

Пејтар М. Ђундић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА, ЧЛАН 8. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ПРИЗНАЊЕ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА СКЛОПЉЕНИХ У ИНОСТРАНСТВУ*

Сажетак: Захтеви које пред судове стављају извори који регулишу људска права значајно утичу на примену механизма међународног приватног права. Ова констатација се посебно односи на ситуације у којима је потребно уружити дејство промени личног и породичног статуса која је извршена у иностранству. Рад се односи на проблем признавања истополних бракова склопљених у иностранству. У њему се анализирају најважније одлуке Европског суда за људска права у вези са обавезама држава чланица Савета Европе да омогуће правну заштити и признање истополним заједницама живота, у складу са чланом 8. Европске конвенције о људским правима (заштити приватног и породичног живота). Анализа показује да је данас још јасно да ове државе имају позитивну обавезу успостављања адекватног правног оквира који би партнерима у истополној заједници омогућио уживање извесних субјективних права. Таква обавеза се прошире и на истополне бракове склопљене у иностранству и, када је Србија у питању, намеће неодложну законодавну интервенцију.

Кључне речи: међународно приватно право, Европска конвенција о људским правима, истополни бракови, заштити приватног и породичног живота.

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

1. УВОД – ОБАВЕЗА ПРУЖАЊА ДЕЈСТВА СТАТУСУ СТЕЧЕНОМ У ИНОСТРАНСТВУ, ЉУДСКА ПРАВА И МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Просторна и временска преносивост личног и породичног статуса физичких лица представља област у којој долази до очигледне интеракције материје људских права и правила међународног приватног права. Појам „статус“ означава правни положај лица у оквиру једног друштва и односи се на различите аспекте живота појединца који се тичу његове личности и односа са другим индивидуама (лично име, односе поводом брака, усвојења, старатељства итд.).¹ Инструменти заштите људских права утичу на примену механизма међународног приватног права приликом одлучивања судова и других органа примене права о признање (пружању дејства) статуса који је претходно, у складу са правом одређене државе, стечен у иностранству.

Питањем интеракције људских права и међународног приватног права бави се и Институт за међународно право. Ова организација је 2021. године усвојила Резолуцију о људским правима и међународном приватном праву (у даљем тексту: Резолуција), пружајући своје виђење о начину на који се може остварити заштита људских права приликом регулисања прекограничних приватноправних односа. Међу одредбама које се тичу регулисања међународне надлежности, одређивања меродавног права и признања и извршења страних одлука у контексту заштите и промоције људских права, налази се и она која се односи на статус. Према тој одредби, поштовање права на породични и приватни живот захтева признање личног статуса који је стечен у иностранству, под условом да је лице у питању имало довољну везу са државом порекла и са државом чије је право било примењено, те да не постоји очигледна повреда јавног поретка државе у којој се признање овог статуса захтева.²

Према извештају уз нацрт Резолуције који је сачинио Фаусто Покар (*Fausto Pocar*), њен циљ није да представља каталог постојећих правила и начела људских права и међународног приватног права, већ да покуша да успостави одговарајућу равнотежу између две области у прекограничним односима.³ Као што се може видети из претходно поменутог члана 10. Резолуције, пружање дејства личног и породичног статусу стеченом у иностранству јесте циљ којем би државе требало да стреме, али Резолуција оставља

¹ Вид. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, *Recueil des cours*, vol. 395/2019, 21.

² The Institute of International Law, 4th Commission, *Human Rights and Private International Law*, Online Session – 2021, 4 September 2021, Article 10.

³ F. Pocar, *Human Rights and Private International Law*, *Draft Resolution Explanatory Report*, 27 January 2021, пасус бр. 10.

простора за одбијање да се стечени статус призна када би то било супротно јавном поретку државе признања и када није постојало оправдање за заснивање надлежности органа који је одлучивао о статусу, нити за примену одређеног права, оличено у стварној вези између лица о чијем статусу се ради и одговарајуће државе.

Резолуција очигледно почива на идеји координације између људских права и инструмената међународног приватног права, као што су клаузула јавног поретка, забрана изигравања закона и успостављања прекомерне међународне надлежности. Овакав начин размишљања полази од премисе да регулисање прекограничних односа на начин који гарантује остваривање људских права не треба да искључу примену правила међународног приватног права и алата који припадају овој дисциплини. Људска права утичу на примену поменутих правила, обезбеђујући руководна начела и одређујући правац деловања норми међународног приватног права, али теорија, концепти и методи који се примењују у прекограничним односима и даље припадају међународном приватном праву.⁴

Међутим, државе које су чланице Савета Европе су до сада више пута биле у прилици да се увере како Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) нема много разумевања за суптилни међусобни однос између субјективних права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (у даљем тексту: Конвенција) и инструментаријума међународног приватног права. Ова констатација се посебно односи на обавезу држава да пружи дејство личном и породичном статусу који је стечен у иностранству.

Нормативна основа која отежава државама чланицама да одбију преношење статуса стеченог на територији друге државе налази се у члану 8. Конвенције, који гарантује поштовање приватног и породичног живота, уз право власти да задиру у овај живот само у случајевима који су предвиђени ставом 2. истог члана.⁵ Текст члана 8. даје основа за закључак да је очување статуса стеченог у иностранству вредност сама по себи и да ужива заштиту на основу Конвенције. Сумирајући праксу Суда у овој материји, Салерно (*Salerno*) истиче да државе уговорнице Конвенције уживају широку слободу у прописивању услова који морају бити испуњени како би се статус квалификовао за признање, али, са друге стране, будући да одбијање да се лицу

⁴ Вид. М. Ј. А. Oyarzabal, *The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law*, *Recueil des cours*, vol. 428/2023, 218, 219.

⁵ Члан 8 Конвенције (Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003) гласи: „Свако има право на поштовање свој приватној и породичној животи, дома и приватне. Јавне власти неће се мешати у вршење овој права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради сјечавања нереда или криминала, заштитне здравља или морала, или ради заштитне права и слобода друћих.“

призна лични или породични статус који је претходно стечен представља задирање у права из члана 8, на државе се пребацује одговорност да докажу како је одбијање његовог признања неопходно у демократском друштву, у циљу заштите интереса које наводи став 2. члана 8. Конвенције.⁶

Другим речима, механизми који се у међународном приватном праву користе како би се домаћи правни поредак заштитио од вредности које су супротне основама друштвеног уређења (клаузула јавног поретка), спречиле злоупотребе система колизионих правила (изигравање закона), па чак и колизионе норме које указују на меродавност права које онемогућава признавање дејстава односу заснованом у иностранству, могу да се користе само ако воде остваривању интереса који Суд види као вредан заштите. Тако је, на пример, када је у питању признање усвојења заснованог у иностранству, Суд закључио да је држава повредила право на породични живот подносиоце представке, тако што је одбила да призна усвојење пуноважно засновано у иностранству, позивајући се на примену сопствене колизионе норме према којој је за услове заснивања усвојења било меродавно право државе признања, са крајњим исходом да ови услови нису били испуњени.⁷ Интерес државе признања да буде примењена њена колизиона норма и, следствено томе, њено супстанцијално право које је забрањивало потпуно усвојење особама које нису у браку, не може да оправда задирање у породични живот подносиоце представке, у ситуацији када су између ње и њене усвојене ћерке фактички постојале породичне везе, када је усвојење било пуноважно засновано према праву државе порекла,⁸ и када је ранија пракса органа државе признања створила код подносиоце представке легитимна очекивања да ће усвојење бити признато.⁹ На сличан начин, Суд начелно прихвата постојање права државе да одбије признање усвојења у иностранству због повреде јавног поретка, али је спреман да констатује да активирање ове клаузуле представља повреду члана 8. Конвенције, када нађе да је задирање у права подносиоца представке несразмерно друштвеном интересу који се штити установом јавног поретка.¹⁰

На основу овакве праксе у стварима које се односе на пружање дејства статусу стеченом у иностранству, у литератури се истиче да, иако члан 8. Конвенције не значи бланкетну обавезу државе да допусти признање статуса, он ипак ствара окружење у којем постоји подстицај да се признање дозволи.¹¹

⁶ F. Salerno, *op. cit.*, 57.

⁷ Wagner and J.W.L.M. v. Luxembourg, 76240/01, 28 June 2007, пасус бр. 131.

⁸ *Ibid.*, пасуси бр. 133, 135.

⁹ *Ibid.*, пасус бр. 130.

¹⁰ Вид. *Negrepontis-Giannisis v. Greece*, 56759/08, 3 May 2011, пасуси бр. 67, 76.

¹¹ Вид. L. R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, the Hague, 2014, 224, 227.

Говори се и о постојању позитивне обавезе државе да, у сопственом законодавству, обезбеди одговарајуће механизме за „пресељење“ статуса пуноважно стеченог у иностранству, при чему ограничења која држава поставља у том смислу морају бити пропорционална легитимним циљевима који се њима остварују.¹²

Водећи рачуна о значају праксе Европског суда за људска права у домаћем правном поретку и претходно описани утицај људских права на традиционалне механизме међународног приватног права, циљ овог рада јесте да испита ставове Суда у односу на још увек контроверзно друштвено питање – пружање правне заштите и признање дејстава истополним браковима склопљеним у иностранству.

У пракси Суда, као што ће бити објашњено у наставку, прави се јасна разлика између истополних бракова, са једне стране, и других облика истополних заједница живота које производе правне последице. Србија припада кругу држава чије законодавство не признаје дејство заједницама живота лица истог пола. Са друге стране, већина чланица Савета Европе у овом тренутку нуди оваквим заједницама неку врсту правне заштите, у облику права на склапање брака, регистрованог партнерства или другог облика правно регулисане заједнице лица истог пола.¹³ С тим у вези, могуће је да се домаћи судови или други органи суоче са дилемом у погледу тога да ли се оваквим заједницама могу пружити дејства у домаћем правном поретку, онда када су формиране у држави чије их законодавство познаје. Потребно је напоменути и да је феномен некомпатибилности домаћег права у овом смислу са правима појединих европских (и не само европских) држава релативно давно уочен у домаћој доктрини међународног приватног права. Стога се у појединим радовима разматрају питања у вези са квалификацијом оваквих заједница за потребе примене одговарајућих колизионих норми пред домаћим судовима¹⁴ и признањем дејстава истополним браковима или другим облицима правно признатих заједница лица истог пола¹⁵ коришћењем традиционалних инструмената међународног приватног права, као што су решавање претходног

¹² F. Salerno, *op. cit.*, 156. Такође, J. J. Fawcett, M. N. Shúilleabháin, S. Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016, 584.

¹³ Према стању у септембру 2023. године, ово се односи на 30 од 46 чланица Савета Европе. Вид. *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, 40209/20, 5 septembre 2023, пасус 61.

¹⁴ Вид. М. Pavlović, *Kolizionopravni aspekti istopolnog registrovanog partnerstva zaključenog u inostranstvu: nekoliko napomena iz ugla domaćeg međunarodnog privatnog prava*, *Pravni zapisi*, god. XIII, br. 1/2022, 177-211.

¹⁵ Термин „истополне заједнице“ који се користи у овом раду се употребљава у најширем смислу, тј. као заједнички израз за правно заштићене заједнице лица истог пола, без обзира да ли је у питању брак, грађанска заједница (енгл. *civil union*), регистровано партнерство (енгл. *registered partnership*) или нека друга форма у којој се овим заједницама живота пружа правна заштита.

питања и супституција.¹⁶ Као што се може закључити на основу анализе праксе Суда у овој материји која је дата у наставку рада, обавеза пружања дејства истополним заједницама формираним у иностранству је последица ставова које је Суд заузео у вези са општом обавезом држава уговорница да оваквим заједницама обезбеде правну заштиту, без обзира да ли се ради о заједницама насталим у иностранству или онима које партнери желе да формирају у држави уговорници. Због тога се у наставку рада говори о пракси Суда која се не односи само на иностране истополне бракове, већ генерално на обавезе држава у контексту истополних заједница и њихове заштите на основу члана 8. Конвенције.

2. ПРАВО НА ЗАШТИТУ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА И ОБАВЕЗА ДРЖАВЕ ДА ОМОГУЋИ ПРАВНУ ЗАШТИТУ ИСТОПОЛНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Члан 8. Конвенције пружа заштиту личном и породичном животу. Европски суд за људска права је, прихватајући да питање сексуалне оријентације једног лица представља сферу приватног живота,¹⁷ дуго оклевао да истополним заједницама призна право на заштиту породичног живота. У предмету Мата Естевез против Шпаније (*Mata Estevez v. Spain*), Суд је одбацио као недопуштену представку шпанског држављанина који је тврдио да су шпанске власти повредиле његово право на поштовање приватног и породичног живота и члан 14. Конвенције (забрана дискриминације), тако што су одбиле да му признају право да наследи пензију свог партнера са којим је био у хомосексуалној заједници дуже од десет година.¹⁸

Одбијање је било последица чињенице да је шпанско законодавство дозвољавало надлеживање пензија само преживелом супружнику или, изузетно, ванбрачним партнерима који нису могли да ступе у брак због забране развода која је постојала у Шпанији све до 1981. године.

Суд је у образложењу одлуке констатовао, позивајући се на устаљену праксу, да трајне хомосексуалне заједнице између два мушкарца не спадају

¹⁶ Вид. G. Knežević, V. Pavić, Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije, у књизи: R. Knez, S. Kraljić, D. Stojanović (ур.), *Evropski sodni prostor*, Maribor, 2005, 79-87, 86; M. Jovanović, Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?, у књизи: T. Varady et al. (ур.), *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd, 2016, 167-190, 181-185; M. Stančić, Nasledna prava supružnika iz istopolnog braka zaključenog u inostranstvu i primena supstitucije, *Revija za evropsko pravo*, XVIII, br. 2-3/2016, 53-78.

¹⁷ Види E. Kamarad, Necessity of Recognition of Same-Sex Marriages Concluded Abroad, *The Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, vol. 3/2019, 38-54, 44.

¹⁸ *Mata Estevez v. Spain*, 56501/00, 10 May 2001.

у домашај права на породични живот у смислу члана 8. Конвенције.¹⁹ Оправдање за овај став Суд је пронашао у недостатку консензуса међу државама уговорницама у вези са потребом да се стабилним *de facto* хомосексуалним заједницама пружи законска и судска заштита.²⁰ Последица непостојања заједничког става држава чланица у овом смислу, према ставу Суда, била је да ове државе и даље уживају широку слободу процене (енгл. *wide margin of appreciation*) приликом одлучивања да ли ће таквим заједницама пружити правну заштиту.²¹ Са друге стране, Суд је прихватио да се емотивна и сексуална веза подносиоца представке везује за његов лични живот, те да дискриминација на основу сексуалне оријентације може представљати повреду чланова 8. и 14. Конвенције, али да је његов различит третман био оправдан имајући у виду легитиман циљ чијем остваривању је тежило шпанско законодавство – заштита породице засноване на брачним везама.²²

Преокрет у вези са питањем да ли истополне заједнице представљају објекат заштите права на породични живот наступио је 2010. године, доношењем одлуке у предмету Шалк и Копф против Аустрије (*Schalk and Kopf v. Austria*).²³ Предмет се односио на представку коју су поднела двојица аустријских држављана, због одбијања аустријских органа управе и Уставног суда да им признају право на склапање брака. Подносиоци представке су тврдили да су жртве дискриминације, будући да им није дозвољено да склопе брак као што то могу да учине хетеросексуални парови, односно због тога што им није омогућено да њихова веза буде призната пред законом на други начин.²⁴

Одлука Суда у овом предмету била је значајно опредељена чињеницом да је Аустрија у међувремену усвојила Закон о регистрованим партнерствима, који је у овој земљи почео да се примењује 1. јануара 2010. године.²⁵ Суд је, међутим, одбио захтев Аустрије да констатује да је ствар решена и да обрише представку са листе случајева, у складу са чланом 37. Конвенције.²⁶

Одлучујући о тврдњи да су подносиоци представке били изложени дискриминацији у вези са поштовањем њихових права из члана 8. Конвенције, Суд је одступио од устаљене праксе која је истополним заједницама одрицала право на заштиту породичног живота.²⁷ Претходно, Суд је констатовао да је у овој пракси прихваћено да емотивне и сексуалне везе истополних

¹⁹ *Ibid.*, 4. У овом пасусу Суд наводи раније одлуке Европске комисије за људска права у којима се заузима поменути став.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, 5.

²³ *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, 24 June 2010.

²⁴ Пасус 3.

²⁵ Подносиоци су поднели представку пред Судом у августу 2004. године.

²⁶ Пасуси бр. 35-38.

²⁷ *Ibid.*, пасус 94.

парова уживају заштиту под окриљем приватног живота, али да не представљају „породични живот“, чак ни када се ради о дугорочним везама партнера који живе заједно.²⁸

Кључни разлог за измену става Суд је пронашао у еволуцији друштвеног схватања о потреби успостављања правне заштите истополних заједница – од 2001. године, када је донета одлука у предмету Мата Естевез против Шпаније, значајан број држава уговорница је пружио правну заштиту истополним паровима, а „*брза еволуција друштвеног схватања*“ у овом погледу може се идентификовати и на основу прописа Европске уније.²⁹ Резултат ових промена био је закључак да би било вештачки задржати схватање да, за разлику од парова различитог пола, истополни партнери не могу уживати заштиту породичног живота на основу члана 8, те да „*веза њодносилаца ѡрегиставке, истополног ѡара који живи заједно у стабилном, de facto ѡаршнерсшву ѡпшњага ѡд ѡојам* „*породичног живота*“, као *што би то био случај са везом ѡара различитог ѡола у истог ситуацији*.“³⁰

Пошто је закључио да чланови истополне заједнице уживају право на заштиту породичног живота, следећи корак за Суд био је да утврди да ли су подносиоци представке били изложени дискриминацији због чињенице да им, за разлику од парова различитог пола, није било дозвољено да формализују своју везу склапањем брака или на други начин. Полазна премиса била је да су истополни партнери једнако способни као и партнери различитог пола да уђу у стабилну и посвећену везу, односно да им је једнако неопходно законско признавање и заштита њихове везе.³¹

Будући да је претходно нашао да државе нису обавезне да истополним партнерима омогуће склапање брака у смислу члана 12. Конвенције,³² Суд је закључио да подносиоци представке нису били изложени дискриминацији у уживању права на породични живот због тога што им је забрањено да склопе брак.³³ Друга притужба – да подносиоцима представке није обезбеђен алтернативни начин правне заштите њихове везе – постала је ирелевантна

²⁸ *Ibid.*, пасус 92.

²⁹ *Ibid.*, пасус 93. Треба, међутим, констатовати да је, према анализи самог Суда, број држава уговорница Конвенције чије право је омогућавало неки вид правног дејства истополним заједницама у време доношења одлуке и даље у убедљивој мањини: 19 од тадашњих 47 чланица Савета Европе пружало је могућност овим лицима да закључе брак или да званично региструју своју заједницу. Вид. пасусе 27, 28.

³⁰ *Ibid.*, пасус 94.

³¹ *Ibid.*, пасус 99.

³² Вид. више о томе у следећем делу рада. Суд је истовремено поновио став да појам „породице“ није ограничен само на оне везе које имају своју основу у браку, те да породица може настати на основу фактичких односа. Тиме је омогућио себи да дође до закључка који је уследио – да су истополне заједнице део „породичног живота“. Вид. пасус 91.

³³ *Ibid.*, пасус 101.

због чињенице да је у Аустрији, у време доношења одлуке у овом предмету, већ почео да се примењује Закон о регистрованом партнерству.³⁴ Једини начин на који је Аустрија могла да буде одговорна за повреде одредаба чланова 14. и 8. Конвенције био би, према томе, закључак Суда да је морала да подносиоцима представке омогући формализацију партнерства пре 1. јануара 2010. године.

У вези са овим последњим питањем, Суд је изнео коментар који на најбољи начин одсликава тадашње стање несигурности у вези са позитивном обавезом држава да омогуће признавање дејства истополним заједницама. Прво, у образложењу одлуке се констатује појава „*настајајуће европској консензуса*“ у погледу законског признавања поменутих заједница.³⁵ Затим се истиче како већина држава и даље не признаје правна дејства истополним заједницама.³⁶ Коначно, закључује се да изостанак консензуса у овом смислу пружа државама широку слободу процене у вези са *временом* увођења законске регулативе.³⁷

Изостанак европског консензуса који помиње Суд, према томе, по свему судећи не значи да су државе и даље слободне у процени да ли ће увести законодавне измене које би истополним заједницама омогућиле одговарајуће дејство, али им пружа право да одлуче у ком тренутку ће такво законодавство имплементирати. Овакав закључак је вероватно резултат специфичних околности случаја – чињенице да је законодавна интервенција у Аустрији предузета док је поступак пред Судом још увек био у току – па због тога није јасно какву би одлуку Суд донео да су околности биле другачије. Другим речима, да ли би изостанак европског консензуса (за који се констатује да је у настајању) омогућио туженој држави да избегне одговорност за повреду права на породични живот и дискриминацију, да није усвојила поменути пропис?

Потребно је нагласити да је питање консензуса држава уговорница од изузетног значаја за анализу коју спроводи Суд. Наиме, ако у вези са применом члана 8. Конвенције Суд утврди да постоји консензус у вези са одређеним контроверзним друштвеним питањем, слобода процене коју државе уживају приликом одлучивања о томе да ли ће увести мере усмерене на заштиту одређеног права је знатно сужена. Исто се односи на разматрање оправдања за неувођење ових мера – Суд ова оправдања подвргава знатно строжој провери у случају постојања консензуса.³⁸

³⁴ *Ibid.*, пасуси 102, 103.

³⁵ *Ibid.*, пасус 105.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* Ова констатација је омогућила закључак да аустријски законодавац не може бити одговоран због тога што није раније донео Закон о регистрованом партнерству. Вид. пасус 106.

³⁸ Вид. Н. Fenwick, D. Fenwick, Fully Recognizing Both Dignity and Equality Values under the Emergent ECHR Right to a Same Sex Registered Partnership, у књизи: С. Ashford, A. Maine

Одлуком у предмету Олиари и остали против Италије (*Oliari and others v. Italy*),³⁹ донетом пет година након оне у предмету Шалк и Коф против Аустрије, Суд поново разматра постојање позитивне обавезе државе да пружи неку врсту правног дејства истополним заједницама. У овом случају Суд је закључио да је Италија повредила обавезе на основу члана 8. Конвенције, тако што је пропустила да подносиоцима представке омогући приступ правном оквиру који би обезбедио признање и заштиту њихових заједница.⁴⁰

Три истополна пара су поднела представку Суду, жалећи се на повреду чланова 8, 12. и 14, због тога што им Италија није омогућила приступ правном оквиру који би обезбедио правну заштиту њихових заједница у облику брака или регистрованог партнерства, чинећи тако дискриминацију на основу сексуалне оријентације.⁴¹ Италијанско право тога времена, наиме, није дозвољавало лицима истог пола склапање брака, али ни регистрованог партнерства.

Суд је у овом предмету започео своју анализу понављањем става да истополни парови уживају право на заштиту породичног живота.⁴² Такође, обавеза држава чланица да обезбеде поштовање породичног живота подразумева позитивну обавезу – да делују како би омогућиле ефикасно остваривање права предвиђених чланом 8. Конвенције.⁴³ Начин остваривања позитивне обавезе подложен је извесној слободи процене коју државе имају, при чему ширина слободе зависи од више фактора: постојања европског консензуса у вези са значајем интереса које је потребно заштити и најбољег начина да се то учини, али и потребе да се пронађе равнотежа између заштите приватног и друштвеног интереса.⁴⁴ Као што је већ претходно речено, слобода државе је већа уколико поменути консензус не постоји и уколико сопствено понашање може да оправда заштитом интереса заједнице у целини.⁴⁵

Примењујући овако дефинисана начела на конкретан случај, Суд је истакао да „*џанка већина*“ чланица Савета Европе (24 од 47 држава) у том тренутку пружа некакав облик правне заштите истополним заједницама – у виду признавања права на брак или регистроване ванбрачне заједнице (регистрована партнерства).⁴⁶ Идентичне тенденције Суд је идентификовао у глобалним размерама, у законодавствима других држава.⁴⁷

(eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020, 123-125.

³⁹ *Oliari and others v Italy*, 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015.

⁴⁰ *Ibid.*, пасуси 187, 185.

⁴¹ *Ibid.*, пасус 3.

⁴² *Ibid.*, пасус 99.

⁴³ *Ibid.*, пасус 159.

⁴⁴ *Ibid.*, пасус 162.

⁴⁵ *Ibid.*, пасуси 162, 175.

⁴⁶ *Ibid.*, пасус 178.

⁴⁷ *Ibid.*

Ипак, обавеза Италије да истополним заједницама пружи правно дејство није била заснована само на чињеници да је већина држава уговорница Конвенције то учинила. Суде је, наиме, покушао да идентификује друштвени интерес који би могао да оправда пропуштање тужене државе да делује. За разлику од интереса партнера у истополној заједници да ова заједница буде призната пред законом и да им се омогући уживање основних права без ометања,⁴⁸ Италија није успела да јасно означи интерес заједнице који би спречио законодавну интервенцију.⁴⁹ Штавише, тужена држава је изричито порицала да је пропуштање да уведе одговарајући законодавни оквир покушај заштите традиционалног концепта породице или друштвеног морала, већ је истицала да осетљивост питања захтева да јој се пружи слобода у одлучивању о времену и начину на који ће пружити заштиту овим заједницама.⁵⁰

Два фактора су посебно утицала на закључак суда да Италија није деловала у циљу заштите друштвеног интереса. Прво, Суд је указао на сукоб између друштвене стварности и права.⁵¹ Подносиоци представки су живели отворено у Италији, у друштву у којем постоји готово опште прихватање хомосексуалних парова и подршка за заштиту њихових права,⁵² док им, са друге стране, законодавство ове државе није омогућавало да њихова заједница буде призната на било који начин. Осим тога, Суд је имао у виду и чињеницу да су највиши италијански судови више пута позивали италијанског законодавца да интервенише и омогући регулисање истополних заједница одговарајућим прописима.⁵³

Под притиском Европског суда за људска права, Италија је у мају 2016. године донела закон којим је лицима истог пола омогућила регистрацију грађанских заједница.⁵⁴

Једна од новијих одлука Европског суда за људска права посебно је значајна са аспекта друштвеног интереса који би државе могле да истакну као разлог за одбијање да се истополним заједницама призна правно дејство и заштита пред законом. У питању је предмет Федотова и остали против Русије (*Fedotova and others v. Russia*).⁵⁵

Представке у овом случају су поднела три истополна пара због одбијања руских органа да им дозволе склапање брака позивајући се, између осталог,

⁴⁸ *Ibid.*, пасус 174.

⁴⁹ *Ibid.*, пасус 176.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, пасус 173.

⁵² *Ibid.*, пасус 181.

⁵³ *Ibid.*, пасуси 180, 184.

⁵⁴ Вид. S. Marinai, Recognition in Italy of Same-sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-up Approach, *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, no. 1/2016, 10-37, 11.

⁵⁵ *Fedotova and others v. Russia*, 40792/10, 30538/14, 43439/14, 13 July 2021.

на Породични закон Руске Федерације који је међу условима за склапање брака наводио постојање слободног и узајамног пристања мушкарца и жене.⁵⁶

Суд је у овом случају започео анализу констатацијом да члан 8. Конвенције не намеће изричито обавезу држави да призна правно дејство истополним заједницама, али да ова одредба захтева успостављање правичне равнотеже између интереса истополних партнера и интереса друштва у целини.⁵⁷ Суд је јасно идентификовао интерес истополних парова да њихова заједница буде призната пред законом, односно тешкоће које проистичу за ова лица у недостатку законског регулисања заједнице (немогућност посеђивања партнера за време лечења, коришћења финансијских и стамбених подстицаја, међусобног наслеђивања итд.).⁵⁸ Затим је прешао на анализу интереса које је Русија истакла као разлоге за одбијање да се истополним заједницама пружи правно дејство: заштита интереса традиционалне породице засноване на браку између мушкарца и жене, недостатак консензуса у Европи у вези са формалним признањем истополних заједница, интерес заштите малолетника од промоције хомосексуализма и оштро противљење домаће јавности истополним браковима.⁵⁹

Од свих наведених разлога Суд је делимично уважио као легитиман само онај који се односи на потребу пружања заштите традиционалном браку, али је истакао да није у стању да утврди на који начин би формално признавање истополних заједница пред законом угрозило традиционални брак, будући да оно не би спречавало лица различитог пола да ступају у брак или да уживају користи које из брака проистичу.⁶⁰

Интересантан је и осврт Суда на аргумент који се односи на неприхватање истополних бракова од стране руске јавности – став већине нема исти значај у случајевима када се односи на проширивање заштите према Конвенцији и, са друге стране, када се ова већина противи пружању заштите приватног и породичног живота значајном делу становништва.⁶¹ У овом другом случају, било би у нескладу са вредностима Конвенције када би уживање права која она успоставља за мањинске групе било условљено њиховим прихватањем од стране већине.⁶² Значајно је приметити да одлука у предмету Федотова уопште не помиње чињеницу постојања европског консензуса у вези са пружањем правне заштите истополним заједницама, што је аргумент који је фигурирао као значајан у предмету Олиари и остали против Италије.

⁵⁶ *Ibid.*, пасуси 1, 24.

⁵⁷ *Ibid.*, пасус 49.

⁵⁸ *Ibid.*, пасуси 49, 51.

⁵⁹ *Ibid.*, пасуси 32-35.

⁶⁰ *Ibid.*, пасус 54.

⁶¹ *Ibid.*, пасус 52.

⁶² *Ibid.*

Изостанак ове анализе је упадљив и због тога што се Русија, као што је претходно речено, позивала на недостатак тог консензуса као један од аргумената у својој одбрани.⁶³

Коначно, Суд је закључио да је Русија имала могућност слободне процене у вези са тим који од облика регистравања истополних заједница ће дозволити, узимајући у обзир конкретан друштвени и културни контекст, али да је одбијањем да се овим заједницама пружи било какав вид правне заштите ова слобода прекорачена, чиме је Русија повредила члан 8. Конвенције.⁶⁴

На захтев Руске Федерације, одлука која је донета у наведеном предмету је прослеђена на разматрање Великог већу Суда, у складу са чланом 43. Конвенције.⁶⁵ Велико веће је потврдило закључак из раније донете одлуке да је Русија повредила члан 8. Конвенције пропуштањем да реализује обавезу пружања правне заштите истополним заједницама.

Два аспекта пресуде Великог већа су посебно значајна. Прво, члан 8. Конвенције намеће позитивну обавезу државама чланицама Савета Европе да обезбеде правни оквир који допушта истополним паровима адекватно признање и заштиту њихове везе.⁶⁶ Друго, слобода процене држава у погледу тога да ли ће оваква заштита итполних заједница бити омогућена је значајно смањена.⁶⁷ С тим у вези, строга контрола разлога које би државе користиле да одбију извршење поменуте обавезе је оправдана не само због тога што захтев истополних партнера за правним признањем и заштитом њихове заједнице представља посебно важан аспект њиховог личног и друштвеног идентитета,⁶⁸ већ и због постојања „јасног и шекућег“ тренда пружања заштите овој врсти заједница у правима држава чланица.⁶⁹ Тиме је аргумент „европског консензуса“ који упадљиво недостаје у преиспитиваној одлуци поново враћен у средиште анализе у пресуди Великог већа.

Анализиране одлуке имају несумњив утицај и на питање да ли члан 8. Конвенције намеће државама признања обавезу да признају дејство истополним заједницама формираним у иностранству. Од јануара 2023. године и доношења пресуде Великог већа у предмету Федотова нема дилеме у погледу

⁶³ *Ibid.*, пасус 33.

⁶⁴ *Ibid.*, пасус 56.

⁶⁵ Овај члан омогућава свакој од странака да, у року од три месеца од доношења пресуде, захтева да се предмет изнесе пред Велико веће. Према ставу 2 члана 43 Конвенције, Веће прихвата захтев ако се предмет тиче значајног питања за тумачење Конвенције или озбиљног питања од опште важности.

⁶⁶ *Fedotova and others v. Russia*, 40792/10, 30538/14, 43439/14, Grand Chamber, 17 January 2023, пасус 178.

⁶⁷ *Ibid.*, пасус 187.

⁶⁸ *Ibid.*, пасуси 184, 185.

⁶⁹ *Ibid.*, пасуси 175, 187. Велико веће наводи да 30 држава чланица омогућава истополним заједницама неки вид признања и правне заштите.

тога да државе имају обавезу да истополним заједницама пруже адекватан правни оквир који ће омогућити заштиту ових заједница. При томе, као што показује пракса Суда у вези са захтевима за признање истополних бракова склопљених у иностранству која ће бити приказана у наставку, садржина обавезе држава се практично не разликује у односу на ситуације које нису прекограничног карактера, тј. у односу на оне када се формирање правно признате истополне заједнице први пут захтева пред домаћим органима једне државе.

Са друге стране, приказане одлуке остављају отвореним питање шта значи позитивна обавеза да се истополним заједницама омогући *адекватан* правни оквир. Значење те обавезе је у досадашњој пракси суда делимично дефинисано и то на негативан начин – ова обавеза не значи обавезу омогућавања истополним партнерима да склопе брак.

3. ПРАВО ДРЖАВЕ ДА НЕ ДОЗВОЛИ СКЛАПАЊЕ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА

За разлику од обавезе држава чланица да истополним заједницама живота омогуће адекватну правну „видљивост“, Суд је за сада доследно на линији да ова обавеза не подразумева дозволу истополним партнерима да ступе у брак.

То следи из праксе која се односи на примену члана 12. Конвенције (право на склапање брака).⁷⁰ Готово без изузетка, у предметима у којима је Суд разматрао тврдње истополних парова да је поступање држава представљало повреду права на породични живот, истовремено је одлучивао о алтернативним тврдњама подносилаца представки да им је повређено право на склапање брака.

Релативна учесталост представки у којима истополни парови тврде да ускраћивање приступа браку представља повреду њихових људских права, последица је чињенице да је забрана истополних бракова још увек широко распрострањена на тлу Европе.⁷¹ Наиме, тек 18 од 46 чланица Савета Европе дозвољава приступ овој установи када су у питању лица истог пола.⁷²

⁷⁰ Члан 12 Конвенције: „*Мушкарци и жене одговарајућеј узрасној имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овој љуба.*“

⁷¹ Вид. P. Johnson, S. Falcetta, Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights, у књизи: C. Ashford, A. Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020, 91-103, 94.

⁷² Вид. M. Shahid, Equal Marriage Rights and European Courts, *ERA Forum*, vol. 23, 3/2023, 397-411, 398.

Недостатак „европског консензуса“ у овом контексту, друштвени и културни значај установе брака и, посебно, сам текст члана 12. Конвенције утицали су на формирање става Суда по овом питању.

Владајуће схватање у вези са евентуалном обавезом државе да лицима истог пола дозволи склапање брака износи се у предмету Шалк и Копф против Аустрије.⁷³ Пре него што је одлучивао о тврдњама подносилаца представке о томе да је Аустрија повредила њихово право на породични живот, Суд је морао да се осврне на питање да ли члан 12. Конвенције гарантује овим лицима право на склапање брака. Негативан одговор на ово питање⁷⁴ резултат је, првенствено, језичког и историјског тумачења поменутог члана. Према гледишту Суда, одредба члана 12. Конвенције, за разлику од осталих одредаба овог инструмента које гарантују одговарајуће право „свакоме“ или предвиђају да „нико“ неће бити изложен забрањеном третману, изричито и свесно резервише право на склапање брака за мушкарце и жене.⁷⁵ У време настанка текста Конвенције, такође, нема сумње да је појам брака схватан у традиционалном смислу – као заједница између партнера различитог пола.⁷⁶ Суд је прихвати аргумент да је Конвенција живи инструмент који би требало тумачити у складу са савременим условима,⁷⁷ али је истакао и да, без обзира на значајне друштвене промене које утичу на установу брака, не постоји европски консензус у вези са допуштеношћу истополних бракова.⁷⁸ У контексту еволуције схватања о улози и друштвеном значају брака, Суд је нашао да Повеља Европске уније о основним правима више не подразумева да је брак установа резервисана за лица различитог пола, али да овај документ такође препушта државама одлуку о томе да ли ће истополним паровима дозволити приступ браку.⁷⁹ Слично томе, иако наведене друштвене промене значе да право на брак не мора у свим случајевима остати резервисано за лица различитог пола, дубоко укоренењено друштвено и културно значење брака које се разликује од једног до другог друштва, води ка томе да одлука о допуштености истополних бракова остаје резервисана за појединачне државе.⁸⁰

Став Суда да истополни парови немају право на склапање брака, односно да државе нису дужне да овим лицима дозволе приступ браку остао је непромењен до данас.⁸¹ Инсистирање на јасној разлици између обавезе прихватања

⁷³ *Schalk and Kopf v. Austria.*

⁷⁴ *Ibid.*, пасус 63.

⁷⁵ *Ibid.*, пасус 55.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, пасус 57.

⁷⁸ *Ibid.*, пасус 58.

⁷⁹ *Ibid.*, пасус 60.

⁸⁰ *Ibid.*, пасуси 61, 62.

⁸¹ Закључак суда о примени члана 12 Конвенције на истополне парове из предмета Шалк и Копф поновљен је и у касније донетим одлукама. Вид. P. Johnson, S. Falcetta, *op. cit.*, 99-101.

истополних бракова, са једне стране, и прихватања неког од осталих облика правно признатих истополних заједница, са друге, видљиво је из поступања Суда у бројним случајевима. На пример, у предмету Федотова и остали против Русије, Суд одбија аргумент тужене државе у вези са противљењем већег дела друштва увођењу истополних бракова, наводећи да се већина становника Русије противи истополним браковима, али да се то не односи на неку од преосталих форми којима се истополним заједницама може пружити правни значај.⁸² Ипак, ово разликовање је у практичном смислу најзначајније у контексту слободне процене државе у вези са испуњењем позитивне обавезе да истополним заједницама призна правно дејство и пружи заштиту пред законом, у складу са чланом 8. Конвенције. Док државе чланице више не могу да бирају да ли ће поменути обавезу испунити, оне имају релативну слободу избора у погледу природе правног режима који регулише права истополних парова, при чему се посебно истиче да овај режим не мора нужно да се јави у форми истополног брака.⁸³

4. ОБАВЕЗА ПРИЗНАВАЊА ДЕЈСТВА ИСТОПОЛНИМ БРАКОВИМА СКЛОПЉЕНИМ У ИНОСТРАНСТВУ

Чињенице да су државе чланице Савета Европе у обавези да успоставе адекватан правни режим који би истополним заједницама омогућио правно дејство и заштиту пред законом, те да немају обавезу да дозволе склапање истополних бракова, од кључног су значаја за примену члана 8. Конвенције у контексту признавања страних истополних бракова.

У временском распону од 2017. до 2023. године, Суд је имао прилику да се изјасни о два спора покренута због одбијања држава да пруже одговарајуће дејство истополним браковима склопљеним у иностранству. У оба ова случаја чињенично стање је били слично – подносиоци представки су у већини били држављани држава у којима је захтевано признање и законодавства ових држава нису, у тренутку подношења представки пред Судом, пружала истополним заједницама било какво дејство и заштиту.

У првом од ова два предмета – Орланди и остали против Италије (*Orlandi and Others v. Italy*) – поступак је покренуло шест истополних парова (11 италијанских држављана/држављанки и један канадски држављанин), због одбијања италијанских органа да изврше регистрацију њихових бракова закључених у Канади, САД и Холандији, односно због немогућности да сопственим заједницама обезбеде одговарајуће дејство, због тога што Италија

⁸² *Fedotova and others v. Russia*, пасуџ 56.

⁸³ *Fedotova and others v. Russia*, Grand Chamber, пасуџ 188.

није дозвољавала закључивање истополних бракова, нити било који други облик истополних заједница. На тај начин, према наводима подносилаца представки, ова држава је повредила чланове 8, 12. и 14. Конвенције.⁸⁴

Анализа коју је спровео Суд у овом предмету се у великој мери заснивала на закључцима које је претходно донео у предмету *Олиари и остали против Италије*: државе су још увек слободне да дозволе приступ склапању брака само лицима истог пола, али је истополним паровима потребно пружити правно признање и заштиту њиховог односа.⁸⁵ Одбијање државе да ово учини мора бити засновано на доминантном друштвеном интересу, који Италија није била у стању да идентификује.⁸⁶ Италија је, међутим, у мају 2016. године донела Закон бр. 76/2016 којим се лицима истог пола омогућава склапање тзв. грађанских заједница и партнерима у овој заједници пружају многа права која су до тада била резервисана за супружнике.⁸⁷ Такође, уследила је и законодавна интервенција у материји међународног приватног права – од фебруара 2017. године, брак који би италијански држављанин склопио у иностранству са особом истог пола производи дејства грађанске заједнице, у складу са италијанским законодавством.⁸⁸

Према схватању Суда, законодавна интервенција у питању је подобна да задовољи минималне стандарде Конвенције и пружа партнерима у грађанској заједници заштиту њихових основних потреба.⁸⁹ Међутим, с обзиром на то да су измене италијанског права предузете тек током 2016. и 2017. године, Суд се окренуо испитивању да ли је одбијање тужене државе да региструје бракове подносилаца представки у било којој форми пре ових измена повредило њихова права на основу члана 8. Конвенције.⁹⁰

Суд је у својој анализи још једном показао слух за разликовање обавеза државе када је у питању прихватање истополних бракова, са једне стране, и обавеза да се истополним паровима пружити друга адекватна врста правне заштите, са друге.

У вези са првом обавезом – обавезом Италије да изједначи истополне бракове склопљене у иностранству са браковима по италијанском праву – Суд је

⁸⁴ *Orlandi and Others v. Italy*, 26431/12, 26742/12, 60088/12, 14 December 2017, пасус 3. За детаљан приказ одлуке у овом предмету вид. М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Орланди и остали против Италије – признање истополног брака закљученог у иностранству*, *Зборник радова „Усклађивање њравној сисџема Србије са сџангардима ЕУ“*, Крагујевац, 2023, 561-586.

⁸⁵ *Orlandi and Others v. Italy*, пасус 192.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Вид. S. Marinai, *op. cit.*, 11.

⁸⁸ Вид. М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Орланди и остали против Италије – признање истополног брака закљученог у иностранству*, 568.

⁸⁹ *Orlandi and Others v. Italy*, пасуси 194, 195.

⁹⁰ *Ibid.*, пасус 196.

нашао да тужена држава ужива широку слободу процене у вези са питањем да ли је овакво поступање неопходно. То проистиче из чињенице да су, у релевантном моменту, само три од 27 држава чланица чије законодавство није дозвољавало склапање истополних бракова, истовремено допуштале признање страних истополних бракова у форми брака.⁹¹ Због тога је тужена држава имала право да одбије да изједначи стране истополне бракове са браковима склопљеним према италијанском праву ако за то постоји легитимни јавни интерес. Међутим, супротно тврдњама тужене државе,⁹² овај интерес Суд није пронашао у томе што би регистрација иностраних истополних бракова у форми брака била супротна јавном поретку Италије (будући да је и сам Касациони суд Италије утврдио да овакви бракови склопљени у иностранству нису супротни јавном поретку),⁹³ већ у чињеници да тужена држава има право да штити ред у сопственом правном поретку: тако што ће сопственим држављанима онемогућити у иностранству приступ установама које нису дозвољене према домаћем праву (истополни бракови).⁹⁴

Са друге стране, одбијање италијанских власти да региструју истополне бракове у питању у било којој другој форми, пре доношења Закона бр. 76/2016, и да им омогуће формално признање и заштиту њихове заједнице, оставило је подносиоце представки у „*јравном вакуму*“, при чему се понашање државе није могло оправдати постојањем општег интереса.⁹⁵ На тај начин је Италија повредила њихово право на приватни и породични живот у смислу члана 8 Конвенције.⁹⁶

Друга одлука која се односи на обавезу државе да пружи дејства истополном браку склопљеном у иностранству донета је недавно, у предмету Коилова и Бабулкова против Бугарске (*Koilova et Babulkova c. Bulgarie*).⁹⁷ Поступак пред Судом у овом случају су покренуле две бугарске држављанке које су склопиле брак 2016. године, у Уједињеном Краљевству. Представка је поднета због наводне повреде чланова 8, 12. и 14. Конвенције, услед одбијања

⁹¹ *Ibid.*, пасус 205.

⁹² *Ibid.*, пасус 167.

⁹³ *Ibid.*, пасуси 61-65. Одлучујући у поступку који су покренула двојица подносилаца представке у предмету Орланди и остали против Италије, због одбијања локалних власти да региструју њихов брак предходно склопљен у Холандији, Касациони суд је нашао да овај брак није могуће регистровати, али не због тога што би он био супротан јавном поретку, непостојећи или ништав, већ зато што, у недостатку интервенције италијанског законодавца, овај брак не може да производи одговарајућа правна дејства у Италији. Вид., такође, М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Орланди и остали њрошив Италије* – признање истополног брака закљученог у иностранству, 569-571.

⁹⁴ *Orlandi and Others v. Italy*, пасус 207.

⁹⁵ *Ibid.*, пасус 209.

⁹⁶ *Ibid.*, пасус 211.

⁹⁷ *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, 40209/20, 5 septembre 2023.

локалних власти у Софији да унесу у матичну књигу промену брачног статуса прве подносиатељке представке, те да је означе као особу која се налази у браку.⁹⁸

Закључци Суда у овом предмету могу да буду од посебног значаја за Србију, имајући у виду јасну аналогију између положаја Бугарске и наше земље у два кључна аспекта проблема. Наиме, као што је то случај са Уставом Србије,⁹⁹ Устав Бугарске такође предвиђа да је брак заједница између мушкарца и жене.¹⁰⁰ Такође, нормативно стање у овој земљи у вези са правним значајем истополних заједница кореспондира са стањем у Србији: истополним заједницама живота се не пружа правно дејство и заштита.

Одлука Суда у случају Коилова и Бабулкова против Бугарске је донета под великим утицајем одлуке Великог већа у предмету Федотова и остали против Русије, из јануара 2023. године. Ослањајући се на поменуту одлуку Великог већа, Суд констатује постојање позитивне обавезе држава чланица да истополним паровима омогуће признање пред законом и правну заштиту њихове заједнице.¹⁰¹ Са друге стране, државе нису дужне да овакву заштиту обезбеде у форми истополних бракова.¹⁰²

У погледу слободне процене држава у вези са имплементацијом позитивне обавезе у питању, Суд је поновио раније изнето схватање да је та слобода сужена, имајући у виду чињеницу да се пружање правне заштите истополним заједницама тиче важних аспеката личног и друштвеног идентитета лица која су њихови чланови, те да постоји јасан тренд у Европи у вези са прихватањем неопходности правног регулисања истополних заједница.¹⁰³ Као и у предмету Федотова и остали против Русије, слобода државе се изричито помиње у контексту одлучивања о томе да ли ће заштита бити обезбеђена кроз увођење истополних бракова или неког другог облика правно признатих заједница лица истог пола.¹⁰⁴

Одбијање Бугарске да пружи било какво правно дејство браку подносиатељка представки било би оправдано, према анализи Суда, само ако би понашање државе представљало правичну равнотежу између заштите преовлађујућег општег интереса, са једне стране, и интереса ових лица, са друге.¹⁰⁵ Због тога је било потребно идентификовати општи интерес који је могао да послужи туженој држави као оправдање у датом случају.

⁹⁸ *Ibid.*, пасуси 4, 5.

⁹⁹ Члан 62. став 2. Устава Србије: „Брак се закључује на основу слободно дајој ирисцијанка мушкарца и жене пред државним орџаном.“

¹⁰⁰ *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, пасус 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, пасус 39.

¹⁰² *Ibid.*, пасус 38.

¹⁰³ *Ibid.*, пасус 40.

¹⁰⁴ *Ibid.*, пасус 59.

¹⁰⁵ *Ibid.*, пасус 41.

Суд је у вези са овим приметио да Бугарска, за разлику од Русије у случају Федотова и остали против Русије, не тврди да би прихватање истополних заједница било супротно потреби да се очувају вредности повезане са традиционалним концептом породице, да је бугарска јавност непријатељски расположена према хомосексуланим односима или да заштита малолетника захтева да се спречи промоција хомосексуализма.¹⁰⁶ Уместо тога, тужена држава је оспоравала да јој члан 8. Конвенције намеће позитивну обавезу правног признавања истополних заједница и позвала је Суд да допусти друштвеним и законодавним променама које су у току у Бугарској да се одиграју што би, према тврдњама ове државе, неминовно довело до прихватања ових заједница у правном поретку у будућности.¹⁰⁷ Такође је истакла да би интервенција на међународном плану у вези са овим друштвеним процесом била преурањена, те да су бугарске власти у најбољој позицији да процене осећања националне заједнице о овом питању и да одреде модалитет и тренутак у којем је потребно увођење конкретног правног оквира у овом контексту.¹⁰⁸

Анализирајући разлоге које је тужена држава изнела, Суд је нашао да, за разлику од подносиоца представке које имају легитиман интерес да њихова заједница буде призната пред законом, како би могле да уживају субјективна права која се односе на имовину, породицу или наслеђивање на исти начин као и партнери различитог пола,¹⁰⁹ није у стању да идентификује постојање општег интереса на страни Бугарске који би имао предност у односу на основне интересе подносиоца представке.¹¹⁰ То је омогућило закључак да је Бугарска прекорачила границе слободне процене и прекршила позитивну обавезу успостављања конкретног правног оквира којим се пружа признање и заштита истополним заједницама.¹¹¹

На основу анализе праксе Суда у вези са признањем истополних бракова склопљених у иностранству, могуће је извести следеће закључке:

1. Државе чланице Савета Европе су дужне да пруже дејство истополним браковима који су склопљени у иностранству. Колизоне норме и други инструменти међународног приватног права државе признања не играју значајну улогу у овом контексту. Добра илустрација је одлука Суда у предмету Коилова и Бабулкова против Бугарске – одговорност тужене државе

¹⁰⁶ *Ibid.*, пасус 55.

¹⁰⁷ *Ibid.* У вези са овим последњим, потребно је скренути пажњу на констатацију Суда, изречену на другом месту у образложењу, да Бугарска није исказала никакву решеност да у будућности измени законодавни оквир, како би супружницима који су закључили истополни брак у иностранству био допуштен упис ове промене у књигама грађанских стања. Вид. пасус 44.

¹⁰⁸ *Ibid.*, пасуси 57, 58.

¹⁰⁹ *Ibid.*, вид. пасусе 52, 53.

¹¹⁰ *Ibid.*, пасус 64.

¹¹¹ *Ibid.*, пасус 65.

за повреду члана 8. Конвенције је настала због одбијања да се истополном браку који су две бугарске држављанке закључиле у Уједињеном Краљевству пружи дејство, без обзира на то што се према бугарској колизионој норми способност за склапање брака процењује према националном праву сваког од супружника,¹¹² па овакав брак никада не би могао бити склопљен применом бугарског права. У доктрини међународног приватног права се приступ који Суд користи назива принципом признавања ситуација створених у иностранству,¹¹³ принципом признавања правних односа и стања,¹¹⁴ односно доктрином стечених права.¹¹⁵ Он подразумева да је за признавање статуса („ситуација“) лица стеченог у иностранству довољно да је статус пуноважно стечен у држави порекла.¹¹⁶

2. Обавеза признавања дејства истополним браковима који су склопљени у иностранству не значи, међутим, обавезу да се брак изједначи са браком склопљеним према праву државе признања. Штавише, из праксе која је овде приказана следи да државе немају обавезу да истополним партнерима дозволе склапање брака, па сходно томе да немају ни обавезу да истополни брак склопљен у иностранству изједначе са браком на начин на који ову установу дефинише домаће право. Овај закључак јасно следи и из одлуке Суда у предмету Орланди и остали против Италије – обавезу Италије на основу члана 8. Конвенције Суд је сматрао испуњеном од тренутка када је ова држава дозволила истополним паровима да формирају грађанску заједницу, односно од када је истополним браковима склопљеним у иностранству омогућила дејства грађанске заједнице према италијанском праву. Важно је напоменути и то да италијански Закон бр. 76/2016 који у овај правни поредак уводи институт грађанских заједница овим заједницама пружа дејства која су ужа у односу на дејства брака према италијанским прописима – дете рођено у овој заједници је дете само биолошког родитеља, а не и другог партнера и ова лица не могу да се заједнички јаве као усвојиоци детета.¹¹⁷

3. Будући да је обавеза признања страног истополног брака испуњена „спуштањем“ овог брака на ниво неког другог облика законски признате заједнице истополних лица, остаје отвореним питање конкретних дејстава која се оваквим браковима морају признати да би држава признања испунила позитивну обавезу на основу члана 8. Конвенције. Суд се до сада није детаљно

¹¹² *Ibid.*, пасус 12. У образложењу се наводи одредба члана 76. став 1. Закона о међународном приватном праву Бугарске.

¹¹³ Вид. F. Salerno, *op. cit.*, 55-57.

¹¹⁴ Вид. М. Јовановић, *op. cit.*, 181, 182.

¹¹⁵ Вид. А. Јакшић, *Међународно приватно право (ојџина теорија)*, Београд, 2017, 164-168.

¹¹⁶ Вид. F. Salerno, *op. cit.*, 55.

¹¹⁷ Вид. S. Marinai, *op. cit.*, 11.

бавио питањем различитих дејстава брака, са једне стране, и других облика заједница живота истополних партнера, са друге. У предмету Федотова и остали против Русије, Велико веће начелно истиче да заштита коју државе чланице пружају истополним паровима мора бити „адекватна“. ¹¹⁸ Суд помиње и извесне аспекте који су саставни део живота ових парова и који би требало да буду регулисани, као што су имовински (издржавање, опорезивање и наслеђивање) и лични односи (права и обавезе које се односе на међусобно помагање). ¹¹⁹ Међутим, још увек не постоји листа минималних дејстава која се морају пружити истополним заједницама у смислу члана 8. Конвенције.

5. ПРИЗНАЊЕ ИНОСТРАНИХ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА У СРБИЈИ

Као што је претходно већ истакнуто, Србија спада у круг држава које истополним заједницама живота не пружа било какав вид правног признања и заштите. Покушај доношења Закона о истополним заједницама, на основу нацрта који је припремило Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, пропао је због противљења различитих утицајних делова друштва оваквом нормирању. ¹²⁰

Признавање бракова склоплених у иностранству се у домаћем правном поретку примарно односи на упис брака у матичне књиге венчаних и рођених, на основу одговарајуће јавне исправе коју је издао надлежни орган у држави у којој је брак склопљен. ¹²¹

Када су у питању истополни бракови склопљени у иностранству, изгледа да у домаћој доктрини нема спора о томе да регистрација оваквих заједница живота у Србији није могућа, било због тога што су овакви бракови супротни јавном поретку, ¹²² било због тога што нема еквиваленције између истополних бракова и појма брака који се уписује у евиденцију грађанских стања и који, према домаћем праву, представља заједницу живота између жене и мушкарца. ¹²³

¹¹⁸ *Fedotova and others v. Russia*, Grand Chamber, пасус 190.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Вид. Д. Симовић, О. Јовић-Прлаиновић, Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том 55, бр. 4/2021, 1095-1118, 1097, 1098.

¹²¹ Вид. М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *Међународно приватно право – посебни део*, Београд, 2022, 261. Такође, А. Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2021, 530, 531.

¹²² Вид. М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *op. cit.*, 264.

¹²³ Вид. Г. Клежевић, В. Рајић, *op. cit.*, 84. Такође, А. Јакшић, *Међународно приватно право*, 531. Дефиниција брака у српском законодавству је непромењена у односу на Закон о

Нормативно стање у нашој земљи, према томе, је слично ономе које постоји у Бугарској, односно стању законодавства у Италији пре легислативне реформе која се помиње у образложењу одлуке у предмету Орланди и остали против Италије. С тим у вези са намеће следеће питање: на који начин органи Републике Србије могу ускладити своје поступање са обавезама које следе из члана 8. Конвенције и предупредити одговорност за повреду права на приватни и породични живот лица која су склопила истополни брак у иностранству?

У домаћој доктрини Јакшић посебно инсистира на томе да одлуке и ставови Европског суда за људска права имају директно обавезујуће дејство у националним правним системима, да одлуке Суда креирају материјално-правне норме и у односима са иностраним елементом, те да директна примена ових норми представља нужност у савременом међународном приватном праву.¹²⁴

Ово, међутим, не значи да би матичар у Србији могао да, позивом на праксу Суда у материји која се односи на обавезе држава на основу члана 8. Конвенције, једноставно упише истополни брак склопљен у иностранству у одговарајуће матичне књиге и тако га практично изједначи са браком у смислу одредаба Породичног закона. Ово не само због тога што се појам брака према домаћем праву не може прилагодити тако да обухвати заједнице живота које се у страним јурисдикцијама називају истополним браковима, већ би било проблематично из додатних разлога. Такво поступање би ишло изнад и преко онога што Суд захтева од судова и органа управе држава чланица у контексту права на поштовање приватног и породичног живота, будући да државе нису дужне да допусте склапање истополних бракова нити да признају овакве бракове склопљене у иностранству. Такође, једноставно изједначавање оваквих бракова са домаћим браковима би могло да представља и дискриминацију домаћих држављана који нису у позицији да издејствују склапање тавог брака пред иностраним органом.

Са друге стране, истополни брак склопљен у иностранству не би могао да се уподоби ни неком другом правно признатом облику заједнице живота лица истог пола, због тога што оваквом прилагођавању недостаје нормативна основа у домаћем правном поретку – супстанцијалне норме које би регулисале међусобне односе партнера истог пола који живе у стабилној и трајној заједници.

На основу свега реченог потпуно је јасно да законодавна интервенција на пољу уређења истополних заједница живота у Србији више не трпи одлагање.

браку и породичним односима СР Србије (1980): „Брак је законом уређена заједница животног живота жене и мушкарца“ (чл. 26. ст. 1). Идентично одређење појма брака садржи чл. 3. ст. 1 Породичног закона.

¹²⁴ А. Јакшић, *Међународно приватно право (општи теорија)*, 190, 191.

То је посебно очигледно после доношења одлуке Великог већа Суда у предмету Федотова и остали против Русије, у којој је имплементација адекватног законодавног оквира који би пружио правну заштиту истополним заједницама недвосмислено означена као позитивна обавеза држава чланица према члану 8. Конвенције. Доношењем прописа који би регулисао лична и имовинска дејства и односе партнера у оваквој заједници, у форми регистрованог партнерста или сличном облику, било би постигнуто усклађивање законодавства са обавезама које намеће Конвенција. Такође, било би обезбеђено поштовање одредбе из члана 62. став 2. Устава Србије која резервише склапање брака за супружнике различитог пола. Наиме, аргумент да би доношење прописа који би истополним заједницама пружио заштиту изван брака било супротно поменутој уставној одредби је очигледно неодржив, посебно имајући у виду доследну праксу Суда која јасно разликује бракове од других облика правно признатих заједница живота и која не инсистира на томе да се оваквим заједницама морају пружити дејства која би била једнака дејствима брака.

У контексту питања на које се односи овај рад, признање дејства истополним браковима склопљеним у иностранству би требало решити по угледу на италијанско право – прописивањем да се оваквим браковима у Србији признају дејства која имају регистроване заједнице истополних лица према специјалном пропису чије се доношење предлаже.

6. ЗАКЉУЧАК

Захтев да се дозволи преношење личног и породичног статуса стеченог у иностранству преко државних граница, у складу са нормама које штите људска права физичких лица, значајно утиче на примену традиционалних метода међународног приватног права. У специфичном положају се налазе државе чланице Савета Европе, чија дужност у поменутом смислу проистиче из члана 8. Конвенције који се односи на поштовање приватног и породичног живота. Пракса Европског суда за људска права ограничава слободу држава да ускрате дејства статусу који је јено лице пуноважно стекло у иностраној држави. Ово се односи и на дејства истополних бракова – доношењем одлуке Великог већа у предмету Федотова и остали против Русије отклонена је дилема у погледу постојања позитивне обавезе држава да истополним заједницама живота пруже одговарајућу правну заштиту. Иако то још увек не значи и обавезу да државе изједначе истополне бракове склопљене у иностранству са браковима према домаћем праву, партнерима у оваквим заједницама живота се мора обезбедити минимална заштита која подразумева уређење њихових односа на плану имовинских и личних односа. То истовремено

- М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету Орланди и остали против Италије – признање истополног брака закљученог у иностранству, *Зборник радова „Усклађивање њравној сисџема Србије са сџандардима ЕУ“*, Крагујевац, 2023, 561-586.
- F. Posar, *Human Rights and Private International Law, Draft Resolution Explanatory Report*, 27 January 2021.
- F. Salerno, The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law, *Recueil des cours*, vol. 395/2019.
- Д. Симовић, О. Јовић-Прлаиновић, Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу*, том 55, бр. 4/2021, 1095-1118.
- M. Shahid, Equal Marriage Rights and European Courts, *ERA Forum*, vol. 23, 3/2023, 397-411.
- M. Stančić, Nasledna права supružnika iz istopolnog брака zakљučenog u inostranstvu i primena supstitucije, *Revija za evropsko pravo*, XVIII, br. 2-3/2016, 53-78.
- М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *Међународно њривајно њраво – њосебни гео*, Београд, 2022.
- The Institute of International Law, 4th Commission, *Human Rights and Private International Law*, Online Session – 2021, 4 September 2021.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

European Court of Human Rights, Article 8 of the European Convention on Human Rights and Recognition of Same-Sex Marriages Concluded Abroad

Abstract: *The requirements put before the courts by sources that regulate human rights significantly affect functioning of the mechanism of Private International Law. This statement particularly applies to situations in which it is necessary to give effect to the change of personal and family status acquired abroad. The paper refers to the problem of recognition of same-sex marriages concluded abroad. It analyzes the most important decisions of the European Court of Human Rights regarding the obligation of the member states of the Council of Europe to provide legal protection and recognition to same-sex unions, in accordance with Article 8 of the European Convention on Human Rights (protection of private and family life). The analysis shows that today it is undoubtedly clear that these states have a positive obligation to establish an adequate legal framework that would allow partners in a same-sex union to enjoy certain subjective rights. The obligation in question also extends to same-sex marriages concluded abroad and, when it comes to Serbia, requires immediate legislative intervention.*

Keywords: *Private International Law, European Convention on Human Rights, same-sex marriages, protection of private and family life.*

Датум пријема рада: 13.12.2023.

Датум прихватања рада: 04.01.2024.