

Дарко З. Симовић

Криминалистичко-полицејски универзитет, Београд

darko.simovic@kpu.edu.rs

Олга С. Јовић-Правиновић

Правни факултет Универзитета у Приштини

са привременим седиштем у Косовској Митровици

olga.jovic@pr.ac.rs

КОНТРОВЕРЗЕ ПРАВНОГ УРЕЂИВАЊА ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У СВЕТЛОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И УПОРЕДНОГ ПРАВА

Сажетак: Брак и породица су услове које нејресано еволуирају. Друштвена реалност указује на то да традиционални концепти брака нема квалитет да прекозна сву комплексност међуљудских односа. Онда тежења да се брак изједначава са ванбрачном заједницом, али и са трајнијим облицима заједничког живота лица истог пола. Унапређивању правног положаја истополних партнера увелико су допринеле одлуке Европског суда за људска права. У досадашњој пракси, Европски суд није изједначио истополне заједнице са браком, али је предвидео да истополни партнери морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос. Државе нису обавезане да признају истополне бракове, али имају обавезу да институционализују истополне заједнице, ради заштите права и интереса лица која у њима живе.

Наспојање да лично-имовинска и имовинска права партнера истог пола буду законски регулисана, у складу је са обавезама Републике Србије које произлазе из примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Међутим, општи је уписак да Нацрт закона о истополним заједницама не садржи конзистентна и добро промишљена решења. Следи да са породично-правног аспекта, озбиљна примедба решења предвиђеног у предлогу актуелног нацрта закона односи се на остваривање родитељског права. Према Нацрту не предвиђа могућност усвајања деце, остваривања се није по ком основу партнер родитеља деце остварује овлашћења из садржине родитељског права. Остaje уверење да се процес законског

уређивања истополној партнерства, будући да је реч о још увек изразито контрoверзној теми у српском друштву, мора одвијати унеколико обазривије.

Кључне речи: брак, породица, људска права, дискриминација, ЛГБТ, истополне заједнице, регистровано партнерство, права дејства.

1. УВОД

Истополне заједнице још увек су забрањене или их право не препознаје у претежнијем броју држава.¹ Међутим, упоређујући актуелно стање са оним које је постојало пре неколико деценија, може се закључити да постоји константан тренд проширивања круга држава које установљавају различите облике правног уређивања истополних заједница. Према се тај број континуирано повећава, због чега је незахвално помињати егзактне податке, тренутно се може говорити о приближно једној четвртини држава које јемче нека од права истополним партнерима. Дакле, глобално посматрано, тај проценат јесте и даље низак, али је такође неспорно да он перманентно, додуше благо, нараста. Ипак, сагледано у контексту Савета Европе тај проценат је знатно виши, будући да у 24 од 47 држава чланица постоји неки вид правног уређивања истополног партнерства.² За разлику од Западне Европе у којој све државе установљавају могућност за истополне парове да склопе брак или регистровано партнерство, слика је унеколико шароликија у Централној и Источној Европи. Отуда, већ на основу разлика које постоје на европском континенту, извесно је да не постоји ни приближна сагласност о томе који обим права и заштите треба обезбедити трајним заједницама истополних партнера.

У складу са постојећим трендом, кога су већ следили Словенија, Хрватска и Црна Гора, Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог Републике Србије, у марту 2021. године, припремило је Нацрт закона о истополним заједницама.³ У образложењу тог нацрта наведено је да су истополне заједнице део стварности кога више није могуће игнорисати, будући да је, сагледано у глобалним размерама, њихово правно признавање и регулисање једна од најинтензивнијих правних промена данашњице. Мада је још увек реч о контрoверзној теми, према истраживању једне од невладиних

¹ Macarena Saez, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why 'Same' is so Different?", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1)/2011, 2.

² Драгољуб Поповић, Танасије Маринковић, Мијодраг Радојевић (ур.), *Коментар Конвенције за заштити људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017, 165

³ Нацрт закона о истополним заједницама, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>, 10. мај. 2021.

организација (Civil Rights Defenders), Србија је спремна за доношење таквог закона, будући да је 73% испитаника навело да подржава право да ЛГБТ особе посете партнера у болници или затвору.⁴ У поређењу са сличним истраживањем обављеним 2015. године, утисак је да се десила значајна промена расположења у јавном мњењу, јер је подршку таквим законским решењима тада пружало свега 46% испитаника.⁵ Но, имајући у виду потоња дешавања, оправдано је поставити питање репрезентативности анализираних узорка, јер српско друштво очигледно одликује и значајан отпор према правном регулисању истополних заједница. О томе сведочи апел кога је подржало 212 интелектуалаца и јавних личности, међу којима су и веома значајна имена српске науке и културе, упућен државним органима да зауставе усвајање таквог закона.⁶ Према појединим конзервативним ауторима, попут Мише Ђурковића, историјски је незабележено да хомосексуализам подстичу друштва као што је Србија, због демографске угрожености државе.⁷ Основни аргумент против усвајања закона о истополним заједницама, што је и иначе опште место у аргументацији противника легализовања истополних заједница глобално посматрано⁸, јесте потреба да се заштити традиционална породица. У том смислу, недвосмислен отпор усвајању закона о истополним заједницама потекао је и од Синода Српске православне цркве (СПЦ). Недопустиво је, сагласно гледишту Синода СПЦ, да истополне заједнице буду законски изједначене са браком и породицом, јер се тако дискриминише брачна заједница, као хришћанска и законом заштићена вредност.⁹ Но, без обзира на тако изричит став против истополних заједница, изражено је разумевање за лица особених сексуалних склоности. Наиме, „Свети архијерејски Синод је сагласан да постоји потреба за остварењем одређених личних, имовинских и других права оних које третира наведени нацрт закона, али је аргументовано указао на могућност да се она у правном поретку Републике Србије остварују у потпуности административним путем, без задирања у брачно и породично законодавство”. Осим невладине сфере, реаговао је и председник Републике Србије, Александар Вучић, који је недвосмислено наговестио да би због неуставности ветирао закон о истополним заједницама,

⁴ Vid. Istraživanje: Srbija spremna za Zakon o istopolnim zajednicama, <https://www.danas.rs/drustvo/istrazivanje-srbija-spremna-za-zakon-o-istopolnim-zajednicama/>, 10. maj. 2021.

⁵ Ibid.

⁶ Vid. Protiv zakona o istopolnim zajednicama 212 javnih ličnosti, https://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/protiv-zakona-o-istopolnim-zajednicama-212-javnih-licnosti_1219923.html, 15. maj 2021.

⁷ Vid. Gej propaganda ubija natalitet, <https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:436251-Gej-propaganda-ubija-natalitet>, 15. maj 2021.

⁸ Vid. Andrew Koppelman, “Judging the Case Against Same-Sex Marriage”, *University of Illinois Law Review*, 2/2014, 431-465.

⁹ Sinod SPC protiv zakona o istopolnim zajednicama, <https://www.politika.rs/sr/clanak/475681/Sinod-SPC-protiv-zakona-o-istopolnim-zajednicama>, 15. maj 2021.

мада није довољно јасно и уверљиво образложио то гледиште. Према његовим речима, „Устав упућује на Породични закон који брак дефинише као законом уређену заједницу мушкарца и жене. Стога, закон о истополним заједницама не бих могао да потпишем и вратио бих га Народној скупштини“¹⁰. Потпуно неубичајено, о нацрту тог закона изјаснио се и Високи савет судства констатујући његову неусклађеност са Уставом, као и да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) прописује да мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују остваривање тог права.¹¹ Премда није надлежан за изношење мишљења такве врсте, Високи савет судства је без образложења, вероватно по наруџбини политичког карактера, сервирао арбитрарно тумачење одредаба Устава Републике Србије и ЕКЉП.

Досадашњи осврт на реакције изазване објављивањем Нацрта закона о истополним заједницама ипак указује на то да српско друштво још увек није потпуно зрело да *sine ira et studio* расправља о тако контровезним питањима. Отуда, овај чланак има за циљ да пружи вредносно неутралан поглед на упоредноправна решења и међународноправне стандарде заштите права истополних партнера, као и критичку анализу предложених законских решења.

2. ПРАВО НА БРАК ИЗМЕЂУ ТРАДИЦИЈЕ И ПРАВА ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРА У МЕЂУНАРОДНОМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Право на брак једно је од основних људских права, мада за разлику од претежнијег броја личних права, то право није потпуно садржински дефинисано међународним инструментима.¹² Наиме, међународни инструменти заштите људских права јемче право на склапање брака, при чему не постоји општеобавезујућа дефиниција брака. Дакле, правно уређивање институције брака примарно је у сфери националних правних система. Кључни разлог изостанка међународноправне дефиниције брака јесте чињеница да је институт брака у непрестаном еволуирању и да увелико зависи од конкретног друштвеног контекста и система вредности који се у њему негује. Несумњиво, установа брака захваћена је све снажнијим процесом релативизовања, па тако постоји тежња да се од главног стуба породице, брак изједначи са

¹⁰ Vučić: Ne mogu da potpišem Zakon o istopolnim zajednicama, moram da štitim Ustav, <https://rs.n1info.com/vesti/vucic-ne-mogu-da-potpisem-zakon-o-istopolnim-zajednicama-moram-da-stitim-ustav/>, 15. мај 2021.

¹¹ Никола Врзић, „Негативно мишљење“, *Печай*, 14. мај 2021, 6-7.

¹² Вид. Дарко Симовић, Радомир Зекавица, *Људска љрава*, Београд 2020, 186-187.

ванбрачним заједницама мушкарца и жене или са истополним заједницама.¹³ Такође, репродуктивна функција више није нужни елемент брака, будући да је велики број хетеросексуалних бракова без деце, а с друге стране постоји значајан број хомосексуалних веза са децом, било да су то деца из претходног брака, усвојена деца или деца зачета уз помоћ неке од метода асистираних репродукција.¹⁴

Посматрано из перспективе међународног права, сагласно Универзалној декларацији, пунолетни мушкарци и жене, без икаквих ограничења у погледу расе, држављанства или вероисповести, имају право да склопе брак и да заснују породицу (члан 16, став 1). Према Пакту о грађанским и политичким правима, право на ступање у брак се признаје мушкарцима и женама зрелим за брак (члан 23, став 2). Уз то, за закључење брака тражи се слободан и потпун пристанак оба супружника (члан 23, став 3). Најзад, ЕКЉП јемчи мушкарцима и женама одговарајућег узраста право на ступање у брак у складу са унутрашњим законима који уређују остваривање тог права (члан 12). Дакле, на то упућују наведене међународноправне норме, државе саме уређују услове за заснивање брака. Ако се осврнемо на праксу међународних тела надлежних за остваривање надзора над спровођењем људских права, закључујемо да су она све време доследно на линији непризнавања истополних бракова приликом судског интерпретирања норми међународног права. Европски суд правде, Европски суд за људска права, као и Комитет за људска права Уједињених нација нису развијали праксу која би ишла у правцу признавања права на истополне бракове.¹⁵ Међутим, с друге стране, треба нагласити да садржина брака није непромењива, будући да је реч о установи која временом еволуира што се може уочити сагледавањем правног положаја жене, укидања закона који забрањују брак између лица различите расе или признавања права на брак транссексуалцима.¹⁶

Сама чињеница да истополни партнери не могу да склопе брак, лишава та лица могућности да уживају заштиту свих оних права која произлазе из те установе. Педантни аналитичари побројали су 60 различитих права повезаних са установом брака и породичним питањима заснованим на браку.¹⁷

¹³ Олга Цвејић-Јанчић, „Брак и развод између прошлости и будућности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2009, 72.

¹⁴ Сандра Самарџић, „Права истополних партнера у Европској Унији и Србији у области брачног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 430.

¹⁵ W. Cole Durham, Robert Smith, William Duncan, „A Comparative Analysis of Laws Pertaining to Same-Sex Unions“, March 14, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409282>, 11.

¹⁶ Frances Hamilton, „Strategies to achieve same-sex marriage and the method of incremental change“, *Journal of Transnational Law and Policy*, 25/2015-2016, 151.

¹⁷ Kees Waaldijk, „What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries“, in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 12.

Принцип формалне једнакости, сагласно гледишту ЛГБТ популације, подразумева да истополна партнерства треба признати на исти начин на који се признају трајне заједнице живота лица различитог пола.¹⁸ Отуда, истополни парови не траже нека „посебна“ права, већ захтевају равноправност са особама хетеросексуалне оријентације, ради заштите грађанских, политичких, економских и социјалних права која су им у пракси најчешће ускраћена услед дискриминисања по основу сексуалне оријентације.¹⁹ Дакле, начело једнакости грађана треба да обезбеђује равноправан приступ браку свим лицима, па и оним која су хомосексуалне склоности. У супротном, према становишту појединих аутора, искључивањем лица хомосексуалне оријентације из установе брака, њима се пориче правни статус пуног капацитета који обезбеђује држављанство.²⁰ Такође, без обзира на забрану сваког вида дискриминације, па и оне засноване на сексуалној оријентацији, чињеница је да су лица хомосексуалног опредељења још увек стигматизована у претежнијем броју држава. Заговорници потпуног изједначавања права хетеросексуалних и хомосексуалних парова тврде да се забраном признавања брака истополним партнерима, али и решењем према којем им се признаје само право на регистрацију, шаље хомофобична порука која почива на уверењу да се та лица доживљавају као биолошка неправилност.²¹ Процес отварања брака или других регистрованих аранжмана за лица истог пола у једном броју држава, учинио је хомосексуалност видљивијим.²² Правним признавањем истополног партнерства покреће се процес већег степена прихватљивости лица хомосексуалне оријентације.

Историјски сагледано, Данска је 1989. године, прва међу државама, установила правни оквир, заснован на браку, који је истополним партнерима пружао могућност да званично региструју своју заједницу.²³ Тако регистрована заједница производила је готово истоветне правне последице као брак. Изузев што се регистровано партнерство није могло закључити у цркви, партнери нису располагали правом на усвајање детета и правом на заједничко старање над дететом. Претходницу је представљало законско регулисање права истополних партнера, без правног формализовања тог односа. У том смислу, Холандија је још 1979. године, Законом о ренти предвидела да у околностима у којима је само један партнер имао статус закупца, после

¹⁸ William N. Eskridge, Jr., “Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition”, *McGeorge Law Review*, 31(3)/2000, 641-642.

¹⁹ Rada Borić (ur.), *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Centar za ženske studije, Zagreb 2007, 38.

²⁰ Vid. F. Hamilton, 150-151.

²¹ С. Самарџић, 431-432.

²² Vid. Marie Digoix, “Introduction – LGBT Questions and the Family”, in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 2

²³ *Ibid.*

две године живота у заједничком домаћинству, оба лица добијала су статус закупца.²⁴ Холандија је 2001. године постала зачетник нове фазе у развоју права лица хомосексуалне оријентације, јер је прва легализовала истополне бракове.²⁵ Ту праксу су потом следиле Белгија (2003), Шпанија (2005), Канада (2005), Јужноафричка република (2006) итд.²⁶

Један од најважнијих фактора који пружа објашњење зашто су неке државе признале хомосексуалне бракове, а друге то нису учиниле, лежи у слабљењу значаја брака као друштвене институције, сагледано у контексту броја закључених бракова.²⁷ Разуме се, будући да је реч о изузетно општој констатацији, не може се потврдити да је то законитост без изузетака. На пример, Италија и Грчка имају релативно низак број новозакључених бракова, али те државе не признају хомосексуалне бракове. С друге стране, Белгија и Холандија имају натпросечне стопе на пољу закључења нових бракова, али те две државе признају истополне бракове.²⁸ Чињенице указују на то да је традиционално схваћена институција брака у кризи. Најпре, повећава се просек година старости приликом ступања у брак, затим, готово да је постало уобичајено да парови одређено време пре ступања у брак живе заједно и на крају, значајно расте проценат разведених бракова.²⁹ Истовремено, расте број правних система у којима се статус ванбрачних партнера изједначава са лицима која су браку. Отуда, проширивање дефиниције брака и његово отварања за истополне партнере рађа још већу бојазан међу традиционалистима да ће тај процес неповратно поткопати ту установу на којој почива породица.

Истраживачке подухвате усмерене ка упоредноправној анализи правног статуса истополних заједница значајно отежава непостојање једнообразне терминологије којом се та установа означава. Компаративно посматрано, у пракси се сусрећу различити називи за истополне заједнице: заједничко домаћинство (*joint household*), регистровано партнерство (*registered partnership*), грађанско партнерство (*civil partnership*), правна кохабитација (*legal cohabitation*) или *de facto* унија (*de facto union*).³⁰ У погледу правног домаћаја исто-

²⁴ С. Самарцић, 431.

²⁵ Jae Won Shin, "Coming out of the Closet: A Comparative Analysis of Marriage Equality Between the East and West", *International Law and Politics*, 49/2017, 1123-1127.

²⁶ Vid. Masuma Shahid, "The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights", *Erasmus Law Review*, 3/2017, 184

²⁷ David Pettinicchio, "Current Explanations for the Variation in Same-Sex Marriage Policies in Western Countries", *Comparative Sociology*, 11/2012, 529.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Вид. Сандра Самарцић, 430.

³⁰ Tunjica Petrašević, Dunja Duić, Ena Buljan, „Prava istopolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku“, *Strani pravni život*, 3/2017, 150. Upor. Gordana

полних заједница, државе се сврставају у једну од четири групе. Прву групу чине државе у којима особе хомосексуалне оријентације могу закључити брак. У другу групу сврставају се државе у којима истополни партнери не могу склопити брак, али могу закључити правом признату истополну заједницу са сличним правним дејством. Трећа група су државе у којима не постоји могућност правног формализовања трајних истополних заједница, али се њима ипак јемче нека од права која имају лица у ванбрачним заједницама или браку. Најзад, четврту групу чине државе у којима трајне истополне заједнице не производе никакве правне последице. Но, та група држава није монолитна, јер у појединим од тих држава постоје јасни наговештаји да ће права истополних партнера бити унапређена, док су те особе у неким државама изложене озбиљним видовима дискриминисања.

Један од аргумената противника правног уређивања истополног партнерства јесте уверење да је то само први корак, после кога неминовно следи легализовање истополних бракова. Наиме, упоредноправно сагледано, отварању бракова за истополне парове по правилу је претходило установљавање регистрованог истополног партнерства. Изузетке представљају Португалија и Шпанија.³¹ Такође, може се уочити правилност да је регистрованим истополним партнерствима претходило признавање појединих права тим лицима. Дакле, претходница легализовању правног статуса истополног партнерства, било је признање појединих права лицима која живе у таквим *de facto* трајним заједницама, за чији настанак није захтевана никаква форма. У том смислу, поред паролe „партнерство пре брака“, настала је и крилатица „права пре статуса“, која на сажет начин означава одвијање процеса правног признања истополног партнерства у европским државама.³²

Посматрано из перспективе националног правног система, Устав Републике Србије јемчи право на закључење брака, при чему је брак дефинисан као правни однос који се заснива на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом (члан 62 став 2). Две су правне последице таквог одређења институције брака. Прво, Устав не допушта заснивање истополних бракова. Друго, прописана форма склапања брака јесте обавезни грађански брак, што подразумева да Устав не признаје брак закључен у цркви. Без обзира на та ограничења, Уставом постављена дефиниција брака у складу је са постојећим међународним стандардима у сфери породичноправних односа. Упоредноправно посматрано, Србија није изузетак када је реч о конституционализовању права на склапање брака само за лица хетеросек-

Kovaček-Stanić, „Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola“, *Evropsko zakonodavstvo*, 19-22/2007, 106-120.

³¹ K. Waaldijk, 15.

³² *Ibid.*, 17.

суалне оријентације.³³ Дакле, уставни оквир је предупредио могућност да се традиционално схваћена институција брака мења и трансформише у српском друштву.³⁴ Међутим, с друге стране, уставне одредбе не представљају препреку за легализовање различитих варијанти регистрованих истополних заједница. Сагласно пракси Европског суда за људска права, о чему ће бити речи у наредном одељку, Србија има обавезу да правно уреди трајније облике заједница истополних партнера.

3. ПРАВА ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРА И (НЕ)КОНВЕНЦИОНАЛНЕ ПОРОДИЦЕ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Будући изразито контроверзно питање, око кога постоје битне разлике између појединих држава, Европски суд за људска права (Европски суд) постепено је развијао праксу у вези са правима истополних партнера. Европски суд је све време обезбеђивао заштиту хомосексуалних односа, позивањем на право на поштовање приватног живота, што је допринело формирању готово једнообразног става међу државама чланицама Савета Европе да се толеришу приватни, добровољни хомосексуални односи између одраслих лица истог пола.³⁵ Поред тога, анализа досадашње праксе указује на то да претежу случајеви у којима је Европски суд одлучивао о појединим правима истополних партнера, у односу на оне који су се односили на само право на склапање брака. Међутим, приметан је тренд да се у овој области слободна процена држава све више сужава и да се постављају стандарди који треба да обезбеде поштовање одређених права лицима која се налазе у трајним хомосексуалним заједницама.

Расправа о правима истополних партнера, која се једним делом остварују заснивањем трајних заједница, указује на настанак и тренд развијања концепта неконвенционалне породице. Наиме, савремени концепт породичног живота сведочи о непостојању доминатног модела породичне заједнице, као што је то био случај са традиционалним концептом, односно нуклеарном породицом. Такве промене у поимању породичног живота требало би истовремено да прати адекватна породичноправна регулатива уз поштовање аутономије странака. Постојећа стварност коју одликује разноликост облика

³³ У групу држава које изричито или посредно брак одређују као заједницу мушкарца и жене убрајају се: Азербејџан, Белорусија, Боливија, Мађарска, Немачка, Летонија, Литванија, Молдавија, Парагвај, Пољска, Суринам, Туркменистан и Украјина. Вид. W. C. Durham, R. Smith, W. Duncan, 7.

³⁴ О институцији брака у српском праву вид. Gordana Kovaček-Stanić, Sandra Samardžić, „Marriage in Serbian Law and in Comparative Perspective”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2020, 545-560.

³⁵ Д. Поповић, Т. Маринковић, М. Радојевић (ур.), 165.

породичног живота не може бити обухваћена традиционалним концептом, а да тиме не буду повређени интереси субјеката у питању (одраслих и деце), који би остали без правне заштите, дискриминисани и непризнати. Наиме, особеност породичноправног односа проистиче из повезаности која је последица рођења, сродства (крвног или адоптивног), брака или неке друге правно релевантне чињенице. Тако, Европски суд усваја модел породичног живота коју чине муж, жена и деца, тзв. „конвенционална породична јединица“, али, породични живот није ограничен само на брак и крвно сродство, с обзиром на то да обухвата и ванбрачне партнере.³⁶ С једне стране, породични живот не своди се само на правно признати однос, јер Европски суд води рачуна о социјалним, емоционалним и биолошким факторима приликом процењивања да ли један конкретан однос потпада под појам „породични живот“, док с друге, правна веза може бити самостални основ за постојање „породичног живота“.³⁷ Другим речима, неконвенционалне породице последица су потребе савременог друштва да што већем броју људи омогући да живе у стабилним породичним, правно признатим и регулисаним заједницама, са уважавањем различитих фактички постојећих породичних модалитета.³⁸

Сагласно природи и обиму овог рада, прилика је да се осврнемо само на оне предмете који су довољно илустративни да укажу на правац еволуирања праксе Европског суда у односу на права истополних партнера и на промењени концепт породице. Мада није први који се односио на права лица хомосексуалне оријентације, предмет *Салгеиро да Силва Моџа Њројив Португалије* значајан је због тога што је Европски суд одлучивао о родитељском праву лица коме је то право било ускраћено после развода, само зато што је живело у истополној заједници.³⁹ Европски суд је утврдио повреду ЕКЉП, образлажући је гледиштем да је одлука националног суда повредила право подносиоца представке на поштовање породичног живота. Наиме, имајући у виду да се приликом одлучивања о старању над дететом национални суд превасходно руководио сексуалном оријентацијом подносиоца представке, сматрајући да је одрастање у таквом окружењу ненормално за дете, Европски суд је констатовао да је реч о дискриминацији, која нема објективно, нити разумно оправдање.

³⁶ *Elsholtz v. Germany*, ЕСЉП, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000; *Keegan v. Ireland*, ЕСЉП, представка бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994; *Kroon and others v. The Netherlands*, ЕСЉП, представка бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994; *Kurochkin v. Ukraine*, ЕСЉП, представка бр. 42276/08, пресуда од 20. августа 2010.

³⁷ *Pini and Others v. Romania*, ЕСЉП, представка бр. 78028/01, 78030/01, пресуда од 22. септембра 2004; *Gül v. Switzerland*, ЕСЉП, представка бр. 23218/94, пресуда од 19 фебруара 1996.

³⁸ Zorica Mršević, *Ka demokratskom društvu – istopolne porodice*, Institut društvenih nuka, Beograd 2009, 17-18.

³⁹ *Salgueiro ga Silva Mouta v. Portugal*, ЕСЉП, представка бр. 33290/96, пресуда од 21. децембра 1999.

У предмету *Карнер против Аустрије* Европски суд је одлучивао о правима имовинског карактера истополних партнера.⁴⁰ Наиме, после смрти свог партнера, подносилац представке требало је, сагласно тестаменту, да настави коришћење станарског права у стану који је његов партнер стекао под заштитеним условима за социјално становање. Међутим, њему то није допуштено, премда законско решење у таквим ситуацијама штити ванбрачног партнера. Према гледишту Европског суда, разлика у поступању заснована на сексуалног оријентацији може бити оправдана само ако је неопходна ради остварења легитимног циља. Будући да држава није пружила убедљиве и озбиљне разлоге који би оправдавали искључивање преживелог партнера из хомосексуалног односа да се позове на законску одредбу која је обезбеђивала наслеђивање права у сфери социјалног становања, Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Иницијални став Европског суда у погледу права на усвојење лица хомосексуалног опредељења илуструје предмет *Фрејте против Француске*.⁴¹ Европски суд је потврдио становиште националног правосуђа којим је захтев тог лица за усвојење одбијен уз образложење да је основни циљ усвојења да се деци обезбеди породица, а не да се породици обезбеди дете. Сагласно принципу најбољег интереса детета, држава располаже пуном слободом да одређује подобност за усвајање деце. Дакле, одређивање домаћаја права на усвојење у односу на лица хомосексуалног опредељења спада у поље слободне процене држава, јер о том питању не постоји консензус међу државама. До благе еволуције у гледишту Европског суда дошло је у предмету *ЕБ против Француске*, који се односио на жену, која је радила у вртићу, а којој је такође ускраћено право на усвојење детета.⁴² Европски суд је утврдио повреду ЕКЉП зато што су национални органи одбили захтев за усвојење само због сексуалне оријентације те жене, мада је она имала искуство у раду са децом. Утврђујући повреду члана 8 у вези са чланом 14 ЕКЉП, Европски суд је констатовао да сексуално опредељење неког лица не може бити искључиви разлог за украђивање права на усвајање детета. У том смислу, ако закон државе дозвољава усвајање од само једног родитеља, недопуштено је да се захтев за усвајање не дозволи само на основу сексуалне оријентације те особе.

У погледу дилеме о могућности склапања брака између лица истог пола, Европски суд је утврдио да државна политика очувања брака као заједнице мушкарца и жене не представља дискриминацију, као и да ЕКЉП не обавезује државе да истополним паровима обезбеде право на закључење брака.⁴³

⁴⁰ *Karner v. Austria*, ЕСЉП, представка бр. 40016/98, пресуда од 24. јула 2003.

⁴¹ *Fretté v. France*, ЕСЉП, представка бр. 36515/97, пресуда од 26. фебруара 2002.

⁴² *E.B. v. France*, ЕСЉП, представка бр. 43546/02, пресуда од 22. јануара 2008.

⁴³ Вид. Ивана Крстић, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем праву*, Београд 2018, 135.

Илустративан предмет је *Шалк и Којф њројив Аустрије* у коме је Европски суд закључио да та држава није повредила члан 12 ЕКЉП, премда је подносиоцима представке, иначе двојици мушкараца, одбила захтев за склапање брака јер нису испунили захтев различитости полова.⁴⁴ Мада је у неким државама већ био установљен правни режим ванбрачних заједница истополних партнера, Европски суд је апострофирао да члан 12 ЕКЉП не намеће државама обавезу да право на склапање брака јемче и особама истог пола. Европски суд је следио „снажну хетеронормативну концептуализацију брака“⁴⁵, која подразумева да је срж те установе веза између лица различитог пола, тако да се лицима истог пола не могу јемчити права која су повезана са њом. Међутим, оно што је представљало новину јесте гледиште Европског суда према коме је однос два лица истог пола окарактерисан као породични, а не само приватни, како је то до тада била пракса, са образложењем да је неприродно задржати став да истополни партнери немају право на породични живот у смислу члана 8 ЕКЉП.⁴⁶ По мишљењу суда, однос истополних партнера који живе у стабилној *de facto* заједници, потпада под појам породични живот, баш као и однос партнера различитог пола у сличној ситуацији.⁴⁷ Поједини аутори наговештавају да ће та одлука једног дана бити оквалификована „историјском“, јер потпуно непризнавање истополних парова више није одржива опција, што је означено и почетком краја дискриминације особа хомосексуалне оријентације.⁴⁸

Постепено еволуирање становишта Европског суда видљиво је и на пољу признавања права на регистровано партнерство. У случају *Валиантос и друђи њројив Грчке*, Европски суд је заузео гледиште да ускраћивање права на регистрацију партнерства лицима истог пола представља повреду ЕКЉП. Наиме, Грчка је 2008. године усвојила законско решење које је предвиђало могућност регистрације партнерства, али само лицима различитог пола. Према гледишту Европског суда, ускраћивање регистрованог партнерства лицима истог пола нема легитиман циљ, а ЕКЉП јесте живи инструмент кога треба тумачити у складу са тренутним околностима. Тај предмет значајан је и због тога што је Европски суд признао право на породични и приватни живот партнерима истог пола који не живе заједно из професионалних и социјалних разлога, јер у конкретном случају чињеница да партнери не

⁴⁴ *Schalk and Kopf v. Austria*, ЕСЉП, представка бр. 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010.

⁴⁵ Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013, 150.

⁴⁶ Вид. С. Самарцић, 443.

⁴⁷ Suzana Bubić, „Uloga Evropskog suda za ljudska prava u priznavanju istopolnih zajednica“, у: Suzana Bubić (ur.), *Odjeci prakse Evropskog sudaza ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima*, Mostar 2017, 55–56.

⁴⁸ Jens M. Scherpe, “The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights”, *The Equal Rights Review*, 10/2013, 92.

живе заједно не лишава тај пар стабилности односа, због чега се он подводи под појам породичног живота.

На истој линији Европски суд је остао и у релативно скорашњем предмету *Олиари и остали њројив Ијталије*.⁴⁹ Тај предмет је значајан по томе што Европски суд није расправљао о постојању дискриминације, већ је утврдио повреду члана 8 ЕКЉП, јер постојећа правна заштита истополних партнера у Италији не обезбеђује суштинске потребе оних који се налазе у стабилној вези и није довољно поуздана. Европски суд није прихватио став италијанске Владе да је неопходно време како би се достигло сазревање заједничког става друштва о признавању нове форме породичног живота истополних партнера. Отуда, Европски суд сматра да је за истополне партнере најбољи начин правног признања грађанска заједница или регистровано партнерство.⁵⁰ Према томе, Европски суд не изједначава истополне заједнице са браком, сходно чл. 8 и 12 ЕКЉП, али констатује да истополни партнери морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос, јер се непризнавање права истополних партнера на формирање заједнице живота тумачи као повреда ЕКЉП. Премда не постоји обавеза да се признају истополни бракови, на државама је обавеза да установе правни режим истополних заједница. Дакле, поменути случај односио се само на општи интерес за законским признавањем и суштинском заштитом подносилаца представке као истополних партнера.⁵¹ Та одлука Европског суда покренула је процес легализације истополних заједница у правним системима држава које су се снажно противиле признавању ширих или ужих права партнерима истог пола која су иначе призната хетеросексуалним партнерима (примера ради у португалском, енглеском, аустријском, грчком, кипарском праву), како би се искључила или ублажила дискриминација по основу сексуалне оријентације и родног идентитета.⁵²

Напоследку, премда се не односи непосредно на права истополних партнера, предмет *Крисџина Гудвин њројив Уједињеној Краљевсџива* јесте од значаја јер је у њему Европски суд изнео гледиште о праву на склапање брака особама које су промениле пол.⁵³ Подносиатељка представке је рођена као мушкарац, који је, зато што се осећао женом, хирушком интервенцијом променио пол. Европски суд је прихватио гледиште да транссексуалне особе

⁴⁹ *Oliari and Others v. Italy*, ЕСЉП, представка бр. 18766/11, 36030/11, пресуда од 21. јула 2015.

⁵⁰ О правном режиму истополних заједница вид. Т. Petrašević, D. Duić, E. Buljan, 145-169.

⁵¹ Rosmery Kumwenda, *Biti LGBTI u Istočnoj Evropi: Izveštaj za Srbiju*, United Nations Development Programme, Beograd 2017, 20.

⁵² Olga Cvejić-Jančić, „Zajednice života lica istog pola – trendovi u regulisanju porodično-pravnog statusa ovih zajednica u savremenom pravu“, *Pravni život*, 10/2019, 65.

⁵³ *Christine Goodwin v. UK*, ЕСЉП, представка бр. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002.

имају право на склапање брака као припадници пола коме припадају после операције полног преуређења (sex reassignment surgery).⁵⁴ Своје гледиште Европски суд је засновао на ставу да је установа брака суочена са великим социјалним променама, а такође и са крупним променама услед развоја медицине и науке на подручју транссексуалности. Међутим, у једном од релативно скорашњих предмета *Чайин и Чарпентијер против Француске*⁵⁵, Европски суд је потврдио своје гледиште да државна политика очувања брака као заједнице мушкарца и жене не представља дискриминацију, као и да ЕКЉП не подразумева обавезу за државе да установе право на закључење брака лицима истог пола. Ипак, имајући у виду његову досадашњу праксу, брак је установа која еволуира, тако да се не може искључити могућност да ће Европски суд у неком моменту признати истополне бракове, мада је јасно да тај тренутак није близу.

4. О ТОКУ ЛЕГАЛИЗАЦИЈЕ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У СРПСКОМ ПРАВУ – ИЗМЕЂУ ИДЕЈЕ И СТВАРНОСТИ

У тренутку истраживања ове теме, са аспекта људских права и са становишта националног законодавства, у фокусу домаће правничке, али и неправничке јавности нашао се сет прописа од три законска текста: Предлог закона о родној равноправности и Предлог закона о изменама и допунама Закона о забрани дискриминације,⁵⁶ који су усвојени после јавне расправе, те процене стручњака Европске комисије против расизма и нетолеранције (European Commission against Racism and Intolerance) Савета Европе,⁵⁷ док је Нацрт закона о истополним заједницама још увек у фази усаглашавања текста и оцењивања од стране европских експерата, премда је прошао јавну расправу са сугестијама и примедбама органа државне власти и других заинтересованих субјеката. Одговор на питање да ли ће Нацрт закона о истополним заједницама бити усвојен у непромењеном облику или са изменама које би биле у складу са актуелним друштвено-политичким приликама, и у ком тренутку, условљено је вољом политичких чинилаца. Док се ишчекује даља судбина Нацрта закона о истополним заједницама, прилика је да се подсетимо да је

⁵⁴ Д. Поповић, Т. Маринковић, М. Радојевић (ур.), 334.

⁵⁵ *Chapin and Charpentier v. France*, ЕКЉП, представка бр. 40183/07, пресуда од 9. јуна 2016.

⁵⁶ Влада Републике Србије је на седници одржаној 22. априла 2021. године усвојила предлоге оба закона у циљу унапређења институционалног оквира и стварања услова за спровођење политике једнаких могућности за жене и мушкарце, те спречавања дискриминације по основу било ког личног својства.

⁵⁷ Tobias Flessenkemper, „Equality and diversity: Council of Europe supports the fight against discrimination in Serbia“, <https://www.coe.int/en/web/belgrade/-/equality-and-diversity-council-of-europe-supports-the-fight-against-discrimination-in-serbia>, 23. мај 2021.

почетак правне заштите истополних заједница довео до крупних промена у области породичних односа на глобалном,⁵⁸ европском,⁵⁹ али и националном нивоу, с обзиром на то да је сасвим извесно да друштвена стигматизација истополних заједница јењава.

Дугогодишња социјална дистанца у односу на истополне заједнице у општој популацији и недостатак институционалне подршке још увек су амбијент конфликта поборника и противника идеје законског регулисања истополних заједница. Остављајући по страни теоријску аргументацију оних који су за и/или против легализовања истополних заједница, прилика је да укажемо на обавезе Републике Србије после отварања преговора о приступању Европској унији 2014 године. У том смислу, спровођење Акционог плана за поглавље 23 подразумева унапређење законодавног и нормативног оквира, а у складу са правним тековинама ЕУ, међународним и европским стандардима и најбољим праксама. Позитивни помаци унапређивања положаја ЛГБТ заједнице, треба да буду настављени реализовањем Акционог плана за примену Стратегије превенције и заштите од дискриминације.⁶⁰

⁵⁸ О. Свејић-Јанчић (2019), 66.

Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета предвиђена је општим инструментима о људским правима који су усвојени под окриљем Уједињених нација. Потреба за појачаном међународноправном заштитом од дискриминације на глобалном нивоу огледа се и у усвајању Џогџакартских принципа на седници Савета за људска права у Женеви 2007. године.

⁵⁹ У Препоруци (2010)5 Комитета министара државама чланицама о мерама за борбу против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, предложене су следеће мере: 1. Уколико национално законодавство признаје права и обавезе хетеросексуалним ванбрачним партнерима, државе чланице треба да обезбеде сходну примену на истополне парове; 2. Ако национално законодавство признаје регистравање истополних заједница, државе чланице треба да настоје да обезбеде њихов правни статус, да права и обавезе буду једнаке статусу, правима и обавезама хетеросексуалних партнера у сличном положају; 3. Ако национално законодавство не признаје права и дужности регистрованим истополним партнерима или ванбрачним партнерима, државе чланице треба да размотре могућност обезбеђивања правних решења за истополне partnere, којима би се решили практични проблеми везани за друштвену стварност у којој живе без дискриминације по било ком основу. Ова препорука допуњена је Препоруком Парламентарне скупштине Савета Европе 1950 (2010) о дискриминацији заснованој на сексуалној оријентацији и родном идентитету, затим Резолуцијом бр. 1728 (2010) Парламентарне скупштине Савета Европе о дискриминацији на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.

Активности су интензивне и у оквиру Европске уније, почев од Повеље о основним правима (члан 9), преко Директиве 2003/86/ЕЦ (2003), Директиве 2004/38/ЕЦ. Вид. О. Свејић-Јанчић (2019), 65; Saša Gajin, *Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd 2013, 34-35.

⁶⁰ Република Србија, Преговарачка група за Поглавље 23, *Акциони план за Поглавље 23*, Правосуђе и основна права, јул 2020, 183.

Влада Републике Србије је 27. априла 2016. године усвојила Акциони план за Поглавље 23. Након четири године имплементације донета је одлука о његовој ревизији која је

Успостављени међународни стандарди у области људских права су основ да се национални законодавац определи за једну од три опције у вези са признавањем правног статуса истополних заједница: да истополним партнерима призна право на склапање брака, уз могућност задржавања одређених разлика у односу на супружнике и ограничавање права страних истополних парова да склопе брак у Србији;⁶¹ друга могућност је регистровано партнерство;⁶² а трећа, да се истополним партнерима признају одређена права и дужности после протека одређеног времена трајања заједнице живота. Иначе, прве земље које су признале иста права истополним партнерима као и супружницима, нису одмах признале право на брак, већ само право на регистровано партнерство⁶³, док поједине земље истополним партнерима признају право на регистровану заједницу и ограничено право на усвојење детета, по правилу, усвојење детета свог истополног партнера⁶⁴. Дакле, брак, регистрована

неопходна како би се отклонила уочене тешкоће у реализацији и праћењу спровођења реализације активности. Министарство правде и Преговарачка група за Поглавље 23 ревидирали су Акциони план тако да се активности могу поделити у неколико група: нормативно регулисање и усаглашавање (измене Устава, измене законодавног и подзаконског оквира, усвајање стратешких докумената – других стратегија и акционих планова, смерница, упутстава) на различитим нивоима и од стране различитих органа; јачање институционалних и административних капацитета свих институција које су укључене у процес спровођења активности, њихове међусобне сарадње и комуникације; унапређење вештина и компетенција кроз примену одговарајућих програма обуке, укључујући подизање свести о одређеним областима.

⁶¹ Истовремено, отвара се питање признања дејстава различитих облика истополних заједница регистрованих у иностранству у Републици Србији. Наше међународно приватно право карактерише одсуство колизионих правила која би уређивала питања признања постојања и дејстава различитих облика истополних заједница регистрованих у иностранству. Како се ниједна заједница живота не заснива судском или са њом изједначеном одлуком, у контексту признања истополне регистроване заједнице не могу се применити правила о признању страних судских одлука Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 46/96, *Сл. листник РС*, бр. 46/06), нити се признање регистроване истополне заједнице може свести на поступак легализације стране јавне исправе, пошто се поступком легализације потврђује веродостојност порекла стране јавне исправе како би јој у Србији била призната доказна снага. Вид. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, „Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije“, u: Rajko Knez, Suzana Kraljić, Dušan Stojanović (ur.), *Evropski sodni prostor*, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005, 79-87; Marko Jovanović, „Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 167-190.

⁶² S. Gajin, 36.

Избор таквог решења отвара многобројне недоумице имајући у виду да је, примера ради, регистрована истополна заједница у Великој Британији по саржини готово идентична браку, док су у појединим земљама ЕУ знатно мање изражена обележја брака.

⁶³ Данска, Норвешка, Шведска, Исланд, Холандија, Белгија, Француска, Португал, Немачка, Аустрија итд.

⁶⁴ Швајцарка, Италија, Грчка, Хрватска, Словенија, Чешка, Мађарска.

заједница или кохабитација, односно ванбрачно партнерство (нерегистрована заједница) три су облика правног признања истополних заједница.

Досадашња настојања да се законски уреде права истополних партнера у Србији, на пример права из пензијског, здравственог и социјалног осигурања, била су неуспешна.⁶⁵ Са изазовима и дилемама у везу са признавањем правног статуса истополних заједница, у духу толеранције и обезбеђивања једнаких услова за живот и развој сваког појединца, суочила се и Комисија за израду Грађанског законика (ГЗ).⁶⁶ У првобитној верзији текста Преднацрта ГЗ-а, компромисни предлог био је последица негативног притиска стручне јавности и ограничавао је правни домашај животних заједница истополних партнера. Тако је партнерима истог пола требало признати једнака права и дужности која имају партнери у хетеросексуалној ванбрачној заједници: стицање заједничке имовине; право на издржавање током трајања и после престанка заједнице живота; закључење уговора којима ће уређивати своје имовинске односе, искључујући право на наслеђивање, на усвајање деце и право на зачеће детета поступком сурогат материнства. У складу са уставним оквиром, Комисија за израду ГЗ, трећом верзијом Преднацрта (2019) искључила је могућност закључења истополних бракова, са напоменом да ако дође до промене Устава, посебним законом може бити легализовано склапање брака два лица истог пола којима би се признала сва правна дејства која имају супружници. У последњој верзији текста ГЗ-а, одредбе о истополним заједницама изостале су, уз изузетак да истополним партнерима припада право на заштиту од насиља у породици,⁶⁷ као што то предвиђа и Породични закон.⁶⁸

Сагласно природи овог рада, начелно ћемо указати на избор концепта легализовања истополног партнерства у Нацрту закона о истополним заједницама. У њему је дат предлог регистрованог партнерства чија су правна

⁶⁵ После усвајања Закона о забрани дискриминације (*Сл. гласник РС*, бр. 22/2009) формирана је радна група за израду Модела закона о истополним заједницама (2010) која је своју коначну верзију завршила 2012. године. Основни циљ тог модела био је отварање дијалога о будућим законским решењима у правцу обезбеђивања пуне једнакости припадника ЛГБТ заједнице у уживању права и дужности које произлазе из брачних и породичних односа. Вид. Ljiljana Džajić, Aleksandra Đorđević, Maja Šenk, *Analiza pravno-političke situacije u Republici Srbiji u kontekstu zakonskog regulisanja istopolnih partnerstava*, Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2021, 17.

⁶⁶ Од образовања Комисије за израду Грађанског законика Одлуком Владе РС 2006. године до јула месеца 2019. године када је Влада донела Одлуку о престанку рада те комисије, урађене су три верзије Преднацрта, прва 2011. године, друга 2015. године, и трећа последња 2019. године. Комисија је коначни текст предала Влади која је, у јуну месецу 2020. године, требало да проследи Народној скупштини на усвајање, што се још увек није догодило (октобар 2021. године).

⁶⁷ Чл. 2360. став 3. т. (3) и (5) Преднацрта Грађанског законика.

⁶⁸ Чл. 197. ст. 3. т. 3. и 5. *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

дејства слична или идентична дејствима брака. Иако је решење изазвало оштре критике јавног мњења, треба апострофирати да се, у теоријском и практичном смислу, модел регистрованог партнерства у правним дејствима разликује од правних дејстава брака када је реч о личним правима и дужностима истополних партнера, односима родитеља и детета и наслеђивању. Другим речима, у европским правним системима који су три деценије раније законски уредили поједине аспекте заједнице живота истополних партнера, правне последице регистрованих партнерстава крећу се у распону од изједначавања са правним дејствима брака до постављања одређених ограничења. Како је већ наведено, у упоредном и у међународном праву постепено се приступало унапређењу регулативе у овој области, најпре, кроз законе о регистрованом истополном партнерству, да би потом био уведен институт истополног брака.⁶⁹ Опредељење за концепт регистроване заједнице заснива се на тежњи да се истополни парови приближе савременим облицима породичних заједница – потпуној биолошкој, односно проширеној породици, јер појам истополно партнерство подразумева уређење међусобних личних, лично-имовинских и имовинских односа лица истог пола.⁷⁰

Мада се у први мах може учинити да постоји значајна разлика у начину регулисања заједница лица истог пола, у погледу услова за настанак и правних дејстава заједнице, разлике у регулативним концептима су, заправо, без значаја. Видљива разлика јесте у томе што, у појединим законодавствима, додатни услов који мора бити испуњен односи се на држављанство, пребивалиште или стално боравиште у земљи у којој се партнерство заснива, будући да се правна дејства заједнице засноване у једној земљи не признају у земљи која нема законску регулативу истополних заједница. Дејства истополних заједница слична су дејствима брака, посебно када су у питању имовински односи партнера (правила о заједничкој и посебној имовини, обавеза издржавања, породични дом), док се разлике уочавају у погледу остваривања права на слободно родитељство, кроз предвиђање ужих или ширих овлашћења партнера за усвајање и заједничко старање над децом. У актуелном нацрту закона о истополним заједницама, међутим, није предвиђена могућност усвајања детета, али дете једног партнера има право на издржавање од другог партнера (под условом да дете нема сродника који би имао обавезу издржавања), право на одржавање личних односа, те право другог партнера да у случају хитности одлучује о битним питањима која се односе на дете

⁶⁹ Вид. Г. Ковачек-Станић (2014), 197-201.

Примера ради, у холандском праву, паралелно постоји концепт регистрованог партнерства и концепт брака, са прописаним општим (односе се на брак) и посебним условима (регистровано партнерство).

⁷⁰ EU Network of Independent Expert on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, 102.

(одлуке о предузимању неопходних и неодложних радњи) у складу са интересом детета и да о томе, без одлагања, обавести партнера који је родитељ детета, а у случају детета које живи са родитељем партнера, партнер има право да доноси и свакодневне одлуке које се тичу детета, уз пристанак партнера који је родитељ и у најбољем интересу детета. Таквим решењем, суштински, партнер родитеља детета остварује *de facto* овлашћења из садржине родитељског права, мада, формалноправно, родитељство партнера није утврђено ни на један законом предвиђен начин, са образложењем да је реч о правном оквиру који олакшава функционисање породице.⁷¹

Упркос чињеници да регистрована партнерства пружају шири оквир за признавање права истополним паровима од важеће регулативе хетеросексуалних ванбрачних заједница,⁷² актуелни нацрт закона истополне партнере у регистрованој заједници изједначава са супружницима, и то не само у погледу материјалних и формалних услова потребних за пуноважно склапање регистроване заједнице, претпоставкама за престанак истополне заједнице, њеним дејствима и правним последицама на издржавање, имовинске односе и заштите партнера истог пола од насиља у породици,⁷³ већ за права која нису посебно призната истополним партнерима упућује на сходну примену одредаба Породичног закона. Суштинско питање је да ли је законописац приликом креирања таквих решења имао намеру да партнерима истог пола обезбеди већа права у односу на права супружника, што је врло напредан приступ, чак и ако се посматра из перспективе истополних парова. Штавише, мимо породичноправних дејстава, истополна заједница изједначава се са брачном заједницом и у погледу признавања других права и слобода (дужности као корелатив комплементарног појма „права и дужности супружника“ се не помињу!), а посебно у погледу права из радног односа, коришћења јавних услуга, боравка на територији Републике Србије партнера који је страни држављанин, признавања истополних заједница регистрованих, односно заснованих у иностранству, међународне заштите и стицања држављанства.⁷⁴

У околностима када национално законодавство не признаје права и обавезе за партнере истог пола која произлазе из заједнице живота, било је важно сачинити предлог решења за практичне проблеме у друштвеној ре-

⁷¹ Чл. 30-37. Нацрта закона о истополним заједницама.

⁷² Чл. 66-68. Нацрта закона о истополним заједницама предвиђа услове за признање пуноважности и нерегистроване истополне заједнице, односно нерегистрована истополна заједница је заједница породичног живота два лица истог пола која нису склопила истополну заједницу пред надлежним органом, ако заједница живота траје најмање три године и испуњени су сви услови за пуноважност истополне заједнице.

⁷³ Чл. 8-16. Нацрта закона о истополним заједницама.

⁷⁴ Чл. 52. Нацрта закона о истополним заједницама.

алности у којој такве заједнице постоје. Анализом предлога садржаних у Нацрту, отвара се питање који је *ratio legis* предложених решења, будући да је пропуштена још једна прилика да се на одговарајући и квалитетан начин уреде имовинска и лично-имовинска дејства заједнице живота партнера истог пола. За данашње услове преурањено је предвиђање остваривања права на слободно родитељство истополних партнера кроз усвајање детета или уз примену поступака биомедицински потпомогнуте оплодње.

5. ЗАКЉУЧАК

Брак и породица су установе које су у процесу непрестаног еволуирања. Иако се тај процес не одвија равномерно и праволинијски, чињеница је да се установе брака све више релативизује. Друштвена реалност указује на то да традиционални концепт брака нема капацитет да препозна сву комплексност међуљудских односа. Отуда тежња да се брак изједначава са ванбрачним заједницом, али и са трајнијим облицима заједничког живота лица истог пола. Промене које захватају установу брака неминовно се одражавају и на породицу, јер су њени неконвенционални облици све присутнији у друштвеној реалности. Међутим, без обзира на то што су део стварности, и упркос томе што одступају од модела традиционалне (хетеросексуалне) породичне заједнице, оне не умањују значај и вредности конвенционалне породичне заједнице. Вредности породичне заједнице, напротив, обезвређене су настојањима да се породична регулатива ограничи и учини ексклузивном привилегијом хетеросексуалних парова. Наиме, непризнавање постојања истополних заједница и неадекватна правна заштита представљају основ дискриминације истополно оријентисаних особа које желе да заснују ЛГБТ породице.⁷⁵

Унапређивању правног положаја истополних партнера у европском правном простору увелико су допринеле одлуке Европског суда за људска права. У досадашњој пракси, Европски суд није изједначио истополне заједнице са браком, али је установио да истополни парови морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос. Државе нису обавезане да признају истополне бракове, али имају обавезу да институционализују истополне заједнице, ради заштите права и интереса лица која у њима живе. Приликом тумачења права на приватни и породични живот Европски суд уважава конкретну друштвену реалност, а не само формално поштовање националног законодавства државе. Отуда произлази да чак и у оним државама у којима постоји потреба за реформом националног законодавства, национални судови уважавају и поштују ставове Европског суда.⁷⁶ Према

⁷⁵ Z. Mršević, 45.

⁷⁶ Меланија Јанчић, 215.

томе, Република Србија као чланица Савета Европе у обавези је да се повинује пракси тумачења (примене) конвенцијске одредбе о праву на поштовање приватног и породичног живота истополних партнера, односно дужна је да усвоји конкретне мере заштите права партнера из истополних заједница. Мада су пресуде Европског суда правно обавезујуће само за тужену државу, оне својим ауторитетом утичу на остале државе чланице да ускладе свој правно-политички оквир према ЛГБТ правима, те подстичу конзервативније државе да изврше реформе које би биле избегнуте или одложене.

Настојање да лично-имовинска и имовинска права партнера истог пола буду законски регулисана, у складу је са обавезама Републике Србије које произлазе из примене Европске конвенције о људским правима. Међутим, општи је утисак да Нацрт закона о истополним заједницама не садржи конзистентна и добро промишљена решења. Сагледано са породично-правног аспекта, озбиљна примедба решења предвиђеног у предлогу актуелног нацрта закона односи се на остваривање родитељског права. Премда Нацрт не предвиђа могућност усвајања детета, поставља се питање по ком основу партнер родитеља детета остварује овлашћења из садржине родитељског права. Отворено остаје питање да ли партнер родитеља детета дерогира права законског (правног) родитеља чије је родитељство (материнство или очинство) утврђено на један од законом предвиђених начина, тј. да ли је законити родитељ потпуно лишен родитељског права и тиме правним путем спречен да одлучује о питањима која су битна за живот детета. На ову дилему надовезује се и предложено решење за ситуацију када дете живи са родитељем партнера, при чему се предвиђа да партнер има право да доноси свакодневне одлуке које се тичу детета, уз пристанак партнера који је родитељ и у најбољем интересу детета. Кључно питање јесте да ли овако неспретни предлози угрожавају основна права детета, што је несумњиво тема за посебан научноистраживачки рад. Напоследку, остаје уверење да се процес законског уређивања истополног партнерства, будући да је реч о још увек изразито контроверзној теми у српском друштву, мора одвијати постепено и унеколико обазривије и промишљеније.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Borić Rada (ur.), *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Centar za ženske studije, Zagreb 2007.
- Bubić Suzana, „Uloga Evropskog suda za ljudska prava u priznavanju istopolnih zajednica“, u: Bubić Suzana (ur.), *Odjeci prakse Evropskog sudaca ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima*, Mostar 2017, 47-68.
- Cvejić-Jančić Olga, „Zajednice života lica istog pola – trendovi u regulisanju porodično-pravnog statusa ovih zajednica u savremenom pravu“, *Pravni život*, 10/2019, 61-84.

- Цвејић-Јанчић Олга, „Брак и развод између прошлости и будућности“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 2/2009, 63-88.
- Digoix Marie, „Introduction – LGBT Questions and the Family“, in Digoix Marie (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 1-9.
- Durham W. Cole, Smith Robert, Duncan William, *A Comparative Analysis of Laws Pertaining to Same-Sex Unions*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409282> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2409282>.
- Džajić Ljiljana, Đorđević Aleksandra, Šenk Maja, *Analiza pravno-političke situacije u Republici Srbiji u kontekstu zakonskog regulisanja istopolnih partnerstava*, Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2021.
- Gajin Saša, *Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd 2013.
- Eskridge Jr. William, „Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition“, *McGeorge Law Review*, 31(3)/2000, 641-672.
- Johnson Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013.
- Jovanović Marko, „Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 167-190.
- Hamilton Frances, „Strategies to achieve same-sex marriage and the method of incremental change“, *Journal of Transnational Law and Policy*, 25/2015-2016, 121-153.
- Јанчић Меланија, *Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родној идентитету – теорија и пракса*, Нови Сад 2020.
- Knežević Gašo, Pavić Vladimir, „Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije“, u: Knez Rajko, Kraljić Suzana, Stojanović Dušan (ur.), *Evropski sodni prostor*, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005, 79-87.
- Koppelman Andrew, „Judging the Case Against Same-Sex Marriage“, *University of Illinois law review*, 2/2014, 431-465.
- Kovaček-Stanić Gordana, Samardžić Sandra, „Marriage in Serbian Law and in Comparative Perspective“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2020, 545-560.
- Ковачек-Станић Гордана, *Породично право, партнерско, деце и стипендијско*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014.
- Kovaček-Stanić Gordana, „Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola“, *Evropsko zakonodavstvo*, 19-22/2007, 106-120.
- Крстић Ивана, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем праву*, Београд 2018.
- Kumwenda Rosmery, *Biti LGBTI u Istočnoj Evropi: Izveštaj za Srbiju*, United Nations Development Programme, Beograd 2017.
- Mršević Zorica, *Ka demokratskom društvu – istopolne porodice*, Institut društvenih nauka, Beograd 2009.
- Petrašević Tunjica, Duić Dunja, Buljan Ena, „Prava istopolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku“, *Strani pravni život*, 3/2017, 145-169.

- Pettinicchio David, "Current Explanations for the Variation in Same-Sex Marriage Policies in Western Countries", *Comparative Sociology*, 11/2012, 526-557.
- Поповић Драгољуб, Маринковић Танасије, Радојевић Мијодраг (ур.), *Коментар Конвенције за заштити људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017.
- Saez Macarena, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why 'Same' is so Different?", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1)/2011, 1-54.
- Самарцић Сандра, „Права истополних партнера у Европској Унији и Србији у области брачног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 429-446.
- Симовић Дарко, Зекавица Радомир, *Људска права*, Београд 2020.
- Shahid Masuma, "The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights", *Erasmus Law Review*, 3/2017, 184-198.
- Scherpe Jens M., "The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights", *The Equal Rights Review*, 10/2013, 83-96.
- Врзић Никола, „Негативно мишљење“, *Печай*, 14. мај 2021, 6-7.
- Waldijk Kees, "What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries", in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 11-44.
- Won Shin Jae, "Coming out of the Closet: A Comparative Analysis of Marriage Equality Between the East and West", *International Law and Politics*, 49/2017, 1119-1156.

Darko Z. Simović

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

darko.simovic@kpu.edu.rs

Olga S. Jović-Prlainović

University of Priština in Kosovska Mitrovica

olga.jovic@pr.ac.rs

Controversies in the Legal Regulation of Same-Sex Couples in the Republic Of Serbia in Light Of International Law and Comparative Law

Abstract: *Marriage and family are institutions which are continually evolving. Social reality points to the fact that the traditional concept of marriage does not have the capacity to recognize the full complexity of interpersonal relationships. Hence the aspiration for marriage to be equalized with common law marriages, including long term unions between individuals of the same sex. The European Court of Human Rights has greatly contributed to the improvement of the legal position of same-sex partners. To date, the European Court has not equalized same-sex unions with marriage, however it has foreseen that same-sex couples have to be legally recognized so that their relationship would be protected. Member states are not obliged to recognize same-sex marriages, however they have an obligation to institutionalize same-sex unions, for the purpose of protecting the rights and interests of those individuals who are part of them.*

The intent is to legally regulate personal and the property rights of same-sex couples, in accordance with the obligations of the Republic of Serbia which emanate from the application of the European Convention on Human Rights. However, the overall impression is that the Draft Law on Same-Sex Unions does not contain consistent and well thought out solutions. Analyzed from the aspect of family law, there are significant criticisms with respect to the currently proposed draft law, particularly with regards to the exercising of parental rights. Although the Draft Law does not foresee the possibility of adopting children, the question is raised as to the basis on which a partner of the child's parent obtains authorities vested by way of parental rights. A belief remains that due to the far-reaching consequences, the process of legally regulating same-sex unions must evolve with great care, especially as this remains an extremely controversial topic in Serbian society.

Keywords: *Marriage, Family, Human rights, Discrimination, LGBT, Same-sex unions, Registered partnership, Rights of the child.*

Датум пријема рада: 15.10.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 09.11.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.