bila takšna sredstva za doseganje cilja (pri čemer je sredstvo popolna in blanketna izključitev istospolnih partnerjev iz možnosti kandidiranja za posvojitev) ustrezna in zakaj bi bila nujno potrebna. Če je legitimen cilj varovanje koristi otroka, potem je ta cilj vsekakor možno doseči z drugimi, milejšimi sredstvi, s katerimi se ta cilj zasleduje tudi pri drugih, t.j. heterospolnih partnerjih. To pa je v prvi vrsti preverjanje, ali so kandidati ustrezni za posvojitelje glede na svoje zmožnosti otroku nuditi čustveno, ekonomsko in socialno okolje, s katerim bodo poskrbeli za njihovo rast in optimalni razvoj. To pomeni, da se načelo največje otrokove koristi presoja od primera do primera in se ga ne prejudicira tako, da načelo največje otrokove koristi ni podano zaradi istospolne usmerjenosti para.

Iz navedenega po oceni Zagovornika načela enakosti izhaja, da blanketna prepoved dostopa do možnosti kandidiranja za skupno posvojitev v ZPZ ustreza definiciji neposredne diskriminacije, omejitev možnosti skupne posvojitve v DZ na zakonce ali zunajzakonske partnerja pa ustreza definiciji neposredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti. Upošteva se, da zakonodajalec s takšno ureditvijo ni sledil legitimnemu cilju niti ga ni pojasnil, s čimer je posegel v 2. člen Ustave RS, je takšna posredna diskriminacija ustavno nedopustna.

3.2. Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnika primerjata

V veljavni pravni ureditvi institut posvojitve otroka ureja DZ, ki v 9. členu določa, da je posvojitev posebna oblika varstva otrok, s katero nastane med posvojiteljico ali posvojiteljem in otrokom enako razmerje, kakor je med starši in njihovimi otroki. 213. člen DZ določa, kdo je lahko posvojitelj in sicer: zakonca ali zunajzakonska partnerja lahko samo skupaj posvojita

otroka, razen če eden od njiju posvoji otroka svojega zakonca ali zunajzakonskega partnerja. Izjemoma lahko otroka posvoji tudi ena oseba, če ta ni v zakonski zvezi ali v zunajzakonski skupnosti, če je to v otrokovo korist.

ZPZ v tretjem odstavku 2. člena določa, da partnerja partnerske zveze ne moreta skupaj posvojiti otroka. ZPZ v četrtem odstavku 3. člena določa, da partnerja neskljenjene partnerske zveze ne moreta skupaj posvojiti otroka.

Iz navedenega torej izhaja, da partnerja istospolne partnerske zveze (oziroma partnerja neskljenjene partnerske zveze) skupaj ne morete posvojiti otroka, medtem ko ga zakonca ali zunajzakonska partnerja lahko. Ta prepoved obstaja na ravni zakona.

Različna obravnava rezultira v slabših možnostih istospolnih partnerjev za pravico do svobodne izbire lastnih življenjskih odločitev, samorealizacijo svojih potencialov in samoodločbo o lastnem življenju, s tem pa prihaja do posega v osebno dostojanstvo iz 34. člena Ustave RS. Takšna obravnava je za istospolno usmerjene posameznike ponižujoča in jih označuje kot posameznike, nezmožne varstva, vzgoje in skrbi za otroke. Kot je zapisal tudi Varuh človekovih pravic, gre pri posvojitvah vedno za

»(dvostranski) odnos, v katerem se v prvi vrsti sicer zasleduje korist otroka, vendarle pa ob tem ne gre kar povsem zanemariti potreb in interesov potencialnih posvojiteljev. Tudi posvojitelja v tem razmerju zadovoljujeta svoje čustvene potrebe in interese, ki so varovani v okviru pravice do varstva družinskega življenja. Vnaprej odreči možnost skupnih posvojitvev za istospolne pare tako lahko pomeni odrekanje priznanja in veljave njihovih čustvenih potreb in interesov, vezanih na varstvo družinskega življenja, s tem pa tudi zanikanje in odrekanje njihovega dostojanstva.«¹⁰⁹

3.3. Ali je dejanski položaj pobudnikov v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini

Kot že navedeno, je Ustavno sodišče RS v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. julija 2009 zavzelo stališče, da je partnerska skupnost razmerje, »ki je po vsebini podobno zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti«, saj je tudi za istospolne partnerske skupnosti »bistvena značilnost stabilna povezanost dveh oseb, ki sta si blizu, si medsebojno pomagata in se podpirata« (tč. 12). Poleg tega, kot izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča RS št. U-I-68/16-8,¹¹⁰ je ESČP glede istospolnih partnerskih razmerij ugotovilo, da je v številnih evropskih državah prišlo do hitrega razvoja družbenih odnosov pri obravnavi oseb, ki živijo v istospolnem partnerstvu. Zato bi bilo po stališču ESČP umetno vztrajati pri stališču, da v nasprotju s pari različnega spola istospolni pari ne morejo uživati družinskega življenja. ESČP je sprejelo stališče, da razmerje istospolnega para, ki živi v stabilnem dejanskem partnerstvu, sodi v pojem zasebno in družinsko življenje iz 8. člena EKČP, tako kot razmerje para različnega spola v enakem položaju. Istospolni partnerji sklepajo razmerja, ki so enako stalna in trdna kot zveze med osebami različnega spola. Zato so osebe, ki živijo v istospolnem partnerstvu, z vidika potrebe

¹⁰⁹ Varuh človekovih pravic, 24. Letno poročilo Varuha človekovih pravic Republike Slovenije, 2019, str. 84.

¹¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-68/16-8, Up-213/15 z dne 16. 6. 2016

po pravnem varstvu njihovih zvez v primerljivem položaju z osebami, ki živijo v heterospolnem partnerstvu.

To po oceni Ustavnega sodišča RS pomeni, da se lahko tudi med osebami, ki živijo v istospolnem partnerstvu, oblikuje življenjska skupnost, ki je v bistvenem podobna primarni družini oziroma ima **enako funkcijo, kot jo ima primarna družina**, kar pomeni predvsem pristne družinske vezi med družinskimi člani, fizično skrb, varstvo, zaščito, čustveno podporo in finančno odvisnost med njimi – tako med starši samimi kot med starši in otroki.

Osebe, ki živijo v istospolnem partnerstvu, so tako kot osebe, ki živijo v heterospolnem partnerstvu, upravičene do pravnega priznanja in varstva njihovega razmerja v okviru tretjega odstavka 53. člena Ustave RS. Zagovornik zato ne vidi nobenega stvarnega in utemeljenega razloga, da istospolni pari ne morejo skupaj kandidirati za posvojitev otroka.

3.4. Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten

Enako kot pri dostopu in uživanju socialnih pravic in ugodnosti, pravic s področja vzgoje in izobraževanja, zdravstvenega varstva, dela, dobrin in storitev, itd. tudi na tem področju ne sme prihajati do diskriminacije zaradi spola ali spolne usmerjenosti partnerjev, niti diskriminacije otrok (zaradi osebnih okoliščin partnerjev oz. staršev, torej t.i. diskriminacije preko povezave v smislu druge alineje drugega odstavka 5. člena ZVarD). To terja pravica do enakega obravnavanja oz. pravica do enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave RS, 22. člena Ustave RS, 26. člena Mednarodnega pakta o političnih in državljanskih pravicah, 12. Protokola k Evropski konvenciji o človekovih pravicah ter 2. in 4. člena Konvencije o otrokovih pravicah.

Da so dvostranske posvojitve otrok s strani partnerjev istega spola skladne s pravicami otrok, nakazujejo tudi mednarodni pravni standardi, npr. standardi Sveta Evrope. Evropska konvencija o posvojitvah otrok (spremenjena), CETS št. 202 (2011) v 7. členu pripoznava med **primernimi posvojitelji** tudi posameznike (vključno s tistimi, ki so istospolno usmerjeni). Kot primerne prepoznava tudi poročene istospolne pare (in tudi registrirane in celo tiste ki niso registrirani, če živijo v trdnem razmerju), saj daje državam pravico, da jim to možnost zagotovijo s svojo notranjo zakonodajo.

Institut posvojitve je primarno namenjen zagotavljanju zaščite, varnosti, skrbi in varstva za otroka, ki nima primerne družine ali skrbnikov. Starševstvo je družbeni in pravni institut, ki določa, kdo nosi socialno funkcijo vzgoje otroka in skrbi zanj do njegove odraslosti. Zelo pogosto ta skrb ni odvisna od biološke povezanosti med staršem in otrokom. To je še posebej relevantno prav v primeru posvojitve, kjer pravna vez ne temelji na biološki osnovi. V pravu imata tako oče in mati enake pravice in obveznosti do otrok. To pomeni, da njune pravice niso odvisne od njunega spola.¹¹¹

¹¹¹ Borghs, P., Eeckhout, B., LGB rights in Belgium, 1999–2007: A historical survey of a velvet revolution, International Journal of Law, Policy and the Family, Volume 24, Issue 1, April 2010, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebp013>, str. 13. (PRILOGA 34)

Institut posvojitve je primarno namenjen zagotavljanju zaščite, varnosti, skrbi in varstva za otroka, ki nima primerne družine ali skrbnikov. Traja zelo dolgo časa, da otrok postane biološko zrel ter zmožen skrbeti sam zase. Pred rojstvom otroka je otrok fizično povezan in odvisen od materinega telesa. Po rojstvu pa ni več fizično povezan z drugim telesom, je pa še vedno zelo odvisen od drugih oseb tako fizično kot socialno. Starševstvo je družbeni in pravni institut, ki določa, kdo nosi socialno funkcijo vzgoje otroka in skrbi zanj do njegove odraslosti. Zelo pogosto ta skrb ni odvisna od biološke povezanosti med starše in otrokom. To je še posebej relevantno v primeru posvojitve, kjer pravna vez ne temelji na biološki osnovi. V slovenskem pravu imata tako oče in mati enake pravice in obveznosti do otrok. To pomeni, da njune pravice niso odvisne od njunega spola. Pravo torej predvideva, da za otrokove potrebe lahko ustrezno skrbi tako moški kot ženska, posledično pa tudi dva moška ali dve ženski.¹¹²

Na področju strokovne literature ne obstajajo dokazi oziroma raziskave, da je življenje z istospolnima staršema za otroka manj ugodno kot z različno spolnima. Če bi bilo to res, potem tudi enostranske posvojitve ne bi bile dovoljene (pri čemer bi otroci kljub temu dejansko živeli v družinah istospolnih partnerjev, le pravno bi bili manj zavarovani).

Raziskave kažejo prav nasprotno. Število psiholoških in socioloških raziskav o istospolnih družinah je namreč v zadnjih nekaj letih v porastu. Soavtorica najboljše meta-raziskave na tem področju, ameriška sociologinja Judith Stacey, ugotavlja, da je v zadnjih tridesetih letih nastalo dovolj kvalitetnih študij, ki že omogočajo izpeljavo zaključkov in ugotovitev o življenju otrok v teh družinah kot tudi o funkcioniranju istospolnih družin v širšem družbenem okolju.¹¹³

Pregled različnih raziskav o življenju otrok v istospolnih družinah kaže naslednje ključne ugotovitve:

- Otroci, ki odraščajo v istospolnih družinah, nimajo težav s svojo spolno identiteto.¹¹⁴
- Otroci v istospolnih družinah so v povprečju v manjši meri izpostavljeni tradicionalni spolni delitvi dela v gospodinjstvu – starša si enakopravno delita ta opravila.¹¹⁵
- Otroci, ki odraščajo v istospolnih družinah, niso pogosteje tudi sami istospolno usmerjeni, čeprav jim je dejstvo o obstoju različnih spolnih usmerjenosti bolj prezentno.¹¹⁶
- Spolna usmerjenost staršev v ničemer ne vpliva na vedenjske motnje otrok in njihovo psihološko počutje.¹¹⁷

¹¹² Borghs, P., Eeckhout, B., LGB rights in Belgium, 1999–2007: A historical survey of a velvet revolution, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 24, Issue 1, April 2010, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebp013>, str. 13.

¹¹³ Glej: Biblarz T., Stacey, J., 2010. How Does the Gender of parents matter?, *Journal of Marriage and Family*, 72, str. 3-22. Ko je Švedska uzakonjala možnost skupne posvojitve za istospolne pare, se je za to odločila prav zato, ker raziskave kažejo, da so ti primerni za posvojitelje. Glej predlog zakona št. 2008/09:80, <https://data.riksdagen.se/fil/D271BA52-609F-46BA-8B83-ABE35A5D31FC>.

¹¹⁴ Patterson, J. C. 2006. Children of Lesbian and Gay Parents. *Current Directions in Psychological Science*, letnik 15, št. 5, str. 241–244; Tasker, F. L., Golombok, S. 1997. *Growing Up in a Lesbian Family*. New York: Guilford.

¹¹⁵ Rupp, M.; Bergold, P. & Dürnberger, A. 2009. Otroci v istospolnih partnerskih zvezah. V BDP (Izd.) & K.A. Schneewind (Izd.zvezka) (2009). *Družine v Nemčiji: prispevki iz vidika družinske psihologije*. (S. 36-40). Zbirka BDP psihologija družba politika. Deutscher Psychologen Verlag Berlin; Jensen, Elke. 2010. Nemčija in njene mavrične družine: Izsledki prve reprezentativne raziskave o družinah z dvema mamama ali dvema očetoma. *Socialno delo* 49(5-6): 361-372.

¹¹⁶ Stacey, J., Biblarz T. 2001. (How) Does the Sexual Orientation of parents matter?, *American Sociological Review*, 65(2), str. 159-183.

- Tip družine ne vpliva na otrokov šolski uspeh.¹¹⁸

Ameriška raziskovalca Judith Stacey in Tim Biblarz sta leta 2001 in 2010 opravila dve meta-raziskavi o istospolnih družinah, ki veljata za najbolj rigorozni meta-raziskavi na tem področju.¹¹⁹ Leta 2001 sta analizirala 21 študij, leta 2010 pa 81 raziskav. Te so morale za vključitev v vzorec prestati rigorozen metodološki test (upoštevala sta le metodološko visoko kvalitetne študije), v svoji analizi pa sta poskušala odgovoriti na dvoje vprašanj: ali sta spol in spolna usmerjenost staršev pomembna.

Raziskovalca na osnovi meta-analize 81 raziskav zaključujeta, **da je spol »trivialni«, neodločujoči faktor, ki vpliva na kakovost opravljanja starševske vloge.** Na splošno, pravita raziskovalca, sta dva starša (ne glede na spol), ki dobro opravljata svojo vlogo, boljša kot en starš, vendar pa to ne pomeni, da tudi en starš otroku ne more zagotoviti tistega, kar potrebuje za odraščanje in razvoj. **To pomeni, da ne spol niti število staršev ni odločujoč faktor, pač pa kakovost opravljanja starševske vloge.** Biblarz in Stacey svojo analizo zaokrožata z ugotovitvijo, da se »idealno starševstvo lahko pojavlja v različnih oblikah in spolih«. Na osnovi opravljenih analiz študij o istospolnih družinah zaključujeta, da

- kombinacija različnih spolov in spolne usmerjenosti staršev – gre za interakcijo obeh vidikov – oblikuje nove družinske strukture in procese, kot je na primer enakomerna delitev skrbi za otroka – in to pomembno vpliva na otrokov razvoj in na vse člane družine.
- Ker nobena študija ni pokazala, da bi spolna usmerjenost imela kakšen neposreden merljiv učinek na otrokovo duševno zdravje in podobno, ne obstaja noben razlog, da bi spolno usmerjenost staršev upoštevali v odločitvah glede presojanja otrokove najboljše koristi.
- Dejstvo, da je treba neheterospolnim staršem zagotoviti iste pravice, ne bi smelo biti pogojeno/povezano s tem, da so otroci, ki jih vzgajajo, identični s tistimi, ki jih vzgajajo heteroseksualci.

Tako Ameriško psihiatrično združenje kot Ameriško psihološko združenje sta izdali poročili, v katerih na osnovi pregleda številnih študij o istospolnih družinah potrjujeta, da empirični podatki in spoznanja ne podpirajo splošnih predsodkov in stereotipov o življenju v istospolnih družinah, zato tudi ne odsvetujeta posvojitve otrok v istospolne družine. Enako stališče imajo tudi Zbornica kliničnih psihologov Slovenije, združenje psihoterapevtov in katedra za razvojno psihologijo Filozofske fakultete Univerze v Ljubljani.¹²⁰

¹¹⁷ Sobočan, Ana Marija. 2009. Istospolne družine v Sloveniji, *Socialno delo*, 48, št. 1/3, str. 65-86; Rupp, M.; Bergold, P. & Dürnberger, A. 2009. Otroci v istospolnih partnerskih zvezah. V BDP (Izd.) & K.A. Schneewind (Izd.zvezka) (2009). *Družine v Nemčiji: prispevki iz vidika družinske psihologije.* (S. 36-40). Zbirka BDP psihologija družba politika. Deutscher Psychologen Verlag Berlin.

¹¹⁸ Sarantakos, S. 1996. Children in the Three Contexts: Family, Education and social development. *Children Australia* 21(3): 23-31. Rupp, M.; Bergold, P. & Dürnberger, A. 2009. Otroci v istospolnih partnerskih zvezah. V BDP (Izd.) & K.A. Schneewind (Izd.zvezka) (2009). *Družine v Nemčiji: prispevki iz vidika družinske psihologije.* (S. 36-40). Zbirka BDP psihologija družba politika. Deutscher Psychologen Verlag Berlin.

¹¹⁹ Stacey, J., Biblarz T. 2001. *(How) Does the Sexual Orientation of parents matter?*, *American Sociological Review*, 65(2), str. 159-183. Biblarz T., Stacey, J., 2010. How Does the Gender of parents matter?, *Journal of Marriage and Family*, 72, str. 3-22.

¹²⁰ Psihologi: Spolna sestava družine nima pomembnega vpliva na otrokov razvoj. Dnevnik, <https://www.dnevnik.si/1042505158>

Iz izsledkov navedenih socioloških raziskav dodatno izhaja, da poseg v pravico istospolnih partnerjev, da kandidirajo za skupno posvojitev otroka, ni dopusten.

3.5. Primerjalnopravni vidik in odločitve drugih najvišjih sodišč

V zadevi *E.B. proti Franciji*¹²¹ je Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) odločilo, da zavračanje enostranske posvojitve zaradi spolne usmerjenosti (v kontekstu, da mora imeti otrok oba starša), pomeni diskriminacijo, povezano z spoštovanjem pravice do mirnega družinskega življenja. Iz sodbe ESČP v zadevi *Gas in Dubois proti Franciji*,¹²² ki se je nanašala na posvojitev otroka s strani istospolnih partnerk, izhaja, da je treba pritožnicama priznati obstoj »družinskega življenja« v okviru pomena 8. člena EKČP ter da tudi spolna usmerjenost pomeni osebno sfero, ki je varovana z 8. členom EKČP.

Evropske države, ki so skupne posvojitve s strani istospolnih parov že omogočile, so po podatkih ILGA-Europe¹²³ Andora, Avstrija, Belgija, Danska, Finska, Francija, Nemčija, Islandija, Irska, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Norveška, Portugalska, Španija, Švedska, Združeno Kraljestvo. Od naštetih 17 držav jih je med njimi torej 13 držav članic Evropske unije.

Ob uveljavitvi pravice do skupne posvojitve na **Finskem** je bilo v obrazložitvi zakonskega predloga zapisano, da glede na raziskave spol starša sekundarno vpliva na dobrobit in razvoj otroka. Poleg tega je posvojitev vedno rezultat dolgotrajnega procesa in temeljite ocene posvojiteljev in okolja, v katerem bo otrok živel. Ocena primernosti posvojiteljev od primera do primera ter vsakega posvojitelja posebej pa je tista, ki zagotovi, da bo s posvojitvijo zasledovana korist otroka, kar velja tudi za tiste primere, ko željo po posvojitvi izrazita starša istega spola.¹²⁴

Ministrica za pravosodje na **Irskem** je ob sprejemu zakona, s katerim je bila leta 2015 istospolnim partnerjem omogočena možnost kandidirati za skupno posvojitev, denimo dejala:

»Želim biti jasna. Moje mnenje in stališče, na katerem temelji ta predlog zakona, je, da je posvojitev mehanizem za zaščito otrok. Ne gre za diskriminacijo v korist določenih tipov družine. Ne gre za zakonski stan posvojiteljev. Gre za to, da otroku damo priložnost, da dobi družino. Gre za iskanje takšne družine za otroka, ki najbolje varuje otrokovo korist. V skladu s temi določbami bo vsak par ocenjen, ali je primeren za vzgojo otroka in izpolnitev vseh starševskih dolžnosti do tega otroka...«¹²⁵

V **Avstriji** je bila pravica do skupne posvojitve priznana prek odločitve avstrijskega Ustavnega sodišča. Slednje je v odločitvi št. G 119-120/2014-12 z dne 11. decembra 2014 razveljavilo zakonsko prepoved takšnih skupnih posvojitvev.¹²⁶ Odločitev je utemeljilo na

¹²¹ ESČP, E.B. (pritožba št. 43546/02 (2006, GC)

¹²² ESČP, Gas in Dubois prot Franciji, pritožba št. 25951/07, sodba z dne 15. marca 2012.

¹²³ https://rainbow-europe.org/#0/8682/0_

¹²⁴ Finska, predlog spremembe Zakona o zakonski zvezi, Poročilo parlamentarnega odbora za zakonodajo v finskem parlamentu št. LaVM 14/2014 vp, s. 17.

¹²⁵ Govor ministrice Fitzgerald med drugim branjem v parlamentu o predlogu Zakona o otrocih in družinskih razmerji (Children and Family Relationships Bill), 24. februar 2015, <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/SP15000055>.

¹²⁶ <https://www.sexualorientationlaw.eu/images/documents/vfGH-2014-AdoptionenEPEntscheidung.pdf>.

načelu prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti in na načelu koristi otroka. Ugotovilo je, da v situaciji, ko vsak od istospolnih partnerjev ali partnerk lahko otroka posvoji individualno in da otrok nato lahko živi s posvojiteljevim partnerjem ali partnerico, ni vzdržno, da otroka ne bi mogla posvojiti oba, otrok pa bi imel urejena pravna razmerja z obema ter s tem priznane pravice do preživnine in dedovanja po obeh. Sodišče je tudi navedlo, da so istospolni partnerji enako zmožni vzgajati otroke kot heterospolni partnerji. Sodba avstrijskega sodišča se je sklicevala tudi na sodbo ESČP E.B. proti Franciji in v točki 5 zapisalo, da predpisi, ki urejajo posvojitve, spadajo v okvir področja, ki je varovano z 8. členom EKČP, zaradi česar je pri njihovi uporabi treba spoštovati 14. člen EKČP.

Ostale države, ki omogočajo skupno posvojitve, so: Argentina, Bermudi, Brazilija, Čile, Izrael, Južna Afrika, Kanada, Kolumbija, Kostarika, Mehika, Urugvaj, Združene države.

V zvezi s tem Zagovornik izpostavlja odločbo Ustavnega sodišča Južne Afrike CCT 40/01 z dne 10. septembra 2002.¹²⁷ V času dejanskega stanja istospolne poroke niso bile dopustne s tem pa tudi ne posvojitve s strani istospolnih parov, bila pa je dopustna posvojitve s strani ene osebe (tj. ureditev je primerljiva ureditvi kot v Republiki Sloveniji).¹²⁸ Ustavno sodišče je uvodoma ugotovilo, da mnogi otroci niso vzgajani s strani bioloških staršev. Posvojitve je institut, s katerim se zagotovi otroku ugodnosti družinskega življenja, ki mu drugače ne bi bilo dostopno.¹²⁹ Pri posvojitvah se vedno izhaja iz največje koristi otroka, ki pa se presoja od primera do primera. Izključitev potencialnih skupnih posvojiteljev, ki živita v istospolnih odnosih in bi sicer izpolnjevala merila za ustreznega posvojitelja, zanika družbeni namen posvojitve, ki je v zagotovitvi stabilnosti, zavzetosti, naklonjenosti in podpore, ki je pomembna za otrokov razvoj in jo lahko nudijo ustrezno usposobljene osebe.¹³⁰ Izključitev istospolnih skupnih posvojitev otrok, kadar bi bila partnerja primerna za skupno posvojitve, je v nasprotju z načelom zasledovanja otrokove koristi. Takšna ureditev namreč otrokom jemlje možnost ljubečega in stabilnega družinskega življenja, zato je protiustavna iz razloga, da je v nasprotju z načelom koristi otroka.¹³¹ Z vidika načela enakosti je sodišče ugotovilo, da gre za neupravičeno razlikovanje med poročenimi osebami ter istospolnimi partnerji. Nemožnost posvojitve izhaja tudi iz dejstva, da je ne moreta skleniti zaradi svoje spolne usmerjenosti. Dejstvo, da bi osebi izpolnjevali kriterije za primernost in bi tako bili sicer upravičeni do posvojitve, pa zaradi svojega statusa nista, je v nasprotju z ustavno ureditvijo.¹³²

Zagovornik ocenjuje, da razlikovanje pri skupnih posvojitvah otrok s strani heterospolnih in istospolnih partnerjev ne temelji na stvarni, objektivno utemeljeni, neosebni razlikovalni okoliščini, temveč izključno na spolni usmerjenosti. Iz zakonodajnega gradiva ustavno dopusten razlog za izpodbijano ureditev, ki posega v pravico iz prvega odstavka 14. člena Ustave, ni razviden in v njem ni naveden.

Da sta bila ravno družbeni in politični kontekst tista elementa, ki sta tudi na področju skupnih posvojitev ključno vplivala na sprejem pravne ureditve, kakršna je danes, pa kaže zgodovina sprejemanja zakonodaje na tem področju, ki je pomembno zaznamovano z dvema referendumoma, ki sta botrovala ureditvi, kakršna je.

¹²⁷ Sodba Ustavnega sodišča Južne Afrike CCT 40/01 z dne 10. septembra 2002.

¹²⁸ Prav tam, 8. točka.

¹²⁹ Prav tam, 18. točka.

¹³⁰ Prav tam, 21. točka.

¹³¹ Prav tam, 22. točka.

¹³² Prav tam, 25.–26. točka.

4. SKLEPNO

Sedanja pravna ureditev je nastala kot politični in hkrati neustrezen odziv na družbeno situacijo po dveh poskusih sprejetja (bolj) vključujočih zakonov in po dveh referendumih, ki sta to preprečila. Zato trenutno veljavna ureditev ne vsebuje potrebnih ustavnopravnih varovalk, ki bi zagotavljale, da ustavne pravice posameznikov in posameznic s to ureditvijo ne bi bile kršene.

Zagovornik tudi ocenjuje, da bi bila v tem primeru potrebna prednostna obravnava zadeve, saj gre zaradi osebne okoliščine spolne usmerjenosti, na področju oblastnega urejanja družinskih razmerij, za obliko množične in dolgotrajne diskriminacije, ki je storjena tudi v razmerju do otrok, kar v skladu z 12. členom ZVarD predstavlja situacijo, zaradi katerih se tako ravnanje oziroma taka ureditev šteje za t.i. hujšo obliko diskriminacije.

Ker je Zagovornik ocenil, da sta DZ in ZPZ diskriminatorna na podlagi osebne okoliščine spolne usmerjenosti, bo na Ustavno sodišče RS skladno z 38. členom ZVarD naslovil zahtevo za presojo ustavnosti predpisov, in sicer:

I. pravne ureditve, ki istospolnim partnerjem ne omogoča sklenitve **zakonske zveze**, kot je omogočena partnerjem različnega spola, temveč jim omogoča posebno obliko registracije partnerstva – partnersko zvezo, in sicer 3. in 4. člena ter prve alineje 22. člena Družinskega zakonika (Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 - ZNOrg, 16/19 - ZNP-1, 22/19, 67/19 - ZMatR-C, v nadaljevanju: DZ) in celotnega Zakona o partnerski zvezi¹³³ (v nadaljevanju: ZPZ), zaradi neskladja s 1., 2., 5., 14., 15., 22., 34., 35., 38. in 53. členom Ustave RS ter neskladja z 8., 12. in 14. členom Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jo je ratificirala tudi Republika Slovenija z Zakonom o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10, 11 in 12 (v nadaljevanju: EKČP).¹³⁴

II. pravne ureditve, ki istospolnim partnerjem, tako v sklenjeni kot nesklenjeni partnerski zvezi, izrecno onemogoča **skupno posvojitev otroka**, in sicer prvega stavka tretjega odstavka 2. člena in prvega stavka četrtega odstavka 3. člena ZPZ in prvega odstavka 213. in 223. člena DZ zaradi neskladja z 2., 14., 15., 22. 34., 35., 53. in 56. členom Ustave RS ter neskladja z 8. členom EKČP in 2. in 4. členom Konvencije združenih narodov o otrokovih pravicah¹³⁵ (v nadaljevanju KOP) ter prvim členom Protokola številka 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki ga je Republika Slovenija ratificirala z Zakonom o ratifikaciji Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.¹³⁶

¹³³ Uradni list RS, št. 33/16.

¹³⁴ Uradni list RS-MP, št. 7-41/1994.

¹³⁵ Uradni list SFRJ, št. 15/90, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, Uradni list RS, št. 35/92, MP, št. 9/92.

¹³⁶ Uradni list RS – MP, št. 8/10.

Hkrati Zagovornik predlaga, da Ustavno sodišče RS zadevo obravnava prednostno, saj gre zaradi osebne okoliščine spolne usmerjenosti, na področju oblastnega urejanja družinskih razmerij, za obliko množične in dolgotrajne diskriminacije, ki je storjena tudi v razmerju do otrok, kar v skladu z 12. členom ZVarD predstavlja situacijo, zaradi katerih se tako ravnanje oziroma taka ureditev šteje za t.i. hujšo obliko diskriminacije.

Pripravili:
Sergeja Oštir
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Leonardo Rok Lampret
Svetovalec Zagovornika III

Dr. Neža Kogovšek Šalamon
Vodja oddelka za ugotavljanje
diskriminacije in zagovorništvo

Poslano:
– zbirka dok. gradiva.