

Dr. sc. Dubravka Hrabar*

POSREDNI UTJECAJ VIJEĆA EUROPE NA EUROPSKU UNIJU U SVJETLU OBITELJSKOPRAVNIH VRIJEDNOSTI

Članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji može se promatrati u smislu proširenja pravnih učinaka europske stečevine i na posredan način. Naime, u svjetlu činjenice da su sve države članice Europske unije ujedno i članice Vijeća Europe državama se nameću određeni standardi preko ratifikacije dokumenata Vijeća Europe, a takav je primjer Konvencija Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (Istanbulska konvencija). Promjene u smjeru sve veće liberalizacije i umanjenja značenja nacionalnih obiteljskih prava vidljive su i u najnovijim odlukama Suda Europske unije koji u tumačenju europskoga prava prednost daje načelu slobode kretanja i zabrane diskriminacije. Usprkos opetovanom pozivanju na ustavne vrijednosti država članica i na duhovne i moralne vrijednosti kao zajedničku baštinu, čini se da one iščekavaju i da postaje upitnim što čini europske vrijednosti. Zbog nametanja novih standarda i kriterija prosudbe europski sudovi imaju bitnu ulogu stvarati svojim presedanima Europu novih vrijednosti, usprkos činjenici što one kao takve ne postoje ni u svijesti država članica ni u njihovim ustavima. Nametanje novih pravila „odozgo“ jezgrovito je i jasno, štoviše, više nije nimalo zakrابلjeno. Primjer Istanbulske konvencije koju je Republika Hrvatska ratificirala nedavno pokazuje da je sudbina javnih poredaka europskih nacionalnih država upitna kao i njihove vrijednosti koje su suprotne rodu kao pojmu koji je u njoj prvi put javno obznanjen. U trenutku kad je ratificira i sama Europska unija, postavlja se pitanje hoće li to biti proboj prema poništavanju gesla „jedinstvo u različitosti“ stvaranjem „jedinstva jednoulmija“. Jesu li u radu spomenute odluke Suda Europske unije korekcije nacionalnih obiteljskih zakonodavstava i derogiranje njihova javnog poretka te istodobno smanjenje suverenosti država članica Europske unije usprkos načelu dodijeljenih ovlasti? Čini se da se može zaključiti da Europska unija uz pomoć Vijeća Europe i dvaju sudova odustaje od harmonizacije i hrli prema unifikaciji obiteljskoga prava zadirući tako u temeljne europske, pa i nacionalne vrijednosti, napuštajući različitost kao bogatstvo.

Ključne riječi: Europska unija; Vijeće Europe; ustavne vrijednosti; europsko pravo; obiteljsko pravo.

* Dr. sc. Dubravka Hrabar, redovita profesorica u trajnom zvanju, predstojnica Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske (Full Professor and Head of Chair of Family Law, Faculty of Law, University of Zagreb and full member of the Croatian Academy of Legal Sciences): dubravka.hrabar@pravo.hr.

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4103-8190.

Ovaj je rad napisan u sklopu projekta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu „Novi hrvatski pravni sustav“.

1. SKLAD ILI NESKLAD EUROPSKIH ORGANIZACIJA?

Europsko tlo, gledano u zemljopisnome smislu¹, mjesto je susreta različitih političkih i pravnih institucija odnosno organizacija koje se ponekim sadržajem i ciljevima preklapaju, katkad su divergentne, a katkad samostalne. Zbog razvoja tijekom desetljeća svake od organizacija postavlja se u ovome trenutku važno pitanje preklapanja njihovih ingerencija odnosno ciljeva, koja su očekivanja od njihovih članica te postoji li jedinstvo vrijednosti. To se posebice odnosi na međudnos Vijeća Europe i Europske unije.

Vijeće Europe kao (najveća²) politička organizacija djeluje već dug niz godina, a Republika Hrvatska više je od dva desetljeća njezinom članicom.³ U osnovi Vijeće Europe ima cilj bdjeti nad ljudskim pravima inkorporiranim u *Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (dalje u tekstu: EKLJP⁴), demokracijom i vladavinom prava.⁵

Europska je unija, prije svega, gospodarska tvorevina koja svoje korijene crpi iz europskih zajednica⁶, a cilj joj je jačanje stabilnosti, mira i gospodarskog napretka.⁷ Tzv.

¹ „Geografski gledano, Europa je sjeverozapadni produžetak Azije i manje je fizički jedinstvena od npr. Kine, Indije ili Sibira...“, *Shek Brnardić* 2016, 111. Tako i J. Ratzinger na Europu gleda više kao na „kulturalni i povijesni pojam“, a tek potom na to da je riječ o zemljopisnom pojmu te daje vrlo jasan odgovor na pitanje identiteta Europe tijekom povijesti. Autor govori o „iskliznuću“ duhovnog temelja stare Europe koja za razliku od islamskih zemalja „sve više vidi [da je] osuđena na propadanje i sumrak“. „Izgleda da je Europa baš u ovome trenutku svoga najvećeg uspjeha iznutra postala prazna, u nekom smislu kriza joj je onesposobila krvotok, dovela u opasnost njezin život, prepustila, da tako kažemo, njezinu sudbinu presađenim organima koji će međutim nužno uništiti njezin identitet.“; usp. *Ratzinger* 2013, 21 i dr.

² Danas je čini 47 europskih država.

³ Vijeće Europe osnovano je 1949. godine, a Republika Hrvatska članicom je od 6. studenog 1996.

⁴ NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

⁵ O tome tzv. triptihu vrijednosti govori Benôit-Rohmer, F., Klebes, H., *Council of Europe law – Towards a pan-European legal area*, Council of Europe, 2005., str. 141; cit. prema *Majstorović* 2009, 8. Europska demokracija autofagična je zato što je relativistička, sama je za sebe religija. Liberalna država koja je u podnožju demokracije „za oce liberalizma zadojene kršćanstvom imala [je] ulogu jamca i čuvara poštivanja temeljnih, svetih, nepovrjedivih, neospornih ljudskih prava (...) danas je postala najopasniji neprijatelj tih istih vrjednota.“ *Pera* 2009, 11.

⁶ I. Majstorović navodi: „Pojam Zajednica koristi se kao oznaka za tzv. prvi stup Unije. Prvi stup za pravo čine dvije Europske zajednice: Europska zajednica (prije Europska ekonomska zajednica) i Europska zajednica za atomsku energiju. Treća, Zajednica za ugljen i čelik prestala je postojati 2002. godine. Za predmet ove knjige unutar prvog stupa relevantna je samo Europska zajednica. Drugi stup čine zajednička vanjska i sigurnosna politika, a treći stup suradnja država u unutarnjim poslovima i pravosudna suradnja. Temeljna razlika među stupovima Unije jest u razini prenošenja ovlasti na Uniju, odnosno ograničavanju samostalnog odlučivanja država članica. Nakon što Lisabonski ugovor stupi na snagu (...) navedena će trojaka struktura prestati postojati, no razlike u ovlastima i dalje će postojati.“; usp. *Majstorović* 2009, 15, bilj. 50.

⁷ Građanska prava u Europskoj uniji u pravnoj su se teoriji prije razmatrala u okvirima prava na slobodno kretanje, prava iz radnog odnosa, potrošačka prava, prava u odnosu na zdrav okoliš te prava građana u odnosu na državu i Europsku uniju; usp. *Korać Graovac* 2013, 25.

Lisabonski ugovor⁸ njezin je aktualni ustav te su u njemu sadržane određene civilizacijske vrijednosti na kojima počiva Unija.

Obje organizacije imaju svoje sudove koji stvaraju sudsku praksu.⁹ Europski Sud za ljudska prava (u Strasbourgu) sudi na temelju konvencija Vijeća Europe (poglavito EKLJP-a, a ubuduće i drugih), a Sud Europske unije (u Luksemburgu)¹⁰ „osigurava da se pri primjeni i tumačenju Osnivačkih ugovora poštuje pravo“¹¹, odnosno on je odgovoran za tumačenje ugovora, uredaba i direktiva. Iz perspektive privatnoga prava, osobito obiteljskoga prava, svjedoci smo sve većeg broja sudskih odluka iz Strasbourga koje zadiru u nacionalna zakonodavstva korigirajući ih i vodeći ih prema novome europsko-me „poretku društvenih vrijednosti“, a od Suda u Luksemburgu valja očekivati daljnje presedane¹², osobito uzmu li se u obzir argumenti nekih jurista koji potiču Europsku uniju da od država domaćina traže priznanje *de facto* i *de iure* istospolnih zajednica.¹³

Zbog normativne djelatnosti Vijeća Europe i Europske unije te judikature europskih sudova može se govoriti o svojevrsnu četverokutu unutar kojega se građani Europske unije – slobodno? – kreću, pri čemu su svi građani Europske unije zbog članstva nacionalnih država u Vijeću Europe istodobno podređeni Vijeću Europe.¹⁴ No, pitanje je mogu li se ti građani, podređeni i svojim nacionalnim državama i pravnim sustavima, mirno osloniti na „četverokut“ u cijelosti kad je sve zamjetnija uloga obaju

⁸ Posljednji je konstitucijski akt Lisabonski ugovor iz 2007. godine koji uključuje dva ugovora: Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije; usp. *Official Journal of the European Union* C326, 26. 10. 2012. U čl. 1., st. 3. Ugovora o Europskoj uniji navodi se: „Unija se temelji na ovom Ugovoru i Ugovoru o funkcioniranju Europske unije (u daljnjem tekstu: 'Ugovori'). Ta dva Ugovora imaju istu pravnu vrijednost.“ Lisabonskom ugovoru pridodana je poslije Povelja temeljnih prava Europske unije (2010.) koju su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija, koja je utemeljena na „zajedničkim vrijednostima (...) Svjesna svojeg duhovnog i moralnog nasljeđa, Unija se temelji na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti; Unija se temelji na načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u središte svog djelovanja uspostavljanjem statusa građana Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde.“ (Iz Preambule).

⁹ U odnosu na privatno pravo valja istaknuti da je praksa minornijeg značenja, osobito ona Suda Europske unije, što osobito dolazi do izražaja u vezi s mogućom unifikacijom i harmonizacijom, i to zbog naglaska na ekonomskim zakonitostima, slobodi kretanja i ostvarenju jedinstvenog tržišta; usp. Pintens, W., *Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, Teile 1-3, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1993., 6-8, str. 500, cit. prema Majstorović 2009, 10. Riječ je o dominantno gospodarskim temama i tržištu rada i usluga.

¹⁰ Europski sud sastavljen je od dvaju sudova – Suda Europske unije i Suda prvog stupnja – te „osigurava da se pri primjeni i tumačenju Osnivačkih ugovora poštuje pravo. (...) Naime, Europski je sud tijelo koje je isključivo nadležno za tumačenje europskoga prava u užem smislu te prosudbu valjanosti njegovih normi“; usp. Majstorović 2009, 18.

¹¹ Majstorović 2009, 18.

¹² Premda je, za sada, riječ tek o sporadičnim presedanima kojih su obiteljskopравne vrijednosti tek manjim dijelom. O najvažnijim slučajevima v. *McGlynn* 2003, 219–238.

¹³ *Tryfonidou* 2015, 246.

¹⁴ *Vice versa* ne vrijedi jer Vijeće Europe čine i države koje nisu članice Europske unije (Albanija, Armenija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Gruzija, Moldavija, Norveška, Ruska Federacija, Srbija, Turska i Ukrajina).

sudova koji svoje odluke donose ne respektirajući nacionalne ustave i u njima inkorporirane vrijednosti, čime dolazi, po našem mišljenju, do upitnosti suverenosti nacionalnih država. Daljnje pitanje koje ovaj odnos Vijeće Europe – Europska unija generira moguće je članstvo Europske unije u Vijeću Europe¹⁵ i time otvaranje puta za nacionalne države, prema bespogovornu poštivanju dokumenata, osobito međunarodnih ugovora, koje Vijeće Europe donosi, čak i za one države koje ne ratificiraju neku konvenciju Vijeća Europe. Za sada je glede tog odnosa znakovito što Europska unija nije potpisala EKLJP zbog mišljenja Suda Europske unije¹⁶, no potpisala je *Konvenciju Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji* (dalje u tekstu: Istanbulska konvencija¹⁷) te se čeka da je Europska unija ratificira.¹⁸

2. JEDINSTVO EUROPSKIH VRIJEDNOSTI?

U ovome radu kratko ćemo analizirati postoji li podudarnost u „europskim vrijednostima“ koje su sadržane ili pak ispuštene u relevantnim europskim dokumentima, osobito u odnosu na okolnost *rod* koja se prvi put spominje u Istanbulske konvenciji te ima li i u kojoj mjeri taj *novum* nadustavnu snagu u nacionalnim zakonodavstvima.

Vrijednosti sadržane u načelima prema čl. 2. Ugovora o Europskoj uniji¹⁹ govore o poštovanju ljudskoga dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Posebnu važnost u usporedbi s EKLJP-om imaju načela²⁰ i vrijednosti Povelje temeljnih prava Europske unije (dalje u tekstu: Povelja)²¹, koja u Preambuli navodi utemeljenost na-

¹⁵ Čl. 6., st. 2. Ugovora o Europskoj uniji predviđa: „Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To pristupanje ne utječe na nadležnosti Unije kako su utvrđene u Ugovorima.“ V. *Official Journal of the European Union* C 83, 30. 3. 2010.

¹⁶ *Opinion 2/13 of the Court (Full Court)* 18 December 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CV0002>.

¹⁷ U vrijeme pisanja ovoga rada tekst Konvencije nije još objavljen u službenom glasilu. Dostupan je tekst na hrvatskome jeziku <https://rm.coe.int/1680462470>. Tekst Konvencije na engleskome jeziku nalazi se na mrežnoj stranici <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/text-of-the-convention>.

¹⁸ Europska unija potpisala je Istanbulske konvencije 13. 6. 2017.; https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=x1qBLONK.

¹⁹ Čl. 2. navodi: „Unija se temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca.“

²⁰ Riječ je o 50 različitih prava, sloboda i načela, pri čemu nije jasno koja su od njih prava, koja slobode, a koja načela; *cfr. Nielson* 2010, 21.

²¹ Povelja je za većinu država članica obvezujuća, osim za Poljsku i Veliku Britaniju koje su istaknule tzv. *opt-out* klauzulu kojom se isključuju od njezine primjene. *Korać Graovac* 2013, 26, ističe kako se „Poljska kao država u kojoj je snažan utjecaj Katoličke crkve i svjetonazora obilježenog tradicionalnim shvaćanjima obiteljskih vrijednosti i potrebe zaštite života pojedinca od njegova početka, zaštitila od nametanja drugačijih shvaćanja.“

roda Europe na zajedničkim ustavnim tradicijama i međunarodnim obvezama država članica, EKLJP-u, socijalnim poveljama, judikaturi Suda Europske unije²², odnosno na vrijednostima koje sažima na sljedeći način: „Svjesna svojeg duhovnog i moralnog nasljeđa, Unija se temelji na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti; Unija se temelji na načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u središte svog djelovanja uspostavom statusa građana Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde.“

Razvidno je da je europski „ustav“ stvoren bez religijskog identiteta premda su sve nabrojene vrijednosti ukorijenjene u kršćanskoj nauki. J. H. Weiler navodi, što vrijedi i sada, da „isključivanje kršćanskog religijskog osjećaja iz preambule Europskog ustava jednostavno znači da se u državnoj simbolici preferira jedan svjetonazor nad drugim te da se to izdaje pod neutralnost.“²³ J. Ratzinger naznačuje temeljne moralne elemente (tada budućega) europskog Ustava te ističe kao prvi element „bezuvjatnost“ kojom ljudsko dostojanstvo i ljudska prava moraju biti predstavljena kao vrijednosti koje prethode bilo kojem državnom zakonodavstvu“, pa navodi kako ona ne mogu biti dodijeljena građanima, „već prije svega postoje po vlastitome pravu, zakonodavac ih oduvijek mora poštovati, prethodno su mu dana kao vrijednost višeg reda“.²⁴ Govoreći o ljudskom dostojanstvu i temeljnim ljudskim pravima (koje su povezane sa slobodama, jednakošću i solidarnošću, pa time s temeljnim tvrdnjama o demokraciji i o pravnoj državi), Ratzinger ne dvoji o njihovoj prednosti u odnosu na svaku političku odluku, no prepoznaje stvarne prijetnje tim vrijednostima osobito u području medicine (kloniranje, istraživanje i darivanje zametaka, odnosno sažeto rečeno: genetičke manipulacije). Sve to dovodi u pitanje s aspekta prava na moralni izbor.²⁵ Drugi su element europskoga identiteta po Ratzingeru brak i obitelj. Monogamni brak ističe kao „stanicu u oblikovanju državne zajednice, uređen [je] polazeći od biblijske vjere.“²⁶ Ističe ugroženost braka i obitelji napuštanjem nerazrješivosti braka, olakšanjem razvoda, životom u izvanbračnim zajednicama te „u napadnoj suprotnosti sa svim tim jest i zahtjev homoseksualaca za zajedništvom života“ u pravnome obliku više ili manje izjednačenom s brakom.²⁷ Treći element europskoga identiteta Ratzinger vidi u religijskome pitanju u čemu uočava nejednakost u postupanju, odnosno kako kaže „društvo u kojemu nema tog poštovanja“²⁸ izgubilo je nešto bitno.²⁹ Ratzinger podupire (pravnu, sudsku) zaštitu vjere Izraela i Kurana, dok

²² Nielson 2010, 20.

²³ Shek Brnardić 2016, 100.

²⁴ Ratzinger 2013, 29.

²⁵ *Ibid.*, 30.

²⁶ *Ibid.*, 30.

²⁷ *Ibid.*, 31.

²⁸ Riječ je o „poštovanju prema svetome u najuzvišenijem smislu, prema Bogu, što smijemo pretpostaviti da ćemo naći i kod onoga koji ne želi vjerovati u Boga.“*Ibid.*, 32.

²⁹ *Ibid.*, 32.

kršćanstvo trpi i „tada se najednom kao vrhovno dobro pojavljuje sloboda mišljenja čije bi ograničavanje ugrozilo ili upravo razorilo snošljivost i slobodu uopće. Sloboda mišljenja međutim nailazi na svoju granicu u tome da ona ne može uništiti čast i dostojanstvo drugoga; ona nije sloboda lagati ili gaziti ljudska prava.“³⁰

Uzmu li se u obzir temeljne vrijednosti Ugovora o Europskoj uniji te pojedina prava i slobode razrađene u Povelji³¹ i vrijednosti iz čl. 14. EKLJP-a koji zabranjuje diskriminaciju po različitim osnovama³², zaključit ćemo da postoji podudarnost „europskih vrijednosti“. No, čini se da svjedočimo sklonosti nadilaženja eksplicitnih vrijednosti propisivanjem nekih novih, njima suprotnih kao što je *rod*, prvi put spomenut u Istanbulskoj konvenciji. Zbog liberalističkih tendencija, a i nedavnih pokušaja³³ u Europskome parlamentu možemo očekivati i nove nasrtaje na tradicionalne vrijednosti nekim novim konvencijama koje bi u sasvim novim vrijednosnim okvirima regulirale, primjerice, pravo na pobačaj, surogato majčinstvo³⁴ i sl.

S obzirom na „zaokret“ koji Sud za ljudska prava u Strasbourgu čini svojim presudama u odnosu na prava istospolnih partnera priznajući im prava premda spolna orijentacija nije izričit kriterij zabrane diskriminacije u katalogu ljudskih prava sadržanih u EKLJP-u, dvojimo hoće li u nekim novim slučajevima posegnuti za kriterijem *roda* kao nediskriminatornom okolnosti namećući tako državama nove vrijednosne vizure. Sud Europske unije ove je godine donio neke presude koje govore upravo u prilog po našem mišljenju preekstenzivnu tumačenju pojma slobode kretanja i promjene spola ne bi li osnažio neke nove vrijednosti, važnije od braka.

³⁰ *Ibid.*, 32.

³¹ O pravima i slobodama iz Povelje, osobito s aspekta obiteljskoga prava, v. *Korać Graovac* 2013, 25–51.

³² Članak 14.1. „Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

³³ Parlamentarna Skupština Vijeća Europe odbacila je početkom listopada 2016. rezoluciju koju je predstavila belgijska zastupnica s namjerom ozakonjenja surogalnoga majčinstva koje je protuzakonito u većini članica Europske unije.

³⁴ Europski parlament jasno je istaknuo svoje protivljenje takvoj praksi Rezolucijom od 17. 12. 2015. (v. *Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*) navodeći „considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments.“ Cfr. http://faface.org/index.php?option=com_content&view=article&id=402:european-parliament-rejects-a-proposal-for-a-report-on-surrogacy&catid=53&Itemid=234&lang=en (28. 9. 2018.). I Sud u Strasbourgu u presudi *Paradiso & Campanelli vs. Italy* (25358/12) upozorava države na pravo da ne priznaju roditeljske veze koje se ne zasnivaju na biološkom podrijetlu u slučaju surogatnog majčinstva. O stanju glede problema surogatnog majčinstva u Europi v. više [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI\(2016\)571368_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf).

Za Europsku uniju očevidna je promjena smjera glede tzv. „europskih vrijednosti“ koje imaju, prije svega, političko značenje, no potom i pravno. Zajedničko je vremenu u kojem žive Europska unija i Vijeće Europe da „našu stvarnost kreiraju, usmjeraavaju, mijenjaju, preobličuju i izobličuju kroz razne kvazidemokratske procese, tobogznu zaštitu ljudskih prava i vladavine prava“.³⁵

Iz Statuta Vijeća Europe jasno proizlazi njegov cilj, a to je pozivanje na ideale i načela koji su zajednička baština³⁶ europskih država, odnosno nepokolebljiva privrženost duhovnim i moralnim vrijednostima.³⁷ Ostvaruje li se ili modificira zajednički cilj – upitno je.

3. EUROPSKO PRAVO U OKVIRIMA EUROPSKE UNIJE I VIJEĆA EUROPE

Legitimnost postojanja europskoga prava kao regionalnoga međunarodnog podstava predmet je širokih rasprava, osobito na razini međunarodnoga javnog prava. Odnos Vijeća Europe i Europske unije paradigmatički je i neobično važan.

3.1. Europska unija

Pravo Europske unije ustvari je dio međunarodnog prava, odnosno njegov „novi pravni podsustav“.³⁸

Pet godina od članstva Republike Hrvatske u Europskoj uniji vrijedi osvrnuti se na određene promjene koje su zamjetne i odnose se i na područje obiteljskoga prava

³⁵ Hrabar 2018, 18.

³⁶ Zabrinjavajuća je (predizborna) izjava Manfreda Webera u povodu rasprave o izvješću o Mađarskoj: „Europski ideali vjerske slobode i odvojenosti države i crkve načela su na kojima smo stvorili ljudska prava, ne kršćanska prava, na ovom kontinentu“; usp. <https://www.jutarnji.hr/vijesti/svijet/burna-rasprava-o-madarskoj-u-eu-parlamentu-celnik-pucana-orbanu-u-europi-imamo-ljudska-a-ne-krscanska-prava-farage-dodite-k-nama-u-brex-it-klub/7817577/>. Naime, ljudska prava svoje ishodište imaju u evanđelju. M. Pera govori o izgradnji europskoga identiteta u smislu dvočlanosti, odnosno razlikovanja dijalektičkog „mi – oni“. Navodi kako je „kršćanstvo duša Europe ne zato što se nije pomiješalo s drugim kulturama, nego jer ih je objedinilo, artikuliralo, stopilo, složilo u sliku koja je zemlju na koju su se iskrcali Petar i Pavao pretvorila u ‘kršćanski kontinent’“. Polemizira s tzv. „polutanskim“ identitetom Europe gdje nestajemo „mi“, a ostaju „oni“. Na geslu Europske unije „jedinstvo u različitosti“ dokazuje kako ono podrazumijeva integriranje u nešto, a ne njegovo napuštanje, tj. „[I]ntegrirati znači prihvatiti da postoji nešto, upravo identitet, kojemu pridajemo toliku vrijednost da i od drugih tražimo da ga poštuju, cijene i s nama dijele“ te očekivanja da Europa bude otvorena, uključujuća, tolerantna, puna poštovanja, miroljubiva, ali ne može ozbiljno očekivati da će se roditi iz pomanjkanja razlika i razgraničenja. Može se htjeti integrirati, ali sama logika izraza, osim subjekta koji valja integrirati, pretpostavlja i integrirajući subjekt.“; usp. Pera 2009, 103.

³⁷ Iz Statuta Vijeća Europe, čl. 1., t. a) i Preambula Statuta, st. 1., 3. i 4.; cfr. Omejec 2014, 3.

³⁸ Lapaš 2013, 184. Isto tako i odluka Europskoga suda u slučaju *Van Gend en Loos v. Netherlands*, Lapaš 2013, 185, bilj. 46.

premda obiteljsko pravo kao specifična pravna grana, rekli bismo upravo zbog raznolikosti tradicija, kulture, običaja i religija naroda kojima pripada Europska unija i koji joj pripadaju³⁹, nije nikada predmetom pristupnih pregovora⁴⁰ za ulazak u članstvo u Europskoj uniji. Zbog toga se smatra da nema smisla, štoviše da je nemoguće međusobno približavanje obiteljskopравnih sustava⁴¹ odnosno da se obiteljsko pravo ne može „podvrći europskoj regulativi“⁴² te da Europska unija nije prema „*communis opinio* ... nadležna usklađivati materijalnopravne sustave“.⁴³ Naime, novijim konvencijama i sudskom praksom razvidno je korigiranje nacionalnih materijalnih obiteljskih sustava, pa je zamjetan utjecaj novije regulative na nacionalne pravne sustave koji su odraz javnoga poretka. Dovoljno je upozoriti na Istanbulsku konvenciju koja proširuje pojam *rod* i na područja u kojima taj pojam ne postoji. Logično je zapitati se gdje su granice takva postupanja europskih sudova i legislative?

Europska unija nastala je na temeljima triju europskih zajednica 50-ih godina 20. stoljeća, u nastojanjima prema slobodnu protoku ljudi, roba i usluga. Europska je unija formalno uspostavljena 1. studenoga 1993. godine stupanjem na snagu Ugovora o Europskoj uniji (poznatiji kao Ugovor iz Maastrichta). Godine 2004. donesen je tzv. Ustav za Europu⁴⁴ (nazivan i Ustavni ugovor), koji je nakon neuspjeha osnaživanja federalističke vizije Unije propao te je 2009. na snagu stupio Lisabonski ugovor koji uključuje dva ugovora: Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije.

Politološki pogled na srž Europske unije sažima se u misli kako je ona: „*politeia sui generis*“ odnosno poseban politički sustav koji ima elemente federacije, ali nije federacija; ima elemente države, ali nije država; ima elemente međunarodne organizacije, ali nije međunarodna organizacija⁴⁵, čiji entitet i identitet nisu riješili ni ugovori koji su joj prethodili⁴⁶ te je zanimljivo, ponajprije politološko, a potom i pravno biće. Međunarodnopravni pogled, uvažavajući odredbe Lisabonskoga ugovora (osobito čl. 47. Ugovora o Europskoj uniji), govori o postizanju i izričitu priznanju njezine

³⁹ Christopher Dawson u djelu *The Dynamics of History*, str. 287. navodi: „Europa je prvi put postala svjesna sebe kao zajednice naroda koji vjeruju u iste moralne vrijednosti i zajednički duhovni cilj tek onda kada je postala kršćanskom“, cit. prema *Shek Brnardić* 2016, 108. Nadalje, Dawson ističe kako je kršćanska kultura srž sveukupna procesa ujedinjenja Europe. Europa prema njemu nije kontinent: ona je povijesna kreacija; usp. *Shek Brnardić* 2016, 110.

⁴⁰ *Majstorović* 2013, 2, navodi da je pristup EU obiteljskopравnim pitanjima „fragmentaran, pa i stihijski“, ali navodi i „obvezu stalnog usklađivanja nacionalnoga pravnog sustava s pravnom stečevinom Unije (*acquis communautaire*)“.

⁴¹ *Ibid.*, 1.

⁴² *Ibid.*, 15.

⁴³ Antokolskaia, M., *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*, HeinOnline, 22, *Child and Family Law Quarterly*, 2010., str. 400 i 401, cit. prema *Majstorović, ibid.*, 16.

⁴⁴ *Treaty establishing a Constitution for Europe*, Official Journal C 310, 16. 12. 2004.

⁴⁵ *Grubiša* 2005, 57, slično i u radu *Grubiša* 2011, 61–90.

⁴⁶ Tj. ugovori iz Maastrichta, Amsterdama i Nice.

„međunarodnopravne osobnosti“⁴⁷, a istodobno se „zasniva i na poštovanju jednakosti država članica, njihova identiteta i državnosti“, tj. „upravo na načelima koja su u temeljima općega međunarodnog prava već stoljećima“.⁴⁸ Intrigantnost s pravnog aspekta postoji upravo zbog prijenosa dijela suverenosti nacionalnih država na Europsku uniju i neprestanih kriza glede njezina karaktera, upravljanja (liderstva) i na kraju budućeg razvoja, odnosno točke koja će biti odgovor na upit o zadovoljstvu većine njezinih građana. Lapaš spominje „supranacionalni karakter nekih njezinih izvora“ u smislu prijenosa ovlasti na Uniju od država članica, pa „akti njezinih organa uživaju neposrednu primjenjivost u unutarnjim pravnim porecima država članica“.⁴⁹ Lapaš nadalje navodi kako je pravom Unije, u odnosu na državnost država članica, suverenost „ograničena, no nipošto napuštena“.⁵⁰ Neki pak smatraju da Unija „ima neka obilježja obične međunarodne organizacije, i, možda manje uočljivo, ali ipak sasvim određeno, neka obilježja federacije, ... (koja) postupno postaju sve značajnija“⁵¹, odnosno kako je riječ o „kvazifederalnom sustavu“.⁵² Pristaše suverenizma, a među njima osobito oni koji se bave obiteljskim pravom, zabrinut će se zbog tvrdnje da „... odluke koje se donose u takvom političkom sustavu pokrivaju gotovo sva područja javnih politika i imaju izravan impakt na građane, intervenirajući tako u proces javnih politika na nacionalnoj razini...“⁵³ Pridoda li se tomu otvoren antikiršćanski diskurs⁵⁴, jasno je da smo u vrtlogu tvorbe nadnacionalnih pravnih sustava lišenih temelja na kojima je Europa izgrađena.⁵⁵

Output Europske unije enorman je, zbog njezina supranacionalnog karaktera zabrinjavajuć⁵⁶, a pomalo i konfuzan uzme li se u obzir da Europska unija danas „baš kao

⁴⁷ Lapaš 2013, 179.

⁴⁸ *Ibid.*, 179.

⁴⁹ *Ibid.*, 179. Autor potanko analizira karakter uredaba (*regulations*), direktiva (*directives*) i odluka (*decisions*) te naposljetku odluka Europskog suda u smislu njihove primjenjivosti.

⁵⁰ Lapaš 2013, 180.

⁵¹ Hartley, T., *Temelji prava Europske zajednice – Uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Open Society Institute Constitutional and Legal Policy Institute (COLPI), Rijeka, 1999., str. 9, cit. prema Majstorović 2013, 6, bilj. 32.

⁵² Hancher, I., *Constitutionalism, the Community Court and International Law*, *Netherlands Yearbook of International Law*, sv. XXV, 1994., str. 263–265; cit. prema Lapaš 2013, 183.

⁵³ Grubiša 2005, 58.

⁵⁴ V. bilj. 36.

⁵⁵ T. Matulić u prikazu zbornika R. Remonda, *Velika iznahašća kršćanstva* (Zagreb, KS, 2010., 287 str.) objavljenu u časopisu *Nova prisutnost*, 2011., 1, 277–285, na str. 281 navodi misao Guya Aurenchea (u njegovu prilogu pod naslovom *Radosna vijest o pravima čovjeka*) kako su se kršćanstvo i ljudska prava susreli na samome početku, zajedno su kročili u njihovu ostvaranju i zajedno rade na njihovu produbljivanju. Osim toga, Matulić dodaje: „Naime, sustav modernih vrijednosti je posve krhak i nestabilan bez jednog sigurnog i neupitnog transcendentnog sidrišta“, str. 283.

⁵⁶ Grubiša 2005, 58, navodi: „Uzme li se u obzir da EU proizvede godišnje oko 6.000 pravnih akata za implementaciju svojih javnih politika, tada proizlazi da je zakonodavna mašinerija EU-a aktivnija od zakonodavnog aparata bilo koje njezine države članice, a primarni i sekundarni pravni akti EU-a automatski postaju dijelom nacionalnog pravnog korpusa, dok je supranacionalna judikatura iznad

i njezine države članice, sudjeluje na osnovi svoga međunarodnopravnog subjektiviteta“ u tzv. „mješovitim ugovorima“.⁵⁷ Tumačeći odnos Europske unije i njezinih članica, Lapaš navodi da je riječ o „specijalnom pravnom podsustavu općeg međunarodnog prava, barem tako dugo dok njegovi subjekti – članice Unije – budu željele sačuvati svoju suverenost i državnost, a s njome i svojstvo toga istog međunarodnog prava.“⁵⁸ Pravnici nerijetko vole isticati pravnu osobnost Europske unije s primatom europskih propisa nad nacionalnom legislativom s naglaskom na ljudskim pravima kao veliku postignuću.⁵⁹

Politološki uvid u Europsku uniju nerijetko se vrti oko političke naravi te organizacije te se svodi na sučeljavanja federalista i euroskeptika, pri čemu se čini da i jedni i drugi imaju pravo.⁶⁰ Razvoj političkih organizacija svakako je vidljiv promjenama temeljnih akata. U slučaju Europske unije zamjetna je, u vezi s prvim ustavom iz 2004. godine, diskrepancija u tumačenju biti integracijskog procesa u Europskoj uniji. Prijepori traju do danas te se govori o vidljivu sukobu dviju ideja: federalizma i intergovernmentalizma. Smatra se da je prvi Ustav⁶¹ „tek prva faza u uspostavljanju političkog sustava EU-a na preciznim ustavnim načelima, i istodobno, koliko je on plod kompromisa raznih i različitih političkih orijentacija, ideja i interesa“, odnosno „rezultat pregovornog kompromisa između federalističkih političkih ideja i među-

nacionalnih zakona. Nadalje, regulatorne politike EU-a imaju velik posredni impakt na distribuciju moći i resursa među pojedincima, grupama i nacijama u Europi. Tako se može reći da *output*-učinci politike EU-a imaju važan učinak na ‘autoritativnu alokaciju vrijednosti’” te spominje tisuće sastanaka koji se u godini održe pa se može govoriti o već poznatoj i u stvarnosti nepoželjnoj „eurobirokraciji“.

⁵⁷ Lapaš 2013, 186–187.

⁵⁸ *Ibid.*, 190.

⁵⁹ „Pravnici će isticati činjenicu da je Europska unija ovim Ustavom dobila pravnu osobnost i da je definitivno utvrđen primat europskih propisa, sada nazvanih zakonima, nad nacionalnom legislativom. Kao što će i inkorporaciju Povelje o pravima, čime se EU diže s razine države prava na razinu države ljudskih prava, zagovornici i teoretičari ljudskih prava pozdraviti kao velik korak naprijed.“ Grubiša 2005, 59 i dr.

⁶⁰ Grubiša 2005, 59, navodi: „Pristaše ograničavanja federalističkih ambicija moći će istaknuti, pored faktičkog veta u suženom broju slučajeva, još uvijek ključnu ulogu nacionalnih država kao aktera u određivanju tempa integracije kroz još uvijek dominantnu ulogu Europskog vijeća, kao i ustavnu obvezu EU-a da čuva i njeguje nacionalne identitete država članica. Moto EU-a sada glasi: *ujedinjeni u razlikama*, što je bitno različito od američkog *E pluribus unum*. Pristaše javnih politika isticat će važnost činjenice što se prvi put u jednom ustavu nabrajaju i specificiraju javne politike pertinentne takvoj politeji. Naravno, to još uvijek neće uvjeriti euroskeptike da EU nije osuđen na propast i da je još uvijek instrument kojim jake europske države žele sebi podčiniti manje nacije i pretopiti ih u europski *melting pot*, dok će euroskeptici iz velikih zemalja tvrditi, poput Richarda Northa, da u sustavu EU-a male zemlje iskorištavaju velike i tako izvlače koristi koje dosežu i do 5 % njihova BDP-a, dok račun za to plaćaju velike zemlje.“ Po našem je mišljenju u tome slučaju pitanje omjera šteta i koristi.

⁶¹ Opsežan sa svojih 448 članaka i više od 60.000 riječi, uz 36 dodatnih protokola i 42 priloga. Daleko je to od jednostavnosti, čitkosti i prihvatljivosti za prosječna čovjeka, kako Grubiša navodi: „Previše za jedan Ustav“, ali još prihvatljiviji od goleme količine „paralelno postojećih odredaba iz čak sedam ugovora koji su do sada činili ‘konstituciju Europske unije bez ustava’“; usp. Grubiša 2005, 54.

vladinih, intergovernmentalnih politika, kao i nacionalnih interesa zemalja članica.“⁶² Doista, nerijetko divergentna gledišta nacionalnih država utjecala su na nekoliko faza tzv. „*the never ending dilemma*“⁶³, što je vidljivo u različitim ugovorima koji su trebali biti temeljni propisi Europske unije. Manjak demokratičnosti, usprkos pozivanju na nju, notorna je činjenica te su određene reforme u tome smjeru nužne⁶⁴, a jednostavnija struktura iznutra i izvana *condicio sine qua non* opstanka Europske unije.

Smisao osnivanja i djelovanja svakoga međunarodnog tijela ograničen je njezinim ciljevima koji moraju biti jasni i prepoznatljivi. Za Europsku je uniju ta polazišna točka definirana člankom 5. Ugovora o Europskoj uniji kojim su ovlasti Europske unije ograničene trima načelima⁶⁵, od kojih je načelo dodijeljenih ovlasti ključno kad je riječ o preispitivanju, usklađivanju i opstojnosti temeljnih vrijednosti i ciljeva. U skladu sa spomenutim načelom djelovanje Unije ograničeno je ovlastima koje su joj članice prepustile (u smislu djelomičnog odricanja od svoje suverenosti i nadležnosti) i ciljevima koje navodi čl. 3. Ugovora o Europskoj uniji. Za tu temu važni su ciljevi: suzbijanje društvene isključenosti i diskriminacije, ravnopravnost žena i muškaraca, doprinos zaštiti ljudskih prava, a u određenu segmentu i poštovanje bogate kulturne raznolikosti i kulturnog nasljeđa Europe. Možemo izraziti žaljenje ne samo zbog činjenice nego i zbog posljedica koje se upravo događaju u Europskoj uniji, kako kršćanstvu nije priznata snaga integrativnosti. Strah od mogućeg radikalizma⁶⁶ pripisivao se isticanju kršćanstva, no radikalna islamizacija, nekontrolirane imigracije i slom kršćanskih vrijednosti živo su ogledalo današnje Europske unije. „Čuvanje različitosti – drugo ime za *relativizam* – smatralo se glavnim prioritetom i čimbenikom društvene kohezije.“⁶⁷

⁶² Grubiša 2005, 53.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Grubiša, *ibid.*, na str. 60 navodi: „Mislim da će njegova definitivna demokratska reforma biti zaokružena tek kada Vijeće Europske unije postane i formalno drugi dom Europskog parlamenta, neka vrsta senata, a ne institucija koja je dio političkog sustava EU-a, ali istodobno i institucija iznad političkog sustava EU-a, jer njezine odluke ovise o definitivnoj odluci Europskog vijeća – summita šefova država i vlada EU-a. Europsko vijeće kadšto poprima ulogu *deus ex machina* kao u antičkim tragedijama, kada je autor toliko zapetljao zbivanja i likove da ih je mogao otpetljati samo uz pomoć intervencije svevišnjih.“

⁶⁵ O značenju i utjecaju načela dodijeljenih ovlasti, načela supsidijarnosti i načela proporcionalnosti na obiteljsko pravo v. više Majstorović 2013, 13 i dr.

⁶⁶ *The Spiritual and Cultural Dimension of Europe. The Spiritual and Cultural Dimension of Europe. Reflective Group initiated by the President of the European Commission and coordinated by the Institute for Human Sciences* (Beč/Bruxelles, listopad 2004.), Luxembourg, 2005., str. 30, na https://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/other_pubs/michalski_091104_report_annexes_en.pdf (1. 10. 2018.).

⁶⁷ Shek Brnardić 2016, 104.

3. 2. Vijeće Europe i EKLJP

Cilj Vijeća Europe, odnosno razlog njegova stvaranja inkorporiran je u čl. 1. njegova Statuta.⁶⁸ Među inim, riječ je o očuvanju i ostvarivanju zajedničkoga nasljeđa država članica te unaprjeđenju ljudskih prava i temeljnih sloboda u državama članicama.⁶⁹ Statut Vijeća Europe počiva na uvjerenju njegovih tvoraca o potrebi jačanja mira utemeljena na pravdi i međunarodnoj suradnji koji će očuvati ljudsko društvo i civilizaciju, zatim na nepokolebljivoj privrženosti duhovnim i moralnim vrijednostima koje su zajednička baština njihovih naroda i izvor načela osobne slobode, političke slobode i vladavine prava na kojima se temelji svaka istinska demokracija.⁷⁰ Iz posljednje enumeracije razvidno je pozivanje na najviše (društvene) vrijednosti – one koje počivaju na duhovnim i moralnim zasadama, što je sredinom prošloga stoljeća govorilo o netom minulim ratnim stradanjima i opasnostima te reflektiralo potrebu revitalizacije i obnove europskoga društva. Čini se da je tada postojao konsenzus o sadržaju „duhovnih i moralnih vrijednosti“, osobito uzme li se u obzir moto pod kojim je nastala Europska unija.⁷¹ Te su vrijednosti izvorište imale u kršćanskoj misli bratstva, socijalnog i humanitarnog naučavanja.⁷² Nadalje, zajedničku baštinu Europe tvorcima vide u osobnim i političkim slobodama koje su u temelju demokracije.

⁶⁸ Tekst Statuta objavljen je u NN-MU, br. 8/98.

⁶⁹ Čl. 1. glasi: „a) Cilj je Vijeća Europe ostvariti veće jedinstvo između svojih članica radi očuvanja i promicanja ideala i načela koji su njihova zajednička baština i poticati njihov ekonomski i socijalni napredak.

b) Tom će se cilju težiti putem organa Vijeća, raspravljanjem pitanja od zajedničkog interesa, sklapanjem sporazuma i usvajanjem zajedničke akcije na ekonomskom, socijalnom, kulturnom, znanstvenom, pravnom i administrativnom polju, kao i očuvanjem i razvojem ljudskih prava i temeljnih sloboda.

c) Sudjelovanje članica u radu Vijeća Europe ne smije utjecati na njihov doprinos u djelovanju Ujedinjenih naroda i drugih međunarodnih organizacija ili zajednica kojih su članice.

d) Pitanja koja se odnose na nacionalnu obranu nisu u nadležnosti vijeća Europe.“

⁷⁰ Iz Preambule Statuta.

⁷¹ R. Schuman prorokički ističe: „*Democracy will either be Christian or it will not be. An anti-Christian democracy will be a parody which will sink into tyranny or into anarchy.*“ Analizirajući liberalizam M. Pera, navodi kako su oci liberalizma bili svjesni problema, tj. potrebe osiguranja društvenog suživota naspram rata te „[N]ipošto slučajno razmišljali su o ‘kozmpolitskom pravu’, o ‘savezništvu naroda’, o ‘trajnome miru’, no otkriće pluralizma vrednota i njihova relativnost i nemjerljivost, odnosno nepostojanje jedinstvene zajedničke mjere kojom bi se mjerili svi oblici kulture i civilizacije dovelo je do toga da je liberalizam zapao u krizu; cfr. Pera 2009, 20.

⁷² Usp. Hrabar 2018, 13. Dokaz tvrdnji o izvorištu ljudskih prava u Bibliji (judaizmu i kršćanstvu, odnosno u Starome i Novome zavjetu, Djelima apostolskim i dr.) sljedeće su misli – o slobodi: „*Svi koje vodi Duh Božji sinovi su Božji. Ta ne primiste duh robovanja da se opet bojite, nego primiste Duha posinstva u kojem kličemo! ‘Abba! Oče!’*“ (Rim, 8,14); o dostojanstvu: „*I reče Bog: ‘Načinimo čovjeka na svoju sliku, sebi sličnima, ...’*“ (Post, 1, 26); „*Ne ubij!*“ (IzL, 20,13, PnZ, 5, 17); o jednakosti: „*Ne počinjajte nepravde u osudama! Ne budi pristran prema neznatnome, niti popuštaj pred velikima; po pravdi sudi svojem bližnjem*“ (Lev, 19,15); o solidarnosti: „*Zapovijed vam novu dajem: ljubite jedni druge; kao što sam ja ljubio vas tako i vi ljubite jedni druge!*“ (Iv, 13, 34).

Neki autori tumače sadržaj tih „ideala i načela“ u vladavini prava i poštivanju ljudskih prava te poslije pridodanoj pluralističkoj parlamentarnoj demokraciji, čime se zamjenjuje stari koncept državne suverenosti.⁷³

Najvažniji je propis koji jamči slobode i prava građana u članicama Vijeća Europe EKLP. Vrijednosni sustav u vrijeme njegova nastanka osnovna je načela pretočio u čl. 14. koji govori o jednakosti svih ljudi spominjući zabranjene diskriminatorne okolnosti.⁷⁴ Spominju se osobne karakteristike pojedinca (spol, rasa, boja kože), društveni i politički uvjeti (jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini) i status (prema bogatstvu/siromaštvu – „imovina“ te bračno/izvanbračno rođenje)⁷⁵, što je konstanta svih globalnih međunarodnih ugovora.⁷⁶ Budući da je riječ o egzemplifikativnoj enumeraciji („kao što je“ te „druga okolnost“), pitanje je vremena kad će se taj popis proširiti drugim okolnostima koje države ili pojedinci mogu smatrati ugrožavajućim i diskriminatornim. „Druge okolnosti“ pojedini autori navode kao: bračni status, spolnu orijentaciju, zakonitost ili nezakonitost nakon rođenja, profesionalni status, vojni status odnosno vojni čin.⁷⁷

Iako Europska unija nije formalno ratificirala EKPL, ta je Konvencija na svojevrsan, indirektan i zaobilazan način recipirana u pravni sustav Europske unije. Riječ je o utjecaju koji Sud u Strasbourgu ima preko svoje judikature i u tome se segmentu vidi isprepletenost tih sustava i pomalo kompetitivni element njihova opstanka. Radom Europskoga suda za ljudska prava u primjeni EKPL-a sustav je temeljito progredirao te je poslije „ugrađen i u pravni poredak druge značajne europske regionalne organizacije – Europske unije. Naime, odredba članka 6., stavka 3. Lisabonskog ugovora iz 2007. ... izrijekom predviđa da temeljna prava, zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a koja proizlazi iz ustavnih tradicija (*sic!* opaska D. H.) zajedničkih državama članicama, čine opća pravna načela Unije“.⁷⁸ Riječ je očito o „preklapanju međunarodnopravnih podsustava dviju samostalnih, no značajnom podudarnošću članstva istodobno i bitno povezanih regionalnih međunarodnih organizacija.“⁷⁹

⁷³ Majstorović 2013, 2.

⁷⁴ Slično tome i Protokol br. 12 (iz 2000. godine) ponavlja iste okolnosti i dodaje „ili drugi status“ (čl. 1.).

⁷⁵ Nadnaslov je članka 14. Zabrana diskriminacije i on glasi: „Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

⁷⁶ Tako i dokumenti Ujedinjenih naroda: Opća deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima itd.

⁷⁷ Omejec 2014, 1305.

⁷⁸ Lapaš 2013, 178 i dr.

⁷⁹ *Ibid.*, 179.

Činjenica je da je pravo živa pojava i sredstvo regulative društvenih odnosa te to više hvalevrijedno ili opasno sredstvo. Pravo postoji da bi društvene odnose usmjerilo prema općem boljitku, a ne prema idejama manje skupine ljudi, a ponajmanje autoritarnih pojedinaca. Premda društvene danosti katkad zahtijevaju fleksibilniji pristup, a katkad restriktivniji, činjenica je da pravo svoju funkciju nije izgubilo, no stoji pred izazovom, ako već i nije dobrano njime izjedeno, da stvori „nova prava“, „nove institute“ koji vode presmionu atribuiranju čovjeka i ljudskih vrednota.⁸⁰

Neki pravni teoretičari smatraju da je EKLJP tzv. *living instrument* te da je njegova interpretacija zavisna od vremena primjene. Tako Omejec navodi da je načelo evolutivne ili dinamične interpretacije EKLJP-a jedno od načela koje je „proizvod sudske prakse Europskog suda. Ono mu omogućuje da napusti dotadašnje interpretacije Konvencije uvijek kad se, u svjetlu društvenih, tehnoloških, znanstvenih i drugih postignuća, jave značajne, trajne i paneuropske promjene u društvenoj klimi i javnom mnijenju koje zahtijevaju drugačiji ili širi pristup pojedinim konvencijskim pravima.“⁸¹ S time bismo se složili ako bi bilo riječi o promijenjenu pristupu radi (pojačane) zaštite europskih vrijednosti inkorporiranih preko sustava zaštite ljudskih prava u Konvenciji. No, „pojedini autori osnovano smatraju da načelo evolutivne interpretacije Konvencije omogućuje i dopušta odgovarajući stupanj sudskog aktivizma.“⁸² Dodali bismo kako napuštanje dotadašnje interpretacije u korist novih, nazovimo to, spoznaja može biti nov oblik diskriminacije preko judikature. Kako logički opravdati različitu presudu danas u odnosu na istovjetnu situaciju jučer? Upirući u moguće negativne dosege takva tumačenja, Omejec upozorava da dinamička interpretacija „ne smije poslužiti kao sredstvo izvođenja novih prava koja nisu sadržana u tekstu Konvencije i njezinih protokola.“⁸³

Tumačenje EKLJP-a zbog njezina relativno duga trajanja (usprkos množini protokola koji su je slijedili) izazovno je pravno-teorijsko pitanje. U pravnoj se literaturi spominje nekoliko načina interpretacije. Jedno je od njih teleološko tumačenje koje se oslanja na Bečku konvenciju o pravu međunarodnih ugovora⁸⁴ i koje daje odgovor na postizanje cilja koji su tvorci htjeli ili pak pronalaženje ciljeva koje društvo postavlja s vremenskim odmakom, odnosno u vrijeme primjene norme. Za takvim tumačenjem vrlo često poseže sam Europski sud za ljudska prava pozivajući se na

⁸⁰ Pera 2009, 25, navodi: „Glede etičkih problema, najraširenije su mjere bile množenje takozvanih ‘novih prava’, priznavanje najrazličitijih, katkada i izopačenih zahtjeva (barem s obzirom na našu tradiciju), izmišljanje novih pravnih instituta, poglavito građanskih, presmiona i odveć permisivna dopuštenja medicinskih istraživanja i postupaka koji zadiru u temeljne kršćanske vrjednote.“

⁸¹ Omejec 2014, 1278.

⁸² *Ibid.*, 1278. O nepredvidivosti sudaca kao problemu pri primjeni načela evolutivne interpretacije *cf.* Letsas, G., *Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer*, *The European Journal of International Law*, 21, 2010., 3, 509–541, prema Marochini Zrinski 2018, 428.

⁸³ Omejec 2014, 1279.

⁸⁴ Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, NN-MU, br. 16/93.

„tzv. europski konsenzus (ili nedostatak), zajedničke vrijednosti ili prihvaćena pravila međunarodnog prava ... pa čak ponekad i ako nisu ratificirani od države u odnosu na koju Sud donosi presudu“.⁸⁵ No, pođimo u tome misaonom procesu i dalje: postojanje prava uvijek je povezano sa subjektom kojem je ono namijenjeno. Promjenom subjekata bitno se mijenja i *corpus* prava, osobito u smislu njegova ostvarenja. Dobar su primjer prava djece i *najbolji interes djece* koja u vrijeme donošenja EKLJP-a nisu postojala na pravnome horizontu, a danas ih valja primijeniti u sudskim odlukama proširenjem ljudskih prava i na djecu. Ljudska prava ne postoje izvan čovjeka i njemu su namijenjena. Postavlja se, dakle, pitanje kako tumačiti pojedine pojmove iz EKLJP-a odnosno sklopove, primjerice „druge okolnosti“, tko je na to pozvan i s kojim ciljem.

Složit ćemo se kako sudski aktivizam može biti pod utjecajem subjektivnih čimbenika u sudca kao osobe sa svim njegovim vlastitim obojenostima, ali i pod utjecajem izvanjskog, najčešće nevladina aktivizma, različitih lobija, a što sve ne pridonosi objektivnoj prosudbi vremena i prostora. U tom se smislu Europski sud za ljudska prava u predmetu *Schalk i Kopf v. Austria* (30141/04) nije pozvao na dinamičko (evolutivno) tumačenje EKLJP-a, nego na načelo polja slobodne procjene država (*margin of appreciation*) jer potreba njegove primjene postoji kad „smatra da postoji konvergencija standarda u državama članicama“.⁸⁶ Na autonomno tumačenje EKLJP-a od Suda u Strasbourgu nerijetko nailazimo u presudama suda koji ga primjenjuje „bez obzira na njihovo [autonomno] značenje na nacionalnoj razini“⁸⁷ kako bi se sačuvalo „njihovo izvorno konvencijsko značenje“. No, upitna je i nadasve dvojbena primjena „izvornoga konvencijskog značenja“ (prisposobivo vremenu nastanka EKLJP-a) u današnjem trenutku koje je sa sobom radi retrogradne interpretacije donijelo tzv. evolutivno tumačenje (ili načelo živućeg mehanizma/instrumenta)? Pogleda li se evolucija presuda Suda u odnosu na ista pitanja koja je rješavao u različitim vremenima, onda se odgovor skriva u sudskom aktivizmu jer načelo evolutivnog tumačenja znači da Konvenciju treba tumačiti „u svjetlu današnjih uvjeta i da se razvija kroz tumačenje Suda“.⁸⁸

Osim spomenutih načina i načela tumačenja EKLJP-a (tj. autonomnog i evolutivnog), pravna teorija spominje i načelo učinkovitosti te načelo polja slobodne procjene država. Posljednjemu se upućuje kritika zbog nepostojanja jasnih kriterija primje-

⁸⁵ Marochini Zrinski 2018, 427. Autorica navodi kao primjer presudu *Ž. B. protiv Hrvatske* (47666/13 od 11. 7. 2017.) u kojoj se Sud pozvao na Istanbulsku konvenciju koju (tada još) RH nije ratificirala.

⁸⁶ *Schalk and Kopf v. Austria* [30141/04, 2010] ECHR 995, Sud u § 46 navodi: „While the Court had often underlined that the Convention was a living instrument which had to be interpreted in the light of present-day conditions, it had only used that approach to develop its jurisprudence where it had perceived a convergence of standards among member States.“ i dalje „The issue of same-sex marriage concerned a sensitive area of social, political and religious controversy. In the absence of consensus, the State enjoyed a particularly wide margin of appreciation.“

⁸⁷ Marochini Zrinski 2018, 428.

⁸⁸ Wildhaber 2004, 83, Cfr. Marochini Zrinski 2018, 428.

ne, tj. kad će se nacionalnom pravu dopustiti ograničenje konvencijskih prava.⁸⁹ U odnosu na promjenu u tumačenju (ne)diskriminatornih elemenata, poglavito u odnosu na spolnu orijentaciju i *rod*, a koji ne postoje u EKLJP-u, prepoznajemo izrazitu nelogičnost u tumačenju sintagme „što je to jednako i isto“ u svim državama članicama Vijeća Europe „bez obzira na varijacije tradicije i kulture“⁹⁰ da bi bilo podložno autonomnomu tumačenju i načelu živućeg instrumenta od Suda i isključenju načela slobodne procjene. Postoji pokušaj stvaranja usporedbe sa smrtnom kaznom u državama članicama Vijeća Europe. Sud se na primjeru zabrane smrtne kazne (*Al-Saadoon i Mufdhi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 61498/08 od 2. 3. 2010.) pozvao na činjenicu da je Europa danas teritorij bez smrtne kazne.⁹¹ No, ovdje je riječ o logičkoj indukciji jer nijedna država Vijeća Europe u nacionalnom zakonodavstvu nema smrtnu kaznu, pa takav pristup označuje jedinstven pristup i korekciju tradicije (pravne). No, u slučaju roda, a djelomice i spolne orijentacije ne postoji jedinstvo pristupa u europskim državama te se može zaključiti da Sud kreira nov vrijednosni sustav i nov pravni poredak namećući ih u svojim tumačenjima pojmova.

Pribjegavanje *opt-out* klauzuli radi isključenja neposredne primjene Povelje kao i posebna izjava o temeljnim pravima svjedoče o nepodudarnosti pojedinih temeljnih ustavnih vrijednosti u različitim europskim državama i upozoravaju na moguću opasnost nametanja nekih novih vrijednosti svim državama članicama.⁹² No, za sve druge članice u kojima Povelja vrijedi neograničeno, budući da je ona sad kodifikacija prava i sloboda⁹³, Europska je unija „otvorila mogućnost da posredno, preko zaštite ljudskih prava utječe i na pojedine grane prava, poput obiteljskog, čije je materijalno-pravno uređenje u nadležnosti država članica“.⁹⁴

⁸⁹ Cfr. *Marochini Zrinski* 2018, 429.

⁹⁰ Tako Mahoney, P., *Judicial activism and judicial selfrestraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, *Human Rights Law Journal*, 11, 1990., 57, cit. prema *Marochini Zrinski* 2018, 429.

⁹¹ Pravo na život u kontekstu smrtne kazne uređuje čl. 2. EKLJP-a te čl. 1. i 2. Protokola br. 6. (NN, br. 6/99). Odredba čl. 2. EKLJP-a glasi: „1. Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom. Nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koje je ta kazna predviđena zakonom. 2. Nije u suprotnosti s odredbama ovoga članka lišenje života proizašlo iz upotrebe sile koja je bila nužno potrebna: a) pri obrani bilo koje osobe od protupravnog nasilja; b) pri zakonitom uhićenju ili pri sprječavanju bijega osobe zakonito lišene slobode; c) radi suzbijanja pobune ili ustanka u skladu sa zakonom.“ Čl. 1. Protokola br. 6 glasi: Smrtna kazna se ukida. Nitko ne smije biti osuđen na takvu kaznu ili pogubljen. A čl. 2. istog Protokola: „Neka država može zakonom predvidjeti smrtnu kaznu za djela počinjena u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti; takva se kazna može primijeniti samo u zakonom određenim slučajevima i u skladu s odredbama toga zakona. Država mora pripočeti glavnom tajniku Vijeća Europe relevantne odredbe toga zakona.“

⁹² Iz sadržaja *opt-out* klauzule Poljske (kao i Velike Britanije) vidljivo je koja su to područja posebice osjetljiva u odnosu na vrijednosni sustav, tj. javni poredak i moral neke države; usp. *Korać Graovac* 2013, 6.

⁹³ Nepostojanje kodificiranog kataloga prava i sloboda bio je „jedan od najčešćih prigovora upućenih EU-u“, *Korać Graovac* 2013, 26.

⁹⁴ *Ibid.*

Pristupanje Europske unije EKLJP-u bila bi „jedna od najvećih reformi EU-a kad je u pitanju zaštita ljudskih prava“.⁹⁵ Nedvojbeno bi – za većinu pravnih i društvenih odnosa. Poželjno je da postoje jedinstveni standardi zaštite ljudskih prava, no pitanje je je li tomu tako u ovome trenutku i treba li očekivati neke promjene? Težnja prema jedinstvenu standardu zaštite ljudskih prava u sjeni je svojevrzne dominacije EKLJP-a, koja preteže i nad onom zaštitom koju nudi Povelja.⁹⁶ Kad se prava (i slobode) zajamčene Poveljom preklapaju s onima EKLJP-a, prema čl. 52., st. 3. Povelje, prava i slobode iz Povelje izjednačuju se s onima iz EKLJP-a. Zaštita i primjena prava iz Povelje odražavaju zahtjev za poštovanje europskog prava u najširem smislu na razini Europske unije, uz mogućnost šire zaštite koju pruža Europska unija.

3. 3. Judikatura Suda Europske unije

U spomenutome pravnome četverokutu unutar kojega se kreću građani Europe – Europska unija – Vijeće Europe – Sud Europske unije i Europski sud za ljudska prava – veliku ulogu imaju dva spomenuta suda. Praksa Suda Europske unije, kad je riječ o obiteljskome pravu i vrijednostima Europske unije, oskudna je, no ona Europskoga suda za ljudska prava prebogata. Odnos tih dvaju sudova pomalo je zagonetan, no teorija ističe kako „Europski sud mora u svojim odlukama poštovati odluke Europskog suda za ljudska prava. Iskustvo jednako tako pokazuje da se nerijetko luksemburška i strazburška praksa međusobno razlikuju.“⁹⁷ Upozorit ćemo samo na neke novije presude Suda Europske unije radi prepoznavanja refleksa društvenih vrijednosti koje taj Sud dijeli i zagovara. Znakovito je što Sud Europske unije ističe da zaštita temeljnih prava proizlazi iz ustavnih vrijednosti zajedničkih državama članicama Europske unije⁹⁸, no aksiomatski proizlazi da takvo jedinstvo ustavnih vrijednosti ne postoji, odnosno da neke nove vrijednosti ne postoje u ustavima država članica.

Bez obzira na razlike između dokumenata primjenjivih u postupcima na svakom od navedenih sudova, EKLJP se predstavlja kao neobično važan dokument (ugovor) koji natkriljuje sve ostale, osobito u odnosu na zaštitu ljudskih prava. Naime, „... zbog učinkovitog puta pravne zaštite, te zbog razrađene sudske prakse, koja ponekad trpi kritike zbog nedosljednosti ili kolebanja, no koja kontinuirano postoji i razvija se bez obzira na otpore i nerazumijevanja, uz najznačajnije obilježje da su načela istaknuta

⁹⁵ Crnić-Grotić, V., Sgardelli Car, N., *Ljudska prava u Europskoj uniji u praksi Europskog suda u Luksemburgu*, Zbornik PFZ, 60, 2010., 5, str. 991, bilj. 79; cit. prema Korać Graovac 2013, 24.

⁹⁶ Omejec 2008, 298 i dr.

⁹⁷ Majstorović 2013, 24.

⁹⁸ „[t]he reference to fundamental rights was expanded by the Court stating that respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the ECJ and that these principles were inspired by the constitutional traditions common to the Member States.“ Cfr. Nielsen 2010, 23 te predmet 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) ECR 1125.

u presudama Europskog suda za ljudska prava obvezatna za sve države članice.⁹⁹ Povelja ne pruža istovjetnu ni sličnu zaštitu u postupovnome smislu pojedincima koji bi smatrali da su im ugrožena prava iz Povelje. Međutim, u novije vrijeme pojavljuju se odluke Suda Europske unije koje su involvirane u obiteljskoppravnu problematiku, pa ćemo ih za potrebe ovoga rada ukratko prikazati. U odnosu na europsko pravo riječ je o slobodi kretanja i zabrani diskriminacije.

Prva odluka odnosi se na osobe koje mogu ostvarivati roditeljsku odgovornost ili imati pravo na kontakt s djetetom. Sud je presudu donio 31. svibnja 2018. u predmetu C-335/17 *Valčeva/Babanarakis*. U osnovi je bilo riječi o želji bake da ishodi pravo na kontakt sa svojim unukom nakon razvoda braka njegovih roditelja, pri čemu je unuk živio u Grčkoj sa svojim ocem koji je grčki državljanin. Nakon problema s nadležnošću bugarskih sudova primjenom *Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000* (tzv. *Uredba Bruxelles II bis*), Sud Europske unije ocijenio je da se pravo na kontakt s djetetom odnosi ne samo na roditelje i djecu nego i na druge osobe, a osobito baku i djeda s unucima. Sud navodi i da, kako bi se izbjeglo da različiti sudovi donose proturječne odluke i kako bi to bilo u interesu djeteta, isti sud mora odlučiti o pravima na kontakt s djetetom, a to je, u načelu, onaj djetetova uobičajenog boravišta. Dakle, tom je presudom Sud, određujući mjesnu i stvarnu nadležnost suda, *de facto* i *de iure* zašao u područje materijalnoga obiteljskog prava, štiteći pravo na slobodu kretanja kao jedno od temeljnih načela Europske unije prema čl. 18. Ugovora. Štoviše, smatra se da je slobodno kretanje osoba „optimalno mjerilo“ ukupnosti europskoga *status civitatis*.¹⁰⁰

U drugoj presudi koja je ubrzo uslijedila (5. lipnja 2018.), u predmetu C-673/16 *Coman*, Sud Europske unije protumačio je značenje pojma „bračni drug“ (*spouse*) koji spominje Direktiva 2004/38 Europskoga parlamenta i Vijeća donesena 29. 4. 2004., a u vezi s pravom građana EU-a i njihovih članova obitelji da se kreću i slobodno borave unutar teritorija država članica¹⁰¹, a u kontekstu istospolnih brakova. Radi preliminarnog odlučivanja Ustavni je sud Rumunjske postavio prethodno pitanje¹⁰² Sudu

⁹⁹ Korać Graovac 2013, 27 i dr.

¹⁰⁰ „Sobre la base de que la interacción puesta de relieve entre el estatuto personal y la libre circulación es un „medidor“ óptimo del alcance del status civitatis europeo ... La libre movilidad en tanto que derecho fundamental del ciudadano UE esta un proceso ...“ Blazquez Rodriguez, I., *Free Movement of Persons and International Private Law: An Analysis in the Light of the Case Law of the European Court of Justice*, HeinOnline, 9, *Cuadernos Derecho Transnacional* 106, 2017, str. 126.

¹⁰¹ *Direktiva o pravu građana Unije i članova njihove obitelji na slobodno kretanje i boravište na području država članica*, OJ L 2004/38.

¹⁰² Upit je bio dvostruk: „1. Primjenjuje li se pojam ‚bračni drug‘ u smislu članka 2., točke 2., podtočke (a) Direktive 2004/38, u vezi s člancima 7., 9., 21. i 45. Povelje, na državljanina države koja nije država članica Unije koji je istog spola kao građanin Unije s kojim se zakonito vjenčao u skladu sa zakonom

Europske unije primjenjuje li se pojam „bračni drug“ i na nerumunjskog državljanina (gospodin Hamilton, državljanin SAD-a) s kojim je rumunjski državljanin (gospodin Coman) sklopio istospolni brak u Belgiji. Obojica su bila zainteresirana za boravak gospodina Hamiltona duži od tri mjeseca u Rumunjskoj.¹⁰³ Odgovor je Suda EU-a bio potvrđan na način da se istospolnomu bračnom drugu treba odobriti pravo na boravak na državnom području države članice čiji je građanin Unije državljanin, usprkos tome što ta država ne predviđa istospolni brak.¹⁰⁴

Sud je automatski dao prednost načelu slobode kretanja ne balansirajući ga s temeljnim pravima¹⁰⁵ i ustavnim vrijednostima. Osim što se toj presudi zamjera metoda interpretacije jednoga pravnog pojma iz Direktive (tj. je li prihvatljivo da Sud govori o „priznanju braka“ umjesto o „autonomnoj interpretaciji“ pojma iz Direktive¹⁰⁶), činjenica je da se nakon te presude države članice Europske unije ne mogu pouzdati i pozvati na nacionalna prava ni vlastite ustavne vrednote ne bi li moguće odbile

države članice koja nije država domaćin? 2. U slučaju potvrdnog odgovora, nalaže li se člankom 3., stavkom 1. i člankom 7., stavkom [2.] Direktive 2004/38, u vezi s člancima 7., 9., 21. i 45. Povelje, da država članica domaćin odobri pravo na boravak na vlastitom državnom području u razdoblju duljem od tri mjeseca bračnom drugu istog spola kao građanin Unije.“ U čl. 2., toč. 2., podtočki b) „član obitelji“ definiran je kao „a) bračni drug; b) partner s kojim građanin Unije ima registriranu zajednicu na temelju zakonodavstva države članice, ako je po zakonodavstvu države članice domaćina registrirana zajednica izjednačena s bračnom zajednicom, i u skladu s uvjetima utvrđenima u relevantnim zakonima države članice domaćina; c) ...“ Dakle, nije bilo jasno na koga se odnosi pojam „bračni drug“ i „(registrirani) partner“ – na heteroseksualne osobe ili i na homoseksualne osobe. Sud se priklonio neobičnoj interpretaciji kazavši u toč. 34.: „Pojam ‘bračni drug’ iz te odredbe označava osobu koja je bračnom vezom sjedinjena s drugom osobom (vidjeti u tom smislu presudu od 25. srpnja 2008., *Metock i dr.*, C-127/08, EU:C:2008:449, t. 98. i 99).“

¹⁰³ Problem je u osnovi bio što rumunjski Građanski zakonik ne priznaje (i ne poznaje) istospolni brak.

¹⁰⁴ „1. U situaciji u kojoj se građanin Unije koristio svojom slobodom kretanja, nastanjujući se i stvarno boraveći u skladu s uvjetima iz članka 7., stavka 1. Direktive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljanju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ u državi članici različitoj od one čiji je državljanin, te koji je tom prilikom zasnovao ili ustalio obiteljski život s državljaninom treće države istog spola s kojim se sjedinio zakonito sklopljenim brakom u državi članici domaćin člank 21., stavka 1. UFEU-a treba tumačiti na način da mu se protiviti to da nadležna tijela države članice čiji je građanin Unije državljanin odbijaju odobriti pravo na boravak na državnom području te države članice navedenom državljaninu treće države zbog toga što se pravom navedene države članice ne predviđa istospolni brak.

2. Članak 21., stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da, u okolnostima poput onih o kojima je riječ u glavnom postupku, državljanin treće države koji je istog spola kao i građanin Unije s kojim je u državi članici sklopio brak u skladu s pravom te države članice ima pravo na boravak dulji od tri mjeseca na državnom području države članice čiji je građanin Unije državljanin. To izvedeno pravo na boravak ne može se podvrgnuti strožim uvjetima nego što su to oni propisani u članku 7. Direktive 2004/38.“

¹⁰⁵ Cfr. *Nielson* 2010, 29.

¹⁰⁶ *Rudevskaja* 2018. Autorica zagovara prošireno tumačenje i pledira za širu primjenu pojma istospolnog braka, a ne samo u kontekstu Direktive.

priznanje istospolnoga braka sklopljena u drugoj državi članici Europske unije.¹⁰⁷ No, ovdje se, po našem mišljenju, postavlja itekako važno pitanje indirektnih učinaka i utjecaja europskoga prava na nacionalne (obiteljsko)pravne sustave. Štoviše, takvim autonomnim tumačenjem Suda i primjenom čl. 21., st. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije isključuju se države članice od primjene domaće prava u konkretnom slučaju te dolazi do isključenja primjene načela zaštite nacionalnog javnog poretka. Sve je to u službi kvalifikacije pojma „bračni drug“ prema *lex communa*, a ne *lex fori*.¹⁰⁸

Sloboda kretanja građana Europske unije bila je u svojim početcima (za Europske ekonomske zajednice) sredstvo za poticanje tržišta rada, a nakon stvaranja Europske unije (1992.) preraslo je u političko sredstvo odnosno *de iure* dobilo političku dimenziju.¹⁰⁹ Noviji napisi o odnosu homoseksualnih prava i slobode kretanja apologetski zборе u korist prava homoseksualaca i posljedično priznavanja njihovih pravnih veza i na područjima država članica koje takve veze ne priznaju (osobito kad je riječ o braku), pri čemu je znakovito zagovaranje i poticanje Suda Europske unije koji „ima moć promicanja ovih prava, nesputano od moralnih argumenata koji su tradicionalno priječili jednakost homoseksualaca“.¹¹⁰ Zbor apologeta umanjenja nacionalnih (obiteljskih) prava i pravnih poredaka dostigao je razinu najviše oktave, namećući nelogična objašnjenja odnosa nacionalnog i europskoga prava. Tako, iako se priznaje isključiva nadležnost u području obiteljskoga prava, i posljedično samostalnost u odluci hoće li osigurati pravni status istospolnim zajednicama na svojem teritoriju, ipak takve odluke ne smiju biti u suprotnosti s europskim pravom.¹¹¹ No, takvo je promišljanje „obrnuta diskriminacija“ jer obveza priznavanja učinaka istospolnih zajednica (pa i slobode nastanjenja u državi primateljici) stranim državljanima Europske unije dovodi do toga da će oni biti u boljem položaju od vlastitih (homoseksualnih) državljana kojima država primateljica ne priznaje prava iz tog odnosa. Ili je to put da se korigira nacionalno zakonodavstvo kako bi svi bili usklađeni s europskim idejama, standardima i vrijednostima, a kako to implicira, pozivom na nevoljkost diskriminacije vlastitih državljana, ideja „uzajamnog priznanja“?¹¹²

Ovdje se znakovito postavlja pitanje suverenosti države članice Europske unije i njezina značenja i dosega, a u užem pravnom značenju i smisla postojanja nacional-

¹⁰⁷ *Tryfonidou* 2015 navodi tri argumenta zbog kojih bi Europska unija trebala izriječno priznati istospolne veze (odnosno Sud suditi u tome smislu): funkcionalni (ostvarenje slobode kretanja), antidiskriminacijski (zbog zabrane diskriminacije na temelju spolne orijentacije prema čl. 21. Ugovora o funkcioniranju EU-a i Direktive 2000/78) te zbog mogućeg kršenja prava na ljudsko dostojanstvo.

¹⁰⁸ Tako *Rudevska* 2018 u bilj. 56.

¹⁰⁹ Navodi se da je sloboda kretanja osoba u Europskoj uniji sredstvo političke stabilnosti Europe; *cf.* *Popa* 2015, 33 i 42.

¹¹⁰ *Stumer* 2002, 205.

¹¹¹ *Tryfonidou* 2015, 246.

¹¹² *Ibid.*, 247.

noga javnog poretka. Države se pozivom na javni poredak štite od stranih utjecaja, vrijednosti, običaja, tradicija, čuvajući tako svoj kulturni i pravni identitet. Mišljenja smo da je takvo tumačenje Suda preekstenzivno jer priznajući neki od učinaka istospolnoga braka, makar sklopljena u stranoj državi članici Europske unije, indirektno se priznaje i takav brak. Ta, ljudi sklapaju brakove (heteroseksualne i gdje je to dopušteno homoseksualne) odnosno partnerstva ne samo radi emocija, nego kako bi od trećih bili prepoznati kao par, kao bračni drugovi odnosno partneri i postigli određene pravne učinke.

Posljednji je predmet koji potvrđuje novu praksu Suda i odražava neke nove europske vrijednosti presuda u predmetu C-451/16 (od 26. lipnja 2018.)¹¹³, u povodu pitanja koje je Sudu uputio Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva u vezi s mogućom diskriminacijom na temelju spola osobe koja traži starosnu mirovinu nakon promjene spola. U tome slučaju riječ je bila o osobi (inicijala M. B.) koja je bila u braku i promijenila spol i zbog toga ishodila potvrdu o privremenom priznanju spola (za razliku od osoba koje nisu u braku i promijenile spol te dobiju tzv. neograničeno priznanje spola). Da bi osoba u konkretnome slučaju dobila neograničeno priznanje spola, trebala je u skladu s nacionalnim propisima poništiti svoj brak. Budući da ona to nije učinila, Ujedinjeno Kraljevstvo odbilo joj je priznati pravo na starosnu mirovinu kao osobi spola koji je promijenila. Sud je odlučio da je nacionalni propis diskriminacija na temelju spola, zabranjena člankom 4., st. 1. Direktive Vijeća o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti od 19. 12. 1978. (79/7). Sud je, po našem mišljenju, presudio protivno svakoj logici premda izrijekom priznaje pravo država članica da utvrđuju uvjete za pravno priznanje promjene spola (§ 23 presude), a s čime se u vezi i nadležno tijelo u Ujedinjenom Kraljevstvu pozvalo na praksu Europskoga suda za ljudska prava prema kojoj „države članice mogu priznanje promjene spola određene osobe uvjetovati poništenjem njezina braka“.¹¹⁴ Sud ne samo da nalazi da je riječ o diskriminaciji, nego načelo nediskriminacije nadređuje nacionalnim pravima koja imaju nadležnost uređenja pravnog priznanja promjene spola i braka.¹¹⁵ Čemu izričaj o „nadležnosti država članica u području građanskog statusa osoba“ (iz § 29) kad ga se derogira načelom nediskriminacije? Osim toga, tumačenje (ne)diskriminacije bilo bi odviše plošno kad bi ga se u tome slučaju primijenilo na jednostavnoj razini zabrane diskriminacije po spolu. Svako od nediskriminatornih načela vrijedi kao načelo jednakih mogućnosti

¹¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0451>.

¹¹⁴ Tako *Hämäläinen protiv Finske* ECHR 2014:0716JUD003735909 od 16. 7. 2014.

¹¹⁵ Par. 29 presude: „U vezi s time, važno je podsjetiti da, iako pravo Unije ne dovodi u pitanje nadležnost država članica u području građanskog statusa osoba i pravnog priznanja promjene spola određene osobe, države članice su pri izvršavanju te nadležnosti ipak dužne poštovati pravo Unije, osobito odredbe o načelu nediskriminacije (vidjeti u tom smislu, osobito, presude od 27. travnja 2006., *Richards*, C-423/04, EU:C:2006:256, t. 21. do 24., od 1. travnja 2008., *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, t. 59. i od 5. lipnja 2018., *Coman i dr.*, C-673/16, EU:C:2018:385, t. 37. i 38. i navedenu sudsku praksu).“

dviju ili više osoba u istoj situaciji, a ne apsolutno jer je riječ o ravnopravnosti, a ne jednakosti. Nedvojbeno je da je zabrana diskriminacije na temelju spola važno načelo i da je ono kao takvo zaštićeno i Direktivom 79/9 upravo u pitanjima socijalne sigurnosti. Osoba koja je promijenila spol i htjela koristiti povlastice drugoga spola u odnosu na mirovinski sustav mogla je poništiti svoj brak. Međutim, Sud ističe da se „nacionalnim propisima pruža nepovoljniji tretman osobi koja je promijenila spol nakon što je sklopila brak nego osobi koja je u braku, a nije promijenila spol“ (par. 37) te kako „[t]akav nepovoljniji tretman temelji se na spolu i može predstavljati izravnu diskriminaciju, u smislu članka 4., stavka 1. Direktive 79/7“ (par. 38). Sud inzistira, za razliku od gledišta Ujedinjenog Kraljevstva s kojim se slažemo, na tome da je bračni status odlučujući element usporedivosti situacija u odnosu na starosnu mirovinu (par. 44, 45, 48) te navodi kako „osoba koja je nakon sklapanja braka promijenila spol ima nepovoljniji tretman koji se izravno temelji na spolu u odnosu na osobu koja je u braku, a nije promijenila spol, iako su situacije tih osoba usporedive“ (par. 48). Da, točno je. Obje su osobe u braku, a brak kao pravni institut ima i svoje pravne posljedice (učinke). Međutim, u konkretnom predmetu jedna je osoba izabrala promjenu spola koja joj je bila važnija od mogućih negativnih učinaka braka (izostanak starosne mirovine), a koje bi izbjegla poništajem braka. Dakle, mirovinski sustav diskriminatoran je u dopuštenim granicama (u odnosu na spol, a s vremenom se očekuje izjednačavanje dobnog uvjeta za odlazak u mirovinu), a osoba je izabrala ono što joj odgovara. Zabrinjavaju dva elementa presude: (a) što načelo nediskriminacije proteže svoje učinke na vrijednosni sustav nacionalnog zakonodavstva (a to je nedvojbeno pitanje braka) i (b) što Sud takvom presudom omogućuje da osoba koja je promijenila spol u nekoj pravnoj grani uživa povlastice promjene spola (npr. starosnu mirovinu), a u drugoj pravnoj grani (u vezi s građanskim statusom) bit će tretirana bez tih povlastica. Može se konstatirati da je takvo obrazloženje presude „mentalna akrobacija“ koja nema nikakve poveznice s vladavinom prava.

Postavljamo otvoreno pitanje: bi li Europski sud u Luksemburgu tako olako odustao od europskih načela i vrijednosti sadržanih u europskim dokumentima (i nacionalnim propisima) i u slučaju poligamijskog braka osobe koja ima dvojno državljanstvo – Europske unije i neke zemlje šerijatskoga prava, da se sa svojih više žena slobodno kreće Europom, a da pritom sve one uživaju potpuno jednaku pravnu zaštitu, odnosno da im se jamči potpuno jednak opseg prava? Bi li tri od četiri žene bile diskriminirane?¹¹⁶

Čini se da je Pandorina kutija otvorena.

¹¹⁶ Konkretno, riječ je o sukobu šerijatskog prava kojem je svaki musliman podložan (Kuran, 5, 48) i vrijednosti sadržanih u EKLJP-u, Lisabonskom ustavu i Povelji. Pitanje je to više složeno jer su neke države Vijeća Europe (npr. Azerbajdžan, Albanija, Turska) istodobno i članice Organizacije islamske suradnje, a koje su potpisale i Deklaraciju o ljudskim pravima u islamu (1990.) koja podvrgava ljudska prava i slobode šerijatskom pravu. O nadležnosti Europske unije glede poligamnih brakova, otpusta žene i dječjih brakova v. *Gonzales Beilfuss* 2007, 425–438.

4. KRITERIJ RODA KAO NOVA NEDISKRIMINATORNA OKOLNOST

Konvencija Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji¹¹⁷ i danas, pola godine nakon njezine ratifikacije i stupanja na snagu u Republici Hrvatskoj (1. listopada 2018.), kamen je spoticanja između politike i stručne javnosti. Premda je riječ o konvenciji Vijeća Europe, njezin utjecaj na buduće uredbe, direktive i odluke Europske unije neće izostati te će postati očit onog trenutka kad je Europska unija ratificira.¹¹⁸ Ona će obvezivati, što je prihvatljivo s aspekta zaštite od nasilja nad ženama i u obitelji, ali ne i s aspekta rodnoga pristupa u svim problemima, što je prema našem mišljenju protivno vladavini prava kao jednom od temeljnih načela Unije.

Za ovaj je rad zanimljivo pitanje konkurencije odredaba Lisabonskoga ugovora, odnosno Povelje na jednoj strani s njihovim sustavom vrijednosti kojem pružaju (sudsku, pravnu) zaštitu, s Istanbulsom konvencijom i načelom evolutivnog tumačenja EKLJP-a na drugoj strani, pod pretpostavkom da Konvenciju ratificira Europska unija. Naime, ni EKLJP ni Povelja nemaju okolnost *rod*, nego *spol* u smislu kriterija zabrane diskriminacije. Naprotiv, cijela je Istanbulska konvencija temeljena na *rodu* te ga kapilarno proteže u svim okolnostima gdje je god to moguće, šireći ga čak i na područja koja nemaju doticaja s nasiljem (nad ženama i u obitelji¹¹⁹).

Međunarodno pravo daje odgovor za slučaj antinomije više međunarodnih ugovora u smislu postupanja po načelu *lex specialis derogat legi generali* „jer će specijalnija norma u pravilu biti i funkcionalnija te će svojom primjenom samo doprinijeti efikasnosti one općenitije“.¹²⁰ U slučaju prave antinomije, kad je riječ o suprotnim sadržajima različitih odredaba iz različitih izvora (npr. uredba Europske unije u odnosu na odredbu (neke) konvencije Vijeća Europe), pravna se teorija poziva na pravo međunarodnih ugovora „polazeći od toga da derogacija, pa ni primjenom načela *lex posterior derogat legi priori* nije „ovlaštenje“ na kršenje prijašnje norme.¹²¹ Iz toga proizlazi, budući da Povelja ne sadržava pojam *roda*, da na načelnoj razini imamo novi pojam koji nema što derogirati u prijašnjem ugovoru (Povelji) jer ga kao takva nema. Njemu je najbližiji pojam, premda inherentno suprotan, *spol*. *Rod* je inkompatibilan s oznakom (okolnošću) *spol* jer su to dva pojma koja se međusobno potiru. *Spol* i *rod* ne mogu zajedno egzistirati kao kriteriji. U Istanbulskoj se konvenciji *rod* kao pojam

¹¹⁷ Službeni tekst na hrvatskome jeziku dostupan je na <https://rm.coe.int/1680462470>. Tekst Konvencije na engleskome jeziku nalazi se na mrežnoj stranici <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/text-of-the-convention>. Konvencija je stupila na snagu 1. 8. 2011., a za Republiku Hrvatsku 1. 10. 2018. Konvenciju je potpisalo 13 zemalja, ratificirale su je 33 (28. 9. 2018.).

¹¹⁸ Europska unija potpisala je Istanbulsku konvenciju 13. 6. 2017.

¹¹⁹ Tako čl. 14. Obrazovanje djece; čl. 12. Kultura i tradicija.

¹²⁰ *Lapaš* 2013, 196.

¹²¹ *Ibid.* Autor upućuje na čl. 30. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, a koji osnažuje atribuciju kompatibilnosti odredaba kasnijeg ugovora s onim prijašnjim u smislu primjene odredbe kasnijeg ugovora ako prijašnji ugovor nije suspendiran.

(u različitim varijacijama) spominje u mnoštvu odredaba, pa prema tome, nedvojbeno je dio rodne teorije odnosno ideologije koja je noviji pojam, i temelj svih novih pogleda na ljudska prava i društvene odnose. Čini nam se sad još i više kako „rod najavljuje rat spolu i preotimanje dominantne uloge u društvu, s namjerom da se uvuče u sve pore, čemu bi pravo moglo poslužiti.“¹²²

U konkurenciji pravnih poredaka, pa i vrijednosnih sustava Vijeća Europe i Europske unije „organi države bit će vezani prije svega obvezujućim aktima Unije kojima su, opet na temelju preuzete međunarodnopravne obveze prema njezinu pravnom poretku, dali prednost, dok istodobno Vijeće Europe svojem pravu ne pridaje primat u odnosu na druge obveze država članica. Samo odredbe EKLJP-a mogle bi pritom izgledati kao da imaju prednost u primjeni od država članica Unije, no razlog tome nije u njihovoj obvezi na razini prava Vijeća Europe, nego u obvezi preuzetoj člankom 6. Lisabonskog ugovora koji u stavku 3. [određuje] temeljna prava zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, uključuje u opća pravna načela Unije“.¹²³ U usporedbi s primjenom obveza iz Povelje Ujedinjenih naroda međunarodnopravna jurisprudencija upozorava na nemogućnost derogiranja u njoj sadržanih obveza koje su kogentne naravi i „prihvaćene kao sastavni dio i njihovih pravnih poredaka.“¹²⁴ Čini nam se da je za antinomiju Istanbulske konvencije s propisima Europske unije relevantno počelo koje se nerijetko spominje, a to su ustavne tradicije. Štoviše, svi europski dokumenti kontinuirano govore o „duhovnom i moralnom nasljeđu“ i dijeljenju istih „pravnih vrijednosti“. Malen je, u stvarnosti zanemariv broj ustava država članica Europske unije i Vijeća Europe koji imaju „rod“ kao zabranjenu diskriminatornu osnovu. Europske države vrlo su deficitarne glede ustavne kategorija *roda*. Tako od 47 država članica Vijeća Europe samo Malta eksplicitno upotrebljava sintagmu *gender identity* (*identità tal-generu*, čl. 32. i 45. Ustava). Države koje imaju podvojeno značenje te se riječi *rod* i *spol* mogu interpretirati u oba značenja (iako pretežito imaju značenje spola) jesu: Albanija (*gjinija*, čl. 18. Ustava); Češka (*pohlavi*, čl. 3. Ustava¹²⁵), Litva (*lyties*, čl. 29. Ustava), Švedska (*kön*, čl. 2. i 13. Oblika vladavine). Sve ostale, njih 42 uopće nemaju riječ *rod*.

Dalo bi se zaključiti da postoje dvojake, polarizirane i antagonizirane vrijednosti. Istanbulska konvencija s dvojbennim pojmom *roda*, kao međunarodni ugovor Vijeća Europe i vjerojatno sutra dio prava Europske unije, obvezivat će na svoju primjenu i u smislu *roda* kao kriterija, što do sada nije postojalo ni u jednom ugovoru Europske unije, pa ni Vijeća Europe usprkos jasnoći o njegovu nepostojanju među temeljnim nacionalnim vrijednostima.

¹²² Hrabar 2018, 22.

¹²³ Lapaš 2013, 201.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Upućuje na Povelju za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

5. ZAKLJUČNE MISLI ILI QUID EST FACIENDUM?

Ideja zajedničkih europskih ustavnih vrijednosti sadržanih u europskome pravu u najširem smislu (onih Vijeća Europe i Europske unije) stara je koliko i temeljni akti tih organizacija. S pozicije vremenskoga odmak u odnosu na nastanak Statuta Vijeća Europe i ustava Europske unije postaje plauzibilno da smo tada bili znatno bliže prepoznavanju sadržaja koji pojam „europske ustavne vrijednosti“ znači nego danas. Danas smo svjedoci da u areni društvenih zbivanja postoji unutarnji nesklad glede tih vrijednosti, ali isto tako da postoje određene prijetnje izvana koje dovode u pitanje opstojnost teze da europske vrijednosti postoje i da proizlaze iz zajedničkih ustavnih vrijednosti. Na planu obiteljskoga prava kad mu se dodaje pridjev „europski“, pravni se teoretičari polariziraju oko nemogućnosti ili potrebe njegove unifikacije na europskoj razini, a za sada postoji određen sklad o tome da je harmonizacija moguća, ali samo u određenom segmentu obiteljskoga prava.¹²⁶ Svojevrstan je to danak činjenici da obiteljska prava različitih europskih država „počivaju na jedinstvenoj nacionalnoj kulturi i povijesti“¹²⁷ koje su jednakovrijedne i moraju kao takve biti poštovane.¹²⁸ Današnje pluralističko europsko društvo izrazito je politizirano u odnosu na vrijednosti i predmet uređenja obiteljskoga prava, a riječ je o „progresivnom“ i „konzervativnom“ taboru. Razlike koje su povijesne naravi prvo su bile uočene u bračnome pravu i kao takve ostale su i do danas.¹²⁹

Na tragu rečenog usudili bismo se zaključiti kako je ipak *aurea mediocritas* put kojim valja kročiti. Pronicanje u nacionalna obiteljska prava dovodi do zaključka da su strogo konzervativne vrijednosti kao što su dogma o nerazrješivosti braka, ostracizam prema izvanbračnim zajednicama, nepriznavanje izvanbračne djece i nepostojanje

¹²⁶ Riječ je o ravnopravnosti žene i muškarca i jednakosti djece s obzirom na bračni/izvanbračni status. Optimistično bismo dodali i poštovanje prava djece. Međutim, sve ostale vrijednosti, odnosno pravno uređeni instituti razlikuju se između europskih država; cfr. slično *Antokolskaia* 2007, 62. *Antokolskaia*, međutim, tvrdi kako je i harmonizacija neizvjesna, štoviše, kako „*the resistance to it has not diminished*“, odnosno da je debata o njoj sve oštrija; str. 50.

¹²⁷ *Ibid.*, 50.

¹²⁸ Lyotard, J.-F., *Het postmoderne uitgelegd aan onze kinderen*, Kok Agora, Kampen, 1997., str. 39, prema *Antokolskaia* 2007, 50.

¹²⁹ Riječ je o liberalnom pristupu braku i izvanbračnim zajednicama sa začetcima u švedskoj reformi obiteljskog prava 70-ih godina prošloga stoljeća. Potom slijedi na europskoj razini razlika u poimanju državne intervencije u razvod braka, i naposljetku u odnosu na istospolne zajednice. Razlike postoje i dan-danas i očituju se kao liberalni odnosno progresivni pristup i onaj konzervativni. Držimo da je upitno kad zagovornici liberalnog svjetonazora sami sebe nazivaju progresivnim jer progresivno je napredno, a napredno mora biti napredno u odnosu na nešto nazadno. Što bi značilo da su konzervativna poimanja *a priori* nazadna. Korak prema budućnosti nije nužno progresivan, on može biti progresivan samo ako ispravlja ili mijenja nešto što ne pogoduje smislu i svrsi nekog instituta. Ako je smisao obitelji da opstane, onda mnoge liberalne ideje nisu progresivne, nego upravo suprotno – regresivne. O korijenima nesuglasja oko obiteljskih vrijednosti cfr. *Antokolskaia* 2007, 54 i dr.

prava djece te muška dominacija – stvar prošlosti.¹³⁰ S druge strane, postoje tzv. progresivna poimanja koja inzistiraju na individualizmu i njegovu zadovoljenju od pojedinca člana obitelji, no koja po životnoj logici ne idu „ruku pod ruku“ sa zajedništvom koje je bit obitelji. Stoga nam se čini da je izlaz u novim konzervativnim humanističkim obiteljskim vrijednostima: konzervativnim jer služe očuvanju obitelji, humanističkim jer poštuju dostojanstvo osobe koja je član obitelji. Taj novi koncept s više nijansa i pojedinosti, kulturnog pristupa i suvremenosti pravni je lijek za tradicionalnu, transpersonalnu, konzervativnu retoriku.¹³¹

Prihvatimo li da je točna tvrdnja da obiteljsko pravo reflektira dominantne vrijednosti ili da je kompromis između vrijednosti različitih skupina¹³², uzimajući u obzir upravo heterogenost kultura, običaja, tradicija i vjere na europskome tlu, postaje jasno da su i pravna kultura i pravna ideologija u odnosu na obiteljsko pravo različiti na nacionalnim razinama, stoga se ne može govoriti o tome da ne postoje „paradigmatske razlike u Europi na razini pravne ideologije“.¹³³ U potrazi za „izgubljenim“ paneuropskim vrijednostima pravni teoretičari sugeriraju dva modusa. Prva je metoda pronalaženje univerzalno prihvaćenih vrijednosti (a to su ravnopravnost žene i muškarca i jednakost bračne i izvanbračne djece), no u tome pristupu vidimo da je vrlo oskudan broj zajedničkih europskih vrijednosti koje dijelimo. Drugi pristup, odnosno metoda gleda kroz optiku sudske prakse Suda u Strasbourgu i Suda u Luksemburgu. No, i taj pristup dovodi do zaključka da je riječ o manjem broju obiteljskopравnih vrijednosti (jednakost djece, pravni odnos roditelj-dijete i jednak pristup transseksualcima¹³⁴). O drugim vrijednostima sudovi se nerado izjašnjavaju¹³⁵, što govori u prilog nejedinstvu nacionalnih obiteljskih sustava. Već spomenuti minimum u vezi s kojim postoji suglasje ne daje prigodu govoriti o mogućnosti harmonizacije obiteljskoga materijalnog prava, a kamoli njegove unifikacije, a taj je minimum europskih vrijednosti podloga za primjenu *klauzule javnog poretka* od

¹³⁰ Suprotno tome *Antokolskaia* 2007, 56, tvrdi da je (i dalje) riječ o vrijednostima tradicionalne obitelji koje su „a weapon in the conservatives' struggle against the modernisation of family law.“

¹³¹ „The new humanistic conservative set of values appeared to be a much more nuanced, cultured and up to date remedy than the traditional, transpersonalistic, conservative rhetoric“, *Antokolskaia* 2007, 59.

¹³² Tako *Antokolskaia* 2007 prema Kymlicka, W., 61, bilj. 65. M. Alinčić ističe kako „porodično pravo formulira [društvene vrijednosti] na kojima se zasniva pravno uređenje odnosa u porodici“, *cfr. Alinčić; Bakarić* 1980. i 1989, 14.

¹³³ Tako Hoecke, M., van Warrington, M., *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, 47 *International and Comparative Law Quarterly*, 1998., str. 535; *cit. prema Antokolskaia* 2007, 61, bilj. 65.

¹³⁴ *Ibid.*, 2007, 63.

¹³⁵ „However, in other areas, such as the equality of different forms of cohabitation, recognising rights to family life or the rights of same sex couples, the ECHR proved to be much more reluctant. If we follow the ECHR case law it appears that the level of shared values seems to fall to the lowest common denominator with regard to such a classical subject as divorce. Both the case law of the ECHR and the recent EU human rights charters failed to include the possibility of divorce as one of the shared values of European family law.“; *Antokolskaia* 2007, 63.

nacionalnih sudova.¹³⁶ Tobožnji neutralni pristup lišen etičkih vrijednosti itekako je vrijednosno obojen i označuje jednu vrstu ideologije. Tako Antokolskaia ispravno uočava: „*The ideology of 'de-ideologisation', or tolerance and neutrality, is also an ideology.*“¹³⁷ Supranacionalna razina obiteljskopравnih vrijednosti čini se utopijom¹³⁸ ako joj ne „doskoči“ novo, aktivističko, proliberalno gledište europskih sudova tvoreći nove paneuropske vrijednosti. Nejasno je gdje bi Vijeće Europe i Sud za ljudska prava našli uporište za buduće presude o rodnoj jednakosti kad je to krucijalno pitanje „sklad u neskladu“ jer nijedan europski ustav¹³⁹ ne poznaje *rod* i njegov doseg u području pravne primjene. *Rod* će biti velika zapreka i okosnica neslaganja nacionalnih sustava udaljujući svaku mogućnost suglasja oko europskoga obiteljskog prava. U opasnost dolazi da, zbog načela slobode kretanja (prema čl. 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije) pod ruku s načelom zabrane diskriminacije, dođe do kršenja i zatiranja nacionalnih pravnih poredaka, koji se temelje na javnome poretku, a taj pak za svaku članicu Europske unije na sustavu vrijednosti koji se izgrađivao stoljećima pod utjecajem tradicija, običaja, kulture i religije. Otrežnjenje od idealističkih pogleda i spoznaja realnosti preduvjet su za novi paneuropski pogled koji je moguć u obiteljskopравnoj domeni samo ako se nađe minimum zajedništva poštujući nacionalni identitet, a državama ostavi sloboda primjene vlastitoga nacionalnog poretka. Smatra li tko da to nije moguće i da je u koliziji s istinom, budućnost Europe koja se mora temeljiti na zajedničkim vrednotama dolazi u pitanje. U ovome trenutku Europa je idealan smještaj za stranca, a maćeha Europljanima. Članstvo Republike Hrvatske u organizaciji kojoj je idejno i vrijednosno pripadala od pamtivijeka i tvorila europski kulturni prostor, na planu obiteljskopравnih vrednota nije donijelo ništa dobrog.¹⁴⁰ Materijalne blagodati pretekle su one duhovne i poljuljale „i sam izvor liberalnoga i demokratskoga društva“.¹⁴¹ Odustajući od tradicionalnih vrednota, Europa jasno raskida sa starim sponama i njeguje novu etiku i političku korektnost koja je udaljuje od općeg dobra, pravednog i kreposnoga društva.¹⁴² Novoproklamirana, tobože

¹³⁶ *Poillot Peruzzetto* 2007, 301, pledira za opstanak klauzule javnog poretka u odsutnosti harmonizirana europskog materijalnog obiteljskog prava, no pledira za njegovu kontrolu od europskog pravnog sustava u vezi sa slobodom kretanja osoba, europskim državljanstvom i europskom pravosuđnom području.

¹³⁷ *Antokolskaia* 2007, 66.

¹³⁸ *Antokolskaia* 2007, 67, kaže: „... *Europe is not ripe for a top-down harmonisation of substantive family law by means of binding law.*“

¹³⁹ *V. supra.*

¹⁴⁰ *V. odluku Pajić protiv Hrvatske* (68453/13) od 23. veljače 2016., premda odluka Europskoga suda za ljudska prava itekako slijedi paralelni put već spomenutih presuda Suda Europske unije.

¹⁴¹ *Pera* 2009, 28.

¹⁴² Vrlo je zanimljiv opis „savršenog portreta današnje Europe“ koji daje *Pera* 2009, 28. Prepoznaje, naime, proročansko viđenje Platona u njegovoj *Državi* koji je upozorio na opasnost kad sloboda postane razuzdana, a demokracija se izokrene u anarhiju. Platon slobodu vidi kao dopuštenje za činjenje onoga što tko hoće i po vlastitoj volji. *Pera* Europu uspoređuje s Platonovom *Državom* te je opisuje kao: privlačnu i zamamnu, multikulturnu, slobodnu, egalitarističku, relativističku, sklonu

progresivna religija Europe bez starih vrednota koje su je stvorile, ruši suverenost istine, a u tome joj uvelike pomažu recentna europska legislativa i judikatura. Da ne bismo završili na lomači javnoga mnijenja, potrebna je borba i zalaganje svakoga pojedinca koje ga mora voditi kako bi „pobijedio zlo i očuvao društveni poredak ... 'pod vodstvom dobroga načela'“¹⁴³.

LITERATURA

1. Alinčić M.; Bakarić, A. Porodično pravo. Zagreb. 1980., 1989.
2. Antokolskaia, M. (2007). Objectives and values of substantive family law. u: International Family Law for the European Union, Meeusen, J.; Pertegás, M.; Straetmans, G.; Swennen, F. (eds.). Intersentia. Antwerpen-Oxford. 49-69.
3. Blazquez Rodriguez, I. (2017). Free Movement of Persons and International Private Law: An Analysis in the Light of the Case Law of the European Court of Justice. Cuadernos de Derecho Transnacional, 9 (2), 106-126.
<https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3867>
4. Gonzales Beilfuss, C. (2007). Islamic Family Law in the European Union. u: Meeusen, J.; Pertegas M.; Straetmans, G.; Swennen, F. (eds.). International Family Law for the European Union. Intersentia. Antwerpen-Oxford.
5. Grubiša, D. (2004). Europski ustav i politički sustav Europske unije. Anali Hrvatskog politološkog društva: časopis za politologiju, 1 (1), 53-77.
6. Grubiša, D. (2011). Politološke dvojbe o Europskoj uniji: Potraga za određenjem. Politička misao, 48 (2), 61-90.
7. Hrbar, D. (2018). Istanbulska konvencija i zamke rodne perspektive. Zagreb.
8. Korać Graovac, A. (2013). Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo. u: Korać Graovac, A.; Majstorović, I. (ur.). Europsko obiteljsko pravo. Zagreb. 25-51.
9. Lapaš, D. (2013). Odnos međunarodnog i europskog prava - novo lice dualizma? u: Korać Graovac, A.; Majstorović, I. (ur.). Europsko obiteljsko pravo. Zagreb. 173-203.
10. Majstorović, I. (2009). Harmonizacija i unifikacija europskoga obiteljskog prava. Pravni fakultet u Zagrebu, Zavod za građanskopravne znanosti i obiteljskopravnu znanost. Zagreb.
11. Majstorović, I. (2013). Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska. u: Korać Graovac, A.; Majstorović, I. (ur.). Europsko obiteljsko pravo. Zagreb. 1-24.

praštanju i nesigurnosti glede kažnjavanja, popustljivu u odgoju, neispravna političkog govora. Za svaki od atributa nalazi u Platona primjere, no sve to završava Platonovim predviđanjem o degradaciji društva – „demokraciju razara nezaisitnost u onomu dobru što ga sebi određuje, tj. slobodi“.

¹⁴³ Kant, I., *La religione nei limiti della semplice ragione*, u: *Scritti di filosofia della religione*, ur. Giuseppe Ronconi, Milano, Mursia, 1989., str. 133, cit. prema *Pera* 2009, 45.

12. Marochini Zrinski, M. (2018). Izazovi u primjeni i tumačenju Konvencije u Republici Hrvatskoj. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 55 (2), 423-446.
<https://doi.org/10.31141/zrpf.2018.55.128.423>
13. Matulić, T. (2011). "Velika iznašašća kršćanstva". Rene, R. (prir.). Zagreb. Kršćanska sadašnjost. 2010. str. 287. Nova prisutnost, 9 (1), 277-285.
14. McGlynn, C. (2003). Challenging the European harmonisation of family law: Perspectives on "the family", u: Boele-Woelki, K. (Ed.), Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe. Intersentia. Antwerp-Oxford-New York. 219-238.
15. Nielson, R. (2010). Free Movement and Fundamental Rights. European Labour Law Journal, 1 (1), 19-32.. doi: <https://doi.org/10.1177/201395251000100103>
<https://doi.org/10.1177/201395251000100103>
16. Omejec, J. (2008). Vijeće Europe i Europska unija: institucionalni i pravni okvir. Zagreb.
17. Omejec, J. (2014). Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški *acquis* 2. dop. izd. Zagreb. Novi informator.
18. Pera, M. (2009). Zašto se trebamo zvati kršćanima: liberalizam, Europa, etika. Verbum. Split.
19. Poillot-Peruzzetto, S. (2007). The Exception of Public Policy in family Law within the European Legal System, u: International Family Law for the European Union. Meeusen, J.; Pertegás, M.; Straetmans, G.; Swennen, F. (eds.). Intersentia Antwerpen - Oxford.
20. Popa, M. (2015). The Free Movement of the Persons: From An Economic Concept to a Political Challenge. Cogito: Multidisciplinary Research Journal, 7 (4), 33-44.
21. Ratzinger, J. (2013). Europa: njezini sadašnji i budući temelji. Verbum. Split.
22. Rudevska, B. (2018). The "Coman" Case (C-673/16): Some reflections from the point of view of private international law. Conflict of Laws Net, Views and News in Private international Law, <http://conflictoflaws.net/2018/the-coman-case-c-673-16-some-reflections-from-the-point-of-view-of-private-international-law/> (3.10.2018.)
23. Shek Brnardić T. (2016). Europski ustav i apologetika kršćanske kulture Christophera Dawsona (1889.-1970.). Crkva u svijetu, 51 (1), 98-119.
24. Stumer, A. (2002). Homosexual Rights and the Free Movement of Persons in the European Union, International Trade and Business Law Annual, 7, 205-222.
25. The Spiritual and Cultural Dimension of Europe. (2005). Reflection Group initiated by the President of the European Commission and coordinated by the Institute for Human Sciences (Vienna/Bruxelles, listopad 2004), Luxembourg. https://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/other_pubs/michalski_091104_report_annexes_en.pdf (1.10.2018)
26. Tryfonidou, A. (2015). EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition, Columbia Journal of European Law, 21 (2), 195-248.

27. Wildhaber, L. (2004). The European Court of Human Rights in Action, *Ritsumeikan Law Review*, 21, 83-92. <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr21/wildhaber.pdf> (3.10.2018.)

Summary

COUNCIL OF EUROPE'S INDIRECT IMPACT ON EUROPEAN UNION IN THE LIGHT OF THE FAMILY LAW VALUES

The European Union and the Council of Europe are two organizations whose objectives often overlap although their missions were originally different: the European Union is primarily an economic formation, while the Council of Europe is a political organization. Both have their courts with an increasing volume of case law, which is not always mutually consistent. The fundamental acts of the European Union, although devoid of religion, point out special values bringing together member states, such as respect for human dignity, freedom, equality, the rule of law, and respect for human rights. According to its Statute, the Council of Europe points out that common heritage of member states and promotion of human rights and fundamental freedoms are goals which are necessary to preserve human society and civilization. In addition, it emphasizes its adherence to cultural and moral values which are the common heritage of its members. The relationship between the European Union and the Council of Europe is special, and although there has been no support for the ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the EU, the EU has signed the Istanbul Convention which has given rise to great expectations of liberal political parties and lobbies regarding its ratification in the near future. It is not clear what this will mean for EU member states which have not ratified the Convention and probably never will. This constitutes a departure from original European values promoted at the time of the establishment of these organizations, which is evident from the case law of the European Court of Human Rights and the most recent decisions of the Court of Justice of the EU where the Court gave its interpretation of the (same-sex) marriage and contacts of family members in the context of freedom of movement and gender change (within the framework of the prohibition of gender-based discrimination in marriage). This approach is innovative in European law in its widest sense and it eradicates national family laws, their system of values, constitutional foundations and public order. In addition, a unification of family law institutes is imposed although jurisprudence points out the negligible number which would be acceptable for unification. In the political and legal sense, the principle of „unity in diversity“ has been abandoned.

Key words: European Union; Council of Europe; constitutional values; European law; family law