



Številka: U-I-91/21-21
Up-675/19-34
Datum: 1. 7. 2022

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DR. ROKA SVETLIČA K ODLOČBI
ŠT. U-I-91/21, Up-675/19-34 Z DNE 16. 6. 2022**

1. Gre za odločbo s kompleksno zgradbo, ki vključuje niz argumentativnih korakov. Da bi obrazložitev lahko podprla izrek, morajo biti veljavni prav vsi koraki. Le en neveljaven korak povzroči neveljavnost celotne utemeljitve.

2. Po mojem mnenju ima odločba nepremostljivo težavo že na ravni "vstopnih pogojev" za sam začetek presojanja morebitne kršitve prvega odstavka 14. člena Ustave. Opredeliti je namreč treba, glede katere (človekove) pravice naj bi prišlo do neenake obravnave pobudnikov. Pravica iz prvega odstavka 14. člena Ustave je namreč človekova pravica drugega reda: pravica do enake dostopnosti neke *druge* človekove pravice. Če gre za neenak dostop do pravnega položaja, ki ni človekova pravica, ni mogoče govoriti o kršitvi 14. člena Ustave.

3. Ne obstaja nekaj takega, kot je pravica do posvojitve. To zapiše tudi odločba: "Drži, kot meni Vlada, da pravica posvojiti otroka ni človekova pravica oziroma temeljna svoboščina." (38. točka obrazložitve). Za kršitev v zvezi s katero pravico potlej gre?

4. Drži, da je "Ustavno sodišče domet prvega odstavka 14. člena Ustave razširilo, s tem ko je (po vzoru ESČP pri razlagi 14. člena EKČP) zavzelo pristop, po katerem se za obravnavo na podlagi te ustavne določbe ne zahteva predhoden izkaz posega v določeno človekovo pravico oziroma temeljno svoboščino, ampak za obravnavo z vidika ustavne prepovedi diskriminacijskega obravnavanja zadošča že obstoj določene povezave s človekovo pravico." (36. točka obrazložitve). V zvezi s tem odločba primeroma navaja odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-146/07, št. U-I-425/06 in št. U-I-146/12, ki vse temeljijo na opustitvi anciljarne doktrine, po kateri je bilo za uspešno uveljavljanje kršitve (14. člena EKČP ali 14. člena Ustave) potrebno *izkazati* kršitev neke druge človekove pravice.

5. Toda to, da ni več potrebno izkazati "posega v določeno človekovo pravico" (36. točka obrazložitve), še ne pomeni, da ni treba izkazati *ničesar*. Vseeno je potrebno domnevno kršitev prvega odstavka 14. člena Ustave vsaj umestiti na horizont neke človekove pravice. Četudi je sedaj pot za uveljavljanje kršitve lažja, saj zadostuje zgolj "obstoj določene povezave s človekovo pravico" (36. točka obrazložitve) ali, kot beremo v 6. opombi odločbe št. U-I-146/07, "zadošča, da je dejanski stan primera mogoče subsumirati pod drugo konvencijsko določbo oziroma določbo njenih protokolov", mora biti povezava z neko *pravico* vseeno izkazana.

6. Katere so te druge (konvencijske ali ustavne) pravice, je namreč v primeru navedenih odločb popolnoma jasno: v odločbi št. U-I-146/07 gre za pravice slepih in slabovidnih oseb do dostopa do sodnih pisanj ter do pisnih vlog strank in drugih udeležencev v postopku v zanje zaznavni obliki, v odločbi št. U-I-425/06 za pravico do dedovanja, v odločbi št. U-I-146/12 pa za svobodo dela.

7. Na katero človekovo pravico se nanaša domnevna kršitev 14. člena Ustave v tem primeru? To je povsem formalno in tehnično vprašanje, ki se nahaja tostran (morebitne) svetovnonazorske osvetlitve neke pravice.

8. Odločba napoti na tretji odstavek 53 člena Ustave, ki se glasi: "Država varuje družino, materinstvo, očetovstvo, otroke in mladino ter ustvarja za to varstvo potrebne razmere." Ne le, da ni razvidno, pod kateri vidik te določbe bi se dalo umestiti možnost posvojitve, če je že mogoče v njej vendarle prepoznati kakršnokoli upoštevnost v tej zadevi, ta ne zadeva položaja pritožnikov, pač pa pravice otrok – "Država varuje (...) otroke in mladino" –, katere v nadaljevanju odločba vključi v strogi test sorazmernosti na *nasprotni strani*. Če že, lahko 53. člen Ustave nastopi le kot potencialni protiargument možnosti posvojitve otrok s strani istospolnih parov.

9. Tudi sklicevanje na 1. člen Protokola št. 12 k EKČP ne more obiti odgovora na vprašanje glede referencialne pravice. Protokol resda pri opredelitvi kršitve enakopravnosti ne zahteva reference na *človekovo pravico*, zadostuje sklicevanje na pravico, določeno (zgolj) z *zakonom*. Toda posvojitve tudi zakonska pravica ni. Pravico do posvojitve ima izključno otrok, pri čemer je vodilo pri uresničevanju te pravice njegova največja korist.

10. Odločba skuša zadrego rešiti tako, da sodelovanje v (nekem) postopku izolira kot *samostojno* pravico, upravičeno do pravnega varstva: "ZZZDR oziroma zdaj veljavni DZ raznospolnima partnerjema sicer res ne dajeta pravice do skupne posvojitve (konkretnega) otroka. Vendar pa jima zagotavljata možnost, da se uvrstita na seznam kandidatov za skupno posvojitve." (42. točka obrazložitve).

11. Izolacija "možnosti uvrstiti se na seznam" – neodvisno od izpolnjevanja pogojev postopka in njegovega smotra – kot pravno varovane dobrine, je pojmovno povsem

nevzdržna. Gre za nesamostojen moment pravnega urejanja, ki se *vselej* pojavi in *per se* ne more uživati samostojnega varstva. Če bi sprejeli kaj takega, bi razpustili regulatorno funkcijo prava kot takega, saj bi s tem podelili pravico 1) vsakomur "uvrstiti se na seznam" v 2) *vsakem* postopku. V našem primeru, da se na "seznam" za posvojitev otrok, poleg istospolnih parov, uvrstijo tudi druge osebe najrazličnejših statusov (samske osebe, dva sorodnika itd.).

12. Treba je sprejeti, da je vsaka regulacija *eo ipso* ločevanje med upravičenci in neupravičenimi (*omnis determinatio est negatio*). Ne gre za takšno ali drugačno *vsebino* prava, to *je* pravo. Z argumentacijo, na kateri temelji odločba, se odpira *bianco* možnost za utemeljevanje protiustavnosti *katerekoli* določbe. Potrebno je le ločevanje, na katerem temelji vsaka regulacija, povezati s svojo osebno okoliščino in to konstelacijo opredeliti kot diskriminacijo.

13. Gotovo ima vsaka doba prioritete etične teme. Danes med te nedvomno spada poprava zgodovinskih krivic, ki so jih bile deležne istospolno usmerjene osebe. Toda plemenitost nekega procesa ne smemo zamenjati z "velikim skokom naprej", v katerem je odgovor podan, preden je bilo postavljeno vprašanje. S tem se namreč tudi (ustavna) presoja konča, preden se je začela.

14. To ne pomeni, da zakonodajalec ne sme sprejeti ureditve, ki bi istospolnim parom omogočala posvojitev. Toda odločitve zakonodajalca ni mogoče obiti z angažmajem Ustavnega sodišča. V zvezi s tem je na mestu opozorilo prof. Grada pred transgresijami Ustavnega sodišča na področje zakonodajalca, objavljeno v nedavni publikaciji Inštituta za ustavno pravo.¹

dr. Rok Svetlič, l.r.
Sodnik

¹ C. Ribičič (ur.), Poslanstvo in delovanje Ustavnega sodišča, Inštitut za ustavno pravo, Ljubljana 2022.