

RS
USREPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE

Številka: U-I-91/21-22
Up-675/19-35
Datum: 1. 7. 2022

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA
DR. DR. KLEMNA JAKLIČA (OXFORD ZK, HARVARD USA)
K ODLOČBI ŠT. U-I-91/21, Up-675/19 Z DNE 16. 6. 2022**

**ZAKONSKA ZVEZA, POSVOJITVE IN
VPRAŠANJE VKLJUČENOSTI**

Obe zadevi (vprašanje zakonske zveze istospolnih parov in vprašanje skupne posvojitve s strani istospolnih parov) sta vsebinsko tesno povezani, zato v obeh pišem eno, skupno ločeno mnenje.

Vprašanje, ki je pred nami, je s področja ustavnega prava, ki je področje moje specializacije. Temu vprašanju in razpravam o njem sem budno sledil skozi svojo celotno kariero, predvsem v času mojega akademskega delovanja v tujini. Ne gre za enostavno vprašanje, tudi če bi to tako želel prikazati ta ali oni posameznik ali celo to ali ono najvišje sodišče kakšne države. V resnici gre za eno od znanih zagonetk s področja ustavnega prava, ki jo kot takšno razumemo šele, če in ko jo skušamo razrešiti zgolj z golim razumom in logiko, tj. če pustimo ob strani nevarnost osebne pristranosti oz. stereotipov (bodisi tradicionalnih bodisi modernih), ki na razrešitev vprašanja, če naj bo pravična, ne smejo vplivati.

Ker se večina kolegic in kolegov ni prepustila tovrstni goli logično-razumski argumentaciji, ki edina lahko prepreči nekonsistentnosti in potencialni vdor (zavednih ali nezavednih) stereotipov v odločanje, tako obrazložene odločitve nisem mogel podpreti.

Tradicionalni pristop k tem vprašanjem med drugim temelji na ideji, da je zakonska zveza nekaj posebnega, podeljenega zvezi moškega in ženske, torej zvezi, iz katere se po naravi lahko rodi in v družinskem zavetju vzgaja potomstvo, ki je temelj skupnosti in vir nadaljevanja človeškega življenja ter s tem človeštva kot takega. Kar pa je sam vir življenja, ima poseben status, uči ta tradicionalni pristop. Od tod posebna podelitev statusa zakonske zveze za skupnost moža in žene, tj. družine, vključno z možnostjo *skupnega* posvajanja otrok s strani takšnega, posebnega para.¹

Seveda je v predargumentativni fazi treba dopustiti možnost, da je za tradicionalnim pristopom ne zgolj goli argument, ampak morda t. i. "tradicionalni stereotip". To je, da takšna razlaga samega namena (*telosa*) zakonske zveze, ki velja zgolj za nekatere člane skupnosti (četudi večino), ne pa za preostale, takšne preostale iz zakonske zveze *neupravičeno* izključuje. Ali je tako ali pa je tradicionalna doktrina utemeljena zgolj na opisanem razumnem logično-razlikovalnem temelju, je mogoče nadalje razmišljati šele, ko jo soočimo z alternativnim *telosom* zakonske zveze in družine, kot ga predlaga, recimo temu, "modernejši" pristop.

"Modernejši" pristop razlaga, da ne more biti večina, kaj šele država, tista, ki posameznikom od zunaj določa *telos* zakonske zveze in družine. Če dva odrasla človeka pristno svobodno želita ("*consenting adults*"), da bi tudi njuna zveza štela za zakonsko zvezo in da bi ob tem prav tako lahko posvojila otroke, pa na slednje in kogarkoli tretjega to nima posebnega škodljivega učinka, potem ni razloga, razlaga moderni pristop, da bi kdorkoli (kaj šele država) to lahko upravičeno preprečil.

Prav tako kot pri tradicionalni doktrini je tudi pri "modernem" pristopu najprej treba dopustiti obe možnosti, da jo vodi goli razumsko logični argument ali pa moderni stereotip. Samo z navedbo opisanega stališča še nič ni razrešeno.

Sredstvo za odkrivanje (pogosto nezavednih) stereotipov odločevalca je logično-razumsko preverjanje notranje konsistentnosti zastopanih stališč oziroma njihovih nosilnih razlogov. Zgolj tiste rešitve, ki temeljijo na notranje konsistentni logiki, so

¹ Argumenta posebnosti (tudi svetosti) takšne skupnosti po učenju tradicionalne doktrine tudi ne načne nasprotni argumentativni izziv, češ da je zakonska zveza mogoča tudi med neplodnimi raznospolnimi pari. Nanj tradicionalna doktrina med drugim odgovarja, da že samo dejstvo, da življenje človeka in človeške skupnosti, ter s tem njuno nadaljevanje, prihaja le iz tovrstnega para, vzbuja posebno spoštovanje takšne zveze (je "*awe-inspiring*"), ne glede na morebitne in morda tudi naključne posebnosti, ki v konkretnem primeru takšne zveze do novega življenja ne vodijo. To je enako kot koncept človekovega dostojanstva, ki se ne zožuje zgolj na tiste predstavnike človeške vrste, ki imajo za razliko od živalskega sveta sposobnost zaznave razuma in morale oz. pravičnosti ("*those who are capable of justice deserve justice*"). Nasprotno, iz spoštovanja ("*awe*") do človekovega razuma in njegove sposobnosti zaznavanja morale/pravičnosti, kar presega živalski svet, se človekovo dostojanstvo razširja tudi na tiste posameznike človeške vrste, pri katerih je v konkretnih okoliščinah iz katerihkoli razlogov prišlo do tega, da v resnici niso sposobni zaznavanja racionalnega in moralnega (npr. nekateri primeri težko duševno prizadetih). O tej dilemi glej npr. Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press 2007.

lahko potencialno take, ki ne temeljijo na stereotipu. Nasprotno, stališča, ki niso notranje konsistentna, dokazano temeljijo na vzgibih izven razuma oz. logike, praviloma na stereotipu (lažnem občutku resnice).

Če želi z močjo ustavne ravni izključiti dosedanjo tradicionalno doktrino, bi "moderni" pristop najprej moral zase izdelati in zagovarjati eno od notranje konsistentnih rešitev. Tu pa za večino, ki je v odločbi argumentirala, kot je, nastopi težava. Večina glede ključnega vprašanja – zakaj natančno gre za *neupravičeno* izključitev istospolne manjšine iz zakonske zveze in skupne posvojitve otrok – še ne ponudi logično-konsistentnega odgovora oziroma se temu z argumentativno praznino izogne.

Če bi npr. odločitev večine za "moderni" pristop temeljila na prej opisanem jedrnem argumentu te smeri ("v kolikor to ne škodi tretjim, niti večina niti država nimata pravice dvema svobodnima odraslima preprečevati njunega lastnega videnja namena (*telosa*) zakonske zveze in družine"), potem bi to na prvi pogled logično-konsistentno pomenilo, da morajo tudi druge manjšinske skupine svobodnih odraslih imeti to isto pravico – skleniti zakonsko zvezo in posvojiti otroke. Tako v literaturi kot tudi v ustavnosodni presoji se tako npr. pojavljajo ne le primeri poligamnih parov, temveč tudi primeri incestnih parov svobodnih odraslih posameznikov ter številni drugi nekonvencionalni pari, ki menijo, da so *neupravičeno* izločena manjšina.² Tem raznovrstnim drugim predstavnikom nekonvencionalnih skupnosti tako pri nas kot v večini drugih držav do sedaj prav tako ni bilo dovoljeno skleniti zakonske zveze in/ali posvojiti otrok. Preden argumentiram naprej, naj na tem mestu takoj zavrnem očitno napačni protiargument, češ da gre pri incestnih parih svobodnih odraslih oseb za škodljiv vpliv na tretje, npr. potomstvo, in da je pri tej skupini *prav to* upravičeni izločilni (razlikovalni) argument. Nekateri incestni pari svobodnih odraslih so se namreč pripravljali sterilizirati, iz česar na prvi pogled logično neobhodno sledi, da bi opisani jedrni argument "modernega" pristopa, če je res notranje konsistenten, tudi tem moral omogočiti sklenitev zakonske zveze in posvojitve. Nadalje, pari iz te manjšine in njihovi zagovorniki lahko navajajo študije, ki kažejo, da so pri konvencionalnih parih, ki prekomerno uživajo alkohol, posledice za potomstvo celo hujše kot pri potomstvu prej omenjene manjšinske skupine. Toda nekdo, ki prekomerno uživa alkohol, ni izključen iz možnosti sklenitve zakonske zveze, predstavniki prej omenjene manjšine pa so. Spet vidimo, da jedrni argument "modernega" pristopa, če naj bo konsistenten, na prvi pogled zahteva radikalnejšo spremembo – dopustitev zakonske zveze in možnost posvojitve vsem odraslim predstavnikom nekonvencionalnih manjšin, ki takšno svojo željo izrazijo resnično svobodno in pri tem ne škodujejo tretjim bolj, kot to velja za skupine konvencionalnih parov.

² Glej npr. Daniel Sokol, "[What's so wrong with incest? The case of Stübing v Germany](#)", UK Human Rights Blog, april 2012. Glej tudi M Milanovic, »[Incest in European Court](#)«, European Journal of International Law: Talk, april 2012. In primer [Stübing v. Germany](#) pred Evropskih sodiščem za človekove pravice.

S to, na golem razumu in logiki temelječo potencialno posledico jedrnega argumenta "modernega" pristopa, ki ni zrasla na mojem zelniku, ampak sem jo spoznaval tekom desetletij svojega sledenja debatam o tem vprašanju v vodilnih mednarodnih akademskih krogih, sem soočil tudi kolegice in kolege iz večine na slovenskem Ustavnem sodišču. Če namreč večina zastopa izključitev tradicionalne doktrine oz. uveljavitev "modernega" pristopa celo na ustavni (ne le zakonodajni) ravni, bi morala pojasniti, kaj točno je nosilni razlog, na podlagi katerega je prišla do takšnega sklepa. Ta nosilni razlog bi moral biti notranje konsistenten. Ena od takšnih konsistentnih rešitev je vključitev tudi vseh prej omenjenih in številnih drugih nekonvencionalnih parov ter skupin v krog tistih, ki jim je dopuščeno skleniti zakonsko zvezo in posvojiti otroke. Druga je morda priznanje, da jedrni argument "modernega" pristopa (da večina in še manj država nista pristojni za izključevanje svobodnih odraslih, ki ne škodujejo tretjim, iz njihove pravice skleniti zakonsko zvezo in posvojiti otroke) ne vzdrži, ker logično vodi predaleč, in da torej tradicionalni pristop, ki zvezi moškega in ženske preko zakonodajne ravni pripisuje poseben pomen (*telos*), do manjšin kot ena od zakonodajalčevih možnosti ni neupravičeno izključujoč prav zaradi posebej utemeljenega *telosa* takšne zveze kot edinega naravnega vira človekovega življenja.

Morda obstaja tudi tretja pot, takšna, ki uspe prepričljivo obrazložiti, zakaj so na ustavni ravni izmed raznovrstnih manjših *zgoj* istospolni pari tisti, pri katerih gre za neupravičeno izključitev iz možnosti sklepanja zakonske zveze in posvojitve otrok. Toda potem je to treba nasloviti in obrazložiti, obenem pa pokazati, kako je morda tudi takšna rešitev (ki izključuje ostale manjšine svobodnih odraslih, ki ne škodujejo tretjim bolj kot skupine konvencionalnih parov) vseeno notranje konsistentna z jedrnim argumentov "modernega" pristopa.

Težava je v tem, da večina nobenega od teh, za naše vprašanje odločilnih izzivov ni niti naslovila, niti ni nanje poskusila odgovoriti ob razpravi.³ S tem zaenkrat ni uspela izkazati, da njena odločitev temelji na golem razumsko-logičnem temelju (ustavno korektnem nosilnem razlogu), kot bi morala, in ne morda le na modernem stereotipu, ki bi bil močnejši od zavezanosti pravni argumentaciji.

Sam sem, vsaj ob tako izvotljeni obrazložitvi večine, bolj zadržan. V takšnih okoliščinah (ko interaktivni diskurz z odločilnimi argumenti ni bil vzpostavljen)

³ Ustavnopravno je vprašanje težko in zagonetno, a to seveda ni razlog, da bi si odgovor nanj lahko dovolili poenostavljati. Prav tako razlog za nenaslavljanje ključnih vprašanj oz. argumentativnih izzivov ne more biti sklicevanje na to, da nekatera druga sodišča po svetu, ki so odločila v prid pravici istospolnih do sklenitve zakonske zveze in posvojitve, zagonetke v njenem jedru tudi še niso naslovila in je razrešila. Kdor argumentira in odloča *zgoj* na podlagi razuma in logike, ga bo izziv nekonsistentnosti vselej nagovoril in vznemirjal. Ne bo ga nehal naslavljanje in takšen zasledovalec resnice ne bo nehal iskati morebitnih odgovorov nanj ali vsaj delnega napredka v smer razrešitve. Res pa je, da sta globina in predanost argumentaciji bistveno bolj izraziti v mednarodnih akademskih krogih naše stroke, manj intenzivna pa na visokih sodiščih, ki so do danes o tej temi odločala. Toliko lahko zapišem na podlagi svojih izkušenj, ko sem izzive te zagonetke po eni strani spremljal v okviru svojega preteklega akademskega delovanja v tujini, nato pa se o njih posvetoval še v medsodniškem dialogu, ob bilateralnih srečanjih s kolegicami in kolegi z nekaterih vodilnih tujih ustavnih in vrhovnih sodišč.

zagonetko o tem, kateri od pristopov (tradicionalni, moderni ali morda oba) temelji na stereotipu in kateri od teh, ali katera druga različica, zgolj na razumsko-logičnem in notranje konsistentnem temelju (edinem ustavno korektnem nosilnem razlogu), zaenkrat puščam odprto. Obrazložitev odločbe dilem, o katerih je v resnici odločala, ni niti odprla.

Dr. Dr. Klemen Jaklič
(Oxford ZK, Harvard ZDA), l.r.
Sodnik