

Др Дејан Јанићијевић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:347.62-055.3(4-672EU)
UDK:342.721-055.3(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КОНЦЕПТ ПОРОДИЦЕ У ПРОПИСИМА О СЛОБОДИ КРЕТАЊА ЕУ**

Апстракт: Овај рад разматра појмовно одређење супружника, грађанског партнера и партнера у праву ЕУ, пре свега у прописима о слободном кретању људи, критикујући нејединственост приступа питању дефинисања породице. Анализира се и могућност да на основу уског тумачења појма супружника дође до дискриминације на основу сексуалне оријентације, као и проблеми које може проузроковати условљеност слободе кретања цивилних партнера признавањем типа њихове заједнице од стране државе домаћина, што такође отвара могућност државама чланицама за дискриминацију, и некомпатибилно је са широко промовисаним принципом једнакости у праву ЕУ. Позиција невенчаних или нерегистрованих партнера такође је предмет пажње аутора, нарочито захтев да се правилно провери трајност заједнице. Аутор сагледава и могућне последице примене постојећих решења на истополне партнере који желе да се доселе у државу чланицу ЕУ. Став аутора је да је потребно преиспитати решења у овој области и прилагодити их настојањима ЕУ да се елиминише дискриминација по многим основима, укључујући и сексуалну оријентацију.

Кључне речи: супружник, истополни брак, грађанско партнерство, породица.

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај рад је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

1. Увод

Грађанима ЕУ призната су одређена права када мигрирају из државе чланице ЕУ чији су држављани, у неку другу државу чланицу ЕУ. Многа од ових права односе се и на чланове њихових породица. Зато је могућност доказивања чињенице да је неко лице члан породице држављанина ЕУ, а нарочито економски активног држављанина ЕУ, веома битна за вршење права везаних за миграцију. Ово је још значајније када се ради о држављанину државе нечланице ЕУ, који се не може самостално ослонити на држављанство ЕУ и бенефиције које оно доноси. Овај рад разматра како је породица концептуализована у праву ЕУ које регулише материју слободе кретања, са посебним акцентом на положај супружника и партнера. Он сагледава ширину домена појмова супружник и партнер, при томе обрађујући посебну пажњу на меру могућег негативног утицаја одредаба права ЕУ на истополна партнерства. Рад најпре анализира дефиниције које се примењују на парове садржане у Директиви 2004/38, тј. Директиви о правима грађана, а затим и сагледава значај јасног и недискриминаторног дефинисања породице у овом контексту у праву ЕУ.

2. Дефинисање породице у праву ЕУ

ЕУ нема директних или експлицитних надлежности у питањима породичног права. Ипак, неке одредбе права ЕУ – од којих су најизразитији пример оне које се односе на слободу кретања – недвосмислено имају значајан утицај на питања која се тичу породице (Bell, 2004; Caracciolo di Torella и Masselot, 2004). Дакле, када је из неких разлога потребно појмовно одредити породицу може доћи до примене права ЕУ. Тако је ЕУ од самих зачетака свог унутрашњег тржишта морала да заузме став у погледу питања ко све чини породицу. Слобода кретања и права која она подразумева проширени су на породице радника најпре Регулативом (Уредбом) 1612/68, која је ова права признала супружнику радника/це и његовим/њеним потомцима млађим од 21 године, или издржаваним лицима и њиховим сродницима у узлазној линији сродства са радником/цом и његовим/њеним супружником/цом (члан 10(1)(а) и (б)). Нешто ограниченији круг права признат је осталим члановима породице „ако их радник издржава... или живе под његовим кровом...” (Уредба 1612/68 члан 10(2)).

Дакле, ЕУ је иницијално признала права само раднику и ограниченом кругу чланова његове породице, а не читавој породици радника у ширем смислу. Ове одредбе данас су замењене дефиницијама садржаним у Директиви 2004/38 – Директиви о правима грађана (Citizens' Rights Directive – CRD).

Ова директива установљава оквир регулисања права грађана ЕУ и чланова њихових породица на слободно кретање и пребивање унутар територија држава чланица. Дефиниција држављанина ЕУ у овом контексту потпуно је недвосмислена и једноставно обухвата држављане држава чланица (члан 2(1)). На другој страни, дефиниција члана породице захтева много детаљније разматрање. У одредби члана 2(2) пописани су чланови породице на које се права обухваћена Директивом примењују. „Европска породица“ према овој одредби обухвата супружника или грађанског партнера, и то ако се грађанско партнерство третира као еквивалент браку у држави домаћину.

Ове категорије партнера у раду ће бити наизменично анализирани ради наглашавања разлика у погледу права која могу уживати различите категорије партнера.¹

3. Супружници

Термин „супружник“ односи се на брачног партнера. У највећем броју држава чланица узима се да се ради о мужу, односно жени, тј. о хетеросексуалном партнерству (European Union Agency for Fundamental Rights, 2010).

Мogućност раздвајања појма супружник од појма брака била је предмет политичког и правосудног разматрања (Bell, 2004; D’Oliviera, 2000). На пример, у предмету Холандија против Рида, Европски суд правде одлучивао је о захтеву истакнутом од хетеросексуалног ванбрачног пара за једнак третман са брачним паровима. Суд је одбио да прошири домен термина „супружник“ тако да укључи и партнере који су у дуготрајној вези, али нису венчани, и закључио:

У недостатку било какве индикације општег друштвеног развоја који би оправдао широко тумачење, и у недостатку било какве индикације супротног у регулативи, мора се сматрати да се термин „супружник“ у члану 10 Регулације (Уредбе) односи само на брачну везу.

Дакле, јасно је да се термин „супружник“ не може тумачити тако да обухвата лица у заједници живота – кохабитанте или дуготрајне партнере. Међутим, Европски суд правде признао је да је ово правно подручје подложно променама зависно од промена друштвених ставова. С обзиром на то да су одредбе Уредбе могле погодити све државе чланице и да није било консензуса међу њима по питању да ли дуготрајни партнери треба

1 Права детета, односно права која деривирају из статуса детета неће бити предмет разматрања у овом раду.

да имају иста права као и брачни другови, Суд није нашао за сходно да интервенише и појам „супружник“ тумачи широко.

Ако се термин „супружник“ односи само на брачне односе (Холандија против Рида), поставља се питање да ли он обухвата и истополне партнере који су закључили цивилна партнерства или сличне регистроване заједнице. И овде изгледа да је одговор негативан. Европски суд правде разматрао је позицију регистрованих истополних партнера у предмету Д и Шведска против Савета. У овом предмету радило се о давању одређених повластица супружницима које нису била дате цивилним партнерима. Суд је заузео став да је ово било законито, будући да разлика у обиму датих права не произлази из разлике у сексуалној оријентацији заинтересованих партнера већ из различитог правног статуса брака и цивилног партнерства. Суд је навео да је прихватљиво да термин „брак“ означава заједницу два лица супротног пола (параграф 34). Међутим, Суд такође признаје да све већи број држава омогућава правно признање истополних партнерстава (параграф 35), али коментарише:

Јасно је, међутим, да се поред њихове велике разноврсности, такви аранжмани за регистровање веза између партнера, раније правно непризнатих, сматрају у тим земљама чланицама различитим од брака (параграф 36).

И, најважније:

У таквим околностима правосуђе Заједнице не сме тумачити прописе тако да се правне ситуације различите од брака третирају на исти начин као брак (параграф 37).

Суд је даље разматрао да ли се разлике у третману могу сматрати дискриминацијом. Приликом вршења процене, Суд је пошао од тога да се принцип једнаког третмана може применити само на лица у упоредивим ситуацијама (параграф 48). Он је признао, као што је учинио и у вези са кохабитантима у предмету Холандија против Рида, да нема консензуса међу државама чланицама по овом питању, па је закључио:

У таквим околностима, ситуација службеника који је регистровао партнерство у Шведској не може, за сврху примене прописа о службеницима, бити сматрана упоредивом са ситуацијом венчаног службеника (параграф 51).

Тешко је увидети како се пресуда може схватити као било шта друго до дискриминација по основу сексуалне оријентације. Свакако, имајући у виду да у већини држава у којима су цивилна партнерства призната, само истополни парови могу заснивати овакве заједнице и да је брак

и даље резервисан за партнере различитих полова у свим осим пет земаља чланица, веома је тешко схватити како је различит третман брака и цивилног партнерства ишта друго до дискриминација по основу сексуалног опредељења.²

Да ли би термин супружник требало да обухвати и истополне партнере било је спорно питање и приликом доношења CRD (Bell, 2004). Верзија донета 2004. године помиње једноставно супружнике, што се, имајући у виду сличне формулације у јуриспруденцији која се тиче људских права, сматрало индикацијом да се ради о партнерима различитих полова (Tobin, 2009). Заправо, Европски парламент заговарао је формулацију која би обухватила супружнике „ма којег пола“ у директиву, чиме би се експлицитно признали истополни бракови (Европски парламент, 2003; Bell, 2004). Ипак, овај амандман био је одбачен на темељу непостојања консензуса држава чланица у погледу статуса истополних бракова, па чак и цивилних партнерстава. Комисија је дала следеће објашњење за одбацивање овог амандмана:

Суд је такође одлучио да тумачење правних термина на темељу друштвеног развоја који дејствује у свим држава мора узети у обзир ситуацију у читавој заједници. Комисија, зато, сматра да треба ограничити предлог концепта супружника тако да у принципу значи супружник супротног пола, осим ако нема накнадних околности.

Оно што се овим сугерише јесте да ће у неко будуће време, када признање истополних бракова буде раширеније, ЕУ вероватно признати обухватање истополних брачних партнера термином супружник. Заправо, у Извештају о имплементацији CRD из 2008. године (Европска Комисија 2008b) наводи се да би супротно представљало директну дискриминацију и повреду општег принципа једнакости, као и захтева да се не чини дискриминација, садржаног у одредби члана 21 Повеље о основним правима. У Извештају је садржан позив државама чланицама да признају својство супружника истополним партнерима, али није било конкретних корака у правцу измена CRD у том правцу (Агенција Европске Уније за основна права, 2010; Tobin, 2010). Док се то не догоди, изгледа да истополни супружници, уопште неће бити прави супружници.

² Државе које признају цивилна партнерства су: Аустрија, Велика Британија, Француска, Немачка, Луксембург, Лихтенштајн, Мађарска, Словенија, Финска, Чешка, Данска и Ирска.

4. Грађански партнери

Грађанске партнере право слободе кретања ЕУ препознаје ако држава домаћин третира цивилна партнерства еквивалентним браку. Ипак, питање шта држава домаћин захтева од цивилног партнерства да би оно било еквивалентно браку није решено на јединствен начин. Ако би, на пример, еквивалентност значила да цивилно партнерство подразумева једнака права и одговорност као брак, ниједна од ових заједница не испуњава овај стандард. Грађанска партнерства, иако у неким случајевима пружају готово једнака права онима у браку, одликују и одређене разлике везане, на пример, за родитељску одговорност, питања наслеђивања или усвојења. У неким случајевима постоје и додатне разлике, које се тичу, на пример, опорезивања. Ово практично значи да се цивилна партнерства значајно разликују од брака. У том смислу, могло би се узети да CRD, регулишући цивилна партнерства, у ствари, штити искључиво истополне бракове, у којем би случају поменута одредба била применљива у само 5 држава чланица.

Ипак, чини се мало вероватним да је примењен овако узак приступ, будући да се у CRD користи управо термин цивилна партнерства, а не истополни бракови. Зато је шири концепт еквивалентности исправнији. Он би, на пример, могао бити заснован на установљавању еквивалентности у вези са питањима имиграције на националном плану, па ако национална правила третирају цивилне партнере на исти начин као и брачне партнере, еквивалентност ће за потребе примене CRD бити успостављена. Међутим, и овакав приступ чини се неисправним, зато што би учинио пропис ЕУ безначајним и зависним од претходног признања имиграционих правила од стране држава чланица.

Најбоље је применити један свеобухватнији приступ заснован у већој мери на здравом разуму, по којем постоје разлике између цивилних партнера и разнополних супружника зато што су то, у крајњој линији, различити правни статуси. Уместо трагања за идентичним правима и одговорностима или фокусирања на разликама у статусу, пажњу треба усмерити ка сличностима и питању да ли су у датом праву они значајно еквивалентни, чак и ако у одређеним детаљима постоје извесне разлике. Ако се еквиваленција схвати на овај начин, онда много већи број држава чланица ЕУ препознају цивилна партнерства на начин на који то захтева CRD.

Међутим, проблем је у томе што се одговор на питање да ли права могу деривирати из одређеног статуса чини директно зависним од признања државе чланице (CRD члан 2(2)). И док су правно-политички разлози за то

јасни – уздржавање ЕУ од мешања у питања састава породице и званичног наметања истополних партнерстава државама чланицама – одредбе се чине прилично нелогичним са становишта потреба слободе кретања. Ако је циљ поспешивање слободног кретања међу економски активним грађанима, и ако се прихвати да би се они најрадије кретали заједно са својим породицама (понајпре партнерима), чињење права грађанских партнера зависним од признања државе домаћина јесте корак уназад. Зашто би држављанин ЕУ чије је партнерство признато у држави у којој живи желео да се сели у другу државу чланицу где то партнерство није признато? Овај аргумент коришћен је у предмету Д и Шведска, али је одбачен, будући да није био употребљен у првостепеном поступку већ тек у поступку по жалби. Због тога недостаје став Европског суда правде по овом питању. Штавише, приликом доношења CRD, Комисија је изразила забринутост због могућности обрнуте дискриминације – да ће имигранти имати предност у држави домаћину у односу на држављане те државе:

Дати права која нису призната у случају сопствених држављана паровима из других држава чланица могло би да, у ствари, створи обрнуту дискриминацију, коју би Комисија желела да избегне (Европска комисија, 2003: 11).

Комисија, ипак, није претерано заинтересована за превенцију дискриминације по основу сексуалне оријентације у овом контексту, што није у складу са њеном начелном посвећеношћу да елиминише дискриминацију у осталим областима. Поред тога, предмет C-25/02 Rinke v Arztekammer Hamburg указује на то да тамо где инструменти Уније не омогућавају равноправан третман, њихова законитост може бити оспорена: Европски суд правде је закључио да „придржавање забране индиректне дискриминације по основу пола јесте услов законитости свих мера које усвајају институције Заједнице“ (Rinke, параграф 28). Имајући у виду јасне позиције ЕУ у погледу забране дискриминације по основу сексуалног опредељења у другим областима, тешко је оправдати очигледну дискриминацију у овој материји.

Забраном дискриминације по основу сексуалне оријентације приликом запошљавања ЕУ већ утиче на начин на који породицу треба да конципирају државе чланице, барем у погледу питања која се тичу запошљавања. Да ли је онда заиста сувише велики искорак тражити од ЕУ да наметне државама чланицама да на својој територији признају цивилна партнерства законски заснована у некој другој држави чланици са сврхом уживања права признатих у CRD? Ова права су, напослетку, у највећој мери везана за прописе о имиграцији и доступности запослења, а не за питања која фундаментално утичу на националне системе породичног права, који су,

изгледа, предмет бриге ЕУ. Недавно, у предмету *C-34/0 Ruiz Zambrano против Office national de l'emploi (ONEm)*, Европски суд правде показао је спремност да интервенише у сферу националних правних система у вези права на пребивалиште држављана трећих земаља који своја права изводе из права држављана ЕУ који не мењају место пребивања. Заузет је став да они парови који су законито закључили цивилна партнерства у једној држави чланици а потом се преселе у другу државу чланицу имају подједнако снажан аргумент да потпадну под режим права ЕУ. Пракса која се односи на слободу кретања људи потврђује да одредбе о слободи кретања морају бити тумачене широко (предмет 291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R. N. G. Eind*), и да државе чланице морају бити спречене да својевољно ускраћују заштиту коју пружа Уговор (предмет 75/63 *Hoekstra v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*). На тим основама цивилна партнерства требало би признати од стране државе домаћина ако су законито заснована у другој држави чланици, и тешко је прихватити да ускраћивање оваквог признања представља ишта друго до дискриминацију по основу сексуалне оријентације. Дозволити, или чак вршити такву дискриминацију било би противно циљевима ЕУ и штетно за њено деловање на другим подручјима.

Поред тога што је од практичног значаја за оне грађанске партнере који намеравају да се селе из једне у другу државу чланицу, ово питање има и велики симболички значај зато што ЕУ може послати јасну поруку да брак није златни стандард (Frimston, 2006), а цивилно партнерство утешна награда у праву ЕУ. Како ствари сада стоје, цивилни партнери заиста јесу цивилни партнери само ако их држава у коју желе да се населе као такве признаје.

5. Партнери

У досадашњем току рада разматране су позиције супружника и цивилних партнера. Уочена су ограничења која намећу релевантни прописи, али је примећено да међу њима ипак постоје и они који омогућавају шире тумачење и развој кроз праксу Европског суда правде, односно који могу чинити основ за дебату и будуће реформе. Ови прописи, међутим, не регулишу адекватно ситуацију у којој се налази велики број парова, било разнополних било истополних, који се опредељују да не закључе нити брак, нити цивилно партнерство. Одредба члана 2 CRD не препознаје невенчане или нерегистроване партнере као чланове породице који могу уживати права предвиђена Конвенцијом. Уместо тога, одредба члана 3 CRD даје нека ограничена права другим издржаваним члановима породице, као и оним

којима је потребна лична нега или члановима домаћинства држављанина, односно партнерима са којима држављанин има трајну везу. За предмет анализе у овом раду од значаја су ови последњи.

Да би неко лице потпало под ову дефиницију партнера потребно је да између њега и држављана ЕУ постоји „трајна веза“ која је „адекватно атестирана“.

Зато је прво питање које се намеће, шта чини трајну везу. На нивоу докумената ЕУ за ово питање нема готово никаквог појашњења. Водич Европске комисије за транспозицију CRD просто понавља формулацију наводећи да се Директива примењује на „*de facto* трајне везе, адекватно атестиране“. Испуњеност овог захтева мора се процењивати узимајући у обзир циљ Директиве „да се одржи породица у ширем смислу“ (Европска комисија, 2009: 5). Водич даље сугерише да држава домаћин може захтевати исправе којима се доказује трајност везе, али не постоје инструкције о томе које би то исправе могле бити.

Гранична агенција Велике Британије (UK Border Agency, 2009) даје следеће упутство:

Требало би да начелно покажете да сте били у правно признатој вези две године или дуже. То можете учинити путем заједничких банкарских рачуна, станарских уговора, пореских рачуна или доказа да обоје плаћате рачуне за заједничко место становања.

Трајна веза, дакле, јесте она која траје најмање две године, иако се некада права могу стећи и по основу везе која је краће трајала, али која може бити адекватно атестирана. Ово по себи можда и није нарочито проблематично, будући да није тешко разумети политички резон превенирања оних партнера који су у тек заснованим заједницама, које се могу, али и не морају показати трајнијим и стабилним, да се користе правима која предвиђа Конвенција. Могућности злоупотребе у супротном би заиста биле превелике.

Захтев адекватне атестираности много је теже испунити. Пружање писмених доказа може проузроковати велике проблеме за неке парове – на пример, ако је веза трајала дуго, али су се из личних разлога или радних обавеза, партнери определили да не живе заједно. Као резултат оваквог избора, они немају заједничке банкарске рачуне, нити заједнички плаћају трошкове, иако проводе време једни код других и иду заједно на одморе. Да ли се у оваквој ситуацији може сматрати да је услов адекватне атестираности испуњен? Изгледа да је властима које о томе одлучују на располагању могућност да односну одредбу примењују тако да заправо

и није битно трајање саме везе већ заједничког живота, и да без доказа о заједничком животу парови заправо и не могу доказати властима да је њихова веза трајна (Агенција ЕУ за фундаментална права). Ово може бити нарочито проблематично за млађе парове који још увек нису имали могућност да започну заједнички живот, али су намеравали то да учине, или за старије парове којима су се распале раније везе. Такви парови могли би желети да се преселе у неку државу чланицу ЕУ управо из тог разлога што настоје да започну нови живот заједно, а доказивање да је њихова веза трајнија према наведеним критеријумима било би и за њих претешко.

Поред тога, критеријум потврђивања трајности могао би бити превише тежак и за неке истополне парове. То се односи, на пример, на оне парове који напуштају државу у којој њихова веза није уопште или је само ограничено призната, или земљу у којој су могли бити прогоњени да су своју везу отворено показивали. Парови који се насељавају у некој држави чланици управо из разлога повољнијег третмана истополних заједница могу имати велике проблеме да докажу да њихова веза уопште постоји, а камоли да је трајна.

Може се, дакле, закључити да је одредба члана 3 CRD сама по себи јесте полно неутрална и може се подједнако примењивати како на партнере различитог пола, тако и на оне истог пола. Потенцијал за дискриминацију овде заправо лежи у начину интерпретације трајности везе, као и у захтевима за пружање доказа којима би се ова трајност показала (Агенција ЕУ за фундаментална права, 2010). Даља истраживања на овом пољу неопходна су да би се сагледала правна политика појединих држава чланица ЕУ, као и мера у којој постоји ризик од индиректне дискриминације по основу сексуалне оријентације.

6. Значај питања

Питање значаја ове материје намеће се као неизбежно када се зна да се ради о правном подручју које је на први поглед битно за веома мали број држављана ЕУ. Ипак проблеми који су предмет анализе у овом раду веома су важни из три основна разлога: најпре, држављани ЕУ и њихови партнери или супружници могу остваривати корпус веома значајних права предвиђених CRD-ом ако се могу подвести под одговарајуће дефиниције; затим, представљени проблеми бацају светло на тензије између политике и права ЕУ који се односе на права предвиђена Директивом са једне стране, и других политика ЕУ и законодавства којима се настоји елиминисати дискриминација; и коначно, разматрани проблеми преносе симболичку поруку о ограничениости, односно потпуности, реализације принципа

једнакости унутар ЕУ. У Даљем току рада бавићемо се сваким од ових разлога понаособ.

6.1. Практичан значај

Они који се нађу у домену дефиниције садржане у одредби члана 2 (2) CRD могу уживати читав корпус права садржаних у Директиви. Другим речима, они ће имати право пребивања у држави домаћину, као и право на приступ тржишту рада без обзира на своје држављанство. Ова права могу бити од великог значаја за супружнике, односно цивилне партнере, држављане ЕУ. И док ће они имати право пребивања у прва три месеца од настањивања, као и право приступа тржишту рада на основу сопственог држављанства, уколико су неспособни за рад или не могу да нађу посао или не желе да буду економски активни, њима ће бити неопходно да своје право пребивања и право на социјалну заштиту изведу из своје признате заједнице са економски активним држављанином ЕУ са којим су се уселили у односну државу.

Ове одредбе су свакако од још веће важности за оне чланове породице држављана ЕУ који нису сами држављани ЕУ, и који се не могу ослонити на свој сопствени статус у погледу било којих права.

Многе државе чланице имају веома строге имиграционе прописе који чине веома тешким довођење држављана држава нечланица ЕУ. Економски активни држављани ЕУ могу стога бити у предности у односу на држављане који не врше своја права заснована на слободи кретања, већ желе да доведу недржављана ЕУ да са њима живи у земљи чланице. Када ово питање потпадне под домен права ЕУ, заинтересоване стране се могу ослонити да Директиву и никакви додатни услови не могу бити наметани од стране држава чланица (предмет: C-127/08 *Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform*). Оваквом решењу се замера да може довести до обрнуте дискриминације због тога што се признавање истополних партнерстава заснива на систему државе домаћина. Ипак, чини се да ЕУ и не мари сувише за овакву обрнуту дискриминацију. У ствари, Европски суд правде је у предмету *Metock* коментарисао да „када држављанима ЕУ не би било дозвољено да воде нормалан породични живот у држави чланице домаћину, уживање слобода које су им гарантоване Споразумом било би озбиљно опструирао“ (параграф 62). У примени сличног аргумента на признавање цивилних партнерстава, прихваћено је да постоји потенцијал за обрнуту дискриминацију и да, уместо да се признају права онима који тренутно не уживају признање својих веза на формалан начин, треба ојачати права оних који већ уживају такву заштиту. Ипак, централно

питање у овом контексту није обрнута, реверзна дискриминације на темељу сексуалне оријентације широм ЕУ. Одлучивши да је сексуална оријентација једна од заштићених карактеристика повезана са правом једнакости, ЕУ би требало да се усмери ка умањењу дискриминаторских настојања држава чланица. Поред тога, принуђивањем држава чланица да признају цивилна партнерства закључена у другим државама чланицама повећао би се притисак на те државе да такве заједнице понуде и сопственим држављанима и послала јасна порука да се дискриминација по основу сексуалног опредељења не толерише унутар ЕУ.

Дефиниције какве сада постоје проблематичне су не само са теоријског аспекта. Ограничење појма супружник на разнополне венчане партнере истополне супружнике чини тотално невидљивим за право ЕУ. Како они нису признати као супружници у праву ЕУ, а истовремено нису ни у грађанском партнерству како ту установу види CRD, они не спадају ни у једну категорију чланова породице које признаје Директива. Чини се бесмисленим да они који су се одлучили да се венчају и који су у националном контексту постављени на исту раван као и разнополни венчани партнери нису заштићени правом ЕУ уколико се одлуче да имигрирају у неку другу државу чланицу. Њихова права могу бити заштићена уколико изабрана држава домаћин признаје њихову заједницу или ако би се за сврху примене CRD истополни брак могао изједначити са цивилним партнерством признатим као еквивалент браку. Ипак, чини се да подвођење истополних венчаних партнера под дефиницију цивилног партнерства изобличава ту конкретну дефиницију, и то у већој мери него што би то учинило укључивање истополних венчаних партнера у дефиницију супружника. Зато је тешко увидети како је ово нешто друго до дискриминација по основу сексуалне оријентације, која се не може оправдати из једноставног разлога што ускраћује нека важна права одређеним паровима искључиво на основу њихове сексуалне оријентације. Исти аргумент може се применити на одрицање права онима који су закључили цивилна партнерства ако се таква партнерства не признају у изабраној држави домаћину.

Чланови породице из члана 3 CRD имају ужи круг права која се односе само на улазак и пребивање у одређеној држави чланици. CRD садржи одредбу по којој држава домаћин треба да уреди питања уласка и пребивања партнера у складу са сопственим националним законодавством (члан 3(2)). Под знаком је питања да ли давање ужег круга права партнерима у односу на супружнике или грађанске партнере и даље има смисла. Спроведена истраживања сугеришу да се концепти породице мењају и да много више парова бира да се не венча, односно да не региструје своју везу (Williams,

2004). Ван сваке је сумње да би и таквим партнерима требало обезбедити иста права према CRD као и онима који су венчани или регистровани. Ако се то не учини, значајан број држављана ЕУ не би могао да се насели у другој држави чланици без ризика да неће моћи да поведу свог партнера, држављана треће државе, са собом или да ће их довести у ситуацију да неће имати право да раде, односно да неће имати приступ другим правима у држави домаћину. Право ЕУ недвосмислено остаје пристрасно у корист разнополних венчаних парова (McGlynn, 2007).

6.2. Тензије између антидискриминационог права и политике

Неспремност ЕУ да призна истополна партнерства као еквивалентна разнополним није у складу са политиком ЕУ на другим подручјима. Одредба члана 10 Споразума о функционисању ЕУ наводи да ће ЕУ настојати да се бори против дискриминације засноване, између осталог, и на сексуалној оријентацији у примени својих политика и активности. Одредба члана 19 истог Споразума даје институцијама ЕУ даља овлашћења да доносе прописе којима ће се спроводити борба против дискриминације, и то се у пракси и чини. Директива 2000/78 обезбеђује једнак третман приликом запошљавања и избора занимања. Ова такозвана Оквирна директива, у делу 11, наводи да

Дискриминација заснована на ... сексуалној оријентацији може подрити реализацију циљева Споразума, нарочито остварење високог нивоа запослености и социјалне заштите, повећање животног стандарда и квалитета живота, економску и социјалну кохезију, и слободно кретање људи.

Зато изгледа да су неки аргументи које је Европски суд правде одбацио, као што је већ поменуто, заправо признати као валидни у овој Оквирној директиви. Поред тога, Комисија је признала да би заштиту од дискриминације требало проширити и изван области запошљавања. 2008. године предложена је нова Директива за борбу против дискриминације по више основа, укључујући и сексуалну оријентацију (Европска комисија 2008а). Овај предлог се и даље разматра, а последњи пут је о њему расправљано у децембру 2010. године, када је примећено да су потребни даљи рад и консултације пре него што се донесе директива (Европски савет, 2010).

Јасно је, ипак, да је ЕУ посвећена борби против дискриминације по основу сексуалне оријентације на многобројним пољима. Зашто онда толико оклева да призна истополним партнерима иста права као и разнополним паровима? Изгледа да ЕУ нема начелну кохерентну стратегију за

елиминисање дискриминације по основу сексуалне оријентације. Уместо тога, она шаље неконзистентне поруке о вредности истополних заједница, било да су оне формализоване или не. Ово је неприхватљиво из перспективе оних којих се ова питања тичу, али је проблематично и за право ЕУ у ширем смислу. Ако ЕУ недостаје кохерентност у овој области, тешко је узети било коју политику везану за једнакост претерано озбиљно. Реторика ЕУ о једнакости и борби против дискриминације свакако је подривена када ЕУ сама не примењује принцип једнаког третмана у сопственом законодавству.

6.3. Символички значај

Поред проблема везаних за недоследност политике ЕУ у погледу спречавања дискриминације по основу сексуалне оријентације о којој је већ било речи, формулисање дефиниција које доводе до дискриминације или остављају могућност да буду протумачене тако да дискриминишу, има и велики симболички значај. Као што наводи Дич (Deech, 2010), судија Јужноафричког уставног суда Алби Сакс јасно је изнео зашто се дискриминација не сме дозволити:

Искључење истополних парова из користи и одговорности које доноси брак, према томе, није мала и тангенцијална нелагодност која резултира из неколицине опсталих реликата друштвених предрасуда осуђених да испаре као јутарња роса. Оно представља строг и искривљен став закона да су истополни парови аутсајдери, и да њихова потреба за афирмацијом њихове интимне везе као људских бића јесте некако мање важна од оне разнополних партнера. Тиме се оснажује болно схватање да се они третирају као биолошки отпад, као неуспела или погрешна људска бића која се не уклапају у нормално друштво, и која се, као таква, не квалификују за пун морални обзир и поштовање које наш Устав тежи да обезбеди свакоме. То значи да је њихова способност за љубав, посвећеност и прихватање одговорности по дефиницији мања у односу на разнополне парове.

Иако је овај судија овакво мишљење изнео у контексту одрицања права истополним партнерима да закључе брак у ситуацији када ниједна друга могућност за правно признање њихове везе није постојала, слични аргументи могу се применити и на ситуацију у којој истополним паровима није приуштено признање у многим државама ЕУ, и чак у самом праву ЕУ. Идеја да се термин супружник односи искључиво на разнополне венчане супружнике очигледно је дискриминаторска и шаље исту ону

поруку коју судија Сакс критикује. Чињеницу да право ЕУ до сада није принудило државе чланице да прихвате цивилна партнерства закључена у домаћој држави чланици тешко је помирити са принципом једнаког третмана, који се иначе сматра веома важним у реторици Комисије. Зар ЕУ не треба да буде у првим редовима у борби за елиминисање ставова који су дискриминаторски? Штавише, позиција невенчаних и нерегистрованих партнера, било да се ради о истополним или разнополним паровима није довољно размотрена на начин да се обезбеди да се породице непотребно не раздвајају. ЕУ је могла послати симболичку поруку да се истополне везе вреднују исто онолико колико и разнополне, и могла је да покаже да заиста жели да подстакне јединство породице у ширем смислу. Уместо тога, она наставља да дозвољава државама чланицама да дискриминишу по основу сексуалног опредељења и то по основи већ застарелог концепта породице.³ Данас је јасно да су се друштвени ставови на које се ослањао Европски суд правде у предметима Reed, и D и Шведска, и који су испољени приликом доношења CRD свакако до сада довољно променили да је поновно разматрање приступа на овом подручју неопходно и готово извесно (Европска агенција за фундаментална права).⁴

7. Закључак

У праву ЕУ којим се ефектуира слобода кретања људи и даље је приметно фаворизовање разнополних бракова. Искључење истополних венчаних парова из домена термина супружник представља дискриминацију по основу сексуалне оријентације, што је недопустиво, имајући у виду чињеницу да ЕУ такву дискриминацију настоји да елиминира у другим областима. Цивилним партнерима, са друге стране, уживање права којима се реализује слобода кретања у ЕУ учињено је зависним од тога да ли ће држава домаћин признати њихову заједницу. На крају, иако је одредба која се односи на партнере који нису нити у браку нити у регистрованом грађанском партнерству полно неутрална, па се може подједнако применити и на истополне и на разнополне партнере, потенцијал за

3 У последњим годинама све је више истраживања која показују да се концепт породице мења. Видети, на пример, веб страницу *Care, Values and Future of Welfare* <http://www.leeds.ac.uk/cava/> или Williams (2004).

4 Поред тога, Повеља о фундаменталним правима има много већи значај након ратификације Лисабонског споразума, будући да сада има статус споразума. И док детаљно разматрање импликација ове промене излази из оквира овог рада, важно је размотрити питање да ли ова промена у статусу захтева од ЕУ да стави већи акценат на права садржана у Повељи. Штавише, приступање ЕУ Европској конвенцији о људским правима, о којем се тренутно преговара, може у будућности покренути нова питања у овој области.

дискриминацију ових лица по основу сексуалног опредељења постоји и лежи у начину интерпретације услова трајности и оцени доказа његове испуњености од стране националних власти државе у којој партнери желе да се населе. Такође, третман нерегистрованих партнера намеће питање да ли ЕУ у овој области уопште препознаје промењен карактер породице, која се све чешће заснива на везама које нису ни на који начин формализоване.

Литература

Bell, M. (2004), Holding back the tide? Cross-border recognition of same-sex partnerships within the European Union. *European review of private law*, 12 (6)

Deech, R. (2010), Civil partnership. *Family law*

D'Oliviera, J.H.U. (2000), Freedom of movement of spouses and registered partners in European Union. У: J. Basedow, I. Meier, A.K. Schnyder, T. Einhorn and D. Girsberger, eds. *Private law in the international arena – from national conflict rules towards harmonisation and unification*

European Commission (2009), *Communication on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. COM (2009)

European Commission (2008), *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*. COM (2008a)

European Commission (2008), *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. COM (2008) 840 final, 10 December 2008

European Commission (2003), *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, COM

European Parliament (2001), *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*

European Union Agency for Fundamental Rights (2010), *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity 2010 Update Comparative legal analysis*. Luxembourg: Publications Office of the European Union

Liber amicorum Kurt Siehr (2010), *TMC Asser Press*, The Hague

McGlynn, C. (2007), *Families and the European Union: law, politics and pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press

O'Brien, C. (2010), *Yes to gay marriage and premarital sex: a nation strips off its conservative values*

Paladini, L. (2010), Italy: *Constitutional Court rejects same-sex marriage claim*, Public Law 2010: 807

Starup, P. and Elsmore, M. (2010), Taking a logical or giant step forward? Comment on Ibrahim and Teixeira. *European Law Review*, (4)

Tobin, B. (2009), Same-sex couples and the law: recent developments in the British Isles. *International journal of law, policy and the family*, 23

UK Border Agency (2009), *Guidance notes for applying as a European national or as the family member of a European national*. Version 1.0, July 2009

Frimston, R. (2006), Marriage and non-marital registered partnerships: gold, silver and bronze in private international law. *Private client business*, 6

Caracciolo di Torella, E. and Masselot, A. (2004), Under construction: EU family law. *European law review*, 29 (1)

Williams, F. (2004), *Rethinking families*. London: Calouste Gulbenkian Foundation

Dejan Janićijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Concept of Family in The EU Free Movement Law

Summary

This paper examines the concepts of spouse, civil partner and partner in European Union (EU) law, particularly in regulations referring to the free movement of persons, criticizing the unharmonized approach to defining family in this context. It argues that the narrow interpretation of the term spouse could lead to discrimination on the grounds of sexual orientation. Likewise, grounding free movement rights of civil partners on host state recognition of such partnerships could lead to the same result, which is not compatible with the equality principle in the EU law. The position of unmarried or unregistered partners is also considered; in particular, the paper analyses the requirement to duly attest durability of the relationship and its impact on the same-sex partners wishing to immigrate to a Member State. The author holds that it is necessary to reconsider the law in this area and adjust it to the EU's efforts to eliminate discrimination on the grounds of sexual orientation.

Keywords: spouse, same-sex marriage, civil partnership, family.