

PRIHODNOST TEMELJNIH PRAVIC V EVROPSKI UNIJI: PRIMER SVOBODE GIBANJA MAVRIČNIH DRUŽIN

Neža Kogovšek Šalamon*

UDK: 349:316.362.34:342.7
342.7:061.1EU

Povzetek: Svoboda gibanja je ena od temeljnih svoboščin prava EU in ena od najpomembnejših pravic, ki izhajajo EU državljanstva. Najpogostejša razloga preselitve EU državljanov v drugo državo članico sta zaposlovanje in delo, za preselitev EU državljana skupaj z družino pa je pomembno vprašanje, koga država gostiteljica šteje za družinskega člana. V primeru mavričnih družin odgovor na to vprašanje ni enostaven.

Gljučne besede: svoboda gibanja – evropsko državljanstvo – združitev družine – temeljne pravice – spolna usmerjenost

THE FUTURE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION: A CASE OF FREEDOM OF MOVEMENT OF RAINBOW FAMILIES

Abstract: Freedom of movement is one of the fundamental freedoms of the EU law and one of the most important rights arising from EU citizenship. The most important reasons for moving into another EU Member State are employment and work, while the most important question for an EU citizenship that intends to move together with their family members is who is considered to be a family member according to the law of the host state. In case of rainbow families the answer to this question is far from simple.

Keywords: freedom of movement – European citizenship – family reunification – fundamental rights – sexual orientation

* Neža Kogovšek Šalamon, doktorica pravnih znanosti, direktorica in raziskovalka na Mirovnem inštitutu

Neza.Kogovsek@mirovni-institut.si

Neža Kogovšek Šalamon, PhD, researcher and director at the Peace Institute

1. SVOBODA GIBANJA – KONCEPTI IN PRAVNI VIRI

Svoboda gibanja državljanov Evropske unije (EU), svoboščina, vpeljana v pravo EU pred petdesetimi leti, velja za eno od štirih temeljnih pridobitev evropskih integracij in za enega od stebrov enotnega trga, hkrati pa gre za eno ključnih pravic, ki izhajajo iz evropskega državljanstva. Pod enakimi pogoji je priznana vsem državljanom EU in njihovim družinskim članom, v določenem obsegu pa se priznava tudi državljanom tretjih držav, ki zakonito prebivajo v EU. Na ravni prava EU je svoboda gibanja urejena v 21. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), ki določa, da ima vsak državljan EU »pravico prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic ob upoštevanju omejitev in pogojev, določenih s Pogodbama in ukrepi, ki so bili sprejeti za njuno uveljavitev.« Te splošne določbe so podrobneje naslovljene v direktivi 2004/38/ES,¹ ki svobodo gibanja opredeljuje kot unijo pravice zapustiti ozemlje države članice, pravice do vstopa na ozemlje druge države članice, pravice do prebivanja in stalnega prebivanja na ozemlju druge države članice ter pravice do zaščite pred izgonom.

Določbe 45., 49. in 56. člena PDEU pa še posebej urejajo svobodo gibanja delavcev, samozaposlenih in izvajalcev storitev, ki so EU državljani. Pravna podlaga za zagotovitev prostega gibanja delavcev v EU je opredeljena v 45. členu PDEU, bistvo te pravice pa je, da morajo biti zaposlitveni in delovni pogoji državljanom EU zagotovljeni brez diskriminacije na osnovi državljanstva. Pravica prostega gibanja delavcev zajema pravico sprejeti ponujeno delovno mesto, se v ta namen na območju držav članic prosto gibati, bivati v državi članici zaradi zaposlitve skladno z določbami zakonov ali drugih predpisov, ki urejajo zaposlovanje državljanov te države in ostati na ozemlju države članice po prenehanju zaposlitve v tej državi pod pogoji, zajetimi v predpisih (3. odstavek 45. člena PDEU). Zaposlovanje v državni upravi je iz navedene ureditve izključeno. Pogodba vsebuje tudi pravno podlago za sprejem ukrepov, namenjenih spodbujanju prostega gibanja delavcev in odpravi administrativnih ovir (46. člen PDEU). Posebna določba pa je namenjena spodbujanju takšnih ukrepov s področja socialne varnosti, kakršni so potrebno za zagotovitev prostega gibanja delavcev, zlasti s področja seštevanja

¹ Poleg navedene direktive sta za svobodo gibanja pomembni tudi Direktiva 2014/54/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o ukrepih za lažje uresničevanje pravic, podeljenih delavcem v okviru prostega gibanja delavcev (UL L 128, 30. april 2014) in Uredba 492/2011/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. aprila 2011 o prostem gibanju delavcev v Uniji (kodificirano besedilo) (UL L 141, 27. maj 2011), ki pa nista relevantni za ta prispevek.

različnih dob, potrebnih za pridobitev dajatev npr. pokojnine, nadomestila za brezposelnost) in izplačevanja teh dajatev (48. člen PDEU).

Svoboda gibanja samozaposlenih delavcev in delavk je opredeljena v okviru »pravice do ustanavljanja« (right to establish) iz 49. člena PDEU. Po določitih pogodbe pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij, pod predpisanimi pogoji. Tretji vidik svobode gibanja, povezan z zaposlovanjem in delom, pa je povezan z izvajanjem storitev, ki je opredeljeno od 56. člena pogodbe dalje. Po pogodbi se za storitev šteje tista storitev, ki se praviloma izvaja za plačilo in se šteje med dejavnosti industrijskega ali trgovskega značaja, obrtne dejavnosti ali pa dejavnosti samostojnih poklicev (57. člen PDEU).

Statistično gledano je v letu 2013 v drugi državi članici živelo 13,4 milijona ali 2,7 odstotka vseh EU državljanov.² Najpomembnejši razlog za preseljevanje državljanov EU v drugo državo članico je delo, saj je 6,3 odstotka EU državljanov (oziroma polovica vseh tistih, ki so se preselili) zaposlenih v državi članici, ki ni država njihovega državljanstva.³ Ocenjuje se, da so resnične številke višje, saj statistike zajemajo predvsem tiste, ki ostajajo zunaj svojih držav več kot eno leto, ne zajemajo pa tistih, ki dnevno, tedensko ali sezonsko odhajajo na delo v drugo državo članico.⁴

Kot že omenjeno, je pravica do svobode gibanja priznana tudi družinskim članom državljanom EU. Za svobodo gibanja družin je ključno vprašanje, katerim družinskim članom pravo EU omogoča, da spremljajo EU državljana v drugo državo članico ali se mu/ji kasneje pridružijo. Opredelitev družinskih članov je določena v direktivi 2004/38/ES, ki po 2. odstavku 2. člena za družinske člane šteje:

- (a) zakonca;
- (b) partnerja, s katerim je državljan Unije sklenil registrirano partnerstvo na podlagi zakonodaje države članice, če zakonodaja države članice gostiteljice obravnava registrirana partnerstva kot enakovredna zakonski zvezi in v skladu s pogoji, določenimi v ustrezni zakonodaji države članice gostiteljice;

² Eurostat, Population by sex, age group and citizenship [migr_pop1ctz], statistike na dan 18. 12. 2014.

³ Baza podatkov Eurostat, European Union Labour Force Survey, 2013. Glej tudi poročilo Evaluation of the impact of the free movement of EU citizens at local level, januar 2014, http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/dg_just_eva_free_mov_final_report_27.01.14.pdf.

⁴ Prav tam.

- (c) potomce v ravni črti, ki so mlajši od 21 let ali so vzdrževane osebe, in potomce zakonca ali partnerja, opredeljenega v točki (b); in
- (d) vzdrževane prednike v ravni črti in vzdrževane prednike v ravni črti zakonca ali partnerja, opredeljenega v točki (b).

Partnerji v dlje časa trajajoči skupnosti niso vključeni med družinske člane, do katerih imajo države članice enake dolžnosti omogočanja vstopa in prebivanja kot v primeru državljanov EU. Do njih imajo države članice le dolžnost iz 2. odstavka 3. člena te direktive, po kateri jim morajo »olajšati« (facilitate) vstop in prebivanje. K razliki med konceptoma omogočanja vstopa in olajšanja vstopa se vrnemo v nadaljevanju. Opozoriti pa velja še, da so družinski člani študentov definirani drugače in glede na 1. odstavek 7. člena (točka c) vključujejo samo zakonca, registriranega partnerja in otroke, ki sta jih dolžna preživljati, za ostale družinske člane pa velja le dolžnost olajšati vstop.⁵

2. MAVRIČNE DRUŽINE – KONCEPT IN PRAVNI POLOŽAJ

Namen določb, ki podeljujejo družinskim članom enako svobodo gibanja kot državljanom EU, je v tem, da je to svoboščino mogoče polno izvajati le, če se oseba v drugo državo članico lahko preseli skupaj z najbližjimi člani svoje družine, npr. zakoncem, partnerjem in otroki. Samoumevno je, da to velja enako za vse družine, tudi za t.i. mavrične družine. Mavrične družine so tiste družine, v katerih starševski vlogi opravljata dve osebi (ali več oseb) istega spola ali v katerih vsaj en otrok živi s svojim istospolno usmerjenim staršem.⁶ Direktiva 2004/38/ES je torej zanje v celoti relevantna. Različne zakonske ureditve na področju istospolnega partnerstva v državah članicah EU državljanom namreč omogočajo, da imajo zakonske ali registrirane partnerje in partnerice ter biološke in posvojene otroke, ne glede na predpise pa imajo ti lahko tudi partnerje ali partnerice, s katerimi živijo v neregistrirani istospolni življenjski zvezi. Na dan 1. januarja 2015 je sklenitev istospolne zakonske zveze omogočalo devet držav članic (Belgija, Danska, Francija, Luksemburg, Nizozemska, Portugalska, Španija, Švedska in Velika Britanija). Finski zakon, ki bo istospolnim partnerjem omogočal sklenitev zakonske zveze, bo pričel veljati 1. marca 2017, do takrat pa je na Finskem istospolno partnersko

⁵ Guild, Peers, Tomkin: *The EU Citizenship Directive – A Commentary*, 2014, Oxford University Press, str. 30.

⁶ Uhlendorff, Rupp, Euteneue (ur.): *Wellbeing of Families in Future Europe: Challenges for Research and Policy*. Family Platform – Families in Europe, Volume 1, 2011.

skupnost mogoče registrirati. Med naslednjih osem držav, ki omogočajo registrirano partnerstvo dveh oseb istega spola, sodijo Avstrija, Hrvaška, Češka, Nemčija, Madžarska, Irska, Malta in Slovenija, estonski zakon, ki bo omogočil registracijo, pa bo pričel veljati 1. januarja 2016. Do takrat bo Estonija še v skupini desetih držav članic EU, ki istospolnih partnerskih zvez ne priznavajo, te pa so Bolgarija, Ciper, Grčija, Italija, Latvija, Litva, Poljska, Romunija in Slovaška.



Pravno priznavanje istospolnih skupnosti

	Zakonska zveza		Registrirano partnerstvo		Istospolne skupnosti niso pravno priznane
	Belgija		Avstrija		Bolgarija
	Danska		Hrvaška		Ciper
	Francija		Češka		Estonija**
	Luksemburg		Finska*		Grčija
	Nizozemska		Nemčija		Italija
	Portugalska		Madžarska		Latvija
	Španija		Irska		Litva
	Švedska		Malta		Poljska
	Združeno Kraljestvo (Anglija, Wales, Škotska)		Slovenija		Romunija
					Slovaška

* Na Finskem je bil že sprejet zakon, ki dovoljuje sklenitev zakonske zveze osebam istega spola. Veljati bo začel 1. marca 2017.

** V Estoniji je bil že sprejet zakon o registraciji partnerske skupnosti. Veljati bo začel 1. januarja 2016.

(Grafika: Eva Koselj)

Mnogo je področij, ki so pravno relevantna za istospolne družine in uresničevanje njihove svobode gibanja ter za njihov položaj v pravu EU, vendar se bomo zaradi omejenega prostora osredotočili na naslednja vprašanja:

- 1) Ali so zakonci istega spola in registrirani istospolni partnerji EU državljanov priznani kot njihovi družinski člani po pravu EU in po slovenskem pravu? Na kakšen način poteka priznavanje njihovih zvez? Kakšni so učinki priznanja in zavrnitve priznanja?
- 2) Smiselno podobna vprašanja si lahko zastavimo na področju priseljevanja: ali so zakonci istega spola in registrirani partnerji begunca oziroma tujca, ki prebiva v EU, priznani kot njihovi družinski člani po pravu EU in po slovenskem pravu?
- 3) Tretje vprašanje, ki še vedno sodi v sfero družinskih članov, se nanaša na otroke, ki živijo v mavričnih družinah. Lahko gre za biološke otroke, ki jih imata oba partnerja ali eden od partnerjev iz prejšnjih heterospolnih zvez, posvojene otroke ali pa otroke, rojene s pomočjo oploditve z biomedicinsko pomočjo ali nadomestnega materinstva, kjer starševske pravice lahko nastanejo s sodno ali upravno odločbo. Ali so starševske vezi med otroki in starši, ki so bile vzpostavljene v eni državi članici, pravno priznane tudi v drugi državi članici, ki ne omogoča katere od navedenih metod nastanka starševskih pravic?
- 4) Četrto vprašanje, ki ga bomo naslovili, je povezano s pravicami, ki izhajajo iz zaposlovanja in dela (vključno s pokojninami). Zanimalo nas bo, na kakšen način je za te pravice relevantna prepoved diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti in kako so povezane s svobodo gibanja mavričnih družin.

3. PRAVNO PRIZNAVANJE ISTOSPOLNIH ZVEZ

Pravno priznavanje zakonskih in partnerskih zvez ima dva vidika. Po prvem gre za pravno priznavanje zveze same po sebi z namenom vpisa dejstva, da je bila sklenjena zakonska zveza ali civilno partnerstvo, v ustrezno matično knjigo. Tovrstno priznavanje poteka prek priznanja tujih upravnih ali sodnih odločb po določbah mednarodnega zasebnega prava, ki ga tvorijo konvencije, viri prava EU in nacionalne zakonodaje posameznih držav članic. Način priznanja v Sloveniji je odvisen od več dejavnikov. Priznanje poročnih listin je odvisno od tega, v kateri državi je bila zakonska zveza sklenjena. Če je bila sklenjena v

državi, ki je ratificirala Haaško Konvencijo o odpravi potrebe legalizacije tujih javnih listin,⁷ se listina avtomatsko prizna in se na njeni podlagi dejstvo zakonske zveze neposredno vpiše v slovensko matično knjigo. Če pa je bila sklenjena v državi, ki ni ratificirala Haaške konvencije, je potrebno listino mednarodno overiti. Vendar vse navedeno neizpodbitno velja le za istospolne zakonske zveze. Ostaja namreč nejasno, ali bi priznanje istospolne zakonske zveze potekalo na enak način.

Pogosto pa gre za primere, ko pravno priznanje zveze same po sebi ni potrebno, je pa pogoj za uresničevanje pravice, ki je odvisna od obstoja te zveze. Primer za to je prav pravica vstopa družinskega člana EU državljana v drugo državo članico. Zakoncu ali registriranemu partnerju EU državljana, ki želi vstopiti v drugo državo članico EU in prebivati v njej skupaj z EU državljanom, ni treba izvesti postopka priznavanja zveze, preden prijavi svoje prebivališče oziroma preden zaprosi za dovoljenje za prebivanje. Priznanje njegove ali njene zveze je navadno del postopka (nekakšno predhodno vprašanje) za izdajo dovoljenja za prebivanje. Ali države registrirana partnerstva, sklenjena v drugih državah članicah priznavajo ali ne, je po navadi odvisno od tega, ali same omogočajo sklenitev registriranega partnerstva. Do najtežjih situacij torej lahko pride v državah, ki istospolnih partnerskih zvez sploh ne priznavajo.⁸

Za to vprašanje so v Sloveniji relevantne določbe Zakona o tujcih (ZTuj-2),⁹ ki urejajo področje vstopa in prebivanja državljanov EU in njihovih družinskih članov ter družinskih članov slovenskih državljanov. Slovenija je v tem zakonu status družinskega člana priznala zakoncu, registriranemu partnerju in tudi partnerju, s katerim državljan EU živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti (127. člen ZTuj-2). Vprašanje, ki je odprto za interpretacijo, je, ali »zakonec« pomeni le zakonca nasprotnega spola ali pa vključuje tudi zakonca istega spola. Po besedni razlagi je termin nevtralen in lahko pomeni kateregakoli zakonca, ne glede na spol. Temu pritrjuje razvojna razlaga, po kateri je treba upoštevati, da v EU obstaja že devet držav (oziroma deset, če upoštevamo še Finsko), ki poznajo tudi istospolno zakonsko zvezo. Po sistemski razlagi pa bi bilo možno tudi tolmačenje, da v Sloveniji beseda »zakonec« pomeni le zakonca nasprotnega spola, saj slovenska zakonodaja ne dovoljuje sklenitve zakonske zveze. Slednje je skladno z namenom evropskega zakonodajalca, ki vsekakor ni bil v tem, da države

⁷ Ur. l. FLRJ – MP, št. 10/62.

⁸ Toner: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004, str. 45.

⁹ Ur. l. RS, št. 50/11 (57/11 – popr.) in nasl.

članice prisili istospolne zakonce priznati kot zakonce, če tega glede na svojo zakonodajo ne želijo.¹⁰ Ta argument bi lahko bil podkrepjen tudi z dejstvom, da registrirani partnerji v ZTuj-2 vključeni prav z namenom pravnega priznavanja uradno potrjenih istospolnih zvez. Možno je torej, da bo upravni organ istospolnima zakoncema, ki sta zakonsko zvezo sklenila v drugi državi, priznal civilni status nižje kategorije, kar registrirano partnerstvo nedvomno je, saj iz njega izhaja manj pravic kot iz zakonske zveze. Popolnoma nedvoumnega odgovora na to vprašanje še ni, saj po dostopnih podatkih slovenski upravni organi tovrstne prošnje še niso obravnavali. Z vidika prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti v 14. členu Ustave¹¹ in Zakonu o uresničevanju načela enakega obravnavanja¹² bi bilo sicer težko utemeljiti izključevanje istospolnih zakoncev iz pravnega priznanja njihove zveze kot zakonske zveze. Poleg tega je glede na to, da številne države članice istospolno zakonsko zvezo že omogočajo, z vidika spodbujanja in olajševanja svobode gibanja pomembno zagotoviti, da bo civilni status EU državljanov v državi članici gostiteljici priznani z enako kategorijo civilnega statusa kot v državi sklenitve zakonske zveze. Navedeno sicer lahko povzroči obrnjeno diskriminacijo (reverse discrimination),¹³ kar pomeni, da bi imeli zakonci istega spola, ki bi zakonsko zvezo sklenili v drug državi, posledično v Sloveniji več pravic kot registrirani partnerji, ki so partnerstvo sklenili v Sloveniji. Kljub temu pa je od obeh možnih pristopov slednji, ki zakoncem priznava izvorni civilni status zakoncev, z vidika svobode gibanja mnogo primernejši, saj svoboda gibanja spodbuja, medtem ko razvrednotenje zakonske zveze na registrirano partnerstvo predstavlja oviro za svobodo gibanja.

Pri priznavanju registriranega partnerstva, sklenjenega v drugi državi članici, teh dilem ni, vsaj ne v slovenskem pravnem prostoru. ZTuj-2 med družinske člane nedvomno vključuje tudi registrirane partnerje, ki so bili kot kategorija dodani prav z namenom upoštevatih tudi istospolne zveze, še zlasti zato, ker je v osmih državah članicah EU registrirano partnerstvo edina možnost za legalizacijo istospolne zveze. Te primere izrecno ureja 10. člen Pravilnika o registraciji istospolnih partnerskih skupnosti,¹⁴ ki v 5. odstavku določa, da se »[v] tujini sklenjena ali registrirana istospolna partnerska skupnost [...] vpiše v matični register na podlagi tuje javne listine, ki dokazuje, da je bila partnerska skupnost sklenjena ali

¹⁰ Guild in drugi, nav. delo, str. 36.

¹¹ Ur. l. RS, št. 33/91-I in nasl.

¹² Uradno prečiščeno besedilo, Ur. l. RS, št. 93/07.

¹³ Svet, Common Position 6/2004, [2004] OJ C 54 E/12.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 55/06 in nasl.

registrirana.« Določba torej ne razlikuje med partnerskimi zvezami, sklenjenimi znotraj EU ali zunaj nje, kar je primeren pristop, ki ne ustvarja diskriminacije na osnovi državljanstva. Problematično pa je, da v pravilniku ni zaslediti podobne določbe, ki bi urejala vpis istospolne zakonske zveze, s čimer bi odpravila tudi dileme na tem področju.

Odrto ostaja tudi vprašanje, ali bi slovenski upravni organi dovolili prebivanje tudi osebi, ki z EU državljanom ali slovenskim državljanom živi v dlje časa trajajoči življenjski skupnosti (življenjskemu partnerju ali partnerici). Odgovor na to vprašanje je bolj enoznačen kot za zakonca. Življenjsko partnerstvo namreč v državah članicah EU, ki ne omogočajo pravnega priznanja zveze, edina možnost za družinsko življenje, poleg tega pa za to ne obstaja alternativa ali posebna kategorija, kot je registrirano partnerstvo. Edini možen zaključek je torej, da bi moral upravni organ omogočiti vstop in prebivanje tudi življenjskemu partnerju EU državljana ali slovenskega državljana, brez diskriminacije na podlagi spola in spolne usmerjenosti, ki je prepovedana tako po ustavi kot tudi po Zakonu o uresničevanju načela enakega obravnavanja.

Na ravni EU so odgovori še malo bolj zapleteni. Tudi direktiva 2004/38/ES, ki med družinske člane s priznano svobodo gibanja umešča zakonce, ne določa podrobneje, ali se pojem »zakonec« nanaša tudi na zakonca istega spola.¹⁵ V zakonodajnem postopku je Evropski parlament predlagal, da naj koncept zakonske zveze izrecno vključuje tudi istospolne zakonske zveze, vendar je Evropska komisija predlog zavrnila z obrazložitvijo, da Direktiva ne sme držav članic prisiliti k dopolnjevanju predpisov s področja družinskega prava kot področja, ki ne sodi v pristojnost prava EU. Komisija je vztrajala, da je navedena rešitev (brez izrecne omembe zakoncev istega spola) še vedno ustrezna, saj spoštuje prepoved diskriminacije na osnovi državljanstva in zavezuje države članice, da državljanke EU obravnavajo »enako kot svoje državljanke«, hkrati pa ta rešitev »omogoča spremembe v interpretacijah v luči razvoja družinskega prava v državah članicah«.¹⁶ Svet predloga Evropskega parlamenta ni sprejel z obrazložitvijo, da sta dostop do zakonske zveze za pare istega spola v času sprejemanja direktive omogočali samo dve državi članici.¹⁷

¹⁵ Prav tako ne navaja, ali v postopkih priznavanja obstaja kakšna razlika med zakonci, ki so zakonsko zvezo sklenili znotraj ali zunaj EU. Glede na to, da posebnih določb na to temo v direktivi ni, diskriminacija na osnovi države sklenitve zakonske zveze ne bi smela biti dopustna.

¹⁶ COM(2003) 199. Glej tudi Guild in drugi, nav. delo, str. 32.

¹⁷ Svet, Common Position 6/2004, [2004] OJ C 54 E/12.

Na sodišče EU še ni bilo naslovljeno vprašanje, ali bi morala biti istospolna zakonska zveza, sklenjena v eni državi članici EU, priznana v drugi.¹⁸ Sodišče EU je v eni svojih sodb sicer zapisalo, da zakonska zveza pomeni zvezo med moškim in žensko, vendar, kot so podčrtali Guild in drugi, gre za sodbo iz leta 2001, preden je vrsta držav članic zakonsko zvezo odprla tudi za osebi istega spola, poleg tega pa gre za zadevo s področja zaposlovanja v institucijah EU in ne za vprašanje svobode gibanja in vzajemnega priznanja civilnih statusov med državami članicami EU.¹⁹ Rijpma in Koffeman opozarjata, da bi morebiten negativen odgovor sodišča pomenil, da bi istospolni zakonci v okviru prava EU ostali brez pravnega priznanja svojih zakonskih zvez, če pa bi bil odgovor v izključni pristojnosti držav članic, bi s tem pomembno število parov ostalo brez možnosti pravnega priznanja svojih zakonskih zvez.²⁰ Kot opozarjajo Guild in drugi, bi morale istospolnega zakonca kot »zakonca« v pomenu Direktive zagotovo priznati vse tiste države članice, ki tudi same omogočajo sklenitev zakonske zveze za osebi istega spola.²¹

Na področju pravnega priznavanja istospolnih registriranih partnerstev je položaj še nekoliko manj jasen. Kot izhaja iz direktive 2004/38/ES, je za pravno priznanje treba razjasniti več vprašanj. Prvo je, ali v državi članici gostiteljici obstaja možnost skleniti partnerstvo, drugo pa je, ali je tako partnerstvo mogoče šteti kot enakovredno zakonski zvezi. Pojem »enakovrednosti zakonski zvezi« je nejasen, saj še ni opredeljeno, ali mora registrirano partnerstvo nuditi vse tiste ugodnosti, ki jih nudi zakonska zveza, da bi bilo enakovredno, ali pa določene ugodnosti lahko manjkajo. Iz primera Maruko²² (ki ga omenjamo tudi v nadaljevanju), je jasno le, da ni potrebno, da sta statusa identična, ampak morata biti primerljiva.²³ Če kateri od pogojev za priznanje partnerstva ni izpolnjen, bi bila zveza lahko upoštevana vsaj kot življenjska skupnost v skladu z 2. odstavkom 3. člena direktive.²⁴ Kakršnakoli zavrnitev bi morala biti skladna z načelom sorazmernosti, vsekakor pa bi se morale države izogibati nepriznavanju registri-

¹⁸ Rijpma in Koffeman: Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, v: Gallo D. in drugi (ur): Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Springer-Verlag, 2014, str. 470.

¹⁹ Guild in drugi, nav. delo, str. 35.

²⁰ Rijpma in Koffeman, nav. delo, str. 475.

²¹ Guild in drugi, nav. delo, str. 35.

²² Sodišče EU, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

²³ *Ibid.*, 41.

²⁴ Guild in drugi, nav. delo, str. 40.

ranega partnerstva, saj bi s tem lahko oteževale svobodo gibanja; kot menijo Guild in drugi, bi bili ti državljani EU zaradi zavrnitve na slabšem, kot če bi že od začetka ostali doma.²⁵ To vprašanje bodo morala razrešiti nacionalna sodišča v tistih državah, ki so določbo prava EU prenesle dobesedno (Slovenije ni med njimi). Sodišča bodo morala razrešiti tudi vprašanje, ali bo par, ki se bo preselil v državo z močnejšim partnerskim zakonom (strong partnership law, t.j. zakon, ki partnerjem omogoča širok nabor pravic), obdržal širši nabor pravic tudi ko se bo vrnil v državo članico s šibkejšim partnerskim zakonom (weak partnership law). In obratno, bo par, ki se bo registriral v državi z močnejšim partnerskim zakonom ter se nato preselil v državo s šibkejšim partnerskim zakonom, izgubil del pravic in s tem izkusil razvrednotenje svojega partnerstva, do česar bi lahko prišlo v Sloveniji? Direktiva 2004/38/ES tudi ne vsebuje napotil, ali naj bodo pari, ki so sklenili svoje partnerske skupnosti zunaj EU, obravnavani drugače od parov, ki so jih sklenili v EU.

Prav tako ni razjasnjeno vprašanje, ali je država članica, ki ne omogoča istospolnih porok, omogoča pa registrirana partnerstva, ki so enakovredna zakonski zvezi, po pravu EU dolžna (ali upravičena) obravnavati istospolne zakonce kot registrirane partnerje. Če ne, bi jih morala obravnavati vsaj kot življenjske partnerje, vendar pa imajo v tem primeru države le dolžnost olajšati (facilitate), ne pa tudi omogočiti vstop in prebivanje. To povzroča novo težavo, ki smo jo že nakazali v začetku prispevka: ni povsem jasno, kaj olajšati vstop in prebivanje pomeni, vsekakor pa to ne nalaga kakšnih posebej strogih dolžnosti državam članicam. Olajšanje vstopa bi lahko pomenilo npr. dolžnost podrobno preučiti osebne okoliščine partnerjev (npr. trajnost njune zveze, finančna ali fizična odvisnost, otroci, obstoj skupnega bančnega računa itd.) in utemeljiti zavrnitev vstopa ali prebivanja.²⁶ Neobrazložena zavrnitev vstopa ali prebivanja življenjskega partnerja bi vsekakor kršila direktivo. To vprašanje je za istospolne partnerje izjemno pomembno, saj bi jih vse tiste države, ki ne omogočajo istospolnih porok in registriranih partnerstev, morale šteti vsaj za življenjske partnerje in je torej zanje to edina možnost, da se jih sploh šteje kot družinske člane. Zaradi nejasnosti je bila dolžnost olajšati vstop že kritizirana.²⁷ Omogoča preveč maneverskega prostora, zaradi katerega so pristojnosti držav članic za zavrnitev vstopa ali prebivanja

²⁵ Ibid, str. 40 in 42.

²⁶ Rijpma in Koffeman, nav. delo, str. 474.

²⁷ Sodišče EU, *Secretary of State for the Home Department proti Rahmanu*, C-83/11. Pojem je kritiziran tudi v literaturi. Glej npr. Toner, nav. delo, str. 51.

zelo široke. Če je priznanje zveze popolnoma odvisno od države članice, je lahko svoboda gibanja mavričnih družin resno omejena. Države bi morale priznati registrirane partnerje kot družinske člane vsaj takrat, ko priznavajo registrirana partnerstva, sklenjena v tretjih državah, ali ko zakonske zveze, sklenjen v tretjih državah, priznavajo kot registrirana partnerstva.²⁸

Priznanje zvez je potrebno ne le zaradi zagotavljanja svobode gibanja ne glede na spol partnerjev, temveč tudi zaradi spoštovanja pravice do družinskega življenja, varovane z 8. členom Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). Dejstvo, da istospolni partnerji uživajo to pravico, je ESČP potrdilo v primeru *Schalk in Kopf proti Avstriji*,²⁹ svoje stališče pa je ponovilo še v primeru *Vallianatos in drugi proti Grčiji*.³⁰ Nadalje je spoštovanje te pravice potrebno zaradi prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti, opredeljene v 21 (1) členu Listine temeljnih pravic. Priznanje istospolnih zvez je tudi v skladu z načelom vzajemnega priznavanja odločb v EU. Medtem ko države članice morada niso dolžne priznavati istospolnih zvez v povsem internih situacijah, je položaj drugačen v primerih istospolnih partnerjev z državljanstvom EU, ki so se priselili iz drugih držav članic. Nepriznavanje v takšnih primerih bi lahko vodilo do kršitve prava EU, meni Tryfonidou.³¹

Pri priznavanju osebe kot družinskega člana – zakonca, registriranega partnerja ali življenjskega partnerja – gre dejansko za priznanje civilnega statusa osebe. Evropska komisija je priznanje civilnega statusa, pridobljenega v drugi državi članici, že prepoznala kot pomembno vprašanje in na to temo izdala Zeleno knjigo z naslovom Manj birokracije za državljane: Promocija svobode gibanja javnih listin in priznanje učinkov registrov civilnih statusov (2010).³² Ugotovila je, da se državljani pri priznavanju svojih pravnih statusov v drugih državah članicah srečujejo z mnogimi formalnimi ovirami in morajo odgovarjati na mnoga specifična vprašanja, pri čemer so odgovori nanje velikokrat nejasni. To še posebej velja

²⁸ Toner, nav. delo, str. 40.

²⁹ ESČP, *Schalk in Kopf proti Avstriji*, pritožba št. 30141/04.

³⁰ ESČP, *Vallianatos in drugi proti Grčiji*, pritožba št. 29381/09 in 32684/09.

³¹ Tryfonidou: EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition, prispevek predstavljen na konferenci Rights on the Move, 16.-17. oktobra 2014, str. 5.

³² Evropska komisija, Green Paper Less bureaucracy for citizens: Promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records (COM(2010)747), dostopna na <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:EN:PDF>> (17. 1. 2015).

za istospolne pare in njihove družine, čemur botrujejo velike razlike v pravnih ureditvah posameznih držav. Predlagala je več ukrepov, kot na primer okrepljeno sodelovanje med upravnimi organi, samodejno priznavanje civilnih statusov in harmonizacijo pravnih pravil z namenom izogibanja konfliktom norm.³³ Glede na številna odklonilna stališča držav članic do zamisli o samodejnem priznavanju civilnih statusov³⁴ je videti, da bodo spremembe na tem področju zelo počasne in postopne. Če je vzajemno pravno priznavanje problem že na splošno, lahko sklepamo, da bo še bolj problematično, kadar bo zadevalo istospolne partnerje, glede na vztrajno zavračanje nekaterih držav, da bi pravno priznale istospolne zveze na kakršenkoli način.

4. PRISELJEVANJE

Pravo EU državljanom tretjih držav ne priznava svobode gibanja v enaki meri kot državljanom EU. Če se želijo priseliti v eno od držav članic EU, morajo uporabiti eno od možnosti, ki so predvidene za zakonito priseljevanje, med katerimi je tudi združevanje družine. Istospolni partnerji, ki so državljani tretje države in se želijo priseliti v državo članico EU, se pri priznavanju svojega civilnega statusa z namenom združevanja družine soočajo s podobnimi težavami kot državljani EU pri uresničevanju svobode gibanja. Ker mnoge države zunaj EU pravno priznavajo istospolne partnerske zveze bodisi v obliki zakonske zveze bodisi v obliki registriranega partnerstva, se znova pojavi vprašanje, ali se za družinskega člana štejejo zakonec istega spola, registrirani ali življenjski partner istega spola. To je še posebej pomembno zato, ker državljani tretjih držav ne uživajo svoje lastne neodvisne pravice do svobode gibanja kot državljani EU.

Na ravni prava EU so družinski člani, ki imajo pravico, da se pri priselitvi v Evropsko unijo pridružijo državljanu tretje države (sponzorju), opredeljeni v 4. členu Direktive o pravici do združitve družine.³⁵ Ta med družinske člane vključuje »zakonca«, vendar enako kot Direktiva 2004/38/ES ne opredeli, ali ta beseda vključuje tudi zakonca istega spola. O tem tudi še ni odločalo sodišče EU.

³³ Evropska komisija, nav. delo, odstavek 3.3.

³⁴ Odzivi so dostopni na <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm> (17. 1. 2015).

³⁵ Direktiva sveta 2003/86/ES z dne 22. septembra 2003 o pravici do združitve družine, OJ L 251/12.

V zvezi z registriranimi partnerji Direktiva o pravici do združitve družine državam članicam ne nalaga obveznosti, da dovolijo vstop. V skladu s 3. odstavkom 4. člena direktive se države članice namreč lahko odločijo, ali bodo med družinske člane, ki jim morajo dovoliti vstop, vključile registrirane partnerje. Če se odločijo, da bodo dovolile vstop registriranim partnerjem, se pojavi enaka dilema kot pri EU državljanih, še zlasti, ali bodo registrirani partnerji v državi, katere zakonodaja je šibkejša od zakonodaje v njihovi domači državi, izkusili razvrednotenje svojega civilnega statusa – torej, ali jim bodo priznane le tiste pravice, ki jih registriranim partnerjem priznava država gostiteljica, ne pa tudi pravice, ki jih priznava država, v kateri so sklenili registrirano partnerstvo.

Direktiva o pravici do združitve družine državam tudi glede vstopa in prebivanja življenjskih partnerjev ne nalaga dolžnosti omogočanja kot tudi ne dolžnosti olajšanja vstopa in prebivanja, kot to ureja Direktiva 2004/38/ES. Na tej točki se direktivi bistveno razlikujeta in primerjava pokaže, da je življenjskim partnerjem državljanov tretjih držav zagotovljena bistveno šibkejša zaščita – oziroma zaščite sploh ni. Poraja se vprašanje, ali je takšna odsotnost možnosti skladna z načelom sorazmernosti in ne nazadnje, ali je poštena v razmerju do državljanov tretjih držav in njihovih družin. Če se država članica kljub tej odsotnosti obveznosti po direktivi odloči, da bo dovolila vstop življenjskim partnerjem, se znova pojavi vprašanje, kako bodo ti obravnavani v primerjavi z registriranimi partnerji. Zanimivo je tudi vprašanje v zvezi z drugostopenjskim priznavanjem – ali priznanje civilnega statusa družinskega člana državljana tretje države v eni državi članici pomeni samodejno priznanje tudi v katerikoli drugi državi članici? Ali se lahko ena država odloči tako, druga drugače? Vprašanje v pravu EU ostaja nenaslovljeno.

Presenetljivo je slovenski zakonodajalec tudi na tem področju sprejel bolj liberalno ureditev od tiste, ki mu jo nalaga pravo EU. Med družinske člane sponzorja (tj. državljana tretje države, ki uživa pravico do združitve družine) je namreč vključil zakonca, registriranega partnerja in partnerja, s katerim tujec živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti (3. odstavek 47. člena ZTuj-2), čeprav slednjih dveh sploh ni bil dolžan vključiti. Zanje lahko sponzor pod enakimi pogoji uveljavlja pravico združitve družine, brez razlikovanja glede na vrsto njihovega civilnega statusa, ob upoštevanju drugih pogojev, določenih v zakonu. Dileme pa so popolnoma enake kot v primeru EU državljanov: nejasno je, ali zakonec pomeni tudi istospolnega zakonca in ali življenjski partner vključuje tudi istospolnega življenjskega partnerja. Odgovor bi moral biti z vidika spodbujanja svobode gibanja v obeh primerih pozitiven.

5. PRIZNAVANJE STARŠEVSKIH VEZI

Kot je znano, EU ni pristojna za urejanje vprašanj, ki sodijo v sfero družinskega prava. Slednje je še vedno v izključni pristojnosti držav članic. V skladu s 81. členom PDEU se tudi za sprejemanje ukrepov s področja družinskega prava, ki imajo čezmejnne učinke, zahteva soglasje vseh držav članic. V družinsko pravo sodijo tudi posvojitve³⁶ in dostop do oploditve z biomedicinsko pomočjo. Na ti dve področji pravo EU ne vpliva, relevantno pa je za priznavanje tujih sodnih in upravnih odločb, s katerimi so starševske pravice bodisi priznane bodisi se z njimi potrjuje nastanek starševskih pravic.

V pravo EU še ne obstajajo viri, ki bi urejali izključno vprašanje priznavanja odločb o posvojitvi med državami članicami. Na ravni mednarodnega prava je posvojitvev predmet spremenjene Evropske konvencije o posvojitvi otrok.³⁷ Določba 7. člena te konvencije, ki naslavlja pogoje za posvojitelje, omogoča državam, da dovolijo skupne posvojitve istospolnim zakoncem, registriranim partnerjem in partnerjem, ki živijo skupaj v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti. Določba je odraz dejstva, da nekatere države tovrstne posvojitve že omogočajo.

Mednarodna posvojitvev, ki lahko vključuje tudi države članice EU, je urejena s Konvencijo o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah,³⁸ ki so jo ratificirale vse države članice EU, tudi Slovenija. Konvencija je torej relevantna za vse posvojitve, skupne ali enostranske, s strani istospolnih partnerjev (poročenih, registriranih ali neregistriranih), ki niso državljani države, v katerih je bila posvojitvev izvedena. Priznanje odločb o posvojitvi v takih primerih torej ureja mednarodno pravo in ne pravo EU. Primeri postanejo relevantni za pravo EU, kadar posvojitelji uresničujejo svobodo gibanja. Kot izhaja iz pojasnjevalnega poročila h konvenciji,³⁹ se konvencija uporablja tudi za posvojitve s strani istospolnih parov. Priznanje odločbe o posvojitvi se lahko zavrne le, če je posvojitvev očitno

³⁶ Glede enostranske posvojitve (*second-parent adoption*) je jasno, da morajo biti istospolnim življenjskim partnerjem dovoljene v tistih državah članicah Sveta Evrope, ki omogočajo enostranske posvojitve neporočenim parom različnega spola (zunajzakonskim partnerjem). To je v svoji sodbi v zadevi *X in drugi proti Avstriji* potrdilo ESČP. Glej ESČP, *X in drugi proti Avstriji*, pritožba št. 19010/07.

³⁷ Evropska konvencija o posvojitvi otrok (spremenjena), Strasbourg, 24.04.1967.

³⁸ Ur. l. RS, št. 14/99 – MP.

³⁹ Hague Conference Private International Law, Parra-Aranguren G. (1994), Explanatory report on the convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, odst. 82.

v nasprotju z javnim redom, pri tem pa je treba kot primarno načelo upoštevati korist otroka (24. člen konvencije). Kljub temu, da je treba to načelo razlagati ozko,⁴⁰ besedilo določbe omogoča restriktivne interpretacije, ki bi lahko otežile priznanje odločb o posvojitvi, izdane istospolnim partnerjem. Do podobnih težav lahko pride v primerih enostranskih posvojitvev, izvedenih v eni državi članici, družina pa živi v drugi državi članici. Nepriznanje odločbe o posvojitvi ima lahko negativne učinke na ureditev civilnega statusa otroka, pa tudi na ureditev njegovega ali njenega državljanstva,⁴¹ kar posledično prizadene tudi EU državljanstvo otroka. Vse navedeno je še posebej pomembno z vidika strožjih obveznosti, ki jih državam nalaga Konvencija o otrokovih pravicah, saj slednja najvišje v hierarhiji načel postavlja otrokovo korist.

Vprašanje priznanja odločbe o posvojitvi bi se pojavilo le v primeru, ko civilni status posvojenega otroka še ne bi bil ustrezno zaveden v matični knjigi določene države članice EU. Če bi bil, priznanje odločbe sploh ne bi bilo potrebno, saj bi otrok prejel rojstni list, ta pa ob predložitvi v drugi državi članici ne bi razkril dejstva, da je bil posvojen. V takih primerih priznanje odločbe o posvojitvi za namen urejanja dovoljenja za prebivanje sploh ne bi bilo potrebno.

Podobno kot v primeru priznanja partnerske zveze se lahko priznanje odločbe o posvojitvi izvede na dva načina: prvi je priznanje odločbe same po sebi z namenom vpisa v ustrezni civilni register (matično knjigo), na primer z namenom ureditve otrokovega državljanstva, drugi pa je priznanje odločbe o posvojitvi z namenom uveljavljanja pravice, ki je odvisna od obstoja starševskih vezi (torej v smislu predhodnega vprašanja). Slednji primer je za mavrične družine s posvojenimi otroki, ki izvršujejo svobodo gibanja v EU, zelo pomemben. Direktiva 2004/38/ES namreč med družinske člane, ki imajo pravico do vstopa in prebivanja v drugi državi članici EU, šteje tudi potomce EU državljana ali njegovega partnerja do 21. leta starosti.⁴² Čeprav direktiva tega dejstva izrecno ne omenja, so med potomce vključeni tudi posvojeni otroci, ki imajo v skladu z 11. členom konvencije enake pravice in obveznosti kot posvojiteljevi biološki otroci. Upoštevajoč tako načelo koristi otroka kot tudi prepoved diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti, morajo biti posvojeni otroci na osnovi priznanja odločbe o posvojitvi upoštevani kot družinski člani. Vse navedeno je relevantno tudi za

⁴⁰ Saura: The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, Working paper, Rights on the Move project, str. 33.

⁴¹ Prav tam, str. 23.

⁴² 2. odstavek 2. člena (točke a-d) Direktive 2004/38/ES.

pravila priseljevanja državljanov tretjih držav v EU (ne le za svobodo gibanja EU državljanov), saj je združevanje družine omogočeno tudi (posvojenim in biološkim) otrokom sponzorja in njegovega partnerja.

V Sloveniji doslej težav s priznavanjem odločb o posvojitvi ni bilo zaznati. Znan je primer priznanja sodne odločbe o posvojitvi izdane v ZDA, v katerem je Okrožno sodišče v Ljubljani sodbo priznalo v skladu z določbami Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku,⁴³ priznanje pa je bilo potrjeno tudi na Vrhovnem sodišču republike Slovenije.⁴⁴ Na enak način, kot je bila izvedeno priznanje sodne odločbe o posvojitvi, izvedene v ZDA, bodo pod zakonskimi pogoji priznane tudi morebitne prihodnje sodne odločbe, izdane v državah članicah EU.

Za priznanje starševskih pravic so relevantna tudi vprašanja, povezana z dostopom do oploditve z biomedicinsko pomočjo (OBMP) in nadomestnim materinstvom. Ta vprašanja sodijo na področje zdravja, kjer EU izvaja zgolj koordinacijsko vlogo (glej določbo 2. odstavka 6. člena, točko a, PDEU). Za svobodo gibanja istospolnih parov je lahko relevantna relativno nova Direktiva 2011/24/EU o čezmejnih zdravstvenih storitvah,⁴⁵ ki ureja povračilo plačil za zdravstvene storitve, ki jih v eni državi članici uporabijo državljani druge države članice. Tretji člen (točka a) te direktive opredeljuje zdravstveno varstvo kot "zdravstvene storitve, ki jih za paciente opravljajo zdravstveni delavci, da bi ocenili, ohranili ali obnovili njihovo zdravstveno stanje, vključno z izdajo in zagotovitvijo zdravil in medicinskih pripomočkov ter izdajanjem receptov zanje". Ali ta definicija vključuje OBMP? To je odvisno od razlogov, zaradi katerih se OBMP zagotavlja. Če se zagotavlja zaradi neplodnosti (ki je zdravstveni razlog) in če ima oseba dostop do nje na osnovi zdravstvenega zavarovanja, potem bi moral biti odgovor pozitiven. Da nastopi obveznost povračila plačila pod pogoji iz direktive, mora biti zdravstvena obravnava v drugi državi članici zagotovljena v zdravstvenem sistemu v pacientovi domači državi članici.⁴⁶ Koffeman meni, da OBMP kot zdravstvena dejavnost sodi v definicijo »storitev« iz PDEU, pod pogojem, da gre za »pravno urejeno plačljivo storitev v vsaj eni državi članici EU«. ⁴⁷ Dodaja, da se lahko tudi nadomestno ma-

⁴³ Ur. l. RS, št. 56/99 in 45/08 – Zarbit.

⁴⁴ Več o tem: Kogovšek Šalamon: Je posvojitve, izvedena v tujini, lahko v nasprotju z javnim redom RS?. PP, 29. okt. 2009, leto 28, št. 42, str. 13-15.

⁴⁵ Direktiva 2011/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu, OJ L 88/45.

⁴⁶ Busatta: Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible aslo for LGBT couples?, prispevek na konferenci Rights on the Move, 16.-17. oktober 2014, str.11.

⁴⁷ Koffeman: Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the

terinstvo šteje kot storitev.⁴⁸ S tega vidika lahko tako OBMP kot tudi nadomestno materinstvo, če sta plačljiva, sodita pod pristojnost prava EU. To pa ne pomeni, da ima EU kakršnokoli pristojnost širiti dostop do OBMP in nadomestno materinstvo znotraj držav članic na skupine, ki so zdaj izključene. V skladu s točko 7 v preambuli direktive namreč nobena določba iz direktive ne sme biti tolmačena na način, ki bi spodkopaval temeljna etična načela posamezne države članice.

Priznavanje javnih listin in sodnih odločb na področju OBMP in nadomestnega materinstva pa je področje, ki sodi v pristojnost prava EU. Listine, relevantne za ta prispevek, so rojstni listi otrok, rojenih z OBMP ali nadomestnim materinstvom, na katerih sta istospolna partnerja navedena kot pravno priznana starša, sodne odločbe, ki podeljujejo starševske pravice v razmerju do otrok, rojenih prek nadomestnega materinstva, ali odločbe o enostranski posvojitvi, izdane partnerju ali partnerici otrokovega biološkega starša. Težave, ki pri tem nastajajo, so bile že pojasnjene v prejšnjem razdelku na temo posvojitve, do zapletov pa lahko pride tudi pri izdaji potnega lista v eni državi članici EU za otroka, ki je bil rojen prek OBMP ali nadomestnega materinstva v drugi državi članici.⁴⁹ To je še posebej pomembno zato, ker na osnovi priznanih javnih listin otroci dostopajo do mnogih socialnih in ekonomskih pravic in različnih ugodnosti, nepriznanje in omejevanje dostopa do teh ugodnosti pa lahko resno krši pravice otroka.⁵⁰

Kot ugotavlja Falletti, so te situacije lahko zelo pogoste, saj od 28 držav članic EU kar 15 držav (Bolgarija, Ciper, Češka, Estonija, Grčija, Madžarska, Irska, Italija, Latvija, Litva, Luksemburg, Malta, Poljska, Romunija, Slovaška) ne omogoča dostopa istospolnim partnerjem do OBMP ali do enostranske ali skupne posvojitve. Vsi trije načini za pridobitev starševskih pravic so na voljo le v Belgiji, na Danskem, Švedskem in Nizozemskem, v Španiji in Veliki Britaniji. Finska in od nedavnega tudi Avstrija omogočata dostop do in vitro oploditve in enostranske posvojitve, medtem ko Nemčija, Portugalska in Slovenija omogočajo enostransko posvojitve. Francija je omogočila skupno posvojitve v letu 2013 (v letu 2016 se ji bo pridružila še Avstrija). Nadomestno materinstvo pa je možno v Grčiji, Belgiji, Veliki Britaniji in na Nizozemskem.⁵¹

European Union, Prispevek za 7. delavnico Sexual and reproductive rights: liberty, dignity and equality na IX. Svetovnem kongresu IACL "Constitutional Challenges: Global and Local", Oslo, Norveška, 16.-20. junij 2014.

⁴⁸ Koffeman, nav. delo.

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ Saura, nav. delo, str. 8.

⁵¹ Falletti: LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of

Najpomembnejši razlogi za priznanje rojstnih listov otrok, rojenih prek OBMP ali nadomestnega materinstva, so načelo koristi otroka in zaščita otrokovega družinskega življenja. Da bi bili ti dve načeli spoštovani, morajo biti dejanske in pravne vezi med temi otroki in njihovimi starši priznane v vseh državah. Za ta vprašanja so relevantni primeri o priznanju odločb o posvojitvi in odločb o priznanju starševskih pravic, o katerih je odločalo ESČP v zadevah Wagner,⁵² Mennesson⁵³ in Labassee⁵⁴.

V Sloveniji priznanje starševskih vezi, priznanih s sodnimi odločbami za otroke, rojene prek OBMP in nadomestnega materinstva, poteka v skladu z Zakonom o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, enako kot pri odločbah o posvojitvi. V praksi doslej ni bilo zaznati težav na tem področju. Kljub temu, da nadomestno materinstvo v Sloveniji ni dopustno, pri odločanju o priznanju tuje sodne odločbe pretehta načelo koristi otroka.⁵⁵ Starševske pravice so lahko za otroke, rojene prek OBMP, priznane in vpisane v rojstni list brez sodne odločbe, neposredno na osnovi zakonodaje v državah, ki to omogočajo. Gre za države, kot so Danska, Belgija, Nizozemska in Velika Britanija, kjer so partnerki matere, ki rodi otroka, starševske pravice priznane ob rojstvu otroka.⁵⁶ Priznanje rojstnih listin kot javnih upravnih listin poteka v Sloveniji v skladu s Haaško Konvencijo o odpravi potrebe legalizacije tujih javnih listin.⁵⁷

6. SOCIALNE PRAVICE IN PRAVICE IZ ZAPOSLOVANJA IN DELA, VKLJUČNO S POKOJNINAMI

Varstvo pred diskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti na področju zaposlovanja in dela je zagotovljeno neodvisno od izvajanja svobode gibanja, kar pomeni, da to varstvo uživajo vsi, tudi t.i. statični EU državljani (tj. državljani EU, ki se iz države svojega državljanstva niso preselili v drugo državo članico). Na področju

Rainbow Families in the European Union, Family Court Review, Volume 52, Issue 1, January 2014, str. 29.

⁵² ESČP, *Wagner in J M W L proti Luksemburgu*, pritožba št. 76240/01.

⁵³ ESČP, *Mennesson proti Franciji*, pritožba št. 65192/11.

⁵⁴ ESČP, *Labassee proti Franciji*, pritožba št. 65941/11. Glej tudi Saura, N., nav. delo, str. 53.

⁵⁵ Glej npr. sklep Okrožnega sodišča v Ljubljani, št. I R 226/2010 z dne 26. 4. 2010.

⁵⁶ Posodobljeni podatki o stanju prava na področju istospolnih partnerjev so na voljo na: <http://www.ilga-europe.org/home/guide_europe/country_by_country> (17. 1. 2015).

⁵⁷ Ur. l. FLRJ – MP, št. 10/62.

zaposlovanja in dela so namreč posamezniki in posameznice zaščiteni pred diskriminacije z Direktivo št. 2000/78/ES, ki so jo morale vse države prenesti v svoje nacionalne predpise. Sodna praksa Sodišča EU kaže, da tega niso vedno storile na ustrezen način, nekatere pa so zagotovile širšo zaščito od tiste, ki jo zapoveduje direktiva, kar pomeni, da se ureditve na tem področju še vedno precej razlikujejo. Različne pravne obravnave istospolnih partnerjev in njihovih družin so lahko pomemben dejavnik, ki spodbuja ali zavira njihovo svobodo gibanja. Pred preselitvijo v drugo državo članico namreč informacije o tem, na kakšen način bo država gostiteljica obravnavala družinske člane delavca, lahko bistveno vplivajo na odločitev, ali izvajati svobodo gibanja ali ne. Države, ki še vedno ohranjajo bolj ali manj diskriminatorno ureditev na področju zaposlovanja in dela, bodo za priseljevanje bistveno manj privlačne, hkrati pa bodo izpostavljenе obravnavi pred Sodiščem EU. Slednje je nedopustno diskriminacijo na področju zaposlovanja in dela, ki je v neskladju s pravom EU, obravnavalo trikrat. V primeru Maruko⁵⁸ je Sodišče EU odločilo, da se direktiva uporablja tudi za zasebne pokojninske sheme v podjetjih. V konkretnem primeru preživelemu istospolnemu partnerju nekdanjega zaposlenega v podjetju ni bila priznana pravica do vdovske pokojnine, z utemeljitvijo, da ta partner ni bil zakonec nekdanjega zaposlenega. Glede na to, da tovrstne pokojninske sheme temeljijo na preteklih zaposlitvah in niso odvisne od socialnega zavarovanja, niso izvzete iz prepovedi diskriminacije iz direktive, temveč sodijo v sfero plačila iz dela. Sodišče EU je v tem primeru nacionalnemu sodišču naložilo, naj presodi, ali je preživeli življenjski partner v položaju, ki je primerljiv z zakoncem. Če presodi, da sta v primerljivem položaju, potem pokojninska shema krši določila direktive. Sodišče EU je argument potrdilo in nadalje razvilo v primeru Römer,⁵⁹ v katerem je presojalo državno pokojninsko shemo, v kateri so bile pokojnine neporočenih parov obdavčene po višji stopnji kot pokojnine poročenih parov, kar je označilo za nedopustno diskriminacijo. Zadnji primer s tega področja, ki ga je obravnavalo sodišče, je primer Hay.⁶⁰ Sodišče je odločilo, da morajo imeti istospolni partnerji, ki sklenejo civilno partnerstvo (francoski PACS) prav tako pravico do denarnega nadomestila in dela prostih dni kot partnerji različnih spolov, ki sklenejo zakonsko zvezo. Ponovno velja opozoriti, da je navedena sodna praksa relevantna tako za situacije s čezmejnim elementom (ko se izvaja svoboda gibanja) kot tudi za

⁵⁸ Sodišče EU, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

⁵⁹ Sodišče EU, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-147/08.

⁶⁰ Sodišče EU, *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-S-vres*, C-267/12.

popolnoma interne situacije (tj. za osebe, ki ne izvajajo svobode gibanja, živijo v državi svojega državljanstva in/ali so zakonsko zvezo ali partnerstvo sklenile v državi svojega državljanstva).

Prepoved diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti pa ne velja za področje socialne varnosti, saj je na tem področju na ravni EU z Direktivo 2000/43/ES prepovedana samo rasna oziroma etnična diskriminacija. Posledično države članice niso dolžne zagotoviti enakega obravnavanja brez diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti v sistemu socialne varnosti.⁶¹ Odsotnost zaščite na teh, prav tako bistvenih področjih, s katerimi se srečujejo mavrične družine, je lahko pomembna ovira iz izvajanju svobode gibanja. V Sloveniji te težave pravno gledano ne bi smelo biti, saj je slovenska protidiskriminacijska zakonodaja širša: diskriminacija zaradi spolne usmerjenosti je namreč prepovedana ne le na področju zaposlovanja in dela, temveč tudi na področjih socialne zaščite, socialnih ugodnosti, šolstva ter dostopa do dobrin in storitev.⁶² Kljub temu mnoge socialne in ekonomske pravice istospolnim partnerjem v zakonu niso priznane. Istospolni partner, ki ni zaposlen, po Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju⁶³ na primer ne more skleniti osnovnega zdravstvenega zavarovanja po svojem zaposlenem partnerju (ne glede na to, ali je registriran ali ne). Prav tako ne more koristiti plačanega bolniškega dopusta za nego bolnega partnerja ali uveljavljati davčne olajšave za svojega partnerja kot vzdrževanega družinskega člana. Pravica do vdovske pokojnine, ki je bila dolgo časa rezervirana le za partnerje različnega spola, je bila šele z Zakonom o pokojninskem in invalidskem zavarovanju iz leta 2012 (ZPIZ-2)⁶⁴ priznana registriranim, ne pa tudi neregistriranim istospolnim partnerjem. Vse navedeno je relevantno tudi za svobodo gibanja: istospolna zakonca ali registrirana partnerja, ki sta svojo zvezo sklenila v drugi državi članici EU, bosta dvakrat premislila, ali se bosta preselila v Slovenijo (oziroma vrnila, če gre za slovenska državljana), glede na to, da je socialna zaščita relativno šibka.

⁶¹ To seveda ne pomeni, da diskriminacijo dopuščajo njihove ustave, vendar je to že tema, ki presega namen tega prispevka.

⁶² 2. člen Zakona o uresničevanju načela enakega obravnavanja.

⁶³ Ur. l. RS, št. 72/06 in nasl.

⁶⁴ 40. točka 7. člena Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2), Ur. l. RS, št. 96/12 in nasl.

7. SKLEPNO

Svoboda gibanja ostaja ena temeljnih pridobitev evropskih integracij. Način, na katerega se bodo odzivala evropske institucije na izzive pri izvrševanju svobode gibanja, bo determiniral prihodnji položaj te svoboščine v sistemu prava EU. Kot kaže primer raznolikega urejanja pravnega položaja mavričnih družin, izvrševanje svobode gibanja poteka v izjemno zapletenem pravnem okolju, na katerega se je treba ustrezno odzivati. Pri tem je ključna izbira pristopa: ta je lahko še naprej osnovan na izključni pristojnosti držav članic, slednje pa lahko del svojih pristojnosti na področju družinskega prava, denimo v delu, ki se nanaša na svobodo gibanja, prepustijo tudi EU. Čeprav se kot razlog, zakaj se to ne more zgoditi, navajajo velike razlike med državami v pravnih tradicijah urejanja družinskih razmerij, je mogoče trditi tudi nasprotno. Vse pravne tradicije v Evropi imajo precej pomembnih skupnih točk, kot npr. korist otroka kot najvišja vrednota ali prepoved poligamije, v te skupne vrednote pa si pot vse bolj utira tudi spoznanje, da je treba pravno priznati tudi istospolne partnerske zveze. Države, ki tega na noben način ne priznavajo, so v Evropski uniji že v občutni manjšini.

Nadaljnja regulacija tega področja bo vsekakor dinamična, smeri, ki bi jih morala z vidika varstva temeljnih pravic ubrati, so nakazane tudi v tem prispevku. Hkrati pa se je treba zavedati, da je prizadevanje za spremembe na etično občutljivih področjih, kakršen je pravni položaj mavričnih družin, ki izvajajo svobodo gibanja v pravu EU, vedno dolgotrajno in sestavljeno iz mnogih malih korakov in mogoče je pričakovati, tako pa bo očitno glede na številne odprte dileme tudi v tem primeru.

VIRI IN LITERATURA

- Busatta: Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples?, prispevek na konferenci Rights on the Move, 16.-17. oktober 2014.
- Falletti: LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of Rainbow Families in the European Union, Family Court Review, Volume 52, Issue 1, January 2014.
- Guild, Peers, Tomkin: The EU Citizenship Directive – A Commentary, 2014, Oxford University Press.
- Hague Conference Private International Law, Parra-Aranguren G. (1994), Explanatory report on the convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption,
- Koffeman: Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the European Union, Prispevek za 7. delavnico Sexual and reproductive rights: liberty, dignity and equality na IX. Svetovnem kongresu IACL "Constitutional Challenges: Global and Local", Oslo, Norveška, 16.-20. junij 2014.

- Kogovšek Šalamon: Je posvojitvev, izvedena v tujini, lahko v nasprotju z javnim redom RS?. PP, 29. okt. 2009, leto 28, št. 42.
- Rijpma in Koffeman: Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, v: Gallo D. in drugi (ur.): Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Springer-Verlag, 2014.
- Saura: The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, Working paper, Rights on the Move project,
- Toner: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004.
- Tryfonidou: EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition, prispevek predstavljen na konferenci Rights on the Move, 16.-17. oktobra 2014.
- Uhlendorff, Rupp, Euteneue (ur.): Wellbeing of Families in Future Europe: Challenges for Research and Policy. Family Platform – Families in Europe, Volume 1, 2011.
- Konvencija o odpravi potrebe legalizacije tujih javnih listin, Ur. l. FLRJ – MP, št. 10/62
- Konvencija o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah, Ur. l. RS, št. 14/99 – MP.
- Haaška Konvencija o odpravi potrebe legalizacije tujih javnih listin.
- Evropska konvencija o posvojitvi otrok (spremenjena), Strasbourg, 24.04.1967.
- Direktiva sveta 2003/86/ES z dne 22. septembra 2003 o pravici do združitve družine, OJ L 251/12.
- Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic UL L 158, 30.04.2004.
- Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2011/24/EU z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu, OJ L 88/45.
- Ustava Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 33/91-I in nasl.
- Zakon o tujcih (ZTuj-2; Ur. l. RS, št. 50/11 (57/11 – popr.) in nasl.
- Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja, Uradno prečiščeno besedilo, Ur. l. RS, št. 93/07.
- Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, Ur. l. RS, št. 56/99 in 45/08 – Zarbit
- Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju, Ur. l. RS, št. 72/06 in nasl.
- Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2), Ur. l. RS, št. 96/12 in nasl.
- Pravilnik o registraciji istospolnih partnerskih skupnosti, Ur. l. RS, št. 55/06 in nasl.
- Evropska komisija, Green Paper Less bureaucracy for citizens: Promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records (COM(2010)747), dostopna na
- Sodišče EU, Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06.
- Sodišče EU, Secretary of State for the Home Department proti Rahmanu, C-83/11.
- Sodišče EU, Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06.
- Sodišče EU, Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg, Case C-147/08.
- Sodišče EU, Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-S-vres, C-267/12.

- ESČP, Schalk in Kopf proti Avstriji, pritožba št. 30141/04.
- ESČP, Vallianatos in drugi proti Grčiji, pritožba št. 29381/09 in 32684/09.
- ESČP, X in drugi proti Avstriji, pritožba št. 19010/07.
- ESČP, Wagner in J M W L proti Luksemburgu, pritožba št. 76240/01.
- ESČP, Mennesson proti Franciji, pritožba št. 65192/11.
- ESČP, Labassee proti Franciji, pritožba št. 65941/11.
- Sklep Okrožnega sodišča v Ljubljani, št. I R 226/2010 z dne 26. 4. 2010.
- <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm> (17. 1. 2015).
- <http://www.ilga-europe.org/home/guide_europe/country_by_country> (17. 1. 2015).
- <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:EN:PDF>> (17. 1. 2015).

THE FUTURE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION: A CASE OF FREEDOM OF MOVEMENT OF RAINBOW FAMILIES

Neža Kogovšek Šalamon*

SUMMARY

Freedom of movement is one of the fundamental freedoms of EU law and one of the most important rights derived from EU citizenship. The most important reasons for moving into another EU Member State are employment and work, while the most important question for an EU citizenship that intends to move together with their family members is who is considered to be a family member according to the law of the host state. In case of rainbow families the answer to this question is far from simple. The article addresses the question of whether same-sex spouses, registered same-sex partners and same-sex life partners of EU nationals are recognized as their family members under the EU law and under the Slovenian law, and analyses the effects of the (non)recognition. We ask similar questions in the field of immigration: are same-sex spouses and same-sex registered partners of a refugee or third country national residing in the EU recognized as their family members under the EU law and under the Slovenian law? The third question which also falls into the realm of the definition of family members is related to children living in rainbow families. These could be either biological children born to individuals in their previous heterosexual relationships, or adopted children or children born through artificial reproduction technologies or surrogacy where parental rights may be recognized with a judicial or administrative decision. We explore whether parental rights that were recognized in one Member State are also recognized in another member State which does not allow for the previously mentioned methods of recognition of parental rights. The fourth issue that the paper addresses refers to employment and labour rights (including pensions). In what way is the prohibition of sexual orientation discrimination relevant for these rights and how they relate to the freedom of movement

* Neža Kogovšek Šalamon, PhD, researcher and director at the Peace Institute
Neza.Kogovsek@mirovni-institut.si

of rainbow families? The manner in which the European Institutions will address freedom of movement challenges may determine the future status of freedom of movement in the EU law. As we can see from a very diverse legal regulations of the legal position of rainbow families in Europe their exercise of freedom of movement is taking place in a very complex legal environment which requires a certain response. The selection of the approach is of key importance: It could continue to be based on the exclusive jurisdiction of EU Member States over the family law, while the latter may grant part of their jurisdiction to the EU. Further regulation of this field will definitely be dynamic and the approaches that should be taken are outlined in this Article. At the same time we need to be aware that the efforts for change in these ethically sensitive issues, which include legal position of rainbow families exercising free movement, are always long-term and consist of a number of baby steps, which will probably, taken a number of open dilemmas, also happen in this case.