



Številka: U-I-91/21-24
Up-572/18-40
Up-675/19-37
U-I-486/20-18
Datum: 6. 7. 2022

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MATEJA
ACCETTA K ODLOČBAMA ŠT. U-I-92/21, Up-675/19
TER U-I-486/20, Up-572/18 Z DNE 16. 6. 2022,
KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK DR. ROK ČEFERIN**

1. Pričujoči odločbi, h katerima dajem to pritrdilno ločeno mnenje, bosta nedvomno odjeknili v javnosti. Del javnosti¹ je s pisanji na Ustavno sodišče in protesti pred stavbo Ustavnega sodišča svoja stališča izražal že, še preden sta bili odločbi sploh sprejeti. Vsaj prvi hip bosta sprejeti odločitvi ta del javnosti nemara užalostili. Drugi del javnosti, naklonjen priznanju zatrtih pravic istospolnih parov, ki Ustavnemu sodišču med postopkom ni aktivno sporočal svojih stališč, razen kolikor so bila zaobjeta v vlogah obeh parov ustavnih pritožnikov, bo morda odločbi sprejel kot razlog za praznovanje. Sam obeh odločb ne razumem ne kot povod za žalovanje ne kot razlog za praznovanje, ampak predvsem kot priložnost za razmislek, tako na ravni skupnosti kot vsakega posameznika, ko razmišlja o svojem sobivanju z drugimi člani skupnosti.

2. Zadevi naslavljata sorodni, čeprav ne docela istovrstni vprašanji: (1) ali je z Ustavo skladna ureditev, ki možnost sklenitve zakonske zveze pridružuje zgolj raznospolni skupnosti moškega in ženske; ter (2) ali je z Ustavo skladna ureditev, ki zgolj raznospolnim parom omogoča možnost uvrstitve na seznam kandidatov za skupno posvojitvev otroka?

¹ Kolikor sem razbral, sicer zgolj s tiste strani javnega mnenja, ki je prizadevanjem pritožnikov nasprotovala.

3. Seveda ni nujno, da bo za vsakega posameznika odgovor na ti dve vprašanji enak. Ugibam, da za marsikoga med njima obstaja zaznavna razlika in da se v takih primerih praviloma izrazi v tem smislu, da se zdi možnost sklepanja zakonske zveze docela neproblematična ali vsaj manj problematična, možnost skupne posvojitve pa kot nekoliko spornejša. Kolikor je že niansirano, je moje stališče pravzaprav celo obratno: čeprav tudi pri vprašanju zakonske zveze ne vidim razlogov, ki bi lahko utemeljili razlikovalno obravnavo istospolnih parov, je zame še toliko očitnejše nedopustna ureditev, ki istospolnim parom vnaprej pavšalno odreka možnost kandidiranja za skupno posvojitve. Ker pa ocenjujem, da je sporočilo te odločbe morda vendarle (še) občutljivejše, v tem ločenem mnenju pojasnujem predvsem svoje razloge za podporo tej odločbi.

4. Ta ureditev je, tako poudarja tudi Vlada, utemeljena z načelom varovanja največje koristi otroka. Temu, da mora to načelo pomeniti bistvo ureditve režima posvojitve, v celoti pritrjujem. V režimu posvojitve ne sme otrok nikoli biti sredstvo za doseg želenega cilja starševstva njegovih potencialnih posvojiteljev, ampak mora biti kot cilj v ospredju iskanje varnega in skrbnega družinskega okolja za otroka. Ta izhodišča nemara za nikogar ne morejo biti sporna in tu pravzaprav niti ne zaznam razhajanja med stališči pritožnikov ter Vlade. Razhajanje nastopi na točki, ko presojana ureditev oziroma Vlada kot njena zagovornica zavzame stališče, po katerem naj bi načelo največje koristi otroka zahtevalo, da istospolni partnerji sploh ne morejo biti vpisani v centralno zbirko podatkov o kandidatih za skupno posvojitve.

5. Ta argument je po moji presoji docela nesklepčen, načelo največje koristi otroka pa taka ureditev pravzaprav celo ogroža, ne varuje. Da bi argument lahko držal, bi najprej namreč moralo držati troje predpostavk:

- i) Vsak (še tako dober) istospolni par je v primeru skupne posvojitve slabša izbira od vsakega (še tako slabega) raznospolnega para, ki se sicer v skladu s presojo ureditvijo lahko uvrsti na seznam kandidatov.
- ii) Vsak (še tako dober) istospolni par bi v primeru skupne posvojitve privedel do slabšega rezultata od tistega, ko za otroka sploh ne bi bil izbran noben posvojitelj.
- iii) Možnost uvrstitve istospolnih parov na seznam kandidatov za skupno posvojitve bi sama po sebi narekovala sprejetje odločitve v konkretnem postopku v nasprotju z načelom največje otrokove koristi.

Vse tri predpostavke so po moji oceni zgrešene in ne morejo utemeljiti izpodbijane ureditve – držati pa bi, kot rečeno, morale celo vse tri.

6. Zdi se, da ureditev v dveh pogledih temelji v predsodkih zoper istospolne pare. V enem, ostrejšem pogledu v stališču, da istospolni pari zato, ker z otrokom ne morejo ustvariti tradicionalne raznospolne družine (torej družine z mamo in očetom), nikoli ne morejo ustvariti ustreznega družinskega okolja za otroka. V drugem, milejšem smislu pa

vsaj v stališču, da bodo zaradi ukoreninjenih negativnih predstav o istospolnih skupnostih otroci v takih družinah podvrženi stigmatizaciji, to pa spet ne bo v njihovo korist.

7. Za hip privzemimo, da ti pomisleki vsaj v milejšem pogledu držijo. Ali bi to lahko vplivalo na dopustnost ureditve, ki istospolne pare že vnaprej na splošno izvzema iz možnosti uvrstitve na seznam kandidatov za skupno posvojitve, medtem ko je ta možnost vsaj načeloma (razen v primeru določenih dejanskih okoliščin konkretnih posameznikov) na voljo vsem raznospolnim parom? Po moji trdni presoji ne.

8. Če nekoliko poenostavim, se zdi, da zadržki do posvojitve istospolnih parov vsaj deloma temeljijo na njihovi primerjavi z idealno tradicionalno, najraje kar biološko družino. Kolikor drži pomen tesne vezi bioloških staršev z njihovimi otroki, še posebno v najzgodnejših letih njihovega življenja, ga posvojitelja res ne bosta mogla nadomestiti, v nobenem primeru povsem in še toliko manj v primeru posvojitve starejših otrok. Toda to velja za vse posvojitve, tudi tiste raznospolnih parov. Ko gre za posvojitve, gre v vsakem primeru za iskanje najboljše rešitve za otroka, ki – ker je ostal brez bioloških staršev – že v osnovi nima najboljšega družinskega izhodišča oziroma referenčne družine. Zato take hipotetične primerjave, pa tudi anekdotične izkušnje s tako ali drugačno konkretno družinsko situacijo ne morejo biti upoštevne za načelno razlikovanje na sistemski ravni. Različni istospolni pari so, tako kot različni raznospolni pari, osebno, finančno in bivanjsko različno primerni za vlogo posvojiteljev. Gotovo so med njimi taki, ki sploh niso primerni za posvojitelja, še toliko manj pa najbolj primerni za posvojitve otroka med možnimi kandidati. A povsem enako velja tudi za raznospolne pare. V vseh takih primerih je odgovornost za ustrezno izbiro posvojiteljev na pristojnih organih, najprej Centrih za socialno delo, nato pa tudi sodišču, ki morajo o posvojitvi odločiti ob polnem upoštevanju načela največje koristi otroka.

9. Če je ta izbira pri raznospolnih parih pridržana presoji v konkretnih postopkih posvojitve, mora biti na enak način urejena tudi v primeru istospolnih parov. Naj se za hip še enkrat vrnem k zgoraj omenjenim predpostavkam. Predpostavki, da bi bil vsak (še tako dober) istospolni par v vlogi skupnih posvojiteljev slabši od vsakega (še tako slabega) raznospolnega para, ali da bi bila v hipotetičnem primeru, ko bi bili za skupno posvojitve sicer na voljo zgolj istospolni pari, vedno v največjo korist otroka odločitev, da do posvojitve sploh ne pride, sta po moji presoji docela nerazumni. Če ne držita, pa že sami po sebi zadoščata za ugotovitev, da je apriorna izključitev istospolnih partnerjev od uvrstitve na seznam kandidatov, ki je na voljo raznospolnim partnerjem, nedopustna.

10. Da pristojni organi ob načelni vključitvi istospolnih parov ne bi bili sposobni ustrezno slediti načelu največje otrokove koristi, pa je po moji presoji tako nerazumno kot tudi nedopustno. Strah pred neustreznim izvajanjem zakonodaje v vsakem primeru ne more utemeljiti sicer protiustavne zakonske ureditve. Da bi ureditev zgolj z razširitvijo seznama

pristojne organe sama po sebi silila v sprejetje odločitve v škodo otroka, pa je docela nesklepčno.²

11. Vse te ugotovitve, s tem pa tudi odločitev, ki jo narekujejo, bi po moji trdni presoji držale celo v primeru, da bi bili otroci istospolnih staršev zaradi predsodkov res vedno ali v upoštevno zaznavnem obsegu deležni stigmatizacije oziroma dodatnih težav zaradi negativnih odzivov okolice. Stigma oziroma predsodek namreč ne more pomeniti argumenta ustavne dopustnosti sicer nedopustne ureditve. Še toliko manj to lahko drži v skupnosti, v kateri ureditev sicer že dopušča skupno starševstvo istospolnih partnerjev (v primeru priznanja skupne posvojitve v tujini ali enostranske posvojitve otroka partnerja istospolne skupnosti) in v kateri torej v praksi že bivajo otroci v istospolnih družinah.³ Končno pa stigma tudi ni nesprejemljiv koncept skozi čas in tudi zakonska ureditev ter ustrezna sporočila pristojnih institucij lahko pomagajo k odpravi neustreznih, preživetih predsodkov.⁴

12. Zadnja misel je vredna dodatne pozornosti, saj se dotika pomembnega vprašanja vloge in meja prava pri urejanju tovrstnih družbenih predsodkov. Po eni strani gotovo drži, da jim ne sme podleči. To je že pred leti – tedaj v kontekstu presoje predodločitve otroka očetu, ker je mati začela živeti v rasno mešanem partnerstvu – lepo zapisalo Vrhovno sodišče ZDA:⁵ "Ustava ne more nadzorovati tovrstnih predsodkov, jih pa tudi ne more dopuščati. Zasebni predsodki so lahko zunaj dosega prava, vendar pa jih pravo neposredno ali posredno ne more uveljavljati." Po drugi strani pa se zastavlja vprašanje, ali jih lahko kakorkoli spreminja. Tu, se mi zdi, lahko upanje položimo le v optimizem na dolge proge, ki ga je nekoč – spet v kontekstu rasne nestrpnosti – ubesedil Martin Luther King, ml., ko je dejal nekako takole:⁶ "Pravo sicer nemara ne more spremeniti človekove

² Če to ponazorim še nekoliko bolj suhoparno: če v množici kandidatov A obstaja najboljši kandidat X in tej množici dodamo še množico kandidatov B, pa je v obeh množicah A in B skupaj še vedno najboljši kandidat X, njegova izbira ni onemogočena. Če je v množici B prisoten od tega kandidata še boljši kandidat Y, pa nemara tudi ni razumnega razloga, zakaj ne bi izbrali (novega) najboljšega kandidata Y.

³ Tudi ta vidik sam zase že kaže na neutemeljeno različno obravnavo istospolnih partnerjev, ki bi skupno starševstvo želela ustvariti s skupno posvojitvijo. To je bilo krepko tudi pred očmi avstrijskega ustavnega sodišča, ko je v odločbi št. G 119-120/2014-12 z dne 11. 12. 2014 (glej op. 30 k 40. točki obrazložitve odločbe št. U-I-91/21, Up-675/19) presojalo podobno ureditev v avstrijski zakonodaji.

⁴ Tako kot stigma v obratni smeri še tako dobronamerna svarila o njenem usodnem pomenu lahko kot nekakšen začarani krog dodatno utrjujejo.

⁵ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, na str. 433 (1984), na katero se sklicuje tudi odločba št. U-I-91/21, Up-675/19 (v op. 79 k 64. točki obrazložitve odločbe št. U-I-91/21, Up-675/19).

⁶ Navedeno (v mojem prevodu) po govoru ob podelitvi častnega doktorata Univerze Newcastle upon Tyne dne 13. 11. 1967, prepis celotnega govora dostopen na

narave, lahko pa spremeni njegove navade, če se odločno izvršuje, in prek sprememb v navadah bo razmeroma hitro prišlo tudi do sprememb v stališčih, v tem procesu pa se morda lahko spremeni tudi narava." V tem oziru so lahko tudi za tiste nasprotnike posvojitev s strani istospolnih partnerjev, ki jih dobronamerno skrbi problem stigmatizacije, spodbudni izsledki raziskave, da je vsaj v Evropi ravno glede položaja partnerskih skupnosti spremembam v zakonskih ureditvah sledila tudi prilagoditev družbenih stališč.⁷

13. Iz podobnih razlogov sem lahko podprl tudi odločitev v zadevi št. U-I-486/20, Up-572/18. Tako kot ustavne skladnosti sicer diskriminatorne ureditve ne morejo utemeljiti predsodki oziroma stigmatizacija, je sama po sebi tudi ne more tradicija.⁸

14. Pri tem vprašanju sicer nisem brez posluha za zagovornike tradicionalnega pojmovanja zakonske zveze; razumem, zakaj ima za mnoge posameznike tudi poudarjeni verski pomen;⁹ še bolj pa, da je tradicionalno pojmovanje zakonske zveze kot formalnega izraza najtesnejše vezi med zakoncema za mnoge pomembna vrednota. Zakaj je – ob obstoju primerljivih oblik partnerskih vezi, na voljo istospolnim partnerjem, ki želijo na podoben način formalno izraziti posebno tesno vez z izbranim partnerjem – treba tudi istospolnim partnerjem omogočiti sklenitev zakonske zveze? Mar ne gre zgolj za vprašanje poimenovanja?

15. Za mojo presojo so pomembni naslednji poudarki. Prvič, ravno zaradi njene uveljavitve kot pomembne družbene vrednote in najbolj formalizirane oblike partnerske vezi je zakonska zveza institut, ki poudarjeno naslavlja problem diskriminacije. Drugič, z razvojem instituta zakonske zveze se je ta vendarle tudi v primeru raznospolnih parov predruščil in odmaknil od tradicionalnih pogledov na zakonsko zvezo. Tako denimo tudi v primeru raznospolnih parov zakonska zveza ni in ne sme biti razumljena zgolj ali predvsem kot sredstvo za snovanje družine prek spočetja otrok.¹⁰ Prav tako je, drugače kot v preteklosti, zakonska zveza danes utemeljena in docela pravilno zasnovana kot enakopravna zveza zakoncev.¹¹ V nekoč neenakopravno zasnovani skupnosti dominantnega moža in podrejene žene se istospolni pari verjetno niti ne bi prepoznali

<<https://www.ncl.ac.uk/media/wwwnclacuk/congregations/files/Transcript%20of%20Dr%20Martin%20Luther%20King%20Jr%20speech%2013th%20November%201967.pdf>> (1. 7. 2022).

⁷ Glej besedilo k op. 80 v 64. točki obrazložitve odločbe št. U-I-91/21, Up-675/19.

⁸ Glej 44. točko obrazložitve odločbe št. U-I-486/20, Up-572/18.

⁹ Pri čemer se tu ne bom podrobneje posvečal sicer pomembnim vprašanjem zakonske zveze in istospolnih partnerstev za (krščansko) vero; ne v tem oziru, da bi razmišljal o odnosu Biblije do takih partnerstev (vključno z možnimi interpretacijami pomembnih biblijskih vezi med Naomí in Ruto ter Davidom in Jonatanom), kot tudi ne v tem oziru, kako je že sicer (po državah različno) urejeno razmerje med zakramentom svetega zakona oziroma cerkveno in civilno zakonsko zvezo.

¹⁰ Glej 38. točko obrazložitve odločbe št. U-I-486/20, Up-572/18 ter tam citirano sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice.

¹¹ Glej 20. in 21. člen Družinskega zakonika.

oziroma želeli prepoznati.¹² Z idejo enakopravnosti zakoncev kot bistveni poudarek ureditve zakonske zveze pa si ideja zakonske zveze istospolnih partnerjev ne stoji nasproti, ampak jo kvečjemu dodatno utrjuje. V zbiru teh razmislekov tudi po moji presoji prepoved diskriminacije narekuje odločitev, da ureditev, ki istospolnim partnerjem ne omogoča sklenitve zakonske zveze, ni skladna z Ustavo.

16. Za to odločitev končno tudi ne more – oziroma ne sme – biti upoštevno, da so volivci predhodno prek glasovanja na referendumu že zavrnili uveljavitev zakona, ki bi zakonsko zvezo razširil tudi na istospolne pare. Že Ustava sama namreč varstvo temeljnih pravic oziroma dolžnost za odpravo protiustavnosti postavlja pred pravico do referendumu. V skladu s četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave referendumu ni dopustno razpisati o zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost. Poleg razlogovanja, ki ga o upoštevnosti tega referendumu oziroma odločitve Ustavnega sodišča v zvezi z njim vsebuje že obrazložitev odločbe,¹³ je treba upoštevati, da logika, ki v skladu z ustavno določbo tako moč referendumu odreka za nazaj, mora enako veljati tudi za naprej. Tako kot z referendumom ni mogoče preprečiti uveljavitve zakona, ki odpravlja protiustavnost,¹⁴ referendum tudi ne more vnaprej preprečiti ustavnosodne presoje in v postopku take presoje ugotovitve protistavnosti določene ureditve.

17. Povsem na koncu se vračam k uvodu. Ustava ni sama sebi namen, ampak je zamišljena kot temeljna vrednotna podlaga, ki naj ustrezno usmerja življenje in sobivanje posameznikov ter skupnosti. Pričujoči odločbi po moji presoji odražata to temeljno poslanstvo Ustave, z vsebino, ki ni ničelna vsota. To posebej poudarjam, ker lahko razumem, da bo marsikateri zaskrbljeni posameznik v odločbah lahko razbral tudi strahove, ki jih v resnici ne prinašata. Ne pri eni ne pri drugi odločitvi ne gre za to, da bi lahko enemu delu skupnosti določene pravice priznali le tako, da jih drugemu delu vzamemo. Odločba o ureditvi zakonske zveze ne odreka pomena, ki ga (svoji) zakonski zvezi kot skupnosti moža in žene pripisujejo – in še naprej lahko pripisujejo – raznospolni partnerji. Prav tako odločba o ureditvi skupne posvojitve ne zanika vlog očeta in matere v tradicionalnih družinah, še manj pa pomen vezi med biološkimi starši in njihovimi otroki. Mož in žena še naprej ostajata mož in žena, mati in oče še naprej ostajata mati in oče. Obe odločbi zanikata le neločljivo vzporednico med priznavanjem pomena tem tradicionalnim vlogam in potrebo po diskriminaciji istospolnih partnerjev pri sklepanju

¹² Tako je denimo na obravnavi zadeve *Obergefell* pred ameriškim vrhovnim sodiščem razmišljala sodnica Bader Ginsburg – glej prepis obravnave z dne 28. 4. 2015 (Question 1), dostopen na <https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2014/14-556q1_15gm.pdf> (1. 7. 2022), str. 10–11.

¹³ Glej 48. točko obrazložitve odločbe št. U-I-486/20, Up-572/18.

¹⁴ To velja tudi ob upoštevanju stališča iz odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/15 z dne 28. 9. 2015 (Uradni list RS, št. 80/15, in OdlUS XXI, 5), 41. in 42. točka obrazložitve, po katerem se ta ustavna določba nanaša zgolj na tisto protiustavnost, ki je predhodno že bila ugotovljena z odločbo Ustavnega sodišča.

zakonske zveze in ureditvi skupne posvojitve. Prvi ni odvisen od slednje. Naše sreče ne more utemeljevati tuja nesreča, naše varnosti tuja nevarnost, naše pravice tuja krivica. V tem smislu je na vseh nas odgovornost, da tudi neutemeljeno diskriminacijo istospolno usmerjenih posameznikov vse bolj potiskamo v preteklost preživetih in preseženih krivic.

dr. Matej Accetto
Sodnik

dr. Rok Čeferin
Sodnik