

ISTOPOLNI BRAK – KAKO JE SVE POČELO U SAD**

Sažetak

Istopolni brak je relativno nova institucija u porodičnom pravu i pravno je priznata početkom XXI veka, tačnije od 2001. godine. Relativno mali broj država ju je do sada prihvatio, što i ne iznenađuje s obzirom na mukotrpan razvoj ove institucije u prošlosti.

Ovaj rad je fokusiran na istorijske početke istopolnog braka, od nekih nepotvrđenih naznaka njegovog postojanja još u antičkoj Grčkoj i Rimu, pa do aktivne borbe na njegovom priznanju, u drugoj polovini XX veka, isključivo u Sjedinjenim Američkim Državama. Ne iznenađuje činjenica što se pokret za legalizovanje istopolnog braka javio baš u SAD, jer mnogi smatraju SAD za demokratsku i pravnu zemlju, ali ujedno veoma tradicionalnu, patrijarhalnu, sa velikim brojem vernika. Jasno je da su najžešći protivnici istopolnog braka većina crkava i verskih zajednica i političke partije i grupe koje teže tradicionalizmu i patrijarhalnim vrednostima.

U radu su prikazani najpoznatiji slučajevi iz sudske prakse, počev od Baker v. Nelson, preko Loving v. Virginia, Baehr v. Miiike, Baker v. Vermont, nakon koga je ustanovljeno prelazno rešenje u vidu građanskih zajednica, pa do Goodridge v. Dept. of Public Health, kada je pravno usvojen istopolni brak u državi Masačusets, i United States v. Windsor, kojim je faktički ukinut Zakon o zaštiti braka. Slučaj Obergefell v. Hodges predstavlja pravnu pobedu pobornika istopolnog braka jer je Vrhovni sud SAD 2014. godine naložio svim državama da priznaju ovu instituciju.

Ključne reči: istopolni brak, *Loving v. Virginia*, *Obergefell v. Hodges*, Zakon o zaštiti braka, Amandman o jednakim pravima, Vrhovni sud SAD.

* Doktor pravnih nauka, viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.
E-mail: o.nikolic@iup.rs

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

SAME-SEX MARRIAGE – HOW IT ALL BEGAN IN THE USA

Summary

Same-sex marriage is a relatively new institution in Family law and has been legally recognized since the beginning of the 21st century, more precisely in 2001. A relatively small number of countries have accepted it so far, which is not surprising, considering the painstaking development of this institution in the past.

This work is focused on the historical beginnings of same-sex marriage, from some unconfirmed indications of its existence in Ancient Greece and Rome, to the active struggle for its recognition, in the second half of the twentieth century, exclusively in the United States of America. The fact that the movement to legalize same-sex marriage arose in the USA is not surprising, because many consider the USA a democratic and legal country, but at the same time a very traditional, patriarchal one, with a large number of believers. It is clear that the most ardent opponents of same-sex marriage are the majority of churches and religious communities, as well as political parties and groups that strive for traditionalism and patriarchal values.

The most famous cases from judicial practice are presented, starting with *Baker v. Nelson*, via *Loving v. Virginia*, *Baehr v. Miike*, *Baker v. Vermont*, after which a transitional solution was established in the form of civil unions, until *Goodridge v. Department of Public Health*, when same-sex marriage was legally adopted in the state of Massachusetts, and *United States v. Windsor*, which effectively repealed the Defense of Marriage Act. The case of *Obergefell v. Hodges* represents a legal victory for supporters of same-sex marriage, as the US Supreme Court in 2014 ordered all states to recognize the institution.

Keywords: Same-sex marriage, *Loving v. Virginia*, *Obergefell v. Hodges*, Defense of Marriage Act, the Equal Rights Amendment, US Supreme Court, Constitution.

1. Uvodne napomene

Institucija istopolnog braka je u mnogim zemljama legalno priznata, iako je većina država još daleko od prihvatanja ovakvog koncepta braka. U drugoj polovini XX veka, naziru se samo počeci borbe za legalizaciju istopolnog braka, ali još veoma daleko od ostvarenja konačnog cilja. Istopolni brak je kao institucija u pravnim okvirima zaživeo i počeo da biva prihvatani tek u XXI veku, tačnije 2001. godine, u Holandiji, i do danas je pravno priznat u trideset i jednoj državi.

Instituciju istopolnog braka nisu sve države koje su je priznale to svojevrijedno prihvatile, već im je to nadležni sud odlukama naložio (npr. Slovenija, Austrija, Brazil, Južnoafrička Republika itd.). Druge države su ovakvu promenu sprovele kroz ustavne, odnosno zakonske izmene ili nakon održanih referenduma (Švajcarska, Australija, Irska). Pravno najinteresantnija bitka za ozakonjenje istopolnog braka svakako je bila ona vođena u Sjedinjenim Američkim Državama u drugoj polovini XX veka, okončana odlukom Vrhovnog suda SAD 2015. godine, kada je istopolni brak legalizovan u svih pedeset država. Iz tog razloga i ovaj rad će pratiti razvoj borbe za legalizaciju ove institucije upravo u SAD, do njegove legalizacije u prvoj državi (Masačusets) 2004. godine.

2. Prvobitni istorijski koncept braka

„Tokom istorije brak je evoluirao od dela običaja i tradicije do društvene ustanove regulisane pravom, kojom se reguliše odnos između dva lica (monogamni brak) ili više njih (poligamni brak), radi zajedničkog života i odgajanja potomstva” (Čović, 2020, p. 13). „Brak je prastar, i ne zna se kada je tačno nastao, ali prethodi svim postojećim civilizacijama, religijama i političkim sistemima.” Ove misli su karakteristične za finskog filozofa i antropologa Edvarda Vestermarka, koji u svom proučavanju ide i dalje, čak u praistoriju, gde nalazi neke aspekte bračne veze među praljudima, tačnije majmunolikim ljudima. Priroda braka, ako posmatramo zapadnu civilizaciju, menjala se tokom vremena, ali srž braka je predstavljala pre svega zajednica muža i žene, odnosno jednog muškarca i jedne žene.

U rimskom pravu pojedini istaknuti pravници su davali svoje viđenje šta predstavlja brak. Gracijan (*Gratianus*) smatra da je brak zajednica muškarca i žene koji održavaju nepodeljeni način života (*Sunt enim nuptiae sive matrimonium viri mulierisque coniunctio individuum vitae coniunctionis consuetudinem retinens*). Ulpijan (*Ulpianus*) kaže u Justinijanovim Digestama da je brak zajednica muškarca i žene, koja ih obavezuje na jedan put kroz život (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*), dok je rimski pravnik Medestinus govorio da je brak zajednica muškarca i žene i partnerstvo celog njihovog života, komunikacija ljudskog i božanskog zakona (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). U antičkoj Grčkoj naročito se isticalo da brak treba da bude odnos poštovanja i brižne ljubavi koji je osmišljen od boga. Blagoslov crkve je bivao sve cenjeniji, te je postao običaj da se za sklapanje braka traži odobrenje od crkve, a u X veku (911. godine) car Lav VI je proglasio zakon

kojim se propisuje neophodnost crkvene ceremonije pri zaključenju braka, tako da se kaže „...naređujemo da se brak potvrdi dokazima o svetom blagoslovu. Dakle, ako oni koji žele da stupe u brak ne poštuju tu proceduru, ovakva zajednica se od njenog nastanka neće smatrati brakom i takva vanbračna zajednica neće proizvoditi pravno dejstvo” (Novella 89).

Kao oblik religioznog shvatanja braka, Katolička crkva ga opisuje kao bračni savez kojim muškarac i žena uspostavljaju međusobnu zajednicu za ceo život i koji je po svojoj prirodi uređen za dobro supružnika i rađanje i vaspitanje potomstva, koje je Hristos Gospod uzdigao na dostojanstvo sakramenta između krštenih (Codex Iuris Canonici, 1055 §1). Počev od XIII veka, monogamni hrišćanski brak proglašava se jednim od sedam simboličkih sakramenata i time postaje potčinjen kanonskoj jurisdikciji, što znači da je samo onaj brak koji je sklopljen uz blagoslov crkve opšteprihvaćen.

Protestantski reformatori, u XVI i XVII veku, odbacili su klasično katoličko viđenje braka kao sakramenta. Luterani su brak videli kao zemaljski i društveni oblik koji je u većoj meri pod kontrolom države, a u manjoj pod kontrolom crkve i njenih organa. Kalvinisti su brak videli kao zajedničko delo i države i crkve, dok su anglikanci smatrali da je brak pod kontrolom crkve i njenih verskih sudova (Witte, 1997, pp. 5-8). Druge crkve su, takođe, imale isti ili sličan pogled na brak, koji se, naravno, tokom vremena donekle menjao, ali je i danas osnovno stanovište da je brak zajednica muškarca i žene.

3. Istorijski pogled na ideju o istopolnom braku

Teško je reći da je istopolni brak postojao pre početka dvadeset prvog veka, barem u zakonskom smislu, ali ima i onih koji misle drugačije. Istoričar Džon Bozvel (John Boswel) je u svojim delima pokušavao da objasni da je homoseksualizam, pa čak i homoseksualni brak, apsolutno bio prihvatljiv u starom Rimu i antičkog Grčkoj i da je crkva tek sredinom srednjeg veka, pokušavajući da uspostavi veću kontrolu nad ličnim životima vernika, anatemisala homoseksualne veze. Posebno je insistirao na legendi o Sergiju (*Sergius*) i Vakhu (*Bacchus*) koji su bili više rangirani rimski vojnici koji su živeli u IV veku. Rimljani su ih progonili zbog njihove hrišćanske vere i mučili do smrti. Prema hrišćanskoj tradiciji, Sergijeva vera je oslabila zbog smrti njegovog prijatelja, da bi se povratila kada mu se Vakh pojavio u viziji i preklinjao ga da ne odustane, što je značilo da će se njih dvojica ponovo spojiti na nebu ako Sergije ne odustane od hrišćanstva. Sergije je zadržao veru i, kao i njegov drug, umro mučenički. Tokom srednjeg veka, njih dvojica su proglašeni za svece u hrišćanskoj crkvi, kako katoličkoj

tako i pravoslavnoj, kao i u drugim hrišćanskim crkvama. Bozvel je ovo prijateljstvo smatrao homoseksualnom vezom i partnerstvom i to je pokušao da potkrepiti dokazima. Pored Sergija i Vakha, u rimskoj i antičkoj istoriji je pronašao i druge homoseksualne parove kao Harmodija (*Harmodius*) i Aristogitona (*Aristogeiton*) i Hadrijana (*Hadrian*) i Antinoja (*Antinous*), kao i neke likove u dramama Petronijusa (*Petronius*) i Ksenofona Efeskog (engl. *Xenophon of Ephesus*). „Iako profesor John Boswell u svojoj knjizi ‘Same-sex Unions in Pre-Modern Europe’ izdatoj 1994. godine, govori o prihvatanju istopolnih veza, odnosno brakova još u srednjovekovnoj katoličkoj Evropi, a još ranije i u antičkoj Grčkoj i Rimu, zaključci koje iznosi često su upitni, što zbog prevoda sa latinskog, odnosno starogrčkog, a što zbog njegovog predubeđenja” (Čović & Nikolić, 2023, p. 1279). Naročito je diskutabilno njegovo poimanje adelfopoeze (*adelphopoiesis*) na kojoj zasniva svoj stav o istopolnom braku, a to je verska ceremonija koja se istorijski praktikovala da bi se ujedinila obično dva muškarca (retko žene) u crkveno priznatom prijateljstvu i koja ih je obavezivala da se brinu jedan o drugome do kraja života.

Naravno da su teze profesora Bozvela bile predmet žustrih i oštrih kritika, pre svega od strane konzervativnijih stručnjaka, ali bilo je mišljenja i tekstova koji su se slagali i odobravali ovakve stavove. Jedan od njih je istoričar Dejvid Grinberg (David Greenberg) koji je uveren da je kategorija homoseksualizma tvorevina kasnog XIX veka, a da do XII veka crkva nije osuđivala homoseksualnost, već ga je u nekim trenucima i slavila. Grinberg je navodio primere iz starog Egipta (period Pete dinastije, oko 2600. p. n. e.) o istopolnim vezama i zajednicama, ukazujući na pojedine reljefe na grobnicama koji prikazuju dva muškarca u intimnim pozama, a da je to tada bilo prihvatljivo pokazuje to što im je faraon obezbedio grobnicu. Isti autor ukazuje i na prihvatljivost istopolnih veza i u Mesopotamiji, pozivajući se na ep o Gilgamešu. Takođe ni u jednom pravnom tekstu Mesopotamije (iz perioda od 2375. p. n. e. do 800. p. n. e), uključujući Hamurabijev zakonik, nisu zabranjene istopolne veze, iako su pol i brak inače bili pravno strogo regulisani (Greenberg, 1988, pp. 124-125). Kenet Dover (Kennet Dover), poznat kao istoričar grčkih seksualnih običaja, smatra da su u antičkoj Grčkoj postojali istopolni brakovi i drevne istopolne veze (Dover, 1978, pp. 89-91).

Slična situacija je bila i u doba Rimske Republike gde je nekim istopolnim zajednicama dat pravni status braka (Cantarella, 1992, pp. 106-114). Neron se oženio dvojicom muškaraca uzastopno, na javnim ceremonijama sa ritualom koji je prikladan za zakoniti brak. Najmanje jednu od ovih zajednica priznali su Grci i Rimljani, a supružniku su dodeljene počasti carice (Boswell, 1980, pp. 81-82).

Mnogi autori vide obrise istopolnih zajednica i u pretkolumbovskoj Americi, na tlu Afrike, kao i u celoj Aziji. Sve su ovo tumačenja zasnovana na pojedinim tekstovima i običajima, ali ne dovoljno pouzdana da bi mogla da se sa sigurnošću prihvate.

4. Istorijat pravne borbe za instituciju istopolnog braka u SAD

Jedna od primarnih prepreka koja je stajala na putu prihvatanja slučajeva istopolnih brakova u Sjedinjenim Državama bila je tendencija sudija da se fokusiraju samo na sopstveno razumevanje braka, koje je zasnovano prvenstveno na sopstvenom iskustvu i iz relativno novije istorije. Pošto su istopolni brakovi manje vidljivi u savremenoj američkoj kulturi nego što je to bio slučaj u drugim periodima u istoriji, sudije imaju tendenciju da vide koncept istopolnih brakova kao nešto novo i čudno, a ne kao osnovnu tradiciju; oni shodno tome zaključuju da je istopolni brak oksimoron, a ne pravo. Da bismo razumeli zašto je ovaj zaključak pogrešan, neophodno je da se obuhvatnije sagleda istorija istopolnog braka (Damslet, 1993, pp. 556-557) i stoga će u nastavku rada biti analizirano nekoliko sudskih slučajeva relevantnih za evoluciju istopolnog braka u SAD.

U Sjedinjenim Američkim Državama, kao uostalom i u celom svetu, institucija istopolnog braka je bila nezamisliva do druge polovine XX veka. U slučaju *Skinner v. Oklahoma*, još 1942. godine, Vrhovni sud je utvrdio suštinsko pravo na brak i kao takvo lično ljudsko pravo smatralo se egzistencijalnim za odvijanje čovekovog opstanka i preživljavanja. U tom periodu brak se smatrao zajednicom jednog muškarca i jedne žene i nije bilo ni govora o istopolnom braku. Tek 1971. godine, Vrhovni sud Minesote je u slučaju *Baker v. Nelson* raspravljao o istopolnom braku. U ovom slučaju je paru odbijena molba za zaključenje braka jer su pripadnici istog pola. Oni su istakli da ni u jednom zakonu nije eksplicitno zabranjeno zaključenje istopolnog braka, a kada im je zahtev odbijen, žalili su se da im je Sud ugrozio pravo na *klauzulu o jednakoj zaštiti (equal protection clause)* iz Četrnaestog amandmana. Klauzula o jednakoj zaštiti zabranjuje proizvoljno razvrstavanje svih lica koja se nalaze u sličnom položaju u odnosu na zakonski tekst. Jedan od argumenata klauzule jednake zaštite je da je muškarcima uskraćena zakonom utvrđena jednaka zaštita jer im nije dozvoljeno da stupe u brak sa drugim muškarcima, kao i da je ženama uskraćena ista zaštita kada im nije dozvoljeno da se udaju za žene. Sud nije prihvatio ovu argumentaciju, ali ipak ovaj slučaj predstavlja prekretnicu u američkom pravosuđu kada je u pitanju evolucija istopolnog braka. U tom periodu su istopolni partneri (gejevi i lezbejke) ulazili u duže i stabilnije veze i smatrali su da se njihove zajednice ne razlikuju od heteroseksualnih brakova, te su počeli da zahtevaju da se istopolne zajednice pravno tretiraju kao brakovi.

Za pobornike istopolnog braka od izuzetne je važnosti bio slučaj *Loving v. Virginia*, jer su upravo u ovom slučaju pronašli vezu sa klauzulom o jednakoj zaštiti. Davne 1958. godine Afroamerikanka Mildred Džeter se udala za belca Ričarda Lovinga u Vašingtonu, Okrug Kolumbija, ali ubrzo po venčanju su se

preselili u Virdžiniju gde su optuženi za kršenje zakona Virdžinije u kome se branilo da brakovi budu između različitih rasa (*Racial Integrity Act*, odeljci 20-58 i 20-59). Nakon osuđujuće presude, bračni par Loving se vratio u Vašington, ali su podneli žalbu. S obzirom na to da je i Vrhovni sud Virdžinije potvrdio prvobitnu presudu, žalba je došla do Vrhovnog suda SAD, koji je utvrdio da je zakon Virdžinije protiv mešanja rasa u braku kršenje osnovnog prava na brak i da država nema nikakav verodostojni razlog da uskrati međurasnim parovima pravo na brak. Ovaj slučaj predstavlja ne samo revolucionarni momenat od kada su rase u SAD izjednačene po pitanju braka već i klasičan princip ustavnog postupanja prema Četrnaestom amandmanu, odnosno klauzuli o jednakoj zaštiti.

Međutim, tadašnja LGBT zajednica nije bila zadovoljna kako Vrhovni sud poima klauzulu jednake zaštite, jer je primenjuje samo na pitanje rase, nacionalnog porekla i probleme stranaca, ali ne i na homoseksualne slučajeve, odnosno pola. Klauzula o jednakoj zaštiti nije adekvatan mehanizam kojim istopolni partneri mogu da ostvare jednaka bračna prava kao i heteroseksualni partneri. Očigledno da se garancija jednake zaštite zapravo ne primenjuje na sve ljude koji su različiti. Garancija jednake zaštite je, dakle, iluzorni oblik zaštite za istopolne partnere koji žele da stupe u brak jer se po strukturi inherentno razlikuju od heteroseksualnih parova (Lewis, 1988, p. 1785).

Sučaj *Jones v. Hallahan* se odnosi na lezbejski par koji je podneo molbu za priznavanje njihovog braka od strane države i nakon odbijanja zahteva za brak, par se žalio sudu u Kentakiju, tvrdeći da je lišen prava na brak, prava na udruživanja i prava na slobodno ispovedanje vere. Tadašnji zakon o braku države Kentaki nije izričito zabranjivao istopolne brakove, ali kada je govorio o braku, pominjao je muškarca i ženu. Glavno sudske objašnjenje zašto je odbio da izda dozvolu za brak je što stranke nisu u stanju da ostvare suštinu braka i da su istopolni brakovi po definiciji nemogući.

Džonu Singeru i Polu Barviku je 1971. godine odbijen zahtev za dozvolu braka u Vašingtonu i na to su se žalili ukazujući da im je uskraćeno pravo na brak, što je u suprotnosti sa Amandmanom o jednakim pravima (Equal Rights Amendment) Ustava države Vašington, kao i sa Osmim, Devetim i Četrnaestim amandmanom Ustava Sjedinjenih Država. Sud nijednog trenutka nije eksplicitno naveo da su istopolni brakovi zabranjeni, ali je sugerisao da se u zakonu o braku ne pominje reč muško i žensko, te je izveo zaključak da zakonodavna vlast nije zvanično odobrila istopolne brakove.

Sud je razmotrio implikacije Amandmana o jednakim pravima kojim se predviđa da se jednakost prava i odgovornosti prema zakonu ne sme ukinuti niti uskratiti zbog pola. Sud je, međutim, dodao da ne veruje da je postojala namera da se istopolnim parovima ponudi zakonska zaštita braka, kao i da bi tumačenje

Amandmana o jednakim pravima, koje bi pružilo jednaku zaštitu istopolnim brakovima, podrilo svrhu proširenja obima Amandmana. Na primedbu da je slučaj *Loving v. Virginia* promenio definiciju braka kroz tumačenje Četrnaestog amandmana, Sud je naveo da su samo zabranjena rasna ograničenja braka, ali ne i da se promenila osnovna definicija braka kao zakonske zajednice jednog muškarca i jedne žene. Verovatno najkontroverznija izjava Suda u ovom slučaju je da podnosiocima žalbe nije odbijen ulazak u bračnu vezu zbog njihovog pola, već im se uskraćuje bračna veza zbog priznate veze u koju mogu da stupe samo dve osobe koje su pripadnice suprotnog pola. Ova izjava je i kontradiktorna i kružna: prvo, ona kaže da razlog zašto se Singeru i Barviku uskraćuju jednaka zaštita zakona nije zbog njihovog pola, drugo, kaže da je razlog zašto se istopolni parovi ne mogu venčati taj što istopolni parovi ne mogu da stupe u brak. Ova kružna izjava je zasnovana na priznanju države da društvo u celini gleda na brak kao na odgovarajući i poželjan forum za razmnožavanje i odgajanje dece, iako se od bračnih parova ne zahteva da postanu roditelji, kao i da neki parovi nisu u stanju da postanu roditelji. Ostaje činjenica da brak postoji kao zaštićena pravna institucija prvenstveno zbog društvenih vrednosti povezanih sa razmnožavanjem ljudske rase. Dalje, očigledno je da nijedan istopolni par ne nudi mogućnost rađanja dece u svojoj zajednici. Dakle, odbijanje države da odobri istopolne brakove je rezultat nemogućnosti reprodukcije, a ne zlonamerne diskriminacije zbog pola.¹

Posle sudskog odbijanja da prizna istopolni brak u slučaju *Singer v. Hara*, došlo je do odustajanja istopolnih partnera od traženja jednake zaštite prava od sudova. Tek je 1982. godine, u slučaju *Adams v. Howerton*, ponovo aktuelizovan zahtev za priznanje istopolnog braka. U ovom slučaju par je dobio dozvolu za sklapanje braka od strane ovlašćenog službenika i brak je sklopljen, ali budući da je jedan od partnera Australijanac, zbog produžetka vize su morali da se obrate Službi za imigraciju i naturalizaciju (SIN), koja nije prihvatila njihov brak kao verodostojan. Sud je takođe bio na stanovištu SIN-a da čak i ako je brak priznat (ni u jednom trenutku nije tvrdio da je nelegalan po osnovu zakona), on nije verodostojan po Zakonu o imigraciji, i da oni tumače da Kongres nije želeo da istopolni brak bude valjan. Glavna mana u analizi suda je njegovo preterano poštovanje moći Kongresa nad imigracijom, jer Kongres nema ovlašćenje da suspenduje garancije Petog i Četrnaestog amandmana jednake zaštite – čak ni u pitanjima o imigraciji. Da su žalioci bili suprotnog pola, SIN bi bez ikakvih problema dao dozvolu za produženje vize, ali ovako njihov brak nije priznat jer su bili istopolni par, a uskraćena im je jednaka zaštita zakona.

U predmetu *Baehr v. Miike* (prvobitno se predmet vodio pod *Baehr v. Lewin*) (Mršević, 2009, pp. 78 i dalje), tri istopolna para podnela su tužbu protiv

¹ Vid. više u tekstu slučaja *Singer v. Hara* 522 P.2d 1187, 1188 (Wash. App. Div. 1974), 1195.

Zakona o braku nakon što im je uskraćena dozvola za brak krajem 1990. godine. Prvostepeni sud je odbacio predmet, ali je Vrhovni sud države Havaji vratio slučaj, nakon što bi uskraćivanje istopolnih brakova moglo da ukaže na neprimjenjivanje jednake zaštite zakona i diskriminaciju na osnovu pola. Trebalo je da tužilac koji predstavlja državu pokaže kako zakon koji reguliše bračne odnose nije prekršio klauzulu jednake zaštite i da država ima interes da, između ostalog, zaštiti zdravlje i dobrobit dece i drugih osoba i da neguje rađanje dece u bračnom okruženju, da obezbedi priznavanje brakova sklopljenih na Havajima u drugim državama SAD i da taj interes opravdava zakon koji zabranjuje istopolne brakove (*Baehr v. Miike*, 1996, p. 2). Međutim, njegovi argumenti nisu predložili dokaze da istopolni brakovi imaju bilo kakvog negativnog uticaja na javnost i da bi mogli ugroziti državne interese. Prvostepeni sud je presudio da Zakon o braku države Havaji kojim se zabranjuju istopolni brakovi krši klauzulu o jednakoj zaštiti Ustava Havaja, a ovu presudu je potvrdio i Vrhovni sud krajem 1997. godine. Ovo je bio veliki napredak za legalizaciju istopolnih brakova, ali ovim slučajem on nije zakonski prihvaćen, jer godinu dana kasnije birači na Havajima su odobrili ustavni amandman (čl. 1, br. 23) kojim se državi omogućava da brak dozvoli samo između heteroseksualnih parova, što je Vrhovni sud Havaja 9. decembra 1999. godine potvrdio. Ovo znači da je bilo onemogućeno da se neko više žali na uskraćivanje prava klauzule o jednakom pravu zaštite.

Prvobitna odluka suda u slučaju *Baehr v. Miike* je podstakla druge države SAD (čak šesnaest u narednim godinama) da donesu ustavne amandmane kojim se brak ograničava isključivo na zajednicu između muškarca i žene. Zakon o odbrani braka (Defense of Marriage Act) je donet 1996. godine. Između ostalog, ovaj zakon definiše pojmove „brak” i „supružnik” za potrebe saveznog zakona, a i daje ovlašćenje državam da odbiju priznavanje istopolnih brakova sklopljenih u drugim državama. Sam zakon je stavljen u odbranu institucije heteroseksualnog braka tako što se nalaže da samo zakonska zajednica muškarca i žene predstavlja brak po saveznom zakonu. Takođe, svrha ovog zakona je da spreči da građani jedne države koja ne dozvoljava istopolne brakove otputuju u drugu, koja takve brakove dozvoljava, pa da se vrate u svoju zahtevajući pravno priznanje braka. Takođe, ovim zakonom se istopolnim parovima zabranjuje dobijanje federalnih beneficija. Većina kasnijih slučajeva u kojima se tražilo priznanje istopolnog braka je vođena u državama (Masačusets, Konektikat, Kalifornija, Ajova i pre svih Vermont) za koje se smatralo da su tolerantnije u pogledu ovog pitanja. Bilo je i država u kojima su sudovi odmah odbacivali legalizaciju istopolnih brakova, kao što su Njujork, Merilend, Vašington, Arizona, Indijana itd.

Iako istopolni brak nije zvanično priznao, Vrhovni sud Vermonta je 1999. godine, u predmetu *Baker v. Vermont*, smatrao da je uskraćivanjem zakonskih

beneficija i zaštite braka istopolnim parovima prekršen Ustav države Vermont. Klauzula o zajedničkim beneficijama (Common Benefits Clause) Ustava Vermonta (poglavlje I, čl. 7) navodi da „vlada jeste ili bi trebalo da bude uspostavljena za zajedničku korist, zaštitu i bezbednost naroda, nacije ili zajednice, a ne zbog koristi pojedinca, porodice, ili grupe ljudi, koji su u toj zajednici”. Sud je naredio zakonodavnoj vlasti Vermonta da stvori sistem koji će istopolnim parovima obezbediti beneficije srazmerne onima koje imaju heteroseksualni bračni parovi, što je rezultiralo donošenjem Zakona o osnivanju građanskih zajednica za istopolne parove 2000. godine. Ovo jednostavno znači da je istopolnim partnerima dozvoljeno stupanje u brak, ali iz praktičnih, odnosno bolje rečeno političkih razloga, brak se naziva građanska zajednica.

Građanska zajednica je sveobuhvatan pravni status paralelan građanskom braku za sve svrhe prema zakonu države Vermont. Od 1. jula 2000, istopolni par iz bilo koje države, u kojoj svaka osoba ima najmanje 18 godina, koja je svesna i nije u bliskom krvnom srodstvu, može podneti zahtev gradskim službenicima u Vermontu za dozvolu za sklapanje građanske zajednice. Prema zakonu, supružnici u građanskoj zajednici uživaće istu zaštitu i odgovornosti koje su dostupne supružnicima u braku, dakle sva zakonska prava koja se odnose na porodicu, užu porodicu, izdržavane osobe i neposrednu rodbinu se primenjuju na supružnike u građanskoj zajednici. Zakon o građanskoj zajednici bi trebalo da se široko tumači kako bi se istopolnim parovima koji ispunjavaju uslove obezbedila mogućnost pravnog statusa uz pogodnosti i zaštitu građanskog braka. Ostale države, kao uostalom i savezni Zakon o odbrani braka u prvo vreme nisu priznavali građanske zajednice, tako da je ova institucija, u vreme svog donošenja bila validna samo u državi Vermont.

Slučaj *Goodridge v. Dept. of Public Health* je u suštini prva pobeda u SAD, jer je sud dozvolio zaključenje istopolnih brakova. Sedam istopolnih parova u Masačusetsu podnelo je zahtev za izdavanje dozvole za brak 2001. godine, ali je Odeljenje za javno zdravlje Masačusetsa (nadležni organ za dozvolu zaključenja braka) odbilo njihove prijave iz razloga što država nije priznala istopolne brakove. Oni su podneli tužbu tvrdeći da im je uskraćena dozvola za brak samo iz razloga jer su istopolni partneri i da im je onemogućena zaštita, beneficije kao i obaveze braka, što predstavlja kršenje Ustava Masačusetsa (člana 1, koji zabranjuje diskriminaciju na osnovu pola). Viši sud je 2002. godine potvrdio odluku Odeljenja za javno zdravlje, te se oštećena strana obratila žalbom Vrhovnom sudu. U ovom slučaju Vrhovni sud države Masačusets je smatrao da je Odeljenje za javno zdravlje uskratilo dozvolu za brak istopolnim parovima i da je to nespojivo sa ustavnim principima poštovanja individualne autonomije i jednakosti. Takođe, Sud je naveo da se istopolnim parovima ne sme oduzeti pravo pristupu braku kao instituciji od osnovnog pravnog, ličnog i socijalnog značenja (*Goodridge v. Dept. of*

Public Health, 2003, pp. 949, 958), stoga je definisao građanski brak kao dobrovoljnu zajednicu dva lica kao supružnika, isključujući sve druge.

Razmatrajući ovaj predmet, Vrhovni sud je odbacio tri argumenta države koji se tiču ograničavanja braka isključivo na heteroseksualne parove. Prvi argument se odnosio na cilj braka kao obezbeđivanje idealnog okruženja za reprodukciju ljudi, što je Sud odbacio smatrajući da je dugoročna obaveza ključni element braka, a primetio je i da je brak dozvoljen heteroseksualnim parovima koji su neplodni i neizlečivo bolesni. Ni drugi argument koji se odnosi na brakove suprotnog pola kao optimalnog okruženja za odgajanje dece Sud nije prihvatio, ukazujući da je veliki broj jednoroditeljskih i netradicionalnih porodica koje su uspešno odgajale decu, kao što je slučaj i kod homoseksualnih i lezbejskih roditelja. Treći argument se ticao finansijskih sredstava kojim država raspolaže za pomoć pri braku i da bi odlivanje ovih sredstava na proširivanje braka na istopolne parove predstavljao veliki odliv ovih resursa, što je Sud odbacio kao neuverljiv i neobrazložen argument.

Pre nego što je javno objavio svoju presudu, Sud je sačekao zakonodavce države Masačusets i dao im rok od 180 dana da, u svetlu svih nalaza iz presude, promeni formulaciju institucije braka. Senat je pokušao da ponudi kao rešenje osnivanje građanske zajednice, sa čime se nisu složili pokretači ovog slučaja, smatrajući da uskraćivanje bračnog statusa dovodi do neravnopravnosti građana. Sud se složio sa ovim stavovima, navodeći da bi eventualni zakon o građanskoj zajednici prolongirao neustavan, inferioran i diskriminatorni status za istopolne parove. S obzirom na to da zakonodavni organ nije promenio zakonske formulacije o braku, presuda je stupila na snagu i nadležni organi su, od 17. maja 2004. godine, počeli da izdaju dozvole za brak istopolnim partnerima. Zakonodavni organ se nije mirio sa ovakvim ishodom, te je tokom 2004. godine i krajem 2006. godine pokušao amandmanima da definiše brak samo kao zajednicu muškarca i žene, a za istopolne parove omogući građansku zajednicu. Svaki ustavni amandman mora da prođe glasanje na dve uzastopne sednice zakonodavnog organa, pa tek onda da se iznese na referendum pred glasače. Iako je prošao glasanje u zakonodavnom telu, sa tesnom razlikom, amandman su odbili glasači na referendumu septembra 2005. godine i još jednom u junu 2007. godine.

5. Zaključna razmatranja

Nakon slučaja *United States v. Windsor* 2013 godine, Vrhovni sud je proglasio Zakon o odbrani braka neustavnim, zbog kršenja Petog amandmana, što je otvorilo put ka potpunoj legalizaciji istopolnog braka (Baude, 2013, pp. 150-160). To se i dogodilo dve godine kasnije, kada je u izricanju presude u slučaju *Obergefell v. Hodges* Vrhovni sud zaključio da je zaključenje istopolnog braka ustavno pravo

zagarantovano na celoj teritoriji SAD i zahtevao je od svih pedeset država da priznaju i prihvate istopolne brakove. U izdvojenom mišljenju, sudija Džon Roberts ističe da „zabrane istopolnih brakova nisu kršile klauzulu o redovnom postupku ili pravo na privatnost, kao ni klauzulu o jednakoj zaštiti; one su bile povezane sa državnim interesom – očuvanjem tradicionalne definicije braka” (Čović, 2021, p. 696).

Ta presuda se smatra najvažnijim zakonom o istopolnim brakovima u SAD i prekretnicom u borbi za prava homoseksualaca. Time se i završava dugotrajan i mukotrpan put ka priznavanju ove institucije i eliminiše se diskriminacija na osnovu pola u svim bračnim stvarima.

Literatura

- Baude, W. 2013. Interstate Recognition of Same-sex marriage after Windsor. *New York University Journal of Law and Liberty*, 8, pp. 150-160.
- Boswell, J. 1980. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality - Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*. Chicago, University of Chicago Press. DOI: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226067148.001.0001>
- Boswell, J. 1994. *Same-sex Unions in Pre-Modern Europe*. New York: Villard Books.
- Cantarella, E. 1992. *Bisexuality in the Ancient World*. New Heaven: Yale University Press. DOI: <https://doi.org/10.12987/9780300236170>
- Čović, A. 2020. *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Čović, A. 2021. Uticaj sudske prakse na zakonsku regulativu u oblasti prava LGBT zajednice. *Sociološki pregled*, 3, pp. 690-713. DOI: 10.5937/socpreg55-32553
- Čović, A. & Nikolić, O. 2023. The Influence of the Crisis of Religion on the Weakening of Patriarchal Family. U: Đurić, V. & Đukić, D. (ur.). *Savremeno državno-crkveno pravo – uporednopravne i nacionalne perspektive*. Budva, Beograd: Mitropolija Crnogorsko-primorska Srpske pravoslavne crkve, Institut za uporedno pravo, pp. 1277-1302.
- Damslet, O. R. 1993. Same-sex Marriage. *New York Law School Journal of Human Rights*, 10(2), pp. 555-593.
- Dover, K. J. 1978. *Greek Homosexuality*. Cambridge: Harvard University Press.
- Greenberg, D. 1988. *The Construction of Homosexuality*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lewis, C. A. 1988. From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage. *Yale Law Journal*, 97, pp. 1783-1803. DOI: <https://doi.org/10.2307/796554>
- Mršević, Z. 2009. *Ka demokratskom društvu – Istopolne porodice*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- Witte, J. Jr. 1997. *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*. Louisville: Westminster John Knox Press.

Pravni izvori

Codex Iuris Canonici - Zakonik kanonskog prava, 1988, Zagreb, Glas koncila.
Constitution of the Commonwealth of Kentucky, od 1792, sa amandmanima.
Constitution of the State of Hawaii, od 1950, sa amandmanima.
Constitution of the State of Massachusetts, od 1787, sa amandmanima.
Constitution of the State of Vermont, od 1793, sa amandmanima.
Constitution of the United States, od 1787, sa amandmanima.
Defense of Marriage Act, od 1996.
The Digest of Justinian, eds. Mommsen, T., Watson A., Philadelphia, 1993, University of Pennsylvania Press.
Racial Integrity Act of State of Virginia, iz 1924.

Sudska praksa

Adams v. Howerton, 673 F.2d 1036, 1038 (9th Cir.), cert. denied, 458 U.S. 1111 (1982).
Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).
Baehr v. Miike, 91-1394, 1996 WL694235, at *1 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996).
Baker v. Nelson, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).
Baker v. Vermont, 744 A.2d 864 (Vt. 1999).
Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 798 N.E.2d 941, 961 (Mass. 2003).
Jones v. Hallahan, 501 S.W.2d 588 (Ky. Ct. App. 1973).
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1,11 (1967).
Singer v. Hara, 522 P.2d 1187, 1188 (Wash. App. Div. 1974).
Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 541 (1942).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2682 (2013).

