

Ана В. Човић¹
Институт за упоредно право
Београд (Србија)

340.142:316.361.15(4+73)
347.611:316.361.15(4+73)
Прејледни научни рад
Примљен 01/06/2021
Прихваћен 19/08/2021
doi: [10.5937/socpreg55-32553](https://doi.org/10.5937/socpreg55-32553)

УТИЦАЈ СУДСКЕ ПРАКСЕ НА ЗАКОНСКУ РЕГУЛАТИВУ У ОБЛАСТИ ПРАВА ЛГБТ ЗАЈЕДНИЦЕ

Сажетак: У светлу најављеног доношења Закона о истополним заједницама, поставило се питање да ли је предлог закона у складу са Уставом, нарочито након најаве да закон неће бити потписан. Иако Устав прецизира да је брак заједница мушкарца и жене, стручњаци истичу да се у овом случају не ради о закону о браку и породици, нити се њим предвиђа могућност усвојења деце од стране истополних парова, већ да исти регулише имовинске, здравствене, пензионе и друге правне односе истополних партнера који живе у заједници. У исто време, многе јавне личности позвале су традиционалне верске заједнице да реагују у циљу одбране „права на слободу и будућност народа”, истичући да се спорна питања, која се односе на регулисање узајамних права и обавеза истополних парова, могу решити изменама постојећих закона у одређеним областима. У земљама у којима постоје слични закони значајну улогу имала је судска пракса, као и различита здравствена и психолошка удружења. Пракса европских судова је неуједначена, а случајеви често завршавају пред Европским судом за људска права, док су у САД на савезном нивоу сви анти-хомосексуални закони укинати одлуком Врховног суда (*Lawrence v. Texas* 539 УС 558 [2003]). Упркос томе, јединствени закон у овој области не постоји и права истополних парова се разликују од земље до земље. У раду ће бити дат преглед значајнијих судских одлука у овој области у европским државама, као и одлука Врховног суда САД, које нас могу навести на размишљање о могућим правним последицама (не) усвајања спорног Закона о истополним заједницама, о поступцима који би се могли иницирати уколико би партнери одлучили да затраже судску заштиту у циљу признавања њихових зајемчених људских права, као и о садржини и значају оваквих судских пресуда.

Кључне речи: Закон о истополним заједницама, истополни парови, ЛГБТ права, људска права, судска пракса

¹ tankosicana@yahoo.com

Увод

Брак се развијао и мењао током историје, од дела обичаја и традиције до друштвене установе регулисане правом, у циљу уређења односа између два лица (када говоримо о моногамном браку) или више њих (у случају полигамног брака) ради заједничког живота и одгајања потомства (Ћовић, 2020, стр. 13). Закључење брака може утицати на имовинска права и обавезе, али и на различите пореске олакшице, социјалну помоћ, стицање боравка у одређеној држави, па се може рећи да разлози за закључење брака могу бити различити – правни, социјални, емоционални, финансијски, верски, а понекад и избор родитеља, као и прописана брачна правила, укључујући и она која предвиђају пол будућих супружника као један од услова за закључење пуноважног брака (Ћовић, 2020, стр. 13). Данас се у многим државама законска регулатива мења како би се правно признало конституисање и правне последице истополних заједница, али и истополних бракова и усвајања деце од стране ових парова.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода² јемчи заштиту приватног и породичног живота (члан 8), што је шири концепт од појма брака и обухвата односе ванбрачних партнера и њихове деце, односе истополних парова и транссексуалне односе. Такође, иако члан 12 гарантује заштиту права на брак и заснивање породице особама различитог пола које су достигле одређени узраст, Европски суд за људска права је својим одлукама стао на становиште да се не штити само традиционална породица.

Право на слободно одлучивање о закључењу и раскидању брака, на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом, јемчи се чланом 62 Устава Републике Србије³, а Породични закон наводи да се брак се склапа пред матичарем.⁴ Закон о забрани дискриминације⁵ забрањује дискриминацију засновану на полу, роду и сексуалној оријентацији и дефинише их као тешке облике дискриминације, док је у међународном праву у овој области значајна Резолуција Европског парламента којом се забрањује дискриминација заснована на сексуалној оријентацији (члан 6), те се позивају државе чланице да гарантују једнородитељским породицама, невенчаним паровима и истополним паровима права која имају и традиционални парови (члан 56 и 57), као и да поднесу амандмане на постојеће законе у циљу регистрације истополних парова.⁶ Повеља о основним правима у Европској унији из 2007. године гарантује заштиту приватног и породичног живота (члан 7), као и право на брак и на заснивање породице (члан 9) и забрањује дискриминацију засновану на полној оријентацији (члан 21).⁷

² Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/03.

³ Службени гласник РС, бр. 98/2006.

⁴ Службени гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

⁵ Службени гласник РС, бр. 22/2009.

⁶ Резолуција Европског парламента бр. А5-0050/2000 од 16. марта 2000.

⁷ Повеља о основним правима Европске уније је објављена 7.12.2000. године на Самиту ЕУ у Ници, али као политичка декларација која није била обавезујућа. Потписана је 12.12.2007. године на пленарној седници Европског парламента у Стразбуру, а Уговором из Лисабона постала је правно обавезујући документ у свим институцијама и државама чланицама ЕУ.

У САД су на савезном нивоу укинута сви антихомосексуални закони одлуком Врховног суда (*Lawrence v. Texas*, 539 УС 558 [2003]). Упркос томе, јединствени закон у овој области не постоји.

Предлог нацрта закона о истополним заједницама, који се у нашој држави најављује већ дужи низ година, дефинише регистровану истополну заједницу као „заједницу породичног живота два лица истог пола која је склопљена пред надлежним органом јавне власти у складу са одредбама овог закона”⁸ У истом члану се наводи да је нерегистрована истополна заједница она заједница породичног живота два лица истог пола, која нису склопила истополну заједницу пред надлежним органом, а међу којима не постоје сметње за склапање истополне заједнице, предвиђене законом. Даљим читањем предлога нацрта уочава се да се након прописивања услова и поступка за склапања и регистровање заједнице, односно за њен престанак, прецизира које су то правне последице које истополна заједница производи. Утврђују се права и обавезе партнера истополне заједнице у току кривичног поступка, у случају лишења слободе, у случају болести и током болничког лечења, а у оквиру личних права партнера споразумни избор презимена, издржавање партнера и детета партнера истополне заједнице, доношење одлука у вези са дететом у случају хитности и право детета на одржавање личних односа. Предлог овог нацрта закона регулише и имовинске односе партнера, питања у вези са пензијом, порезима, али и права из социјалне и дечје заштите, као и право на накнаду штете. У тексту се нигде не користи реч брак, нити се предвиђа могућност усвојења деце, било заједнички или од стране једног партнера.

Имајући у виду да судска пракса у нашој држави у области заштите права ЛГБТ особа није богата као пракса неких других држава, односно можемо рећи и да је врло оскудна, а с обзиром на то да се налазимо на корак од усвајања Закона о истополним заједницама, верујем да нам неки примери из упоредноправне судске праксе могу бити од користи и дати нам прецизнију слику о могућим поступцима који ће се, без сумње, у наредним годинама актуелизовати и пред нашим судовима. Такође, прегледом значајнијих пресуда у овој области може се уочити на који начин и у ком правцу је судска пракса вршила утицај на измене важеће законске регулативе која се односи на ЛГБТ популацију.

Судска пракса

Слобода говора (*One, Inc. v. Olesen* (1958))⁹

У првој пресуди Врховног суда која се односила на хомосексуалност, Врховни суд САД је преиначио пресуду нижег Деветог окружног апелационог суда и тако потврдио уставом зајемчено право слободе говора, које се у овом случају односило

⁸ Члан 2 Предлог нацрта закона о истополним заједницама. (2021). Available at: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>

⁹ *One, Incorporated, v. Otto K. Olesen*, 355 U.S. 371 (1958), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/371/>

на хомосексуалност. Случај је покренут након што је издање часописа *One* из 1954. године проглашено у Лос Анђелесу неприкладним за објављивање због садржаја који је афирмисао хомосексуална искуства. Управник поште је наредио поштанским властима да се заплени спорно издање часописа. Иако је Окружни суд сматрао да садржај часописа јесте непристојан и да се може назвати јефтином порнографијом, те да се о хомосексуалности може разговарати али само са научног и критичког становишта, Врховни суд је преиначио пресуду у корист издавача који се позивао на повреду Првог (слобода говора и удруживања) и Четрнаестог амандмана Устава (полна дискриминација противна одредби о једнакој заштити).

Допуштеност истополних бракова (*Baker v. Nelson* (1972))¹⁰

Врховни суд САД је питање равноправности бракова први пут разматрао 1972. године, када је пар из Минеаполиса желео да се венча, а дозвола им је ускраћена због тога што су били истог пола. Бејкер, у то време студент права, открио је да закони Минесоте не говоре о полу будућих супружника, нити да изричито забрањују истополне бракове. Након што је првостепени Окружни суд одбацио њихов захтев и Врховни суд Минесоте је пресудио да закон о браку који истополним паровима ускраћује могућност закључења брака није дискриминишући, будући да су планирање породице и подизање деце у основи уставне заштите брака. Пар је сматрао да су осим Првог и Четрнаестог амандмана, као у случају *One, Inc. v. Olesen*, повређени и Осми (сурова и неуобичајена казна) и Девети амандман (право на приватност). Џон Бејкер се жалио на одлуку, а Врховни суд САД је одбацио жалбу „због недостатка суштинског савезног питања”. Пар се у међувремену венчао у другом округу Минесоте 1971. године, након што је Бејкер променио име у родно неутрално име. Минесота је легализовала истополне бракове 26. јуна 2015. године.

Антидискриминационо законодавство (*Romer v. Evans* (1996))¹¹

Након што су неки градови у Колораду усвојили законске и подзаконске акте који су осим забране дискриминације на основу религије, расе и пола, предвиђали и забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације, усвојен је амандман два на Устав у Колораду, којим је забрањено законодавној, извршној и судској власти градова и округа доношење било каквих прописа и одлука против дискриминације на основу сексуалне оријентације, те су укинута сви антидискриминациони закони који су били у вези са сексуалном оријентацијом. Врховни суд САД је, са шест гласова за и три гласа против, пресудио да је спорним амандманом Устава у Колораду прекршена клаузула о једнакој заштити из Четрнаестог амандмана због начина на који је издвојена одређена група. У већинском мишљењу је наведено да „чак и ако,

¹⁰ *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (1971), Available at: <https://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1971/43009-1.html>

¹¹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/>

како држава тврди, хомосексуалци могу пронаћи заштиту у законима и политикама опште примене, у овом случају се они дискриминишу, тако што им се забрањује да траже специфичну правну заштиту”. Стога је закључено да се у конкретном случају ради о кршењу права на једнаку заштиту и да се намера ускраћивања права одређеној групи из „општег осећаја анимозитета никада не може сматрати легитимним државним интересом”. Судије које су гласале против сматрале су да је амандман био само „прилично скроман покушај” очувања традиционалних сексуалних обичаја, против напора политички моћне мањине да те законе ревидира.

Право на слободу удруживања (*Boy Scouts of America v. Dale* (2000))¹²

У случају *Boy Scouts of America v. Dale*, Врховни суд је разматрао да ли нека приватна организација може да издвоји ЛГБТ особе утврђивањем одређених правила, и у овом случају је одлучено у корист организације. Повод за покретање овог поступка била је одлука америчких извиђача из 1990. године да се из организације искључи помоћник извиђача Дејл, након што је у новинама идентификован као вођа лезбејске/геј алијансе Универзитета Рутгерс. Врховни суд у Њу Џерзију првобитно је пресудио да су извиђачи прекршили државни закон о забрани дискриминације, али је та одлука поништена одлуком Врховног суда, са пет гласова за и четири гласа против. Суд је утврдио да би присиљавање извиђача да врате искљученог члана кршило њихово прво амандманско право на слободу удруживања. Извиђачи су истицали да је хомосексуално понашање у супротности са вредностима садржаним у извиђачкој заклетви и закону, посебно онима које представљају изрази „морално и чисто”, и да организација не жели да промовише хомосексуално понашање као легитимни облик понашања.

Право на приватност и личну аутономију (*Lawrence v. Texas* (2003))¹³

У случају *Lawrence v. Texas*, Врховни суд САД је пресудио да су закони који прописују санкционисање хомосексуалних односа неуставни. Суд се позвао на право на приватност и личну аутономију, истичући да је клаузулом о прописаном поступку из Четрнаестог амандмана подносиоцима представке дато

„пуно право да се приватно понашају без владине интервенције, да Статут државе Тексас не подржава легитимни државни интерес који може оправдати њено уплитање у лични и приватни интерес појединца и његов приватни живот, па стога јавне идеје о моралу не могу оправдати кршење уставних права људи”.

Повод за покретање поступка била је оптужба за прекршај према тексашком закону против содомије, након што су Лоренс и Гарнер откривени током сексуалног

¹² *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US 640 (2000), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/640/>

¹³ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

односа, а одлука је значајна јер су њом, осим спорног закона у Тексасу, укинута закони о содомији у још тринаест других држава, чиме су истополни сексуални односи постали легални у свим државама САД.

Судија Антонин Скаља је своју одлуку да гласа против образложи истичући да је

„донето мишљење резултат Суда, који је производ културе адвокатске професије, која је већим делом пристала на такозвану хомосексуалну агенду, те да је заузео страну у културном рату, одступајући од своје улоге обезбеђивања, као неутралног посматрача, и поштовања демократских правила ангажовања”.

Професор Антонић појашњава да постоји веровање да геј програм (gay agenda) подразумева „психолошки механизам отупљивања публике” (Kirk and Madsen 1989, наведено према: Антонић, 2014, стр. 66). Затим следи фаза „ометања”, односно онемогућавање противницима покрета, који се најчешће описују као религиозни фанатици, да приступе медијима, након чега се у трећој фази „преокретања” прекидају негативне асоцијације у вези са геј питањем и исте се замењују другим позитивним асоцијацијама, а на крају следи широка кампања односа са јавношћу (Антонић, 2014, стр. 67, 68, 71). Ипак, он сматра да се, без обзира на утицај који је имала, књига аутора Кирка и Медсена, нити било који други спис не могу сматрати неким тајним програмом „једног дифузног и разгранатог покрета, какав је геј покрет у САД” (Антонић, 2014, стр. 75).

Равноправност бракова и пореско право (*United States v. Windsor* (2013))¹⁴

У овом случају, који је био једна од главних прекретница на путу ка равноправности бракова, Врховни суд САД је одлучио да поништи део Закона о одбрани брака из 1996. године, који је брак дефинисао као „правну заједницу између једног мушкарца и једне жене као мужа и жене”. Случај је разматрао ситуацију две партнерке које су се венчале у Канади пре пресељења у Њујорк, државу која је признала њихов брак. Виндзор је након смрти партнерке покушала да захтева изузеће од пореза на имовину за преживеле супружнике, у вези са имањем које јој је жељом преминуле партнерке припало, али је њен покушај био неуспешан због одредаба савезног Закона о одбрани брака. Са пет гласова за и четири гласа против, Врховни суд је пресудио да спорни закон крши правилан поступак и принципе једнаке заштите.

„Основни ефекат овог закона је да идентификује подскуп бракова које санкционише држава и учини их неједнаким, односно наметање неједнакости, а не неки други разлози попут владине ефикасности”, истакао је судија Кенеди у мишљењу. Закључено је да Одељак три Закона о одбрани брака, којим се одбијало савезно признавање истополних бракова, представља кршење клаузуле о правном поступку из Петог амандмана и да савезна влада не може дискриминисати венчане истополне парове приликом утврђивања савезних накнада и заштите.

¹⁴ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

Равноправност бракова и социјална права (*Obergefell v. Hodges* (2015))¹⁵

Ова одлука је обавезала све државе да признају истополне бракове под истим условима, као и бракове закључене између особа супротног пола, као и сва права и обавезе који из тога произилазе. У случају *Obergefell v. Hodges*, група од четрнаест истополних парова и два мушкарца чији су партнери преминули поднели су представку тврдећи да су државни службеници прекршили клаузулу о једнакој заштити из Четрнаестог амандмана забранивши им да се венчају или не признајући бракове склопљене у другим државама. Врховни суд САД је пресудио у њихову корист са пет гласова за и четири гласа против, наводећи да је то „понижавајуће поступање према истополним паровима који, такође, могу тежити трансцендентним сврхама брака” и продуживши им бенефиције загарантоване брачним паровима супротног пола, које су се пре свега односиле на бенефиције социјалног осигурања, здравствене заштите и бенефиције преживелих супружника, односно ванбрачних партнера. Суд је истакао да је „брак је камен темељац нашег друштвеног поретка и да нема разлике између истополних парова у погледу овог принципа, а да спречавање истополних парова да се венчају доводи њих у несклад са друштвом, ускраћује им бројне користи од брака и уводи нестабилност у њихове везе без оправданог разлога”. У издвојеном мишљењу, судија Џон Робертс је написао да забране истополних бракова нису кршиле клаузулу о редовном поступку или право на приватност, као ни клаузулу о једнакој заштити јер су биле повезане са државним интересом – очувањем традиционалне дефиниције брака. Такође, он сматра да је „универзална дефиниција брака” као „заједнице мушкарца и жене” настала да би се обезбедило успешно васпитавање деце, критикујући већинско мишљење због ослањања на морална уверења а не на уставну основу, због проширења основних права без опреза или уважавања историје и коришћења правосуђа на начин који првобитно није био предвиђен. Он је упозорио и да ће мишљење већине на крају довести до последица по верску слободу, као и да језик Суда напада противнике истополних бракова без оправдања.

Слобода вероисповести (*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*)¹⁶

Врховни суд је у овој одлуци утврдио да пекар није био дужан да прави свадбене торте за истополне парове. Филипс је на верској основи одбио да направи венчану тарту за хомосексуални пар, тврдећи да прављење колача за њега представља уметност кроз коју може да почасті Бога, те да би присиљавање на прављење колача у конкретном случају нарушавало његову слободу говора и право на исповедање религије, што је гарантовано Првим амандманом. Пар је поднео тужбу Комисији за грађанска права, позивајући се на Закон о забрани дискриминације у Колораду. Апелациони суд у Колораду је стао на страну пара, међутим аргумент Врховног суда у корист Филиписа

¹⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 US 644 (2015), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

¹⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

био је „недозвољено непријатељство државе према његовим искреним верским уверењима”. Суд је закључио да „Влада не може доносити пресуде или претпостављати нелегитимност верских уверења и пракси”, због чега се закон Колорада, којим је била забрањена дискриминација хомосексуалаца приликом куповине производа и услуга, у овом случају морао примењивати на неутралан начин у погледу религије.

Повреда права на вероисповест
(*Ladele v. Islington LBC, McFarlane v. Relate Avon Ltd*)

У случају *Ladele v. Islington LBC*, матичарка у јавној служби локалне самоуправе сматрала је да је брак искључиво веза између жене и мушкарца, у складу са хришћанским учењем.¹⁷ Истополне партнерске везе су за њу биле супротне Божјем праву, а након усвајања Закона о регистрованим заједницама који је ступио на снагу 2005. године у Уједињеном Краљевству, и његове примене у локалној самоуправи Излингтон, она је више пута одбила да обавља дужности матичарке и церемонију регистровања истополних заједница. Уследиле су жалбе колега на њено дискриминаторско поступање и покретање дисциплинског поступка против ње, уз могућност губљења посла услед непоштовања радних обавеза. Обраћајући се Трибуналу за радне спорове, истакла је да је директно и индиректно дискриминисана и узнемиравана по основу религије, али будући да њени ставови нису прихваћени, утврђено је да није било повреде права на вероисповест. И њена жалба поднета Апелационом суду је одбијена, а у образложењу је наведено да је „њен посао искључиво секуларне природе, због чега је њена верска схватања брака не ослобађају обавезе коју има приликом регистровања истополних заједница” (Nikolić, 2015, стр. 78–79).

Сличан случај је *McFarlane v. Relate Avon Ltd*. Бивши старешина цркве у Бристолу сматрао је да су хомосексуални односи грешни са становишта Библије, због чега их не треба подржавати.¹⁸ Од 2003. до 2008. године, као психотерапеут у приватној организацији, која се бавила пружањем услуга саветовања у вези са сексуалним и емотивним партнерским односима, радио је са ЛГБТ особама, али је због верских схватања почео да избегава такве случајеве. Након покретања дисциплинског поступка против њега и отпуштања са посла, суд за радне спорове пресудио је да није постојала дискриминација нити отпуштање због његових религијских уверења, већ да је узрок био „непоштовање правила о радном понашању организације у којој је запослен”. Апелациони суд је, такође, донео одбијајућу пресуду, позивајући се у њој на пресуду *Ladele v. Islington LBC* (Nikolić, 2015, стр. 79).

Истополно родитељство (*Frette v. France, E. B. v. France, Gas and Dubois v. France*)

Европски суд за људска права је, поступајући по представци Фрета против Француске, након што је му је одбијен захтев за усвојење детета због сексуалне

¹⁷ *Ladele v. Islington LBC* (2009) EWCA Civ 1357.

¹⁸ *McFarlane v. Relate Avon Ltd.* (2010) EWCA Civ. 880.

оријентације, донео закључак да између држава чланица Савета Европе не постоји заједнички став по овом питању, те да је због тога одлука француског суда у складу са чланом 21. Конвенције о правима детета и обавезом држава да усвојење буде у складу са најбољим интересом детета, уз сагласност надлежних власти, уз мере заштите детета и уз услове и поступак које одређују државе својим националним законодавством.¹⁹

Ипак, Европски суд за људска права је у случају Е. Б. против Француске стао на становиште да француске власти, ускраћивањем права хомосексуалцима, бисексуалцима и лезбејкама да усвоје децу, спроводе дискриминаторску праксу у односу на појединце, чиме су повредиле члан 8 и члан 14 Европске конвенције о људским правима, али и француски закон који прописује да, поред парова, и појединци могу аплицирати за усвојење деце.²⁰

Случај Гас и Дубоа против Француске сматра се већим поразом геј лобија. Након што је једној од партнерки одбијен захтев за усвојење детета које је њена партнерка добила вантелесном оплодњом, Европски суд је стао на становиште да члан 12. Конвенције (право на брак и породицу) не обавезује државе да легализују истополне бракове, а да државе, у случају постојања закона о регистрованом партнерству, имају дискреционо право да одлуче која ће права бити призната истополним партнерима. Дискриминација на основу сексуалне оријентације је искључена и због чињенице да невенчаним хетеросексуалним паровима, такође, није доступно усвојење деце у Француској.²¹ Годину дана касније, законом 2013-404 дозвољено је заједничко вршење родитељских овлашћења истополним паровима који су венчани, уколико је дете усвојио један од супружника (LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe).

Закључна разматрања

Када говоримо о еволуцији законодавстава у области заштите права ЛГБТ популације, може се уочити да се она одвијала постепено, од нерегистроване кохабитације, регистрованих партнерстава, до изједначавања хомосексуалних и хетеросексуалних бракова и омогућавања истополним паровима да уживају родитељска права на исти начин као и хетеросексуални парови. Сва питања која се тичу породичноправних односа, пре свега допуштеност заснивања брака, усвојење деце, било заједнички или од стране једног партнера (када се у улози усвојеника налази дете другог партнера), промовисање и подстицање вештачке оплодње у планираним лезбејским породицама, па и сурогат мајчинство у ситуацији када два мушкарца пожелеле да се нађу у улози родитеља, по правилу су најосетљивије области и њиховом регулисању се приступа најчешће након истека одређеног броја година од признавања и регулисања питања

¹⁹ Frette v. France, (2002). No. 36515/97. Available at: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf>

²⁰ E. B. v. France, (2008). no. 43546/02, Available at: <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/EB-protiv-Francuske.pdf>

²¹ Gas and Dubois v. France, (2012). no. 25951/07. Available at: <https://ordoiuris.hr/predmet-gas-i-dubois-protiv-francuske/>

која се односе на имовинска права, права из области социјалне и дечје заштите и питања у вези са пензијама и порезима. Иако предложени Нацрт закона о истополним заједницама није закон о браку и породици, сматрам да противници његовог усвајања не греше када закључују, или наслућују, да је он увод у потпуно изједначавање хомосексуалних и хетеросексуалних парова и у области брачног и родитељског права, што се лако може закључити посматрањем развојног пута законске регулативе у другим државама. На том путу утицај судске праксе је несумњиво изузетно значајан, јер је она својим ауторитетом, из године у годину, крчила пут проширивању обима правне заштите ЛГБТ особа. Друго је питање колико су судови у свом раду независни и ослобођени од утицаја других представника власти и различитих интересних група. Када говоримо о породици, професор Шуваковић закључује да се партијски програмски ставови у Србији крећу од конзервативног (СДА Санџак) до постмодерног (СПС), наводећи да већина странака у породици види заједницу мушкарца, жене и њихове деце, док једино СПС „помиње афирмисање права ЛГБТ популације, из чега последично следе и права у домену породичне политике”, и поставља питање да ли се на тај начин „врши ревизија ставова о породици из Програма из 2010. године” (Šuvaković, 2020, str. 50, 55). Програми странака и политике коју спроводе у стварности често се не подударују, јер се страначка политика и њене идеје у брзом ходу усаглашавају са захтевима и стандардима једне светске политике која постаје све видљивија, делује гласно и без некадашњег прикривања, у свим сегментима наших живота, што се показало и током ове последње пандемије. Србија јесте релативно конзервативна средина, у којој и Српска православна црква има значајан утицај на креирање јавног мњења. Православна црква има конзервативни став о хомосексуалности, нарочито у источној Европи и Грчкој. Стога се не може очекивати да ће се потпуно изједначавање хомосексуалних и хетеросексуалних парова у свим областима догодити брзо, нити преко ноћи, иако ми се чини да се крећемо у том правцу.

Као што се види у приказу неких случајева из судске праксе, поступци који се тичу заштите права на слободу вероисповести, који су у вези за ЛГБТ правима, чести су, што није изненађење, будући да већина верских заједница не гледа благонаклоно на законске промене у овој области. Интересантна је изјава римокатоличког кардинала Рајнхарда Маркса, председавајућег Немачке бискупске конференције, који каже

„да смо до сада имали ту разлику – неки су против, неки су за, била је отворена дискусија... Ми (црква) имамо свој морални став о браку и то је јасно, али секуларна држава мора регулисати истополне партнерске односе и довести их у праведан положај, а ми, као црква, не можемо бити против тога... Верујем да црква може бити главни јунак у развоју плуралистичких друштава” (Mac Donald, 2016, наведено према: Ćović, 2020, str. 177).

Тумачењем куранских ајета и хадиса, видимо да они осуђују хомосексуалне радње (заједно са већином облика ванбрачних односа у исламу), али се трансродне особе често прихватају уколико се придржавају традиционалних родних норми након транзиције, па тако иранска влада не само да дозвољава и признаје операцију промене пола, већ и субвенционире тај поступак. Треба рећи да се већина држава са већинским муслиманским становништвом, као и Организација за исламску сарадњу (енгл.

ОИС), успротивила унапређењу ЛГБТ права у Уједињеним нацијама, у Генералној скупштини или УНХРЦ-у, али су Албанија и Сијера Леоне потписале декларацију УН којом подржавају ЛГБТ права (ЛГБТ закони о забрани дискриминације донети су у Албанији и на северном Кипру) (Čović, 2020, str. 178, 179).

Један број аутора наводи да досадашња истраживања не показују да одрастање деце у истополној породици утиче на њихов психички развој, да је подела улога према полу мања него раније, као и да се парови у закљученом браку чешће налазе у родитељској улози у односу на парове који живе у ванбрачној заједници (Bianchi, Milkie, Lamb, наведено према: Čović, 2015, str. 401, 402, 405). С друге стране, наводи се да је рађање основна функција ступања у брак и заснивања породице и истиче се сумња у могућност успешне социјализације деце у хомосексуалном браку, односно у заједници у којој не би били присутни родитељи оба пола (Šuvaković, 2013, str. 166, 168; Antoniћ, 2014, str. 96).

Професор Антонић наводи да кохабитација или партнерско домаћинство пружају извесну друштвену заштиту и социјалну сигурност, јер друштво „има интереса да подржи сваку врсту стабилних, моногамних љубавних (сексуалних) веза и да се нормализује начин живота ЛГБТ особа” (Antoniћ, 2014, 208). На овај начин би се могла обезбедити и „сразмерна признатост и социјална афирмација за лезбигеј парове, а да то не угрози тако важну институцију као што је брак” (Antoniћ, 2014, str. 208).

Такође, он разликује однос репресије (традиционалистички модел), у ситуацији када постоји јавна и приватна осуда, па и прогон и различита кршења њихових људских права; однос толеранције (либерални модел) када хомосексуалност није законски санкционисана, али свако има слободу да вреднује моралност хомосексуалних односа и да их не подржава (из верских разлога, на пример) или да буде равнодушан по том питању; однос принудне афирмације (прогресивистички модел) који се јавља када постоји „универзална обавеза правног и статусног (моралног) изједначавања хомосексуалних и хетеросексуалних веза – од брака, преко усвајања деце, до државне помоћи у вештачкој оплодњи и прихватања геј културе у медијима” (Antoniћ, 2014, str. 204). Он закључује да су први и трећи модел „ауторитарне крајности”, да се трећи модел све чешће прописује као идеал у САД и земљама ЕУ, а сам се залаже за бирање средњег, либералног модела (Antoniћ, 2014, str. 205).

И даље верујем да квалитет једне партнерске везе и однос са дететом не зависе од нечије сексуалне оријентације. Такође, сматрам да је право сваке особе да му закон јемчи одређена права и њихову заштиту, на начин на који то чини предложени Нацрт закона о истополним заједницама, и у том смислу средњи либерални модел ми делује прихватљив. Међутим, тенденције у упоредном праву у овој области и начин на који се спроводи политика креирања друштва, чини ми се, шаљу поруку да ће у будућности бити могуће новцем креирати сваки однос који је некад био искључиво природноправни, од Бога дат, а да ће законодавство и судска пракса бити само у функцији подршке потрошачком друштву у коме може, или ће моћи, да се плати и туђа материца и тело које ће пролазити кроз порођајне болове за дете које ће се звати нашим, независно од тога да ли се налазимо у хетеросексуалној или у хомосексуалној вези или браку. И то је оно што треба највише да нас брине. Порука да се новцем може купити баш све.

Ana V. Čović¹
Institute of Comparative Law
Belgrade (Serbia)

THE INFLUENCE OF JUDICIAL PRACTICE ON THE LEGISLATION IN THE SPHERE OF LGBT COMMUNITY RIGHTS

(Translation In Extenso)

Abstract: In the light of the announced adoption of the Law on Same-Sex Unions, the question arises whether the draft law is in accordance with the Constitution, especially after the announcements that the law will not be signed. Although the Constitution specifies that marriage is a union of a man and a woman, experts point out that in this case it is not a law on marriage and family, nor does it provide for the possibility of adoption of children by same-sex couples, but that it regulates property, health, pension and other legal relationships of same-sex partners living in the union. At the same time, many public figures have invited traditional religious communities to react in order to defend the “right to freedom and future of the people”, emphasizing that contentious issues related to the regulation of mutual rights and obligations of same-sex couples could be resolved by amending the existing laws in those areas. In the countries where similar laws exist, case law has played a significant role, just as various medical and psychological associations. The European case law is not uniform, and cases often end before the European Court of Human Rights, while in the United States at the federal level, all anti-homosexual laws are repealed by a Supreme Court decision (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003]). Nevertheless, there is no single law in this area and the rights of same-sex couples vary from country to country. The paper will provide an overview of significant court decisions in this area in European countries, as well as the decisions of the US Supreme Court, which may lead us to think about the possible legal consequences of (non)adoption of the disputed Law on Same-Sex Unions, about procedures that could be initiated if partners decided to request judicial protection for the purpose of recognizing their guaranteed human rights, as well as the content and significance of such court judgments.

Keywords: Law on Same-Sex Unions, same-sex couples, LGBT rights, human rights, case law

¹ tankosicana@yahoo.com

Introduction

Marriage has developed and changed throughout history, from the part of customs and tradition to the social institution regulated by law, with the aim of regulating the relationship between two persons (speaking of monogamous marriage) or several persons (in the event of polygamous marriage) for joint life and upbringing of children (Čović, 2020, p. 13). Marriage conclusion may affect property rights and obligations, but also various tax reliefs, social assistance, acquiring the right to residence in a country, so it can be said that the reasons for marriage conclusion are various – legal, social, emotional, financial or religious, and sometimes the choice of the parents, which also refers to prescribed marital rules, including the ones stipulating the sex of future marital partners as a condition for valid marriage conclusion (Čović, 2020, p. 13). Today in the legal regulations in many countries are changed for the purpose of legal recognition of the conclusion and legal consequences of same-sex unions, but also of same-sex marriage and the adoption of children by these couples.

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms² guarantees the protection of private and family life (Article 8), which is a broader concept than the concept of marriage and includes the relationships of extramarital partners and their children, the relationships of same-sex couples and transsexual relationships. Moreover, although Article 12 guarantees the protection of the right to marry and to found a family to men and women of marriageable age, in its decisions the European Court for Human Rights has taken the position that the protection does refer only to the traditional family.

The right to free decision-making about entering or dissolving a marriage, based on the free consent of a man and a woman before the relevant state body, is guaranteed by Article 62 of the Constitution of the Republic of Serbia³, while the Family Law stipulates that marriage is entered before the registrar.⁴ The Law on the Prohibition of Discrimination⁵ prohibits discrimination based on sex, gender and sexual orientation and defines it as serious forms of discrimination, while in international law, an important document in this field is the Resolution of the European Parliament. It prohibits discrimination based on sexual orientation (Article 6) and invites the member states to guarantee single-parent families, common-law couples and same-sex couples the same rights that are enjoyed by traditional couples (Articles 56 and 57), as well as to submit amendments to the applicable laws for the purpose of the registration of same-sex couples.⁶ The Charter of Fundamental Rights of the European Union from 2007 guarantees the protection of private and family life (Article 7), as well as the right to marry and to found a family (Article 9), while prohibiting discrimination based on sexual orientation (Article 21).⁷

² *Official Gazette of Serbia and Montenegro – International Agreements*, No. 9/03.

³ *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 98/2006.

⁴ *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No.18/2005, 72/2011, 6/2015.

⁵ *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No.22/2009.

⁶ Resolution of the European Parliament No. A5-0050/2000 of 16th March 2000.

⁷ The Charter of Fundamental Rights of the European Union was published at the EU Summit in Nice on 7th December 2000, but as a non-binding political declaration. It was signed on 12th December 2007 at the plenary session of the European Parliament in Strasbourg, and according

In the USA, all anti-homosexual laws were abolished at the federal level by the decision of the Supreme Court (*Lawrence v. Texas*, 539 US 558 [2003]). Nevertheless, there is no single law in this field.

The Draft Law on Same-Sex Unions, which has been announced for many years in our country, defines a registered same-sex union as “a union of family life of two same-sex persons which was entered before the relevant state body in compliance with the provisions of this Law”.⁸ The same Article states that an unregistered same-sex union is the union of family life of two same-sex persons who did not enter the same-sex union before the relevant state body, but between whom there are no obstacles to entering the same-sex union as stipulated by the Law. By further reading of the Draft Law, it can be seen that after stipulating the conditions and the procedure of entering and registering a union, i.e. its dissolution, the legal consequences produced by the same-sex union are specified. The rights and obligations of the partners in the same-sex union are determined during criminal proceedings, in the event of the deprivation of liberty, in the event of illness and during hospital treatment, and within the personal rights of the partners – consensual choice of the surname, financial support of the partner and the partner’s child in the same-sex union, decision-making about the child in an emergency, and the child’s right to maintaining personal relationships. The Draft Law also regulates property relations between the partners, matters regarding pension, taxes and the rights in relation to social and children protection, as well as the right to indemnification. The text does not use the word “marriage” anywhere nor does it stipulate the possibility of adopting children, either jointly or by one partner.

Bearing in mind that our country’s case law in the field of the protection of rights of LGBT persons is not as rich as case law in some other countries or it may be even described as rather scarce, since we are one step from the adoption of the Law on Same-Sex Unions, I believe that some examples from the comparative legal case law may be of use and give us a more precise picture of potential procedures that will no doubt take place before our courts too in the oncoming years. Furthermore, by reviewing important rulings in this field, it may also be seen in what manner and direction case law has influenced the amendments to the applicable legal regulations regarding LGBT population.

Case law

Freedom of speech (*One, Inc. v. Olesen* (1958))⁹

In the first ruling of the Supreme Court regarding homosexuality, the US Supreme Court reversed the ruling of the lower-instance Ninth Circuit Court of Appeals and thus confirmed the constitutionally guaranteed right of freedom of speech, which in this case

to the Treaty of Lisbon. it became a legally binding document in all EU institutions and member states.

⁸ Article 2 of the Draft Law on Same-Sex Unions. (2021). Available at: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>

⁹ *One, Incorporated, v. Otto K. Olesen*, 355 U.S. 371 (1958), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/371/>

referred to homosexuality. This case was initiated when the 1954 issue of *One* magazine was declared inappropriate for publication in Los Angeles because of the content promoting homosexual experiences. The Postmaster ordered the Post Office officials to confiscate the contentious issue of the magazine. Although the Circuit Court believed that the content of the magazine was obscene and could be called cheap pornography, as well as that homosexuality could be spoken about only from the scientific and critical perspective, the Supreme Court reversed the ruling in favour of the publisher that cited the violation of the First Amendment (freedom of speech and association) and the Fourteenth Amendment of the Constitution (sexual discrimination against the provision on equal protection).

Permissibility of same-sex marriage (*Baker v. Nelson* (1972))¹⁰

The US Supreme Court considered the matter of the equality of marriages for the first time in 1972, when a couple from Minneapolis wanted to get married, but was not permitted because they were of the same sex. Baker, a law student at the time, discovered that the laws of Minnesota did not mention the sex of future spouses nor did they specifically prohibit same-sex marriage. After the first-instance Circuit Court refuted their request, the Supreme Court of Minnesota decided that the law on marriage depriving same-sex couples of the possibility to enter marriage was not discriminatory, since family planning and children upbringing were in the essence of the constitutional protection of marriage. The couple thought that, apart from the First and Fourteen Amendments, as in the case *One, Inc. v. Olesen*, the Eighth Amendment (cruel and unusual punishment) and the Ninth Amendment (right to privacy) were also violated. John Baker filed a complaint against the ruling and the US Supreme Court refused the complaint “due to the lack of a substantive federal matter”. In the meantime, this couple got married in another district of Minnesota after Baker had changed his name into a gender-neutral name. Minnesota legalized same-sex marriage on 26th June 2015.

Anti-discrimination legislation (*Romer v. Evans* (1996))¹¹

After some cities in Colorado had adopted legal acts and bylaws which, apart from prohibiting discrimination based on religious, race and sex, also stipulated the prohibition of discrimination based on sexual orientation, the Second Amendment to the Colorado Constitution was adopted, prohibiting the legislative, executive and judicial power of the cities and districts to enact any regulations and decisions against discrimination based on sexual orientation. Therefore, all anti-discrimination laws related to sexual orientation were abolished. The US Supreme Court voted with six votes in favour and three votes against that the contentions Amendment of the Colorado Constitution had violated the clause about equal protection from the Fourteenth Amendment due to the manner in which particular

¹⁰ *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (1971), Available at: <https://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1971/43009-1.html>

¹¹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/>

group was singled out. The majority opinion states that “even if, as the government claims, homosexuals can find protection in the general-application laws and policies, in this case they are discriminated by prohibiting them to seek specific legal protection”. Therefore, it was concluded that in this case the right to equal protection had been violated and that the intention of depriving a particular group of the right out of “general feeling of animosity could never be considered a legitimate state interest”. The judges who voted against thought that the amendment was “a rather modest attempt” of preserving traditional sexual customs, against the efforts of the politically powerful minority to revise those laws.

Right to freedom of association (*Boy Scouts of America v. Dale* (2000))¹²

In the case *Boy Scouts of America v. Dale*, the Supreme Court considered whether a private organization could single out LGBT persons by establishing certain rules; in this case, the ruling was made in favour of the organization. The cause for initiating the proceedings was the 1990 decision of American scouts to exclude assistant Scoutmaster Dale from the organization, after he was identified in the press as the leader of the Lesbian/Gay student alliance at Rutgers University. The Supreme Court in New Jersey initially ruled that the scouts had violated the state law on the prohibition of discrimination, but that decision was annulled by the decision of the Supreme Court, with five votes in favour and four votes against. The Court established that forcing the scouts to readmit the excluded member would violate their First Amendment right to freedom of association. The scouts kept pointing out that homosexual behaviour was opposite to the values contained in the Scout Oath and Law, particularly those represented by expressions “morally straight” and “clean”, and that the organization did not want to promote homosexual behaviour as a legitimate form of behaviour.

Right to privacy and personal autonomy (*Lawrence v. Texas* (2003))¹³

In the case *Lawrence v. Texas*, the US Supreme Court ruled that the laws prescribing the sanctioning of homosexual relationships were unconstitutional. The Court cited the right to privacy and personal autonomy, emphasizing that the clause on the prescribed procedure from the Fourteenth Amendment gave the applicants

“full right to behave privately without the state intervention, that the Statute of Texas State did not support a legitimate state interest that could justify its intervention in the individual’s personal and private interest and his private life, therefore public ideas on morality could not justify the violation of the people’s constitutional rights”.

The cause for initiating the proceedings was the claim for the violation according to the Texas anti-sodomy law, when Lawrence and Garner were caught during sexual

¹² *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US 640 (2000), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/640/>

¹³ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

intercourse. This is a landmark decision because it abolished, apart from the contentious Texas law, the laws on sodomy in another thirteen states, which made same-sex sexual intercourse legitimate in all US states.

Judge Antonin Scalia justified his decision to dissent by pointing out that the

“opinion is the product of a Court, which is the product of a law-profession culture that has largely signed on to the so-called homosexual agenda... The Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as a neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed”.

Professor Antonić explains that there is a belief about the gay agenda implying “a psychological mechanism of numbing the audience” (Kirk and Madsen 1989, quoted according to: Antonić, 2014, p. 66). It is followed by the stage of “disturbing”, i.e. preventing the opponents of the movement, who are most frequently described as religious fanatics, to access the media, and then, in the third stage of “reversing”, negative associations cease to exist in relation to the gay issue and they are replaced by other positive associations. In the end, there is a broad public relations campaign (Antonić, 2014, p. 67, p. 68, p. 71). However, he thinks that, regardless of the impact it had, the book written by Kirk and Madsen or any other writing cannot be considered a secret agenda of “a diffuse and branched movement such as gay movement in the USA” (Antonić, 2014, p. 75).

Equality of marriages and tax law (*United States v. Windsor* (2013))¹⁴

In this case, as one of the landmarks on the road towards equality of marriages, the US Supreme Court decided to annul part of the Defense of Marriage Act from 1996, which defined marriage as a “legal union between one man and one woman as husband and wife”. The case considered the situation of two female partners who got married in Canada before moving to New York, the state that recognized their marriage. After her partner’s death, Windsor sought to claim the federal estate tax exemption for surviving spouses regarding the estate she inherited by the will of the deceased partner. However, her attempt failed because of the provisions of the Federal Defense of Marriage Act. With five votes in favour and four votes against, the Supreme Court ruled that the contentious Act violated the due process and the principles of equal protection.

“The principal effect of this Act is to identify a subset of state-sanctioned marriages and make them unequal. The principal purpose is to impose inequality, not for other reasons like governmental efficiency”, Judge Kennedy emphasized in the opinion. It was concluded that Chapter 3 of the Defense of Marriage Act, which refuted federal recognition of same-sex marriage, was the violation of the clause on the legal proceedings from the Fifth Amendment, and that the federal government could not discriminate married same-sex couples in the process of determining federal fees and protection.

¹⁴ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

Equality of marriages and social justice (*Obergefell v. Hodges* (2015))¹⁵

This ruling made it mandatory for all federal states to recognize same-sex marriage under the same conditions as marriage entered by persons of opposite sex, as well as all the rights and obligations deriving from it. In the case *Obergefell v. Hodges*, a group of fourteen same-sex couples and two men whose partners had died filed an application, claiming that state officials had violated the clause on equal protection from the Fourteenth Amendment, forbidding them to get married or not recognizing marriages entered in other federal states. The US Supreme Court ruled in their favour with five votes for and for votes against, stating that it was “humiliating acting towards same-sex couples that can also aspire towards transcendent marriage purposes” and continued the benefits guaranteed to married opposite-sex couples, which primarily referred to social insurance, healthcare and the benefits of surviving spouses and/or out-of-marriage partners. The Court emphasized the following:

“Marriage is a keystone of our social order and there is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle, while, consequently, preventing same-sex couples from marrying puts them at odds with society, denies them countless benefits of marriage, and introduces instability into their relationships for no justifiable reason”.

In a separate dissenting opinion, Judge John Roberts wrote that same-sex marriage bans did not violate the Due Process Clause, the right to privacy, or the clause on equal protection because they were related to a state interest – preserving the traditional definition of marriage. Moreover, he thinks that the “universal definition of marriage” as “the union of a man and a woman” arose to ensure successful childrearing. Roberts criticized the majority opinion for relying on moral convictions rather than a constitutional basis, and for expanding fundamental rights without caution or regard for history and for using the judiciary in a way that was not originally intended. He also warned that the majority opinion would ultimately lead to consequences for religious liberty, and he found that the Court’s language unfairly attacked opponents of same-sex marriage.

Freedom of religion (*Masterpiece Cakeshop, Ltd.
v. Colorado Civil Rights Commission*)¹⁶

In this ruling, the Supreme Court established that the baker was not obliged to make wedding cakes for same-sex couples. Phillips refused on religious grounds to make a wedding cake for the homosexual couple, claiming that cake-making for him was an artistry for the glory of his God, so that forcing him to make a cake in this specific case would violate his freedom of speech and his right to profess his religion as guaranteed by the First Amendment. The couple filed a claim to the Colorado Civil Rights Commission, citing the Anti-Discrimination Law of Colorado. The Colorado Court of Appeals took the side of the couple, but the argument of the Supreme Court in favour of Phillips was

¹⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 US 644 (2015), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

¹⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

“an impermissible hostility toward his sincere religious beliefs”. The Court concluded that “the government cannot act in a manner that passes judgment upon or presupposes the illegitimacy of religious beliefs and practices”, and that is why the law of Colorado that prohibited discrimination of homosexuals on the occasion of purchasing products and services in this case had to be applied neutrally regarding religion.

Violation of the right to religion
(*Ladele v. Islington LBC, McFarlane v. Relate Avon Ltd*)

In the case *Ladele v. Islington LBC*, a registrar in a local self-government service, the London Borough of Islington, believed that marriage was a union exclusively between a woman and a man, in line with the Christian teaching.¹⁷ She found same-sex partnerships contrary to God’s law and after the adoption of the Civil Partnership Act that came into force in the United Kingdom in 2005 and its application in the Borough of Islington, on numerous occasions she refused to perform her registrar duties and to officiate at the ceremonies of registering same-sex unions. Her colleagues complained about her discriminatory behaviour and disciplinary proceedings were initiated against her, with the potential risk of her losing the job due to the disrespect for her work duties. In her application to the Employment Tribunal, she complained of direct and indirect discrimination and harassment on grounds of religion, but since her positions were not accepted, the ruling was that there had been no violation of her right to religion. Her appeal to the Court of Appeals was also refused because the Court held that “she was being required to perform a purely secular task, so her religious view of marriage did not release her from her duty of officiate at the ceremonies of registering same-sex unions” (Nikolić, 2015, pp. 78–79).

A similar case is *McFarlane v. Relate Avon Ltd*. The former archbishop of a Bristol church believed that homosexual relationships were sinful from the Bible point of view and therefore they should not be supported.¹⁸ Between 2003 and 2008, as a psychotherapist in a private charity providing relationship support regarding sexual and emotional partnerships, McFarlane worked with LGBT persons, but soon began to avoid such cases based on his religious beliefs. After disciplinary proceedings were initiated against him and his dismissal from his job, the Employment Tribunal ruled that there had been no discrimination or dismissal due to McFarlane’s religious beliefs, but that the cause was “failure to observe the employment rules of the organization he worked for”. The Court of Appeal also refused his appeal, citing the ruling *Ladele v. Islington LBC* (Nikolić, 2015, p. 79).

Same-sex parenthood (*Frette v. France, E. B.
v. France, Gas and Dubois v. France*)

Acting upon the application of *Frette v. France*, after Frette’s request for child adoption was declined because of his sexual orientation, the European Court for Human Rights, concluded that the member-states of the Council of Europe had no common attitude about

¹⁷ *Ladele v. Islington LBC* (2009) EWCA Civ 1357.

¹⁸ *McFarlane v. Relate Avon Ltd*. (2010) EWCA Civ. 880.

this matter. Therefore, the ruling of the French court was pursuant to Article 21 of the Convention on the Rights of the Child and the obligation of the member-states to make the adoption in line with the best interests of the child, with the consent of the relevant authorities, with the protection measures for the child and the conditions and proceedings determined by the states in their national legislation.¹⁹

However, in the case *E. B. v. France*, the European Court for Human Rights took the position that the French authorities, by depriving homosexuals, bisexuals and lesbians of the right to adopt children, implemented discriminatory practice towards individuals, thus violating Article 8 and Article 14 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the French law stipulating that, apart from couples, individuals could also apply for the adoption of children.²⁰

The case *Gas and Dubois v. France* is considered one of the greatest defeats of the gay lobby. After a lesbian woman's request was refused to adopt the child her partner had got through artificial insemination, the European Court took the position that Article 12 of the Convention (right to marriage and family) did not obligate the states to legalize same-sex marriage, while in the event of the existence of the law on registered partnership, the states had a discretionary right to decide what rights to recognize to same-sex partners. Discrimination based on sexual orientation was also refuted due to the fact that common-law heterosexual couples are not allowed to adopt children in France.²¹ A year later, the 2013-404 Law granted permission of joint performance of parental authority to same-sex couples who are officially married, if the child was adopted by one of the spouses (LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe).

Final considerations

Speaking of the evolution of legislation in the area of the protection of LGBT population rights, it can be seen that it occurred gradually, from common-law cohabitation, registered partnerships to the equalization of homosexual and heterosexual marriages and enabling same-sex couples to enjoy parental rights in the same manner as heterosexual couples. All matters in relation to family and legal relations, primarily the permission to enter marriage, to adopt children, either jointly or by one partner (when the adoptee is the child of the other spouse), promotion and encouragement of artificial insemination in planned lesbian families, even of surrogate motherhood in the situation where two men would like to become parents, are, as a rule, the most sensitive fields, and their regulation should be approached most often after a certain period of time from the recognition and regulation of the matters regarding property rights, rights from the field of social and children protection, as well as regarding pension and taxes. Although the proposed Draft

¹⁹ *Frette v. France*, (2002). No. 36515/97. Available at: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf>

²⁰ *E. B. v. France*, (2008). no. 43546/02, Available at: <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/EB-protiv-Francuske.pdf>

²¹ *Gas and Dubois v. France*, (2012). No. 25951/07. Available at: <https://ordoiuris.hr/predmet-gas-i-dubois-protiv-francuske/>

Law on Same-Sex Unions is not a law on marriage and family, I think that the opponents of its adoption are not wrong to conclude or anticipate that it is an introduction into full equalization of homosexual and heterosexual couples in the field of marital and parental law, which can be easily concluded by watching the developmental road of legal regulations in other countries. The influence of case law on that road is no doubt exceptionally important because case law, with its authority, on a year-to-year basis, paved the way for expanding the scope of legal protection for LGBT persons. Another question is to what extent the courts are autonomous in their work and free from the influence of other representatives of authorities and various interest groups. As far as the family is concerned, Professor Šuvaković concludes that party program attitudes in Serbia range from conservative (the Party of Democratic Action of Sandžak) to postmodern (the Socialist Party of Serbia), stating that most parties see the family as a union of a man, a woman and their children, while only the Socialist Party of Serbia “mentions the affirmation of the LGBT population rights, from which the rights in the domain of family policy consequently derive”, and a question arises whether “the attitudes about the family from the 2010 Program are revised” in this manner (Šuvaković, 2020, p. 50, p. 55). The party programs and the policies they implement in reality are often divergent because the policy of a party and its ideas are adjusted quickly and on the go to the requirements and standards of the world’s policy that is becoming increasingly visible, and acting loudly and with no former concealment, in all segments of our lives, which has also proved true during the ongoing pandemic. Serbia is a relatively conservative environment in which the Serbian Orthodox Church also has a significant influence on the creation of the public opinion. The Orthodox Church has a conservative attitude to homosexuality, particularly in East Europe and Greece. Therefore it cannot be expected that full equalization of homosexual and heterosexual couples in all fields will occur soon or overnight, although it seems to me that we are going in that direction.

As it can be seen from the description of some cases from case law, the proceedings regarding the protection of the right to freedom of religion, which are related to LGBT rights, are frequent, which is not surprising since the majority of religious communities do not look favourably at the legal changes in this field. It is interesting to hear the statement of Roman Catholic Cardinal Reinhard Marx, the Chairman of the German Bishops’ Conference, who says that

“so far we have had that difference – some are against, some are in favour, and it was an open debate... We (the church) have our moral attitude about marriage and it is clear, but the secular state must regulate same-sex partnerships and place them into a fair position, while we, as the church, cannot be against it... I believe that the church can be the main public voice in the development of pluralist societies” (Mac Donald, 2016, quoted according to: Čović, 2020, p. 177).

From the interpretation of Quranic verses and hadiths, we can see that they condemn homosexuality (together with the majority of forms of extramarital relationships in Islam), but transgender persons are often accepted if they observe traditional gender norms after transition. Therefore, the government of Iran not only allows and recognizes the sex-change operation, but it also subsidizes that procedure. It should be noted that most countries with the majority Muslim population, as well as the Organization of Islamic Cooperation (OIC)

objected to the improvement of LGBT rights in the United Nations, the General Assembly or UNHCR, whereas Albania and Sierra Leone signed the UN Declaration that supports LGBT rights (LGBT laws on the prohibition of discrimination were enacted in Albania and Northern Cyprus) (Čović, 2020, p. 178, p. 179).

A number of authors state that the research conducted so far does not show that children's growing in same-sex family affects their mental development, that the division of roles based on sex is smaller than before, as well as that officially married couples more often have the role of parents as compared to common-law couples (Bianchi, Milkie, Lamb, quoted according to: Čović, 2015, p. 401, p. 402, p. 405). On the other hand, it is stated that childbirth is the basic function of entering marriage and founding the family, and there is doubt about the possibility of children's successful socialization in a homosexual marriage and/or the union where the parents are not of opposite sexes (Šuvaković, 2013, p. 166, p. 168; Antičić, 2014, p. 96).

Professor Antičić states that cohabitation or a partnership household provide certain social protection and security, because the society "has an interest in supporting every type of stable, monogamous love (sexual) relationships and in normalizing the way of life of LGBT persons" (Antičić, 2014, 208). In this manner, it would also be possible to provide "proportional recognition and social affirmation to lesbian-gay couples without jeopardizing such an important institution as marriage" (Antičić, 2014, p. 208).

Furthermore, he distinguishes the repressive attitude (traditionalist model) in the situation when there is public and private condemnation, or even persecution and different violations of their human rights; the tolerant attitude (liberal model), when homosexuality is not legally sanctioned, but everyone is free to value the morality of homosexual relationships and not to support them (for example, for religious reasons), or to be indifferent about that issue; the attitude of forced affirmation (progressive model) that emerges when there is a "universal obligation of legal and status (moral) equalization of homosexual and heterosexual relationships – from marriage, via children adoption, to government subsidies for artificial insemination and gay culture acceptance in the media" (Antičić, 2014, p. 204). He concludes that the first and the third models are "authoritarian extremes"; and that the third model is more frequently prescribed as an ideal in the USA and EU member-states, while he himself advocates choosing the median liberal model (Antičić, 2014, p. 205).

I still believe that the quality of a partnership and the relationship towards the child do not depend on someone's sexual orientation. Moreover, I believe that it is the right of every person to be guaranteed certain rights and their protection by the law, in the manner the proposed Draft Law on Same-Sex Unions does and, in that respect, the median liberal model seems acceptable to me. However, the tendencies in comparative law in this area and the manner of implementing the policy of the society creation seem to send a message that in the future it will be possible to use money in order to create any relationship that was exclusively natural and legal in the past, God-given, and that the legislation and case law will solely be in the function of supporting the consumer society in which it can or will be able to pay someone else's womb and body that will undergo labour pains for the child who will be called ours, independently of whether we are in a heterosexual or homosexual relationship or marriage. That is exactly what should concern us most – the message that money can buy absolutely everything.

REFERENCES/ ЛИТЕРАТУРА

- Antonić, S. (2014). *Power and Sexuality – the Sociology of the Gay Movement*. Istočno Sarajevo: Sociološko društvo Republike Srpske. Available at: <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:7605/bdef:Content/download> [In Serbian]
- Baker v. Nelson, 191 N.W.2d 185 (1971). Available at: <https://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1971/43009-1.html>
- Boy Scouts of America v. Dale, 530 US 640 (2000). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/640/>
- Charter of Fundamental Rights of the European Union. Available at: https://www.citizen-sinformation.ie/en/government_in_ireland/european_government/eu_law/charter_of_fundamental_rights.html
- Constitution of the Republic of Serbia (2006). *Službeni glasnik Republike Srbije* 98/2006. [In Serbian]
- Čović, A. (2015). Experience of LGBT parents and their children: The results of longitudinal studies, *Sociološki pregled*, 49 (4), 399–418. DOI: [10.5937/socpreg1504399C](https://doi.org/10.5937/socpreg1504399C) [In Serbian]
- Čović, A. (2020). *Family Law Aspects of Religious Marriages*. Beograd: Institut za uporedno pravo [In Serbian]
- Draft Law on Same-Sex Unions, Available at: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html> [In Serbian]
- E. B. v. France, (2008). No. 43546/02, Available at: <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/EB-protiv-Francuske.pdf> [In Bosnian]
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003. [In Serbian]
- European Parliament Resolution no. A5-0050 / 2000 of 16 March 2000. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0113+0+DOC+XML+V0//EN>
- Family Law, *Službeni glasnik RS* 18/2005, 72/2011, 6/2015. [In Serbian]
- Frette v. France, (2002), no. 36515/97, Available at: <https://www.equalrightstrust.org/ert-documentbank/frette%20v%20france.pdf>
- Gas and Dubois v. France, (2012), no. 25951/07, Available at: <https://ordoiuris.hr/predmet-gas-i-dubois-protiv-francuske/> [In Croatian]
- Ladele v. Islington LBC (2009) EWCA Civ 1357. Available at: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7a160d03e7f57eb07f4>
- Law on the Prohibition of Discrimination, *Službeni glasnik RS* 22/2009. [In Serbian]
- Lawrence v. Texas, 539 US 558 (2003), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>
- LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe Mac Donald, S. “Cardinal Marx: Society must create structures to respect gay right”. (28th June 2016). Available at: <https://www.ncronline.org/news/vatican/cardinal-marx-society-must-create-structures-respect-gay-rights>
- Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. ____ (2018), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

- McFarlane v. Relate Avon Ltd. (2010) EWCA Civ. 880. Available at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/880.htm>
- Nikolić, O. (2015). Freedom of Religion in the United Kingdom. *Strani pravni život*, 1/2015, 71–83. [In Serbian]
- Obergefell v. Hodges, 576 US 644 (2015), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf
- One, Incorporated, v. Otto K. Olesen, 355 U.S. 371 (1958), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/371/>
- Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996), Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/>
- Šuvaković, U. (2013). Marriage and Family in Transition. In Krstić M. (ed.) *Individual, family, society in transition*. Kosovska Mitrovica: Filozofski fakultet u Prištini. Available at: <https://drive.google.com/file/d/1XKaFqM8vFKbeMRez72vbNUT0K3gF6SDY/view> [In Serbian]
- Šuvaković, U. (2020). The Family through the Program Attitudes of Political Parties in Serbia: A Section of the Situation in the Second Decade of the XXI Century, *Srpska politička misao*, 3/2020, 43-61. DOI: <https://doi.org/10.22182/spm.6932020.2> [In Serbian]
- United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013), Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf